

CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO (Novembre 2002 – Marzo 2003)

## RIUNIONI DI STUDIO SULLA RIFORMA DELLE SOCIETA'

### AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO

Prof. Giovanni E. Colombo

#### ***I. AMMINISTRAZIONE DELLE SPA. - IL SISTEMA TRADIZIONALE.***

Cominciamo dalle modifiche apportate dalla riforma al sistema tradizionale di amministrazione delle s.p.a.

##### **1. Nomina.**

Nell'art. 2383 co. 1 c'è una sola novità: il richiamo all'art. 2351, il cui ultimo comma prevede che ai titolari degli strumenti finanziari previsti dagli artt. 2346 ult. co. (emessi a fronte di apporti di opera o di servizi) e 2349 co. 2 (emessi a favore di dipendenti) può essere riservata, secondo modalità stabilite dallo Statuto, "la nomina di un consigliere indipendente del CdA" (o del CdS, o di un sindaco). Il riferimento alla "indipendenza" rileva solo ai fini del sistema amministrativo c.d. monistico (o anglosassone), e non esclude certo che quel diritto di nomina possa essere attribuito anche ove la spa scelga il sistema di amministrazione tradizionale.

Può quindi accadere che, sui 3 o 5 consiglieri previsti dallo Statuto, l'assemblea ne possa nominare solo 2 o 4.

##### **2. Cessazione: art. 2386.**

a) Il co. 1 risolve il dubbio interpretativo posto - nel caso di consiglieri in numero pari - dal vigente art. 2386 co. 2: la lettera della vecchia norma ("se vien meno la maggioranza") poteva far pensare che, venuti meno 3 su 6, non era "venuta meno la maggioranza", pur se già prevaleva l'opposta soluzione (necessità che la maggioranza degli amministratori sia diretta espressione dell'assemblea); ora la regola è univoca in quest'ultimo senso: di un consiglio di 6, possono essere cooptati solo 2 membri.

b) Quanto alla durata in carica degli amministratori nominati dall'assemblea in sostituzione di quelli venuti meno, il co. 3 introduce, nel preesistente co. 3, un "salvo diversa disposizione dello Statuto o dell'assemblea": per esempio lo Statuto (o la delibera assembleare di nomina) potrà prevedere che anche gli amministratori nominati nell'ultimo anno del triennio o durino in carica un triennio esatto (soluzione sconsigliabile: occorrerebbe poi convocare un'assemblea apposita, alla scadenza dei tre anni dalla nomina, per la loro sostituzione), oppure che durino in carica fino all'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica.

c) Il co. 4 risolve il problema che spesso pongono le clausole stimul stabunt simul cadent redatte in termini generici ("verrà meno l'intero consiglio"): attualmente è dubbio se il "venir meno" abbia effetto immediato (sì che l'amministrazione ordinaria spetterà, ex art. 2386 co. 4 vigente, ai sindaci, ed anche la convocazione dell'assemblea per la nomina dei consiglieri sarà compito dei sindaci) oppure abbia effetto dalla ricostituzione del consiglio (sì che fino all'assemblea di nomina dei nuovi consiglieri, anzi fino all'accettazione della maggioranza di essi, il vecchio consiglio rimarrà in

carica); ora il co. 4 risolve il problema in questo secondo senso, a meno che la clausola preveda la cessazione immediata.

### **3. Poteri/doveri.**

a) L'art. 2380-bis stabilisce che "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

aa) Viene così esclusa, nelle spa, la possibilità che clausole statutarie riservino all'assemblea la competenza decisionale su particolari operazioni di gestione (acquisto - o alienazione - di partecipazioni importanti, di aziende, ecc.). Ciò non significa che lo Statuto non possa stabilire che l'assemblea venga chiamata a dare autorizzazioni per il compimento di determinati atti da parte degli amministratori: al contrario, questa possibilità è prevista espressamente dall'art. 2364 co. 1 n. 5; il quale tuttavia precisa che resta "ferma in ogni caso la responsabilità" degli amministratori "per gli atti compiuti". Formula, quest'ultima, che certamente si riferisce alla responsabilità verso la società (che la responsabilità verso i creditori non venga esclusa da un'autorizzazione dell'assemblea è sempre stato pacifico), e che risolve quindi in senso negativo il problema - oggi discusso, ma risolto prevalentemente in senso positivo - se l'autorizzazione assembleare impedisca poi l'azione sociale di responsabilità.

Potrebbe sorgere il dubbio se la responsabilità verso la società rimanga, o venga meno, quando gli amministratori, in base al rifiuto di autorizzazione da parte dell'assemblea, abbiano ommesso di compiere un atto che sarebbe stato utile compiere. Nel senso del permanere della responsabilità parrebbe deporre la formula dell'art. 2380-bis: il dovere esclusivo di attuare l'oggetto sociale parrebbe comprendere anche quello di non omettere operazioni utili a tal fine. In senso opposto depongono però sia la formula - usata nell'art. 2364 n. 5 - "autorizzazioni per il compimento di atti", che pare avere significato diverso da "pareri", sia la formula - sempre dell'art. 2364 n. 5 - che fa salva la responsabilità "per gli atti compiuti", non anche per non aver compiuto atti. Pare quindi più fondata la conclusione che, in presenza di un rifiuto di autorizzazione da parte dell'assemblea, gli amministratori debbano astenersi dal compiere l'operazione, pur se giudichino l'omissione non conveniente per la società.

ab) La nuova formula dell'art. 2364 (n. 5) non prevede più che gli amministratori possano di propria iniziativa "sottoporre all'esame dell'assemblea" la decisione su atti di gestione, in mancanza di previsione statutaria in tal senso. Non pare però che da questa modifica si debba trarre la conclusione dell'inammissibilità di una spontanea sottoposizione, dagli amministratori all'assemblea, del progetto di un'operazione di gestione: è vero che la delibera assembleare, in questo caso, non vincolerà gli amministratori né se essa sia positiva né (diversamente dal caso, visto or ora, in cui lo Statuto abbia previsto "autorizzazioni" dell'assemblea per determinati atti) se essa sia negativa; tuttavia tale delibera potrebbe avere il valore di una "consultazione", quindi essere utile come contributo di idee, o come "sondaggio".

b) La norma contenuta nell'art. 2381 co. 3 rende esplicito il dovere degli amministratori di dotare la società di un "adeguato" assetto organizzativo, amministrativo e contabile (il co. 5 attribuisce questo compito agli organi delegati, ed il co. 3 impone al consiglio il dovere di "valutare l'adeguatezza" dell'assetto organizzativo posto in essere dai delegati; è tuttavia ovvio che in mancanza di organi delegati il compito di dotare la società di quell'assetto "adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa" grava direttamente sull'intero consiglio). Si tratta di dovere da ritenersi già implicito, anche nel sistema vigente, nella funzione di amministrare una società: sotto questo profilo, quindi, la norma in esame non dice nulla di nuovo.

