# Articoli

* Art. 2325 cc: Prima norma sulla società per azioni. Sancisce l’autonomia patrimoniale perfetta delle società di capitali.
* Art. 2740 cc: il debitore risponde alle obbligazioni con tutto il suo patrimonio. È una norma che viene derogata dalla disciplina delle società per azioni.
* Art. 2325-bis: distinzioni tra SPA che fanno ricorso al mercato dei capitali per raccogliere risorse finanziarie e società che non lo fanno. Importante perché è come se accettasse l’esistenza di due varianti.
* Art. 2328: atto unilaterale costitutivo. È ammessa la società unipersonale
* Art. 2342: obbligo di versamento di tutti i conferimenti sottoscritti da parte dell’unico socio, pena decadenza autonomia patrimoniale perfetta come disposta da art 2325.
* Art. 2362: obbligo pubblicità presso terzi del possesso di un unico socio della SPA. Dichiarazione presso registro delle imprese.
* Art. 2325: in caso art. 2342 e 2362 non sono rispettati, decade autonomia patrimoniale perfetta.
* Art. 2332: Nullità dell’impresa dopo iscrizione nel registro delle imprese se:

1. mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico
2. illiceità dell'oggetto sociale
3. mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale

La dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese.

I soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali.

* Art. 2329: condizioni per costituzione della società: sottoscritto intero capitale sociale, rispettati i conferimenti, la società abbia avuto le autorizzazioni nel caso l’oggetto sociale lo richieda (ad es. attività bancaria)
* Art. 2333: costituzione per pubblica sottoscrizione. Le caratteristiche sono la possibilità che le fasi (programma, sottoscrizione, formulazione di atto costitutivo e statuto, stipula finale) avvengano in momenti differenti. E che le sottoscrizioni siano sollecitate presso il “pubblico” e dunque tra investitori sconosciuti e non spontaneamente mossi a concorrere all’iniziativa. L’atto costitutivo verrà firmato una volta si raggiungono le risorse prefissate.
* Art. 2330: Deposito dell'atto costitutivo e iscrizione della società al registro delle imprese. La deposizione dell’atto costitutivo è contestuale all’iscrizione al registro. Solo con l’iscrizione si crea la autonomia patrimoniale perfetta.
* Art. 2331: Effetti dell'iscrizione. Con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica. Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito. Sono altresì solidalmente e illimitatamente responsabili il socio unico fondatore e quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione. Una volta costituitasi la società avrà il dovere di ratificare quegli atti che, concretamente posti in essere da questi soggetti, risultino effettivamente rispondenti a tale interesse. Prima dell'iscrizione nel registro è vietata l'emissione delle azioni ed esse, salvo l'offerta pubblica di sottoscrizione ai sensi dell'articolo 2333, non possono costituire oggetto di una offerta al pubblico di prodotti finanziari.
* Art. 2346: Il valore nominale di ciascuna azione corrisponde ad una frazione del capitale sociale. A ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento.
* Art. 2436: modificazioni sia dello statuto che dell’atto costitutivo (anche se l’articolo parla solo dello statuto, il legislatore intende anche atto costitutivo. Il legislatore usa "statuto" per far sì che la disciplina della norma si applichi alle sole modificazioni attinenti alle regole di funzionamento della società.).

# Capitolo 9

La società per azioni è il fenomeno più tradizionale e anche quello in cui si è concentrata la moderna elaborazione scientifica di diritto commerciale: in ragione, oltre che dell’importanza economico-sociale, del posto centrale che è stato riservato alla corrispondente normativa in raffronto ai due diversi tipi “capitalistici” della società a responsabilità limitata e della società in accomandita per azioni. La SPA è un efficiente strumento di reperimento e di utilizzo di risorse in vista della produzione d’impresa.

Caratterisitche di una SPA:

1. Consente di raccogliere risorse finanaziarie presso **investitori di rischio “anonimi”,** cioè soggetti interessati a*non essere personalmenmte coinvolti nella gestione dell’iniziativa.* (e nelle correlative responsabilità)., la quale deve essere affidati a diversi professionisti che svolgono il ruolo di veri e propri fiduciari degli investitori suddetti. In tal modo, da un lato, *l’attuazione del programma produttivo è di competenza in via esclusiva di amministratori dedicati e competenti,* specificatamente incarticati di far fruttare gli investimenti e di permettere conseguentemente agli investitori di ottenere un lucro; dall’altro, questi ultimi mantengono (quali “soci”) una legittimazione a valutare ed apprezzare gli atti posti in essere dagli amministratori con le risorse investite (che si esprime, in ultima istanza, nel potere di nominarli e rimuoverli), in modo che questi siano incentivati al perseguimento del profitto, nonché venga loro impedito sia di trarre personale profitto dai mezzi loro consegnati, sia di essere negligenti nello svolgimento dell’incarico.
2. Il modello organizzativo prevede un meccanismo di assegnazione delle “quote di interesse” nell’iniziativa (e nei suoi risultati) rigidamente collegato, anziché alle persone dei singoli soci e alla loro considerazione negoziale da parte degli altri, al fatto in sé della *contribuzione a una provvista finanziaria di “rischio”*. In sostanza l’assegnazione delle quote dipende dal capitale sociale e non da altri accordi, non dall’abilità negoziale del socio. Nella SPA è titolare dell’iniziativa )e dei diritti ad essa connessi) chi la supporta fornendole ***capitale*** e lo è solo nella misura ed entro i limiti in cui gli si riconosca di avere effettivamente operato a tale apporto.

I poteri dei soci vengono determinati dalla contribuzione al rischio e non dall’aver preso parte al contratto di società. Vinge quindi un principio **plutocratico** per il quale il potere tra i soci è proporzionale alla ricchezza investita e “capitalizzata”.

Il sistema dell’impresa di capitale incentiva da una parte a destinare in maggior quantità risorse a servizio del programma produttivo, dall’altra ad adottare una regola di esatta e rigorosa predeterminazione, oltre che dell’investimneto singolo, del rischio d’impresa: e dunque, di **delimitazione della garanzia patrimoniale,** dando una deroga all’art. 2740 che presuppone che il debitore risponde alle obbligazioni con tutti i suoi beni.

La ratio dietro alla delimitazione della responsabilità sulle obbligazioni è data dal fatto che la SPA viene tipicamente gestita da altri (gli amministratori) e sarebbe ingiusto far rispondere il socio per attività non svolte da lui. Si ha dunque **autonomia patrimoniale perfetta.**

1. È possibile disinvestire anticipatamente rispetto alla generale conclusione dell’iniziativa grazie alla cessione delle proprie quote a terzi sottoforma di azioni (frazioni standard dell’investimneto in capitale). Le azioni sono conformate come sturmenti finanziari i cui diritti sono suscettibili di essere esercitati e trasferiti con regole particolarmente efficienti sul piano della sicurezza e celerità, per effetto della loro **posssibilità di emissione nella forma cartolare o scritturale.**

## Varianti di SPA

Di tipologia SPA ne esiste solo una, tuttavia la prassi riconosce una pluralità di varianti , cioè di *specifiche diverse concrete manifestazioni della vicenda azionaria.*

Si distinguono quindi:

1. **Le società di medio-grandi dimensioni**  dalle **società piccole**
2. Le SPA con compagini sociali ampie e comunque **“aperte”** alla partecipazione di soci nuovi a quelle **“chiuse”.**
3. **Società che si rivolgono ai mercati** come luogo di reperimento di possibili investitori e società prive di tale connotato; tra le prime, le società le cui azioni sono *quotate nei mercati regolamentati* e le società le cui azioni sono negoziate fuori da questi contesti.
4. Società con titolarità diffusa solo presso i **privati** dalle società le cui azioni sono, interamene o parzialmente, in mano **pubblica**.

La diversa fenomenologia sopra descritta è però oggi anche parzialmente recepita nel sistema normativo e determina l’applicazione, sotto taluni profili, di discipline difformi, a seconda della concreta variante, sulla base di una classificazione generale operata dal legislatore con l’art. 2325-bis.

Si può quindi dire che vi è un **regime comune** *a tutte le spa* indipendentemente dal grado di presenza delle azioni sul mercato secondario o meno; e **due statuti speciali,** uno dettato con riferimento alle società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio, un altro con riguardo a tutte le altre.

Se poi si parla di società quotate sul mercato regolamentato vi è un ulteriore particolarità che risiede nel suo assoggettamento alle regole del TUF.

## La società unipersonale

Una situazione opposta a quella della società a compagine azionaria dispersa e frammentata si verifica allorché tutte le azioni di una data SPA appartengano, originariamente o per effetto di acquisiti operati nel corso dell’attività, a un’unica persona che detenga così una *partecipazione “totalitaria”* nella medesima società.

Una società può essere ***validamente costituita anche da un unico socio*** (per atto unilaterale: art. 2328, comma 1) o ***vedere successivamente ridotta ad un unico azionista la compagine sociale***, senza che ciò provochi, come succede nella società di persone, il suo scioglimento.

Vi sono tuttavia specifici oneri che gravano sulla società unipersonale, in particolare sul socio e sugli amministratori:

* In materia di **conferimenti** al contrario di quanto accade nel caso di pluralità dei soci, l’azionista è sempre obbligato a prestare da subito *l’intero apporto* cui si sia impegnato con la sottoscrizione del capitale sociale. In particolare, ex art. 2342 comma 2, va versato presso una banca già “alla sottoscrizione dell’atto costitutivo” tutto l’ammontare dei *conferimenti in denaro*; Al comma 4 si specifiica che, nel caso vi sia un passaggio da società con soci plurimi a socio unico, gli eventuali versamenti ancora dovuti dal socio unico devono essere operati entro 90gg.
* In materia di **informazione dei terzi,** gli amministratori sono obbligati a rendere pubblica la circostanza di società unipersonale (art. 2362) grazie ad un deposito presso il registro delle imprese di un’apposita dichiarazione, contenente l’indicazione delle generalità dell’azionista stesso (ovvero cognome e nome o denominazione sociale, data e luogo di nascia o di costituzione, domicilio o sede e cittadinanza del socio). Specularmente, sempre l’art. 2362 comma 2 stabilisce che “quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci, gli amministratori ne devono depositare apposita dichiarazione presso il registro delle imprese”. Nel casp di inadempienza degli amministratori può provvedere anche l’unico socio.

Art. 2325 “In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2342 o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2362(2).” **Decade quindi l’autonomia patrimoniale perfetta.** In ogni caso l’unico socio risponde in via sussidiaria, quindi solo dopo che si sia già cercato di far pagare alla SPA le proprie obbligazoni e dopo che l’escussione del relativo patrimonio si riveli infruttuosa.

Per evitare situazioni in cui l’unico socio manovri fraudolentemente contro i creditori, si dispone che

Art. 2362 “I contratti della società con l'unico socio o le operazioni a favore dell'unico socio sono opponibili(1) ai creditori della società solo se risultano dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.”.

# Capitolo 10

## Costituzione della SPA

Le norme sulla società per azioni hanno come finalità la **disciplina di una complessa organizzazione**, destinata alla raccolta e impiego combinato di risorse produttive. È in questa prospettiva, guardando alla SPA non come a un accordo tra contraenti da portare ad esecuzione ma appunto come a un sistema di norme intese a stabilire come debba svolgersi un’attività produttiva i cui risultati siano destinati a “investitori anonimi”, che si può meglio comprendere la logica di tale disciplina. Ciò a partire dalla regolamentazione del mo0mento genetico della SPA, ossia della “**costituzione della società”**. Per tale vicenda, non si considera sufficiente la stipula in sé di un “contratto”, o il perfezionamento di un atto unilaterale, ma si richiede l’instaurazione e il completamento di un ***procedimento*,** che, muovendo dalle manifestazioni di volontà dei fondatori (le quali pure possono venire raccolte attraverso una complessa procedura e sollecitazione del mercato) e passando attraverso una fase di controllo, culmina con l’iscrizione nel registro delle imprese, soltanto a partire dalla quale la società acquista personalità giuridica e viene ad eistenza.

*L’atto che contiene la volontà dei fondatori di dare vita alla società e ne determina gli elementi essenziali* è **l’atto costitutivo.** Assieme ad esso vanno peraltro anche fissate le regole dello **statuto** in senso stretto, le quali sono relative al funzionamento dell’organizzazione e lo *svolgimento dell’attività*: ossia disciplinano i rapporti tra i soggetti coinvolti nella vicenda societaria e la produzione dell’azione indirizzata al perseguimnto degli obiettivi sociali e dunque trattano la questione del *come* la persona giuridica, una volta costituita, sarà chiamata ad agire.

Ovviamente l’assetto organizzativo non rimane cristallizzato allo statuto originario ma può essere modificato nel tempo.

Il legislatore non si preoccupa solo di prevedere le evenutuali modifiche allo statuto ma anche le modifiche al capitale sociale.

### Costituzione della SPA

Nel codice civile la costituzione della SPA è scandita in due momenti: la definizione e attestazione dei fondamentali elementi formali e sostanziali della società in un ***atto costitutivo; la pubblicità*** dell’avvenuta costituzione dell’ente.

Per quanto riguarda l’atto costitutivo la legge:

1. Detta una serie di regole relative a forma e contenuto dell’atto costitutivo;
2. Prevede la necessità di ulteriori adempimenti materiali, che vengono esplicitamente qualificati come “condizioni per la costituzione”;
3. Stabilisce due diversi procedimenti, alternativi tra loro, per la concreta integrazione dei suddetti elementi formali e materiali.

Per quanto riguarda la pubblicità:

1. Iscrizione al registro delle imprese
2. Norme che regolano il tempo tra la costituzione e l’iscrizione al registro delle imprese

#### L’atto costitutivo e lo statuto

Ai sensi dell’art. 2328 comma 1 “***può essere costituita per contratto o per atto unilaterale”***. In entrambi i casi, deve provvedersi a redigere un formale ì**atto costitutivo** i cui contenuti si ricavano dal comma 2 dello stesso art. 2328.

I primi elementi dell’atto costitutivo sono la denominazione sociale (che può essere qualunque basta che contenga “SPA”), sede (basta il comune), oggetto (non deve essere troppo analistico ma neanche troppo generale tipo azienda operante nel commercio, può bastare il settore merceologico tipo azienda operante nella produzione di abbigliamento), capitale e durata (anche indeterminata) della società. Se questi elementi di base appena elencati non sono presenti, l’art. 2332 prevede la nullità della società.

Vi sono poi altri elementi stabiliti sempre all’art 2328 che sono: il numero e caratteristiche delle azioni, il valore attribuito a crediti e conferimenti in natura, nonché delle “norme secondo le quali gli *utili* devono essere ripartiti” dei “benefici eventualmente accordati ai *promotori o ai soci fondatori”* e “dell’importo globale, almeno approssimativo, delle *spese per la costituzione* poste a carico della società”. Alle regole in parola si integrano quelle concernenti l’emissione di stumenti finanziari (art. 2346 comma 6) e di obbligazioni (art. 2410). Anche tali clausole possono ritenersi relative all’attività di impresa, nella misura in cui concernono, allo stesso modo del capitale sociale, la sua struttura finanziaria.

Un altro gruppo di elementi è poi formato da previsioni incidenti sulla **struttura di governo** quindi il sistema di amministrazione adottato, quantità e poteri degli amministratori e, infine, il numero dei *componenti* dell’organo di controllo.

L’articolo 2328 comma 3 tratta dello **statuto** precisando che esso contiene “***le norme relative al funzionamento della società”***. Tale documento ha per oggetto, pertanto, le regole rivolte a stabilire come la SPA, una volta costituita, sia destinata a operare, dai vari punti di vista che ne formano l’organizzazione: in via esemplificativa, compongono tale atto le formalità attinenti all’emissione e circolazioen delle azioni e le procedure sul funzionamento degli organi sociali.

“Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.” Sempre art. 2328.

Nello statuto vengono riprodotti gli elementi che ci stanno in atto costitutivo come capitale, durata, sed, oggetto, diritti spettanti agli azionisti etc.

Art. 2328 comma 2 “L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico”.

#### Condizioni per la costituzione

Art. 2329 affinchè si possa procedere alla costituzione della SPA devono essere rispettate 3 condizioni:

1. Che sia sottoscritto per intero il capitale sociale
2. Che siano rispettate le previsioni degli articoli 2342, 2343, 2343-ter relative ai conferimenti
3. Che sussistano le autorizzazioni e le altre condizioni richiede dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto.
4. La prima delle riferite condizioni, attinente all’**integrale sottoscrizione del capitale sociale,** corrisponde al cd. ***Principio di effettività in senso lato*** del capitale stesso. Detto principio implica che l’intera dotazione di mezzi di rischio che risulta statuariamente destinata al servizio degli scopi sociali sia oggetto di un preciso impegno individuale al riguardo da parte dei soci: che il capitale della società non sia un mero “programma” ma un entità *reale* ed *attuale*. E ciò può dirsi ai sensi dell’art. 2329 sempre che da subito consti *un vincolo giuridicamente rilevante dei soci al suo integrale apporto*, nella misura corrispondnete alla cifra del capitale sociale statuariamernte adottato.
5. La seconda condizione attiene al rispetto delle norme sui **conferimenti** ed è ispirata dalle regole di effettività in senso stretto e di integrità del capitale sociale, le quali impongono che, almeno in parte (per il 25% dei conferimenti in denaro e per la totalità dei conferimenti per titolo diverso), la società abbia *immediata e sicura disponibilità delle risorse a essa destinate (*art. 2342) e che il loro valore corrisponda interamente (art. 2343, 2343-ter) *alla cifra del capitale sottoscritto* (cioè al cd. Valore nominale).
6. La terza condizione concerne tutte quelle ipotesi in cui la speciale rilevanza dell’attività da esercitarsi induce il legislatore a subordinare lo svolgimento al rilascio di apposite **autorizzazioni.** Ad es. attività bancaria autorizzazione BdI.

#### Modalità di costituzione istantanea e per pubblica sottoscrizione

Al fine dell’integrazione della complessa fattispecie costituttiva fin qui descritta, il codice civile appronta in astratto *due diversi procedimenti:* quello della cd. Costituzione istantanea e della costituzione per pubblica sottoscrizione.

La **costituzione istantanea** è la più immediata e l’unica effettivamente diffusa nella prassi. Essa prevede che tutti i presupposti e i contenuti del rapporto societario vengano realizzati e decisi, in ogni punto, istantaneamente dai sottoscrittori del capitale sociale al momento della stipula dell’atto costitutivo presso il notaio.

Più articolata è la **procedura per pubblica sottoscrizione** (art. 2333 ss.) la quale prevede, quali peculiarità: per un verso, la possibilità che le fasi prima menzionate (programma, sottoscrizione, formulazione di atto costitutivo e statuto, stipula finale) avvengano in momenti differenti; per un altro, che le sottoscrizioni *siano sollecitate presso il “pubblico”* e dunque tra investitori sconosciuti e non spontaneamente mossi a concorrere all’iniziativa. Tutto questo con la presentazione di un progetto di SPA (programma) da parte di “promotori” che invitano gli interessati ad aderirivi e a sottoscrivere quote di capitale, in modo che, quando l’obiettivo programmato, in termini di risorse da raccogliere, sia stato raggiunto, si pervenga alla stipulazione dell’atto costitutivo fra gli aderenti.

#### Iscrizione nel registro delle imprese e le operazioni prima della sottoscrizione

L’art. 2330, relativo alla **procedura di iscrizione**, impone anzitutto al notaio che ha ricevuto l’atto costitutivo di “depositarlo entro 10 giorni presso l’ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale”. Al deposito vanno allegati “i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall’art. 2329”. Qualora il notaio non provvedesse entro il termine di 20gg, questo potere può essere dato ad uno qualunque dei soci. Contestualmente al deposito dell’atto costitutivo bisogna presentare la ***richiesta di iscrizione*** su cui l’ufficio del registro effettua un mero controllo di “**regolarità formale della documentazione”** (secondo quanto precisato dall’art. 2330, comma 3): ove l’esito risulti positivo, l’ufficio iscriverà la società nel registro.

Una volta iscritta la società, come sancito solennemente dall’art. 2331 comma 1 “**acquista personalità giuridica”**. Nella SPA quindi la pubblicità ha *rilievo costitutivo*.

Nel periodo antecedente alla iscrizione al registro, ma dopo la sottoscrizione dell’atto costitutivo, che effetti ci sono? Alla stipula dell’atto costitutivo discende un ***irrevocabile vincolo dei sottoscrittori ai conferimenti***: vincolo che potrà sciogliersi, ai sensi dell’art. 2331 comma 4 (col diritto dei sottoscrittori alla restituzione delle somme versate) solo se entro 90gg dalla redazione dell’atto costitutivo l’iscrizione non abbia avuto luogo. Ciò premesso, rimane tuttavia ancora da interrogarsi su qualer sia il **regime applicabile agli atti** che **in tale periodo** siano eventualmente posti in essere in vista della futura realizzazione degli scopi sociali. Può infatti accadere che, prima ancora del definitivo inizio dell’attività, la relativa fase di organizzazione comporti l’opportuinità o perfino la necessità di un’immediata operatività, alla quale naturalemnte potrà corrispondere la nascita di obblighi. L’art. 2331 comma 2 stabilisce che “per le operazioni compiute in nome della società prima dell’iscrizione sono ***illimitatamente e solidamente responsabili verso terzi coloro che hanno agito***”. Alla responsabilità di questi soggetti si aggiunge quella del socio unico fondatore e di quelli tra i soci che hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell’operazione”; nonché, in caso di costituzione “a formazione successiva”, quella dei promotori, relativamente alle “obbligazioni assunte per costituire la società”.

Una volta costituitasi la società avrà il dovere di ratificare quegli atti che, concretamente posti in essere da questi soggetti, risultino effettivamente rispondenti a tale interesse.

### Le modificazioni dello statuto

Si è detto come sia del tutto normale che dopo la costituzione possa prospettarsi l’opportunità di **modifiche all’assetto formale originario della SPA**. Trattandosi di un’organizzazione la cui essenza consiste nella formulazione di un apparato di regole che devono servire, per il tramite della realizzazione di una data attività, al raggiungimento di un determinato scopo (quello lucrativo) è infatti plausibile che nel tempo le clausole statutarie siano giudicate in tale prospettiva *inefficienti* e dunque suscettibili di modifica, soppressione, sostituzione, o di essere affiancate da ulteriori clausole, meglio rispondenti a un ipotetico nuovo bisogno rinvenuto nel mercato.

Art. 2436: modificazioni sia dello statuto che dell’atto costitutivo. Non tutti gli elementi possono essere modificati, in particolare non possono essere modificati i **“dati storici”** della società come ***i nomi dei soci*** originari che hanno stipulato l’atto (questo non impedisce che poi le azioni possano essere scambiate a soggetti terzi ma il nome dei soci fondatori deve rimanere e non può essere cambiato), ***i nomi degli amministratori, dei sindaci o dei componenti del consiglio di sorveglianza.***

Il procedimento di modifica dello statuto si articola in tre fasi:

1) la delibera di modifica;

2) il controllo notarile;

3) l'iscrizione nel registro delle imprese.

Le modifiche dello statuto sono adottate con deliberazioni dell'assemblea assunte a maggioranza. La competenza è dell'**assemblea straordinaria.** Le delibere modificative dello statuto, come tutte le delibere dell'assemblea straordinaria, devono risultare da verbale redatto da un notaio. Tale controllo notarile è successivo e non preventivo, come accade in sede di costituzione della società.

Se il notaio ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, ne dà comunicazione tempestivamente, e comunque non oltre il termine previsto dal primocomma del presente articolo, agli amministratori. Gli amministratori, nei trenta giorni successivi, possono convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti oppure ricorrere al tribunale per il provvedimento di cui ai successivi commi (cosiddetto procedimento di omologazione); in mancanza la deliberazione è definitivamente inefficace. Il tribunale, verificato l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge e sentito il pubblico ministero, ordina l'iscrizione nel registro delle imprese con decreto soggetto a reclamo. La deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione.

### La nullità della SPA

Art. 2332: “Avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità(1) della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi:

1) mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico [1418];

2) illiceità dell'oggetto sociale;

3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale.

La dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese.

I soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali.

La sentenza che dichiara la nullità [2309] nomina i liquidatori [2487].

La nullità non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione è stata data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese [1423, 2379].

Il dispositivo della sentenza che dichiara la nullità deve essere iscritto, a cura degli amministratori o dei liquidatori nominati ai sensi del quarto comma, nel registro delle imprese.”

La disciplina in oggetto si applica dopo l’iscrizione della società: prima dell’iscrizione esiste solo un contratto di società e, quindi, in mancanza di norme di legge, vale la disciplina generale dei contratti.

Dopo l’iscrizione nasce un’organizzazione di persone e di mezzi abilitata a operare con i terzi che è entrata nel traffico giuridico.

La nullità della società segue una disciplina diversa dall’invalidità negoziale.

Le disposizioni in materia di nullità della società si ispirano a tre regole fondamentali:

a) tassatività della fattispecie;

b) conversione delle cause di nullità in cause di scioglimento;

c) possibilità di sanatoria.

L’invalidità della singola partecipazione sociale opera come causa di recesso (Atto di scioglimento unilaterale dal rapporto societario da parte di un solo componente (socio). Art. 2285 Codice Civile - Recesso del socio. Art. 2307 Codice Civile - Proroga della società) ex lege. Ne consegue che l’invalidità della singola partecipazione non comporta l’invalidità dell’intero contratto neanche se la partecipazione debba considerarsi essenziale. A questo socio che recede spetta il rimborso in denaro del valore attuale della sua partecipazione, quindi non solo quanto ha originariamente conferito.

## I patti parasociali

Si tratta di ***negozi, stipulati tra i soci (non necessariamente fra tutti), i quali impongono a se stessi determinati vincoli in relazione all’esercizio dei poteri amministrativi*** (specie del *voto*: ad. Si impegnano a votare come verrà loro indicato da un consulente designato nel patto stesso) ***o limiti alla libera facoltà di disporre delle azioni***. Detti soci si premuniscono così contro il rischio di un’alterazione degli equilibri di potere esistenti fra loro in un certo momento e a volte si garantiscono determinati benefici (impegnandosi ad es. a votare annualmente una costante distribuzione di utili in una certa percentuale).

La **causa** di tali negozi non può definirisi a rigore “societaria”, non avendo essi come obiettivo il perseguimento del tipico scopo associativo della produzione e distribuzione dell’utile (il quale semmai è il presupposto dell’acordo), bensì la protezione dell’investimento operato nella SPA da ciascuno dei paciscenti, contro i pericoli che a quell’investimento potrebbero derivare dal libero esercizio delle prerogative socialiu da parte degli altri. Dalla natura extrasociale di suddetti patti deriva che essi tipicamente producono **effetti di carattere obbligatorio** tra le parti, mentre *ne viene esclusa l’idoneità a incidere nei confronti delle regole organizzate della SPA*: sicchè la violazione degli accordi in parola va trattata come un normale *inadempimento contrattuale*, con la conseguenza di condurre al risarcimento dei danni eventualmente procurati alla/e contropart/i, ma *mai all’invalidità di atti della società*. Pertanto, qualora uno dei soci votasse in modo difforme da quanto obbligatosi a fare, la delibera assembleare sarebbe in ogni caso valida, anche se il suo voto fosse stato determinante; se egli cedesse le proprie azioni in violazione dell’impegno di non trasferirle a terzi, la cessione sarebbe valida ed efficace nei confronti della società e l’acquirente ne diverrewbbe in ogni caso socio. Sempre in ragione, poi, della connotazione extrasociale di tali accordi, il diritto societario non se ne occupa centralmente, con una disciplina armonica e completa relativa alla loro formazione e realizzazione, ma dedica attenzione solo ai riflessi e alle interferenze che essi possono determinare nei confronti delle regole dell’attività.

Poiché, infatti, i patti parasociali comunque hanno per oggetto la regolamentazione delle prerogative del socio, l’esecuzione degli stessi, in quanto determina un coordinamento giuridicamente vincolante tra gli azionisti, è in grado di incidere in modo significativo, anche se indirettamente, sulla realizzazione delle dinamiche che discenderebbero da uno svolgimento spontaneo dell’attività e della mera applicazione delle norme di legge e dello statuto. Si pone così il problema di stabilire se ed entro quale misura una tale influenza dei patti parasociali sull’attività sociale possa essere consentita.

La questione appena evidenziata si è posta storicamente soprattutto con riguardo ai cd. *Sindacat6i di voto*, cioè ai patti aventi ad oggetto l’esercizio del voto da parte dell’azionista, specie quelli che impegnano ciascun socio contraente a votare secondo la decisione della maggioranza dei partecipanti all’accordo (una decisione che, ovviamente, sarà presa prima dell’assemblea della società). La concreta stipula di tali negozi è stata nel passato giudicata da alcuni, in quanto potenzialmente idonea ad alterare le dionamiche assemleari, come contrastante con le regole imperative di funzionamento della SPA. Dopo un intenso dibattito che aveva visto contrappporsi sul punto opposte posizioni, il legislatore, in passato silente sul tema, ha finito con il prenderre esplicita posizione *in favore della generale* **validità degli accordi parasociali**. E ciò a più riprese: prima dedicando due disposizioni del TUF, gli art. 122 e 123, ai patti riguardanti le azioni quotate nei mercati regolamentati; poi, inserendo nel codice civile due appositi articoli, il 2341-bis e il 2341-ter, relativi in generale agli accordi parasociali aventi a oggetto la partecipazione SPA. Si tratta così di un insieme di norme che, introducendo taluni elementi di **disciplina** dei patti parasociali, ne ammettono implicitamente la validità.

L’art. 2341-bis considera rilevanti ai fini della relativa disciplina non tutti i patti incidenti sull’esercizio dei diritti del socio ma unicamente quelli aventi un dato **oggetto** e determinate **finalità.** La disposizione si applica infatti agli accordi che:

“a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano;

b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;

c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società”.

Rilevano, inoltre, solo i patti stipulati “al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”.

Inoltre i patti “non possono avere **durata** superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza”.

“Qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente **ha diritto di recedere** con un preavviso di centottanta giorni.”

L’art. 2341-ter si occupa invece della **pubblicità** dei patti parasociali, ove riguardino società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. “Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio i patti parasociali devono essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea. La dichiarazione deve essere trascritta nel verbale e questo deve essere depositato presso l'ufficio del registro delle imprese.

In caso di mancanza della dichiarazione prevista dal comma precedente i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e le deliberazioni assembleari adottate con il loro voto determinante sono impugnabili a norma dell'articolo 2377.”.

# Capitolo 11 – Capitale sociale e conferimenti

## Gli elementi della struttura finanziaria della SPA

Lo svolgimento dell’attività di una SPA non soltanto comporta ma *presuppone* la raccolta di risorse finanziarie a essa destinate. Come si è detto, infatti, il tipo SPA è in particolare caratterizzato dalla *fisiologica apertura al reperimento delle predette risorse nel mercato*, in vista della canalizzazione degli investimenti privati nell’organizzazione dell’impresa. A fronte della contribuzione effettuata, gli investitori ricevono *strumenti rappresentativi della posizione che essi rivestono nei confronti della società,* posizione che a sua volta dipende dal tipo di operazione a cui va ricondotto l’investimento effettuato.

Da tale punto di vista può distinguersi una raccolta nel mercato di risorse finanziarie *essenziale* al tipo SPA, cioè necessaria per la stessa esistenza di tale forma organizzativa, da una raccolta solo *eventuale.*

1. È essenziale alla Spa la raccolta che interviene in occasione della creazione (e assegnazione) di quei particolari strumenti finanziari costituiti dalle **azioni**. In tale circostanza la società riceve il cd. ***Capitale*** ovvero la provvista primaria “di rischio” con cui finanziare la formazione della struttura aziendale, la medesima società lega a sé le sorti di una specifica categoria di investitori, gli azionisti: soggetti indispensabili al funzionamento dell’organizzazione, titolari dei diritti di tipo patrimoniale e amministrativo derivanti dal conferimento effettuato. E invero, gli azionisti, poiché soci, non solo parteciperanno alla distribuzione degli utili e dell’avanzo di liquidazione, ma avranno voce inn capitolo in relazione all’esercizio dell’impresa.
2. È solo eventuale invece la raccolta di risorse sul mercato effettuata per il tramite della creazione e assegnazione dei cd. **Altri strumenti finanziari partecipativi**, di cui fa menzione l’art. 2346: “Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione”.
3. Del pari eventuale è poi l’emissione di **obbligazioni**, cioè di strumenti con cui la SPA si procura, sempre nel mercato finanziario, risorse “a debito”, impegnandosi cioè alla resitituzione a una data scadenza delle somme ricevute nonché, normalmente, a effettuare pagamenti aggiuntivi nei confronti dei finanziatori, a titolo di interessi. I titolari di obbligazioni, proprio in ragione del fatto di contribuire alla formazione non del “capitale di rischio” bensì del “capitale di debito”, non godono degli stessi diritti partecipativi dei soci (né dei titolari degli altri strumenti finanziari sopra riferiti). È stabilita tuttavia una disciplina intesa alla tutela della loro posizione, in quanto dipendnete dalle vicende della società e in sé dell’operazione di prestito a cui le singole obbligazioni accedono; la stessa tutela è estesa ai titolari degli **strumenti finanziari assimilabili alle obbligazioni**, previsti dall’art. 2411 comma 3.

## Capitale sociale

Con capitale sociale si intende l’insieme dei mezzi originariamente prestati dai soci e stabilmente destinati dalla società allo svolgimento dell’attività produttiva che costituisce l’oggetto sociale. La previsione dell’adozione di un dato capitale sociale avviene con una ***clausola statutaria***. Ne consegue la cd. **fissità del capitale sociale.** E infatti perché sia modificata la cifra del capitale sociale, non basta un’ordinaria decisione di tipo gestorio, assunta dagli amministratori ma occorre che si proceda ad una *formale modifica dello statuto*: la quale dovrà essere decisa dall’assemblea straordinaria o comunque risalire a una sua decisione.

Dalla regola di fissità del capitale discende un rigoroso **vincolo di non distribuzione** presso gli azionisti di risorse in misura corrispondente, che si manifesta principalmente:

1. Nel *divieto di ripartizione di utili* in caso di perdita del capitale sociale “fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente”.
2. Nella *restituzione dei conferimenti* ai soci e la conseguente riduzione reale del capitale sociale *non è libera* ma è condizionata a un giudizio sulla concreta sostenibilità dell’operazione da parte della società (ex art. 2445 comma 3 e 4), affidato in prima battuta ai creditori ma (qualora essi neghino il consenso all’operazione) suscettibile di essere ulteriormente devoluto al tribunale. La regola di stabilità del capitale sociale è poi all’origine della previsione dell’appostazione di una corrispondente voce al passivo del bilancio, nell’ambito della classe del “patrimonio netto”.

Nella SPA la scelta del capitale sociale da sottoscrivere (e quindi da adottare) non è pienamente libera. L’art. 2327 prevede, in particolare, che “*la società per azioni deve costituirsi con un* ***capitale non inferiore a cinquantamila euro***” (capitale minimo). Se nella vita dell’impresa il capitale sociale si dovesse ridurre sotto al capitale minimo la pena è lo scioglimento della società o trasformazione della società in tipologia minore.

## La formazione del capitale sociale

Come si è detto la **cifra del capitale sociale** coincide con quella risultante dalle sottoscrizioni dei soci.

Con la **dichiarazione di sottoscrizione** del capitale (coincidente con la stipulazione dell’atto costitutivo), chi la emette assume l’impegno ad effettuare una prestazione in favore della SPA, *il conferimento*, il cui valore è determinato tenendo conto del capitale rappresentato dalle azioni da emettere a nome del sottoscrittore, e corrispondenter a una quota del complessivo capitale della società.

In relazione ai **conferimenti,** la legge detta una articolata disciplina, contenuta nelle disposizioni comprese tra l’art. 2342 e 2343-quater, la quale forma il complesso sistema del cd. “**capitale reale”**. Si tratta di previsioni complementari a quelle prima riferite (concernenti invece il cd. “capitale nominale”), intese alla realizzazione del principio di cd. effettività del capitale sociale: l’intento legislativo è fare in modo che il sacrificio (=rischio) degli azionisiti, cui è legato il loro fondamentale ruolo nell’organizzazione sociale sia, appunto, *effettivo* e non rimanga solo sulla carta.

A tale proposito si prevede innanzitutto che “se nell’atto costitutivo non è stabiliìto diversamente, ***il conferimento deve farsi in denaro***”. La legge tuttavia autorizza la deviazione da tale regola (appunto dichiarando ammissibili i conferimenti diversi dal denaro), sebbene subordinandola al consenso dei soci espresso originariamente nell’atto costitutivo o, in seguito, nella delibera di aumento del capitale sociale mediante conferimenti in natura (art. 2441 comma 4).

L’art. 2342 comma 2 richiede che **un quarto dei conferimenti in denaro** (o l’intero ammontare nel caso di società unipersonale) debba essere **versato** dai soci immediatamente, “alla sottoscrizione dell’atto costitutivo”, per poi rimanere depositato dentro una banca fino al momento dell’iscrizione della SPA nel registro delle imprese. Spetta agli amministratori richiedere ai soci la prestazione dei versamenti residui, nel momento in cui l’esigenza finanziaria della società divenga attuale.

### I conferimenti diversi dal denaro

Per i **conferimenti diversi dal denaro** il legislatore prevede un’ampia serie di previsioni, ispirate ai principi di “effettività in senso stretto” e di “integrità” del capitale. Si vuole cioè assicurare che il capitale sociale. In sede di sua formazione, sia certo nel “se” e nel “quanto” (*an et quantum*), imponenedosi: in primo luogo, che la società consegua la *sicurezza della disponibilità delle prestazioni* promesse a copertura del capitale sociale, in modo che l’oggetto di tali prestazioni possa realmente essere considerato tra le risorse concretamente utilizzabili nell’ambito dell’attività sociale; in secondo luogo, che *il valore di tali risorse sia almeno pari alla quota di capitale sociale* individualemente assunta dal conferente.

Al primo principio, di ***effettività “in senso stretto”***, corrisponde la norma dell’art. 2342 comma 3 secondo la quale le azioni corrispondenti ai conferimenti di beni in natura e crediti “*devono essere* **integralmente liberate** *all’atto della sottoscrizione”*. Il conferimento non deve essere solo in proprietà ma anche in godimento alla società.

Sempre in funzione della “effettività in senso stretto” è da ritenere essere dettato il divieto previsto nell’art. 2342 comma 5 ai sensi del quale “non possono formare oggetto di conferimento le **prestazioni di opera o di servizi”**. Contrariamente a quanto talora affermato, infatti, il concorso di tali prestazioni alla formazione del capitale non è impedito dalla difficoltà di una loro valutazione (difficoltà che sarebbe superabile con l’applicazione delle previsioni all’art. 2343), bensì dalla naturale inidoneità delle medesime a fornire agli amministratori quel controllo del fattore di produzione rappresentato dal singolo conferimento, che la sua “imputazione a capitale” in via astratta presuppone.

A soddisfare invece l’esigenza di ***integrità del capitale*** è invece dedicato l’art. 2343, ai sensi del quale l’emissione e la consegna di azioni a fronte del conferimento di beni in natura o di crediit avvengono solo a seguito di un complesso procedimento, che prevede:

1. L’allegazione all’atto costitutivo di una relazione giurata di un esperto indipendente, “nominato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società”, contenente la **stima del valore** *del bene o del credito* apportati;
2. Il successivo *controllo di tale stima* (nei 180gg dall’iscrizione della società nel registro delle imprese) da parte degli amministratori;
3. La proporzionale *riduzione del capitale sociale* (con annullamento delle azioni scoperte) nell’ipotsi in cui da una revisione degli amministratori risulti che “il valore dei beni o crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto quello per cui avvenne il conferimento”, a meno che il conferente non decida di *integrare con versamento in denaro* la propria prestazione o di *recedere* del tutto dalla società. Là dove lo stesso opti per quest’ultima soluzione, è peraltro stabilito che egli “ha diritto alla restituzione del conferimento, solo qualora sia possibile in tutto o in parte in natura”.

Sono regole che vogliono assicurarsi che il valore dei beni apportati avvenga sotto criteri oggettivi e a valore di mercato, così che i terzi che sostengono l’impresa a debito o capitale non debbano preoccuparsi della solvibilità del capitale sociale.

