



INDICE

Premessa	Pag. 3
Lo Statuto	Pag. 5
L'Assemblea ed il Consiglio di Amministrazione	Pag. 7
I nuovi sistemi di Amministrazione e Controllo	Pag. 11
Disciplina delle azioni e delle obbligazioni	Pag. 21
I Patti Parasociali	Pag. 26
Patrimoni e Finanziamenti destinati ad uno specifico scopo	Pag. 28
Considerazioni conclusive	Pag. 31



PREMESSA

Con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 si è inciso fortemente sulla disciplina vigente societaria, introducendo numerose e sostanziali novità. Consapevole della necessità di un periodo di tempo per studiarne a fondo tutte le implicazioni, il legislatore ha disposto che entri in vigore il 1 gennaio 2004.

Questo commento vuole offrire prime linee guida per orientarsi nella normativa che sembra essere maggiormente di interesse per le Associate, non ha sicuramente la pretesa di essere esaustivo.

Ci si sofferma esclusivamente sulla regolamentazione delle società per azioni e sulle seguenti specifiche tematiche: lo statuto, l'assemblea ed il consiglio di amministrazione, i nuovi sistemi di amministrazione e controllo, la responsabilità degli amministratori, la tipologia di azioni di società, i patti parasociali, i patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno scopo determinato.

In linea molto generale possono consegnarsi queste impressioni.

La riforma è improntata alla massima semplificazione delle procedure interne, a valorizzare l'autonomia statutaria, a depotenziare la rilevanza dell'assemblea a beneficio del consiglio di amministrazione, a responsabilizzare fortemente quest'ultimo, a ridisegnare la relazione tra amministrazione e controllo, consentendo la scelta tra tre modelli organizzativi, ad ampliare le possibilità di finanziarsi sia con l'emissione di particolari tipi di azioni sia con i patrimoni separati; infine, si pone una distinzione di fondo tra le società che fanno ricorso al capitale di rischio (cioè, ai sensi dell'art. 2325bis, emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante) e quelle che non lo fanno.





LO STATUTO

L'importanza che allo statuto dà la novellata disciplina si evince immediatamente dall'art. 2328, ult. comma, cod. civ. ai sensi del quale se il contenuto dell'atto costitutivo contrasta con quello dello statuto prevale quest'ultimo.

Scorriamo, allora, rapidamente le materie, che a me paiono di precipuo interesse per le Società associate, sulle quali può intervenire l'autonomia statutaria ed ovviamente per le quali è incisivo il cambiamento con la normativa previgente.

Innanzitutto lo statuto indica il valore nominale delle azioni ed eventualmente le condizioni e modalità di emissione, e, salvo diversa disposizione di leggi speciali, può escludere l'emissione dei relativi titoli o prevedere l'utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione. Sicché lo statuto può disciplinare categorie di azioni fornite di diritti diversi anche per quanto concerne l'incidenza delle perdite (art. 2348 cod. civ.), azioni correlate ai risultati sociali in un determinato settore (art. 2350 cod. civ.), azioni senza diritto di voto o con voto limitato o subordinato (art. 2351 cod. civ.).

Tenendo conto della copiosa giurisprudenza sul tema, si dispone che sono inefficaci le clausole dello statuto che sottopongono al gradimento di organi sociali o di altri soci la circolazione delle azioni se non prevedono l'obbligo di acquisto a carico di questi ultimi oppure il diritto di recesso dell'alienante.

Anche la determinazione della struttura e dei poteri del consiglio di amministrazione è affidata in maniera rilevante all'autonomia statutaria. Infatti, lo statuto può prevedere (art. 2380 cod. civ.) un sistema di governance e di controlli diverso da quello tradizionale, (consiglio di amministrazione, collegio sindacale e revisore), quale il sistema dualistico (consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza) e quello monistico (consiglio di amministrazione e comitato per il controllo sulla gestione). Inoltre, lo statuto stabilisce (altrimenti vi provvede l'assemblea) il numero degli amministratori, prevede le modalità di convocazione del consiglio, può consentire la delegabilità di alcuni poteri, la non rieleggibilità dei consiglieri (art. 2383 cod. civ.), attribuisce il potere di rappresentanza ad alcuni consiglieri ed i relativi limiti, può prevedere una particolare disciplina delle conseguenze derivanti dalla cessazione degli amministratori, stabi-



lendo particolari disposizioni per la loro sostituzione. Di grande interesse ed importanza è la possibilità di subordinare l'assunzione della carica di amministratore a requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza, qualità queste ampiamente condivise soprattutto nel sistema bancario. Innovativa è anche la norma che richiede una specifica previsione statutaria affinché l'assemblea possa determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti i consiglieri, compresi quelli investiti di particolari cariche (art. 2389, ult. comma, cod. civ.). Merita, infine, di essere segnalata la norma dell'art. 2365, secondo comma, cod. civ. che consente allo statuto di sottrarre alla competenza dell'assemblea a favore dell'organo amministrativo (o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione) importanti deliberazioni, specificamente indicate nell'articolo.

Nello strutturare il generale assetto societario, lo statuto, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato, può prevedere che il collegio sindacale eserciti anche il controllo contabile, contrariamente a quello che è il nuovo principio introdotto dalla normativa di affidamento di tale compito ad un revisore contabile o a una società di revisione, iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia (art. 2409bis, cod. civ.). In linea con una prassi ormai consolidata, lo statuto può prevedere che le riunioni del collegio sindacale si svolgano in video conferenza .

Infine, si consente allo statuto di dettare una normativa più restrittiva rispetto a quella ordinaria, da un lato sottraendo alla competenza degli amministratori la delibera di emissione delle obbligazioni, dall'altro prescrivendo maggioranze diverse da quelle previste dalla legge per la delibera di costituzione del patrimonio destinato da parte del consiglio di amministrazione o di gestione (art. 2447 ter, ult. comma, cod. civ.).

E' evidente, pertanto, che l'assemblea della società trova nella possibilità di definire nello statuto talune linee strutturali, organizzative e funzionali il principale momento di incisione sulla vita societaria che poi, invece, si affida soprattutto all'iniziativa ed all'attività del consiglio di amministrazione.



L'ASSEMBLEA ED IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

Evidente manifestazione della minor rilevanza attribuita all'organo assembleare in rapporto all'organo amministrativo nella vita societaria dalla nuova normativa si evince comparando il vecchio testo dell'art. 2364 cod. civ. ai nuovi artt. 2364 e 2364 bis cod. civ. (rispettivamente riguardo all'assemblea ordinaria delle società prive e con consiglio di sorveglianza) e dal novellato testo dell'art. 2365 cod. civ. Infatti è espressamente tolto ogni riferimento a deliberazioni interessanti l'attività gestoria (il vecchio testo recitava "... delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori ..."), tant'è che la sua competenza è limitata alle "autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti." (art. 2364, primo comma, n. 5, cod. civ.).