c) In tema di poteri di rappresentanza, non sembra innovativa nella sostanza la formula dell'art. 2384 co. 1 ("il potere di rappresentanza... è generale": frase che non può intendersi nel senso che lo statuto non possa limitare tale potere, visto che di limitazioni parla poi esplicitamente il co. 2; la formula ha quindi il solo significato di rendere inopponibili ai terzi i limiti statutari, i quali varranno - come già ora - solo nei rapporti interni tra amministratori e società); viceversa, contiene una profonda - e criticabile - novità il co. 2, il quale (implicitamente ma sicuramente) estende l'inopponibilità ai terzi dei limiti al potere rappresentativo, salva la prova del dolo del terzo, anche a quel particolare limite che deriva dall'oggetto sociale. Viene così meno la regola del vigente art. 2384-bis (opponibilità al terzo dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale, se si prova che il terzo non ignorava tale estraneità), a tutto danno della società: e non si capisce la giustificazione di tale soluzione.

#### **4. Funzionamento del CdA.**

a) In caso di organo amministrativo pluripersonale, l'art. 2381 co. 1 demanda allo Statuto la determinazione dei poteri e dei compiti del presidente del CdA; in mancanza, stabilisce che "il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'o.d.g. vengano fornite a tutti i consiglieri".

Nulla vieta poi - come non è vietato dal sistema vigente - che lo Statuto attribuisca al voto del presidente valore decisivo in caso di parità di voti dei presenti (l'art. 2388 co. 2 non è diverso da quello finora vigente).

b) Quanto ai quorum costitutivo e deliberativo, l'art. 2388 non innova: il co. 1 (quorum costitutivo) è identico a quello vigente; il co. 2 si limita a precisare, quanto al quorum deliberativo, che la maggioranza assoluta richiesta è quella "dei presenti" (interpretazione peraltro già pacifica); infine, pare ancora valido il principio che il quorum deliberativo si deve calcolare sul numero dei presenti depurato del numero dei consiglieri che si trovino in conflitto di interessi con riguardo all'oggetto della deliberazione, anche se - come vedremo - l'art. 2391 non prevede più esplicitamente un divieto di voto generalizzato per il consigliere in conflitto di interessi.

La sola vera novità dell'art. 2388, sotto il profilo del funzionamento dell'organo collegiale, sta quindi nell'espressa previsione dell'ammissibilità della clausola statutaria che consenta riunioni e deliberazioni "anche mediante mezzi di telecomunicazione", come peraltro già comunemente ritenuto.

c) L'invalidità delle delibere del CdA è ora regolata non più esclusivamente con riguardo all'ipotesi di conflitto di interessi, ma anche, in via generale, dall'art. 2388 co. 4 e 5.

La soluzione accolta è simile a quella che si era venuta consolidando, a partire dal 1982, in giurisprudenza: le delibere non prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate, entro 90 gg., solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti; il procedimento di impugnazione è regolato dall'art. 2378 "in quanto compatibile" (ciò ha rilevanza soprattutto quanto alla sospensibilità degli effetti della delibera: art. 2378 co. 3 e 4); infine, "possono essere impugnate dai soci le deliberazioni [consiliari] lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli artt. 2377 e 2378".

E' quest'ultima la regola che, presumibilmente, darà luogo a maggiori dubbi e difficoltà di applicazione, sia sotto il profilo dell'individuazione della fattispecie sia sotto quello della disciplina. Quanto al primo profilo, per esempio: può ritenersi lesivo di un diritto "di un socio" il rifiuto, opposto all'acquirente di azioni, del gradimento all'entrata in società, rifiuto deliberato dal CdA in

difformità dalla clausola statutaria sul gradimento? l'acquirente delle azioni, che subisce il rifiuto, può considerarsi "socio"? Oppure la delibera può essere impugnata, in questo caso, solo dall'alienante?

Non è difficile immaginare, più in generale, che il riferimento fatto dalla norma alla lesione di "diritti" del socio comporterà, da parte della giurisprudenza, la "moltiplicazione" dei diritti dei soci, cioè il riconoscimento di un "diritto soggettivo" in concomitanza con ogni norma oggettiva che tuteli anche, direttamente o indirettamente, interessi dei soci: c'è da temere una reviviscenza della teoria dei "diritti individuali degli azionisti", in controtendenza rispetto all'evoluzione dottrinale avutasi a partire dagli anni '60.

Sotto il secondo profilo, cioè sotto il profilo dell'individuazione delle regole dell'art. 2377 "compatibili" con l'impugnativa della delibera consiliare da parte del socio: è compatibile con l'impugnativa di una delibera consiliare il requisito - posto dall'art. 2377 co. 2 - del possesso di azioni che rappresentino il 5% del capitale? La mia risposta è decisamente negativa, ma non sono certo che questa sarà la soluzione che si imporrà.

Sarebbe stato meglio, a mio personale avviso, estendere alle delibere consiliari l'applicabilità dell'art. 2379 sulla nullità delle delibere assembleari aventi oggetto illecito.

d) Un discorso a parte merita, infine, la disciplina dell'ipotesi di consigliere in conflitto di interessi con la società.

L'art. 2391 da un lato opportunamente amplia i doveri del consigliere nel caso di delibera alla quale egli abbia, per conto proprio o di terzi, un interesse personale: anzitutto egli ha l'obbligo di dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale non solo quando il suo interesse è "in conflitto" con quello della società, ma in ogni caso in cui egli abbia "interesse in una determinata operazione", quindi anche quando il suo interesse gli sembri (od oggettivamente sia) non confliggente bensì coincidente, o compatibile, con l'interesse sociale; in secondo luogo la norma gli impone di dare agli altri amministratori un'informazione analitica, là dove richiede che - dell'interesse di cui è portatore - il consigliere precisi "la natura, i termini, l'origine e la portata" (formula nella quale è difficile attribuire ad ogni parola un significato preciso, ma che nel suo complesso significa che l'informazione deve essere dettagliata ed esaustiva).

D'altro lato, però, l'art. 2391 nuova versione non impone più espressamente il divieto, per l'amministratore in conflitto, di votare nella delibera: dopo avere stabilito che la delibera "deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione", aggiunge che, "nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi" (cioè: mancata o inadeguata informazione da parte del consigliere interessato, e/o mancata o inadeguata motivazione della convenienza dell'operazione per la società) "ovvero nel caso di deliberazioni... adottate col voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impuginate entro 90 giorni dagli amministratori e dal collegio sindacale; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma".