## Le esenzioni dall’obbligo di stima dei conferimenti in natura

Il procedimento di stima dei conferimenti in natura, previsto dall’art. 2343, se garantisce una tendenziale correttezza della formazione quantitativa del capitale sociale, impone tuttavia ai soci un vincolo costoso. Per questo si è reso opportuno prevedere alcune ipotesi in cui il conferimento in natura può essere realizzato, pur sempre nel rispetto delle esigenze di effettività del capitale, ma *senza che vi sia la necessità del deposito della stima in generale prevista nell’art. 2343.*

In particolare, ai sensi dell’art. 2343-ter una perizia del conferimento non è necessaria quando *alternativamente:*

1. Il conferimento riguardi “**valori mobiliari”** o “**strumenti del mercato monetario”**, sempre che il valore a essi attribuito (a fronte del capitale assegnato e dell’eventuale sovrapprezzo) sia pari o inferiore “al prezzo medio ponderato” di tali beni, registrato in un mercato regolamentato nei sei mesi precedenti al conferimento.
2. Al bene apportato sia attribuito un **valore corrispondente al *fair value*** a cui il bene medesimo è stato iscritto nel bilancio del conferente, relativo all’esercizio precedente a quello al quale è effettuato il conferimento, purchè detto bilancio sia stato sottoposto a revisione legale, espressa senza rilievi.
3. Il bene sia apportato per un valore corrispondente a quello che risulti da una **valutazione operata da un esperto** indipendente

L’art. 2343-quater stabilisce poi che gli amministratori devono verificare, entro trenta giorni dall’iscrizione della società nel registro delle imprese, che non siano intervenuti “fatti eccezionali” o “fatti nuovi”, incidenti rispettivamente sul prezzo dei valori mobiliari o degli stumenti di cui sopra al punto i) o sul valore dei beni conferiti secondo l’indicazione riportata *sub ii)* ovvero accertare la sussistenza nell’esperto *sub iii)* dei riferiti requisiti di indipendenza e professionalità. Ove tali fatti si siano verificati o si constati che l’esperto non possieda i detti requisiti, occorrerà far luogo a una ordinaria stima secondo le regole generali dell’art. 2343. Altrimenti, gli amministratori depositeranno per l’iscrizione nel registro delle imprese una dichiarazione contenente una serie di indicazioni, dettagliatamente previste dalla legge e attestanti la sussistenza dei presupposti per l’esenzione dall’obbligo di stima.

## Acquisti da soggetti correlati alla SPA e la compensazione tra il debito al conferimento del sottoscrittore e il credito da questi vantato verso la società

Art. 2343-bis

“L'acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o di crediti dei promotori, dei fondatori, dei soci o degli amministratori, nei due anni dalla iscrizione della società nel registro delle imprese, deve essere autorizzato dall'assemblea ordinaria.

L'alienante deve presentare la relazione giurata(1) di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società ovvero la documentazione di cui all'articolo 2343 ter primo e secondo comma(2) contenente la descrizione dei beni o dei crediti, il valore a ciascuno di essi attribuito, i criteri di valutazione seguiti, nonché l'attestazione che tale valore non è inferiore al corrispettivo, che deve comunque essere indicato.

La relazione deve essere depositata nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l'assemblea. I soci possono prenderne visione. Entro trenta giorni dall'autorizzazione il verbale dell'assemblea, corredato dalla relazione dell'esperto designato dal tribunale ovvero dalla documentazione di cui all'articolo 2343 ter(2), deve essere depositato a cura degli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli acquisti che siano effettuati a condizioni normali nell'ambito delle operazioni correnti della società né a quelli che avvengono nei mercati regolamentati o sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

In caso di violazione delle disposizioni del presente articolo gli amministratori e l'alienante sono solidalmente responsabili per i danni causati alla società, ai soci ed ai terzi.”

## Sovrapprezzo

Non è detto che ad ogni contributo del socio corrisponda sempre un apporto a capitale sociale. I soci potrebbero infatti dare apporti ulteriori per aumentare il patrimonio della società senza però aumentare il capitale sociale.

A tale ordine di idee corrisponde anzitutto il cd. **sovrapprezzo**, la cui prestazione è tipicamente prevista dalla legge. Art. 2431. Il sovrapprezzo delle azioni è l'eccedenza del prezzo di emissione delle azioni rispetto al valore nominale delle medesime: cioè l'esborso ulteriore dovuto in occasione della sottoscrizione delle azioni.

Il valore nominale delle azioni, normalmente, è inferiore a quello reale perché il capitale nominale è inferiore al patrimonio netto. In tal caso, se le azioni di nuova emissione venissero pagate al valore nominale, si avrebbe una riduzione della partecipazione dei soci attuali al patrimonio netto, a beneficio del nuovo sottoscrittore, il quale paga il valore nominale per un'azione che in realtà vale di più. Di conseguenza nell'ipotesi normale in cui il patrimonio netto sia superiore al capitale sociale nominale, è obbligatoria l'emissione delle azioni ad un prezzo superiore a quello nominale.

Il sovrapprezzo è previsto nell'interesse esclusivo dei soci, che possono rinunciarvi all'unanimità.

Per quanto riguarda la misura del sovrapprezzo, esso deve essere determinato in base al valore del patrimonio netto. Per determinare tale valore sarà necessaria la redazione di una situazione patrimoniale aggiornata.

Diversa dal caso del sovrapprezzo è l’ipotesi in cui il socio effettui un **conferimento a capitale “individualmente esuberante”:** cioè un contributo che partecipa alla formazione del capitale complessivo della SPA, ma è superiore alla quota di capitale nominale assegnata al conferente, e dunque non proporzionale alla partecipazione da questi assunta. Questo è grazie al comma 4 dell’art. 2346 che cita “A ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento. Lo statuto può prevedere una diversa assegnazione delle azioni”. E dunque ci saranno soci che vedranno la propria partecipazione essere maggiore rispetto al loro reale conferimento perché appunto c’è qualcuno che ha fatto un conferimento a capitale “individualmente esuberante”.

Vi sono poi infine i **versamenti in conto capitale** o anche detti i **versamenti a fondo perduto.**

## Azioni con prestazioni accessorie

Art. 2345 : “Oltre l'obbligo dei conferimenti, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie [2519] non consistenti in danaro(1), determinandone il contenuto, la durata, le modalità e il compenso, e stabilendo particolari sanzioni per il caso di inadempimento. Nella determinazione del compenso devono essere osservate le norme applicabili ai rapporti aventi per oggetto le stesse prestazioni.

Le azioni alle quali è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette devono essere nominative e non sono trasferibili senza il consenso degli amministratori.

Se non è diversamente disposto dall'atto costitutivo, gli obblighi previsti in questo articolo non possono essere modificati senza il consenso di tutti i soci.” È ad esempio il caso dell’azionista che si obbliga a tenere la contabilità per i prossimi due anni. In ogni caso non si emettono azioni di categorie diverse dall’ordinario, sono sempre uguali alle altre.

# Capitolo 12 – Azioni. Creazione ed estenzione

Ai sensi dell’art. 2346 comma 1 “ **la partecipazione sociale è rappresentata da azioni”.** La previsione ha un significato complesso, atteso che, secondo quanto in prevalenza si ritiene, essa contiene tre distinti precetti:

* Che *l’assegnazione di azioni attesta e misura la* ***partecipazione al capitale sociale*** *di ciascun socio*. È questa assegnazione che pertanto definisce i termini ai quali il contributo di un certo socio è stato considerato “capitale” al momento dell’emissione azionaria;
* Che *dal numero e dal tipo di azioni assegnate discendono peso e caratteri* ***della partecipazione all’attività “sociale”*** e dunque la quantità e il contenuto dei diritti e degli obblighi riferibili a ciascun azionista in quanto socio;
* Che *il possesso o la disponibilità delle azioni, intese come titoli azionari,* ***condiziona l’acquisto e l’esercizio*** *dei diritti partecipativi* alla stessa stregua di quanto accade in generale per i titoli di credito nei confronti dei diritti in essi “incorporati”.

Le azioni sono l’unità minima di apporto finanziario richiesta in una certa SPA per partecipare all’iniziativa d’impresa con essa organizzata. Le azioni sono **fungibili** le une con le altre.

## Creazione delle azioni

La creazione delle azioni segue senjz’altro alla formazione del cd. capitale sociale, il che a sua volta avviene per il tramite della relativa **sottoscrizione:** e cioè di una *dichiarazione con la quale i soci si vincolano a prestare conferimenti* per una somma almeno pari, appunto, a quella del capitale sottoscritto. Esso deve nel complesso a sua volta coincidere, come in precedenza avvertiuto, con quella cifra che la società intende adottre come *capitale di rischio* da destinare all’esercizio dell’attività.

Le azioni possono essere emesse:

1. Al momento della costituzione della SPA;
2. Aumento di capitale sociale tramite nuovi conferimenti
3. Aumento del capitale sociale realizzato tramite una imputazione a capitale di altri fondi e cioè di riserve disponibili, con emissione azionaria in favore di tutti i soci (art. 2442) o di utili con assegnazione di nuove aziooni ai prestatori di lavoro.

Per l’aumento del capitale sociale a pagmento c’è bisogno dell’assemblea dei soci che deliberi in sede straordinaria con le maggioranze previste dall’art. 2368.

Ovviamente la delibera non basta, serve anche che gli investtori poi le sottoscrivano veramente le azioni.

Diritto di opzione

La possibilità che con l’aumento di capitale si realizzi un mutamento dei precedenti assetti ed equilibri patecipativi è quindi possibile fonte di pregiudizi degki interessi individuali dei soci, dato che la maggioranza potrebbe evidentemente approfittare di una tale occasione in modo “abusivo”, per godere maggiormente dei risultati sociali o diluire il peso di presenze avvertite come “scomode”. Un cambimanento della struttura proprietaria potebbe mutarsi in un mutamento della struttura di governo che potrebbe incidere negativamente sull’azione produttiva della società.

Tutte queste considerazioni spiegano la previsione dell’articolata disciplina del **diritto di opzione.** In proposito, è fondamentale la previsione dell’art. 2441 comma 1 ai sensi del quale “le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proprizione al numero delle azioni possedute”. In tale modo si impedisce agli amministratori il discrzionale indirizzamento dell’offerta di sottoscrizione; il mantenimento della precedente quota di capitale sociale del singolo socio viene pertanto fatto dipendere unicamente dalla sua decisione di accettare o meno l’offerta rivoltagli dagli amministratori stessi. Ovviamento questa scelta comporta l’onere di dover aumentare l’investimento nella società.

Per assicurare il rispetto del diritto di opzione dei soci la legge prescrive un **procedimento** di raccolta per le nuove sottoscrizioni, stabilendo in particolare che l’offerta societaria va *pubblicata* – in via separata dalla delibera di aumento di capitale – presso il registro delle imprese ad opera degli amministratori (e contestualmente resa nota sul sito internet della sosicetà). Dal momento della pubblicità devono decorrere almeno 14gg.

Il legislatore stabilisce che le azioni **inoptate** (cioè quelle che rimangono non sottoscritte allo scadere dell’offerta di opzione) non possono essere liberamente collocate: ai sensi dell’art. 2441 comma 3 “Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni che siano rimaste non optate.” Se anche dopo l’esercizio della prelazione da parte dei soci dovessero rimanere delle azioni inoptate allora si potrà collocarle presso terzi.

Il diritto di opzione può tuttavia essere **escluso** in casi particolari, come nella fattispecie in cui ci sia bisogno di ristrutturare la società e lo status quo della compagine sociale non ne permetterebbe il successo.

In particolare, l’art. 2441 stabilisce che tale esclusione, la quale deve essere deliberata dall’assemblea, può in generale intervenire nelle seguenti ipotesi:

1. Quando le azioni “***devono essere liberate mediante conferimenti in natura”***
2. “quando ***l’interesse della società lo esige***
3. Quando le azioni ***sono offerte ai dipendenti della società*** o di società che la controllano o che sono da essa controllate.
4. Per le società quotate vi è un’ulteriore ipotesi percorribile che è quella del limite del 10% del capitale sociale preesistente

Estinzione delle azioni

Vi sono due ipotesi:

1. **Riduzione reale del capitale**, la quale determina un corrispondente impoverimento della società, con correlativa restituzione ai soci di parte delle risorse precedentemente apportate.
2. **Riduzione nominale** che la legge disciplina in collegamento al verificarsi di perdite al capitale e che realizza semplicemente, senza uscita di risorse dalla società, un riallineamento tra, da un lato , l’importo del capitale che risulta statuariamente programmato con la corrispondente clausole e, dall’altro, l’importo (ormai più basso) del patrimonio netto di cui la società effettivamente dispone in un dato momento storico.

La decisione di riduzione del capitale reale spetta all’***assemblea straordinaria*** ed è regolata in dettaglio dall’art. 2445 il cui comma 1 ne prevede due possibili diverse modalità di realizzazione. In particolare, i soci possono stabilire, alternativamente, o il *rimborso del capitale versato* (da attuarsi sempre in denaro e mai quindi in natura di parte dei conferimenti effettuati) o la *liberazione dei soci dall’eventuale debito residuo ai versamenti* fino a concorrenza con la misura di riduzione stabilita.

Non vi devono essere particolare giustificaizoni per la riduzione di capitale reale, si lascia discrezionalità alla maggioranza dell’assemblea straordinaria. Ciò non significa, tuttavia, che la delibera in commento possa essere assunta senza che siano offerte spiegazioni al riguardo. L’art. 2445 comma 2 stabilisce infatti che “l’avviso di convocazione deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione”. Ne consegue che pure nell’atto assembleare tali ragioni devono essere richiamate; deve inoltre reputarsi che esse vadano formulate in modo che possano considerarsi congrue alla deliberazione presa.

Vi è inoltre un obbligo di pubblicità con pubblicazione al registro delle imprese e vincolo di aspettare 90gg prima di procedere alla riduzione in modo che i creditori si possano fare avanti.

Il comma 4 stabilisce che comuqne la società può rivolgersi al tribunale nel caso il creditore fosse troppo e inutilmemente prudente.

La riduzione deve necessariamente essere proporzionale fra tutti i soci.

Estinzione del capitale sociale per perdite

Ipotesi in cui le perdite intaccano il capitale stesso. Art. 2446 e 2447 regolano il caso in cui il patrimonio netto della società dovesse trovarsi con valore inferiore rispetto al capitale sottoscritto. Il legislatore quindi si assicura che il capitale venga prontamente reintegrato come fondamentale presidio a garanzia dei creditori.

Una perdita che intacca il capitale sociale deve essere valutata dagli amministratori “anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale”.

Art. 2446 “Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite [2413], gli amministratori [2381] o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti”.

Sta all’autonomia dei soci decidere se la perdita sia temponranea o strutturale. La medesima discrezionalità non è loro concessa qualora la perdita perduri per un altro esercizio. Il legislatore non consente infatti di mantenere il capitale sociale *non effettivo* oltre tale periodo, imponendo per un simile caso di doversi aggiornare la cifra del capitale nominale in mdoo da renderla corrispondente a quella effettivamente esistente.

In particolare l’art. 2446 comma due stabilisce che “Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori”.

L’art. 2447 si occupa dell’ipotesi in cui la perdita di oltre un terzo del capitale porti questo a una **misura inferiore al minimo** consentito dall’art. 2327.

“Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio(1) convocare l'assemblea [2364, 2364 bis] per deliberare la riduzione del capitale(2) ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società”. Altrimenti si procederà allo **scioglimento della società**  ai sensi dell’art. 2484 comma 1 n. 4.

Laddove invece la perdita del capitale sia inferiore al terzo del capitale sociale e maggiore del minimo, l’assemblea ha facoltà di ridurre il capitale formalmente, ma non l’obbligo.

# Capitolo 13

Come in precedenza avvisato, altro fondamentale ruolo assegnato dalla legge alle “azioni” è quello di “rappresentare” la **partecipazione individuale all’attività sociale.** In questa accezione, col termine “azione” si intende identificare, pertanto, non la quota unitaria dell’investimento in capitale di rischio nella SPA ma una *ideale “porzione unitaria” del rapporto che lega l’azionista alla società:* rapporto i cui contenuti sono appunto “rappresentati”, e cioè *espressi* e prima ancora *conformati*, dai **diritti** e **obblighi** attribuiti dalle azioni possedute.

I soci infatti sono i “controllori” nei confronti della gestione svolta, in via esclusiva, dagli amministratori della SPA sui beni comuni.

Le azioni sono le **unità minime indifferenziate** della partecipazione individuale all’attività sociale e ai suoi risultati; esse si caratterizzano, pertanto, in quanto *indivisibili, inscindibili, uguali.*

Il requisito dell’inscindibilità delle azioni è sancito dall’art. 2347 che esordisce stabilendo appunto che “**le azioni sono indivisibili**”. Si tratta di un dato del tutto in linea con la visione dell’azione quale *unità minima predefinita* dell’investimento in SPA e del correlato interesse partecipativo in società.

L’indivisibilità dell’azione non comporta però che essa non possa essere oggetto di **contitolarità** tra più persone. L’art. 2347 comma 1 “i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune”.

L’assemblea straordinaria può tuttavia ben predisporre il **frazionamento** delle azioni o al converso il loro **raggruppamento**.

L’indivisibilità dell’azione comporta che l’azionista non può godere solo di una parte dei diritti o disporre a terzi una parte dei diritti della sua azione. Così è considerata illecita la **vendita del voto**. Sarebbe infatti controsenso che il socio partecipa al rischio di impresa per toto nella società ma poi si sottrae da alcuni diritti.

Uguaglianza e autonomia

L’art. 2348 comma 1 sancisce che “le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti”. È d’altronde la regola della spersonalizzazione nelle SPA. Occorre tuttavia avvertire che il **principio di uguaglianza** delle azioni non implica affatto che le azioni debbano essere tutte identiche, la legge anzi consentendo esplicitamente, nell’art. 2348 comma 2, la creazione di **categorie diverse di azioni**, attributive di diritti particolari. Semplicemente, *non è ammissibile che la diversità della partecipazione azionaria sia legata, anziché al tipo di azione posseduta, alla persona o al “tipo” di persona*.

Sì è così efficacemente affermato che “la struttura della SPA si sviluppa per ’categorie’ di relazioni di investimento, non per singoli rapporti.

Una differenziazione degli azionisti può determinarsi in concreto solo in correlazione con l’eventualità che gli stessi possiedano *diverse quantità* delle azioni emesse da una SPA. Alcune prerogative sociali potrebbero ben spettare in base al numero di azioni possedute (si pensi ad esempio al voto).

Secondo parte della dottrina, dalla rilevanza oggettiva delle azioni sotto il profilo organizzativo discenderebbe inoltre il principio della cd. **Autonomia delle azioni** secondo cui ognuna di esse attribuirebbe al proprio possessore prerogative esercitabili in modo appunto autonomo: con la conseguenza di potersi concepire la possibilità di un *esercizio diversificato di prerogative sociali fondamentali* da parte del medesimo soggetto, come nell’ipotesi del cd. **Voto divergente.** Un socio potrebbe così ad esempio espirmere voto favorevole per una certa delibera per una parte delle azioni e voto contrario per la restante parte.

Il diritto agli utili

Appartengono al primo genere di situazioni sopra menzionato, di stampo patrimoniale, il **diritto agli utili** e il **diritto alla quota di liquidazione** della società in sede di scioglimento generale o parziale del rapporto sociale. Da ricordare che gli azionisti hanno solo una *pretesa residuale sulla società liquidata* ovvero possono essere soddisfatti solo dopo che sono stati soddisfatti tutti coloro che vantano verso la medesima società una pretesa fondata su un titolo diverso. Si tratta di una norma imperativa molto importante sanzionata penalmente dall’art. 2626.

Al socio spetta il diritto al **dividendo** che matura di anno in anno. L’art. 2433 comma 2 stabilisce che la società non può pagare dividendi sulle azioni se non per *utili realmente conseguiti e risultati da un bilancio regolarmente approvato.*

These conditions must be met:

* Che risultino effettivamente *utili di esercizio* dal conto economico relativo all’anno in discussione (cioè che la differenza tra ricavi e costi di esercizio sia positiva)
* Che gli utili da distribuire trovino *capienza nello stato patrimoniale della società*, al “netto” delle perdite eventualmente prodottesi negli esercizi precedenti. (salvaguardando così la prelazione dei creditori su quella degli azionisti).
* L’assemblea dei soci deve espressamente deliberare la distribuzione dei dividendi

Diritto di recesso

Come si è evidenziato nella parte introduttiva della presente sezione, il successo della SPA quale strumento di canalizzazione di investimenti verso l’impresa è legato alla circostanza che la sua disciplina realizza un contemperamento tra l’esigenza che all’organizzazione di imponenti attività commerciali siano estinati stabilmente “capitali di rischio” e l’interesse di chi li ha apportati a poterne operare il disinvestimento anche anteriormente alla fine di tali attività. Questo contemperamento si realizza soprattutti, come pure detto, grazie alla possibilità cha ha il socio di trasferire ad altri in tutto in parte la propria partecipazione, in quanto rappresentata da azioni.

Dal momento che durante l’avviamento la società potrebbe non riflettere in pieno le proprie potenzialità nel prezzo delle aizoni, vi è facoltà di recedere così da riavere almeno il valore investito.

Ai sensi dell’art. 2437 tale diritto è concesso al verificarsi di situazioni ben determinate, evidentemente considerate dalla legge quali ipotesi significative di alterazioni dell’organizzazione idonee a incidere sul programma produttivo originario e conseguentemente sull’apprezzamento degli operatori di mercato sul valore dell’investimento nella data SPA.

Più specificatamente l’articolo citato prevede quali **cause inderogabili di recesso** le deliberazioni di:

1. Modifica dell’oggetto sociale (purchè implichi un cambiamento significativo dell’attività)
2. Trasformazione della società
3. Trasferimento della sede sociale all’estero
4. Revoca dello stato di liquidazione
5. Eliminazione di uno o poù cause di recesso derogabili originariamente previste nello statuto
6. Modifica dei criteri di determinazione del valore delle azioni in caso di recesso
7. Modificazioni delllo statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione

È inoltre nulla qualunque clausola volta a escludere o rendere più gravoso l’esercizio del diritto di recesso e né deve giustificare la sua convenienza economica.

A queste fattispecie vanno poi affiancate altre ipotesi tipiche di recesso, **derogabili**: il recesso dunque opera al verificarsi delle situazioni ora in esame solo là dove *lo statuto non disponga diversamente*. Tali casi sono:

1. La proroga del termine della società
2. L’introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari.

Al contrario di quanto accade per le cause prima elencate, qui il recesso è stabilito in relazione a ipotesi che il legislatore considera *normalmente* collegate all’investimento del socio, senza però che tale collegamento venga però a considerarsi connaturato *in via essenziale* al tipo astratto della SPA.

È dunque possibile che l’autonomia privata disponga dell’interesse del socio, per mezzo di apposita clausola statutaria, stabilendo espressamente: o, del tutto, la mancata attribuzione del recesso nelle ipotesi in questione, o una disciplina di tale diritto comunque derogativa *in pejus* rispetto a quella stabilita dalla legge.

È pure consentito, dalla parte opposta, che la tutela del socio venga rafforzata, con l’inserimento nello statuto (ma solo delle società che non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio) di “ulteriori cause di recesso”, in aggiunta a quelle legalmente prefigurate.

Sebbene il punto sia controverso, pare lecito **credere che tali ipotesi atipiche di recesso**, create dall’autonomia privata, debbano comunque essere collegate a ***importanti mutamenti del programma organizzativo,*** e non a vicende economiche della società, per quanto significative possano essere nei confronti dei risultati economici. (attuali o potenziali) della società.

Tuttavia, um **diritto di recesso ad nutum,** cioè non collegato al verificarsi di particolari ragioni giustificative (di tipo organizzativo o economico) è espressamente riconosciuto al socio nel caso in cui *la società sia costituita a tempo indeterminato:* e ciò per evitare che, in assenza di un effettivo mercato delle partecipazioni, il socio rimanga per sempre “prigioniero” dell’affare intrapreso e non possa mai anticipatamente liquidare l’investimento. Per tale ipotesi è necessario un preavviso di almeno *180 giorni*, per altro modificabile in aumento dallo statuto, fino al termine massimo di un anno. La stessa possibilità di recesso *ad nutum* non è invece offerta al socio in caso di società quotate in un mercato regolamentato, essendo escluso in tale eventualità, per definizione, il rischio che il socio rimanga “imprigionato” nel suo investimento per assenza di possibili acquirenti delle azioni.

Quanto alle **modalità di esercizio del diritto** ai sensi dell’art. 2437-bis il recesso deve essere esercitato, per tutte o alcune delle azioni possedute, con lettera raccomandata, da spedire entro quindici giorni dall’iscrizione nel registro delle imprese “della delibera che lo legittima”. È ipotizzabile tuttavia che il recesso possa derivare da un fatto diverso sa una deliberazione (v. ad es. gli art. 2343 e 2355-bis): in questo caso il termine di legge è di 30gg dalla conoscenza del fatto in parola da parte del socio.

Dal momento dell’esercizio del recesso le azioni del socio recedente *devono rimanere depositate presso la sede sociale*¸onde evitarne una circolazione che sarebbe, oltre che incoerente con l’intento manifesto dell’azionista, incompatibile col regolare e utile svolgimento della procedura di liquidazione. Si ritiene tuttavia, da parte degli interpreti, che la comunicazione della dichiarazione di recesso e il deposito delle relative azioni non bastino affinchè cessi la partecipazione del socio, occorrendo a tal fine aspettare il completamento del rimborso della quota di liquidazione.

In merito al procedimento previsto per il **calcolo della quota di liquidazione**, in coerenza con la *ratio* del recesso evidenziata in apertura di paragrafo, la legge fissa precisi criteri intesi a proteggere il valore dell’investimento azionario e il correlativo interesse del socio alla sua monetizzazione al momento dell’uscita dalla SPA. È disposto, in partioclare, che il valore di liquidazione venga stabilito dagli amministratori (sentito il parere del conisglio sindacale e di chi opera la revisione dei conti), “tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell’eventuale valore di mercato delle azioni”(art. 2437-ter, comma 2).

Si deve dunque procedere ad una valutazione del patrimonio sociale *in base ai suoi* ***valori reali attuali****,* e non già in base ai (di regola inferiori) valori di bilancio.

L’art. 2437-ter detta poi una procedura intesa alla tutela del socio in vista di una *corretta determinazione* della quota di liquidazione a opera degli organi sociali. Si stabilisce in particolare che coloro che siano interessati a recedere possono prendere visione *anticipatamente* della determinazione del valore delle azioni ai fini del recesso, la quale deve pertanto essere approntata, e può essere richiesta dal socio, “nei quinidci giorni precedenti alla data fissata per l’assemblea”. Ove i soci intendano contestare la determinazione effettuata, possono farlo con la stessa dichiarazione di recesso e in tale sede così sollecitare la stima da parte di un *esperto nominato dal tribunale,* il quale è chiamato a effettuarla tramite relazione giurata. Infine, con apposite norme è definita la **procedura di liquidazione** al socio della quotata. È in particolare stabilito che le azioni del socio receduto vengano *offerte in opzione agli altri soci proporzionalmente,* e che ai soci che esercitino l’opzione spetti pure (analogamente a quanto accade in caso di sottoscrizione di nuove azioni) un diritto di prelazione per le eventuali azioni non optate dagli altri azionisti. Le azioni che residuano da una tale procedura, se non vengono collocate nel mercato, devono essere rimborsate *direttamente dalla società* (la quale provvederà al loro acquisto), attingendo a riserve distribuibili o utili distribuibili. Ove questi fondi non sussistano, occorrerà che si deliberi, in alternativa allo scioglimento dell’intera SPA, una *riduzione del capitale sociale* in osservanza delle regole di cui all’art. 2445, dettate a proposito della riduzione “reale” del capitale sociale. Qualora, peraltro, venga presentata (ai sensi dell’art. 2445 comma 3) opposizione da parte dei creditori, *la delibera di scioglimento diverrà inevitabile,* a meno che, in applicazione all’art. 2437-bis ult. Co. Non si privi il recesso del socio di efficacia revocando “a monte” la stessa delibera che lo aveva legittimanto: una tale revoca dovrà tuttavia intervenire, per essere efficace, entro novanta giorni da detta deliberazione.

## I diritti amministrativi della generalità del socio

Con diritti di tipo amministrativo possono intendersi le prerogative, derivanti dalla titolarità dell’azione, che esprimono modi e termini di partecipazione del socio alla realizzazione dell’attività sociale (contribuendo alla produzione delle regole che indirizzano l’azione della persona giuridica SPA). Tra queste situazioni, vanno anzitutto tenuti presenti i diritti rispondenti a un interesse *riferibile alla generalità dei soci*, strumentali al concorso alla formazione delle delibere assembleari: dunque, essenzialmente, i *diritti di intervento e di voto* (art. 2351 e 2370). Separata considerazione meritano, poi, le situazioni del socio intese alla protezione di un’esigenza della *minoranza azionaria* nei rapporti con la maggiornaza.

Con il **diritto di voto** gli azionisti hanno la possibilità di incidere in senso positivo sulla vita e sulla *governance* della società: sia, direttamente, *concorrendo alle scelte in materia di organizzazione dell’attività sociale* (di competenza esclusiva dell’assemblea); sia *influendo indirettamente nei confronti della gestione,* specie attraverso il concorso nella nomina e nella revoca degli amministratori (o, in generale, dell’organo di gestione). Alla previsione delle situazioni in commento può dirsi così sotteso un interesse al “controllo” dell’impresa comune o a partecipare a un confronto critico sui termini di esercizio di detto medesimo controllo: interesse che rappresenta l’altro fondamentale profilo che può concretamente giustificare, in simee a quello patrimoniale già accennato precedentemente, l’investimento azionario individuale.

L’art. 2351 comma 2 “lo statuto può prevedere la creazione di **azioni senza diritto di voto,** con **diritto di voto limitato** a particolare argomenti, con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative. L’ammissione della concreta meritevolezza di una siffatta categoria si basa sulla constatazione, da parte del legislatore, della potenziale esistenza di un interesse di mercato a un investimento meramente “passivo” in una SPA, benchè a titolo di capitale. Poiché il “controllo” dell’insieme degli azionisti nei confronti dell’attività sociale rappresentata, tuttavia, come già avvertito, uno strumento fondamentale di equilibrio dell’attività sociale, inteso a scongiurare il perseguimento di iniziative azzardate da parte di coloro cui è affidata la gestione, l’ordinbamento riconosce all’autonomia sttutaria un potere *non assoluto* di creare azioni con diritto di voto escluso o limitato: l’art. 2351 comma 2 dispone in particolare che “*Il valore di tali azioni non può complessivamente superare la metà del capitale sociale*”. Cosicchè, può dirisi che: per un verso , una certa *percentuale minima* di “controllo” dei soci (complessivamente inteso) non è eliminabile; per un altro, tale percentuale minima coincide, in coerenza con una regola di correlazione tra potere e rischio “qualificato” che permea e attraversa la disciplina della SPA, con la metà del *capitale investito* in società.

Il codice civile accoglie, *come regola ordinaria*, il cd. **sistema “un’azione un voto”**.

L’unità di investimento rappresentata dall’azione va pertanto pure considerata quale **unità di potere azionario**.

Tuttavia, in considerazione della estrema varietà dei modelli organizzativi per i quali è ipotizzabile, e nei fatti realmente praticato, l’utilizzo della SPA, la legge prevede che l’autonomia statutaria possa possa stabilire una serie di **deroghe** al principio sopra indicato, adottabili in particolare nelle ipotesi in cui la società voglia essere caratterizzata da una stabile centralizzazione del comando, o, all’opposto, da una tendenziale democrazia partecipativa.

1. Come ipotesi di previsioni statutarie funzionali alla centralizzazione del comando, una importante deviazione dalla regola generale, cardine del sistema un’azione-un voto è oggi rappresentata dalla previsione, conseguente alla novella di cui al dl. 91/2014, contenuta nel nuovo art. 2351 comma 4 “Salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni con **diritto di voto plurimo** anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative. Ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un **massimo di tre voti**”.

L’istituto in esame consente con evidenza all’autonomia di configurare assetti societari nei quali a determinati azionisti (appunto in possesso di azioni a voto plurimo) sia possibile detenere una stabile quota di controllo dell’assemblea: in tal modo, da un lato, di fatto annullandosi o riducendosi sensibilmente la possibilità che la società sia soggetta a periodici cambi di maggioranza, dall’altro, rafforzandosi che le probabilità che l’operato degli amministratori sia soggetto (da parte appunto del socio stabilmente interessato al suo governo) a un serio e continuo monitoraggio. Va tuttavia evidenziato che un *divieto di emissione di azioni “a voto plurimo”* (in precenza previsto per tutte le società per azioni dall’art. 2351 comma 4) è ancora in vigore, in forza dell’espresso disposto dell’art. 127-sexies TUF, in relazione alle società quotate: e ciò in ragione della fondamentale esigenza che tale entità sia in via astratta, per quanto più possibile, “contendibile” nel mercato. Tali medesime società tuttavia mantengono le azioni a voto plurimo eventualmente emesse *anterioremnte alla quotazione.*

## I diritti della minoranza

La SPA può dirisi sede di varie “tensioni” o “contrapposizioni” tra soggetti portatori di interessi distinit. Così all’interesse degli amministratori alla gestione indisturbata dell’impresa fa da contraltare quello del gruppo dei soci al “controllo” della stessa, onde evitare o ridurre il rischio che gli amministratori approfittino della propria posizione di detentori esclusivi della gestione e indirizzino quest’ultima verso scopi contrari a quelli per i quali è stata loro conferita. È in vista della protezione di tale esigenza che sono tipicamente previste le competenze dell’assemblea dei soci, e le riferite prerogative di questi ultimi in tale ambito.

La SPA è però normalmente sede anche di un’ulteriore contrapposizione di interessi: quella tra **maggioranza e minoranza** dei soci, occasionata dall’esistenza, in capo ai primi, del potere di determinare o indirizzare le scelte sociali, e l’aspettativa dei secondi di evitare che l’esercizio del potere in parola realizzi una ingiusta prevaricazione, strumentale al perseguimento di interessi personali contrastanti con la realizzazione della causa lucrativa comune.

Vi sono dei diritti della minoranza, con i quali tali soggetti possono tenere protezione adeguata contro eventuali abusi della maggioranza, o sollecitare gli organi sociali, nell’inerzia di questa, all’adempimento dei propri doveri fiduciari nel perseguimento dell’oggetto sociale.

Tra tali situazioni, di cui si darà adeguatamente conto man mano che verranno affrontati gli argomenti ai quali sono collegate, si possono distinguere, in primo luogo, le *prerogative funzionali alla* ***promozione della regolare attività dell’assemblea,*** in particolare attravrso la facoltà di sollecitarne la convocazione (art. 2367) o il rinvio della riunione per una migliore preparazione alla discussione (art. 2374) , nonché la previsione del potere di impugnativa delle delibere di tale organo (art. 2377 comma 3). In secondo luogo, possono tenersi presenti quelle ipotesi in cui la ***tutela*** *accordata è occasionata* ***da comportamenti degli amministratori*** (attuati in acordo con la volontà della maggioranza) e comporta la possibilità di sollecitare l’intervento, nei loro confronti, degli organi di vigilanza e conbtrollo.

Vi sono anche poteri di denuncia dei soci a collegio dei sindaci (art. 2408) e al tribunale (art. 2409) per *gravi irregolarità* nella gestione.

## Pegno, usufrutto, sequestro di azioni

I diritti dell’azionista subiscono una rilevante compressione là dove le azioni siano sottoposte a **vincoli di tipo reale o giudiziale**, dovendosi in tale caso conciliare l’interesse del socio alla partecipazione con quello di altri soggetti, nell’interesse dei quali detti vincoli possono sorgere.

Al riguardo, il legislatore si occupa in particolare dell’eventualità che le azioni siano oggetto di **pegno** o **usufrutto** ovvero dell’ipotesi che siano genericamente sottoposte a **sequestro.** E ciò al fine appunto di determinare a chi competa in questi casi, se al socio o agli altri soggetti coinvolti da detti vincoli, l’esercizio dei diritti azionari: tenendo conto, in tale regolamentazione, da un lato, dell’interesse personale di detti soggetti al soddisfacimento, per il tramite della partecipazione in società, delle esigenzze in vista delle quali i vincoli sono immaginati; dall’altro, e soprattutto, di come queste esigenze meglio si concilino con l’obiettivo del perseguimento dell’interesse sociale.

L’art. 2352 si occupa in primo luogo della disciplina del **diritto di voto**, stabilendo: in caso di pegno o usufrutto, che esso “spetta”, salvo che non sia diversamente previsto, al *creditore pignoratizio* o all’*usufruttario*; in caso di sequestro, che lo stesso “è esercitato” dal *custode* (quindi decide il titolare ma esercita il custode).

Se le azioni attribuiscono un diritto di opzione [2441], questo spetta al socio [2347] ed al medesimo sono attribuite le azioni in base ad esso sottoscritte. Qualora il socio non provveda almeno tre giorni prima della scadenza al versamento delle somme necessarie per l'esercizio del diritto di opzione e qualora gli altri soci non si offrano di acquistarlo, questo deve essere alienato per suo conto a mezzo banca od intermediario autorizzato alla negoziazione nei mercati regolamentati. Nel caso di aumento del capitale sociale ai sensi dell'articolo 2442, il pegno, l'usufrutto o il sequestro si estendono alle azioni di nuova emissione.

Se l'usufrutto spetta a più persone, le comunicazioni e le dichiarazioni fatte dalla società a uno dei comproprietari sono efficaci nei confronti di tutti.

Salvo che dal titolo o dal provvedimento del giudice risulti diversamente, i diritti amministrativi diversi da quelli previsti nel presente articolo spettano, nel caso di pegno o di usufrutto, sia al socio sia al creditore pignoratizio o all'usufruttuario; nel caso di sequestro sono esercitati dal custode.

## Categorie di azioni

Come si è in precedenza accennato, l’art. 2348, dopo aver sancito il principio dell’uguaglianza di valore delle azioni e della pari dignità giuridica dei loro possessori, nel comma 2 precisa che “si possono tuttavia creare, con lo statuto o con successive modificazioni di questo, categorie di azioni fornite di diritti diversi”. Viene così consentito alle SPA di emettere **azioni “speciali”**, differenti rispetto a quelle cd. ordinarie in quanto caratterizzate dall’attribuzione di diritti non coincidenti con quelli normalmente spettanti al socio in base al possesso dell’azione.

La logica sottesa all’emissione di azioni speciali è quella della *diversificazione dell’offerta di strumenti finanziari di raccolta di capitale*, in considerazione della varietà degli interessi che possono esprimere gli investitori presenti sul mercato e dunque della articolazione della “domanda di investimento” da essi concretamente rappresentata. Tra essi vi possono essere, infatti, sia soggetti interessati al *controllo della società* e alla partecipazione alle dinamiche di impresa, sia individui che mirino unicamente al *profitto e al risultato* dell’attività, in sé considerato; tra questi ultimi possono poi distinguersi coloro che adottino un’*ottica industriale di lungo periodo,* rispetto agli “*speculatori puri”*, interessati a lucrare in un breve arco di tempo sul dioco dei lisitini; se alcuni possono avere, infine, maggiore *propensione al rischio*, altri potrebbero cercare di ridurlo al massimo, seppure nei limiti di un investimento strutturalemente soggetto, com’è quello in azioni, al pericolo di un integrale abbattimento delle attese di rientro in ipotesi di crisi.

Si concede così all’autonomi statutaria la più ampia **libertà di creazione** di categorie speciali di azioni. La legge dà solo dei limiti entro i quali stare. La specialità delle azioni deve consistere nell’attribuzione o esclusione di particolari “diritti”, è certo che questi possano rigurdare tanto la posizione patrimoniale del socio quanto quella amministrativa.

Nella fattispecie possono crearsi categorie di azioni le quali attribuiscano ai relativi possessori un “**privilegio patrimoniale”** consistente nel **diritto a un utile maggiorato** o **maggiormente garantito** rispetto agli altri azionisti, prevedendosi che agli azionisti speciali spetto o sempre una percentuale in più dell’utile eventualmente oggetto di distribuzione, rispetto a quella destinata agli azionisti ordinari; ovvero una priorirtà nella riscossione del diritto al dividendo entro certe percentuali (stabilendosi ad es. che gli azionisti ordinari possano concorrere al dividendo solo dopo che gli azionisti speciali abbiano ricevuto una remunerazione pari al 2% del capitale investito).

L’art. 2348 comma 2 precisa che la “diveristà” della posizione patrimoniale dell’azionista di categoria può riguardare “anche **l’incidenza delle perdite**”: e cioè ammissibile la creazione di azioni “postergate” che attribuisca all’azionista speciale (anche quale unico vantaggio offertogli) il diritto di subire l’imputazione delle eventuali perdite della società (in sede di riduzione di capitale) solo *dopo che le stesse abbiano colpito la partecipazione degli altri soci*.