Il legislatore, insomma, si preoccupa di affidare ogni competenza, potere e relativa responsabilità gestorie esclusivamente all'organo amministrativo e vuole escludere qualsiasi copertura al loro operato in ragione dell'esistenza di una delibera assembleare. Non è più consentito con statuto, ma solo per legge, che i soci possano deliberare su atti gestionali, e la loro competenza può spingersi ad autorizzare il compimento di determinati atti da parte degli amministratori ma non a sostituirsi ad essi, e ciò vale qualunque sia il modello di governance adottato.

Anzi, qualora la società adotti il sistema di amministrazione dualistico, le competenze assembleari sono ulteriormente ridotte a favore del consiglio di sorveglianza che viene a svolgere un analogo ruolo.

Infatti, nelle società senza consiglio di sorveglianza, le competenze dell'assemblea si limitano all'approvazione del bilancio e dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari, alla nomina e revoca degli amministratori e alla delibera sulla loro responsabilità, alla nomina dei sindaci; nelle società con il consiglio di sorveglianza le competenze attengono alla nomina, revoca, determinazione del compenso e responsabilità dei loro membri, alla distribuzione degli utili e alla nomina del revisore.

Quanto all'assemblea straordinaria, è vero che l'art. 2365 cod. civ. riserva ancora al primo comma la competenza a deliberare sulle modifi-



cazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori (e su ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza), ma al secondo comma si consente allo statuto di prevedere che alcune decisioni incidenti sull'atto costitutivo della società, e prima di esclusiva competenza dell'assemblea straordinaria, siano assunte dall'organo amministrativo (o dal consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione). Mi riferisco alla delibera di fusione con società possedute almeno al 90%, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, la determinazione dei soggetti investiti della rappresentanza della società, la riduzione del capitale sociale quando il socio receda, l'adeguamento dello statuto a disposizioni normative, il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale. Se si prendono in considerazione poi quelle competenze che già prima erano delegabili dall'assemblea agli amministratori e che oggi trovano una specifica previsione normativa (ad esempio la delibera di aumento del capitale sociale e di emissione di obbligazioni convertibili in azioni) si comprende appieno la portata della riforma, nel segno del rafforzamento dei poteri dell'organo amministrativo (e nel contempo delle sue responsabilità) e di una semplificazione procedimentale.

Con riguardo a tale ultimo profilo, è significativa la disciplina della invalidità delle delibere assembleari che già ad una prima lettura pone problemi di coordinamento con la disciplina generale del codice civile in materia.

Innanzitutto, la normativa distingue le ipotesi di annullabilità da quelle di nullità, ma in ambedue i casi, prevedendo specifiche ipotesi di sottrazione della delibera al giudizio di invalidità (e di relativa inefficacia), si evidenzia la volontà del legislatore di preservare quanto più possibile l'espressione della volontà assembleare. E così l'art. 2377 cod. civ. fissa un quorum minimo di proprietà azionaria per poter impugnare la delibera (fermo restando comunque il diritto a chiedere il risarcimento dei danni cagionati dalla non conformità della deliberazione alla legge e allo statuto) ed esclude l'annullamento della delibera per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale. Si manifesta, dunque, l'attenzione del legislatore ad impedire che una minoranza risicata possa intralciare l'attività assembleare e a consentire che la maggioranza assembleare possa tranquillamente "abusare" della propria posizione dominante quando ciò, ovviamente, non infici in



modo grave la liceità dell'attività. Ed infatti, il legislatore si premura di avvertire che, ad esempio, se il singolo voto invalido è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta, la delibera assunta non si sottrae al giudizio di illiceità.

Maggiori problemi suscita, invece, la disciplina della nullità delle delibere assembleari, di cui agli artt. 2379, 2379bis e 2379ter cod. civ. soprattutto in ragione di talune previsioni, che contrastano apertamente con il principio della insanabilità del negozio giuridico nullo o dell'imprescrittibilità della relativa azione. Sono nulle le deliberazioni, in mancanza di convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale, di impossibilità o illiceità dell'oggetto, ma mentre è imprescrittibile l'azione di nullità solo per le delibere che modificano l'oggetto sociale inserendovi attività illecite o impossibili, per le altre sono fissati rigidi termini di prescrizione, che valgono anche per la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice (artt. 2379 e 2379ter cod. civ.). Si commina, dunque, la nullità ma poi la relativa azione potrebbe non essere esperibile perché è trascorso il termine indicato al primo comma dell'art. 2379 e all'art. 2379ter cod. civ.. Ed ancora, anche le cause di invalidità vanno valutate singolarmente, sicché la convocazione dell'assemblea sottoscritta da un membro dell'organo amministrativo o di controllo non comporta la nullità delle delibere assunte se comunque dall'avviso si ricava la data dell'assemblea e allo stesso modo il verbale non è considerato mancante se contiene la data e l'oggetto della deliberazione ed è sottoscritta dal presidente dell'assemblea o del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio. Anche per queste ipotesi il legislatore ritiene comunque garantita la sostanza dell'informazione, il rispetto della volontà assembleare pur in assenza di talune formalità. Anzi, su questa strada, il legislatore si spinge oltre, prevedendo specifiche ipotesi di sanatorie (art. 2379 bis cod. civ.) per mancata convocazione se l'interessato abbia dichiarato anche successivamente il proprio assenso allo svolgimento dell'assemblea, mentre la mancanza di verbalizzazione può essere sanata provvedendovi prima dell'assemblea successiva.

Mi chiedo se, al di là del merito della scelta legislativa - che in linea generale condivido, laddove si tende a far prevalere la sostanza sulla forma - non fosse stato meglio, nel rispetto delle rigide categorie civili-stiche in tema di invalidità, articolare meglio le ipotesi di distinzione tra annullabilità e nullità delle delibere, in ragione soprattutto della descritta regolamentazione della prescrizione dell'azione e della sanatoria.



Anche per le delibere del consiglio di amministrazione, il legislatore si preoccupa di dar loro maggiore certezza ed efficacia, riservandone l'impugnabilità, quando non sono prese in conformità della legge e dello statuto, al collegio sindacale e agli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; mentre per l'impugnazione da parte dei soci, quando le deliberazioni sono lesive dei loro diritti, trovano applicazione gli articoli attinenti all'annullabilità delle deliberazioni assembleari e al relativo procedimento di impugnazione (artt. 2377 e 2378 cod. civ.). Anche in queste ipotesi, dunque, vale il principio che i soci possono comunque agire per il risarcimento dei danni.

Un'ultima previsione che voglio evidenziare, e che legittima una prassi ormai abbastanza diffusa soprattutto nelle società di maggiori dimensioni territoriali, concerne la possibilità di avvalersi delle tecniche di telecomunicazione (le cc. dd. videoconferenze) sia per le riunioni assembleari che per quelle dell'organo amministrativo.