Benché sia caduto il divieto assoluto di voto per l'amministratore interessato, mi pare che esso sia rimasto integro nell'ipotesi in cui la delibera possa recare danno alla società (in tal senso è anche la Relazione), e che, conseguentemente, il rimedio dell'impugnabilità della delibera consiliare rimanga efficace come per il passato; anzi, ora la legittimazione all'impugnazione è attribuita anche ai consiglieri che abbiano votato a favore, se non è stata data adeguata informazione al consiglio sull'interesse personale dell'amministratore.

Per completare gli elementi di giudizio sulla nuova disciplina, va notato che il 4° comma dell'art. 2391, con la nuova formula "l'amministratore risponde dei danni [non più "delle perdite": quindi

anche, in ipotesi, del lucro cessante] derivati alla società dalla sua azione od omissione", gli addossa la responsabilità sia per il caso di omessa o inadeguata informazione al consiglio, sia per il caso in cui il suo voto sia stato determinante per l'approvazione dell'operazione.

Infine, quanto al profilo penalistico della disciplina, va notato che, pur non esistendo più - dalla riforma del diritto penale societario - la sanzione della multa per l'amministratore che non si è astenuto dalla deliberazione (sanzione che era prevista dall'abrogato art. 2631 co. 1), resta ferma, nell'art. 2634, la previsione della pena detentiva fino a tre anni per il caso in cui il consigliere in conflitto abbia concorso alla delibera: questa sanzione, però, è ora ricollegata non al solo fatto di non essersi astenuto - essendo in conflitto - da una delibera che ha cagionato danno, bensì all'aver concorso a tale delibera "al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio"; inoltre il reato ora non è più perseguibile d'ufficio, bensì solo a querela della società.

L'insieme delle innovazioni relative alla partecipazione al voto del consigliere in conflitto di interessi presenta, in definitiva, luci ed ombre: ampliamento degli obblighi di informazione del consiglio; sostanziale equivalenza rispetto al passato, anzi lieve miglioramento, della disciplina della sanzione civilistica (impugnabilità della delibera, obbligo risarcitorio); attenuazione della sanzione penale (necessità del dolo di profitto, punibilità a querela).

Benché il giudizio complessivo su queste innovazioni non possa essere negativo, non mi pare giustificato il tono trionfalistico col quale viene presentata la nuova disciplina nella relazione della Commissione ministeriale.

E' invece sicuramente da approvare l'esplicita previsione, nel 1° comma dell'art. 2391, del dovere, per l'amministratore delegato che abbia interesse in un'operazione, di astenersi dal compierla e di investire l'organo collegiale.

Importante, infine, è l'esplicita previsione della responsabilità dell'amministratore per danni derivati alla società dall'utilizzazione che egli abbia fatto, a vantaggio proprio o di terzi, di notizie od opportunità di affari di cui abbia avuto conoscenza nell'esercizio del suo incarico (art. 2391 ult. comma).

## **5. Le deleghe.**

a) Aumentano, nel nuovo testo dell'art. 2381, le materie non delegabili dal C.d.A.: a quelle previste dagli artt. 2423, 2443, 2446 e 2447 si aggiungono ora le attribuzioni indicate negli artt. 2420-ter (emissione di obbligazioni convertibili delegata dallo Statuto all'organo amministrativo), 2501-ter (approvazione del progetto di fusione) e 2505-bis (approvazione del progetto di scissione).

b) Semplici esplicitazioni di principi già pacifici sono, invece, le regole contenute nel co. 3 dell'art. 2381, e cioè quelle che il CdA determina "il contenuto" e "i limiti" della delega (indica cioè le materie delegate, e precisa, per esempio, se la delega è solo deliberativa o comprende anche - come è normale - il relativo potere rappresentativo) e determina "le eventuali modalità di esercizio della delega" (per esempio, disgiuntamente per certe categorie di atti, congiuntamente per certe altre), nonché la regola che il CdA "può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega": tutto ciò è già pressoché pacifico nella dottrina sulla delega di potere amministrativo.

c) Più specifiche sono le norme (art. 2381 co. 5) che pongono a carico degli organi delegati, oltre al dovere di curare che l'assetto organizzativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche il dovere di riferire al CdA ed al collegio sindacale, con la periodicità indicata dallo Statuto e in ogni caso almeno ogni 180 giorni (da intendersi come "ogni semestre"), non solo sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione ma anche sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e - regola importante - dalle sue controllate. Non vi è mai

stato dubbio sul dovere dei delegati di riferire al consiglio; nuove sono invece sia l'obbligatoria fissazione di un limite massimo semestrale tra una relazione e l'altra, sia l'estensione dell'informazione alle operazioni di rilievo compiute dalle società controllate (regola, quest'ultima, che sembra implicare un diritto-dovere degli organi delegati della società madre ad essere tempestivamente informati dagli organi della società figlia).

d) Qualcuno (Abbadessa) ha fatto rilevare che, non ripetendosi più nell'art. 2392 l'affermazione della responsabilità "in ogni caso" degli amministratori non delegati "se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione", la nuova disciplina parrebbe circoscrivere la funzione di controllo dei consiglieri non delegati alla valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo "sulla base delle informazioni ricevute" dai delegati ed alla valutazione del generale andamento della gestione "sulla base della relazione degli organi delegati". Il timore mi pare però eccessivo, alla luce dell'ult. comma dell'art. 2381, il quale stabilisce che "gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato": questa regola si applica non al solo collegio ma a ciascun amministratore, sì che la formula successiva "ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" va interpretata nel senso che quel diritto di ciascun amministratore si traduce in dovere ogni volta che la richiesta di informazione risulti, a diligente giudizio dell'amministratore, necessaria al fine di poter "agire in modo informato": in quell' "agire" in modo informato è infatti compreso anche l'impartire direttive agli organi delegati e l'avocare al consiglio operazioni rientranti nella delega (co. 3). La precisazione, contenuta nel co. 6 dell'art. 2381, che ciascun amministratore, in consiglio, può sempre richiedere informazioni sul generale andamento della gestione, e dettagli su singole operazioni, anche al di fuori ed al di là delle "relazioni almeno semestrali" obbligatorie, conferma tale conclusione.

La critica è tuttavia fondata quando si riferisce all'obbligo (dei delegati) di informare "almeno ogni 180 giorni": un'informazione almeno trimestrale parrebbe il minimo che un CdA possa richiedere per non operare alla cieca: di qui il mio personale consiglio ai notai a suggerire una clausola statutaria che abbrevi i tempi tra l'una e l'altra relazione dei delegati.