Altra categoria sono le **azioni correlate** stabilite dall’art. 2350 comma 2 le quali si caratterizzano in quanto “*fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell’attività sociale in un* ***determinato settore***”. Usate principalmente nel *venture capital*.

Dal punto di vista dei **diritti amministrativi** del socio, si è già illustrato che l’art. 2351 consente con larghezza tanto il ***potenziamento*** che la ***compressione*** della “ordinaria” posizione del medesimo: fino ad ammettere, sia in relazione ad ogni assemblea sia con riguardo a particolari decisioni, che si possa, da un lavor, creare ***azioni a voto plurimo***, dall’altro del tutto escludere il diritto di voto dell’azionista (si parla a quest’ultimo proposito di ***azioni a voto escluso*** e di ***azioni a voto limitato*** (ad es. limitato alle materie di competenza dell’assemblea straordinaria o alla materia di approvazione del bilancio).

* Esistono anche ***azioni a voto condizionato***.
* Azioni con diritti di veto
* Azioni con diritti di nomina

Le azioni fin qui menzionate non sono le uniche creabili, stante come già detto il principio della libertà di creazione delle stesse. Si parla infatti di **atipicità** delle azioni speciali.

Unici **limiti inderogabili** sono rappresentati dal ***divieto del patto leonino*** (art. 2265, come sappiamo applicabile a tutti i tipi societari), dal necessario rispetto di un ***equilibrio tra rischio e potere***, nell’allocazione del diritto di voto tra le varie categorie (art. 2351 comma 2: le azioni a voto escluso, limitato o condizionato non possono superare la metà di quelle complessivamente emesse; va poi ricordato che nelle società quotate l’art. 126-sexies TUF ancora vieta l’emissione di azioni a voto plurimo) e dall’inammissibilità di uno svuotamento delle competenze inderogabili dell’assemblea per effetto di una deroga alle relative norme di tipo sostanziale e procedurale.

Le **assemblee speciali** sono le assemblee a cui partecipano i proprietari delle azioni di categorie speciali come quelle appena elencate. Art. 2376 comma 1 “e 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.”

Quindi per modificare i diritti delle azioni speciali c’è bisogno maggioranza assemblea ordinaria e maggioranza della assemblea speciale relativa alla categoria di azioni interessata.

# Capitolo 14. I titoli azionari. Legittimazione de socio e circolazione delle azioni

Importante nella SPA è l’accesso al mercato secondario che permette di disinvestire anticipatamente alla conclusione dell’affare. A questo specifico scopo, e al collegato fine di rendere facile e sicuro (sia per la società sia per il socio) pure l’esercizio dei diritti sociali in suddetto contesto, è previsto che la SPA si possa avvalere di un particolare strumento: l’emissione di **titoli azionari**, la cui trasmissione è governata dalle ***regole sui titoli di credito***. Con tale *operazione di emissione,* più volte menzionata dalla legge (v. artt. 2346 comma 1, 2354 comma 2 e 5), alla creazione e assegnazione delle azioni (eventi che si producono al momento della sottoscrizione del capitale o, più precisamente, allorchè tale sottoscrizione diviene efficace) tradizionalmente si accompagna la consegna al socio di *documenti, rappresentativi delle suddette azioni*: questi diventeranno un mezzo necessario per permettere la cessione della partecipazione e l’esercizio dei relativi diritti.

I documenti in parola hanno un **contenuto tipico**, previsto dall’art. 2354 comma 3:

“I titoli azionari devono indicare:

1) la denominazione e la sede della società;

2) la data dell'atto costitutivo e della sua iscrizione e l'ufficio del registro delle imprese dove la società è iscritta;

3) 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 [2327, 2346];

4) l'ammontare dei versamenti parziali sulle azioni non interamente liberate [2350, 2355, 2355 bis, 2356];

5) i diritti e gli obblighi particolari ad essi inerenti [2345](1).

I titoli azionari devono essere sottoscritti da uno degli amministratori. È valida la sottoscrizione mediante riproduzione meccanica della firma.”

Si tratta di indicazioni evidentemente destinate a permettere la diretta e indiretta conoscenza, da parte dell’acquirente, delle caratteristiche essenziali dell’affare in cui investe e dei termini formali della partecipazione allo stesso.

L’art. 2354 comma 6 fa salve, inoltre, le “disposizioni delle leggi speciali in tema di strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione nelle sedi di negoziazione”. Si rinvia in tal modo di fatto all’art. 83-bis TUF, per il quale gli strumenti finanziari appena menzionati (cioè appunto quelli trattati in una sede di negoziazione) “possono esistere solo in forma scritturale”.

Ne consegue che per le *azioni negoziate in mercati regolamentati, in sistemi multilaterali di negoziazione o in sistemi organizzati di negoziazione,* essendo anch’esse senz’altro qualificabili quali strumenti finanziari ai sensi della norma appena citata (e v. l’art. 1 comma 1-bis e 2 TUF), *un’emissione di titoli, nella tradizionale forma cartacea, non può avvenire.*

Questi **titoli scritturali,** le cui regole di circolazione sono analoghe a quelle dei titoli di credito, cosicchè ache con essi viene favorita la creazione di un mercato secondario e dunque la circolazione delle partecipazioni.

La dematerializzazione non è destinata solo alle azioni quotate ma anche nei casi in cui “l’emittente strumenti finanziari diversi di queli di cui al comma 1 può volontariamente assoggettarli al regimen di dematerializzazione presso un depositario centrale stbilito nel territorio della Repubblica, secondo la disciplina della presente sezione”. Deve essere tuttavia una clausola presente nello statuto che ne consente la circolazione in via dematrializzata secondo l’art. 2354 comma 7.

Vi è anche un **sitema intermedio** in cui è il singolo azionista a decidere se affidare le proprie azioni cartolari ad un depositario centrale che provvederà a dematerializzarle.

Vi è infine l’ultima ipotesi in cui né vi è dematerializzazione con depositario centrale né si emettono azioni cartolari. È l’ipotesi in cui all’atto di sottoscrizione segue unicamente l’iscrizione nel libro soci degli azionisti. Facendo così però non si facilita il mercato secondario. L’unico depositario centrale attualmente in italia è la Monte Titoli.

Ai sensi dell’art. 2354 comma 1 “i **titoli** possono essere **nominativi o al portatore**, a scelta del socio, se lo statuto o le leggi speciali non stabiliscono diversamente”. Tuttavia oggi vige in realtà l’obbligatorietà delle azioni nominative e si esclude l’esistenza delle azioni al portatore (r.d.l. 1148/1941).

Per trasferire le azioni nominative ci vuoe la **doppia annotazione** del nome dell’acquirente sul titolo e sul libro soci. L’amministratore è responsabile per la cura di tali formalità. Alternativamente l’art. 2355 comma 3 dà la possibilità di trasferimento tramite **girata autentica** da un notaio.

Inoltre ci vuole un contratto prima di poter trasferire la titolarità o un atto di successione mortis causa.

Sono valide le clausole statutarie che **limitano del tutto** il trasferimento delle azioni ma hanno limite temporale di massimo 5 anni da quando sono introdotte in statuto.

La prassi conosce le **lausole statutarie di presalzione** quindi se un socio vuole vendere deve prima rivolgersi agli altri soci per venderle e solo il residuo darlo a terzi.

Si può anche introdurre una clausola **di gradimento** per la quale il socio, prima di vendere, deve raccogliere il consenso o del consiglio di amministrazione o dell’assemblea dei soci. Tuttavia le clausole di **mero gradimento** ovvero quelle in cui gli organi che devono dare il consenso non devono specificare la motivazione del perché non danno il consenso, devono però allora istituire una regola per la quale si impegnano all’acquisto di queste azioni.Art. 2355-bis comma 2.

Art. 2437-sexies: La riscattabilità delle azioni può riguardare sia un'intera categoria di azioni, sia le azioni appartenenti a un determinato socio.

Tale pattuizione è ammessa anche nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Quinid al verificarsi di certe circostanze è ammissibile che la società o i soci acquistino le azioni senza che il relativo titolare possa opporsi alla vendita. Per la determinazione del prezzo ci si riferisce alle disposizioni stabilite dal codice civile in tema di liquidazione della quota in sede di recesso (art. 2437-ter e 2437-quater).

# Capitolo 15 - le azioni proprie e le partecipazioni sociali della SPA

La società può ben comprare le azioni di propria emissione. Accade nei casi in cui la società offra stock options ai propri dipendenti e amministratori. Infatti l’emissione di nuove azioni sarebbe complicato e dispendioso, è molto meglio avere una riserva di azioni a nome della società che poi può rivendere sottoforma di opzioni a chi preferisce.

A volte le società quotate comprano proprie azioni per stabilizzare i prezzi di listino.

L’art. 2357 comma 1 stabilisce che “la società non può acquistare azioni proprie se non nei **limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili** risultanti dall’ultimo bilancio regolarmente approvato”. Si prevede cioè che l’operazione esaminata possa avvenire solo *con mezzi ulteriori* rispetto a quelli che concretamente forniscono da copertura alla cifra del capitale nominale.

Possono essere oggetto di acquisto solo **azioni interamente liberate** ovvero quelle per le quali il socio ha versato tutto.

Dal momento che l’acquisto o alienazione di azioni da parte della società è un’operazione suscettibile di di creare squilibri all’interno della compagnine sociale, l’art. 2357 comma 2 impone l’autorizzazione dell’assemblea ordinaria tanto per l’acquisto l’art. 2357 quanto per la vendita art. 2357-ter.

Art. 2357-ter comma 2 “Finché le azioni restano in proprietà della società, il diritto agli utili e il diritto di opzione sono attribuiti proporzionalmente alle altre azioni. Il diritto di voto è sospeso, ma le azioni proprie sono tuttavia computate ai fini del calcolo delle maggioranze e delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio il computo delle azioni proprie è disciplinato dall'articolo 2368, terzo comma”. In tal modo è impedito agli amministratori di intervenire nelle dinamiche sociali.

Per le società quotate non la società non può comprare azioni il cui quantitativo è superiore al quinto del capitale sociale.

Art. 2357-quater statuisce che **la società non può sottoscrivere azioni proprie.** Questo perché la sottoscrizione di azioni è inteso come afflusso di capitale alla società per avere le risorse necessarie al suo funzionamento e uso produttivo, che la società si sottoscriva originariamente le azioni da sola non ha senso.

Art. 2359-quinques vieta che la controllata acquisiti azioni in aumento di capitale della controllante.

Art. 2360 “È vietato alle società di costituire o di aumentare il capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni, anche per tramite di società fiduciaria o per interposta persona.”.

Art. 2358 finanziamenti per acquisto proprie azioni. 🡪 autorizzazione da asssemblea straordinaria e le risorse per il finanziamento devono provenire da utili o friserve disponibili non destinati a fiungere da copertura nei confronti del capitale sociale.

## Azioni in altre società

Art. 2361 comma 1: disposizione con cui viene posti un nuovo importante limite agli organi sociali (oltre a quelli già illustrati), rispetto alla loro libera determinazione, stabilendosi il **divieto di partecipazioni sostanzialmente modifiative dell’oggetto sociale**. Più in particolare, è previsto che “l’assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello 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 così evitare che un acquisto di partecipazioni, pure se in astratto rispondente al genere di operazioni realizzabile da una data SPA, in concreto induca una deviazione delle risorse affidate agli amministratori rispetto alla destinazione funzionale che ha ispirato gli investimenti degli azionisti nella SPA medesima. L’interesse tutelato dalla norma non è la mera protezioone dei soci contro la violazione degli amministratori del mandato fiduciario loro attribuito: si tratta piuttosto di preservare l’utilizzo coerente delle risorse al servizio del programma destinato. Pertanto, perché un acquisto potenzialmente rilevante ex art. 2361 comma 1 possa legittimamente compiersi *occorrerà prima procedere a una* ***formale modifica dell’oggetto sociale***, riconoscendo nell’occasione ai soci il diritto di recesso. Là dove ciò non avvenga l’amministratore sarà responsabile per i danni eventualmente occosrsi e la sua eventuale revoca dovrà considerarsi sorretta da giusta causa.

Art. 2361 comma 2 possibilità che società acuisti partecipazione in società dcon responsabilità illimitata (ad es. società di persone) amminssibile con delibera dell’assemblea dei soci.

# Capitolo 16- le obbligazioni

Le obbligazioni sono **titoli di massa** infatti presuppongono la contemporanea creazione da parte della SPA diuna *pluralità di strumenti,* aventi *eguale valore*, nell’ambito di un’*unica operazione finanziaria.* Al contrario di quanto avviene con riguardo alle azioni non è prevista, peraltro, la possibilità di una mancata “emissione” delle obbligazioni, sicchè la loro caratterizzazione come *titoli* (cartacei o dematerializzati) è senz’altro irrinunciabile. Si tratta, più in particolare, di ***titoli di credito*** i quali pertanto incorporano i diritti di credito derlò.

La prassi conosce una varia **tipologia di obbligazioni;** dal punto di vista del contenuto economico si distinguono così: le ***obbligazioni aventi una struttura semplice,*** con la previsione della restituzione finale della somma prestata nonché del pagamento di interessi, a loro volta o da corrispondere periodicamente a parte come interessi cedolari ovvero ingolbati nel capitale di restituzione, con prezzo di emissione sotto la pari (in tal caso si parla di *zero coupon bond)*: e obbligazioni più complesse, come quelle variamente “***indicizzate***”, nelle quali la quantificazione della somma dovuta a titolo di interessi è legata a parametri di diverso genere (indici di borsa, valutari); o quelle c.d. “***a premio”*** , le quali prevedono la corresponsione, da parte della società ad alcuni degli obblighazionisti (normalmente individuati tramite sorteggio) di somme aggiuntive rispetto a quelle ordinariamente spettanti in base al rapporto di credito; l’art. 2411 comma 2 ammette oggi inoltre espressamente la possibilità di emettere ***obbligazioni*** cd. “***partecipative***” in cui “i tempi e l’entità del pagamento degli interessi possono variare” anche in dipendenza “dell’andamento economico della società”.

Sul piano del contenuto *giuridico* meritano particolare menzione alcune fattispecie del pari previste espressamente dal legislatore e la cui emissione ricorre con particolare frequenza: le ***obbligazioni postergate*** nelle quali il rimborso del prestito è condizionato alla preventiva soddisfazione dei diritti “di altri creditori della società (art. 2411 comma 1); e le obbligazioni ***convertibili in azioni*** la cui disciplina si avrà modo di illustrare, caratterizzate dal diritto dell’obbligazionista, a determinate condizioni e seguendo precise procedure, all’assegnazione di azioni in cambio delle obbligazioni possedute, sulla base di un dato rapporto di cambio.

## Il procedimento di emissione

L’esistenza delle obbligazioni presuppone la *delibera* con cui si definisce creazione e contenuto dei titoli da emettere, e della successiva *materiale emissione* contestuale alla sottoscrizione da parte degli investitori.

La **delibera** di creazione delle obbligazioni è di competenza, ai sensi dell’art. 2410 comma 1, degli *amministratori*: ma ciò solo “se la legge o lo statuto non dispongono diversamente”, in tale caso attribuendo la relativa competenza all’assemblea. Poiché trattasi di materia che non rientra tra quelle considerate nell’art. 2381 comma 4, la nominata competenza potrebe essere anche attribuita dal consiglio di amministrazione agli eventuali organi delegati (comitato esecutivo o singoli amministratori delegati).

Ai sensi dell’art. 2410 comma 2 la decisione in ordine all’emissione di obbligazioni da chiunque venga presa deve risultare da *verbale redatto da un notaio* e deve essere *depositata e iscritta nel registro delle imprese* secondo quanto previsto dall’art. 2436. Alla stregua, pertanto, di quanto già a suo tempo osservato in relazione a tale norma, il notaio deve esercitare un **controllo di legalità** sulla delibera; sempre in base alle regole richiamate è pure ipotizzabile che tale controllo dia esito negativo e gli amministratori debbano pertanto valutare se assumere (o sollecitare l’assemblea ad assumere) una nuova delibera o eventualmente ricorrere al tribunalke per richiedere l’omologa.

L’**emissione dei titoli** si ha *con la sottoscrizione,* secondo le formalità stabilite nel bando, da parte degli investitori, cui segue la consegna nei loro confronti dei titoli cartacei o la realizzazione delle formalità previste in tema di dematerializzazione, là dove essi siano assoggettati alle relative regole, ricorrendone i presupposti (in base alle disposizioni del TUF in precedenza richiamate a proposito delle azioni). È salvo il rispetto delle regole circa la sollecitazione all’investimento in strumenti finanziari, là dove tale fattispecie risulti concretamente integrata ai sensi del reg. UE 2017/1129, nonché dell’art. 94 TUF e delle norme regolamentari di esso attuative.

I titoli emessi possono essere *nominativi* o *al portatore* (art. 2412 comma 1) e devono contenere le indicazioni elencate dall’art. 2414 (denominazione, oggetto sociale e sede sociale; capitale sociale e riserve esistenti all’atto dell’emissione; data della delibera di emissione; ammontare complessivo dell’emissione, valore nominale di ciascun titolo con diritti spettanti, rendimento e modalità dei pagamenti, eventuale clausola di subordinazione; garanzie in favore degli obbligazionisti; data del rimborso ed estremi dell’eventuale prospetto informativo).

## I limiti legali all’emissione di obbligazioni

L’art. 2412 comma 1 stabilisce un rigoroso **limite all’entità del prestito obbligazionario** cui la società può ricorrere a servizio delle proprie esigenze di liquidità. In particolare, è stabilito che “la società può emettere obbligazioni per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall’ultimo bilancio approvato”. I sindaci inoltre, al momento dell’emissione, devono attestare il rispetto di tale limite.

Questo è un limite solo per le obbligazioni, la società può ben indebitarsi ulteriormente con le banche.

Lo stesso art. 2412 dispone delle deroghe al limite:

1. Nell’ipotesi in cui le obbligazioni eccedenti rispetto alla citata soglia “sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali” (art. 2412 comma 2). È chiaro, infatti, che tali soggetti sono in grado di valutare al meglio i rischi assunti con la sottoscrizione dei titoli societari e decidere se giudicare l’investimento più o meno prudente. “in caso di successiva circolazione delle obbligazioni, chi le trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali.
2. Per l’emissione di obbligazioni “destinate a essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione” (art. 2412, comma 5). Qui è il contesto regolamentare che circonda l’emissione che appare in sé, almeno in astratto, dati gli stringenti obblighi informativi imposti sull’emittente e le responsabilità assunte dagli intermediari nel collocamento, in grado di scongiurare l’eventualità di un’incauta sottoscrizione da parte di investiotri inaccorti.
3. Per l’emissione di obbligazioni “che danno il diritto di acquistare ovvero di sottoscrivere azioni (art. 2412 comma 5 ultima frase): cioè pe rle obbligazioni convertibili in azioni o cui sono collegati warrants nei confronti di azioni emesse o di nuova emissione. Pur non essendo espressamente specificato, in considerazione delle finalità della norma è peraltro da ritenere che la conversione e i warrants devono avere per oggetto azioni della stessa società emittente.
4. Qualora ricorrano “particolari ragioni che interessano l’economia nazionale” (art. 2412 comma 6) sempre che la società in tal caso “sia autorizzata con provvedimento dell’autorità governativa” all’emissione sopra la soglia di legge, e comunque “con l’osservanza dei limiti, delle modalità e delle cautele stabilite nel provvedimento stesso.

## Le regole di organizzazione degli obbligazionisti

La legge riconosce all’obbligazionista un interesse a monitorare il comportamento della società, avendo riguardo sia all’attività in generale, sia soprattutto alle vicende direttamente incidenti sul rapporto creditizio. Ciò trova fondamento nell’interesse degli obbligazionisti, da un lato, secondo quanto comunemente sottolineatom al rispetto del programma contrattuale, dall’altro alla tutela del valore di scambio del titolo stesso.

In tale prospettiva la legge prevede due organi: l’assemblea degli obbligazionisti e il rappresentante comune.

L’**assemblea degli obbligazionisti** è l’organo deputato ad assumere tutte le decisioni che in astratto riguardino il prestito obbligazionario e la posizione dei relativi sottoscrittori, in considerazione, come testualmente prevede l’art. 2415 comma 1 n. 5, dell’interesse comune degli stessi.

La legge prevede una elencazione specifica delle **competenze** di tale organo, stabilendo che esso delibera in ordine a:

1. La nomina e la revoca del rapprentante comune
2. Le modificazioni delle condizioni del prestito
3. La proposta di concordato
4. La costituzione di un fondo per le spese necessarie alla tutela dei comuni interessi e sul relativo rendiconto
5. Sugli altri oggetti di interesse comune agli obbligazionisti

L’art. 2417 in materia di **rappresentante comune degli obbligazionisti** prevede che questi non debba essere necessariamente scelto fra essi e precisa che tale carica può essere rivestita da persone giuridiche autorizzate all’esercizio dei servizi di investimento o da società fiduciarie.

Art. 2418 funzione esecutiva dell’rappresentante degli obbligazionisti:

“Il rappresentante comune deve provvedere all'esecuzione delle deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti [2421], tutelare gli interessi comuni di questi nei rapporti con la società e assistere alle operazioni di sorteggio delle obbligazioni [2420, 2831]. Egli ha diritto di assistere all'assemblea dei soci [2370, 2415, 2422].

Per la tutela degli interessi comuni ha la rappresentanza processuale degli obbligazionisti anche nell'amministrazione controllata, nel concordato preventivo, nel fallimento, nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria della società debitrice(1).”.

Art. 2419 “Le disposizioni degli articoli precedenti non precludono le azioni individuali degli obbligazionisti [2395], salvo che queste siano incompatibili con le deliberazioni dell'assemblea previste dall'articolo 2415.”

## Obbligazioni convertibili in azioni

Art. 2420-bis

“L'assemblea straordinaria può deliberare l'emissione di obbligazioni convertibili in azioni, determinando il rapporto di cambio e il periodo e le modalità della conversione. La deliberazione non può essere adottata se il capitale sociale non sia stato interamente versato.

Contestualmente la società deve deliberare l'aumento del capitale sociale per un ammontare corrispondente alle azioni da attribuire in conversione. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del secondo, terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 2346.

Nel primo mese di ciascun semestre gli amministratori provvedono all'emissione delle azioni spettanti agli obbligazionisti che hanno chiesto la conversione nel semestre precedente. Entro il mese successivo gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione dell'aumento del capitale sociale in misura corrispondente al valore nominale delle azioni emesse. Si applica la disposizione del secondo comma dell'articolo 2444(1).

Fino a quando non siano scaduti i termini fissati per la conversione, la società non può deliberare né la riduzione volontaria del capitale sociale, né la modificazione delle disposizioni dello statuto concernenti la ripartizione degli utili, salvo che ai possessori di obbligazioni convertibili sia stata data la facoltà, mediante avviso depositato presso l'ufficio del registro delle imprese almeno novanta giorni prima della convocazione dell'assemblea, di esercitare il diritto di conversione nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione.

Nei casi di aumento del capitale mediante imputazione di riserve e di riduzione del capitale per perdite, il rapporto di cambio è modificato in proporzione alla misura dell'aumento o della riduzione.

Le obbligazioni convertibili in azioni devono indicare in aggiunta a quanto stabilito nell'articolo 2414, il rapporto di cambio e le modalità della conversione.

La delibera di emissione di obbligazioni convertibili è di competenza **dell’assemblea straordinaria** anziché che del consiglio di amministrazione questo perché ci vuole la delibera di aumento del capitale sociale.

# Capitolo 17 – strumenti finanziari diversi da azioni e obbligazioni

## Strumenti finanziari atipici

L’art. 2346 comma 6 precisa che “resta salva” la possibilità della società di emettere “**altri strumenti finanziari partecipativi”** e ciò a fronte di “apporti” non destinati a formare il capitale e con l’attribuzione di diritti patrimoniali “o anche diritti amministrativi, escluso il voto nell’assemblea generale degli azionisti”.

Art. 2411 comma 3 precisa che la società è pure legittimata a emettere strumenti che si discostino sensibilmente dal modello delle obbligazioni, prevedendo, ad esempio, la possibilità di emettere strumenti che prevedono un rimborso del capitale condizionato all’andamento economico della società.

## Partecipazione atipica

L’art. 2346 comma 6 stabilisce che sia operato un “**apporto”** (non un conferimento, tecnicamente, ossia non una risorsa destinata a contribuire alla formazione del capitale, il quale, infatti, non viene aumentato) in favore della società, a ciò solo aggiungendo la precisazione che esso può essere “anche di opera o servizi”: ciò che evidentemente implica pure la possibilità che il contributo in questione possa consistere in denaro o in beni in natura.

Per la spettanza dei diritti patrimoniali ai detentori di tali strumenti la legge delega in pieno all’autonomia statutaria. Sembra tuttavia inevitabile che tali titoli debbano dare ***diritto agli utili*** sebbene venga data completa discrezionalità ai soci riguardo la *misura e le condizioni.*

Per il caso in cui lo statuto comunque preveda che ai portatori di strumenti finanziari spettino **prerogative di tipo amministrativo** la legge stabilisce analogamente a quanto accade in materia di categorie di azioni, la formazione di un’*assemblea speciale*, competente all’approvazione delle delibere dell’assemblea generale dei soci che pregiudichino i diritti dei primi (art. 2376).

È solo in tale assemblea, d’altra parte, che i portatori degli strumenti finanziari possono più in generale esprimere i propri voti ogni qual volta lo statuto riconosca loro tale potere: l’art. 2346 comma 6 espressamente esclude che a detti soggetti possa attribuirsi il diritto di voto “*nell’assemmblea generale degli azionisti”*. Quanto alla determinazione delle materie su cui un siffatto diritto di voto può vertere, l’art. 2351 detta al riguardo una importante previsione, là dove precisa che gli strumenti finanziari in esame “possono essere dotati del ***diritto di voto su argomenti specificamente indicati*** e che in particolare può essere a essi riservata, secondo modalità stabilite dallo statuto, la ***nomina di un componente indipendente*** del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco. È dubbio, poi, se, specie là dove lo statuto nulla preveda, possano riconoscersi ai portatori di strumenti finanziari partecipativi *altri diritti sociali di tipo amministrativo o prerogative affini*.

## Strumenti finanziari con obbligo di rimborso condizionato

L’art. 2411 comma 3 legittima la SPA all’emissione di strumenti finanziari atipici di debito, caratterizzati dalla circostanza che il rimborso della somma fornita dagli investitori alla sottoscrizione degli stessi non è senz’altro assicurato, bensì dipende dall’andamento economico dell società.

Va bene obbligazioni condizionate all’andamento dell’azienda ma non quelle indicizzate all’andamento del mercato.

Nella pratica si ritengono legittimi anche strumenti finanziari ibridi ovvero metà partecipativi metà di credito.

# Sistema organizzativo

La tipologia degli organi sociali e le relative competenze variano a seconda del sistema di amministrazione e controllo adottato dalla società. Infatti, mentre il c.c. del ’42 prevedeva originariamente ***un solo sistema organizzativo***, basato sulla tradizionale tripartizione fra assemblea (organo rappresentativo della compagine sociale), organo amministrativo (organo gestionale) e collegio sindacale (organo di controllo), l’attuale disciplina prevede la possibilità per le SPA di adottare, previa apposita scelta statutaria (art.2380 comma 1), anche altri due ***sistemi alternativi***, e cioè il *sistema dualistico* di derivazione tedesca e il *sistema monistico*, di derivazione anglosassone, per vero ancora scarsamente utilizzati nella pratica.

Indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo, l’ordinamento delle SPA prevede un assetto societario interno, caratterizzato dal **principio della ripartizione fissa di competenze**. Tale assetto, tipico di tutte le organizzazioni complesse e volto a privilegiare la certezza delle regole di funzionamento, ha nelle SPA come principale obiettivo quello di assicurare la definizione di meccanismi di governo dell’impresa (cd. ***corporate governance***) che privilegino l’*interesse all’efficienza* (intesa come combinazione delle esigenze di professionalità, coerenza, rapidità, ponderazione ed anche segretezza) della gestione.

L’***esercizio dell’impresa è interamente affidato all’organo amministrativo***, specializzato nell’attività d i gestione e responsabile anche verso i creditori ed i terzi per i danni cagionati con il proprio operato; viceversa, le ***decisioni societarie di tipo organizzativo*** (nomina delle cariche sociali, approvazione del bilancio, modificazioni statutarie) relative al complessivo assetto della società ed al controllo dei risultati di gestione, sono in linea di massima ***rimesse alla competenza dei soci*** (o di loro rappresentanti, come nel sistema dualistico, che assegna larga parte di tali compiti al consiglio di sorveglianza), quali destinatari ultimi dei risultati dell’attività sociale (i soci, infatti, sono in linea di principio i titolari del diritto agli utili e del diritto alla quota di liquidazione del patrimonio sociale in caso di scioglimento).

Inoltre, le società azionarie sono caratterizzate dalla necessaria presenza, all’interno dell’organizzazione societaria, di un’***autonoma funzione di controllo*** *sulla legalità e sulla correttezza della gestione imprenditoriale e dell’assetto aziendale*, nonché *sulla regolarità dei bilanci e delle scritture contabili*, anche nell’interesse della minoranza e dei terzi: funzioni assegnate, la prima, al ***collegio sindacale*** (al *consiglio di sorveglianza* nel sistema dualistico, ed al *comitato di controllo* nel sistema monistico); la seconda, al ***revisore*** (soggetto -in forma individuale o societaria – legato con la società da rapporto professionale e non organico, ma titolare comunque di funzioni inderogabilmente previste dalla legge), salvo che lo statuto assegni anche tale compito al collegio sindacale.

Se è vero che all’organo di gestione viene dato illimitato potere, non significa che gli investitori-azionisti devono rimanere inermi. Il legislatore dà loro ampi spazi per il recesso (art. 2437), l’azione di responsabilità della minoranza (art. 2393), la possibilità di impugnare (a certe condizioni) le deliberazioni consiliari (art. 2388), il favor verso azioni risarcitorie in luogo di quelle invalidative (Art. 2377 comma 4).

La scelta, in altri termini, è stata quella di evitare appesantimenti procedurali e rischi di incertezza sulla stabilità delle decisioni sociali, attribuendo invece ai soci di minoranza altri strumenti efficaci di dissenso, che si presume siano idonei a dissuadere la maggiornaza e gli amministratori da comportamenti abusivi.

Anche nelle **società non quotate** il modello organizzativo resta caratterizzato da una *forte rigidità*.

**Società quotate** hanno una disciplina volta ad *incentivare l’investimento del risparmio* privato nelle società emittenti: *accrescere la tutela delle minoranze*, non solo nella partecipazione negli organi di amministrazione e controllo; *aumentare il livello di efficienza* dell’organo amministrativo, nonché la *quantità e la qualità dei controlli* sul suo operato; *migliorare il livello di trasparenza* delle informazioni al mercato.

* Per quanto riguarda la disciplina dell’assemblea, le principali particolarità sono quelle che riguardano la previsione di maggiori obblighi informativi pre-assembleari a carico degli amministratori, l’introduzione di istituti specifici come l’integrazione dell’ordine del giorno, la fissazione del *quorum* più articolati per l’asseblea straordinaria, la creazione di un’apposita ed autonoma disciplina di particolare favore per la rappresentanza in assemblea.
* Per quanto riguarda l’organo amministrativo, la disciplina prevede un’articolazione più complessa di tale funzione, ed in particolare la compresenza di amministratori esecutivi e non, amministratori indipendenti e amministratori nominati dalla minoranza, al fine di assicurare una maggiore efficienza e correttezza della gestione. Prescrizioni più specifiche, inoltre, sono quelle dettate per le cd. operazioni con parti correlate (art. 2391-bis), volte a ridurre i rischi che gli amministratori e gli stessi soci di maggioranza estraggano benefici privati dalla propria posizione; nonché quelle in materia di piani di incentivazione per i compensi degli amministratori, finalizzate ad una maggiore trasparenza nei meccanismi di remunerazione delle cariche.
* Anche la funzione di controllo, infine, è regolata in modo più stringente. In particolare, per il collegio sindacale sono previsti: l’elezione di un sindaco da parte della minoranza, con funzioni di presidente del collegio; requisiti speciali di indipendenza e professionalità; limiti al cumolo degli incarichi. Quanto alla revisione contabile la disciplina è volta ad assicurare una maggiore indipendenza dei revisori, ad esempio vietando il rinnovo della carica, nonché la prestazione di servizi a pagamento, e regolamentando in via amministrativa la determinazione del compenso della società e dei propri dipendenti.

# Capitolo 18 – il sistema tradizionale: l’assemblea

Le principali caratteristiche dell’assemblea sono le seguenti:

L’assemblea è l’**organo rappresentativo degli azionisti** della società, anche se non è necessariamente composto da tutti gli azionisti, vista la possibilità di creare per statuto azioni prive del diritto di voto o a voto limitato (art. 2351). La possibilità di restringere la base di partecipazione assembleare, escludendo una parte anche significativa della compagine, è funzionale alle esigenze delle società aperte, caratterizzate dal sifiologico disinteresse di una rilevante parte dei soci rispetto alla vita interna.

In secondo luogo, l’assemblea è un **organo insopprimibile e necessariamente collegiale** (art. 2366): lo statuto può al massimo consentire ai soci di espirmere il proprio voto per corrispondenza o elettronicamente, ferma restando però la necessità di convocare e tenere la seduta assembleare; pertanto, ogni avente diritto al voto conserva il diritto di assistere personalmente ai lavori assembleari. Tutto ciò, al fine di assicurare che le scelte fondamentali per la vita sociale vengano adottate a seguito di un procedimento che assicuri al meglio le esigene di partecipazione, ponderatezza e certezza delle decisioni.

In terzo luogo, le **competenze** dell’assemblea sono tassativamente determinate dalla legge (art. 2366) e – salvo casi limitati stabiliti dalla legge stessa (art. 2365) – non sono delegabili in favore di altri organi della società. Tale sistema assicura, come già illustrato, l’esigenza di una efficiente e stabile ripartizione delle funzioni all’interno dell’organizzazione. Societaria.

Infine, l’assemblea decide secondo la **regola di maggioranza**, sulla base di aliquote del capitale sociale che sono fissate in misura variabile a seconda della materia: in tal modo si assicura che i soci di controllo, i quali hanno investito la parte determinante di risorse nella società, abbiano non solo la possibilità di indirizzare in modo coerente la gestione, mediante la scelta degli amministratori e la verifica del loro operato, ma anche quella di adattare nel tempo la struttura organizzativa tramite eventuali modificazioni statutarie.

## Competenze dell’assemblea dei soci

Le competenze dell’assemblea, in sede ordinaria e straordinaria, sono rispettivamente stabilite – quanto al sistema ordinario di amministrazione e controllo – dagli artt. 2364 e 2365.

La **bipartizione tra assemblea ordinaria e straordinaria** – che presenta natura inderogabile, non essendo consentito lo spostamento statutario di competenze da e per una “sede” diversa da quella prevista per legge – ha la funzione che:

1. *Le decisioni periodicamente necessarie per il concreto funzionamento dell’organizzazione sociale*, ed attinenti principalmente al rapporto con gli organi di amministrazione e controllo (nomina e revoca delle carich sociali, determinazione del compenso, approvazione del bilancio di esercizio), siano adottate *in “sede ordinaria”,* secondo regole di funzionamento più snelle e in particolare con maggiornaze meno elevate;
2. *Le decisioni attinenti alle regole di funzionamento* (modifiche statutarie), *alle vicende evolutive* (liquidazione, trasformazione, fusione e scissione) ed *alla struttura finanziaria* della società (operazioni sul capitale, obbligazioni convertibili), siano invece adottate in “*sede straordinaria”* secondo regole che assicurino una maggiore partecipazione dei soci, grazie a *quorum* più elevati, ed una maggiore certezza di regolarità della decisione, mediante la presenza del notaio in funzione di segretao verbalizzante.

### Competenze dell’assemblea ordinaria

Competenze fondamentali ed indisponibili dell’**assemblea ordinaria**, previste dall’art. 2364, sono le seguenti:

1. Approvazione del bilancio e destinazione degli utili
2. Nomina e revoca degli altri organi sociali (amministratori, sindaci, revisori, con la sola accezione dei liquidatori che sono nominati in sede straordinaria)
3. La determinazione del compenso degli amministratori e dei sindaci
4. La deliberazione dell’azione di responsabilità contro altri organi della società (amministratori, sindaci)
5. Ogni altra competenza genericamente rimessa da altre disposizioni di legge all’assemblea dei soci, senza specificazione riguardo alla sede orinaria o straordinaria

Si deve invece **escludere** che lo statuto possa legittimamente attribuire all’assemblea ulteriori competenze, rispetto a quelle previste per legge.

Art. 2364 n.5 “delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti [2393, 2393 bis, 2407, 2408, 2434];”

Nel silenzio della legge comunque l’organo *a competenza generale all’interno della società* ***è quello amministrativo***.

Vi è però una ulteriore materia, che è di “*eventuale”* *spettanza dell’assemblea,* e che merita particolare attenzione: quella delle “**autorizzazioni** *eventualmente richieste per il compimento di atti degli amministratori*”.

In linea generale la gestione dell’impresa spetta totalmente agli amministratori ma per certe operazioni gli amministratori potrebbero aver bisogno dell’autorizzazione dell’assemblea, dipende da se c’è scritto nello **statuto**.

Nel caso in cui l’assemblea conceda l’autorizzazione agli atti di gestione prevista dallo statuto, “*resta in ogni caso ferma”* *la piena* **responsabilità degli amministratori** per gli atti compiuti.

L’autorizzazione data dall’assemblea non esonera gli amministratori dal divieto di compiere atti in violazione della legge o dello statuto, o in violazione del dovere di diligenza nella gestione dell’imrpesa.

Se gli amministratori procedono ad una operazione in mancanza dell’autorizzazione prevista dall’statuto, allora ciò li esporrà alla piena responsabilità per tutti i danni conseguenti all’operazione compiuta, oltre a determinare una giusta causa di revoca e, se del caso, di una grave irregolarità ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 2409.

È da ritenersi che lo statuto possa definire l’ambito di applicazione del meccanismo autorizzatorio in modo anche ampio, individuando “**categorie”** di atti, fermo restando il principio, comunemente riconosciuto, per cui l’assemblea non può ingerirsi nella cd. *gestione corrente.*

### Competenze dell’assemblea straordinaria

Competenze fissate dall’art. 2365 e sono limitate alle ***modificazioni statutarie*** ed alla ***nomina dei liquidatori*** (e quindi anche all’eventuale sostituzione, oltre che alla determinazione dei poteri dei liquidatori e delle modalità di liquidazione). Vi sono però anche altre competenze stabilite dal cc, e in particlare: la deliberazione di non emissione delle azioni (art. 2346 comma 1), emissione obbligazioni convertibili in azioni (art. 2420-bis), autorizzazione alla concessione di prestiti e garanzie per la sottoscrizione o l’acquisto di proprie azioni (art. 2358).

Il testo dell’art. 2365 **esclude** la possibilità che lo statuto possa aumentare le competenze statutarie dell’assemblea straordinaria (vuoi a danno dell’assmeblea ordinaria, vuoi a danno degli amministratori), e ciò in quanto prevede espressamente che l’estensione delle competenze possa derivare solo da norme speciali di legge.

Un caso isolato di possibile ampliamento statutario delle competenze dell’assemblea straordinaria è previsto dall’art.2410 in materia di emissione delle obbligazioni (spettante, salvo diversa disposizione, agli amministratori). Altra ipotesi riguarda la decisione di depositare domanda di ammmissione alla procedura di concordato preventivo o fallimentare.

Viceversa sono previste numerose ipotesi di **delega all’organo amministrativo**, tramite apposita clausola statutaria, del potere di deliberare modificazioni statutarie che presentino *carattere minore* o che risultino *indirettamente collegate con l’ambito gestionale* (e pertanto possono attribuirsi agli amministratori per evitare le complicazioni del procedimento assembleare). Alcune (appartenenti soprattutto alla prima categoria) sono previste dall’art. 2365 comma 2 e sono:

1. Incorporazione di altre società già controllate per intero o quasi (almeno al 90% del capitale sociale)
2. Istituzione o soppressione di sedi secondarie
3. Il trasferimento della sede legale nell’ambito del territorio nazionale
4. La scelta degli amministratori dotati di potere di rappresentanza
5. La riduzione del capitale in caso di recesso del socio
6. L’adeguamento dello statuto a disposizioni normative
7. Il trasferimento della sede all’interno del territorio nazionale

Ad esse si aggiungono:

1. L’aumento di capitale a pagamento, inclusa l’eventuale decisione di escludere il diritto di opzione dei soci (art. 2443)
2. L’emissione di obbligazioni convertibili (art. 2420-ter)
3. La nomina del direttore generale (art. 2396) e dei liquidatori (art. 2487 comma 1)

## Procedimento assembleare

L’assemblea è un tipico **organo collegiale,** il cui funzionamento è caratterizzato dal necessario rispetto di tutte le fasi tipiche dei procedimenti collegiali, che nel caso delle SPA sono regolate dal cc in modo dettagliato e tendenzialmente vincolante, visto il ruolo che svolge l’assemblea all’interno dell’organizzazione societaria ed il carattere particolarmente rilevante degli interessi economici coinvolti nelle società azionarie.