I NUOVI SISTEMI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO

La possibilità di adottare sistemi di amministrazione e di controllo diversi da quello tradizionale - che comunque rimane nella propria struttura essenziale - costituisce la novità sicuramente di maggior rilievo della riforma, ispirata da un lato allo statuto della società europea, così come stabilito dal Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea dell'8 ottobre 2001, e dall'altro agli ordinamenti tedesco e francese (soprattutto per quanto riguarda il sistema dualistico).

A voler schematizzare, distinguiamo il sistema tradizionale - con un amministratore unico o un consiglio di amministrazione, il collegio sindacale ed un revisore esterno - il sistema dualistico - con un consiglio di gestione, un consiglio di sorveglianza e un revisore esterno - il sistema monistico - con un consiglio di amministrazione ed un comitato per il controllo di gestione interno al consiglio, un revisore esterno - la cui differenziazione poggia su un diverso rapporto tra amministrazione e sorveglianza e con in comune il principio della separazione del controllo contabile (affidato al revisore o alla società di revisione esterni) dal controllo sulla gestione in senso lato.

a) Il sistema tradizionale

Iniziamo la nostra analisi dal sistema tradizionale, evidenziando le peculiarità maggiormente rilevanti con la previgente normativa.

Abbiamo già detto, ma non è inutile ripeterlo, che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, essendo stata l'assemblea privata di ogni competenza in merito.

L'organo amministrativo è di regola collegiale, ma, solo in questo sistema, è ammessa la figura dell'amministratore unico. Importante è il meccanismo delle deleghe, che si discosta da quello contemplato nella previgente normativa; infatti sono più numerose le funzioni non delegabili: facoltà di emissione delle obbligazioni (art. 2420ter, cod. civ.), redazione del bilancio (art. 2423 cod. civ.), aumento del capitale sociale (art. 2443 cod. civ.), riduzione del capitale per perdite (art. 2446 cod. civ.), pubblicazione di atti nel registro delle imprese (art. 2448 cod. civ.), redazione del progetto di fusione (art. 2501ter cod. civ.) e di scissione (art. 2506bis cod. civ.).



Interessante è la norma dell'art. 2381, terzo e quinto commi, cod. civ. dove si disciplina il rapporto tra il consiglio di amministrazione delegante e gli organi delegati. Il primo, infatti, deve determinare con precisione e chiarezza il contenuto ed i limiti delle deleghe, ma deve, nel contempo, continuare a valutare "l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società", esaminare "i piani strategici, industriali e finanziari della società", valutare insomma "sulla base della relazione degli organi delegati il generale andamento della gestione." In sostanza, la delega di funzioni non significa affatto un allentamento o addirittura un disinteressamento sull'andamento generale dell'attività societaria. Gli organi delegati non soltanto devono svolgere i compiti loro delegati, ma hanno precisi obblighi informativi nei confronti del consiglio cui devono relazionare con la periodicità indicata dallo statuto (o in ogni caso ogni sei mesi) e devono curare che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa." In verità, la norma non è molto chiara o perlomeno, così come è formulata, non facendo riferimento esclusivamente ai limiti della delega non sembra circoscrivere a quell'ambito l'attività degli organi delegati. Sembra cioè che il legislatore voglia che anche l'organo delegato continui ad occuparsi comunque come consigliere di amministrazione del generale andamento della società e di converso che ciascun consigliere vigili sull'attività dell'organo delegato ("Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relativamente alla gestione della società" art. 2381 ult. comma, cod. civ.).

La normativa prevede tre eccezioni al principio che la nomina degli amministratori spetti all'assemblea: lo statuto può prevedere che sia riservata la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione (o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco) ai possessori di strumenti finanziari dotati di diritto di voto su argomenti specificamente indicati (art. 2351, quarto comma, cod. civ.); nelle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici lo statuto può prevedere che spetti a loro la nomina di uno o più amministratori (o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza) (art. 2449 cod. civ.); anche nelle società non partecipate dallo Stato o da enti pubblici la legge o lo statuto possono prevedere analoga facoltà di nomina (art. 2450, cod. civ.).

Quanto alla durata in carica l'art. 2383, secondo comma, cod. civ., recepisce finalmente una prassi ormai ampiamente radicata, e cioè che



gli amministratori scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. Altrettanto recettiva della prassi è la norma dell'art. 2386 cod. civ. che consente allo statuto di riferire all'organo amministrativo la clausola simul stabunt simul cadent, cioè che alla cessazione di alcuni amministratori dalla carica consegua la cessazione dell'intero consiglio.

Particolarmente interessante, soprattutto con riguardo alla possibile interpretazione che ne possa trarre l'autorità di vigilanza bancaria nei confronti degli intermediari finanziari assoggettati al proprio controllo, è la normativa recata dall'art. 2387 cod. civ. che prevede che lo statuto possa "subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati." Orbene, è noto che l'art. 109 del Testo unico bancario prescrive requisiti di professionalità ed onorabilità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso gli intermediari finanziari. Non è, dunque, contemplato il requisito dell'indipendenza che, se dovesse essere introdotto, provocherebbe non pochi problemi nell'attuale assetto di composizione dei consigli di amministrazione degli intermediari finanziari. Infatti, ritengo che per amministratore indipendente –secondo l'indicazione fornita dallo stesso art. 2387 cod. civ. nel richiamo agli amministratori indipendenti nelle s.g.r.- debba intendersi chi non abbia compiti esecutivi, non abbia relazioni né con gli altri amministratori, né con la società stessa, né con società controllanti o comunque, facenti parte dello stesso gruppo. E la mancanza di rapporti riguarda non soltanto rapporti di lavoro subordinato ma anche autonomo. Comunque sul punto non è azzardato ritenere che si pronuncerà la Banca d'Italia per chiarire la portata della norma. Inoltre, l'art. 2390 cod. civ. prevede accanto ai tradizionali divieti di concorrenza anche quello di assumere la carica di amministratore e direttore generale in società concorrenti, ribadendo così quel forte disfavore che aveva denunciato la prevalente giurisprudenza.

La configurazione del nuovo modello di amministratore si completa con le norme sulla rappresentanza e sulla responsabilità. L'art. 2384 cod. civ. conferisce agli amministratori la rappresentanza "generale" della società: prima gli amministratori erano legittimati a compiere solo gli atti che rientravano nell'oggetto sociale. Essi, dunque, in base alla



nuova normativa possono compiere qualsiasi attività in nome della società, salva la responsabilità nei confronti della stessa., responsabilità che risulta fortemente aggravata e ampliata. Innanzitutto, l'art. 2392 cod. civ. non parametrà più la diligenza richiesta a quella del mandatario (e quindi del buon padre di famiglia) ma alla natura dell'incarico e alle singole specifiche competenze. Un problema interpretativo si pone con riguardo al secondo comma dell'art. 2392 cod. civ. che non reca più il richiamo alla responsabilità solidale degli amministratori "se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione", mentre, come si evidenziava prima, un tale compito sembra essere affidato a tutti gli amministratori dall'art 2381 cod. civ.: anzi, l'esplicito rinvio fatto a quest'ultimo articolo dal secondo comma dell'art. 2392 cod. civ. sembra proprio confermare tale considerazione. In sostanza, l'esclusione da responsabilità verso la società per i danni conseguenti ad atti relativi ad attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di amministratori all'uopo delegati, prescinde dal riconoscimento di un generale dovere di controllo di cui all'art. 2381 cod. civ. che incombe su tutti gli amministratori e che può dunque configurare una responsabilità a loro carico verso la società.