Il quesito più delicato è però quello se i consiglieri non delegati, oltre al diritto ad essere informati in consiglio dai delegati, abbiano anche il potere di compiere individualmente atti di ispezione e di controllo, esaminando testi contrattuali, ricevute, fatture e così via. Benché sia certo che tale potere spetta al CdA, credo che l'impostazione dell'art. 2381 faccia propendere per la risposta negativa, quanto a poteri legali individuali; credo peraltro che - in un sistema ispirato (secondo la legge delega) al principio dell'autonomia statutaria - nulla vieti che tale potere sia attribuito al singolo consigliere da una clausola statutaria.

Naturalmente una clausola di tal fatta potrebbe produrre vantaggi e svantaggi: vantaggi per la completezza dell'informazione di ciascun consigliere e, quindi, del CdA; svantaggi per il pericolo di iniziative di chicanerie da parte di un consigliere entrato in polemica con la maggioranza; svantaggi anche quanto ai temibili riflessi sulla responsabilità dei consiglieri non delegati, a ciascuno dei quali la giurisprudenza potrebbe essere tentata - a torto - di addebitare, come pretesa violazione del dovere di "agire in modo informato", il non aver compiuto indagini approfondite su questa o su quella operazione, visto che di compiere tali indagini egli aveva, per statuto, il potere.

## **7. La responsabilità.**

a) Una prima novità si trova nell'art. 2393 co. 2: l'azione sociale di responsabilità può essere deliberata, anche se non è all'o.d.g., dall'assemblea in occasione della discussione del bilancio solo "quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio".

Si tratta di delimitazione in sé opportuna, ma che meglio avrebbe potuto essere formulata "quando i fatti dai quali deriva la responsabilità emergono nell'esercizio cui si riferisce il bilancio": così come è scritto, infatti, il co. 2 sembra premiare gli amministratori che siano riusciti ad occultare le loro malefatte nel bilancio dell'esercizio, sì che gli effetti di esse emergano solo nell'esercizio successivo.

b) Una seconda novità riguarda il termine per l'esercizio dell'azione sociale: essa può essere esercitata (art. 2393 co. 3) "entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica". Poiché fino alla cessazione dalla carica il decorso della prescrizione è già sospeso per effetto di una norma generale (art. 2941 n. 7), la nuova regola pare avere come unico significato quello di introdurre un termine di decadenza: anche se il fatto dannoso compiuto dall'amministratore diviene conoscibile uno o due anni dopo la cessazione dalla carica, il termine quinquennale decorre comunque da quella cessazione.

c) La novità più importante è l'estensione anche alle spa non quotate dell'esercizio dell'azione sociale da parte della minoranza: art. 2393-bis.

Un'analisi puntuale dei problemi interpretativi di questa nuova norma (per la quale l'interprete potrà avvalersi delle discussioni - finora solo dottrinali - già svoltesi a proposito dell'art. 129 T.U.F.) non è possibile in questa sede. Basti accennare che: l'aliquota necessaria per poter esercitare l'azione a favore della società è fissata nel quinto del capitale sociale, salvo che lo Statuto fissi una quota inferiore o superiore (comunque mai superiore a un terzo); se la società fa appello al mercato del capitale di rischio, la misura fissata dalla legge è un ventesimo del capitale, e lo Statuto può solo ridurre tale quota; non è richiesto (diversamente che nel TUF, forse perché si immagina che per le spa non quotate l'acquisto di azioni "strumentale" all'esercizio dell'azione di responsabilità sia fenomeno poco probabile) che gli attori siano soci da un certo tempo; il risarcimento (in caso di azione vittoriosa) va ovviamente alla società, ma questa deve rimborsare agli attori le spese del giudizio, "e quelle per l'accertamento dei fatti", che gli attori non abbiano potuto recuperare dagli amministratori soccombenti; i soci che hanno agito possono rinunciare all'azione (più correttamente si sarebbe dovuto dire "al giudizio": l'azione, in capo alla società, ovviamente rimane: in altre parole, pur dopo che la minoranza avesse esercitato l'azione per un certo fatto dannoso ed avesse poi rinunciato, nulla impedirebbe all'assemblea di deliberare che la società eserciti direttamente l'azione di responsabilità per lo stesso fatto dannoso) o possono transigere, nel qual caso il corrispettivo versato dai convenuti va a beneficio della società; all'azione può rinunciare o transigere, previa delibera assembleare, anche la società, se non vi sia il voto contrario del quinto del capitale, o del ventesimo del capitale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, o della diversa aliquota prevista nello Statuto per l'esercizio dell'azione.

d) Nessuna novità in tema di azione di responsabilità dei creditori; quanto infine all'azione ex art. 2395, invece, l'unica novità è in tema di termine per l'esercizio, che viene fissato nei 5 anni "dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo", anche qui rendendo ininfluenza il successivo momento in cui il socio o il terzo abbia potuto avere conoscenza del fatto dannoso.

## ***II. I CONTROLLI NELLE S.P.A. CON SISTEMA AMMINISTRATIVO TRADIZIONALE.***

### **1. Collegio sindacale e revisore.**

Nelle spa che adottano il sistema amministrativo tradizionale, il collegio sindacale può svolgere anche la funzione di controllo contabile solo se la spa né fa ricorso al mercato del capitale di rischio né è tenuta alla redazione del bilancio consolidato: solo in presenza di queste due condizioni lo

Statuto può prevedere (art. 2409-bis) che il controllo contabile spetti al collegio sindacale (che, allora, dovrà essere costituito interamente da revisori contabili iscritti nell'apposito registro). In ogni altro caso, la riforma "sdoppia" i controlli tra collegio sindacale e revisore.

## **2. Le funzioni del collegio sindacale e quelle del revisore.**

a) Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, nonché "sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento" (art. 2403). La norma, simile a quella dell'art. 149 del T.U.F., sottolinea la funzione di controllo di legittimità sostanziale sulla vita della società e, in particolare, sulla gestione. Non si tratta di controllo "di merito", cioè "dell'opportunità" delle scelte di gestione, bensì di vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione: che la gestione venga svolta nell'interesse della società e nei limiti dell'oggetto sociale, che sia diligente ed informata, che non sia avventurosa, che ricorra alle necessarie competenze sia giuridiche sia tecniche; che, a tal fine, la società si sia dotata di strutture adeguate, con separazione di funzioni (ove ciò sia compatibile con le dimensioni della società), e che quelle strutture effettivamente operino.

Non è, quindi, solo un controllo "sugli amministratori", ma anche sull'idoneità ed il funzionamento delle strutture che da questi dipendono. In breve: si tratta di quei controlli che, in passato, i collegi sindacali talora trascuravano di compiere, per limitarsi a constatare che la contabilità fosse aggiornata, fosse riconciliabile con gli estratti conto bancari, che non vi fossero ammanchi di cassa, che fossero versati i contributi e le ritenute, e simili "grossolanità".