I momenti essenziali del **procedimento collegiale** hanno tutti carattere formale (devono cioè rispettare modalità e forme vincolate) e sono i seguenti: convocazione dell’organo (con relativo “ordine del giorno”), costituzione e riunione, discussione, votazione e relativa deliberazione, proclamazione, verbalizzazione.

Le **regole** di fonte legale possono essere integrate, e talora derogate, da apposite clausole statutarie.

Il rispetto delle regole procedimentali di fonte legale – siano esse inderogabili o meno – la “non conformità” della deliberazione alla legge ed allo statuto è causa di annullabilità della delibera (art. 2377), a meno che il vizio procedimentale risulti del tutto ininfluente sul risultato deliberativo.

### La convocazione dell’assemblea

1. La prima fase del procedimento deliberativo è quella della **convocazione,** che di regola è decisa dall’organo amministrativo,  *ogni qual volta lo ritenga opportuno*.

Al verificarsi di talune circostanze, però, la convocazione diviene **obbligatoria**: in particolare, allorchè si determinano perdite superiori ad un terzo del capitale sociale (art. 2446) o si verifichi causa di scioglimento della società (art. 2487 comma 1). Inoltre, la convocazione dell’assemblea ordinaria *è obbligatoria in via generale almeno una volta all’anno,* per l’approvazione del bilancio. Il termine per la relativa delibera non può essere superiore a 120gg dalla chiusura dell’esercizio (*dies a quo,* che coincide, per ragioni di tipo fiscale, con la fine dell’anno solare), e l’assemblea dev’essere tempestivamente convocata con anticipo congruo, in modo da rispettare tale termine.

La convocazione è altresì obbligatoria, allorchè venga sussista **richiesta della minoranza** (art. 2367), e in particolare da tanti soci che rappresentino un decimo del capitale sociale. Questa quota può essere modificata dallo statuto solo in diminuzione e non in aumento.

La **richiesta** dev’essere accompagnata dalla “indicazione degli argomenti da trattare”: non occorre pertanto l’indicazione analitica dei punti all’ordine del giorno, che rimane di competenza degli amministratori, i quali possono integrare l’avviso nel modo che ritengono più corretto. La richiesta non può essere usata per discutere o deliberare su argomenti relativi all’organo amministrativo né può vertere su argomenti che presuppongono una proposta o relazione degli amministratori come approvazione del bilancio, fusione o scissione.

L’**ottemperanza all’obbligo di convocazione** può avvenire anche da parte dell’organo di controllo in caso di inerzia dell’organo amministrativo (art. 2367 comma 2). La convocazione deve avvenire “senza ritardo”, al più 30gg (art. 2631).

Ove alla richiesta non venga dato seguito, i soci possono chiedere intervento del tribunale. Il rifiuto è fondato su ragioni di illegittimità, illiceità o impossibilità giuridica degli argomenti da trattare), ovvero su ragioni di “abuso del diritto” da parte della minoranza.

1. L’atto di convocazione dell’assemblea è di **competenza** dell’***organo amministrativo*** e dev’essere quindi, a sua volta, deliberato collegialmente dal consiglio di amministrazione (o in deroga da uno dei suoi componenti).

Possono provvedere in casi eccezionali anche i **sindaci**, il tribunale, i liquidatori, l’amministratore giudiziario.

1. Le **modalità** di emanazione dell’avviso di convocazione variano a seconda delle caratteristiche della società.

Nelle **società chiuse** lo statuto può prevedere, anche in alternativa alla pubblicazione su Gazzetta Ufficiale o su quotidiano, modalità di convocazione semplici purchè garantiscono la prova dell’avventuo ricevimento dell’avviso almeno *otto giorni* prima dell’assemblea (comma 3).

Avviso di convocazione **deve contenere**:

* Data e ora
* Luogo
* Se online le modalità di collegamento
* Ordine del giorno

Nelle **società quotate** l’assemblea è convocata almeno 30gg prima mediante avviso pubblicato sul sito internet della società, nonché le altre modalità eventualmente previste dalla Consob con regolamento.

1. Per il **luogo** l’assemblea deve essere convocata nel luogo dove ha la sede la società
2. L’**ordine del giorno** ha la funzioone di informare i soci sulle “materie” in ordine alle quali si dovrà discutere e deliberare (le deliberazioni prese su materie non all’ordine del giorno sono annullabili). Non è necessario specificare il contenuto.
3. L’assemblea si reputa in ogni caso validamente costituita quando *tutti i soci sono presenti alla riunione* (cd. **assemblea totalitaria**: art. 2366 comma 4), con la conseguenza di sanare il mancato rispetto delle formalità iniziali (incompletezza dell’avviso, carenza di legittimazione in capo a chi ha convocato l’assemblea, omessa informazione di alcuni soci, mancato rispetto dei termini legali o statutari…). “In mancanza delle formalità previste per la convocazione, l'assemblea si reputa regolarmente costituita, quando è rappresentato l'intero capitale sociale e partecipa all'assemblea la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo. Tuttavia in tale ipotesi ciascuno dei partecipanti può opporsi alla discussione degli argomenti sui quali non si ritenga sufficientemente informato”

## Costituzione dell’assemblea e validità delle deliberazioni

La validità delle deliberazioni assembleari di SPA è subordinata al preventivo raggiungimento di un ***quorum* costitutivo,** e cioè della ***presenza alla riunione di un numero minimo di azioni*** richiesto per la validità della seduta, ed al successivo raggiungimento di un ***quorum* deliberativo,** e cioè di una ***maggioranza di voti favorevoli alla decisione***, che può essere però calcolata secondo diversi criteri: in particolare, quanto al tipo di maggioranza, essa può essere semplice o rafforzata; quanto al computo, può essere prevista la maggioranza del capitale sociale o del solo capitale presente in assemblea.

Il ***quorum* costitutivo** consiste nella regola per cui, se non interviene alla seduta un certo numero di azioni l’assemblea non può nemmeno iniziare i propri lavori: essa risulta infatti *non regolarmente costituita.*

Per il **calcolo** del *quorum* costitutivo non devono computarsi le azioni prive in generale e come regola propria – ossia “normativamente” – del diritto di voto e (conseguentemente) di intervento, come le azioni di risparmio e le azioni a voto limitato. Devono invece computarsi le azioni “occasionalmente” prive di tale diritto (ad es. quelle in possesso della stessa società *ex* art. 2357; quelle dei soci che non abbiano effettuato gli adempimenti pubblicitari per i patti parasociali ex art. 2341-ter), anche se non intervenuti alla seduta.

La *ratio* della norma risiede nell’intenzione di evitare che situazioni occasionali – come appunto la sospensione temporanea dei diritti di voto – incidano in modo tale da attribuire ad esigue minoranze rilevanti poteri deliberativi, soprattutto in sede straordinaria.

Per il **calcolo** del *quorum* deliberativo la legge ricorre di volta in volta a due parametri: in alcuni casi esso è computato sul ***capitale sociale complessivo della società*;** in altri, sul ***capitale concretamente presente in assemblea***. In questo secondo caso, si tiene conto anche della posizione dei *presenti non votanti* o di coloro che si sono espressamente e volontariamente astenuti, mentre non si computano le azioni del socio in conflitto di interessi.

In entrambi i casi non si tiene conto delle azioni occasionalmente prive di voto.

I ***quorum* costitutivi e deliberativi** sono fissati dalla legge in misura differenziata, a secondo della materia (assemblea ordinaria, straordinaria o materie per cui sono previsti *quorum* particolari), del tipo di convocazione (prima, seconda o successiva) e del tipo di società (se fa ricorso o meno al mercato).

In sede di **prima convocazione**, per l’assemblea ordinaria il *quorum* costitutivo è pari alla metà del capitale sociale; il *quorum* deliberativo è pari invece alla maggioranza assoluta del capitale avente diritto di voto e presente in assemblea (art. 2368 comma 1).

Per l’assemblea straordinaria il *quorum* costitutivo è pari alla maggioranza assoluta del capitale sociale per le società chiuse ed alla metà del capitale sociale per quelle aperte; il *quorum* deliberativo è pari alla maggioranza assoluta del capitale sociale complessivo per le società chiuse, e ai due terzi del capitale presente in assemblea per le società aperte.

I *quorum* legali di prima convocazione possono essere **modificati in aumento** dallo statuto, in via generale o per singole materie. Tuttavia, si ritiene generalmente inammissibile, nella SPA una clausola statutaria che imponga l’unanimità, o maggioranze così elevate da attribuire un sostanziale diritto di veto a qualsiasi socio, che ostacoli il regolare funzionamente dell’assemblea. È sicuramente **illegittima** la **modificazione in diminuzione** dei *quorum,* e ciò al fine di garantire un’adeguata rappresentatività delle maggioranze assembleari, in materi di particolare importanza come quelle straordinarie.

In sede di **seconda convocazione,** per assemblea ordinaria: nessun *quorum* costitutivo, maggioranza del capitale presente in assemblea per quello deliberativo. Assemblea straordinaria: 1/3 del capitale sociale per costitutivo, 2/3 del capitale in assemblea per quello deliberativo.

Per assemblea ordinaria di seconda convocazione lo statuto può prevedere delle maggioranze superiori tranne che per l’***approvazione del bilancio e per la nomina e revoca delle cariche sociali***.

## L’intervento ed il voto

Il diritto di intervenire spetta, oltre che a tutti i componenti dell’organo amministrativo e dell’organo di controllo, a tutti gli ***azionisti*** e anche all’usufruttario e al creditore pignoratizio, purchè possessori di titoli con diritto di voto.

Per essere ammesso alla singola assemblea, l’azionista deve dimostrare la propria **legittimazioene.** Salvo il caso in cui non siano stati emessi titoli nel qual caso il presdiente dell’assemblea verifica l’iscrizione a libro soci. Per le azioni dematerializzate il controllo della legittimazione è demandata all’intermediario presso cui sono registrate le azioni, i quali effettueranno una apposita ***comunicazione*** alla società.

## Il presidente dell’assemblea

Controlla la regolare costituzione dell’assemblea, incluso l’accertamento dell’identità e la legittimazione dei presenti, la direzione dei lavori.

Il presidente dell’assemblea è rappresentato dalla ***persona indicata nello statuto*** (di solito presidente del CdA o altra carica amministrativa o in alcuni casi un determinato socio) o, in mancanza, da quella ***eletta con il voto della maggioranza dei presenti*** (calcolata per teste dal momento che il controllo della legittimazione spetta al presidente). In caso di violazione delle norme che disciplinano l’attribuzione della carica presidenziale, si tende a ritenere che le delibere assunte dall’assemblea siano annullabili, a prescindere da ogni valutazione sulla correttezza dei lavori e sul comportamento del presidente.

Il presidente è di norma coadiuvato da un **segretario** eletto nelle stesse modalità del primo, ce lo assiste nelle varie operazioni e collabora attiivamente alla verbalizzazione, controfirmando il documento finale (art. 2375). Il segretario può anche essere il notaio della verbalizzazione.

Per la **revoca** se il presidente è stato indicato nello statuto non è revocabile neanche per giusta causa. Se eletto dalla assemblea è revocabile per giusta causa.

## Svolgimento dei lavori e votazione

La **discussione** deve essere regolata in modo da evitare ogni discriminazione a danno di uno o più azionisti; ma è ben possibile adottare un contigentamento dei tempi di discussione. Il presidente può anche sciogliere la seduta nel caso non sussitano le condizioni per continuare.

Il metodo di **votazione** spetta al presidente sceglierlo.

Fra i possibili **metodi** rientrano: le *dichiarazioni verbali, alzata di mano, schede precompilate.* La votazione deve essere simultanea. Non è ammissibile il **voto segreto** dal momento che è incompatibile con la disciplina del conflitto di interessi.

Dopo la votazione c’è la **proclamazione** ovvero il presidente dà il risultato della votazione.

## La verbalizzaizone

Le deliberazioni devono infine constare da un **verbale** che la funzione di documentare lo svolgimento della riunione assembleare. La verbalizzazione riveste *carattere obbligatorio e necessario*, come risulta dal fatto che la sua *assoluta mancanza* determina *nullità della deliberazione* (art. 2379). Le *irregolarità* nella sua redazione, invece, determinano l’*annullabilità* della delibera (art. 2377).

In caso di **assemblea straordinaria**, il verbale dev’essere redatto da un ***notaio*** che lo sottoscrive insieme al presidente.

In caso di **assemblea ordinaria** il verbale è redatto insieme e sottoscritto dal presidente e dal segretario.

Quanto al **contenuto** il verbale deve essere analitico (art. 2375 comma 1) e cioè indicare l’identità dei partecipanti, il capitale rappresentato in assemblea, le modalità ed il risultato delle votazioni. La **redazione** può essere anche non contestuale, per le società sul mercato entro 30gg.

## La rappresentanza in assemblea

Nelle SPA è consentito agli azionisti di partecipare all’assemblea personalmente, oppure mediante un proprio **rappresentante**.

Lo **statuto** delle società che non facciano ricorso al mercato del capitale di rishcio può però escludere tale possbilità, oppure limitarla in vario modo, ad. Es imponendo che il delegato debba necessariamente essere un socio.

La rappresentanza in assemblea è oggi disciplinata dall’art. 2372 però vi sono altri riferimenti normativi che dividono la società in tre regimi: per le società chiuse, società a capitale diffuso e società quotate.

Le regole generali sono:

* La delega deve essere conferita per **iscritto** e, nel caso in cui il delegato sia organo di amministrazione e controllo o dipendente, bisogna darne comunicazione scritta. Il delegato, ai sensi dell’art. 135-undecies, può essere un rappresentante designato dalla società che va a portare le istanze e votare per tutti i soci che hanno bisogno di delega. È prevista la **sollecitazione delle deleghe** in cui un soggetto esterno riunisce le deleghe dei piccoli risparmiatori per votare secondo una propria idea una certa materia. Possono esserci delle **associazioni di azionisti** che danno raccomandazioni o altre dindicazioni di voto e non costituisce sollecitazione.
* Nullità della delega in bianco
* La procura è **revocabile** anche in presenza di patto contrario

Per le società che hanno capitale sul mercato finanziario:

* la procura può essere **solo per singole assemblee** e pertanto vale il divieto inderogabile di delega a tempo indeterminato o comunque per più di una assemblea.

Per società diverse da società quotate:

* numero massimo di delegati è 20 per società chiuse e 50, 100 o 200 a seconda dell’entità del capitale per le società aperte
* Divieto di delega agli **organi di amministrazione e controllo** della società o di **dipendenti** della stessa. Il divieto è solo per la rappresentanza volontaria e non nel caso in cui i soggetti di cui sopra partecipino all’assemblea in qualità di rappresentanti legali (genitori o tutori del socio) o statutari (amministratore della società azionista).

## Conflitto di interessi

L’esercizio del diritto di voto nelle società per azioni, come in generale nelle collettività organizzate di diritto privato, costituisce espressione di un *diritto di partecipazione del singolo* ed è pertanto *rimesso in linea di principio al liberto apprezzamento del socio* che può scegliere autonomamente di partecipare o meno all’assemblea e di votare a favore o contro le singole proproste deliberative. Ne consegue che in caso di impugnazioje delle deliberazioni assembleari, l’*autorità giudiziaria non può sindacare il merito della deliberazione*, ma verificare solamnte se la delibera presenta profili di illegittimità.

Art. 2373 il socio in conflitto di interessi con l’ente deve astenersi dalla partecipazione alla votaione sulla materia oggetto del conflitto. Non vi è sanzione per il socio se non rispetta l’astensione, semplicemente la deliberazione può essere annullata solo se il suo voto sia stato determinante e abbia danneggiato la società.

L’**idoneità a danneggiare la società** dev’essere comunque intesa in senso oggettivo e non va confusa con la circostanza che l’azionista, attraverso l’atto deliberativo, realizzi anche i propri interessi personali, rispetto ai quali l’interesse della società sia indifferente.

L’unica ipotesi in cui il codice vieta in via preventiva ed assoluta il voto, è quella stabilita dall’art. 2373 comma 2, per i **soci-amministratori** nelle *deliberazioni riguardanti la loro responsabilità*. In tali ipotesi, il socio è *privo della legittimazione al voto*, ragion per cui il presidente dell’assemblea ha anzi il dovere di escluderlo dalla votazione.

## L’abuso di maggioranza e l’abuso di minoranza

La deliberazione assembleare deve rispettare il **principio di buona fede** (non si può recare danno agli altri soci) (art. 1375) ed è pertanto ***annullabile per non conformità alla legge*** in caso di violazioen e può compprtare il ***risarcimento del danno*** a carico dell’azionista e a favore dei soci danneggiati.

Per l’abuso di minoranza si riconosce la **responsabilità civile** dell’azionista che abbia tenuto la condotta abusiva. La maggioranza tuttavia non può ottenere l’annullamento del voto.

## Invalidità delle deliberazioni assembleari

Le deliberazioni assembleari possono essere viziata dalla violazione di norme che disciplinano le varie fasi del procedimento deliberativo, o che attengono invece al contenuto della delibera, determinandone l’**invalidità.**

Come nella disciplina dei contratti, il codice non regola unitariamente il fenomeno dell’invalidità, ma prevede due diverse figure: l’***annuallabilità*** e la ***nullità***.

Annullabilità avviene sia in violazione di norme imperative che dispositive.

La nullità solo in presenza di tre cause:

* Illiceità o impossibilità dell’oggetto
* Mancanza di convocazione
* Mancanza di verbalizzazione

Annuallabilità va fatta valere entro 90gg mentre nullità entro 3 anni (nei contratti la nullità di solito è imprescrittibile ma nel diritto societario non è così).

La legittimazione ad impugnare per annullabilità spetta non ad ogni socio ma solo a chi detiene una determinata aliquota di capitale.

### Annullabilità

L’art. 2377 prevede due tipologie di cause di annuallabilità.

In via generale, il comma 2 dispone l’annullabilità delle deliberazioni che non siano prese “in conformità della legge o dello statuto”. A sua volta, la **difformità della delibera della legge o dallo statuto** può determinarsi per la violazione di norme sostanziali o procedimentali.

Vi sono **ipotesi specifiche** di annullabilità per le quali la mera sussistenza del vizio non è sufficiente, occorrendo invece che *il vizio super una determinata soglia di rilevanza sostanziale*:

1. La partecipazione all’assemblea di persone non legittimate è causa di annullamento dell’assemblea solo se la loro presenza è stata determinante per il raggiungimento del *quorum* costitutivo; Lo stesso vale per l’invalidità dei singoli voti.
2. Incompletezza o inesattezza del verbale ne determinano l’annuallamento solo se impediscono l’accertamento del contenuto, degli effetti o della validità della delibera.

La **legittimazione ad impugnare** le deliberazioni impugnabilispetta, in primo luogo, ai ***soci assenti, dissenzienti o astenuti*** (che però hanno anche diritto di voto). I soci che non rappresentano la parte di capitale necessaria per essere legittimati a impugnare la deliberazione assembleare (5% società non quotate e 1/1000 società quotate) “hanno diritto al **risarcimento del danno** loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto”.

La legittimazione all’azione di annullamento è data pure agli ***amministratori*** ed al ***collegio sindacale***. L’impugnativa attribuita agli organi della società è oggetto di un *potere/dovere* che persiste anche nel caso in cui la deliberazione sia stata approvata all’unanimità dai soci, e deve essere responsabilmente esercitata, valutando la questione non in termini di astratto interessa alla legalità, ma di concreta possibilità di pregiudizio per l’interesse sociale.

Il **termine** per l’impugnativa è di *novanta giorni* e decorre dalla data della deliberazione, ovvero dall’iscrizione nel registro delle imprese, o ancora dalla data del deposito nel registro se la delibera è soggetta solo a tale obbligo.

Con riferimento al **procedimento** di impugnazione l’azione si propone mediante *atto di citazione notificato alla società* dinanzi al tribunale del luogo in cui è stabilita la sede legale.

La proposizione dell’azione di impugnazione non sospende di per sé l’esecuzione della delibera da parte degli amministratori; ma la **sospensione cautelare** può essere disposta dal tribunale su richiesta degli attori, previa personale comparizione in tribunale degli amministratori e dei sindaci, se l’impugnazione appare sorretta da valide ragioni e se sussiste il rischio di grave pregiudizio per le ragionei dell’istante nel periodo occorrete per la definizione del giudizio di merito con sentenza.

## Nullità

Le **cause di nullità** delle deliberaizoni assembleari sono tassativamente previste dall’art. 2379 comma 1 e sono tre: una di tipo sostanziale, e cioè la illiceità o immpossibilità dell’oggetto; due di tipo procedimentale, e cioè la mancata convocazione dell’assemblea e la mancata verbalizzazione della deliberazione.

# Capitolo 19 – gli amministratori

Nel sistema cd. tradizionale di amministrazione e controllo la gestione dell’impresa societaria è affidata all’organo amministrativo, a composizione unipersonale (**amministratore unico**) o pluripersonale (**consiglio di amministrazione**). Gli amministratori hanno ***competenza esclusiva sull’attività di gestione***, e dunque per il compiemento di tutte le operazioni volte ad attuare l’oggetto sociale.

La competenza esclusiva dell’organo amministrativo in materia gestoria è regola **inderogabile**.

## Competenza sulla nomina. Gli amministratori cd. di minoranza

L’**assemblea ordinaria** nomina con propria deliberazione i preposti alla carica gestoria, il cui organo, nel modello di amministrazione e controllo cd. tradizionale, può avere, come si è detto, composizione monocratica (***amministratore unico***) ovvero pluripersonale (***consiglio di amministrazione***). Nelle società quotate sempre pluripersonale (art. 147-ter TUF).

La **competenza assembleare** per la nomina è sancita al riguardo dagli artt. 2364 n. 2 e 2383 comma 1 alla stregua di un *principio fondamentale, inderogabile dagli statuti*. Non sono quindi consentite clausole di attribuzione non solo a terzi, ma neppure a singoli soci di diritti particolari di nomina, sul modello della previsione dettata per le SRL.

Il cc fissa alcune *deroghe* espresse e tassatve, che prevedono la possibilità di **nomine separate**:

* Art. 2351 consente che lo statuto attribuisca il potere di nomina di un consigliere indipendente ai ***portatori di strumenti finanziari*** partecipativi.
* Art. 2449 prevede la possibilità che lo statuto assegni il potere di nomina esterna di “*un numero di amministratori”* purchè *“proporzionale alla partecipazione al capitale sociale”* ad ***enti pubblici*** titolari di partecipazioni in SPA che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, tale possibilità è ammessa soltanto a favore dell’ente che sia portatore dei detti strumenti finanziari partecipativi

Vi sono poi delle clausole statutarie particolari per l’elezione degli amministratori:

* Quelle che assicurano la **rappresentanza** delle minoranze al consiglio di amministrazione
* Quelle presuppongono la nomina di uno o più amministratori per “gruppi” di azioni
* Quelle che presuppongono dei requisiti di eleggibilità
* Quorum di delibera maggiori solo per la prima convocazione, la seconda è illegale
* Voto di lista

### Voto di lista

L’elezione con **scrutinio di lista** è la tecninca maggiormente diffusa nella pratica statutaria per consentire la nomina di “rappresentanti di minoranza”, tanto da essere imposta dal legislatore sia per l’organo amministrativo (art. 147-ter TUF) sia per quello di controllo (art. 148 TUF). Tale tecninca, prevedendo la presentazione di più liste di candidati, consente tipicamente di trarre gli amministratori da eleffere non soltanto dalla lista maggiormente votata, ma in parte anche da quella seconda per numeri di voti ricevuti, ma qusta seconda lista non deve essere neppure indirettamente riconducibile al gruppo di maggioranza.

Nelle società quotate, dunque, è stabilito che almeno un componente del cda deve essere espresso d una lista di minoranza, salva anturalmente la facoltà dello statuto di accentuare il criterio proprozionalistico dello scrutinio di lista, assegnanod a liste minoritarie più seggi consiliari.

## I requisiti per la nomina. L’amministratore cd. indipendente. La questione della nomina di persona giuridica

Possono essere nominati amministratori di SPA sia **soci** sia **terzi** che non siano soci (art. 2380-bis, comma 2). Lo statuto potrebbe però scegliere di limitare ai soli soci l’eleggibilità.

Gli azionisti trovano tuttavia dei limiti imperativi nella scelta degli amministratori.

L’ordinamento prevede, infatti, **cause legali** espresse di **ineleggibilità** e di **decadenza** della carica, quali l’*incapacità legale,* il *fallimento* e le *condanne penali* che comportino interdizione dagli uffici pubblici o privati. Ulteriori cause di ineleggibilità sono previste per società di diritto speciale. La nomina di soggetto ineleggibile è dunque nulla (art. 2379) e se la causa di ineleggibilità sopravviene, l’amministratore decadrà automaticamente dall’ufficio.

Il modello legale non prevede, invece, in generale requisiti di **professionalità** e **onorabilità** degli amministratori per tutte le società per azioni, ma soltanto per le società quotate o per alcune società a statuto speciale, come per quelle bancarie e assicurative.

Lo statuto può prevedere:

* Requisito di professionalità e/o onorabilità
* Indipendenza per una parte almeno degli amministratori

Un ulteriore requisito è quello di **indipendenza** intesa come indipendenza dagli azionisti di controllo e dal managment (non devono essere corruttibili e controllabili).

In società quotate almeno 1 amministratore indipendente, o almeno 2 se consiglio composto da +7 componenti.

**Divieto di concorrenza** a carico degli amministratori nei casi di loro incarichi in altre società, impresa individuale dell’amministratore, attività concorrente per contro altrui. È possibile una autorizzazione in deroga.

## Accettazione della carica. Amministratore di fatto

L’assunzione della carica di amministratore non è automatica, ma richiede un atto di **accettazione** che può essere anche tacito.

L’art. 2383 comma 4 fissa poi gli **adempimenti pubblicitari** della nomina nel registro delle imprese, richiedendo l’iscrizione dei relativi dati anagrafici nel termine di “trenta giorni dalla notizia della nomina”, a cura di ciascun amministratore, termine che decorre dal momento dell’accettazione da parte dell’eletto. Eguale pubblicità è dovuta in caso di cessazione della carica.

La disciplina sull’amministrazione può però trovare applicazione anche rispetto a soggetto *non investito formalmente della carica* con un atto di nomina seguito da debita accettazione: **l’amministratore di fatto**. Si tratta di un soggetto che, pur privo di investitura formale (spesso lo stesso azionista di maggioranza), *s’ingerisce sistematicamente* *nella gestione della società*, svolgendo compiti sostanzialmente amministrativi.

## La cessazione degli amministratori

### Durata della carica e cause di cessazione

La **durata massima** della carica è di ***tre anni*** (art. 2383 comma 2) (tuttavia art. 2385 comma 2 sancisce la illimitata prorogatio). La norma è *inderogabile*, restando quindi inammissibili amministratori a vita o in posizione privilegiata quanto al mantenimento della carica, che finirebbero per minare l’equilibrio dei poteri interni della società, il quale invece esige che all’assemblea sia sempre riservato il ruolo di confermare periodicamente la fiducia ai gestori. Lo statuto può imporre la **sincronicità** dei mandati gestori, specie per garantire l’effettività dei sistemi di nomina di amministratori “di minoranza”.

Motivazioni di cessazione della carica:

* Scadenza del termine
* Rinunzia
* Revoca
* Cause di decadenza previste ex lege o dallo statuto
* Decesso

Le **dimissioni** dell’amministratore sono ammesse dalla legge, e non richiedono la forma scrtta *ad substantiam* né una giustificazione né comportano obbligo di indennizzo verso la società. Tuttavia la rinunzia ha effetto solo una volta che o la maggioranza degli amministratori sia stata ricostituita o alla sosituzioen dell’organo.

La **revoca** può essere disposta da parte dell’assemblea ordinaria senza limiti, la quale provvederà alla relativa contestuale sostituzione. La mancanza di giusta causa implica il diritto di risarciemnto.

## La sostituzione degli amministratori cessati. La cooptazione

Se nel corso del mandato vengono a mancare uno o più amministratori. Per cause diverse dalla revoca assembleare (che comporterà la sostituzione del revocato ad opera della stessa assemblea che ne abbia deliberato la revoca), e dunque per rinunzia, decadenza e decesso, soccorre poi, per integrare l’organo, la disciplina della **sostituzione** degli amministratori, sempre improntata all’esigenza di evitare soluzioni di continuità della funzione amministrativa.

In particolare, in caso di cessazione di uno o più consiglier, ma solo *se rimane in carica la maggioranza degli amministratori di nomina assembleare,* l’art. 2386 prevede il potere di **cooptazione** di membri del consiglio di amministrazione, con deliberazione del consiglio stesso (composto, naturalmente, dagli amministratori rimasti in carica), la quale deve essere *approvata dai sindaci*.

Art. 2386 “Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o piu'

amministratori, gli altri provvedono a sostituirli con deliberazione

approvata dal collegio sindacale. Gli amministratori cosi' nominati

restano in carica fino alla prossima assemblea.

Se viene meno la maggioranza degli amministratori, quelli rimasti

in carica devono convocare l'assemblea perche' provveda alla

sostituzione dei mancanti.

Gli amministratori nominati dall'assemblea scadono insieme con

quelli in carica all'atto della loro nomina.

Se vengono a cessare l'amministratore unico o tutti gli

amministratori, l'assemblea per la sostituzione dei mancanti deve

essere convocata d'urgenza dal collegio sindacale, il quale puo'

compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione.”

## Struttura e funzionamento dell’organo di amministrazione

L’organo amministrativo, nel cd. modello tradizionale di amministrazione e controllo, può avere **composizione numerica e varia**, da ***una*** a ***più persone*** (come detto, rispettivamente, amministratore unico o consiglio di amministrazione), secondo le indicazioni dello statuto, che può anche limitarsi a fissare un numero minimo e massimo, demandandone all’assemblea ordinaria la determinazione (art. 2380-bis, comma 4).

Il *numero minimo* degli amministratori indicato in statuto può anche corrispondere ad una unità, così lasciandosi all’assemblea la scelta tra amministrazione monocratica o collegiale.

Nelle SPA quotate, tuttavia, non può prevedersi un amministratore unico, ma necessariamente un CdA che veda la presenza di un amministratore di minoranza e/o indipendente (art. 147-ter TUF). Per tutte le società non vi è, invece, un numero massimo di amministratori.

### Consiglio di amministrazione e presidente

Se gli amministratori sono più d’uno, essi costituiscono dunque il **consiglio di amministrazione**, e l’amministrazione dovrà allora essere attuata con ***metodo collegiale***.

Ciò significa che le deliberazioni dovranno rispettare tale metodo (convocazione, riunione – anche con mezzi di telecomunicazione se lo statuto lo consente -, discussione, votazione, proclamazione, verbalizzazione) e avranno quale criterio decisionale quello di msggioranza.

Fondamentale per il buon funzionamento dell’organo consiliare è la figura del **presidente del consiglio di amministrazione**, la cui disciplina riuslta divisa tra l’ultimo comma dell’art. 2380-bis ed il primo dell’art. 2381. Recependo tendenze ricorrenti nel dibattito internazionale sulla *corporate governance*, l’attuale disciplina riconosce al presidente del CdA la titolarità di una serie di poteri cardine per esercitare funzioni non solo di coordinamento dell’attività collegiali, ma anche di stimolo e dunque di tutela dell’effettività del ruolo del consiglio.

Il presidente può essere *nominato direttamente dall’assemblea*, o essere *eletto dal consiglio stesso* (art. 2380-bis comma 5), sempre fra i suoi compoenenti.

Riguardo alle **competenze**, a lui spetta:

1. La *convocazione* dell’organo
2. La fissazione dell’*ordine del giorno*
3. La direzione della *discussione* e la sottoposizione a *votazione* delle deliberazioni
4. La *proclamazione* dei risultati della votazione
5. La *verbalizzazione* ove non sia previsto l’intervento del notaio
6. Curare la corretta informazione di tutti i componenti dell’organo riguardo le deliberazioni

Nel definire i poteri organizzativi tipici del presidente, la disciplina ha così pure formalizzato le fasi del **procedimento deliberativo** consiliare, rafforzando la dialettica dell’organo consiliare.

1. La **convocazione** di tutti i consiglieri è essenziale per la legittimità della deliberazione. La convocazione è disposta dal presidente, che emana il relativo *avviso*, ma è da ritenere che ciascun componente abbia il potere di richiedere che il consiglio venga convocato dal presidente.
2. L’avviso deve contenere l’***ordine del giorno***, che *non è derogabile* da parte del consiglio: il legislatore ha infatti fissato uno stretto legame tra la fissazione delle materie dell’o.d.g., da parte del presidente, e la somministrazione di “*adeguate informazioni* sulle materie iscritte all’ordine del giorno”, sempre da assicurare, per congruo tempo in anticipo, a cura del presidente, e sotto la sua responsabilità.
3. Coordinazione dei lavori
4. Il consiglio adotta le proprie deliberazioni con i *quorum* fissati dall’art. 2388 comma 1. In particolare, con il ***quorum* costitutivo** della “presenza della maggioranza degli amministratori in carica”, e con il ***quorum* deliberativo** della “maggioranza assoluta dei presenti”.

### L’impugnazione delle delibere consiliari

Le deliberazione del consiglio di amministrazione sono suscettibili di **impugnazione** in caso di “*non conformità alla legge o allo statuto*” (art. 2388 comma 4). Il legislatore prevede così uno strumento di tutela incisivo sugli atti degli amministratori quasi a contrappeso del potere esclusivo che nella gestione è attribuito all’organo di amministrazione.

Tutti i possibili vizi delle deliberazioni consiliari integrano così sempre una causa di ***annullabilità***, da far valere nel termine di 90gg dalla data della deliberazione, ancorchè si tratti di vizi che in relazione alle deliberazioni dell’assemblea sono invece, ai sensi dell’art. 2379, causa di nullità.

La **legittimazione** ad impugnare è attribuita agli *amministratori assenti e dissenzienti* (o *astenuti*) e al *collegio sindacale*, che avrà l’obbligo dell’impugnazione se la stessa è necessaria per impedire la produzione di un danno alla società (art. 2407 comma 2). Anche il ***singolo socio*** dispone di una speciale legittimazione ad impugnare, ma solo quando la deliberazione sia *lesiva dei suoi “diritti”*, vale a dire allorchè pregiudichi situazioni soggettive che nascono all’interno dell’organizzazione societaria: ad es. potrà impugnare la delibera consiliare di aumento del capitale, che abbia escluso il diritto d’opzione dei soci in assenza dei presupposti di legge; ovvero la delibera che fissi illegittimamente il valore di liquidazione delle azioni nel caso di esercizio del diritto di recesso.

### L’amministrazione delegata

Le funzioni amministrative sono suscettibili di delega da parte del consiglio ad uno o più dei propri componenti (cd. **amministratori delegati**) o ad un collegio ristretto composto sempre da propri componenti denominato **comitato esecutivo** (art. 2381, comma 2-4).

Se la delega attribuisce all’amministratore delegato (o comitato esecutivo) il potere di gestione sulle materie delegate, il *plenum* del consiglio, rimanendo titolare della funzione amministrativa nel suo complesso, anche se non eserciterà tipicamente le funzioni gestorie in quelle stesse materie, avrà comunque il ***dovere di vigilare*** sull’operato del delegato e, quindi, ***di intervenire*** ove occorra;

1. La delega di potere amministrativo, a favore di amministratori delegati o del comitato esecutivo, è anzitutto soggetta all’**autorizzazione** di un’apposita clausola statutaria o di una deliberazione dell’assemblea ordinaria (art. 2381 comma 2), ed è attribuita con **delibera consiliare**, la quale deve determinare il “*contenuto”* e i “*limiti*” della delega stessa; di tal che è esclusa l’ammissibilità di una delega generica, attribuita cioè senza una puntuale determinazione dei poteri delegati.

È invece ammissibile una ***delega generale***: diverse disposizioni danno per scontato, infatti, che agli organi delegati sia addirittura riservata l’*intera gestione della società* (art. 2381).

Alcune **competenze** rimangono però **non delegabili** (tra le principali, la redazione del progetto di bilancio, l’aumento del capitale delegato dall’assemblea) e restano pertanto riservate *ex legale* al consiglio, senza possibilità di deroghe statutarie (art. 2381 comma 4).

Gli organi delegati hanno comunque **competenze *ex lege*** ancorchè derogabili a favore della competenza del consiglio.

Il comma 5 dell’art. 2381 dispone che “gli organi delegati *curano che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa*”. Sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati – che hanno un obbligo di *reporting* – il consiglio, poi, *valuta l’adeguatezza* di tale assetto.

Nella *cura* dell’**obbligo di adeguatezza organizzativa**, come pure nella *valutazione* del suo adempimento da parte degli amministratori, è senz’altro decisiva la razionalità del processo decisionale; essa presuppone senz’altro la mappatura dei rischi operativi cui è esposta l’impresa in ragione della sua natura e della sua dimensione, e la conseguente scelta di quali presidi organizzativi siano da approntare per prevenirli, con apposite previsioni documentali; scelta decisionale, questa, da assumere nel rispetto dei principi di corretta amministrazione (artt. 2403, 2497 comma 1), che a loro volta impongono al riguardo la ragionevole completezza informativa in sede di procedimento decisionale. Nelle SPA di diritto comune sussistono pertanto ambiti di discrezionalità degli amministratori sulle modalità di adempimento dell’obbligo di adeguatezza, laddove soltanto in alcuni settori speciali l’ordinamento tipizza rischi specifici e assetti organizzativi da attuare per prevenirli, allora con notevole compressione della discrezionalità gestoria.

L’organo delegato è pure competente a deliberare sui “**piani strategici** *industriali e finanziari della società*”, che il consiglio “esamina” (art. 2381 comma 3), “quando elaborati”: fatta salva diversa disposizione statutaria , il consiglio potrebbe limitarsi ad una presa d’atto, oppure all’espressione di un parere, ovvero anche – stante il cennato principio, e di cui subito meglio si dirà, per cui il cda rimane titolare pieno delle competenze di gestione nel loro complesso – procedere all’approvazione dei piani dell’amministratore delegato.

1. La delega, come già detto, può anche essere fatta a **più amministratori delegati** con deleghe su materie identiche. Non è d’altra parte esclusa – ed anzi auspicata quale *best practice* dai codici di autodisciplina – la previsione di più **comitati interni** (tipicamente composti da amministratori non esecutivi e/o indipendenti), che formalmente non sono titolari di deleghe amministrative, ma hanno *funzioni* anche solo *istruttorie* e prodromiche all’attività deliberativa consiliare (ad es. comitato in materia di nomine, di remunerazione, di controllo e rischi). Ai comitati, in quanto orgai collegiali, in linea di principio si applicano le regole del **procedimento deliberativo** del consiglio di amministrazione, a cominciare dalla disciplina dei *quorum* (art. 2388 comma 1 e 2), ancorchè le forme potrebbero essere semplificate per esigenze di speditezza propria degli organi delegati.
2. Il consiglio (quindi i non delegati) mantiene una **competenza concorrente e sovraordinata** sulle materie delegate, che fonda il potere del consiglio di impartire ***direttive*** ai delegati e di ***avocare*** a sé la decisione su singole operazioni rientranti in materie delegate, come pure disporre la ***revoca della delega*** in qualsiasi momento, senza necessità di giustificazione.

Il consiglio nel suo insieme conserva i seguenti poteri-doveri:

1. Indirizzo
2. Avocazione (ossia sospensione della delega per singoli atti)
3. Sostituzione
4. Controllo
5. Al fine di valorizzare le funzioni di controllo del consiglio sull’attività degli organi delegati, l’art. 2381 sancisce regole di corretta **circolazione delle informazioni** all’interno del consiglio.
6. L’**obbligo di vigilanza** del consiglio è fissato dalla disposizione per cui il consiglio “valuta sulla base della relazione degli organi delegati, il *generale andamento della gestione*” (art. 2381 comma 3).