Anteriormente alla riforma, le delibere del consiglio di amministrazione godevano di una sorta di immunità, mentre ora l'interesse della società a concludere affari non prevale sul rispetto della legge e dell'atto costitutivo, ma può essere promossa dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti l'azione di annullamento, oltre che dai soci se le delibere siano lesive dei loro diritti. Sono fatti salvi solo i diritti dei terzi in buona fede per gli atti esecutivi di dette delibere.

Ulteriore difformità di disciplina rispetto al vecchio regime si configura nella regolamentazione delle situazioni in cui l'amministratore si trovi in conflitto di interessi con la società. Mentre prima l'amministratore doveva astenersi dal partecipare alla delibera che atteneva all'operazione incriminata, ora l'art. 2391 cod. civ. propone una disciplina molto più articolata. L'obbligo di astensione riguarda solo l'amministratore delegato, mentre gli altri sono tenuti ad una informativa agli altri consiglieri ed al collegio sindacale. Il compito di valutare la sussistenza dell'interesse convergente o in conflitto con quello della società spetterà al consiglio che dovrà opportunamente motivare le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società. La delibera può essere impugnata se l'amministratore non dà notizia dell'esistenza dell'interesse personale, oppure se il consiglio non motiva la propria delibera o la delibera è adottata con il



voto determinante dell'amministratore interessato. Sono fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede. La norma prevede che nell'ipotesi di danni derivanti alla società (e quindi non solo "perdite") per l'azione o l'omissione dell'amministratore titolare di un interesse convergente o confliggente, questi sia chiamato a risarcirli. Anzi, il quinto comma dell'art. 2391 cod. civ. amplia l'ipotesi di responsabilità per danni alle ipotesi, spesso considerate dalla giurisprudenza, di utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie ed opportunità di affari appresi nell'esercizio dell'incarico di amministratore. Ulteriore importante innovazione è quella recata dall'art. 2393bis cod. civ. di previsione che l'azione di responsabilità possa essere esperita anche da una minoranza qualificata di soci.

E' evidente pertanto dalla lettura della rinnovata normativa sugli amministratori nel sistema tradizionale (ma gran parte delle norme sono applicabili anche agli altri sistemi, dualistico e monistico) che all'ampliamento dei poteri di gestione, al rafforzamento del loro ruolo nell'ambito della compagine sociale, corrisponde un aggravamento di compiti e responsabilità, senza che possano sottrarsi al giudizio di responsabilità neanche nei riguardi dei soci di minoranza. Effettivamente risulta ridisegnato il loro ruolo nell'interesse dell'intera società e non più solo della maggioranza dei soci di cui sono generalmente ed ovviamente espressione. A questo punto sarà opportuno e necessario verificare quale sia il rapporto tra la disciplina dei poteri e delle responsabilità che fanno capo agli amministratori e quella recata dal d. lgs n. 231/2002 sulla responsabilità amministrativa delle società. E' noto, infatti, che il suddetto provvedimento "disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati" ed il suo presupposto è che i reati siano stati commessi da soggetti in posizione apicale o sottoposti alla direzione o vigilanza di questi ultimi, "nell'interesse" o a "vantaggio" della società stessa. In particolare, di fronte al rilevato acquisito rafforzamento dei poteri dell'organo amministrativo rispetto a quelli propri dell'assemblea, mi chiedo se quest'ultima non possa in qualche modo pretendere il rispetto della suddetta normativa - al momento ancora facoltativa - per tutelare in generale gli interessi societari. Inoltre, poiché il giudice può escludere la sussistenza in capo alla società della responsabilità se "l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" oppure se si dimostra che "le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i



modelli di organizzazione e di gestione", risalta immediato il riferimento al novellato art. 2381 cod. civ. che tra gli obblighi propri del consiglio di amministrazione e degli amministratori delegati specifica la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Per quanto attiene all'organo di controllo, rimane la figura del collegio sindacale, ma, diversamente rispetto alla normativa previgente, allo stesso è attribuito il compito di vigilare "sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo - ancora una volta è immediato il richiamo al d. lgs n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa - amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento" (art. 2403 cod. civ.). Il controllo contabile, che costituiva il principale compito attribuito dalla vecchia normativa alla competenza del collegio sindacale, può essere ancora esercitato dal collegio sindacale solo se lo prevede lo statuto e la società non sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato e non faccia ricorso al mercato del capitale di rischio. Il regime ordinario, quindi, anche nel sistema tradizionale affida il controllo contabile ad un revisore contabile o ad una società di revisione iscritti nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia.

In sostanza, ai sindaci sono affidati poteri ispettivi e di controllo non solo sull'operato degli amministratori ma in generale sull'andamento della società, sul suo assetto organizzativo ed amministrativo. In tale ruolo essi devono dar conto di grande professionalità, tant'è che la loro responsabilità non è più parametrata alla diligenza del mandatario (e quindi del buon padre di famiglia), ma alla professionalità e alla diligenza richieste dalla natura dell'incarico (art. 2407 cod. civ.).

Per quanto riguarda il controllo contabile, esso si sostanzia: nella verifica nel corso dell'esercizio e con periodicità almeno trimestrale della regolare tenuta della contabilità sociale e nella corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione; nella verifica che il bilancio di esercizio (e, ove redatto, quello consolidato) corrispondono alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e che siano conformi alle norme che li disciplinano; nella espressione in apposita relazione di un giudizio sul bilancio di esercizio (e sul bilancio consolidato se redatto). Il legislatore si preoccupa che i revisori possano godere di ampia autonomia e indipendenza, tant'è che "l'incarico può essere revocato solo per

giusta causa, sentito il parere del collegio sindacale” e la deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto del Tribunale sentito l’interessato (art. 2409 quater cod. civ.) Inoltre, a garanzia della loro indipendenza non possono ricoprire tale ruolo i sindaci della società o di società controllate, delle società che la controllano o di quelle sottoposte a comune controllo, nonché coloro che si trovano nelle situazioni di incompatibilità previste per i sindaci al primo comma dell’art. 2399 cod. civ. (art. 2409 quinquies, cod. civ.). Quanto alla responsabilità essa è modellata su quella dei sindaci e sono responsabili nei confronti della società, dei soci e dei terzi per i danni derivanti dai loro doveri.