A mio avviso, tutto ciò non costituisce una novità: novità - certamente opportuna - è solo l'aver reso esplicito che tutto ciò costituisce oggetto del dovere di vigilanza del collegio sindacale.

b) Il revisore, invece, svolge esclusivamente funzioni di controllo contabile, che l'art. 2409-ter specifica in: a) verifica, almeno trimestrale, della regolare tenuta della contabilità e della corretta rilevazione, nelle scritture, dei fatti di gestione; b) verifica che il bilancio (ed il bilancio consolidato, se esista) corrispondano alle risultanze contabili e siano conformi alle norme; c) redazione di una relazione contenente un giudizio sul bilancio (e sul consolidato).

## **3. Nomina e requisiti dei sindaci.**

a) Come già ora, il collegio dovrà essere composto da tre o cinque membri effettivi, più due supplenti, nominati dall'assemblea, che nomina anche il Presidente del collegio. Uno almeno (sia degli effettivi sia dei supplenti) deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili; gli altri in albi professionali individuati con decreto del Min. Giustizia, o tra professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche (art. 2397).

Il collegio scade alla data dell'assemblea per l'approvazione del bilancio del terzo esercizio di carica; vi è inoltre un'espressa enunciazione del principio della prorogatio, ma solo per il caso di cessazione per scadenza (art. 2400 co. 1: la cessazione per scadenza del termine "ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito"), non anche per i casi di dimissioni tali da far venir meno il plenum del collegio nonostante il subentro dei supplenti.

b) Tra le cause di ineleggibilità (e di decadenza) l'art. 2399 introduce la parentela o affinità con gli amministratori non solo di società controllate, ma anche di società controllanti o sottoposte a comune controllo, nonché l'essere legati alla società o a società controllate "o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo" da un "rapporto di lavoro o da un rapporto

continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita o da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza".

ba) Si noterà, in primo luogo, l'estensione del rapporto, costituente impedimento, a quello con le società controllanti (come già è accaduto con l'art. 148 co. 2 TUF): nel sistema vigente (salvo che appunto, a partire dal 1998, per le spa quotate) era -ed è - del tutto lecito che un funzionario della società controllante A venisse designato sindaco della controllata B; purché non fosse collocato in posizione di sudditanza rispetto agli amministratori della stessa società B (o delle società da questa controllate C o D, a loro volta "suddite" degli amministratori della B) egli poteva benissimo essere un fiduciario dell'azionista di maggioranza, sia che quest'ultimo fosse il sig. Colombo sia che fosse la società A, controllante la B. In sintesi: il sindaco, pur dovendo agire in modo indipendente, era visto anzitutto come "l'occhio dell'azionista". Ora invece la legge vuole l'indipendenza del sindaco anche dall'azionista di maggioranza; ma non applica questa nuova "filosofia del collegio sindacale" - che ne fa un organo "istituzionalmente terzo" rispetto all'azionista di controllo - con coerenza, perché non vieta affatto che venga nominato sindaco il dipendente dell'azionista di controllo sig. Colombo (nemmeno se il sig. Colombo sia titolare di un'impresa: "impresa controllante"): vieta solo che sia nominato sindaco il dipendente della società controllante A.

bb) Per altro verso, si noterà la minor ampiezza del "tipo" di rapporto che, per l'art. 2399, esclude l'indipendenza, rispetto alla parallela norma del TUF: l'art. 148 TUF, con formula troppo vaga e fonte di dubbi interpretativi, prevede come causa di incompatibilità "rapporti di lavoro autonomo o subordinato" con la società o con la controllante o le controllate; l'art. 2399 nuova versione con l'espressione "rapporto di lavoro" si riferisce al lavoro subordinato (ed a tale proposito nulla cambia), mentre quanto al lavoro autonomo richiede specificamente un "rapporto continuativo" di consulenza o di prestazione d'opera retribuita; salvo poi non avere il coraggio di fermarsi lì, visto che aggiunge una clausola generale di chiusura ("altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza") idonea a dar origine ad ogni sorta di dubbi, proprio in una materia che dovrebbe consentire una valutazione immediata e certa di eleggibilità od ineleggibilità. Una evidente soluzione di compromesso, ben poco "efficiente".

#### **4. Poteri-doveri dei sindaci e funzionamento del collegio.**

a) Quanto alla richiesta di notizie agli amministratori, l'art. 2403-bis co. 2 attribuisce al collegio il potere di richiedere agli amministratori notizie (sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari) "anche con riferimento a società controllate"; sempre nella stessa linea, autorizza il collegio a "scambiare informazioni con i corrispondenti organi di controllo delle società controllate", sia pur limitatamente ai "sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale": ciò necessariamente significa che il collegio sindacale della controllata può, a sua volta, anzi deve fornire quelle informazioni al collegio sindacale della controllante. Ciò comporta che la circolazione delle informazioni infragruppo viene favorita e stimolata non solo a livello di organi amministrativi (si ricordi il dovere degli amministratori delegati di riferire al consiglio anche sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalle società controllate: art. 2381 co. 5) ma anche a livello di organi di controllo.

b) Il dovere dei sindaci di partecipare alle assemblee ed alle riunioni del C.d.A. è opportunamente esteso (come già per le spa quotate) alla partecipazione alle riunioni dell'eventuale Comitato Esecutivo (art. 2405, 1° e 2° comma).

c) Il dovere del collegio sindacale di convocare l'assemblea (art. 2406) è esteso al caso di "ingiustificato ritardo" da parte degli amministratori; risolvendo un problema discusso nel sistema

finora vigente, l'art. 2406 co. 2 attribuisce inoltre al collegio il potere di convocare l'assemblea nei casi in cui esso - pur in mancanza di denuncia ex art. 2408 - nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di particolare gravità e vi sia urgente necessità di provvedere.

d) Quanto al funzionamento del collegio, l'art. 2404 introduce la possibilità, se lo Statuto lo consente, di riunioni "con mezzi telematici", ed introduce la distinzione tra quorum costitutivo (presenza della maggioranza dei sindaci) e quorum deliberativo (maggioranza assoluta dei presenti). Sia l'una che l'altra innovazione (entrambe dell'ultima ora) sono di dubbia opportunità: la prima perché spesso le riunioni richiederanno l'esame collegiale di documenti, che parrebbe utile poter esaminare "dal vivo"; la seconda perché, in un collegio (normalmente) di tre componenti, la maggioranza dei componenti è due, e la "maggioranza assoluta" di due è ancora due.

## **5. Il controllo contabile.**

a) Può essere affidato a un singolo revisore contabile, o a una società di revisione iscritta nel registro dei revisori. Non si tratta necessariamente di una società di revisione iscritta all'albo Consob. Come è noto, in sede di attuazione dell'VIII direttiva CEE il d. lgs. 27.1.1992 n. 88 ha introdotto, a fianco delle società di revisione previste dal d.p.r. 136/1975 (iscritte nell'albo Consob), la nuova figura delle "società di revisione iscritte nel registro dei revisori contabili" e non iscritte all'albo Consob (art. 6 d. lgs. 88/1992).