L’**attività valutativa del consiglio** è senz’altro estesa alla considerazione di tutti gli elementi fattuali contenuti nei citati rapporti periodici degli organi delegati, come pure agli aspetti prospettici, essendo il consiglio organo di governo, e non di mero controllo, che potrà e dovrà intervenire, se del caso, con atti di indirizzo e correttivi.

La disciplina impone anche a tutti gli amministratori un più generale **obbligo di “agire in modo informato”** e li rende responsabili per non aver assunto le iniziative opportune, in relazione alle informazioni possedute, avendo il singolo amministratore l’obbligo di attivarsi per impedire il realizzarsi di eventi dannosi (art. 2392 comma 2). E a tal fine, il codice assegna a ciascun consigliere, delegato o meno, non già poteri individuali di ispezione, quanto il diritto di “chiedere agli organi delegati che *in consiglio siano fornite informaizoni* relative alla gestione della società” (art. 2381 ultimo comma) e quindi all’interna materia gestoria, sollecitando all’uopo il presidente alla convocazione del consiglio.

## Interesse sociale, interessi degli amministratori e le cd. “parti correlati”

### Gli interessi degli amministratori

Gli amministratori, diversamente dei soci, sono non già titolari dell’interesse gerito, bensì *gestori di un interesse altrui*, e come tali sono soggetti a regole di comportamento che nella funzione amministrativa attengono fondamentalmente all’*obbligo di diligente gestione*, e all’*obbligo del perseguimento dell’interesse sociale*.

La disciplina impone **obblighi di trasparenza** a carico degli amministratori stessi, che dovranno ***informare*** sia tutti gli altri componenti dell’organo di gestione, sia i sindaci, in tutti i casi in cui siano appunto ***portatori di interessi personali*** *per conto proprio o di terzi* interferenti (non necessariamente in conflitto) in una data operazione della società oggetto di decisione vuoi monocratica vuoi collegiale.

L’obbligo di comunicazione agli amministratori e ai sindaci si aggrava, divenendo vero e proprio **obbligo di astensione**, quando la situazione si presenti in capo ad un *amministratore delegato*. In tal caso, questi ha l’obbligo di investire “l’organo collegiale” alla cui decisione dovrà poi conformarsi.

Ove ad essere portatore di un interesse in una determinata operazione sia invece l’*amministratore unico*, questi non è obbligato ad astenersi, ma soltanto a comunicare ai sindaci la situazione in cui versa per poi “darne notizia anche alla prima assemblea utile”.

Il consigliere latore dell’interesse, oltre all’obbligo di informare, avrà poi quello di **votare in modo non pregiudizievole** all’interesse della società. Non è invece obbligatoria l’astensione del voto.

Una volta informato, il consiglio, per deliberare in presenza di un interesse di un amministratore, ha l’obbligo di *adeguata* **motivazione** della deliberazione: il comma 2 dell’art. 2391 impone, infatti, di esplicitare “***ragioni e convenienza”*** della deliberazione sia le sue finalità.

Nei casi di inosservanza le deliberazioni, qualora possano recare danno alla società, sono impugnabili entro 90gg dagli altri amministratori o dai sindaci. L’amministratore dovrà dunque risarcire il danno nel caso lo avesse creato.

E la tutela risarcitoria sussiste pure per l’ipotesi in cui l’amministratore si approfitti, nell’interesse personale o di terzi, di informazioni che abbia acquisito nell’esercizio delle sue funzioni all’interno dela società (cd. ***corporate opportunities***).

### Le operazioni con parti correlate

Una disciplina speciale, che rafforza le cautela disposte da quella generale sugli interessi degli amministratori, si applica soltanto alle *società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*. Essa si sostanzia in un ***obbligo di inforamzione al mercato***, nonché in un ***obbligo di istruttoria*** particolarmente accurata per i casi in cui maggiore è il rischio di decisioni in conflitto di interessi; rischio che ricorre tutte le volte in cui l’organo amministrativo deliberi di realizzare una certa operazione economica che abbia come controparti soggetti particolarmente “prossimi” alla società, e che la disciplina qualifica come “parti correlate” (art. 2391-bis).

La nozione di “**parti correlate**” non è determinata dal codice, bensì da un regolamento Consob (Reg. 17221/2010). Essa comprende soggetti che appartengano all’area del *controllo* e del *collegamento* societario, a quella dei *dirigenti* con responsabilità strategiche, e infine a quella dei soggetti “vicini” ai precedenti per *legami personali*.

### I compensi degli amministratori

L’esercizio delle funzioni gestorie avviene normalmente *a titolo oneroso*: il **diritto al compenso** dell’amministratore nasce direttamente *ex lege* e non richiede apposita clausola statutaria, né deliberazioni assembleari di impegno.

L’esercizio delle funzioni gestorie avviene normalmente *a titolo oneroso*: il **diritto al compenso** dell’amministratore nasce direttamente *ex lege* e non richiede apposita clausola statutaria, né deliberazioni assembleari di impegno.

In mancanza di diversa clausola statutaria, la **competenza** a determinare i compensi è così ripartita:

1. I compensi degli amministratori come tali sono stabiliti, in via generale, dalla stessa ***assemblea*** che è competente a nominarli
2. I compensi del comitato esecutivo possono essere stabiliti direttamente dall’assemblea o, in mancanza di determinazione di questa, saranno stabiliti dal consiglio all’atto della nomina
3. I compensi degli amministratori “investiti di particolari cariche in conformità allo statuto”, e cioè del presidente, e degli ammiistratori delegati *uti singuli*, sono invece stabiliti dal consiglio di amministrazione, all’atto della nomina o della delega, previo parere del collegio sindacale (art. 2389, comma 3).

Non ci sono minimi o massimi di legge, tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto che le **remunerazioni** palesemente **eccessive** (rispetto al compenso corrente nel mercato in società di analoghe dimensioni) siano illegittime per lesione dell’interesse sociale, con la conseguenza che la relativa deliberazione, se presa con il voto determinante dell’amministratore interessato, in tanto sarà annullabile per conflitto d’interessi, in quanto la determinazione del compenso sia irragionevole o sproporzionata, quale indice di danno potenziale per la società (art. 2373 comma 1; art. 2391 comma 3).

La materia all’evidenza esige un pregnante grado di **trasparenza**: nelle società non quotate, la trasparenza è peraltro moderata, dovendosi soltanto indicare nella nota integrativa l’*ammontare cumulativo* dei compensi degli amministratori. Nelle società quotate invece ci vuole una indicazione analitica. In tali società, inoltre, il consiglio deve approvare, una **relazione sulla remunerazione**, messa a disposizione del pubblico, la quale deve dare, per un verso, l’indicazione, sia delle politiche di remunerazione nel successivo esercizio, sia dei compensi percepiti da ciascun componente nel precedente esercizio.

Quanto all’**oggetto del compenso**, che di regola consisterà in un corrispettivo in *denaro,* il comma 2 dell’art. 2389 prevede espressamente che esso può essere anche costituito, in tutto o in parte, da una *partecipazione agli utili* conseguiti dalla società, o dal *diritto di opzione* sulla sottoscrizione o sull’acquisto di azioni, con parametri dunque che dovrebbero in astratto incentivare i gestori a migliori performance.

La rappresentanza

La società opera all’esterno, necessariamente, attraverso persone fisiche. È quindi necessaria l’individuazione di una o più persone che abbiano il potere di *agire in nome e per conto della società*.

Si deve distinguere fra la ***rappresentanza “volontaria”*** e la ***rappresentanza “organica”*** (o “statutaria o “legale”).

La prima forma di **rappresentanza** (**volontaria**) è eventuale ed è disciplinata dalle mere regole civilistiche generali (artt. 1388ss). Si tratta di una ***rappresentanza di secondo grado***, che può essere cioè conferita con *procura speciale* da parte del rappresentante organico (si pensi ad es. ad un collaboratore occasionale che, incaricato di curare per la società l’acquisto di un macchinario, venga munito allo scopo di una corrispondente procura), ma che non può avere carattere generale. Se la società è anche titolare di impresa commerciale, poi, alla possibilità di rappresentanza fondata su procura speciale si accompagna la possibilità di rappresentanza, a contenuto più o meno ampio, derivante dalla preposizione institoria o dalle altre regole relative alla *rappresentanza commerciale* (artt. 2203).

La seconda forma di **rappresentanza**, quella **organica**, è invece ***necessaria,*** per poter la società agire nel traffico giuridico, e trova disciplina nell’art. 2384. Tale potere di rappresentanza può essere attribuito solo ***ad uno o più amministratori***, con indicazione inserita in statuto; indicazione che gli stessi amministratori possono modificare su delega statutaria. È frequente, ad es., l’attribuzione del potere di rappresentanza al presidente del c.d.a. e/o all’amministratore delegato. Qualora siano individuati più amministratori quali rappresentnati, lo statuto stesso, o in mancanza l’assemblea, preciserà se il potere di rappresentanza è attribuito in via *congiuntiva o disgiuntiva.*

Secondo la regola vigente *il rappresentante legale è necessariamente* un **rappresentante generale** (anche processuale), e, pertanto, può compiere qualunque tipo di atto in nome della società.

Lo **statuto può imporre dei limiti** al potere degli amministratori (tipo firma congiunta di due o più soggetti).

Gli eventuali **limiti statutari** dell’ambito della rappresentanza che fossero violati dal rappresentante legale nello spendere il nome della società *non* sono però *opponibili a terzi* che abbiano contrattato con la società, *ancorchè* tali limiti siano stati preventivamente pubblicati sul registro delle imprese.

Vi è una sola eccezione alla regola della inopponibilità: la violazione di tali limiti potrà sempre esere opposta soltanto a quel terzo che “*abbia intenzionalmente agito a danno della società*”.

Le azioni di responsabilità contro gli amministratori

Le regole generali sulla responsabilità civile degli amministratori per violazione di obblighi inerenti al proprio ufficio sono dettate dagli artt. 2392ss. Lo schema tradizionale dalla disciplina prevede **tre ipotesi di responsabilità civile** degli amministratori: verso la *società,* verso i *creditori sociali*, verso *singoli soggetti* (soci o estranei).

La responsabilità per danno esiste anche se l’amministratore agisce:

* in conformità alle deliberazioni del consiglio di amministrazione;
* in esecuzione di espresso mandato assembleare.

Responsabilità verso la società: presupposti

La prima (**responsabiltià verso la società)** è di certo la più importante, anche perché può spesso assorbire le altre, nella misura in cui il danno dei creditori o dei terzi si configuri come danno indiretto.

La responsabilità degli amministratori verso la società è **responsabilità contrattuale**, per inadempimento dell’obbligo di corretta amministrazione, e in particolare per violazione dei “doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto”, cui essi devono adempiere “con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” (art. 2392 comma 1). Gli amministratori non sono infatti investiti di poteri nell’interesse proprio, ma in quello della società: essi perciò *devono esercitare la loro funzione* e devono esercitarla nell’*interesse sociale*.

Il danno risarcibile si ravvisa in tutti i casi in cui la cattiva gestione porti ad un deterioramento dello stato patrimoniale o del conto economico della società. L’amministratore sarà responsabile sia per il “***danno emergente***” sia per il “***mancato guadagno***”.

La responsabilità contrattuale degli amministratori è fondata su un criterio soggettivo di **colpevolezza**, valutandosi così la loro diligenza in una prospettiva *ex ante* rispetto agli eventi successivi con cui può concretizzarsi il pregiudizio (si guarda quindi non al risultato negativo in sé, che potrebbe essere dipeso anche da fattori indipendenti dall’operato degli amministratori, quali una contrazione o una crisi del mercato, ma al risultato che sia derivato da una condotta degli amministratori difforme da quella esigibile da un gestore diligente).

In proposito, dalla disciplina emerge una distinzione fra l’*obbligo generale di diligenza*, in cui il comportamento dovuto non è ipotizzato dalla legge, ma da determinarsi in concreto alla stregua dei criteri di negligenza, imprudenza, ed imperizia, e gli *obblighi specifici di diligenza*: per tali ultimi obblighi, il comportamento dovuto è tipizzato dalla legge e, quindi, la colpa dell’amministratore si integra per il solo fatto di non aver adempiuto al comportamento imposto dalla legge in presenza di date fattispecie (ad es. apertura della liquidazione se ricorre una causa di scioglimento della società.

E la distinzione ha immediate ricadute, come si vedrà, in ordine all’**onere della prova in giudizio**.

La colpa dell’amministratore nella violazione dell’**obbligo generale di diligenza** va dunque valutata secondo i tre criteri tradizionali dell’***imperizia, negligenza e imprudenza***, conformati dalle regole speciali dettate per gli amministratori di SPA.

Con particolare riguardo al profilo dell’***imprudenza,*** l’obbligo di diligente gestione si dirà violato soltanto allorchè possa imputarsi all’amministratore di avere fatto scelte *assolutamente irrazionali*, ed incompatibili con qualsivoglia logica di impresa.

Se viene in rilievo la violazione dell’obbligo generale di diligenza degli amministratori, la **prova della colpa** (o del dolo) dev’essere data dalla società attrice.

Se, invece, viene in rilievo la violazione di un **obbligo specifico di diligenza**, l’onere della prova da parte della società attrice resterà facilitato: rimarrà a suo carico soltanto la prova del fatto dell’inadempiemento (ad es. la mancata rilevazione di una perdita del capitale che avrebbe dovuto determinare l’apertura della liquidazione della società), oltre che del nesso di causalità, ma non anche della colpevolezza. Infatti, secondo le regole generali, la colpevolezza sussiste nel caso in cui si dimostri che il comportamento degli amministratori ha implicato l’inosservanza di norme giuridiche (che specificatamente disciplinano l’azione svolta) o di norme tecniche.

Resterà peraltro sempre salva la prova dell’*errore scusabile* da parte dell’amministratore convenuto, il quale sarà mandato esente da responsabilità ove dimostri una causa che abbia reso impossibile l’adempimento o, in altri termini, un “fatto impeditivo” dell’adempimento (art. 1218) (ad es., impossibilità non imputabile di rilevare la perdita del capitale sociale, che avrebbe imposto l’apertura della liquidazione della società).

La responsabilità degli amministratori è, poi, **solidale,** per espressa indicazione di legge (art. 2392), e si estende secondo la giurisprudenza, come si è visto, anche ai cd. *Amministratori di fatto*.

La disciplina distingue in proposito tra una ***responsabilità diretta*** di ciascun consigliere di amministrazione, che può sorgere, soprattutto, per gli atti di competenza del consiglio di cui egli è componente, ma anche per atti direttamente imputabili al singolo amministratore (ad es., per violazione del divieto di concorrenza *ex* art. 2391, o dell’obbligo di comunicazione dettato dalla disciplina degli interessi *ex* art. 2391); ed una ***responsabilità per omessa o difettosa vigilanza***, che può addebitarsi al singolo consigliere non delegato rispetto ad atti di competenza di amministratori delegati.

Al riguardo, a ciascun amministratore è imposto un ***obbligo di intervento*** tutte le volte in cui sia a conoscenza di fatti pregiudizievoli, “per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose” (art. 2392 comma 2). Si tratta di un dovere che non riguarda solo il *plenum* nei confronti dei delegati, ma che assume portata più generale, anche con riguardo ai *nuovi amministratori*, che dovranno adoperarsi per la rimozione delle conseguenze derivanti dalle irregolarità compiute dai loro predecessori.

Il singolo amministratore può però riuscire a **sottrarsi dal vincolo di solidarietà** nella responsabilità con gli altri amministratori, nel caso in cui la diligenza è venuta a mancare all’interno di determinate funzioni attribuite ad uno o più ammiistratori ex art. 2392.

Vi è anche la procedura di **dissociazione** che gli permettono di sottrarsi dal vincolo di solidarietà. Tale procedura lo esonera a tre condizioni:

1. Che egli faccia *annotare il suo dissenso* senza ritardo nel libro delle adunanze del consiglio
2. Che *informi* immediatamente del suo dissenso il presidente del collegio sindacale
3. Che, naturalmente, l’amministratore che sia così dissociato risulti effettivamente *esente da colpe*.

Ovviamente il processo di dissociazione presuppone che l’amministratore non abbia inadempiuto né all’obbligo di agire informato, né all’obbligo di vigilanza ed intervento.

Azione di responsabilità

Il promovimento dell’**azione sociale di responsabilità** necessita di ***deliberazione dell’assemblea ordinaria*** (salvo quanto disposto dall’art. 2393-bis, per l’azione promossa dalla minoranza). E l’esercizio dell’azione può essere validamente deliberato, nell’assemblea ordinaria di approvazione del bilancio, anche se non è indicato fra le materie da trattare (art. 2393 comma 2); e ciò in deroga eccezionale al principio, proprio dei procedimenti collegiali, per cui l’orggetto della deliberazione dev’essere prevntivamente indicato nell’ordine del giorno. Ma la deliberazione è consentita solo se la responsabilità appare legata a fatti compresi nell’esercizio di cui si approva il bilancio e non a fatti pregressi o successivi.

Oltre all’assemblea, pure il ***collegio sindacale*** ha competenza a deliberare il promovimento dell’azione sociale di responsabilità, con la maggiornaza qualificata dei due trzi dei componenti.

La deliberazione di esercizio dell’azione comporta la **revoca ope legis** degli amministratori, purchè approvata con il voto favorevole di una maggiornaza dei presenti, rappresentativa di almeno 1/5 del capitale (naturalmente, se adottata dall’assemblea). La revoca automatica comporta altresì l’obbligo all’assemblea di nomina di nuovi amministratori.

È poi nella piena disponibilità dell’assemblea deliberare *espressamente* la **rinunzia** all’azione o una **transazione** con gli amministratori (art. 2393), senza che occorra al riguardo motivazione alcuna.

La delibera di rinunzia o transazione può essere però impedita dall’esercizio di un ***diritto di veto*** con voto contrario da esprimersi in assemblea da parte di una minoranza qualificata.

In concreto la vigilanza si attua con il controllo costante sulla gestione mediante assunzione di informazioni sull’operato dei delegati e la verifica della corrispondenza della situazione reale a quella risultante dalle scritture contabili, la partecipazione assidua ai consigli di amministrazione: l’amministratore assente (anche se giustificato) è sempre obbligato ad informarsi sul contenuto delle delibere e deve attivarsi per impedire il veriﬁcarsi di conseguenze pregiudizievoli per la società.

L’azione sociale esercitata dalla minoranza

Il legislatore attribuisce oggi la legittimazione all’esercizio dell’**azione sociale di responsabilità** anche ad una **minoranza qualificata**(art. 2393-bis). Nelle società chiuse la quota minima è di 1/5 mentre in quelle aperte 1/40. Non è ammessa la disponibilità della quota a titolo diverso dalla proprietà, ad esempio usufrutto, creditore pignoratizio (art. 2393-bis, commi 1 e 2, c.c.).

L’azione esercitata dagli azionisti di minoranza ha un ***carattere*** *lato sensu* ***surrogatorio***. Vuol dire che poi che le somme dovute non vanno solo alla minoranza ma a tutta la società. Data la natura sostanzialmente surrogatoria dell’azione, questa sarà allora preclusa tutte le volte in cui l’azione sociale sia già pendente o la società ne abbia già disposto: cos’, qualora l’assemblea ne abbia deliberato direttamente l’esercizio, avviando poi il relativo giudizio, o abbia validamente deliberertato di transigere. La società potrà poi sempre *rinunciare o transigere* l’azione incardinata dalla minoranza.

L’aspetto più critico dell’istituto, che ne disincentiva massimamente l’operatività, è rappresentato dall’**accesso alle informazioni** necessarie per avviare e supportare, sul piano probatorio, l’azione da parte delle minoranze stesse. Il sistema non consente, infatti, agli azionisti indagini esplorative all’interno dell’organizzazione societaria, essendo loro precluuso l’accesso a tutti i libri sociali (art. 2422) e alla documentazione relativa all’amministrazione (diversamente da quanto è consentito, come si vedrà, al socio di s.r.l. art. 2476 comma 2). Il che rende spesso questo rimedio a favore della minoranza un’arma sostanzialmente spuntata.

### La responsabilità verso i creditori sociali

L’azione di responsabilità dei **creditori sociali** è fondata su due presupposti (art. 2394):

1. Anzitutto, occorre che sia addebitabile agli amministratori l’”*inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale*”; e si avrà una tale inosservanza comunque con riferimento ad ogni atto omissivo o commissivo negligente, che abbia determinato un depauperamento di tale patrimonio.
2. L’azione, poi, può essere proposta dai creditori solo in via *sussidiaria*, cioè quando il **patrimonio** sociale risulti **insufficiente** al soddisfacimento dei loro crediti.

È discusso se l’azione di responsabilità dei creditori sociali abbia natura di azione diretta ovvero di azione surrogatoria (dunque solo esperibile nel caso di inerzia della società ad agire contro gli amministratori).

La tesi è che sia di **natura autonoma**.

La Non è ammessa la disponibilità della quota a titolo diverso dalla proprietà, ad esempio usufrutto, creditore pignoratizio (art. 2393-bis, commi 1 e 2, c.c.).

**La prescrizione** (sempre quinquennale ex art. 2949) decorre, secondo i principi generali, dal momento in cui si è manifestato l’evento dannoso, cioè l’insufficienza del patrimonio sociale.

### Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali

È ben poco frequente che l’azione sociale venga promossa da parte della società (essendo gli amministratori, come si è ricordato, espressione della stessa maggioranza che dovrebbe deliberarne il promovimento; salvo in caso di mutamento del gruppo di controllo), o da parte delle minoranze fruendo della legittimazione loro riconosciuta dall’art. 2393-bis; altrettanto raro è che gli stessi creditori promuovano l’azione di responsabilità, se è vero che il pregiudizio patrimoniale tipicamente emerge quando l’insolvenza della società è conclamata nell’ambito di una **procedura concorsuale**.

È allora proprio in quest’ultima sede che le azioni di responsabilità vedono per lo più la luce, e al riguardo è dettata una disciplina apposita nell’art. 2394-bis: con il fallimento, la legittimazione a promuovere le azioni sopra esaminate spetta, non più alla società e ai creditori, ma **in via esclusiva al curatore** (in caso di amministrazione straordinaria all’amministratore straordinario; in caso di l.c.a al commissario liquidatore; in caso di concordato preventivo, il liquidatore giudiziale avrà legittimità esclusiva per l’azione sociale, lasciandosi ai singoli ceditori l’azione *ex art.* 2394).

Il legislatore ha quindi accolto la tesi secondo cui, in caso di fallimento della società, l’azione del curatore costituisce ***sintesi delle azioni*** di cui agli artt. 2393 e 2394.

L’apertura di una procedura concorsuale sul presupposto dello stato di insolvenza della società non può però mai configurare, di per sé, una responsabilità dell’amministratore su base presuntiva: secondo i principi dell’***onere della prova*** in materia, il curatore ha i medesimi oneri relativamente ad ellegazione e prova degli specifici fatti su cui si fonda la responsabilità degli amministratori, il nesso causale e il danno risarcibile.

Il risarcimento in questo caso è pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l’amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all’art. 2484.

Nel caso di mancanza delle scritture contabili o di inattendibilità delle stesse per gravi irregolarità, tali da non consentire un plausibile calcolo dei netti patrimoniali, l’ammontare del danno corrisponderà alla differenza fra l’attivo e il passivo accertati nella procedura concorsuale.

### L’azione individuale del socio e del terzo

L’ordinamento attribuisce, infine, al singolo azionista o a terzi che siano stati direttamente danneggiati dagli amministratori, per atti relativi alla gestione della società, la legittimazione a promuovere nei loro confronti un’**azione diretta di responsabilità**.

L’azione riguarda i casi in cui gli azionisti o i terzi siano stati “***direttamente danneggiati”*** (art. 2395). Non può dunque avere ad oggeto i *danni “riflessi”* che l’azionista può subire per la perdita di valore delle sue azioni a seguito di atti di *mala gestio* degli amministratori che abbiano depauperato il patrimonio sociale.

Il danno risarcibile è qui dunque distinto e va ricondotto alla perdita patrimoniale derivante da una specifica vicenda, in cui l’azionista o il terzo si siano trovati coinvolti *uti singuli*: ad es. la sottoscrizione di un aumento di capitale o l’acquisto di azioni a prezzo eccessivo, indotti da un bilancio falso; la stipulazione di un determinato affare con la società, indotta da un errata rappresentazione della situazione finanziaria della società stessa, da parte degli amministratori. In casi del genere, il comportamento doloso o colposo dell’amministratore, che ha causato pregiudizio al singolo socio o al terzo, è di solito, come si vede, la comunicazione di *informazioni false*. Altri fatti produttivi di danno risarcibile possono essere eventuali *azioni discriminatorie* compiute dagli amministratori a danno di un singolo azionista.

Nell’azione individuale di responsabilità, il socio o il terzo che agisce deve dare la **prova** specifica del fatto colposo o doloso dell’amministratore, nonché del *nesso di causalità con il danno direttamente subito*.

### Direttori generali

Il codice considera la figura del **direttore generale** (art. 2396), al fine di estenderle il regime speciale di responsabilità civile dettato per gli amministratori, sempre sul presupposto che egli sia *nominato dall’assemblea* ovvero dall’organo di amministrazione (in quest’ultimo caso in base ad *autorizzaizone statutaria*).

Per essere assoggettati a tale regime non basta però aver attribuito il solo *nomen juris* di “direttore generale”, ma occorre che in concreto ricorrano i connotati tipologici propri della **figura**: secondo i criteri di tipicità sociale, per direttore generale si intende un *funzionario dirigente*, posto in posizione “apicale” nella struttura aziendale, che opera in relazione diretta con l’organo amministrativo, costituendo il tramite fra l’attività deliberativa dell’organo e l’organizzazione degli uffici interni. È una figura non obbligatoria, ma normale nelle imprese di dimensione medio-grande, che possono averne anche più di uno, con mansioni vuoi di “alta gestione”, vuoi più limitate alla gestione esecutiva quotidiana, secondo scelte organizzative proprie della società.

Il direttore generale è *subordinato gerarchicamente agli amministratori*: potrà dunque *legittimamente rifiutarsi* di eseguire una deliberazione dell’organo amministrativo solo quando, da tale esecuzione, possa derivare una responsabilità a suo carico, anzitutto là dove, prestando la propria opera, integrerebbe un illecito civile o penale, giacchè non costituisce scriminante un ordine ricevuto se illegittimo. È poi da ritenere che lo stesso direttore generale abbia il potere-dovere di resistere anche a quei deliberati consiliari la cui esecuzione integrerebbe una semplice *responsabilità verso la società*: egli è invero soggetto all’*intero regime di responsabilità degli amministratori*, presupposti sostanziali inclusi, con il dirtto allora dei soci di vedere ristorati i danni conseguenti alla violazione delle regole di comportamento che quel regime richiama. Per le stesse ragioni, al rifiuto dovrà seguire la formalizzazione del dissenso secondo la ricordata regola dell’art. 2392 comma 3. Il direttore generale non potrà quindi compiere atti estranei all’oggetto sociale e dovrà perseguire l’interesse socale, se del caso informando amministratori e sindaci degli *interessi* di cui sia portatore in una determinata operazione, astenendosi dal compierla.

# Capitolo 20 – Il controllo sulla gestione e contabile

La funzione del controllo interno è propria di ogni organizzazione impreditoriale che mira ad assetti efficienti, e, nel tipo SPA, il legislatore ha cura di assegnare tale funzione sia ad *organi* o uffici interni all’organizzazione della società (dedicati specificatamente al controllo interno e non già alla gestione attiva), sai a soggetti esterni.

Nel modello di amministrazione cd. tradizionale, la funzione di controllo è in linea di principio suddivisa tra un *organo sociale* – *il* ***collegio sindacale*** – e, per i profili contabili, un *soggetto esterno* – il ***revisore legale dei conti***.

Nelle società per azioni, il controllo apicale è dunque affidato al collegio sindacale, il quale, a norma dell’art. 2403, anzitutto “vigila sull’*osservanza della legge e dello statuto*”.

Il **controllo di legalità** non è tuttavia meramente formale, sulle deliberazioni assunte dall’assemblea, dal consiglio di amministrazione e dall’eventuale comitato esecutivo, ma ***sostanziale***, dovendo il collegio vigilare anche “sul rispetto dei *principi di corretta amministrazione*”. E il controllo sostanziale sulla corretta gestione comprende la vigilanza sull’”*adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile* adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento” (art. 2403 comma 1), e, alla luce dell’art. 2086, di un assetto adeguato “anche in funzione della *rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa* e ella predita della continuità aziendale”.

Si tratta di un controllo non meramente *censorio* su atti, ma di una ***vigilanza*** complessiva ***sull’attività***, che si estende sino alla valutazione dell’adeguatezza vuoi tecnico-produttiva, vuoi finanziaria, vuoi del personale, e che può implicare la creazione di idonei uffici di controllo interno.

Il controllo non riguarda, infatti, soltanto l’attività degli amministratori, ma tutta l’attività sociale, e dunque ragioni di adeguatezza organizzativa possono richiedere l’istituzione di *sistemi formalizzati di controlli interni* su cui il collegio sindacale è poi chiamato a vigilare, anche in relazione alla verifica della corretta attuazione di eventuali regolamenti interni.

Il controllo non è di merito come quello degli amministratori sugli amministratori delegati. Rispetto ad esempio ad esempio su una decisione basatasi sulla convenienza di un’opportunità, i sindaci devono soltanto rilevare se la scelta gestionale concreti una violazione delle regole di comportamento degli amministratori, in quanto manifestatamente irragionevole, ovvero non supportata da adeguatezza organizzativa o finanziaria.

La funzione di controllo dei sindaci deve essere ***continuativa***, e potrà esere a campione, ove ciò sia imposto da criteri di razionalità aziendale; ed essendo controllo sull’attività, non necessita della verifica di ogni singolo atto: l’organo di controllo deve selezionare gli atti che richiedono particolare attenzione nell’ambito di un’attività di vigilanza sulla gestione, anche in considerazione delle caratterisitche strutturali della società.

Al collegio sindacale è in definitiva assegnata una **posizione di alta sorveglianza** rispetto al complessivo sistema societario dei controlli interni, la cui cura è di volta in volta demandata, ora al revisore legale esterno, ora allo stesso organo di amministrazione.

Si è già visto, infatti, come funzioni di controllo, sul piano delle articolazioni interne dell’organizzazione societaria, siano dalla legge attribuite anche dell’organo gestorio (ad es. all’obbligo di curare assetti amministrativi adeguati).

Al collegio sindacale di **società quotata** è espressamente intestato il potere di vigilanza sia sull’*adeguatezza* organizzativa dei cd. sistemi di controllo interno, da predisporre da parte dell’organo gestorio, sia sull’attvità di revisione legale dei conti, affidata al revisore esterno.

Ai sindaci non spettano però funzioni di **controllo interno** – vale a dire sulla *regolare tenuta della contabilità sociale* e la *corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione* – che l’ordinamento demanda a soggetti professionali esterni – ***i revisori legali dei conti*** – pur restando in capo al collegio sindcale compiti di supervisione sulla regolarità della funzione contabile.

Tuttavia, soltanto nelle SPA “*chiuse”* (ossia quelle le cui azioni non sono quotate né diffuse tra il pubbblico in modo rilevante), che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato (che non siano, quindi, al vertice di un gruppo), e che non controllino comunque società “non chiuse” o che non siano da queste ultime controllate gli statuti *possono* operare una diversa scelta, assegnando al collegio sindacale anche la funzione di controllo contabile; e in tal caso i sindaci dovranno tutti possedere la qualifica di revisiori legali di conti.

La *ratio* della separatezza tra vigilanza generale di legalità sulla attività sociale e controllo contabile poggia sull’esigenza di affidare la funzione di controllo contabile in capo a soggetti specializzati, sì da lasciare all’organo di controllo generale compiti più sostanzialistici. Esigenza di un più elevato bisogno di professionalità tecnico-contabile che deriva pura dall’applicazione dei principi contabili internazionale (cd. IAS) in sede di redazione del bilancio annuale, che implicano la ricerca del valore effettivo delle poste di bilancio, con un tendenziale superamento dei criteri formali e prudenziali della disciplina tradizionale.

Oltre all’attività di controllo, il collegio sindacale ha compiti di ***informazione dell’assemblea*** e ***consultivi obbligatori***, anzitutto con riguardo alla relazione che, in occasione della approvazione del bilancio di esercizio, deve essere depositata ai sensi dell’art. 2429.

Tale relazione è centrale per l’informazione dei soci, dovendo il collegio sindacale in essa riferire:

1. Sull’attività svolta nell’adempimento dei propri doveri
2. Sulla valutazione dei risultati dell’esercizio sociale
3. Su osservazioni e proposte in ordine al bilancio e sulla approvazione

Il collegio sindacale non dà un giudizio tecnico-professionale sul bilancio dal momento che questo giudizio è riservato al revisore legale esterno.

Gli altri poteri del collegio sindacale sono tipizzati dalla legge. Rimangono eccezionali i poteri di ***amministrazione attiva*** (art.2386 comma 5), ***approvazione di atti*** (in caso di cooptazione: art. 2386 comma 5), ***pareri obbligatori*** (ad es in materia di remunerazione degli amministratori che rivestano particolari cariche ex art. 2389 comma 3); non sembra però precluso ai sindaci di esprimere *pareri facoltativi* se si ha riguardo all’esigenza si una leale cooperazione fra organi societari, oltre che ad un’istanza generale di efficienza dell’organizzazione.

Sono, poi, di particolare rilievo i **poteri reattivi** di cui dispongono i sindaci, che così possono far fronte alle irregolarità degli amministratori, tra cui il potere di convocare con urgenza l’assemblea (art. 2406), quello di presentare la denuncia al tribunale ex art. 2409, e quello di promuovere contro gli amministratori l’azione sociale di responsabilità (art. 2393).

## I Sindaci

### Nomina e requisiti. Cause di cessazione dalla carica

L’organo di controllo ha **composizione numerica rigida,** potendo lo statuto scegliere soltanto fra due alternative: 3 o 5 membri *effettivi.* Devono comunque essere nominati 2 *supplenti*. Solo nelle società quotate, fatto salvo il numero minimo, è consentita una deroga verso l’alto (art. 148 TUF).

I sindaci devono godere di determinati **requisiti di professionalità** fissati dall’art. 2397, cpv.: almeno uno di essi deve essere *revisore legale dei conti*, mentre gli altri occorre siano iscritti in appositi albi professionali individuati da regolamento (avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro), ovvero scelti fra professori universitari in materie economiche o giuridiche.

Tali requisiti sono a pena di *nullità della nomina* o di successiva decadenza *ope legis* in caso di perdita sopravvenuta (art 2399 ult. Co.).

Soltanto nelle società che abbiano potuto scegliere e abbiano scelto di attribuire per statuto le funzioni di controllo contabile al collegio sindacale, l’organo deve essere composto *esclusivamente di revisori legali dei conti.*

Nelle società quotate l’art. 148 comma 4 TUF dispone poi regole speciali in materia di professionalità e onorabilità dei sindaci.

La **nomina** del collegio sindacale è di *competenza inderogabile dell’assemblea ordinaria*: l’omissione della nomina comporterà lo scioglimento della società per impossibilità di regolare funzionamento dell’assemblea della società.

Le **cause di cessazione del rapporto,** oltre al decesso, attengono alle seguenti ragioni:

1. Scadenza del termine
2. Decadenza
3. Rinuncia
4. Revoca per giusta causa
5. Quanto al **termine,** inderogabile dagli statuti, i sindaci stanno in carica per tre esercizi e scadono alla data dell’assemblea convocata per l’approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica. La scadenza è simultanea per l’intero collegio, anche là dove uno o più dei suoi componenti sia stato sostituito in corso di mandato. Fino alla nomina del nuovo collegio, i precedenti sindaci rimangono in carica in regime di *prorogatio* sena limitazioni di poteri (art. 2400 comma 1).
6. Le cause di **decadenza** si suddividono a seconda che attengano alla sopravvenuta perdita di un requisito di eleggibilità, ovvero all’inadempimento di un dovere dei sindaci, appunto sanzionato con la decadenza.

Le cause del primo tipo riguardano situazioni in cui il sindaco perde, dopo la nomina, i necessari requisiti di professionalità o indipendenza richiestagli. In particolare è previsto per le soicetà quotate che la Consob dichiara la decadenza dei sindaci che abbiano superato il limite di cumulo degli incarichi di controllo, ma anche di amministrazione in altre società, fissato dalla stessa Consob con regolamento (art. 144 Regolamento emittenti).

Le cause di decadenza del secondo tipo, di natura sanzionatoria, scattano in caso di assenza ingiustificata, nell’arco di un stesso esercizio sociale, vuoi a due riunioni del collegio sindacale, vuoi alle assemblee, ovvero a due adunanze consecutive del cda o del comitato esecutivo, se presente.

1. La **rinuncia** è sempre ammissibile in ogni tempo, senza che la società possa avanzare pretese risarcitorie verso il sindaco dimissionario: per integrarsi è sufficiente che sia comunicata al presidente del collegio sindacale, il quale avrà poi cura di metterne a parte il sindaco supplente, che subentrerà automaticamente.

Per tutti i casi sopra esaminati, quando venga meno un componente del collegio sindacale, a salvaguardia dell’integrità della composizione dell’organo e della sua continuità di funzionamento, è previsto il sistema della **supplenza,** non già quello della cooptazione, che rimane proprio, come si è visto, degli amministratori (art. 2386). È sempre ferma la regola per la quale, nella prima assemblea possibile, deve provvedersi alla ricomposizione dell’organo collegiale, con la nomina di sindai effettivi e supplenti necessari per l’integrazione del collegio.

### Indipendenza e inamovibilità dei sindaci

L’*effettività della funzione* di controllo, nel sistema tradizionale è affidata a due caratteristiche rigorose che sono proprie dell’organo sindacale: l’***indipendenza e l’inamovibilità*** dei componenti.

L’indipendenza è un principio che trova ricadue, sia sul piano dei *requisiti di eleggibilità* alla carica, sia sul piano dell’eventuale *rimozione dalla carica* stessa.

Sono **cause legali di ineleggibilità** e decadenza, non derogabili dagli statuti:

1. Anzitutto, quelle previste per gli amministratori (incapacità legale, fallimento, pene accessorie)
2. Il coniugio, la parentela o l’affinità entro il quarto grado con amministratori della società o di altre società del gruppo
3. I rapporti di lavoro (subordinato o autonomo) di carattere continuativo con la società o con altre società del gruppo
4. Gli “altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l’indipendenza”: vengono qui in rilievo rapporti di carattere non continuativo, idonei a compromettere l’indipendenza del sindaco.

Altra regola di salvaguardia dell’indipendenza del sindaco è quella sulla **invariabilità dei compensi**: essi devono essere fissati contestualmente alla nomina da parte dell’assemblea, in misura equa nel *quantum*, e a scadenza periodica annuale, senza che possano essere modificati nel corso del mandato (art. 2402), proprio per evitare incentivi alla collusione. E il diritto al compenso si ritiene irrinunciabile.

Parimenti a salvaguardia dell’indipendenza del sindaco, è la regol indisponibile che vuole il sindaco soggetto a **revoca** soltanto ***per giusta causa*** con deliberazione dell’assemblea ordinaria, la quale, per avere efficacia, deve poi essere ***approvata con decreto del tribunale.***

### Il collegio sindacale: funzionamento e poteri

L’organo sindacale è pienamente **collegiale**. Le proprie deliberazioni contemplano dunque le fasi basilari di un collegio (convocazione con indicazione dell’o.d.g., riunione, discussione, votazione, proclamazione, verbalizzazione). Deve riunirsi almeno ogni 90gg, salvo che la diligenza professionale imponga riunioni più ravvicinate.

Non si tratta di un collegio cd. perfetto (che funzionerebbe solo con la presenza di tutti i suoi compoennti): il collegio sindacale è infatti regolarmente costituito con la maggioranza dei sindaci (*quorum costitutivi*) e delibera a maggioranza assoluta dei presenti (*quorum deliberativo*).

Nell’esercizio delle proprie funzioni, l’attività dei sindaci si articola fondamentalmente in tre fasi: *istruttoria, valutativa* e *reattiva*.

In ciascuna di queste fasi, i poteri dell’organo sono ora *individuali*, attribuiti quindi disgiuntamente a ciascun sindaco, ora *collegiali*, e dunque esercitabili soltanto in forma collegiale (e senza possibilità di deleghe interne). Tutti questi poteri sono da intendere come *poteri-doveri*, il cui mancato esercizio dà luogo a responsabilità dei sindaci: infatti essi (come pure gli amministratori) non sono invesititi di poteri nell’interesse proprio, ma di una funzione da assolvere nell’interesse della società.