In conclusione, appare abbastanza chiaro il disegno legislativo di configurazione, nel sistema tradizionale, della società per azioni : all’assemblea competono poteri di carattere generale e, per così dire, di struttura, al consiglio di amministrazione ed agli amministratori delegati tutti i poteri di gestione, al collegio sindacale poteri di controllo e di ispezione sul generale andamento societario, al revisore o alla società di revisione poteri di controllo contabile.

b) Il sistema dualistico

Con il sistema dualistico e con quello monistico, sulla base di esperienze straniere - che in verità non hanno dato buoni risultati né avuto ampia diffusione, il legislatore introduce due sistemi alternativi a quello tradizionale, che ancor più impoveriscono di poteri l’assemblea.

Nel sistema dualistico si individuano due principali organismi, il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza. Al primo, composto almeno da due persone, spetta la gestione dell’impresa, secondo i poteri sostanzialmente previsti per il consiglio di amministrazione del sistema tradizionale (art. 2409 novies cod. civ.). Sono però vari i punti di differenziazione rispetto a quest’ultimo. Innanzitutto, l’organo non può essere unipersonale e soprattutto la nomina spetta al consiglio di sorveglianza (e non all’assemblea), previa determinazione del loro numero nello statuto (salvo i primi nominati nell’atto costitutivo).

Al consiglio di sorveglianza, composto da un numero di persone non inferiore a tre, (e per il quale non è prevista la figura del supplente) spetta oltre alla nomina e alla revoca dei componenti il consiglio di gestione, l’approvazione del bilancio di esercizio (e di quello consolidato), l’esercizio degli stessi compiti affidati dall’art. 2403, primo comma, cod. civ., al collegio sindacale, l’esercizio dell’azione di responsabilità nei confronti



dei componenti il consiglio di gestione, la presentazione della denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., ed infine di riferire per iscritto almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati. (art. 2409 terdecies cod. civ.). In definitiva, nel consiglio di sorveglianza vengono a fondersi poteri propri dell'assemblea e del collegio sindacale. Infine, il controllo contabile è affidato al revisore o alla società di revisione, secondo le modalità, le regole e nei limiti di quanto già esposto a proposito del sistema tradizionale, cui pertanto si rinvia.

Non può non rilevarsi criticamente la peculiarità della scelta operata dal legislatore per cui l'organo controllato (il consiglio di gestione) viene nominato dall'organo controllore (consiglio di sorveglianza), con la coincidenza, quindi, in capo a quest'ultimo di poteri di nomina e di controllo. Ecco perché il legislatore si preoccupa di prevedere rigide ipotesi di esclusione dalla eleggibilità a membro del consiglio di gestione (art. 2409 novies, quarto comma cod. civ.) e del consiglio di sorveglianza (art. 2409 duodecies, penultimo comma, cod. civ.), per evitare che possano sorgere conflittualità tra organi. Anzi, a tal proposito, si deve evidenziare che la revoca dei componenti il consiglio di sorveglianza spetta all'assemblea, con il riconoscimento del risarcimento dei danni se avviene senza giusta causa (art. 2409 duodecies, quinto comma, cod. civ.).

Si è già detto che al consiglio di gestione si applicano sostanzialmente tutte le norme previste per il consiglio di amministrazione nel sistema tradizionale, pertanto presenta forti caratteri di novità la previsione dell'art. 2409 decies cod. civ. sull'azione sociale di responsabilità. Il legislatore prevede, infatti, che l'azione contro i consiglieri di gestione possa essere esperita oltre che dalla società e dai soci anche dal consiglio di sorveglianza con delibera assunta a maggioranza dei suoi membri, con la revoca dell'ufficio del consigliere di gestione nei confronti del quale è proposta qualora sia presa con la maggioranza di due terzi dei componenti del consiglio di sorveglianza. In verità, si nutrono forti dubbi sull'efficacia in concreto di una tale previsione, atteso che difficilmente il consiglio di sorveglianza andrà a proporre l'azione di responsabilità verso i componenti del consiglio di gestione che ha esso stesso nominati e con il pericolo di vedersi contestare una responsabilità per *culpa in vigilando* (se non per *culpa in eligendo*).

In sintesi, dunque, nel sistema dualistico, si assiste alla scomparsa dell'assemblea (cui spetta in definitiva solo la nomina e la revoca dei



componenti il consiglio di sorveglianza) i cui poteri sono sostanzialmente acquisiti dal consiglio di sorveglianza che li somma a quelli propri del collegio sindacale, mentre tutti i poteri di gestione sono accentrati nel consiglio di gestione e il controllo contabile è affidato al revisore o alla società di revisione (salvo che non lo eserciti il consiglio di sorveglianza, nelle stesse ipotesi in cui, nel sistema tradizionale, possa esercitarlo il collegio sindacale).

c) Il sistema monistico

Ancora più anomalo rispetto al sistema tradizionale si presenta quello monistico, in cui l'organo di gestione e l'organo di controllo convivono all'interno dello stesso consiglio di amministrazione.

L'organo amministrativo deve avere necessariamente natura collegiale e al suo interno almeno un terzo dei componenti debbono soddisfare i requisiti di indipendenza richiesti per i sindaci (art. 2399 cod. civ.) o quelli ulteriori disposti da codici di comportamento o da società di gestione dei mercati regolamentati. Troveranno applicazione poi le norme che disciplinano l'organo amministrativo nel sistema tradizionale. In effetti, la novità dirimpante in questo sistema è rappresentata dalla previsione del comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409 octiesdecies, cod. civ.) composto da amministratori in possesso dei requisiti di onorabilità professionalità ed indipendenza. I suoi membri sono nominati dal consiglio di amministrazione stesso che ne determina il numero e ne sceglie almeno uno tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili, provvedendo alla immediata sostituzione scegliendolo tra gli altri amministratori, qualora, per qualsiasi causa, venga meno. Il comitato elegge al suo interno il presidente, vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione, svolge gli ulteriori compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione, attinenti soprattutto ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile, secondo quanto stabilito nel sistema tradizionale.

In definitiva, nel sistema monistico, all'assemblea oltre ai poteri di cui all'art. 2364 cod. civ. spetta il compito di nominare i componenti il consiglio di amministrazione, mentre quest'ultimo provvede in piena autonomia a determinare - con l'unico limite legislativo della richiesta di una peculiare professionalità - chi al proprio interno svolgerà funzioni gestio-



nali e chi poteri propriamente di controllo analogo a quello del collegio sindacale, mentre compete sempre al revisore o alla società di revisione quello contabile, secondo le regole e le condizioni già viste per il sistema tradizionale.



DISCIPLINA DELLE AZIONI E DELLE OBBLIGAZIONI

Che la disciplina delle azioni esca dalla riforma della disciplina delle società, adottata con il d. lgs n. 6/2003, completamente rinnovata è evidente già dal titolo della sezione V che non è più denominata solo “delle azioni” ma “delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi”. Ed invero il legislatore esalta con la nuova regolamentazione più la natura di strumento finanziario che non di titolo partecipativo, in linea, peraltro, con la più volte evidenziata perdita di peso dell’assemblea a vantaggio dell’organo amministrativo.