Al momento dell'introduzione, in quel d. lgs., della norma che consentiva che nel registro venissero iscritte società formate da revisori contabili ed aventi per oggetto esclusivo la revisione e l'organizzazione contabile di aziende, queste società parevano un inutile fantasma: non potendo una società essere nominata sindaco, né potendo essa svolgere la revisione contabile obbligatoria se non era iscritta all'albo Consob, questa categoria di società sembrava destinata a non far nulla, se non la revisione volontaria (peraltro di fatto solitamente affidata, per motivi di prestigio, alle grandi società di revisione internazionali). Ma l'art. 6 del d. lgs. 88/1992 fu voluto, dalla Commissione d'Alessandro, proprio al fine di preconstituire lo strumento legale al quale affidare il controllo contabile qualora, in futuro, esso fosse stato sottratto al collegio sindacale. E' ciò che avviene ora, ad oltre dieci anni di distanza. Si noti che, per l'art. 2409-bis co. 2, se la spa fa ricorso al mercato del capitale di rischio essa deve nominare revisore una società di revisione, non un revisore singolo; in questo caso la società di revisione è soggetta - dice l'art. 2409-bis co. 2 - alla vigilanza della Consob (quindi all'applicazione dell'art. 162 TUF e, probabilmente, anche del co. 1 dell'art. 163 TUF) ed alla "disciplina sullo svolgimento dell'attività di revisione" prevista per le società quotate: formula, quest'ultima, alquanto vaga, che pare voler richiamare altre norme del TUF senza chiarire "quali": problema che possiamo, in questa sede, accantonare.

b) L'incarico del controllo contabile è conferito (art. 2409-quater) dall'assemblea, "sentito il collegio sindacale" (parere obbligatorio ma non vincolante); dura un triennio; è revocabile solo per giusta causa, sentito il parere del collegio sindacale; la delibera di revoca deve essere approvata dal Tribunale, dopo aver sentito l'interessato.

c) Quanto alle cause di ineleggibilità (art. 2409-quinquies), esse sono le stesse che per i sindaci; inoltre non è eleggibile a revisore chi è sindaco della società o di società controllate, controllanti o sottoposte a comune controllo.

d) La responsabilità del revisore contabile è regolata (art. 2409-sexies) come quella dei sindaci; in caso di società di revisione, rispondono solidalmente con essa "i soggetti che hanno effettuato il controllo contabile": formula da intendersi, anche in coerenza con l'art. 164 co. 2 TUF, come riferita alla responsabilità solo per i danni conseguenti a specifici inadempimenti compiuti dal

singolo soggetto che ha collaborato nell'attività di revisione. Anche qui l'azione si prescrive (così la lettera dell'art. 2409-sexies co. 3) nel termine di cinque anni dalla cessazione dell'incarico.

e) Infine l'art. 2409-septies rimedia all'unico inconveniente che potrebbe derivare dalla separazione tra controllo sulla gestione e controllo contabile (quello della mancata conoscenza, da parte del revisore, di irregolarità di specifici atti, suscettibili di riflettersi sulla loro contabilizzazione, e - reciprocamente - della mancata conoscenza, da parte dei sindaci, di irregolarità contabili) imponendo al collegio sindacale ed al revisore di scambiarsi tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti.

### **III. AMMINISTRAZIONE E CONTROLLI DELLE S.P.A. NEL SISTEMA DUALISTICO.**

#### **1. Il sistema dualistico.**

Si basa sulla coesistenza di un Consiglio di Sorveglianza (CdS) nominato dall'assemblea, e di un Consiglio di Gestione (CdG) nominato e controllato dal Consiglio di Sorveglianza; nonché sull'esistenza - senza eccezioni - del revisore contabile.

A prima vista si sarebbe tentati di dire che questo sistema si differenzia da quello tradizionale solo perché gli amministratori (=CdG) sono nominati, anziché dall'assemblea, dai sindaci (=CdS). In realtà le differenze sono più profonde: il CdS, oltre a svolgere le funzioni del collegio sindacale, non solo nomina e revoca i componenti del CdG, ma da un lato esercita l'azione di responsabilità verso il CdG, dall'altro approva il bilancio d'esercizio redatto dal CdG (art. 2409-terdecies).

Il CdS costituisce quindi un organo che assomma in sé, in aggiunta alle funzioni di controllo proprie del collegio sindacale riformato, alcune delle funzioni normalmente proprie dell'assemblea: in esclusiva, la nomina e revoca dei consiglieri di gestione, la determinazione del loro compenso (salvo che lo statuto la affidi all'assemblea: è questo il significato della non univoca lettera dell'art. 2409-terdecies lett. a) e l'approvazione del bilancio; in concorrenza con l'assemblea, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità; è quindi un organo di controllo particolarmente "forte", grazie ai penetranti poteri di cui dispone; ed è organo di controllo non solo "di legalità sostanziale" ma anche, in fatto, "di merito", in quanto la revoca dei consiglieri di gestione da parte del CdS può fondarsi anche sull'insoddisfazione per i risultati dell'attività gestoria.

Il legislatore italiano, tuttavia, non ha previsto - almeno espressamente - che lo Statuto possa condizionare il compimento, da parte del CdG, di operazioni di particolare importanza all'autorizzazione del CdS (come invece è previsto dalla disciplina del §111 Abs. 4 AktG): ha preferito tenere il CdS estraneo, in linea di principio, a tutte le concrete scelte di gestione, per preservarne integra in ogni caso l'indipendenza di giudizio nell'espletamento della funzione di controllo. Ciò non significa però necessariamente, a mio avviso, che una clausola di tal fatta non possa essere introdotta nello Statuto. Se è vero che la legge non l'ha esplicitamente dichiarata ammissibile, è altrettanto vero che non l'ha dichiarata inammissibile; ed in un sistema che è ispirato al criterio direttivo di "ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria" (così in generale l'art. 2 lett. d della legge delega, e poi, con specifico riferimento alle s.p.a., l'art. 4 co. 2 lett. a) non sembra necessaria, in linea di principio, una previsione espressa per consentire l'introduzione nello Statuto di tale clausola. Si aggiunga che nel sistema c.d. monistico (CdA con Comitato di controllo al suo interno) la "compromissione" dei componenti il Comitato di controllo con la gestione è ben più estesa - i membri del Comitato, in quanto consiglieri di amministrazione, votano in tutte le deliberazioni gestorie del CdA - eppure - come vedremo - non viene considerata, dal legislatore, incompatibile con la funzione di controllo.