Così, nella **fase** cd. **istruttoria** i sindaci godono di ***poteri ispettivi individuali*** laddove ***la richiesta di informazioni*** agli amministratori è di competenza del collegio; nelle società quotate i sindaci hanno anche poteri di informazione individuale. Gli amministratori sono tenuti a fornire le informazioni richieste, a pena di integrazione anche del reato di “impedito controllo” (art. 2625).

La **fase valutativa** deve essere esercitata collegialmente. Al *sindaco dissenziente* rimane la possibilità di far uso di strumenti residuali di reazione, che rimangono nella sua disponibilità individuale.

La **fase reattiva** può concretarsi in diverse iniziative, secondo una graduazione di situazioni.

Per quanto riguarda i poteri da esercitarsi collegialmente, i sindaci possono e devono anzitutto direttamente ***convocare l’assemblea*** in caso di *omissione o ingiustificato ritardo degli amministratori* nella convocazione obbligatoria dell’assemblea.

Il collegio sindacale – dandone previo avviso al presidente del cda – convocherà pure l’assemblea per l’adozione di provvedimenti urgenti, in caso di “fatti censurabili di rilevante gravità” commessi dagli amministratori o rilevati all’interno di uffici della società in violazione dei rispettivi doveri, purchè tali fatti non attengano al merito delle scelte di gestione (sottratto, come detto, al potere di controllo dei sindaci).

Ed è da ritenere che la convocazione dell’assemblea, senza la previa comunicazione al presidente del c.d.a., comporti l’invalidità del procedimento deliberativo.

In caso di “*gravi irregolarità nella gestione”* i sindaci potranno poi presentare **denuncia al Tribunale** per il procedimento ex art. 2409, e nelle quotate alla Consob.

Il collegio sindacale è anche legittimato ad ***impugnare le deliberazioni assembleari*** (art. 2377 comma 2) ***o consiliari*** illegittime (art. 2388 comma 4), là dove ritenga nell’interesse sociale che tali deliberazioni siano da eliminare. Ha, infine, il potere-dovere di promuovere l’***esercizio dell’azione sociale di responsabilità*** nei confronti degli amministratori, con la maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 2393 comma 1).

L’intervento dei sindaci può essere poi sollecitato dagli azionisti, tramite apposita **denuncia**.

Ad ogni socio è dato di compulsare il collegio sindacale ad indagare su fatti censurabili, che il collegio invero avrebbe dovuto già rilevare nell’esercizio delle funzioni di controllo (cd. ***denuncia semplice***). In tal caso, il collegio stesso dovrà tener conto di tale denuncia nella relazione annuale all’assemblea (art. 2408 comma 1).

Se la ***denunzia*** proviene però da una *minoranza* ***qualificata*** (1/20 del capitale sociale, o 1/50 nelle quotate), il collegio sindacale, dopo aver indagato senza ritardo, dovrà riferirne alla prossima assemblea utile.

In ogni caso, e a prescindere che la denunzia sia semplice o qualificata, i sindaci dovranno sollecitamente convocare l’assemblea là dove, a seguito della relativa indagine, ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgenza di provvedere.

### La responsabilità dei sindaci

I sindaci devono adempiere ai propri doveri con lo *standard* poprio della **diligenza professionale**, che implica un certo grado di perizia. Un punto di riferimento, sia pure presuntivo, dello standard di comportamento da loro dovuto si ritrova nei *principi di comportamento* redatti dal consiglio nazionale dei dottori commericalisti. Anche se il criterio della diligenza è comunque dirimente nel determinare l’area del comportamento dovuto.

I sindaci sono, anzitutto, ***solidamente responsabili con gli amministratori*** colpevoli di *mala gestio*, se il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità dei propri doveri (art. 2407 comma 2).

All’azione di responsabilità nei confronti dei sindaci si applica, in quanto compatibile, la disciplina sull’azione contro gli amministratori (art. 2407 comma 3).

Si tratta – va osservato – di una *responsabilità per fatto proprio*, di tal che il sindaco non risponde automaticamente in caso di accertata responsabilità degli amministratori, ma soltanto là dove gli si possa imputare la violazione degli obblighi di vigilanza propri della carica. E sempre che si dia prova del ***nesso di causalità*** fra il comportamento, commissiovo od omissivo, del sindaco, in violazione dei suoi doveri, e la produzione dell’evento dannoso a seguito del comportamento di *mala gestio* degli amministratori.

## La revisione legale dei conti

### La funzione di controllo contabile e il giudizio sul bilancio

Secondo un percorso evolutivo dell’ordinamento, dapprima sperimentato nelle sole società quotate e poi esteso a tutte le spa, la funzione di controllo contabile, un tempo prerogativa del collegio sindacale, è stata sottratta a quest’ultimo e fondamentalmente attribuita a un revisore esterno.

La materia trova da ultimo la porpria regolamentazione nel d.lgs. 39/2010, in attuazione della dir. 2006/43/CE, quale testo unico delle norme sulla revisione legale dei conti delle società azionarie, prima sparse tra TUF e codice civile. Il decreto, in particolare, istituisce un *registro dei revisori legali* in cui sono iscritti, sotto vigilanza del ministero dell’economia, i soggetti (revisori legali e società di revisione legale) ***abilitati alla revisione legale dei conti***.

La **funzione di controllo contabile**, esercitata dal revisore, ha come contenuto tipico, anzitutto, il compito di verificare “la *regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione*”. Oggetto ultimo della revisione sono, quindi, gli eventi di gestioe, e la relativa contabilizzazione.

Dei risultati di tali controlli occorre, poi, che siano messi a parte i soggetti interessati con apposita relazione. All’uopo, ulteriore compito del revisore è il *giudizio sul bilancio di esercizio* e, ove presente, sul bilancio consolidato. Naturalemtne, il revisore non deve “garantire” che il bilancio sia vero, avendo piuttosto l’obbligo di “ricercare” il vero, ovvero l’esistenza di possibili frodi contabili, secondo metodi, anche a campione, dotati di razionalità aziendale.

Il revisore deve quinid formulare un **giudizio sul bilancio,** che presenta una tipologia quadripartita a seconda dell’esito: positivo, positivo con rilievi, negativo o con impossibilità di emettere un giudizio.

Se il giudizio è ***positivo***, il revisore attesta non solola conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano la redazione, ma anche se il bilanci rappresenta in modo veritiero e corretto, sia la situazione patrimoniale e finanziaria della società, sia il risultato economico dell’esercizio.

Il controllo contabile deve esercitarsi “nel corso dell’esercizio” e dunque ***continuità***, e non solo a ridosso del giudizio da esprimersi sul bilancio.

Al fine di ottimizzare i controlli, sia il revisore sia il collegio sindacale hanno obblighi di *tempestiva, reciproca informazione* in ordine ad informazioni rilevanti per lo svolgimento delle relative funzioni. Di tal che il revisore dovrà segnalare al collegio sindacale eventuali fatti censurabili, stante la già ricordata intestazione di compiti di supervisione sui sistemi di controllo interno, e dunque anche sulla regolarità contabile, in capo al collegio sindacale, quale organo di vertice dei controlli.

### Disciplina e responsabilità del revisore

La vigente disciplina sulla revisione legale dei conti mira a rimuovere le principali criticità alla creazione di un mercato efficiente dei revisori, puntando su regole che dovrebbero accentuarne l’*indipendenza.*

Così, in punto di **nomina del revisore**, si tenta di non lasciare al gruppo di maggioranza completa autonomai sulla scelta: la nomina da parte dell’assemblea è *su* ***proposta*** *motivata dell’organo di controllo*; di tal che l’assemblea rimarrà libera di non nominare il soggetto designato dall’organo di controllo, ma di non procedere alla nomina di un revisore diverso da quello proposto (art. 13 d. lgs. 39/2010).

In punto di **durata** dell’incarico, la regola di base fissa 3 esercizi.

Anche sotto il profilo del **corrispettivo**, quale profilo sensibile per l’indipendenza del revisore, sono fissate regole imperative: il corrispettivo deve essere adeguato all’incarico, va previsto in sede di nomina, *non è variabile*, salvo che siano previamente indicati criteri per l’adeguamento del corrispettivo durante l’incarico. Fermo sempre il divieto per il revisore, come per ogni soggetto allo stesso legato, di sollecitare o accettare regali o favori di qualsivoglia natura dalla società revisionata o da ente ad essa legata.

La **revoca** del revisore può essere deliberata dall’assemblea solo ***per giusta causa***, ma è soggetta comunque a *parere* *dell’organo di controllo*.

Il revisore ovviamente deve essere **indipendente**.

Per espletare le funzioni di controllo contabile, il revisore esterno gode di **poteri informativi**, avendo il diritto ad ottenere dagli amministratori *documenti e notizie utili* all’attività di revisione legale, ma anche **ispettivi**, potendo procedere ad accertamenti, controlli ed esame di atti e documentazione.

La **responsabilità** del revisore è ***solidale con gli amministratori*** verso la società, i soci e i terzi per i danni cagionati in violazione dei propri doveri, secondo criteri di *diligenza professionale*. Tali criteri devono uniformarsi agli standard per come fissati da principi di revisione elaborati da associazioni e ordini professionali e dalla Consob e adottati dal Ministero dell’economia, almeno fino all’adozione da parte della Commissione europea dei principi di revisione internazionali. Nel caso in cui revisore legale sia una società di revisione, responsabili in solido sono pure il *responsabile della revisione* (ossia la persona che sottoscrive il giudizio sul bilancio) e i *dipendenti* che hanno collaborato all’attività di revisione.

### Organismo di vigilanza

In base alla disciplina sulla cd. ***responsabilità amministrativa degli enti collettivi privati***, anche le società per azioni sono onerate, da un lato, a predisporre ed attuare un modello organizzativo idoneo a prevenire il compimento di reati e segnatamente anche dei reati societari; e dall’altro ad istituire un **organismo di vigilanza** (OdV) col compito di verificare il corretto funzionamento e l’osservanza di quel modello organizzativo, e di curarne l’aggiornamento. La società che non abbia allora adottato ed efficaciemente attuato un idoneo modello, o che non abbia configurato una funzione OdV, sarò senz’altro soggetta alle sanzioni previste dalla legge a suo carico in caso di compimento di reati da parte dei propri soggetti cd. apicali, ossia di preposti alle funzioni amministrative e di controllo sulla società stessa, o da parte di dipendenti.

È pertanto indubbio che la mancata adozione e adeguata istituzione dell’OdV esporranno gli amministratori (ed eventualmente i componenti degli organi di controllo, per omessa vigilanza) a responsabilità verso la società, ma anche verso i creditori sociali, per violazione di un obbligo specifico di diligenza, in ragione del pregiudizio legato all’applicazione alla società delle sanzioni amministrative da reato che ne dovessero derivare.

La **nomina e la revoca** per competenza dovrebbe rimanere ferma in capo all’organo amministrativo, salvo diversa determinazione statutaria, che potrebbe anche limitare e/o escludere la delega amministrativa in materia in favore della competenza del consiglio di amministrazione come *plenum*.

# Capitolo 21 – i sistemi alternativi di amministrazione e controllo: il sistema dualistico e il sistema monistico

Il **sistema dualistico** prevede la presenza di un ***consiglio di gestione***, le cui caratteristiche e copetenze sono assimilabili a quelle del consiglio di amministrazione, e di un ***consiglio di sorveglianza***, che assomma le principali competene del collegio sindacale alle prinpali competenze tradizionalmente attribuite all’assemblea ordinaria, con la conseguenza di creare un organo intermedio fra l’assemblea dei soci e l’organo di amministrazione, che diviene il vero e proprio fulcro dell’organizzazione societaria.

Il **sistema monistico**, di derivazione anglosassone, si caratterizza invece per la presenza, all’interno dell’***organo amministrativo***, di un ***comitato di controllo per la gestione***, composto da *amministratori indipendenti,* al quale sono affidate le principali funzioni assegnate nel sistema ordinario al collegio sindacale.

Tratto comune dei due sistemi è quello per cui la re*visione legale dei conti* è affidata, senza eccezioni, al ***revisore esterno***, non potendo essere assegnata, neanche con espressa previsione statutaria, all’organo di controllo interno.

L’applicazione dei sistemi alternativi richiede una **apposita scelta statutaria** in sede di costituzione della società o di successiva modifica.

In via generale, l’art. 223-septies prevede l’applicazione ai consiglieri di sorveglianza e ai componenti del comitato per il controllo della gestione, se non diversamente disposto, delle **norme** del codice civile **in materia di sindaci**.

## Il sistema dualistico

### Il consiglio di sorveglianza: composizione

Il sistema dualistico è caratterizzato da una *maggiore separazione fra proprietà e gestione*, rispetto al sistema tradizionale: l’assemblea dei soci non provvede alla nomina degli amministratori, ma alla nomina di un organo intermedio, e cioè il **consiglio di sorveglianza**, al quale è affidato non solo il ***controllo di legalità*** sulla gestione, tipico del collegio sindacale, ma anche una ***funzione generale di indirizzo*** insita nel sistema, che trova il suo fondamento nel potere di deliberare la nomina e la determinazione del compenso degli amministratori, la loro eventuale revoca anticipata e l’approvazione annuale del bilancio.

Rispetto al sistema tradizionale, si determina pertanto un accentramento di potere decisionale in mano al gruppo di controllo, atteso che, in mancanza di clausole contrarie, nelle società (non quotate) il consiglio di sorveglianza è espressione della sola maggioranza, con la conseguenza che la minoranza perde la possibilità di interloquire rispetto a decisioni di fondamentale importanza.

In cambio, il sistema dualistico dovrebbe teoricamente assicurare una maggiore efficacia dei controlli sulla gestione, grazie proprio all’accentramento presso un unico organo delle funzioni di controllo di legalità e di merito. Tale aspirazioine, però, non è perseguita in modo coerente dal legislatore italiano, il quale, come si vedrà, ha indebolito significativamente – nelle società non quotate – i requisiti di professionalità e indipendenza dei consiglieri di sorveglianza, rispetto a quelli previsti per il collegio sindacale.

Il ruolo del consiglio di sorveglianza può essere d’altra parte accentuato in modo significativo dallo statuto, esercitando l’opzione prevista dall’art. 2409-*tredecies*, comma 1 lett. *F-bis*, che consente di assegnare a tale organo vere e proprie funzioni di ***alta amministrazione***, tramite l’attribuzione del potere deliberativo “in ordine alle *operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari* della società, predisposti dal consiglio di gestione”. In tal caso, il ruolo di indirizzo programmatico, insito nel sistema, che può tuttavia esprimersi nel modello legale solamente tramite meri pareri e raccomandazioni, viene espressamente formalizzato, mediante l’attribuzione di precise riserve di competenze, che rafforzano decisamente il ruolo dell’organo “intermedio” nell’architettura del modello.

Il consiglio di sorveglianza è un **organo necessariamente collegiale**, composto almeno da tre soggetti (o dal maggior numero di soggetti indicato nello statuto, non operando il limite massimo dei cinque membri previsto per il collegio sindacale dall’art. 2397), che possono essere *soci o non soci* (art. 2409-*duodecies*). Alla **nomina** dei primi componenti provvede l’atto costitutivo, mentre i successivi sono nominati dall’assemblea ordinaria.

Nelle **società quotate** trovano applicazione norme simili a quelle previste per il collegio sindacale, e pertanto è *obbligatoria la nomina di un componente da parte della minoranza,* mediante il sistema del voto per lista.

A differenza che per il collegio sindacale, però, tale componente non deve necessariamente assumere il ruolo di presidente; il che si spiega con i poteri ben maggiori che il consiglio di sorveglianza dispone, rispetto al collegio sindacale: si è ritenuto correttamente, pertanto, che il consiglio di sorveglianza, quale organo intermedio ed espressione della compagine sociale, non potesse essere presieduto dal soggetto nominato dalla minoranza.

I **requisiti di professionalità** nelle società non quotate sono inferiori rispetto a quelli previsti per il collegio sindacale, essendo previsto che essi debbano ricorrere per uno solo dei componenti (e non necessariamente per il presidente), il quale deve necessariamente essere iscritto nel registro dei revisori legali. In tal modo, il legislatore ha inteso consentire evidentemente l’utilizzo del sistema dualistico anche in società di medie dimensioni, nelle quali il consiglio di sorveglianza potrebbe essere costituito quale “miniassemblea”, composta dai soci più forti della società, o comunque da loro rappresentanti di fiducia.

Con riferimento ai requisiti di **onorabilità**, trovano invece applicazione tutte le cause di **decadenza**, di cui all’art. 2382 (richiamato anche per il collegio sindacale dall’art. 2399 comma 1 lettera a), e cioè: l’interdizione, l’inabilitazione, il fallimento e la condanna a pene che importino l’interdizione da pubblici uffici o l’incapacità di esercitare uffici direttivi.

Meno stringenti sono, però, i **requisiti di indipendenza**. Infatti, nelle società non quotate è vietato solamente: il cumolo (ma non la parentela) con la carica di consigliere della gestione della società (ma non quelle di controllanti o controllate); la sussistenza – con la società, con le controllate e con quelle sottoposte a comune controllo – di rapporti di lavoro o di rapporti continuativi di consulenza e prestazione d’opera, che ne compromettano l’indipendenza.

I consiglieri di sorveglianza hanno diritto ad un **compenso**, la cui determinazione spetta all’assemblea ordinaria.

Con riferimento alle cause di **cessazione**, identica è anche la disciplina della durata, pari a tre esercizi, con scadenza alla data di convocazione dell’assemblea per l’approvazioone del relativo bilancio, ed efficacia della cessazione al momento in cui l’organo viene ricostituito. Diversa, invece, è la disciplina della **revoca**, che assicura minore indipendenza, dato che i consiglieri di sorveglianza sono liberamente revocabili, anche in assenza di giusta causa, salvo il diritto di risarcimento del danno, a condizione che la delibera sia approvata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale.

In caso di cessazione di singoli consiglieri non è previsto né il ricorso a supplenti (come per i sindaci), né la cooptazione (come per i consiglieri di amministrazione); ragion per cui alla sostituzione dovrà provvedere l’assemble ordinaria senza indugio.

### Le funzioni del consiglio di sorveglianza. Il ruolo dell’assemblea

Le funzioni del consiglio di sorveglianza nel modello legale possono essere suddivise in ***funzioni di controllo*** in senso stretto, analoghe a quelle spettanti al collegio sindacale, e ***funzioni di indirizzo*** (in senso lato) della gestione, che derivano dell’assegnazione a tale organo di alcune competenze spettanti nel modello tradizionale all’assemblea ordinaria dei soci.

Quanto alle prime, l’art. 2409-*terdecies* comma 1 lettera c), richiama integralmente i **doveri del collegio sindacale:** controllo sul rispetto della legge e dello statuto; controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione; controllo sulla adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Meno incisivi, però, soprattutto nelle società non quotate, sono i **poteri** assegnati dall’ordinamento per l’esercizio delle funzioni tipiche. Innanzitutto, l’***assistenza alle sedute*** dell’organo amministrativo e dell’assemblea è prevista, ma è facoltativa, nel senso per lo meno ce non è prevista la decadenza in caso di assenza ingiustificata, ferma restando – sul piano dei principi – la doverosità della partecipazione alle sedute degli organi collegiali, al fine di esercitare correttamente la funzione di controllo.

Nelle società quotate è inoltre prevista la partecipazione necessaria di almeno un consigliere di sorveglianza alle sedute del consiglio di gestione.

Quanto ai ***poteri di ispezione***, la disciplina codicistica prevede il rinvio all’art. 2403 comma 2 e 3, con esclusione del comma 1. Ne consegue che il consiglio di sorveglianza può chiedere notizie sulla gestione agli amministratori e scambiare informazioni con gli organi corrispondenti delle società controllate. Non si applica, invece, il potrere individuale di ispezione el singolo componente, al quale è pertanto precluso di procedere ad atti individuali di controllo. Eventuali operazioni di ispezione documentale dovranno pertanto essere deliberate dal collegio, il quale potrà poi delegare singoli componenti ad effettuare gli accessi materiali presso la società (il mancato richiamo dell’art. 2403 comma 4, comporta infatti che i consiglieri di sorveglianza non si possono avvalere di propri dipendenti).

Nelle **società quotate** i poteri individuali sono in parte rafforzati. Infatti, pur limitandosi espressamente il potere di ispezione ad un’apposita deliberazione del consiglio, il quale può poi delegare un singolo componente (diversamente da quanto vale per il collegio sindacale: art. 151 comma 1 TUF), il potere di richiedere informazioni spetta al singolo consigliere di sorveglianza. È inoltre previsto il potere individuale di chiedere la convocazione senza ritardo del consiglio di sorveglianza. Si applica, infine, anche al sistema dualistico, l’obbliog di appostia relazione trimestrale sull’attività e sulle operazioni di maggior rilievo da parte dell’organo di amministrazione, previsto dall’art. 150 TUF.

Con riferimento ai ***poteri di convocazione*** degli altri organi sociali, si applicano al consiglio di sorveglianza gli artt. 2406 (convocazione dell’assemblea in caso di omissione degli aministratori o di fatti censurabili) e 2408 (convocazione a seguito di denunzia da parte dei soci). Nel caso di gravi irregolarità, il consiglio è inoltre ***legittimato alla denunzia*** ai sensi dell’art. 2409.

Nelle società quotate, l’art 151-bis comma 3 TUF prevede inoltre – analogamente a quanto dispone l’art. 151 comma 2 per il collegio sindacale – il potere anche individuale dl singolo consigliere di sorveglianza di convocare il consiglio di gestione, previa comunicazione al presidente; nonché il potere del consiglio di sorveglianza, collegialmente (o quanto meno su atto deliberato da almeno due membri), di convocare l’assemblea dei soci, anche al di fuori dei casi previsiti dal codice civile. In ogni caso, il consiglio riferisce per iscritto all’assemblea sull’attività di vigilanza svolta, sulle eventuali omissioni e fatti censurabili, alemno una volta l’anno.

La seconda area di funzioni assegnata al consiglio di sorveglianza, attiene invece alle competenze tradizionalmente rimesse nel sistema tradizionale all’assemblea ordinaria, ed attinenti alla **funzione di indirizzo** (cd. **controllo di merito**). Il consiglio di sorveglianza, infatti:

1. Nomina e revoca i componenti del consiglio di sorveglianza
2. Ne determina il compenso
3. Approva il bilancio di esercizio e, ove redatto anche il bilancio consolidato (che nel sistema tradizionale è competenza del c.d.a.)
4. Autorizza l’esercizio dell’azione di responsabilità contro i consiglieir di gestione

I poteri del consiglio di sorveglianza possono essere accresciuti dallo statuto, prevedendo, come si è detto, la competenza a deliberare in ordine alle ***operazioni strategiche*** ed ai ***piani industriali e finanziari***, predisposti dal consiglio di gestione. In tal modo, il consiglio di sorveglianza viene ad assumere un ruolo formale di preminenza nella gestione sociale, potendosi riservare ad esso le decisioni in merito alla cd alta amministrazione dell’impresa.

Per converso, il ruolo dell’**assemblea ordinaria** – fermo invece quello dell’assemblea straordinaria – viene significativamente compresso rispetto al sistema tradizionale (art. 2364-bis). Infatti, è tassativamente esclusa ogni competenza deliberativa in materia di nomina e revoca dei consiglieri di gestione; la determinazione del relativo compenso spetta solo se prevista dallo statuto (altrimenti spetta al consiglio di sorveglianza); l’approvazione del bilancio spetta, se prevista dallo statuto, e nei seguenti casi: mancata approvazione del progetto di bilancio da parte del consiglio di sorveglianza, apposita richiesta formulata da parte di un terzo dei componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza. L’assemblea ordinaria mantiene, invece, la competenza – concorrente con il consiglio di sorveglianza – in ordine all’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, nonché, in via esclusiva, la competenza in materia di distribuzione degli utili e di nomina del revisore. Ad esse, rispetto al sistema tradizionale, si aggiunge naturalmente la nomina dei consiglieri di sorveglianza e la determinazione del relativo compenso.

### Le modalità di funzionamento del consiglio di sorveglianza

Il codice detta poi alcune **regole organizzative** per il funzionamento del consiglio di sorveglianza. Il *presidente* del consiglio di sorveglianza è *necessariamente eletto dall’assemblea*, e non può pertanto essere nominato dal consiglio stesso. I poteri del presidente sono determinati dallo statuto, ma ad esso vanno in ogni caso attribuiti i tradizionali poteri di convocazione e coordinamento dell’organo collegiale.

Il consiglio deve riunirsi con *cadenza trimestrale*, come il collegio sindacale, e pertanto almeno ogni 90gg. Per la validità della seduta è necessaria la *presenza della maggioranza dei componenti*, e le deliberazioni sono assunte a *maggioranza assoluta dei presenti*. La mancata partecipazione non costituisce causa di decadenza automatica, come per i sindaci, ma potrenne costituire giusta causa di revoca dall’incarico da parte dell’assemblea.

L’unica sanzaione ammessa in via generale è l’***annullabilità***, e le delibere possono essere impugnate:

1. Dai consiglieri di sorveglianza assenti o dissenzienti
2. Dai singoli soci, nel solo caso in cui la deliberazione riuslti lesiva di un loro diritto soggettivo
3. Verosimilmente, anche dal consiglio di gestione, in applicazione analogica dell’art. 2377 comma 2.

Il regime della **responsabilità** si presenta sulla falsariga di quello previsto per il collegio sindacale.

Come per i sindaci, è prevista la ***responsabilità per omessa vigilanza*** nei confronti del consiglio di gestione, per i fatti e le omissioni di questi ultimi, quando il danno non si sarebbe prodotto se i consiglieri di sorveglianza avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Assai scarna è però la disiciplina dell’**azione di responsabilità**, che non è regolata dall’art. 2409-tredecies.

L’unica disposizione normativa, infatti, è quella contenuta nell’art. 2364-bis, che contempla la deliberazione “sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza” fra le competenze dell’assemblea. In assenza di altre disposizioni che regolino la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza verso i **creditori** o i **singoli soci ed i terzi**, può ritenersi comunque applicabile la disciplinna prevista per gli amministratori del sistema tradizionale, dagli artt. 2394 e 2395.

Infatti, non può ritenersi cbe i consiglieri di sorveglianza, che non agiscono *uti socii*, ma nell’interesse della società, quali titolari di una funzione all’interno dell’organizzazione societaria, risultino al riparo di ofni responsabilità di tipo esterno.

L’azione **esercitata dalla minoranza** appare *preclusa* in assenza di idonei riferimenti normativi.

L’**azione sociale di responsabilità** contro gli amministratori può essere promossa a seguito di *delibera dell’assemblea ordinaria* ai sensi dell’art. 2393-bis, come nel sistema tradizionale, ma anche a seguito di *delibera del consiglio di sorveglianza*.

## Il sistema monistico

Il sistema monistico, ispirato agli ordinamenti anglosassoni, è caratterizzato dalla presenza di un **comitato per il controllo sulla gestione**, costituito *all’interno del consiglio di amministrazione*, in sostituzione della figura del collegio sindacale e con competenze assimilabili a quelle di quest’ultimo.

Il sistema monistico presenta minori garanzie di indipendenza della funzione di controllo, dato che i componenti del comitato sono nominati (ed eventualmente revocati) dallo stesso consiglio di amministrazione , di cui fanno parte.

La caratteristica del sistema, però, è proprio quella di coinvolgere i soggetti istituzionalmente deputati alla funzione di controllo nelle deciisioni gestionali (i componenti del comitato sono a tutti gli effetti amministratori e votano in seno al c.d.a. al pari di ogni altro consigliere), e di prevenire in tal modo ad un esercizio più consapevole del commpito precipuo a loro assegnato, assicurando al contempo una struttura organizzativa più semplificata rispetto al sistema tradizionale, vista la conseguente riduzione del numero di organi sociali: in definitiva, minore indipendenza (almeno sul piano formale), controbilanciata da una maggiore responsabilizzazione.

### Il comitato per il controllo sulla gestione: composizione

Al fine di pervenire alla nomina regolare del comitato, è previsto che *almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione* debba risultare in possesso dei **requisiti di indipendenza** stabiliti per i sindaci.

A sua volta, tutti i componenti del comitato di controlllo devono essere scelti fra i consiglieir che risultino in possesso dei requisiti di indipendenza, nonché degli ulteriori requisiti di professionalità ed onorabilità stabiliti dallo statuto.

I componenti del comitato *non possono inoltre far parte del comitato esecutivo, né ricevere deleghe e cariche particolari* (fra cui, ad es., quella di presidente del consiglio di amministrazione), nonché altri incarichi che comportino di fatto l’esercizio di funzioni attinenti alla gestione dell’impresa socciale; e tale divieto è esterso anche alla società controllante ed alle società controllate. In definitiva, essi devono essere scelti tra i cd. **amministratori non esecutivi**.

Nelle **società quotate** almeno un amministratore indipendente deve essere nominato dalla **minoranza**, attraverso il sistema del voto di lista e la *presidenza del comitato* deve essere riservata proprio ad un componente nominato dalla minoranza.

Il **numero** dei componenti del comitato è stabilito dal consiglio di amministraizone (se il numero non è stabilito dallo statuto, che potrebbe rimettere tale decisione anche all’assemblea, in occasione della nomina del c.d.a.), ma il comitato dev’essere composto nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio da **almeno tre componenti**; se ne deduce che nelle altre spa il comitato deve essere composto **almeno da due componenti**, trattandosi comunque di un “organo” necessariamente collegiale.

Il **presidente** viene nominato dal comitato stesso, a maggioranza assoluta dei componenti, e non dal consiglio di amministrazione, ma nelle società quotate, come si è detto, è individuato nell’amministratore indipendente nominato dalla minoranza, che fa parte di diritto del comitato di controllo.

Il consiglio di amministrazione, che provvede alla **nomina** dei componenti del comitato (salvo diversa clausola statutaria, che potrebbe attribuire tale potere all’assemblea), deve ritenersi titolare anche del potere di **revoca**. E non essendo richiamato l’art. 2400, ne consegue che la revoca può essere disposata anche ***senza giusta causa***, salvo il risarcimento del danno. La revoca da componente del comitato, disposta dal consiglio, non comporta però la cessazione dalla carica di amministratore, che può essere deliberata solamnte dall’assemblea ordinaria.

In tutti i casi di cessazione anticipata dalla carica di un componente del comitato (morte, decadenza, rinuncia e revoca), la sostituzione deve essere deliberata dal consiglio di amministrazione, scegliendo i nuovi componenti fra gli amministratori in possesso dei requisiti necessari, o, in mancanza, cooptando ove possibile preliminarmente nel consiglio nuovi amministratori.

Il **compenso** dei componenti del comitato è stabilito dal consiglio di amministrazione, ai sensi dell’art. 2389 comma 3, salvo che lo statuto preveda la competenza dell’assemblea.

### Le funzioni del comitato

Le **funzioni** del comitato per il controllo sono simili a quelle del collegio sindacale. In realtà l’art. 2409-octiesdecies comma 5, richiama solamente la terza delle funzioni del collegio sindacale, individuate dall’art. 2403,e cioè il controllo sull’adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e contabile della società. Può ritenersi, però, che anche le altre funzioni contemplate per i sindaci dall’art. 2403 - e cioè il **controllo di legalità** ed il **controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione** – siano riferibili al comitato per il controllo: l’art. 2409-octiedecies non le prevede, infatti per il semplice motivo che i componenti del comitato sono amministratori, e pertanto tenuti già come tali al rispetto dei principi di legalità e di corretta gestione.

Non risultano richiamate dal codice neanche le norme in materia di **poteri informativi** dei sindaci (e in particolare, né il potere di ispezioni individuale di cui all’art. 2403-bis comma 1 né il potere collegiale di richiedere informazioni agli amministratori, di cui all’art. 2403-bis comma 2), prevedendosi espressamente solo il potere di scambiare informazioni con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti.

La disciplina del **funzionamento del comitato di controllo** è regolata per rinvio alla disciplina del collegio sindacale e comporta, pertanto, l’obbligo di riunioni trimestrali, l’obbligo di verbalizzazione delle sedute e di tenuta del libro delle adunanze, la previsione di un *quorum* costitutivo pari alla maggioranza dei componenti e di un *quorum* deliberativo pari alla maggioranza dei presenti. Il comitato è convocato dal presidente.

Non trova richiamo, invece, la disciplina in materia di **responsabilità** dei sindaci. Ed infatti, essendo i componenti del comitato amministratori, trova *applicazione diretta la disciplina di cui agli artt. 2392-2395.* In particolare, l’art. 2392 comma 1 prevede che la responsabilità discenda dal mancato rispetto della “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze”. Pertanto, la norma ben può essere applicata tenendo conto della particolarità dell’incarico (specifici doveri di controllo) e delle competenze (qualificate) dei componenti del comitato.

# Capitolo 22 – il controllo giudiziario sulla gestione

Per le società per azioni l’ordinamento prevede, oltre a strumenti di controllo interno, anche meccanismi di controllo esterno, di natura giudiziaria, che il codice disciplina all’art. 2409. Si consente così a soci (purchè, come vedremo, con partecipazione azionaria qualificata), al collegio sindacale, e anche al P.M. nelle società “aperte”, di attivare un **controllo giudiziario sulla gestioene,** in caso di gravi irregolarità commesse dagli amministratori in violzione dei propri doveri. L’istituto è posto a presidio dell’interesse generale al buon funzionamento delle imprese maggiori, che fruiscono del tipo SPA in linea col principio di efficiente gestione che pervade la discipllina del tipo azionario, e dunque non solo a tutela dell’interesse di breve periodo dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

I **presupposti** per la denuncia al Tribunale sono tradizionalmente definiti come “***fondato sospetto di gravi irregolarità***”: non disponendo tutti i legittimati alla denuncia, e segnatamente i soci, del potere di ispezione dei libri sociali degli organi di amministrazione e controllo e, più in generale, della documentazione sociale, si spiega perché è indiciata dal legislatore a presupposto del rimedio la semplice presenza di *indizi*, che non devono quinid necessariamente raggiungere il livello di prova piena.

Le “**gravi irregolarità**” devono *attenere alla gestione*, onde non dovrebbero rilevare irregolarità di tipo “organizzativo”, per le quali sono previsti i normali rimedi invalidativi. Le “gravi irregolarità” devono quindi consistere in violazione dei “*doveri”* degli amministratori, che non riguardino mere violazioni della legalità formale, ma che si traducano in ***atti idonei a danneggiare la società***, o *società controllate.*

Ed allora, neppure per mezzo di questa denuncia sarebbe possibile sottoporre a sindacato giudiziale nel *merito* qualsivoglia decisione presa dagli amministratori sotto il profilo dell’opportunità o dello stesso rischio che dalle stesse possa discendere (secondo il già ricordato principio della *business judgment rule*), salvo che ricorra una violazione dell’obbligo di diligente gestione rimasto inadempiuto dagli amministratori a fronte di scelte gestorie *irrazionali*.

Rimangono dunque estranee al controllo giudiziario sulla gestione le ipotesi di gravi **irregolarità a danno di singoli azionisti** di minoranza, là dove tali irregolarità non determinino un depauperamento del patrimonio sociale o della capacità della società di produrre profitti.

La **legittimazione** alla denunzia è in capo agli ***azionisti*** che rappresentino almeno il 10% del capitale sociale, o il 5% per le società che fanno ricorso al mercaro del capitale di rischio.

La legittimazione è propria dell’***organo di controllo*** (collegio sindacale) ed anche del P.M. come detto, solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. I soci che non raggiungano le soglie di partecipazione per la legittimazione potranno quinid rivolgere vuoi la denunzia all’organo di controllo, ai sensi del richiamato istituto dell’art. 2408 attivabile da parte di ciascun azionista, vuoi anche un esposto al P.M., se la società è “aperta” per sollecitarne il ricorso *ex* art. 2409.

La **procedura** prende avvio dalla denuncia presentata da uno dei predetti legittimati presso il Tribunale civile nella cui circoscrizion la società ha sede legale.

Il tribunale convoca anzitutto in ***camera di consiglio*** gli amministratori e i sindaci, al fine di verificare la fondatezza della denuncia stessa, fissando altresì un termine per la notifica. Il Tribunale potrà decidere,, quindi, l’archiviazione, per manifesta infondatezza della denuncia, ovvero di sospendere la procedura, per un tempo determinato, seguito di “***ravvedimento operoso”*** della società, che abbia sostituito gli amministratori e i sindaci con altri soggetti “di adeguata profesisonalità”, a condizione che questi ultimi si impegnino a procedere in autotutela ad un dettagliato e serio programma di risanamento.

In mancanza di “ravvedimento operoso”, e sempre che la denuncia abbia un *fumus* di fondatezza, il Tribunale può ordinare l’**ispezione giudiziale** della società, nominando un ispettore.

Al termine dell’ispezione giudiziale, ove, sulla scorta della relazione dell’ispettore, le irregolarità denunciate sussistano e siano attuali, il Tribunale può adottare gli **opportuni provvedimenti provvisori** (non meglio identificati dalla legge, e quinid determinabili con discrezionalità del giudice) e la *convocazione dell’assemblea* per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi, verrà nominato un **amministratore giudiziario**, in sostituzione degli amministratori, ed eventualmente anche dei sindaci, che verranno così revocati giudizialmente.

# Capitolo 23 – la documentazione dell’attività sociale

L’attività della società deve essere documentata in un complesso assai ampio di scritture, chiamate a dare evidenza storica e una rappresetazione costante dei diversi aspetti in cui la vita dell’ente si articola. Esse possono essere suddivise, a seconda del loro oggetto, in più gruppi.

1. I **conti dell’iniziativa economica**. Innanzitutto, la società deve tenere i **libri** e le **scritture contabili** indicati nell’art. 2214, e ciò a prescindere dalla natura (commerciale o meno) dell’attività esercitata (l’art. 2421, infatti, non limita quest’obbligo alle sole società esercenti un’impresa commerciale). Si applicano senza eccezioni gli artt. 2214, sia per quanto riguarda il contenuto, che la forma e le modalità di conservazione della documentazione.

Una considerazione particolare merita il ***bilancio di esercizio***, documento periodico, chiamato a dare una rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società al termine di ciascun esercizio e del risultato economico di quest’ultimo, cui il codice dedica una disicplina capillare e rigorosa (artt. 2423) e che assume un ruolo centrale nell’informazione societaria.

1. **Libri sociali** (art. 2421). Si tratta di scritture ulteriori, concernenti i profili più propriamente societari dell’ente, la cui tenuta è pure obbligatoria, raggruppabili in due categorie:
2. I ***libri in cui va documentata l’attività degli organi***, e che contengono dunque i verbali delle relative riunioni. Ogni organo ha il proprio libro: l’assemblea, l’organo amministrativo collegiale (se l’amministratore è unico il libro non si tiene), il comitato esecutivo, l’organo di controllo, l’assemblea degli obbligazionisti. A questi si aggiungono i documenti e le carte di lavoro relativi alla revisione legale dei conti, conservati dal soggetto incaricato della stessa;
3. I ***libri che contengono le informazioni relative ai rapporti di investimento e finanziamento di natura societaria***: il libro dei soci e quelli, eventuali, delle obbligazioni e degli strumenti finanziari correlati ai patrimoni destinati, con indicazione dei prprietari dei titoli (se nominativi), dei trasferimenti e dei vincoli. L’elencazione è per la verità lacunosa (non è previsto un libro degli strumenti finanziari partecipativi ad esempio) ed è dubbio che sia integrabile analogicamente

La **funzione informativa del mercato** (e dunque degli stessi azionisti) è svolta invece dal **bilancio**, il quale, come vedremo, va depositato presso il registro delle imprese. ciò ne spiega la centralità nella disciplina normativa e l’insistenza del legislatore sulla sua correttezza, veridicità e chiarezza: esso è infatti *l’unico strumento attraverso cui i soci ed i terzi* (creditori, fornitori, finanziatori, clienti) *possono raccogliere dati e formarsi giudizi sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società e sull’andamento economico della gestione*; insomma, sulla sua stabilità e solvibilità, sulle sue prospettive a breve e lungo termine, sull’assetto e sulla composizione del suo patrimonio e della sua esposizione debitoria. Esso è dunque una fonte di informazione contabile fondamentale della società per azioni.

## Il bilancio di esercizio

Il bilancio è l’**insieme di documenti,** redatti con periodicità annuale dall’organo amministrativo ed approvati dall’assemblea (dal consiglio di sorveglianza se il sistema di governance è dualistico), che “deve ***rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell’esercizio”*** (art. 2423 comma 2).