Con riguardo alla loro emissione l’art. 2346 cod. civ. prevede che essa possa essere anche esclusa dallo statuto, come nell’ipotesi –contemplata dall’art. 28 del d. lgs 24 giugno 1998 n. 213 (“Disposizioni per l’introduzione dell’Euro nell’ordinamento nazionale, a norma dell’art. 1 della legge 17 dicembre 1997, n. 433”) di dematerializzazione delle azioni. Nel precisare al secondo comma che lo statuto determina il valore nominale di ciascuna azione corrispondente ad una frazione del capitale sociale, il legislatore precisa poi che tale determinazione può anche mancare ed in tal caso le disposizioni che si riferiscono al valore nominale si applicheranno con riguardo al loro numero in rapporto al totale delle azioni emesse. Risulta chiaro pertanto che ciò che interessa non è la quantificazione del valore nominale dell’azione ma la percentuale che ciascuna azione rappresenta rispetto al capitale sociale e quindi, in sostanza, il numero di azioni emesse. Il rapporto tra valore dei conferimenti e quantità delle azioni da ciascun socio possedute è determinato dall’autonomia dei soci stessi, e non risponde a rigidi criteri di proporzionalità. Il quarto comma dell’art. 2346 cod. civ. prevede che a ciascun socio debba essere assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento, a meno che l’atto costitutivo non preveda una diversa assegnazione delle azioni. Il successivo quinto comma, a tutela dei terzi, dispone che in nessun caso il valore dei conferimenti possa essere complessivamente inferiore all’ammontare globale del capitale sociale. Nel generale contesto della disciplina del rapporto tra conferimenti e numero di azioni attribuite al singolo conferente, si inserisce anche la previsione dell’ultimo comma dell’art. 2346 cod. civ., ai sensi del quale la società, a seguito dell’apporto da parte dei soci o di



terzi anche di opere o servizi, emetta strumenti finanziari muniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti.

Per quanto riguarda la categoria delle azioni, importante novità è rappresentata dalla possibilità di creare azioni "fornite di diritti diversi anche per quanto concerne la incidenza delle perdite" (art. 2348, secondo comma, cod. civ.) ad esempio postergate nelle perdite. L'art. 2349 cod. civ. prevede che, a seguito di delibera dell'assemblea straordinaria di assegnazione di utili ai prestatori di lavoro, nei limiti di tale assegnazione si provveda alla emissione di speciali categorie di azioni da destinare a loro individualmente. Allo stesso modo, l'assemblea straordinaria può deliberare l'assegnazione di strumenti finanziari che attribuiscono esclusivamente diritti patrimoniali o amministrativi, senza diritto di voto.

Molto interessante è poi la possibilità contemplata dall'art. 2350 cod. civ. che la società - a prescindere dall'ipotesi dei "patrimoni destinati ad uno specifico affare" (di cui all'art. 2447 bis cod. civ.) - emetta azioni fornite di diritti correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore. Giustamente l'ultimo comma prevede che la corresponsione di utili ai possessori di tali azioni si abbia dopo l'approvazione del bilancio che preveda utili.

Articolata si presenta anche la norma dell'art. 2351 cod. civ., quanto alla possibilità di prevedere azioni senza diritto di voto o con voto limitato. La limitazione, infatti, può riguardare determinati argomenti, o risolversi nell'esercizio del diritto di voto al verificarsi di determinate condizioni. Il valore di tali azioni non potrà comunque superare la metà del capitale sociale e nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio si potrà prevedere che, in relazione alla quantità di azioni possedute da uno stesso soggetto, il diritto di voto sia esercitato in una misura massima o sia scaglionato.

Il legislatore approfitta dell'occasione del proprio intervento in materia per dare opportuni chiarimenti riguardo alla disciplina del pegno, usufrutto e sequestro di azioni. Innanzitutto il diritto di voto spetta, salvo patto contrario, rispettivamente al creditore pignoratizio, all'usufruttuario e al custode. Nelle azioni che attribuiscono un diritto di opzione, se il socio legittimato ad esercitarlo, non esegue almeno tre giorni prima della scadenza, il versamento delle somme necessarie, si provvederà all'alienazione per conto suo a mezzo banca o intermediario autorizzato. Ai sensi dell'art. 2442 cod. civ., in caso di aumento di capitale sociale

mediante passaggio di riserve a capitale, il pegno, l'usufrutto o il sequestro si estenderanno alle azioni di nuova emissione. Immutata è rimasta la disciplina dei versamenti sulle azioni (art. 2352, quarto comma, cod. civ.). Infine, l'ultimo comma detta una norma di chiusura, per cui, salvo che il titolo o il giudice non dispongano diversamente, gli altri diritti amministrativi spettano rispettivamente sia al socio che al creditore pignoratizio o all'usufruttuario, mentre nel caso del sequestro al solo custode.

In quanto titoli di credito la circolazione rappresenta una delle caratteristiche principali delle azioni ed il legislatore ne offre un'articolata regolamentazione soprattutto quanto ai limiti che possono essere previsti.

In caso di mancata emissione dei titoli azionari, la circolazione segue le regole per la cessione di quote di società a responsabilità limitata, ed è quindi necessaria l'iscrizione sul libro soci. Le azioni al portatore (se ammissibili) si trasferiscono con la consegna. Le azioni nominative si trasferiscono con la girata autenticata e per l'opponibilità alla società con l'iscrizione al libro soci. Il trasferimento può avvenire anche in maniera diversa rispetto alla girata, seguendo il procedimento di cui all'art. 2022 cod. civ.. Nel caso di strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione nei mercati regolamentati, il trasferimento si realizza mediante la scritturazione sugli appositi conti dove si registrano i movimenti e tale annotazione ha lo stesso valore della girata.

L'art. 2355 bis cod. civ. consente alla società di prevedere nello statuto che nel caso di azioni nominative e di mancata emissione di titoli azionari, il loro trasferimento sia assoggettato a particolari condizioni oppure addirittura sia vietato per un periodo non superiore a cinque anni. Ma sicuramente in tema di limiti alla circolazione delle azioni –che ai sensi dell'ultimo comma di detto articolo devono risultare dal titolo– la disciplina di maggior rilievo è quella attinente alle clausole di gradimento, disciplina che recepisce sostanzialmente le risultanze della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione. Si dispone, infatti, che la validità ed efficacia di clausole di gradimento degli organi sociali o degli altri soci al trasferimento siano subordinate alla previsione dell'obbligo di acquisto a carico della società (nei limiti e secondo le modalità previsti dall'art. 2357 cod. civ.) o degli altri soci oppure che debba essere riconosciuto il diritto di recesso dell'alienante. Il corrispettivo dell'acquisto o la quota di liquidazione sono determinati secondo le modalità previste dall'art. 2437 ter, cod. civ., che reca i criteri di determinazione del valore delle azioni in caso di recesso del socio.