## 2. Il Consiglio di Gestione.

a) Gli si applica, in sostanza, la stessa disciplina del consiglio di amministrazione: ha competenza esclusiva per la gestione; può nominare amministratori delegati (ed anche un Comitato Esecutivo: l'art. 2409-novies usa una formula generica); i suoi componenti durano in carica 3 esercizi (fino all'approvazione del bilancio dell'ultimo esercizio di carica), sono rieleggibili, sono revocabili (dal CdS) in qualunque tempo (la mancanza di giusta causa dà solo diritto ai danni, non inficia l'efficacia della revoca); non possono essere, contemporaneamente, membri del CdS (è questo il senso della formula dell'art. 2409-novies co. 4); non è prevista la integrazione del CdG per cooptazione: se un consigliere vien meno, il CdS provvede subito a sostituirlo (art. 2409-novies co. 6).

b) L'azione sociale di responsabilità contro i consiglieri di gestione può essere promossa o da soci (art. 2393-bis: 1/5 o 1/20), o dalla società: in questo caso, o su delibera dell'assemblea (art. 2393) o su delibera del CdS.

Si noti che per la validità di quest'ultima delibera l'art. 2409-decies co. 2 richiede non la maggioranza assoluta dei presenti (normale quorum deliberativo, previsto dall'art. 2388) bensì "la maggioranza dei componenti del CdS" (se poi la maggioranza raggiunta è dei 2/3 dei componenti, la delibera comporta la revoca dall'ufficio dei consiglieri di gestione).

Il concorso di ben tre legittimazioni all'esercizio dell'azione di responsabilità potrebbe dar luogo a problemi soprattutto a proposito della rinuncia: se il CdS delibera (a maggioranza assoluta dei componenti) di rinunciare all'azione, l'assemblea può egualmente deliberare di agire in responsabilità per gli stessi fatti? Parrebbe doversi accogliere la soluzione negativa, in conseguenza del fatto che l'art. 2409-decies co. 4 condiziona l'efficacia della rinuncia decisa dal CdS alla "non opposizione della percentuale di soci indicata nell'art. 2393 ult. co.". Ciò pare significare che il CdS, mentre può esercitare l'azione senza sentire l'assemblea, non può rinunciarvi senza convocare l'assemblea (se così non fosse, "dove" verrebbe manifestata l'opposizione della minoranza indicata dall'art. 2393?); se è così, la "rinuncia o transazione deliberata dal CdS" pare poter avere efficacia solo se approvata dall'assemblea, senza voto contrario del 20% (o 5%) del capitale sociale.

c) L'elenco delle norme applicabili al CdG, contenuto nell'art. 2409-undecies, non dà luogo a particolari problemi interpretativi; va solo sottolineato che l'affermazione, nell'art. 2409-undecies co. 2, che la legittimazione ad impugnare le delibere del CdG non prese in conformità della legge o dello statuto "spetta anche al CdS" è semplice esplicitazione di un'ovvia deduzione dal principio che il CdS svolge le funzioni del collegio sindacale (legittimato ex artt. 2388 e 2391 a quell'impugnazione).

## 3. Il consiglio di sorveglianza: nomina, revoca, sostituzione, incompatibilità.

a) Deve essere composto di almeno tre membri, di cui almeno uno iscritto nel registro dei revisori contabili, soci o non soci, nominati dall'assemblea per tre esercizi (non, come gli amministratori, per "non più di" un triennio), con scadenza alla data di approvazione del bilancio del terzo esercizio di carica. La nomina per un triennio, come per i sindaci, mira ad assicurare l'indipendenza dei consiglieri dall'assemblea, cioè da condizionamenti che potrebbero derivare dal timore di non venire rieletti anno per anno. Tale finalità è peraltro in parte frustrata (ma non sarebbe stato possibile fare diversamente) dalla norma (art. 2409- duodecies, co. 5) che consente la revoca dei consiglieri di sorveglianza in qualunque tempo, ed anche in assenza di giusta causa (salvo il

risarcimento del danno), da parte dell'assemblea, sia pur col limite che la maggioranza raggiunga almeno il quinto del capitale.

b) Il presidente del CdS deve essere nominato (art. 2409 duodecies co. 8) dall'assemblea (come il presidente del collegio sindacale, e a differenza del presidente del CdG); il co. 9 del medesimo articolo aggiunge che "lo statuto determina i poteri del presidente del CdS": disposizione che mi pare di dubbia utilità, trattandosi di presidente di un organo di controllo, con compiti predeterminati per legge, e non di un organo di gestione.

c) L'art. 2409 - duodecies co. 7 stabilisce che "se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più componenti del CdS, l'assemblea provvede senza indugio alla loro sostituzione": come per il CdG, così anche per il CdS non è previsto l'istituto della cooptazione.

d) Non sono eleggibili nel CdS coloro che non sarebbero eleggibili ad amministratori, e coloro che non sarebbero eleggibili a sindaci per effetto dell'art. 2399 lett. c) (soggetti legati da rapporti di lavoro o di consulenza continuativa alla società o a società controllate o controllanti o soggette a comune controllo); non è invece più previsto come causa di ineleggibilità, nella versione definitiva del 2409-duodecies, il rapporto di parentela o di affinità con gli amministratori (cioè con i componenti del CdG): e non si capisce il perché.

Costituisce infine pura ripetizione della regola già dettata dall'art. 2409-novies co. 4 ("i componenti del CdG non possono essere nominati consiglieri di sorveglianza") la disposizione dall'art. 2409-duodecies comma 10 lett. b): "Non possono essere eletti alla carica di componente del CdS e, se eletti, decadono dall'ufficio: b) i componenti del CdG".

e) Infine (art. 2409-duodecies, ult. co.) lo Statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché "cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi".

#### **4. Il Consiglio di sorveglianza: funzioni.**

a) Abbiamo già detto che il CdS svolge, anzitutto, le funzioni che nel sistema di amministrazione tradizionale competono al collegio sindacale riformato; va solo ribadito, a questo riguardo, che, mentre nel sistema tradizionale è possibile in certi casi che il collegio sindacale svolga anche il controllo contabile (art. 2403 co. 2, che rinvia, quanto alla composizione del collegio in tale ipotesi, all'art. 2409-bis co. 3), ciò non è mai possibile nel sistema di amministrazione dualistico: da un lato l'art. 2409-terdecies lett. c attribuisce al Cds le funzioni di cui al solo 1° comma dell'art. 2403, dall'altro l'art. 2409-quinquiesdecies, nel richiamare le norme applicabili al controllo contabile nel sistema dualistico, omette proprio il richiamo al 3° comma dell'art. 2409-bis.

b) Nulla da aggiungere in ordine alle funzioni di nomina e revoca dei componenti del CdG, di esercizio dell'azione di responsabilità nei loro confronti, ed alla legittimazione alla denuncia al Tribunale ex art. 2409.

c) Qualche commento richiede invece l'attribuzione, al CdS, della competenza per l'approvazione del bilancio.