Ha una funzione **informativa** dal momento che deve essere accessibile da chiunque presso il registro delle imprese. Ha anche una funzione **estimativa dei risultati dell’attività** e una funzione **organizzativa**.

### Il procedimento di formazione e l’invalidità del bilancio

Il **progetto di bilancio** è redatto dall’organo gestorio, necessariamente in formazione collegiale. Viene poi sottoposto all’organo di controllo e al soggeto incaricato della revisione legale, il primo dovendo redigere una propria relazione con la descrizione dell’attività svolta e le osservazioni in ordine al progetto stesso, il secondo dovendo formulare il proprio giudizio sulla corrispondenza del medesimo a verità e sul rispetto della disciplina che presiede alla sua redazione

Successivamente è l’**assemblea ordinaria** (il consiglio di sorveglianza, nel sistema dualistico) che **approva il bilancio**. Secondo l’orientamento oggi fominante, l’assemblea può **modificare il progetto** proposto alla sua approvazione. La tesi è esatta, perché il bilancio non è un atto attraverso cui si esprima, ex art. 2380-bis, l’autonomia degli ammiinistratori nella scleta delle strategie di gestione; esso deve, al contrario, essere *vero*, e perciò non si presta ad attuare politiche di sopravvalutazione o occultamento di riserve, per ragioni di convenienza strategica. Il potere modificativo dell’assemblea (o del consiglio di sorveglianza), quale organo che rende il bilancio un atto della società, è dunque coerente con la sua natura.

Solo con l’approvazione il bilancio acquista **rilevanza giuridica** come tale e deve essere *depositato presso il registro delle imprese*, con le relazioni che lo corredano.

Il bilancio è l’**oggetto della delibera assembleare.**

Non potendo che riprodurre fedelmente la situazione della società, quale essa oggettivamente è, con la sua approvazione non si esprime alcun giudizio di apprezzamento sulle operazioni economiche che contribuiscono a determinare tale situazione; in altre parole, l’assemblea non può entrare nel merito della coerenza di queste con i principi di diligente e corretta amministrazione, perché, censurabili o no che siano le scelte gestorie degli amministratori, il bilancio non può che registrarne le conseguenze patrimoniali. Per questo l’art. 2434 stabilisce che “l’approvzione del bilancio non implica liberazione degli amministratori… per le responsabilità incorse nella gestione sociale”.

Come ogni altra delibera, anche questa può essere **invalida** e può dunque venire impugnata ex artt. 2377 e 2379.

I *vizi procedimentali* ne determinano come di consueto l’annullabilità o, nei casi di cui all’art. 2379, la nullità.

Assai rilevante è qui, però, l’altra ipotesi di **nullità**: costituendo il bilancio, come si è detto, l’*oggetto* della delibera, se esso non è conforme alla disciplina che presiede alla sua redazione, la delibera è nulla per contrarietà a norme imperative (e dunque per *illiceità) dell’oggetto*.

Nullo è il bilancio (più esattamente: nulla è la delibera che lo approva) se **non è conforme a verità**: e ciò accade quando si omettono elementi patrimoniali esistenti o se ne indicano di fittizi o si procede a valutazioni contrarie ai criteri legali; può essere opportuno rilevare che nullità si ha non solo quando il riusltato finale diverge dal vero, ma anche quando le violazioni si compensano, portando ad un risultato corretto, ma frutto della somma algebrica di poste scorrette.

Nullo è anche il bilancio vero ma **non conforme al principio di chiarezza**. Come già si è osservato, questo è infatti pariordinato al principio di verità e correttezza, perché la funzione del bilancio non è solo quella di attestare con esattezza il risultto dell’attività, ma anche quella di erogare le informazioni su cui i soci ed i terzi fondano le proprie strategie economiche riguardo alla società.

La nullità può essere fatta valere da **chiunque vi abbia interesse**. In giurisprudenza è consolidata l’affermazione che questo può essere di *carattere patrimoniale* (ad es. se il bilancio rappresenta falsamente un risultato d’esercizio senza utili, l’interesse a che siano costitutiti i corretti presupposti per la percezione del dividendo) o *non direttamente patrimoniale* (l’interesse ad avere un’informazione corretta e trasparente, in vista di scelte adeguate) e che deve essere *attuale*.

Vi è un **termine di decadenza** per impugnazione di un bilancio che quello di approvazione del successivo. In sostanza il legislatore assume che non vi è più l’utilità di impugnar i bilanci precedenti, o perché quello più recente ha eliminato il vizio, o perché lo riproduce e allora sarà contro di esso che basterà agire.

In secondo luogo, un requisito di **legittimazione**: se il revisore non ha formulato rilievi sul bilancio, l’impugnazione può essere proposta, se proviene dai soci, solo da quelli che rappresentano almeno il 5% del capitale sociale.

# Capitolo 24 – le società con azioni quotate in mercati regolamentati

## I principi della disciplina del mercato

Si è già avvisato dell’importanza che va riconosciuta, nel quadro dello storico affermarsi della SPA quale strumento di efficiente centralizzazione del finanziamento all’impresa, alla formazione dei mercati di borsa e all’accesso delle azioni alle quotazioni: sottolineandosi come lo sviluppo dei medesimi mercati abbia sensibilmente favorito il ricorso diretto da parte dell’impresa al risparmio privato quale provvista finanziaria dell’attività produttiva.

“**disciplina degli emittenti”**: rilevando primariamente l’art. 91 TUF, relativo ai “poteri della CONSOB”, i quali si prevede che siano ispirati “alla **tutela degli investitori**  nonché all’**efficienza** e alla **trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali**”.

La disciplina del diritto societario per le società quotate si applica indipendentemente da se la loro quotazione è in Italia piuttosto che all’estero.

Non è sufficiente il provvedimento di ammissione al mercato affinchè le azioni siano effettivamente negoziate nel mercato, infatti la regola fondamentale e ineludibile è quella della *traspararenza dei fatti concernenti l’impresa*, in quanto decisivi per a stessa concreta determinazione dei prezzi di negoziazzione. In coerena con tale principio, in ordine alla trasparenza nell’**accesso al mercato** da parte delle società la legge stabilisce la necesiità di un documento informativo iniziale, definito ***prospetto di quaotazione***, la cui disciplina si rinviene oggi nel reg. UE 1129/2017 (c.d. Reg. Prospetti): atto che, in ragione della forma adottata (quella appunto regolamentare), contiene norme immediatamente applicabili ai rapporti privati, le quali vengono a disciplinare la vicenda in esame in *via diretta*, oltre che in modo uniforme in tutti gli stati membri. Più in particolare nell’art. 1, par. 5, dello stesso provvedimento, si stabilisce che “i titoli sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato situato o operante all’interno della UE soltanto previa pubblicazione di un prospetto”.

Attori dell’offerta sono, oltre all’emittente, l’offerente (che può dunque essere diverso dal medesimo emittente: si pensi, ad es., a un socio detentore di una partecipazione estesa, in caso di offerta avente a oggetto azioni) nonché i soggetti intermediari che si assumono il compito di raccogliere le sottoscrizioni o le dichiarazioni di acquisto: tra essi deve essere scelto, e indicato nei documenti d’offerta, il c.d. *responsabile del collocamento*. Il prospetto informativo, redatto tenendo conto dei modelli predisposti dalla Consob, è soggetto a una **preventiva comunicazione** a questa autorità ai fini dell’**approvazione**, la quale deve essere espressa e prima della quale il prospetto non può essere pubblicato.

## Gli obblighi informativi del mercato

Una volta che l’emittente abbia avuto accesso al dato mercato, i suoi obblighi informativi non sono definitivamente assolti, per effetto dell’originario prospetto. Accade, anzi, l’opposto. La società diviene a quel punto soggetta a una penetrante ulteriore disciplina di trasparenza, concernente lo svolgimento dell’attività di impresa nella pendenza delle negoziazioni dei relativi titoli e fondamentalmente rivolta all’esigenza di garantire il tempestivo aggiornamento sui fatti d’impresa: in modo che quelle negoziazioni ne tengano conto, indirizzando adeguatamente la domanda di investimento in base ai nuovi valori in gioco e al contempo evitando che pochi investitori privilegiati vengano a conoscere anticipatamente i fatti in parola e possano così speculare sulle connesse variazioni di valore.

È dunque previsto l’obbligo, a carico degli emittenti, di adeguarsi a un pervasivo sistema di produzione e comunicazione di “**informazioni regolamentate**” individuate dalla legge (art. 113-ter, comma 1, TUF), da diffondere e depositare presso la Consob e la società di regolamentazione del mercato, nonché soggette, quanto a modalità e termini di diffusione al pubblico, alle indicazioni dell’autorità di vigilanza, espresse nell’esercizio del suo potere regolamentare, “ferma restando la necessità di pubblicazione tramite mezzi di informazione sui giornali e quotidiani nazionali”.

La legge prevede una puntuale e capillare informazione del mercato sulle **principali operazioni** poste in essere dalle società emittenti, tuttavia possono opporre reclamo nei confronti della Consob, facendo valere la circostanza che dalla comunicazione al pubblico delle informazioni sopra menzionate possa derivare loro grave danno. E l’Autorità di vigilanza può, entro sette giorni, consentire l’omissione della comunicazione “sempre che ciò non possa indurre in errore il pubblico su fatti e circostanze essenziali”.

È fatto obbligo inoltre agli emittenti di comuncare al pubblico “senza indugio”, ogni ***informazione privilegiata***, caratterizzata da tre elementi:

1. Il “carattere preciso” dell’informazione
2. Il trattarsi di un’informazione che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, gli emittenti o gli strumenti finanziari
3. La circostanza che la sua diffusioine potrebbe avere un “effetto significativo” sui prezzi degli strumenti finanziari.

Per le società quotate l’art. 127-*sexies* TUF **esclude l’ammissibilità dell’emissione di azioni a voto plurimo** al fine di mantenere la contendibilità del controllo ed evitare che soci rilevanti riescano, con un investimento relativamente ridotto, a cristallizzare una posizione di potere acquistata, mantenendola in futuro anche a seguito di risultati negativi e così di fatto sottraendo il controllo al giudizio del mercato.

Importante è la disiciplina attorno alle “**azioni di risparmio”** ovvero azioni senza diritto di voto che per le società quotate è fondamentale dal momento che i piccoli investitori non sono interessati alla governance.

Vi è disciplina “*loyalty shares”* ovvero la **maggiorazione del dividendo** che prevede un “premio di fedeltà” agli azionisti che detengono le azioni da non meno di un anno (da inidcare in statuto il periodo esatto) per una maggiorazione di al massimo 10% in più rispetto al comune dividendo.

Lo statuto può anche prevedere una **maggiorazione del voto** sempre per azionisti fedeli dando loro al massimo 2 voti per ogni azione che hanno detenuto le azioni per almeno due anni.

Poi una comunicazione alla Consob strumentale all’individuazine di soggetti potenzialmente suscettibili di incidere attivamente alla *governnace* sociale si ravvede allorchè un soggetto sorpassi verso l’alto o vero il basso il 5%, 10% e successivi multipli fino a 30%, nonché al raggiungimento delle ulteriori soglie del 50%, 66.6%, 75%, 90%, 95% (solo azioni con diritto di voto). Gli investitori devono anche “dichiarare gli obiettivi che ha intenzione di perseguire nel corso dei sei mesi successivi”.

Sempre in tema di trasparenza degli assetti proprietari sul piano “statico” l’art. 121 TUF si preoccupa altresì di evitare che si diano **partecipazioni reciproche** che eccedano le misure del 3 e 5% (a seconda che si tratti di PMI o società diverse): e ciò per impedire la sottrazione al gioco del mercato e la strumentalizzazione di quote partecipative, per effetto di impliciti accordi tra gruppi di comando intesi al manenimento o rafforzamento di posizioni di potere. Si prevede così che in caso di partecipazioni reciproche eccedenti i limiti sopra nominati “la società che ha superato il limite successivamente *non può esercitare il diritto di voto* inerente alle azioni eccedenti e deve alienarle entro dodici mesi dalla data in cui ha superato il limite. In caso di mancata alienazione entro il termine previsto la sospensione del diritto di voto si estende all’intera partecipazione.

## I patti parasociali

Ulteriore tassello importante della disciplina degli assetti proprietari delle società quotate è costituito dalla regolamentazione dei **patti parasociali**. Per le società quotate vi sono obbligi pubblicitari molto più intensi di quelli stabiliti per le SPA comuni.

In particolare, i patti parasociali devono:

1. Essere comunicati alla Consob
2. Pubblicati per estratto nella stampa quotidiana
3. Depositati presso il registro delle imprese del luogo dove la società ha sede legale
4. Comunicati alla società con azioni quotate

Se anche solo uno di questi punti viene omesso allora vi è la ***nullità dei patti stipulati*** e se le azioni backed da questi patti votano, la dleiberazione viene annullata se questi voti sono stati determinanti.

Il limite temporale impone un limite di massimo 3 anni sebbene detti accordi siano rinnovabili a scadenza.

Se invece sono stati fatti a tempo *indeterminato* è *ex lege* imposto il diritto di recesso esercitabile con un preavviso di 6 mesi.

Importante che queste disposizioni dell’art. 122 TUF hanno uno scope più ampio rispetto alle già citate disposizione su patti parasociali degli art. 2341-bis e 2341-ter che si riferiscono ai soli patti stipulati “al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”. Il 122 TUF ha come scope “patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l’esercizio del diritto di voto nelle società cojn azioni quotate e nelle società che le controllano”.

## OPA e OPS

OPA ossia l’**offerta pubblica di acquisto o scambio** che in base all’art. 1 del TUF corrisponde a “ogni offerta, invito a offrire o messaggio proporzionale, in qualsiasi forma effettuatu, finalizzato all’acquisto o allo scambio di prodotti finanziari e rivolti a un numero di soggetti e di ammontare complessivo suiperiori a quelli indicati nel regolamento previsto dall’art. 100”.

Rilevano al fine di tenere presente la possibile incidenza dell’OPA sul piano di controllo di una società gli istituti della *passivity rule*  e dell’*opa* obbligatoria.

Passivity rule: il fine del legislatore è mantenere la contendibilità della proprietà dell’impresa e quindi il suo sano e accorto governo. Preoccupazione del legislatore è l’ostruzionismo del socio di controllo che potrebbe impedire il successo dell’OPA. A tale riguardo, l’idea del legislatore è quella di disporre senz’altro una **regola di “passività”** della società bersaglio in pendenza di OPA, cioè quella della proibizione delle citate manovre contrarie al successo dell’OPA, nell’ottica del menzionato *favor* legislativo verso la contendibilità del controllo.

Rileva in particolare, nel quadro di riferimento, l’art. 104 TUF ai sensi del quale “Salvo autorizzazione dell'assemblea ordinaria o di quella straordinaria per le delibere di competenza, le società italiane quotate i cui titoli sono oggetto dell'offerta si astengono dal compiere atti od operazioni che possono contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta. L'obbligo di astensione si applica dalla comunicazione di cui all'articolo 102, comma 1, e fino alla chiusura dell'offerta ovvero fino a quando l'offerta stessa non decada. La mera ricerca di altre offerte non costituisce atto od operazione in contrasto con gli obiettivi dell'offerta. Resta ferma la responsabilità degli amministratori, dei componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza e dei direttori generali per gli atti e le operazioni compiuti.” (Si pensi ad esempio alla decisione di dismettere un ramo d’azienda strategico e reputato fondamentale dall’offerente).

Va peraltro avvisato che la condivisibilità ed efficienza di questa soluzione non può ritenersi scontata, dato il dibattito esistente in proposito oltre che in italia nell’intera europa, dove sono state rappresentate posizioni anche molto distanti nel contesto dei lavori relativi all’armonizzazione delle legislazioni in argomento.

Si è così previsto (artt. 104 TUF ss.), essenzialmente che:

1. La regola di “passività” vale solo là dove non ne sia prevista la deroga via statuto, della quale è peraltro previsto l’obbligo di comunicazione alla Consob
2. L’autonomia statutaria può prevedere di *rafforzare* la regola di passività affiancando ad essa una regola di “neutralizzazione” (art. 104-bis TUF), il cui principale contenuto consiste nello stabilire l’inefficacia, nel periodo di pendenza dell’offerta, di eventuali “limitazioni al trasferimento di titoli previste nello statuto” o “limitazioni al diritto di voto previste nello statuto o nei patti parasociali”, nonché nella temporanea inefficacia di eventuali clausole prevedenti azioni a voto plurimo o voto maggiorato ai sensi dell’art. 127-quinquies TUF
3. Vige una “clausola di reciprocità” (art. 104-ter TUF), tale per cui le regole di sfavore per le difre da OPA, fin qui riferite, non si applicano all’ipotesi di offerenti provenienti da paesi stranieri, e in particolare “in caso di offerta pubblica promossa da chi non sia soggetto a tali disposizioni ovvero a disposizioni equivalenti”.

## OPA obbligatoria

Davanti allo scenario del cambio di controllo di una società quotata l’investitore è esposto al rischio di dover subire un duplice pregiudizio.

Da un lato, può teoricamente acadere che il nuovo assetto generi un assestamento verso il basso del prezzo della società partecipata, il cui contraccolpo nel patrimonio dell’investitore non è evitabile con un’ordinaria cessione sul mercato delle azioni *successiva* al mutamento del controllo, la quale registrerebbe appunto detto ribassamento dei corsi.

Dall’altro, l’acquisizione del controllo normalmente comporta il pagamento di un **premio,** evidentemente corrispondente al valore latente dei titoli negoziati, di cui godrebbero unicamente coloro che hanno ceduto la partecipazione al nuovo acquirente, in contrasto col principio di uguale trattamento degli investitori il quale implica una distribuzione proporzionale tra gli investitori del medesimo emittente del valore di mercato dei relativi titoli. Per impedire che tali pregiudizi si verifichino, il nostro ordinamento (alla stessa stregua di tanti altri) prevede una regola di responsabilizzazione dell’acquirente, imponendogli l’obbligo di consentire all’intera categoria degli investitori della società emittente la possibilità di vendere i titoli in essa posseduti.

Il legislatore due diverse ipotesi di **offerta pubblica di acquisto obbligatoria:** l’**opa** cd. ***successiva*** e l’**opa** cd. ***incrementale***. Ad essesi affianca l’istituto dell’obbligo di ***acquisto*** cd. ***residuale***, sempre destinato ad attivarsi in dipendenza del possesso di una determinata misura percentuale di titoli in una società quotata, ma non comportante la necessità dell’emissione di un’offerta al pubblico.

Tra le fattispecie appena menzionate, la più importante (quanto a ricorrenza pratica e a impatto sistematico) può considerarsi la prima, cioè l’**opa totalitaria successiva**, prevista dall’art. 106 comma 1 TUF. Ai sensi di tale disposizione, chiunque, a seguito di acquisiti ovvero di maggiorazione dei diritti di voto, venga a detenere una partecipazione superiore a una soglia predeterminata, “promuove un’offerta pubblica di acquisto rivolta a tutti i possessori di titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato in loro possesso.

Perché scatti l’obbligo in parola è in particolare sufficiente per legge l’acquisto di una partecipazione pari al ***25%/30%*** del capitale della società dei cui titoli si discute.

“1. Chiunque, a seguito di acquisti ovvero di maggiorazione dei diritti di voto, venga a detenere una partecipazione superiore alla soglia del trenta per cento ovvero a disporre di diritti di voto in misura superiore al trenta per cento dei medesimi promuove un'offerta pubblica di acquisto rivolta a tutti i possessori di titoli sulla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato in loro possesso.

1-bis. Nelle società diverse dalle PMI l'offerta di cui al comma 1 è promossa anche da chiunque, a seguito di acquisti, venga a detenere una partecipazione superiore alla soglia del venticinque per cento in assenza di altro socio che detenga una partecipazione più elevata.”

La legge prevede la pubblicazione di un’offerta:

1. Nel termine massimo di venti giorni dalla data dell’acquisto
2. Avente ad oggetto ciascuna categoria dei titoli emessi dalla società in questione
3. A un **prezzo** determinato *ex lege*.

Quest’ultimo è un requisito particolarmente importante: l’art. 106 comma 2 TUF prevede in particolare che “l’offerta è promossa a un prezzo non inferiore a quello più elevato pagato dall’offerente e da persone che agiscono di concerto con il medesimo.

Oltre che per l’ipotesi di acquisto di una partecipazione di controllo in società con titoli quotati la legge prevede un obbligo di **opa** **totalitaria** cd. **incrementale**, per il caso di successivo *aumento della partecipazione* originariamente acquistata: là dove, in particolare, un soggetto già possieda una quota superiore al 30% e consolidi significativamente tale posizione. Nella fattispecie in esame è rilevante per il legislatore la circostanza che la società dei cui titoli si tratta si viene a trovare in una situazione di minore *contendibilità del controllo*, e dunque di maggiore stabilità del governo da parte del socio di maggioranza, al quale sarà più facile imporre le proprie scelte strategiche all’impresa, senza essere esposto in termini significativi al rischio di subire “attacchi” dall’esterno alla propria posizione di potere.

Segnatamente, l’obbligo di offerta totalitaria scatta, per l’ipotesi ora in questione, nel caso di acquisto, anche indiretto (da parte di chi abbia già una partecipazione del 30%), di *più del cinque per cento* del capitale rappresentato da titoli che rappresentano diritti di voto (o in caso di un pari incremento del potere di voto per effetto della maggiorazione ai sensi dell’art. 127-*quinquies* TUF), complessivamente realizzato in un periodo di dodici mesi.

Importanti esenzioni dall’obbligo di lancio di offerta totalitaria sono previste in dipendenza di due specifiche ipotesi di **offerta preventiva**: là dove cioè l’acquirente superi la percentuale rilevante ai fini opa in conseguenza dei risultati di una *precedente offerta pubblica di acquisto*, da lui lanciata nei confronti dei titoli della società partecipata. In particolare, l’art. 106 comma 4 TUF stabilisce in primo luogo che l’obbligo di discussione non sorge in caso di ***offerta preventiva totalitaria***: cioè se l’acquisto della percentuale rilevante *ex* art. 106 comma 1 TUF, sia avvenuto in conseguenza della promozione di un’offerta pubblica volontaria, “rivolta a tutti i possessori di titoli per la totalità dei titoli in loro possesso”.

Altra ipotesi tipica è quella dell’***offerta preventiva parziale***, disciplinata dall’art. 107 TUF. Qui è stabilito che si possa avere diritto all’esenzione dell’obbligo di OPA totalitaria anche allorchè l’acquisto della partecipazione potenzialmente rilevante ex art. 106 comma 1 TUF sia conseguito a un’offerta volontaria avente a oggetto (solo) il *sessanta per cento* dei titoli con diritto di voto della società *target*: ciò, tuttavia, sempre che ricorrano precise ulteriori condizioni, stabiliste dallo stesso art. 106 TUF.

L’art. 108 TUF stabilisce, poi, l’istituto dell’**obbligo di acquisto residuale**. Per tutelare, infatti, i piccoli investitori contro il rischio di dovere fronteggiare una situazione di scarsa “liquidità” dell’investimento, cioè di difficoltà di cessione delle azioni, nonché di inadeguato funzionamento del meccanismo di formazione dei prezzi dei titoli derivante da una rarefazione degli scambi di mercato, il legislatore impone a chi abbia acquistato una partecipazione almeno pari al ***95%*** del capitale rappresentato in titoli di una società quotata “l’obbligo di acquistare i restanti titoli da chi ne faccia richiesta”. Al raggiungimento, invece, di una partecipazione pari al **95%** del capitale con diritto di voto l’obbligo di acquisto residuale concernente la totalità dei titoli della categoria interessata (esistente in favore di chi faccia richiesta di cessione) sussiste solo se il detentore della partecipazione in discorso “non ripristina entro 90gg un flottante sufficiente ad assicurare il regolare andamento delle negoziazioni”.

Ulteriore istituto contemplato nella sezione del TUF dedicata all’OPA obbligatoria è quello del “**diritto di acquisto”** che pure riguarda il caso in cui un soggetto venga a detenere una percentuale di titoli pari al 95% del capitale, avendo però riguardo specificamente all’ipotesi in cui tale situazione si verifica “a seguito di un’offerta pubblica totalitaria”: in tale eventualità l’offerente, ex art. 111 TUF, ha *diritto* di acquistare i titoli residui, sempre che abbia dichiarato l’intenzione di avvalersene nel precedente documento di offerta.

## La struttura organizzativa. Il rafforzamento dei diritti dei soci in assemblea e la corporate governance

Il TUF prevede, lo si è più volte notato, una disciplina speciale pure in tema di **organi** delle società con azioni quotate, per lo più riguardante non la previsione di istituti nuovi rispetto a quell stabiliti dal cc bensì regole in più punti *integrative* della normativa generale in materia. Tali norme sono ispirate, per un verso, ancora dai principi di trasparenza ed efficienza del mercato di controllo, per un altro, dall’idea di formulare un sistema di cd. *corporate governance*, che possa dirsi *specificamente adeguato al mercato finanziario*: nel particolare senso di salvaguardare l’esistenza e l’efficiente mantenimento del mercato medesimo con norme che, proteggendo l’attività sociale e i relativi risultati contro l’eventualità di una gestione sleale e negligente, *indicano e rafforzino la fiducia degli investitori*, prvenendo e scongiurando l’eventualità dei temuti *market failuers*.

Atteso il carattere frammentario di una siffatta disciplina, essa è stata già illustrata in precedenza, nella parte del volume dedicata agli organi della SPA. Ci si limitrà pertanto di seguito a svolgere sintetiche osservazioni, intese al chiarimento delle disposizioni in questione in collegamento con quello che può considerarsene, sul piano teleologico, il filo conduttore, evidenziando al contempo il ruolo che va alle stesse riconosciuto nel generale contesto della regolamentazione delle società quotate.

1. Con riguardo all’integrazione operata dal TUF rispetto alla disciplina codicistica dell’**assemblea di SPA** devono per prima cosa ricordarsi le norme che per l’ipotesi di società con azioni quotate stabiliscono importanti deroghe all’ordinario procedimento assembleare, ispirate all’intento di rafforzare i “**diritti dei soci”** e così rendere effettiva la concreta possibilità di una incidenza degli stessi soggetti nella vita sociale: e ciò attraverso una serie di accorgimenti, di seguito ripresi in sintesi.
2. Così, anzitutto, va evidenziato il rafforzamento del **diritto di informazione** degli azionisti, operato attraverso: l’ampliamento dei *termini* dell’avviso di convocazione (art. 125-bis, comma 1-3 TUF: la previsione generale è di 30gg prima della riunione, mentre per l’assemblea di nomina degli amministratori è stabilito il maggior termine di 40gg, e per la riduzione del capitale per perdite o la nomina dei liquidatori il minor termine di 21gg); e dei relativi *contenuti* (art. 125-bis comma 4 TUF: norma che elenca una serie ampia e minuziosa di dati importanti da inserire nell’avviso, al fine della facilitazione dell’esercizio dei diritti di intervento e voto dei soci); nonché l’imposizione di una *relazione dettagliata intorno alle materie dell’ordine del giorno* (da pubblicare nelle stesse forme dell’avviso: art. 125-ter TUF), la quale nel caso di convocazione a opera della minoranza va predisposta dai soci richiedenti la convocazione.
3. In secondo luogo deve rimarcarsi come venga facilitata la possibilità del socio di minoranza di utilizzare l’occasione assembleare per **sollecitae il pronunciamento dell’amministrazione e degli altri soci** su profili considerati rilevanti o urgenti. A tale riguardo, si ricorda il diritto riconosciuto a tutti gli azionisti di *formulare domande e chiedere chiarimenti in ordine alle materie all’ordine del giorno* (art. 127-ter TUF: con l’imposizione agli amministratori di fornire risposta ai quesiti o prima dell’assemblea o al più tardi durante la stessa), nonché quello, attribuito a coloro che rappresentino almeno un quarantesimo del capitale sociale, di *richiedere l’integrazione dell’ordine del giorno con nuovi argomenti* o di *presentare sugli argomenti comunicati nuove proposte di deliberazione* (art. 126-bis TUF che pure precisa come l’integrazione non sia consentita per gli argomenti per i quali la legge impone l’iniziativa degli amministratori o una relazione dei medesimi).
4. Infine, è favorita e incentivata la possibilità dei soci rilevanti di **partecipare attivamente** all’assemblea e raccogliere adesioni su posizioni competitive rispetto a quelle espresse da altri. Infatti: da un lato, le speciali regole sulla legittimazione del socio in assemblea, con il sistema del cd. *record date* (art. 83-sexies comma 2 TUF), facilitano la presenza in assemblea degli investitori istituzionali e il mantenimento – o lo stesso reperimento – di voti a ridosso dell’occasione assembleare; dall’altro, sopratuttto le norme sulla sollecitazione delle deleghe (ma nella stessa direzione si leggono pure quelle sulla relativa raccolta tra i membir di un’associaizone di azionisti: art. 141 TUF), come si è già ampiamente evidenziato in precedenza (cap. 18), consentono a soci di minoranza di raccogliere e aggregare consenso proveniente dalla vasta platea degli azionisti “passivi” e così contrapporsi in modo potenzialmente significativo alle posizioni dei soci di controllo in relaizone a temi ritenuti fondamentali o strategici per la vita della società e la tutela degli investimenti effettuati.

Come si vede, l’intervento normativo così operato – con previsioni che si aggiungono a quelle in generale dettate a proposito delle società facenti ricorso al capitale di rischio – non stravolge l’impianto normativo ordinario ma vi apporta significative modifiche, nel tentativo di realizzare *precisi obiettivi*. A tale proposito, rileva in primo luogo l’intento di evitare che l’assemblea si risolva in un luogo di vuoto avallo e formale certificazione delle posizioni dell’amministrazione da parte del socio di maggioranza ma sia piuttosto occasione – seppure in via potenziale – di *effettivo confronto dialettico tra soci* su quelle posizioni, rendendosi pure trasparenti sia le scelte operative e di *policy* operate dal socio di controlo sia il riscontro dato alle stesse da parte delle minoranze, il cui diritto di eprimere la propria opinione (il potere di “*say”*) assume una rilevanza autonoma rispeto al peso del correlativo voto (il potere di “*voice*”). In secondo luogo, si persegue il risultato di conseguentemente *esplicitare e rendere dunque conoscibili per il mercato lo stato e la salute della concreta struttura di controllo* della data SPA col relativo grado di armonia o conflittualità, consegnandolo al giudizio del mercato.

1. è nella prospettiva di regolare le inefficienze che mercato che si spiega l’innesto operato nella disciplina degli **amministratori**, da parte del legislatore del TUF, delle norme in tema di nomina dei membri dell’organo di gestione che sono già state altrove illustrate, le quali devono leggersi come regole attuative del metodo della *prevenzione, preordinate all’effettivo rispetto dei canoni di diligenza, lealtà e correttezza nella gestione*. Segnatamente, a tali principi rispettivamente corrispodono:
2. l’imperativa adozione, per la designazione dei membri del consiglio, del criterio del voto di lista (art. 147-ter comma 1 TUF), e per il tramite di questo la nomina di rappresentanti delle minoranze (art. 147-ter comma 3 TUF), in linea con l’intento normativo – che si è visto attraversare pure la disciplina dell’assemblea – di sottoporre a un confronto dialettico gli indirizzi strategici e operativi riconducibili al socio di maggioranza;
3. l’integrazione dell’organo di gestione con uno o più amministratori indipendenti, la cui missione fondamentale è chiaramente quella di sorvegliare affinchè le decisioni consiliari non siano guidate dalla considerazione di interessi personali ai gestori, in conflitto con quello della società;
4. l’inderogabile rispetto, nella selezione delle persone degli amministratori, di un criterio che assicuri l’equilibrio tra i generi, e con esso una considerazione di diversi angoli visuali nell’assunzione delle decisioni e conseguentemente una più attenta ponderazione delle stesse. A ciò si affianca la regola (art. 147-quinquies TUF) per la quale i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione “devono possedere i requisiti di onorabilità stabiliti per i membri degli organi di controllo”, destinati a erssere precisati in apposito regolamento ministeriale.

In relazione agli **organi di controllo**, è nella medesima logica di una accentuata attenzione legislativa per un’azione preventiva (rispetto a una temuta lesione degli obblighi di lealtà e correttezza dei gestori) che vanno lette le regole del TUF di precusazione dei requisiti di indipendenza dei membri di detti organi (art. 148 comma 3 TUF), pure rivolte a curarne con particolare rigore la professionalità: v., in particolare, l’art. 148-bis TUF, il quale sancisce la regola dell’esistenza di limiti al cumulo degli incarichi dei soggetti in parola (precisati in via regolamentare, dove tra il resto è stabilito il tetto massimo di 5 incarichi). Soprattutto, però, la disciplina del TUF pare assegnare ai sindaci una *posizione di responsabilità del tutto particolare nella struttura corporativa:* nei limiti in cui la normativa in commento sembra interessarsi maggiormente a fornire a essi (e in generale agli organi di controllo), prima ancora che gli strumenti per la censura di violazioni gestorie già compiute, le basi per individuare le *violazioni potenziali dei principi di legalità e correttezza*, appunto destinate a essere scongiurate per il tramite di un adeguato funzionamento del nuovo reticolo di procedure di controllo normativamente prefiguarato.

Rileva senz’altro, nella direzione appena evidenziata:

1. la speciale disciplina dei *flussi informativi*, con la espressa previsione di una comunicazione almeno trimestrale degli amministratori ai sindaci, avente a oggetto l’attività svolta e le operazioni di maggior rilievo (art. 150 TUF)
2. gli estesi *poteri di iniziativa* rispetto all’azione degli altri organi sociali, con la generale possibilità di convocazione dell’assemblea, del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo (art. 151 comma 2 TUF)
3. il rafforzamento dei *poteri ispettivi*, con la possibilità di “avvalersi dei dipendenti della società”
4. soprattutto, l’attribuzione al collegio sindacale della veste di *comitato per il controllo interno e la revisione contabile*, con compiti di supervisione e direzione nei confronti dei soggetti preposti al controllo interno, esplicitamente tenuti a riferire “anche al collegio sindacale di propria iniziativa o su richiesta anche di uno solo dei sindaci” (art. 150 comma 4 TUF), nonché del ruolo di organo sociale di riferimento nei confronti dei controllori esterni, quali i revisori (i quali, ex art. 150 comma 3 Tuf col collegio sindacale “si scambiano tempestivamente i dati e le informazioni rilevanti per l’espletamento dei rispettivi compiti”) o la Consob (alla quale, ai sensi dell’art. 149 comma 3 TUF, il collegio comunica senza indugio “le irregolarità riscontrate nell’attività di vigilanza e trasmette i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione”).
5. Un ruolo fondamentale, infine, nella definizione dell’impianto organizzativo e nella configurazione del concreto assetto di *corporate governance* è affidato all’**autonomia privata**. Tra le maglie dello schema tipico, delineato dalla legge, rimangono ampi spazi di decisione, consegnati ai privati dalla normativa generale italiana e dal regime europeo, il quale – seppure nei limiti segnati dalle norme imperative prima citate – concede il campo di azione allo svolgersi di una concorrenza tra imprese che si delinea, al contempo, sotto il profilo in questione, come competizione tra offerte che aspirano a farsi preferire anche in ragione di propri autonomi “presidi di sostenibilità”, indicati al mercato. La norma di chiusura da questo punto di vista può considerarsi quella sulla pubblicazione della *Relazione sul governo societario e sugli assetti proprietari*, la quale impone di affidare al mercato il giudizio circa la concreta formula organizzativa adottata dalla SPA quotata e le scelte sulle regole di *governance* che la compongono, elencate secondo il catalogo previsto nell’art. 123-bis TUF. Peraltro, il meccanismo della promozione della formula organizzativa, concretamente adottata dalla società nell’esercizio del suo potere di autonomia, tramit la sua sottoposizione al giudizio di mercato, sembra rilevare pure sul piano del *trattamento normativo della* cd. *responsabilità sociale delle imprese*, allorchè organizzate nella forma di società quotate.

Va menzionata, a tale riguardo, la dir. 2014/95/UE (attuata con d.lgs. 254/2016), la quale prevede l’obbligo per le imprese che hanno un numero di dipendenti superiore a 500 unità di includere nella Relazione sulla gestione “una dichiarazione di carattere non finanziario contenente almeno informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell’andamento dell’impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell’impatto della sua attività.

Tra le scelte cui è chiamata la SPA con azioni quotate, assume poi speciale importanza quella relativa ai codici di autodisciplina, ai quali è dato significativo rilievo dalla legge con lo stabilire che, non solo deve essere resa trasparente dalla SPA l’adesione ai medesimi, ma pure che la mancata adozione di singole disposizioni di detti codici *deve essere motivata*: concrettizzandosi così una regola, detta del *comply or explain*, che forse più di ogni altra rappresenta il punto di compromesso individuato dal legislatore tra quelle esigenze – di cui si è dato conto nelle pagine precedenti – di tutela dell’investitore, da una parte, e di efficienza del mercato dall’altra.

# Capitolo 25 – SRL

## Il tipo di SRL

La disciplina dedicata alla SRL tiene conto della sua eterogeneità nella applicazione a società sia piccole sia grandi e prevede innanzitutto una **regolamentazione “di base”**, tesa ad attribuire alla SRL una propria specifica identità, principalmente caratterizzata dal *ruolo centrale dei soci* (generalmente pochi), di norma interessati a partecipare attivamente alla vita societaria, e dall’ampio *ricorso all’autonomia negoziale*. Il tutto senza trascurare l’esigenza di *tutela dei terzi* e, in generale, del rispetto della legalità, attraverso un articolato complesso di norme (che ricalca, seppure con qualche importante differenza, quanto previsto nelle SPA) volto a prevedere dei controlli (interni ed esterni), e conseguenti reazioni, in presenza di patologie in ordine all’operato dei soggetti deputati alla gestione societaria (si pensi alle norme in tema di responsabilità degli amministratori e dei soci, ai controlli sindacali ex art. 2409).

Alla disciplina “di base” si affiancano (introducendovi importanti deroghe, talune delle quali di portata tale da suscitare rilevanti interrogativi sulla loro reale coerenza con l’identità tipologica della SRL) delle **norme “speciali”** (non sempre contenute nel codice civile), che vanno ad incidere su molteplici aspetti del modello, al chiaro fine di facilitare la costituzione di tale tipo societario e di incentivarne l’utilizzo, favorendo così la nascita di nuove iniziative imprenditoriali.

## La disciplina di base

Quanto alla disciplina “di base”, essa è volta in primo luogo ad ***enfatizzare la figura dei soci*** nell’ambito della società e ad attribuire ai medesimi *ampi poteri* (non solo di *exit,* ma soprattutto di *voice)*. Si muove dal presupposto, infatti, che i soci di SRL siano di norma un numero limitato e, soprattutto, siano interessati a partecipare attivamente alla vita della società (cd. *soci imprenditori*) e ad interloquire anche in relazione ad aspetti attinenti alla gestione, con ciò differenziandosi notevolmente dalla SPA. Si comprendono così quelle norme, di cui ci si occuperà successivamente, che attribuiscono agli stessi ampi poteri di controllo e di “ingerenza” nella gestione societaria, non senza conseguenze sotto il profilo risarcitorio.

In secondo luogo, le regole attuali accentuano il ***ruolo dell’autonomia negoziale*** e dei rapporti contrattuali tra i soci medesimi. L’ampia autonomia riconosciuta alle parti trova dei *limti* solo in alcune norme imperative poste principalmente a tutela dei terzi, in concsiderazione del fatto che la SRL è pur sempre dotata di autonomia patrimoniale perfetta (si pensi alla norma che introduce una postergazione del rimborso del finanziamento operato dal socio rispetto al soddisfacimento dei creditori sociali), nonché in specifiche disposizioni in grado di fissare gli elementi distintivi della SRL rispetto ad altri tipi societari (si considerino, ad es., la norma che prevede, a differenza di quanto avviene nelle società di persone, la limitazione di resposnabilità del socio e quella che vieta di attribuire alle partecipazioni la forma azionaria).

La combinazione tra questi due cardini della disciplina (autonomia statutaria, ruolo dei soci) permette altresì di introdurre elementi di ***caratterizzazione personale dei singoli soci***, di agire, cioè, sul principio (tipico delle società di capitali) di proporzionalità tra diritti ed entità della partecipazione, attribuendo ad uno o più soci, nominativamente individuati nell’atto costitutivo, “diritti particolari” di carattere patrimoniale o amministrativo (come, per esempio, il potere di nomina degli amministratori), con ciò valorizzando la rilevanza personale del singolo all’interno della società (per la sua notorietà nel mercato di riferimento, il contributo che può offrire allo sviluppo dell’impresa, la sua storia, le relazioni familiari con gli altri soci, ecc.).