Infine, l'art. 2355 bis cod. civ. prevede che alla stessa normativa soggiace il trasferimento a causa di morte delle azioni, presupponendone implicitamente la legittimità.

Sostanzialmente immutata la disciplina dell'acquisto di azioni proprie, delle altre operazioni su proprie azioni; importanti novità ritroviamo nel secondo comma dell'art. 2361 cod. civ., che, nel rilevare che la partecipazione in altre imprese comportanti una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea, viene a risolvere in senso positivo il dibattito da lungo tempo avviato dalla giurisprudenza di se una società di capitali (con autonomia patrimoniale perfetta) potesse partecipare in una società di persone (con autonomia patrimoniale imperfetta). In verità sul punto mi piace ricordare che Giuseppe Ferri liquidava la questione come un falso problema, in quanto pur nelle società con autonomia patrimoniale imperfetta la società di capitali che rispondeva illimitatamente poteva essere comunque aggredita fino a concorrenza del proprio patrimonio.

Una disciplina a sé è riservata all'ipotesi dell'unico azionista. Dal combinato disposto degli artt. 2325 e 2362 cod. civ. si ricava una regolamentazione fortemente innovativa rispetto al passato. Infatti, la limitazione di responsabilità posta dal primo comma dell'art. 2325 cod. civ. si estende anche al socio unico che abbia adempiuto alle obbligazioni previste per i conferimenti (in particolare al quarto comma dell'art. 2342 cod. civ.) e rispettato la pubblicità di cui all'art. 2362 cod. civ.. Insomma, gli amministratori devono nel termine di trenta giorni dall'iscrizione nel libro soci, depositare presso l'ufficio del registro delle imprese una dichiarazione contenente le precise generalità dell'unico socio; identico adempimento è richiesto quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci. D'altro canto tale peculiare disciplina dell'ipotesi della s.p.a. con unico azionista è coerente con la possibilità ora prevista di costituire, appunto, fin dall'inizio una s.p.a. con un atto unilaterale (innovando pertanto rispetto all'art. 2247 cod. civ. che si richiama invece al "contratto" di società).

Per quanto riguarda le obbligazioni, le principali innovazioni concernono l'organo deputato a deliberarne l'emissione che, salvo che lo statuto o la legge dispongano diversamente, sono gli amministratori, (mentre rimane la competenza dell'assemblea straordinaria per l'emissione delle obbligazioni convertibili); sia i limiti dell'emissione che siano pari ad una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale



sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato, limite che può essere ulteriormente superato se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate ad essere sottoscritte da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale.



I PATTI PARASOCIALI

Di fronte ad una giurisprudenza di legittimità e di merito non sempre chiara ed univoca sul punto, il legislatore ha scelto la strada di disciplinare i patti parasociali, con gli artt. 2341 bis e ter, anche se di una particolare categoria e secondo specifiche modalità. Come è noto prima solo la legge Draghi (d. lgs n. 58/1998, T.U. sull'intermediazione finanziaria) prevedeva la disciplina dei patti parasociali all'art. 122.

L'art. 2341 bis precisa che sono presi in considerazione i patti che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; quelli che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o di quelle delle loro controllanti; quelli che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società. Non soggiacciono, dunque, a questa disciplina quei patti che non incidono sulla vita societaria, né sull'affidamento e sui diritti degli altri soci. In particolare l'ultimo comma dell'art. 2341 bis precisa l'inapplicabilità della disciplina ai patti inerenti ad accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni e servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti al patto. Si giustifica l'esclusione rispettivamente da un lato in ragione della estraneità del patto alla vita interna della società e dall'altro perché la rilevata identità soggettiva porta a ritenere una sostanziale coincidenza tra gli interessi composti nel patto parasociale e quelli composti nel contratto di società.

Il profilo della disciplina di maggior rilievo è rappresentato dalla durata dei patti che nel tormentato iter di definizione normativa è stata fortemente criticata. La norma prevede che se i patti hanno una durata determinata essa possa essere al massimo di cinque anni, che sarà ridotta a cinque, qualora le parti ne avessero previsto una maggiore convenzionalmente; qualora i patti fossero a tempo indeterminato, ogni socio partecipante al patto potrà recedere in qualsiasi momento con un preavviso di almeno sei mesi.

Quanto alla prima tipologia di patti, evidentemente, essi si riferiscono alle modalità di esercizio del diritto di voto ma non il diritto di voto o la titolarità delle azioni.

La seconda categoria si riferisce ai sindacati di blocco, con i quali si intende limitare il trasferimento delle azioni al fine di stabilizzare gli assetti proprietari e il governo della società, soprattutto in fasi particolari della



vita societaria o in particolari contingenze operative.

La terza categoria è quella che riguarda i patti aventi ad oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulle società.

Il successivo art. 2341 ter cod. civ. assoggetta a particolare regime di pubblicità i patti parasociali nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sotto pena di divieto di esercizio del diritto di voto per le azioni cui si riferisce il patto, in caso di omessa dichiarazione del patto all'inizio dell'assemblea, mentre alcuna sanzione accompagna l'omessa comunicazione alla società (atteso che peraltro i soci ne avranno conoscenza all'apertura dei lavori assembleari).

La normativa pone un delicato problema di coordinamento e rapporto tra il diritto societario comune e la legislazione speciale. Si pone in particolare il problema di se l'art. 2341 ter cod. civ. abbia tacitamente abrogato parzialmente gli artt. 122 e ss. del Testo unico finanziario che regola la stessa materia (d. lgs n 58/1998). Sarà presumibilmente la giurisprudenza - se non ci sarà un aggiustamento di tiro da parte dello stesso legislatore - a sbrogliare l'intricata matassa.



PATRIMONI E FINANZIAMENTI DESTINATI AD UNO SPECIFICO SCOPO

Di estremo interesse anche per la presumibile utilizzazione che se ne potrà fare soprattutto tra le società operanti nel campo finanziario, è la disciplina recata dagli artt. 2447 bis - decies cod. civ., attinente ai “patrimoni destinati ad uno specifico affare”. In estrema sintesi la nuova normativa consente all’autonomia statutaria di separare parte del patrimonio sia contabilmente sia sul piano delle responsabilità. E’ vero che il nostro ordinamento già conosce casi nei quali si addivene a siffatta separazione, ad esempio nell’ambito della cartolarizzazione dei crediti; nell’eredità accettata con beneficio di inventario, nel fondo patrimoniale; ma nel caso che ci occupa rileva la destinazione ad uno specifico affare e la riserva di un determinato attivo patrimoniale a garanzia di taluni creditori, con esclusione della concorrenza degli altri creditori.