Infine e più in generale, la SRL è caratterizzata da una *ampia flessibilità* derivante dalla presenza di una molteplicità di norme dispositive che lasciano all’autonomia negoziale la possibilità di prospettare, anche sotto il profilo organizzativo, soluzioni differenti. Così che la medesima, pur restando una società di capitali e mantenendo un regime di autonomia patrimoniale perfetta, può sotto diversi profili presentare ***elementi personalistici*** ed *avvicinarsi alla società di persone*: è ad es. possibile (oltre all’introduzione dei diritti particolari, di cui si è appena detto) adottare i sistemi di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva (art. 2475 comma 3), o introdurre nell’atto costitutivo clausole di esclusione dei soci per giusta causa (art. 2473-bis), o, infine, conferire prestazioni d’opera o di servizi (art. 2464).

## Le norme speciali

Come precedentemente si è ricordato, negli ultimi anni il legislatore è intervenuto molteplici volte al fine di prevedere delle norme “speciali” tese ad agevolare la costituzione e la creazione di SRL. Gli interventi hanno toccato molteplici aspetti e complessivamente hanno suscitato più di un interrogativo.

Da un lato, sono state introdotte delle norme che prevedono ***minori oneri nella fase costitutiva*** e/o ***ridotto impegno economico per i soci*** nella creazione di SRL attraverso la previsione delle cd. **SRL semplificate** e delle cd. **SRL a capitale marginale**. Le norme che consentono la costituzione di una SRL con capitale ridotto sono funzionali a consentire l’esercizio di una impresa, con limitazione del relativo rischio, anche a chi sia sostanzialmente privo di risorse finanziarie, secondo una visione di politica economica oggigiorno dominante, non priva, come vedremo, di inconvenienti, in base alla quale è poi il mercato a valutare se dare o no fiducia alla società dotata di risorse proprie in misura assai modesta.

Dall’altro lato, il legislatore ha introdotto importanti deroghe alla disciplina “di base”, con specifico riferimento all’aspetto partecipativo e finanaziairo; deroghe che hanno come principale finalità quella di favorire la creazione di piccole-medie imprese prevedendo ***strumenti agevolati per il ricorso al mercato dei capitali*** (in alternativa al finanziamento bancario) e la possibilità di ***strutturare in modo differenziato le partecipazioni*** all’interno della società.

Suddette deroghe, originarimaente introdotte per le sole SRL innovative (aventi cioè ad oggetto un’attività dall’alto contenuto tecnologico) sono poi state estese a tutte le **SRL** che sono (= che hanno i requisiti per essere considerate) **PMI** e, cioè, le cui dimensioni non superino le soglie comunitarie qualificanti la piccola-media impresa, indicate dalla raccomandazione 2003/361/CE: meno di 250 dipendenti, fatturato annuo non superiore a 50mln di euro oppure totale di bilancio annuo non superiore a 43 mln di euro).

Si tratta, come vedremo, della possibilità:

1. Di emettere *categorie di quote*, anche prive del diritto di voto, *standardizzate* e pensate per investitori non intervenienti direttamente nella vita della società, secondo formule partecipative, dunque, potenzzialmente distanti dalla filosofia – dell’enfatizzazione del ruolo attivo del socio e della personalizzazione della sua posizione -, che permea, come si è detto testè, la cornice generale della disciplina “di base”
2. Di *offrire le partecipazioni al pubblico*, anche attraverso portali telematici a ciò dedicati (cd. *equity crowdfunding)*
3. Di ricorrere al regime alternativo e intermediato di intestazione e trasferimento delle quote, ex art. 100-ter TUF
4. Di effettuare operazioni sulle proprie quote, qualora queste siano compiute in attuazione di piani di incentivazione

## Il rapporto tra disciplina di “base” e norme “speciali”

La compresenza di una disciplina “di base” e di disposizioni “speciali” dà luogo a rilevanti **interrogativi** **di carattere sistematico** su quale sia il rapporto in cui esse si pongono reciprocamente, non risultando affatto sicuro, almeno sotto certi profili, che la prima continui ad esprimere la regola generale e le seconde una deviazione di stretta applicazione.

Con riferimento alla **SRL a capitale marginale e semplificata** si pone il tema di capire se quindi il capitale minimo della SRL è 10k o 1€ e se si può passare da capitale >10k a inferiore o se vale soltanto in sede di costituzione la possibilità di avere un capitale inferiore.

Per la SRL PMI la relazione tra la disciplina codicistica di base e quella invece speciale che permette di emettere azioni con soli diritti patrimoniali, stravolgendo la funzione principale della SRL che è quella di favorire la figura del “socio imprenditore”.

## La costituzione

### La SRL unipersonale

La SRL può essere costituita unicamente mediante **costituzione simultanea**, a differenza della SPA per la quale è possibile anche una costituzione attraverso pubblica sottoscrizione: e questo rispecchia quanto sopra indicato in merito alla ridotta capacità della SRL di indirizzaris verso una ampia compagine sociale mediante appello al pubblico risparmio.

La SRL può essere costituita, ai sensi dell’art. 2463, con *contratto* o con *atto unilaterale*. È infatti permessa la costituzione di **SRL unipersonale.**

Come per la SPA, per tutelare i creditori in SRL unipersonali si applicano delle norme simili:

1. Ai sensi dell’art. 2470, quando l’intera partecipazione appartiene ad un solo socio o muta la persona dell’unico socio, gli amministratori (o il socio stesso) devono despositare per l’iscrizione al registro delle imprese entro 30gg dall’avvenuta variazione nella compagine sociale una dichiarazione contenente tutte le generalità del medesimo.
2. In base all’art. 2464 si richiede di versare l’intero ammontare del capitale sociale sottoscritto.

In violazione di tali obblighi, come per la SPA, il socio risponde personalmente e illimitatamente delle obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui è stato unico socio, sempre che la società risulti insolvente.

### Atto costitutivo e iscrizione nel registro delle imprese

Occorre redigere atto costitutivo sotto forma di atto pubblico e deve contenere:

1. Elementi costitutivi di ciascun socio fondatore
2. Elementi essenziali e identificativi della società
3. Elementi indentificativi delle risorse destinate alla società e delle corrispondenti partecipazioni
4. Norme relative al funzionamento della società

Il legislatore si riferisce (per la SRL) unicamente all’atto costitutivo e non menziona lo **statuto**, a differenza di quanto previsto nella SPA. Tale eveniena è stata ricondotta alla circostanza, precedentemente richiamata, che, nella SRL, viene accentuato l’intento negoziale dei soci. Nella prassi non sembrano, però, sussistere ostacoli a che si possa prevedere anche nelle SRL la predisposizone di due documenti: l’atto costitutivo, contenente i dati “storici” relativi alla costituzione della società e lo statuto, ove inserire le regole organizzative.

Per i **patti parasociali** non vi è una disciplina però non si esclude il loro utulizzo. Non si capisce tuttavia se si applica la disicplian dei patti parasociali della SPA o dei contratti.

Per il **processo di iscrizione** valgono paro paro le disposizioni delle Spa.

Come nella SPA la nullità è prevista per:

1. Mancata stipula dell’atto costitutivo nella forma dell’atto pubblico
2. Illiceità dell’oggetto sociale
3. Mancanza nell’atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, i conferimenti, l’ammontare del capitale sociale o l’oggetto sociale.

## Costituzione srl semplificata

Si applica disciplina “speciale” in relazione alla ***fase costitutiva*** (oltre che in tema di capitale sociale).

Possono essere costituite solo da ***persone fisiche***, costi ridotti perché no imposta di bollo, diritti segreteria e oneri notarili. La costituzione delle SRL semplificate avviene mediante contratto o atto unilaterale redatto da notaio, a titolo gratuito, in conformità ad un **modello *standard***, predisposto con il d.m. 138/2012.

Nella denominazione deve esserci scritto “srls”.

Capitale sociale minimo 1€.

La sostanziale irrilevanza delle risorse con cui una società semplificata può essere costituita si traduce, per i soggetti interessati, nel riconoscimento normativo della possibilità di esercitare un’attività produttiva senza esporre praticamente alcuna porzione del proprio patrimonio al rischio d’impresa, scaricando sul mercato l’intero rischio di insuccesso dell’iniziativa.

## Modifiche all’atto costitutivo

In assemblea approvazione da almeno la metà del capitale sociale.

Il verbale deve essere trascritto da un notaio.

L’ufficio del registro, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la delibera nel registro. È solo con l’iscrizione che la delibera modificativa dell’atto costitutivo acquista efficacia.

# Capitolo 26 – la srl: la struttura finanziaria

Riguardo alle **entità conferibili** il legislatore prevede ex art. 2464 che possano essere conferiti ***tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica***.

Sono inoltre ammesse, a differenza della SPA, le **prestazioni d’opera o di servizi**, in tal caso però il soggetto conferente deve fornire alla società una polizza di assicurazione o fideiussione bancaria con cui devono essere garantiti, con l’intero valore ad essi assegnaato, gli obblighi assunti.

Per il conferimento in denaro, preferito dal legislatore, si versa il 25%.

Per conferimenti in beni in natura o crediti devono essere liberati integralmente e devono essere accompagnati da una relazione giurata di una società di revisioen. Non sono richiesti, come per la SPA, controlli degli amministratori sul valore.

Nel caso di socio moroso si applica l’art. 2466: diffida degli amministratori ad adempiere entro 30gg, nel caso di inadempimento vendita della partecipazione agli altri soci per il valore risultante dall’ultimo bilancio approvato, se nessuno dei soci la vuole e se lo statuto lo prevede, la partecipazione può essere venduta all’incanto a terzi. Se con anche i terzi non si ha successo gli amministratori trattengono le somme riscosse e riducono il capitale sociale.

## SRL a capitale marginale

A tutti gli effetti una SRL (e quinid non SRLS) ma con capitale minimo di 1€.

Le uniche differenze con SRL sono richieste stringenti di conferimenti e riserva legale.

In questo caso i conferimenti possono essere fatti solo in denaro e versati per intero.

Di norma in base all’art. 2430 in tema di **riserva legale** è richiesto che dagli utili netti annuali sia dedotta una somma corrispondente ad almeno al ventesima parte di essi fino ad arrivare ad 1/5 del capitale sociale.

In SRL a capitale marginale vi è l’art. 2463 comma 5 che impone di dedurre dagli utili netti risultanti dal bilancio una somma pari almeno ad un quinto degli stessi fino a che la suddetta riserva e il vapitale sociale non abbiano raggiunto l’ammontare di 10k. Una volta raggiunto tale ammontare, l’accantonmaento si continuerà in base all’art. 2430.

## L’aumento e la riduzione del capitale sociale

### Aumento capitale sociale

Non si può fare finchè tutte le sottoscrizioni non siano interaamente liberate.

Per i conferimenti valgono le disposizioni del conferimento a costituzione.

Ai soci spetta il **diritto di sottoscrivere** il capitale in proporizione alle partecipazioni possedute, così da poter mantenere invariata la propria posizione all’interno della compagine societaria: è questo l’equivalente del diritto di opzione delle SPA.

Il legislatore prevede che il suddetto diritto possa essere escluso ma, in questo caso, occorre, a differenza delle SPA ove la maggioranza dei soci può escludere o limitare il diritto di opzione in presenza di determinate circostanze senza la necessità di una apposita previsione statutaria, una esplicita indicazione in tal senso nell’atto costitutivo, in considerazione dei possibili rilevanti effetti patrimoniali e sugli assetti societari che dette ipotesi può determinare.

L’*atto costitutivo* può statuire – ad eccezione del caso in cui il capitale sociale si sia ridotto al di sotto del minimo legale e si proceda ad una riduzione e contestuale aumento dello stesso (in questa circostanza, se il diritto di sottoscrizione potesse essere escluso, il socio potrebbe addirittura rischiare di perdere lo stesso *status* di socio all’interno della società) – che l’aumento possa essere attuato anche mediante ***offerta di partecipazioni di nuova emissione a terzi.***

Il legislatore non richiede, nel caso di esclusione del diritto di sottoscrizione, la necessaria previsione di un sovrapprezzo (come invece avviene nelle SPA) o, meglio, di calibrare il prezzo di emissione al valore reale del patrimonio della società: da qui l’interrogativo se (pur in mancanza di una indicazione espressa in tal senso nel testo di legge) sia necessario introdurlo.

Date comunque le conseguenze che l’**esclusione del diritto di sottoscrizione** può determinare per i soci medesimi, i quali possono vedere modificati i precedenti equilibri partecipativi (come si è già visto in tema di SPA) – non solo è rihciesta la previsione di una apposita clausola dell’atto costitutivo, ma - è riconosciuto il *diritto di recesso* per coloro che non hanno consentito alla decisione 8art. 2481-bis comma 1).

Nel caso il diritto di sottoscrizione nonn venga escluso, la decisione di emissione deve prevedere le modalità ed i termini entro i quali può essere esercitato il suddetto diritto; termini che, comunque, non possono essere inferiori a 30gg dal momento in cui viene comunicato ai soci che l’aumento può essere sottoscritto.

In mancanza di una apposita clausola statutaria o di una espressa disposizione della deliberazione di aumento del capitale sociale, la parte di aumento di capitale non sottoscritta non potrà essere sottoscritta né da altri soci, né da terzi.

Infine, nei 30gg dall’avvenuta sottoscrizione, gli amministratori devono depositare per l’iscrizizone nel registro delle imprese una attestazione che l’aumento è stato eseguito, così da rendere conoscibile anche ai terzi la reale situazione della società.

### Riduzione capitale sociale

Per quanto riguarda la decisione di diminuire il capitale sociale il legislatore prevede che deve essere assunta dai soci con deliberazione assembleare e con verbale refatto da notaio e può essere eseguita soltanto dopo 90gg dal giorno dell’iscrizione nel registro delle imprese della stessa, purchè entro questo termine nessun creditore sociale abbia fatto opposizione.

Legittimati a proporre opposizione sono soltanto i creditori anteriori all’iscrizione nel registro delle imprese.

Per quanto riguarda invece la **riduzione nominale** consiste invece in una semplice *operazione contabile* attraverso la quale si procede ad un adeguamento (nella apposita voce di bilancio) del capitale sociale a fronte di una perdita già verificatasi.

Vi possono essere die casi di riduzione del capitale per perdite **facoltativi** (rimessi quindi alla decisione dei soci) e altri **obbligatori** (imposti dalla legge). Più precisamente, il legislatore prevede due ipotesi di riduzione per perdite obbligatorie caratterizzate da una distinta gravità e da una conseguente diversa disciplina.

La prima scatta qualora si sia verificata una perdita **superiore ad un terzo** del capitale sociale: in tal caso gli amministratori devono senza indugio convocare l’assemblea dei soci e sottoporre loro una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del sindaco o del soggetto incaricato di effettuare la revision legale, qualora nominati. L’assemblea assume gli opportuni provvedienti anche se non è per forza tenuta a ridurre immediatamente il capitale sociale. Se però, entro l’esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l’assemblea deve essere nuovamente convocata per l’approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proprozione delle perdite accertate. In mancanza, gli amministratori e, qualora nominati, il sindaco o il soggetto incaricato di effettuare la revisione elgale devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale, anche su istanza di qualsiasi interessato, provvede con decreto da iscriversi nel registro delle imprese a cura degli amministratori.

Nella seconda ipotesi di riduzione obbligatoria prospettata dal legislatore, invece, la perdita, oltre ad essere superiore di oltre un terzo del capitalae sociale, deve averlo ridotto **al disotto del minimo legale.** In questo caso, non è più possibile attendere un esercizio per verificare gli sviluppo della situazione, ma gli amministratori devono ex art. 2482-ter senza indugio convocare l’assemblea per deliberare la riduzione del capitalae e il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al minimo (e in tale circostanza, come sopra si è visto, non è possibile escludere il diritto di sottoscrizione dei soci), ovvero la riduzione del capitale e la trasformazione in tipologia societaria inferiore, ovvero, ancora, la nomina dei liquidatori e ogni altro provvedimento relativo allo svolgimento della fase di liquidazione, in conformità alla disciplina fissata, per le società di capitali, negli artt. 2484 ss.

Resta fermo che, in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite, è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanati ai soci (art. 2482-quater): le perdite devono, pertanto, incidere proprozionalmente su tutti i soci, in modo tale che ogni socio possa conservare, in misura percentualmente ridotta, l’originario valore della quota di partecipazione (resta, pertanto, invariato il rapporto aritmentico fra partecipazioni e capitale), come pure i connessi diritti.

## Le partecipazioni dei soci

### Le partecipazioni

In base all’art. 2468 comma 1, *le partecipazioni dei soci nella SRL* ***non possono essere rappresentate da azioni***: da questo deriva che le partecipazioni dei soci, a differenza di quanto avviene nella SPA, non possono essere incorporate in titoli. In caso di comproprietà della partecipazione, i diritti sociali sono esercitati da un rappresentnate comune, che deve essere nominato mediante le modalità di cui agli artt. 1105 e 1106.

Le partecipazioni dei soci, inoltre, non possono costituire oggetto di **offerta al pubblico di prodotti finanziari** (art. 2468 comma 1), in tal modo impedendo alla SRL di ricorrere al mercaot dei capitali di rischio.

Per le SRL PMI si prevede sia la possibilità di emettere dei titoli rappresentati la partecipazione, sia di accedere al mercato dei capitali con l’equity crowdfunding.

Le **partecipazioni** dei soci sono determinate ***in misura proprizionale al conferimento*** effettuato, anche se è possibile ex art. 2468 comma 2 introdurre una *diversa disposizione nell’atto costitutivo*: è così lecito (come nelle SPA) che i soci si accordino e introducano nell’atto costitutivo una previsione in base alla quale, ad es., due soci conferiscono entrambi una medesima somma, ma ad uno di essi è attribuita una partecipazione maggiore in considerazione del suo ruolo privilegiato e, soprattutto, dei suoi intensi rapporti con possibili clienti e fornitori.

La regola della proprizionalità è, poi, richiamata dal legislatore anche in relaizone ai **diritti sociali**: più precisamente, nell’art. 2468 comma 2, si riconosce in termini generali, che i diritti sociali spettano ai soci ***in misura proprizionale alla partecipazione*** da ciascuno posseduta; fermo, comunque, restando che vi possono essere dei diritti sociali che competono ai soci indipendentemente dalla entità della partecipazione detenuta (ad es. il diritto di impugnativa delle deliberazioni dell’assemblea che nelle SRL spetta a ciascun socio o il diritto di esperire l’azione sociale di resposnabilità contro gli amministratori).

### I diritti particolari del socio

L’atto costitutivo può prevedere l’***attribuzione a singoli soci* di diritti particolari** (art. 2468 comma 3). Il legislatore specifica, nella medesima norma, che i diritti particolari possono essere attribuiti solo ai soci (indipendentemente dall’entità della partecipazione) e non a soggetti terzi e riguardare l’***ammininistrazione della società*** o la ***distribuzione degli utili***.

Riguardo all’amministrazione possono essere attribuiti particolari privilegi per quanto riguarda:

1. La *facoltà di scelta di alcuni amministratori* o di esprimere il proprio gradimento in ordine alle persone designate dagli altri soci
2. La *riserva a favore del socio stesso della funzione di amministratore*
3. Il *diritto di veto o anche di decisione su determinati atti gestori*, fatto salvo quanto previsto dall’art. 2475.

Anche per la **distribuzione degli utili** si possono prevedere clausole che riservino ad uno o più soci percentuali qualificate e quindi disancorate dalla misura della partecipaizone sociale.

Si possono anche conferire diritti particolari per così dire “**atipici”**, quali ad es. un diritto di recesso al verificarsi di eventi che non legittimano invece al recesso gli altri soci, o un diritto particolare di prelazione o di nomina del sindaco e via elencando. Non vi sono limiti alla fantasia a meno che non si tocchino connotati tipologici del medesimo o norme poste a tutela di interessi di terzi.

Bisogna, poi, sottolineare che il legislatore ha voltuo assegnare *direttamente al socio* i diritti particolari. L’assegnazione dei suddetti diritti al socio e non alla partecipazione dovrebbe pertanto comportare che, in caso di **trasferimento** di quest’ultima, i diritti particolari non circolino con essa, ma si estinguano.

Tali diritti possono essere introdotti o modificati solo con il consenso unanime dei soci.

Tali diritti possono essere legati invece che al socio alle partecipazioni così che si possano trasferire.

### Il trasferimento delle partecipazioni

Le partecipazioni nella SRL sono **liberamente trasferibili** per atto tra vivi e per successione a caus adi morte, salvo contraria disposizione dell’atto costitutivo. Quest’ultimo può, pertanto, limitare il trasferimento delle partecipazioni, introducendo, ***clausole di gradimento*** o di  ***prelazione*** o anche ***escludendo del tutto la trasferibilità delle stesse***(in tal caso non opera il limite dei 5 anni fissato invece per la SPA).

Tuttavia in questi casi il legislatore concede il **diritto di recesso** ai sensi dell’art. 2473.

Il **trasferimento della partecipazione** è contenuta nell’art. 2470 e prevede la *sottoscrizione autenticata da parte di un notaio* e deve essere depositata e iscritta al registro delle imprese.

### Le operazioni sulle proprie partecipazioni e i vincoli sulle stesse

In forza dell’art. 2474 la SRL non può in alcun caso ***acquistare o accettaare in granzia* partecipazioni proprie**, ovvero ***accordare prestiti o fornire garanzia*** per il loro acquisto o la loro sottoscrizione. Nella SPA si ricorda invece è data la possibilità di acquistare azioni proprie.

Non vale per le PMI nel caso che le azioni siano finalizzate a piani di incentivazione che prevedano l’assegnazione di partecipazioni a dipendenti, collaboratori…

La partecipazione può formare oggetto di **espropriazione**. Il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel resgistro delle imprese. l’ordinanza del giudice dell’esecuzione che dispone la vendita della partecipazione deve essere notificata alla società a cura del creditore.

Infine la partecipazione può formare oggetto di **pegno, usufrutto e sequestro**. In tal caso, il legislatore nell’art. 2471-bis richiama le disposizioni di cui all’art. 2352 volte, in relazione alla SPA, a determinare i diritti spettanti al socio e/o al titolare del diritto firazionato, al cui cmmento, dunque, si rinvia.

## I canali di finanziamento della SRL

### I finanziamenti dei soci

I **finanziamenti** di cui ora ci occupiamo rappresentano operazioni effettuate a titolo di capitale di credito, con diritto di rimborso pieno, a favore del socio finanziatore, alla scadenza pattuita. In tal modo il socio intende assumere, per la somma erogata, la veste di puro e semplice *creditore* della società, concorrente sul patrimonio di quest’ultima, per il soddisfacimento della propria pretesa restitutoria, al pari di ogni altro creditore. Le ragioni, allora, che possono indurre un socio a preferire questaa soluzione negoziale appaiono intuitive. Tuttavia il credito dei soci sulla società è **postergato** rispetto a quello dei terzi. Tuttavia la postergazione trova applicazione solo nel caso in cui il credito sia stato concesso in un momento in cui la società aveva bisogno di un aumento di capitale in ragione dello squilibrio finanziario della società.

### Titoli di debito

L’art. 2483 consente alla SRL di emettere **titoli di debito** e, cioè, secondo la ricostruzione compiuta dalla prevalente dottrina, *titoli di massa* rappresentativi ciascuno della frazione predeterminata di un debito pecuniario. In tal modo la SRL può ricorrere, sia pure indirettamente e con i limiti di cui si parlerà a breve, al mercato del capitale di credito.

Per poter procedere all’emissione è necessaeia una ***apposita previsione nell’atto costitutivo***.

La decisione di emissione deve essere **iscritta** a cura degli amministratori presso il registro delle imprese.

Considerata la minore affidabilità sotto il profilo sia organizzativo che patrimoniale di questo tipo societario rispetto alla SPA, il legislatore prevede che i titoli di debito debbano essere **sottoscritti** unicamente da **investitori professionali** soggetti a vigilanzza prudenziale a norma delle leggi speciali i quali però possono cartolarizzarli e venderli nel mercato secondario a patto che in caso di insolvenza risponda l’invesitore professionale.

## L’uscita del socio dalla società

Di tenore analogo a quello della SPA è l’istituto del **recesso** (art. 2473), pensato a difesa del socio non assenziente, come contrappeso al potere della maggioranza di mutare la società fino nei suoi elementi fondanti. Proprio in quanto poggia su questa *ratio*, il diritto di abbandonare la società realizzando il valore effettivo dell’investimento è, almeno entro certi limiti, inderogabile dall’autonomia statutaria, che più liberamente può invece intervenire per *accrescere* le occasioni di esercizio di questo diritto.

Vi è anche disciplina **espulsione** (art. 2473-bis).

### Il recesso

Istituto regolato dal’art. 2473.

“L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione al trasferimento della sede all'estero alla eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'articolo 2468, quarto comma. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con un preavviso di almeno centottanta giorni; l'atto costitutivo può prevedere un periodo di preavviso di durata maggiore purché non superiore ad un anno.

I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso; in caso di disaccordo la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'articolo 1349.

Il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro centottanta giorni dalla comunicazione del medesimo fatta alla società. Esso può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi. Qualora ciò non avvenga, il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o, in mancanza, corrispondentemente riducendo il capitale sociale; in quest'ultimo caso si applica l'articolo 2482 e, qualora sulla base di esso non risulti possibile il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società viene posta in liquidazione.

Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.”

### Esclusione

Art. 2473-bis:

“L'atto costitutivo può prevedere specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio. In tal caso si applicano le disposizioni del precedente articolo, esclusa la possibilità del rimborso della partecipazione mediante riduzione del capitale sociale”

# Capitolo 27 – SRL struttura organizzativa

La disciplina concernente la struttura organizzativa della SRL si sviluppa, negli artt. 2475ss, secondo due linee direttrici fondamentali:

1. L’*estrema flessibilità del sistema di governo dell’impresa*
2. L’*attribuzione ai soci di un ruolo attivo e centrale nella vita della società*

Sulla superfice simile alla SPA: soci chiamati a decidere sulle modifiche strutturali dell’ente (ossia dell’atto costitutivo) e a nominare gli amministratori (art. 2479), hanno un organo amministrativo unipersonale o collegiale cui è affidata la gestione dell’impresa (art. 2475) e un organo per il controllo contabile e amministrativo se le dimensioni societarie superano una certa soglia.

Ma la coincidenza è solo apparente. Nella SPA la struttura organizzativa *per uffici*, con una rigorosa distribuzione delle competenze tra gli organi, è caratterizzata da una spiccata rigidità: l’azionista non ha poteri gestori né di controllo diretto, egli aderisce o disapprova le strategie imprenditoriali adottate dall’organo amministrativo investendo o disinvestendo dalla società; la logica di fondo che ispira la disciplina è quella di un organismo spersonalizzato a forte connotazione capitalistica. Nella SRL, per contro, i soci sono, singolarmente e come collettività, parte attiva dell’organismo: essi non sono affatto esclusi dalla gestione, ma possono traovarsi chiamati ad assumere ogni relativa decisione, se lo richieda la minoranza o uno degli amministratori; e ciascun partecipante ha accesso a tutte le informazioni e ai documenti societari, potendo promuovere individualmente l’azione di responsabilità e chiedere la revoca degli amministratori infedeli.

## Le competenze dei soci e i procedimenti decisionali

### Le competenze

Le competenze della collettività dei soci si distinguono in:

1. **Competenze necessarie:** l’art. 2479 comma 2 delinea l’area di riserva legale delle materie affidate *inderogabilmente* alla decisione del gruppo dei soci. Le ragioni della riserva consistono o nella rilevanza delle materie stesse, in quanto concernenti l’assetto fondamentale dell’ente (*modifiche dell’atto costitutivo, operazioni gestorie che comportano una sostanziale modifica dell’oggetto statutario o una rilevante modifica dei diritti dei soci*), o nella necessità di rispettare il normale equilibrio di poteri e di funzioni tra gli organi (*approvazione del bilancio, nomina del titolare del controllo o del revisore o revoca subordinata a giusta causa*).
2. **Competenze normali**, ma derogabili. Si tratta della *nomina degli aministratori e della distribuzione degli utili*. Tuttavia art. 2468 “Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.” Anche per gli utili si può prevedere che un socio li percepisca sempre indipendentemente dalla decisione dell’assemblea dei soci di distribuirli.
3. **Competenze legali eventuali:** l’art. 2479 comma 1 prevede che “i soci decidono… sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sottopongono alla loro approvazione”. Si tratta di una *competenza gestoria illimitata* (potenzialmente concernente, cioè, qualsiasi operazione imprenditoriale), *concorrente* con quella degli amministratori, ma *meramente eventuale* in quanto attivabile solo su richiesta dei soggetti indicati.
4. **Competenze esclusive statutarie:** l’atto costitutivo può attribuire ai soci *ulteriori e rafforzate competenze in ambito gestorio*. L’art. 2483 prevede che a costoro possa spettare il potere di emissione di titoli di debito.

***Il coinvolgimento dei soci nella gestione è*** dunque, nella srl, ***istituzionalizzato***. E questo ruolo si rispecchia nella disciplina della responsabilità per gli atti di *mala gestio*, per i quali, infatti, rispondono in solido con gli amministratori i soci che li hanno intenzionalmente decisi o autorizzati.

### I procedimenti decisionali: le alternative ed i vincoli

Il **procedimento** attraverso cui la collettività dei soci assume le proprie decisioni *non ha necessariamente natura assembleare*. L’art. 2479 comma 3 consente infatti all’atto costitutivo di “prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto”.

Ciò spiega il ricorso, nella disposizione in esame, al termine “**decisione”**, che indica ogni atto del gruppo dei soci. Le “**deliberazioni”** (art. 2479-bis) costituiscono pertanto solo una specie, un sottoinsieme del genus “decisioni”, individuando quelle adottate dall’assemblea; accanto a queste, dunque, possono profilarsi “**decisioni non assembleari”**, aventi il medesimo contenuto ed effetti, ma la cui formazione è soggetta a regole almeno parzialmente diverse.

Il **metodo assembleare** (collegiale: la delibera è assunta nel corso di una riunione, che garantisce l’unità di tempo e di luogo delle dichiarazioni di voto) resta per la verità, nella valutazione normativa, il modello principale e naturale, in quanto il più adatto, attraverso il dibattito ed il confronto tra i soci, all’assunzione di scelte ponderate ed equilibrate; da questo punto di vista, esso rafforza l’efficienza dell’azione societaria. Per tale motivo, le materie di maggiore importanza (*modifiche dell’atto costitutivo, operazioni gestorie fondamentali)* debbono essere *inderogabilmente trattate in assemblea*: l’art. 2479 comma 4 richiede infatti la collegialità con riferimento alle materie indicate nei nn. 4 e 5 del comma 2. Inoltre, l’adozione di procedure non collegiali (per le altre materie) non è ammessa se non vi è una corrispondente clausola dell’atto costitutivo.

I **procedimenti non assembleari** perseguono obiettivi di efficienza da un punto di vista diverso: essi consentono l’assunzione di decisioni con maggiore agilità e ne semplificano l’iter di formazione. La norma li identifica nella “consultazione scritta” e nel “consenso espresso per iscritto”; la formulazione è generica e le tecniche consentite sono molteplici, dalla sottoposizione ai soci di una proposta, inviata loro con qualsiasi mezzo (fax, mail, ecc.), sollecitandoli ad una dichiarazione di voto, adesiva o contraria, inviata con un mezzo analogo, fino alla circolazione tra i soci stessi di un documento contenete la proposta di decisione, che viene sottoscritto in calce da coloro che vi aderiscono.

Tuttavia, anche quando l’atto costitutivo li preveda, questi metodi soccombono, di fronte alla richiesta, avanzata da uno o più amministratori o dai soci che rappresentano almeno 1/3 del capitale, di sottoporre l’argomento alla discussione in assemblea.

### Le deliberazioni assembleari

Art. 2479-bis:

“L'atto costitutivo determina i modi di convocazione dell'assemblea dei soci, tali comunque da assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare. In mancanza la convocazione è effettuata mediante lettera raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima dell'adunanza nel domicilio risultante dal registro delle imprese [2366](1).

Se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il socio può farsi rappresentare in assemblea e la relativa documentazione è conservata secondo quanto prescritto dall'articolo 2478, primo comma, numero 2).

Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'articolo 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale.

L'assemblea è presieduta dalla persona indicata nell'atto costitutivo o, in mancanza, da quella designata dagli intervenuti. Il presidente dell'assemblea verifica la regolarità della costituzione, accerta l'identità e la legittimazione dei presenti, regola il suo svolgimento ed accerta i risultati delle votazioni; degli esiti di tali accertamenti deve essere dato conto nel verbale.

In ogni caso la deliberazione s'intende adottata quando ad essa partecipa l'intero capitale sociale e tutti gli amministratori e sindaci sono presenti o informati della riunione e nessuno si oppone alla trattazione dell'argomento(2).”

All’assemblea dei soci è dedicato l’art. 2479-bis. Il procedimento si snoda secondo il modello comune alle Spa (convocazione, intervento dei soci, discussione, votazione, proclamazione dei risultati, verbalizzazione), ma la disciplina risulta molto più scarna e frammentaria, il che pone immediatamente il problema del significato da attribuire al silenzio del legislatore e dell’integrazione delle eventuali **lacune**.

L’**applicazione in via analogica** della disciplina delle assemblee delle SPA su quella delle SRL non può essere automatica e generalizzata: la SRL ha proprie specificità sia per il maggiore spazio concesso all’autonomia statutaria, sia per la centralità che le persone dei soci hanno all’interno della struttura organizzativa; ciò comporta che il silenzio dell’art. 2479-bis su un determinato profilo regolato, per contro, nelle SPA potrebbe indicare non la presenza di una lacuna, ma semplicemrnte una apertura alla libertà negoziale dei soci; o che, comunque, l’applicazione della corrispondente disciplina azionaria potrebbe restare preclusa in quanto incompatibile con la peculiarità del tipo SRL. Ogni fase e profilo del procedimento deliberativo richiede dunque una ricostruzione specifica.

1. La **convocazione** avviene nelle forme indicate nell’atto costitutivo, tali comunque da assicurare la tempestiva informazione di tutti i soci sugli argomenti da trattare. Nel silenzio dell’atto costitutivo, vi si procede mediante lettera raccomandata spedita almeno otto giorni prima della riunione (comma 1). Questa è svolta presso la sede della società (comma 3).

La norma tace su chi sia **legittimato a procedere alla convocazione.** Deve tuttavia ritenersi che lo siano senz’altro gli amministratori (collegialmente, disgiuntamente o congiuntament ea seconda dlela forma di esercizio delle funzioni gestorie prescelta dall’atto costitutivo) ed eventualmente l’organo di controllo, se nominato e nelle ipotesi previste dall’art. 2406. È invece in dubbio se lo siano anche i soci che rappresentano 1/3 del capitale, o se invece, quando intendando sottoporre all’assemblea un argomento *ex* art. 2479 comma 1, essi debbano richiederne la convocazione agli amministratori.

1. Hanno **diritto di intervenire** *tutti i soci*. Il principio è espresso nell’art. 2479 comma 5 “ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni”. Ovviamente solo soci con diritto di voto (dal momento che le PMI possono emettere categorie di azioni diverse dalle plain vanilla).
2. L’assemblea, presieduta dalla persona indicata nell’atto costitutivo (che spesso la individua nel presidente del CDA, o nell’amministratore unico) o designata dagli intervenuti (comma 4), è validamente costituita se sono presenti tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale (***quorum* costitutivo**: e si deve intendere, la metà del capitale avente diritto di voto). Essa delibera con il voto favorevole della maggioranza del capitale presente, o, nelle materie indicate nei nn. 4 e 5 dell’art. 2479 (modifiche dell’atto costitutivo e operaizoni gestorie fondamentali) con una maggioranza raffortzata, che rappresenti almeno la metà del capitale sociale (***quorum* deliberativo;** sempre, del capitale con diritto di voto): art. 2479-bis comma 3 (mentre l’art. 3479 ultimo comma si riferisce solo alle decisioni non assembleari).

Non è dunque formalmente prevista, nelle SRL, una articolazione dell’assemblea ordinaria e straordinaria, ma, non diversamente dalla SPA, le deliberazioni più rilevanti richiedono maggioranze più elevate e sono soggette a regole formali più rigide (verbalizzaizone notarile per le modifche dell’atto costitutivo: art. 2480).

Neppure è prevista la scansione in una prima e in una seconda convocazione, con *quorum* più favorevoli in questa per l’assunzione delle decisioni. Pertanto, se non si raggiunge il *quorum*costitutivo nella prima e unica riunione prevista, è necessario riavviare *ex novo* l’*iter* procedimentale con una nuova convocazione. L’ato costitutivo può però introdurre un’assemblea di seconda convocazione, riducendo l’aliquota di capitale prevista dalla norma.

1. Il **voto** espresso da ciascun socio ha un ***peso proprozionale alla sua partecipazione*** (art. 2479 comma 5), salvo per le quote speciali (singole o standardizzate) con voto non proprozionale, eventualmente emesse dalla SRL PMI.
2. Anche delle assemblee di SRL deve essere redatto il **verbale** (per atto pubblico, se si tratta di deliberazioni modificative dell’atto costitutivo: art. 2480), da trascrivere nel libro delle deciioni dei soci (art. 2478, n. 2). Il contenuto e i tempi della sua redazione sono disciplinati, in via analogica, dall’art. 2375: esso deve dunque essere formato senza ritardo e deve indicare, almneo in allegato, l’identità dei partecipanti e il voto espresso da ciuscuno di essi (verbale analitico).
3. Un volta adottate (con la proclamazione presidenziale dei risultati), le delibere sono immediatamente efficaci, tranne quelle modificative dell’atto costitutivo, che acquistano efficacia con l’iscrizione nel registro delle imprese.

### Le decisioni non assembleari

Nessuna norma è dedicata alle tecniche non collegiali, che il legislatore si limita a individuare nella “consultazione scritta” e nel “consenso espresso per iscritto”. Si tratta, come si è detto, di formule generiche, che dunque lasciano ampia ***libertà nella determinazione dll’iter procedimentale***. Ciò che caratterizza questi meccanismi decisori è un connotato negativo, l’assenza di collegialità: l’atto è assunto al di fuori di qualsiasi riunione tra i soci, con benefici in termini di speditezza e costi.

Alcuni **principi** risultano tuttavia **inderogabili**. Tutti i soci devono essere informati in tempo utile dell’avvio del procedimento e tutti debbono potervi prendere parte.

### L’invalidità delle decisioni

L’art. 2479-ter disciplina l’invalidità delle decisioni, senza distinzione fra quelle assembleari e quelle non collegiali. Il sistema è analogo a quello delle SPA e, come questo, risulta totalmente autonomo rispetto allo schema nullità/annullabilità, proprio delle invalidità contrattuali, e ai suoi principi (artt. 1418 ss.): non a caso la norma codicistica ricorre al termine generico di **impugnazione**. Infatti, mentre la disciplina del contratto può focalizzarsi esclusivamente sul rispetto delle norme e sulla libera determinazione della volontà nella conclusione del contratto, e può approntare, in caso di vizi, rimedi finalizzati alla riduzione in prisitino delle situaizoni giuridiche, l’ordinbamento societario, pur non rinunciando a presiediare la conformità dell’azione collettiva alla legge ed all’atto costitutivo, deve al contempo, nel predisporre i rimedi attivabili in presenza di vizi, assicurare la stabilità delle operazioni economiche, essenziale per la sicurezza del traffico giuridico e per la stessa incentivazione delle iniziative produttive. Di qui la specialità della disciplina in esame.

Come nella SPA, i **vizi invalidanti** si dividono in due categorie: quella, generale, della *non conformità alla legge o all’atto costitutivo* (comma 1) e quella, più grave e specifica, che comprende l’*assenza assoluta di informazione* e l’*illiceità o impossibilità dell’oggetto*. Come si è rilevato, l’art. 2479-ter non ricorre alle nozioni di *annullabilità e nullità*: in entrambe le ipotesi, la decisione è *impugnabile*, ma diversi sono i soggetti legittimati e i termini, esattamente come nella SPA.

**Legittimato all’impugnazione** è ciascun socio che non abbia consentito alla decisione, ciascun amministratore e l’organo di controllo (se presente), nei casi di non conformità alla legge o all’atto costitutivo; chiunque vi abbia interesse, nei casi *assenza informazione o illiceità*. Proprio perché la legittimazione del socio non dipende, come invece nella SPA, dalle dimensioni della sua partecipazione, non è qui prevista la tutela risarcitoria di cui all’art. 2377.