In particolare, la legge consente alla società di prevedere due modelli di patrimoni separati: costituzione di uno o più patrimoni separati, ciascuno dei quali è destinato ad uno specifico affare; stipulazione di un contratto di finanziamento per uno specifico affare in cui si conviene che il rimborso avverrà con i proventi dell’affare stesso o di parte di essi.

L’art. 2447 bis cod. civ. elenca quali dati devono essere indicati nella delibera di costituzione del patrimonio separato che può essere adottata, salvo diversa disposizione dello statuto, dal consiglio di amministrazione o di gestione a maggioranza assoluta dei suoi componenti. La rilevanza sostanziale della delibera impone che la stessa sia, a pena di nullità, verbalizzata dal notaio che provvederà al deposito e all’iscrizione, nel registro delle imprese secondo le modalità indicate nell’art. 2436 cod. civ. per le modifiche dell’atto costitutivo (art. 447 quater cod. civ.). Entro due mesi dall’iscrizione i creditori sociali possono fare opposizione, ma il Tribunale può comunque disporre l’esecuzione della delibera se la società presta idonee garanzie.

L’iscrizione della delibera si qualifica come pubblicità costitutiva, in quanto la stessa prende efficacia e può avere esecuzione solo dopo l’iscrizione e la mancata opposizione dei creditori sociali. Inoltre, se nel patrimonio separato sono compresi beni immobili o mobili registrati, la separazione è opponibile alla società solo dopo la trascrizione nei relativi registri, contro la società e a favore dello specifico affare: in mancan-

za il vincolo non è opponibile alla società.

Ovviamente il profilo di maggiore interesse attiene al regime delle responsabilità disciplinato dall'art. 2447 quinquies cod. civ., in forza del quale vengono in definitiva a crearsi diverse classi di creditori: quelli anteriori alla costituzione del patrimonio separato che, se non si oppongono e trascorrono due mesi dall'iscrizione della delibera o del provvedimento del Tribunale nel registro delle imprese, non possono più rivaleersi sui beni costituenti il patrimonio separato, salvo che per gli utili residui spettanti alla società; i creditori dello specifico affare nei confronti dei quali la società risponde nei limiti del patrimonio separato ad esso destinato; sopravvive la responsabilità illimitata della società qualora l'obbligazione creditoria derivi da fatto illecito o gli atti di gestione dello specifico affare non abbiano dato idonea pubblicità al vincolo di destinazione o la delibera costitutiva del patrimonio separato preveda una responsabilità illimitata della società per le obbligazioni contratte in relazione al singolo affare.

Gli artt. 2447 sexies, septies e novies cod. civ. prevedono le modalità di contabilizzazione, di rappresentazione in bilancio e di rendicontazione finale.

L'art. 2447 decies, cod. civ., infine, prevede la disciplina del finanziamento destinato ad uno specifico affare. In tal caso quei dati e quelle informazioni richiesti nell'ipotesi dianzi esposta e che devono risultare dalla delibera di costituzione del patrimonio saranno contenuti nel testo del contratto. Saranno i proventi dell'operazione a costituirsi come patrimonio separato da quello della società e da ogni altro patrimonio separato. In ragione della suddetta separazione, i creditori della società diversi dal finanziatore non potranno aggredire i proventi dell'operazione né i suoi frutti eventualmente originati in attesa del rimborso del finanziamento; mentre la garanzia del finanziatore è costituita esclusivamente dai proventi, i frutti e gli investimenti dell'operazione finanziata, con esclusione di ogni azione sul residuo patrimonio della società, salvo che fallisca prima della realizzazione dell'affare.

Ovviamente, il fenomeno del patrimonio separato va tenuto distinto dalle azioni fornite di diritti correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore, che nulla hanno a che vedere con l'autonomia del patrimonio che coinvolge in maniera diretta i diritti dei creditori sociali.

È, dunque, evidente, anche da questa sintetica esposizione della nuova disciplina, l'importanza che essa può assumere tra le diverse



forme di finanziamento dell'attività di impresa che la nuova normativa propone. Rilevanza ed interesse sia per la società che vi provvede sia per i creditori sociali che hanno la possibilità in tal modo di essere meglio garantiti sul rimborso del finanziamento effettuato.



CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I temi trattati che, ovviamente, non esauriscono l'intero contenuto della nuova normativa, danno già conto della rilevante portata della disciplina e dell'impatto che sicuramente avrà sul mercato.

I nuovi modelli di governance non avranno, ritengo, diffusione nel settore dell'intermediazione finanziaria che resterà legata al sistema tradizionale. Sono sicuro, invece, che soprattutto gli intermediari finanziari che esercitano l'attività di locazione finanziaria non si faranno sfuggire le opportunità di diversificare le fonti di finanziamento, i rischi operativi e le responsabilità offerte dalle nuove categorie di azioni di società e dall'introduzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Verificheremo col tempo e sul campo come in concreto le Associate si adegueranno a siffatta normativa, ma soprattutto come si attingerà l'intervento della Banca d'Italia in funzione di autorità di vigilanza.

E' da attendersi, infatti, l'emanazione di apposite circolari esplicative ed istruzioni operative non soltanto sui temi dianzi richiamati, ma anche su altri che sono lasciati, ad esempio, alla libera disponibilità dei soggetti nell'esercizio della propria autonomia statutaria. Mi riferisco, ad esempio, alla composizione dell'organo amministrativo, a proposito del quale la legge lascia alla previsione dello statuto la facoltà di prevedere che i suoi componenti soddisfino non soltanto i requisiti della professionalità ed onorabilità (secondo quanto già indicato nel testo unico del credito) ma anche di indipendenza. E così per quanto riguarda il profilo dei controlli interni, di quello contabile in particolare che, per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio né sono tenute a redigere il bilancio consolidato, può essere ancora di competenza del collegio sindacale e non necessariamente del revisore o della società di revisione. Quale sarà sul punto l'indirizzo che andrà ad indicare la Banca d'Italia che già si è soffermata sul ruolo e sulle competenze dell'internal auditing e del rapporto col collegio sindacale? E ciò peraltro tenendo conto anche della normativa - anch'essa in verità ancora facoltativa - recata dalla legge n. 231/2002 sulla responsabilità amministrativa che prevede un altro organismo di controllo, caratterizzato da piena autonomia rispetto agli altri organi societari, per monitorare il modello organizzativo per evitare la responsabilità della società nel caso della commissione di reati che rechino vantaggi alla stessa.



In conclusione, non è possibile per il momento ritenere conclusa con la normativa recata dal d. lgs n. 6/2003 la modifica della regolamentazione dell'attività delle società operanti nel settore dell'intermediazione finanziaria, perché proprio dalle autorità amministrative che vi sovrintendono potranno essere emanati provvedimenti di completamento, integrativi ed esplicativi della nuova disciplina. Conseguentemente anche il giudizio globale sul merito della riforma dovrà essere dunque rimandato a quel momento.