Si tratta di regola tratta dal diritto tedesco, e fondata sulla convinzione che, specialmente in spa di dimensioni rilevanti (quali saranno, probabilmente, quelle che adotteranno il più complesso sistema dualistico di amministrazione), la valutazione della correttezza del rendiconto contabile e la conseguente attribuzione, al progetto di bilancio redatto dai gestori, della qualifica di "bilancio

della società" sia compito più adatto ad un organo societario dotato di competenze tecniche e di diretta conoscenza dei fatti gestionali, qual è il CdS, piuttosto che all'organo assembleare. Lo spostamento di competenza, al riguardo, dall'assemblea al CdS pone peraltro alcuni problemi.

ba) In primo luogo quello che sorge nel caso in cui il CdS rifiuti di approvare il progetto di bilancio presentato dal CdG. L'art. 2409-terdecies, 2° comma consente una soluzione statutaria del problema: lo Statuto può prevedere che in caso di mancata approvazione da parte del CdS la competenza per l'approvazione spetti all'assemblea. Si tratta di soluzione analoga a quella prevista ex lege dal § 173 AktG tedesco, e ragionevole: nel dissenso tra due organi, l'uno nominato dall'assemblea e l'altro nominato dal primo (quindi in ultima analisi sempre facente riferimento, sia pur indiretto, ad una scelta dell'assemblea), la funzione di arbitro non può che essere affidata all'assemblea, espressione dell'intero azionariato.

Credo quindi estremamente opportuno che i notai suggeriscano sistematicamente l'introduzione nello Statuto di una clausola che attribuisca all'assemblea la competenza per l'approvazione del bilancio qualora il CdS non lo abbia approvato entro un certo termine antecedente la riunione dell'assemblea annuale: è inutile sottolineare, infatti, che l'assemblea rimane ovviamente competente, ex lege, per la decisione sulla destinazione dell'utile risultante dal bilancio, sì che essa deve comunque essere convocata entro 120 giorni dalla chiusura dell'esercizio, o entro 180 giorni - se lo Statuto lo consente - nelle società tenute a redigere il bilancio consolidato e "quando lo richiedono particolari esigenze relative alla struttura ed all'oggetto della società" (art. 2364 co. 2): ipotesi tipica di "particolare esigenza relativa alla struttura della società" pare proprio quella dell'adozione del sistema amministrativo dualistico accompagnato da clausola statutaria attribuyente all'assemblea il compito di approvazione del bilancio in caso di dissenso tra CdG e CdS; anzi in questo caso anche i sei mesi concessi dall'art. 2364 co. 2 costituiscono un termine fin troppo stretto (il § 175 AktG fissa un termine di 8 mesi).

Si noti poi che lo stesso co. 2 dell'art. 2409-terdecies consente allo Statuto di attribuire all'assemblea la competenza per l'approvazione del bilancio anche "qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti dal CdG o dal CdS".

Rimane irrisolto - sul piano giuridico - il problema che si porrà qualora lo statuto non preveda né l'intervento dell'assemblea in caso di dissenso tra CdG e CdS, né che la decisione dell'assemblea possa essere chiesta da un terzo dei componenti dell'uno o dell'altro organo. La soluzione si troverà, allora, solo in via di fatto: il CdG sarà costretto a rifare il progetto di bilancio come vuole il CdS, se vuol vedere "approvato il bilancio" della società (condizione necessaria perché questo possa essere depositato presso il registro delle imprese e svolgere le funzioni proprie del "bilancio della società"); se proprio ritenga che le pretese del CdS siano ingiustificate, o illegali, non potrà far altro che rifiutare ogni modifica al progetto, rischiando la revoca ma rendendo così palese, all'azionariato, il conflitto interorganico.

bb) Il problema più grave è, tuttavia, un altro: quello dell'impugnabilità dell'approvazione del bilancio ad opera del CdS. L'art. 2409-quaterdecies da un lato (co. 1) dichiara applicabile alle delibere del CdS, in quanto compatibile, l'art. 2388 (impugnabilità delle deliberazioni del consiglio non prese in conformità della legge o dello Statuto, da parte dei consiglieri assenti o dissenzienti, con applicazione della disciplina dell'annullamento contenuta nell'art. 2378), d'altro lato (co. 2) stabilisce che alla delibera del CdS che approva il bilancio d'esercizio "si applica l'art. 2434-bis ed essa può venire impugnata anche dai soci ai sensi dell'art. 2377".

Ne risulta una disciplina confusa e (forse) penalizzante per i soci e per i terzi in caso di spa con sistema amministrativo dualistico.

Il richiamato art. 2434-bis da un lato si riferisce esplicitamente alle azioni (si noti il plurale) "previste dagli artt. 2377 e 2379", quindi non solo all'azione di annullamento ma anche a quella di nullità; dall'altro pone un termine di decadenza alle azioni per far dichiarare l'invalidità dell'approvazione (assembleare) del bilancio (termine coincidente con l'avvenuta approvazione del bilancio dell'esercizio successivo), termine che ha senso proprio solo per l'azione di nullità, essendo pressoché impensabile che alla data di approvazione del bilancio successivo non siano già scaduti i tre mesi concessi per l'impugnazione (annullamento) dell'approvazione del bilancio precedente! Parrebbe, quindi, che il richiamo all'art. 2434-bis comporti implicito ma sicuro riconoscimento che nei confronti della delibera del CdS di approvazione del bilancio sia esperibile l'azione di nullità.

Viceversa, l'art. 2409-quaterdecies co. 2 soggiunge che la delibera di approvazione del bilancio ad opera del CdS può essere impugnata "anche dai soci" (il che pare avere il significato di estendere ai soci la legittimazione all'impugnazione già prevista, per le delibere consiliari, dall'art. 2388: ma questa è, se ben vedo, legittimazione solo ad un'azione di annullamento, non anche all'azione di nullità!) e soggiunge ancora "ai sensi dell'art. 2377", cioè ai sensi della norma sull'annullabilità, non sulla nullità. Donde almeno i seguenti dubbi, ai quali non sono in grado, al momento, di dare risposte sicure:

- l'approvazione del bilancio ad opera del CdS può essere fatta oggetto di azione di nullità anche da parte di terzi che vi abbiano interesse, ai sensi dell'art. 2379? (riterei di sì);
- essa può essere impugnata da ciascun socio, o solo da soci possessori di tante azioni che rappresentino il 5% del capitale (o l'1% se la spa fa ricorso al mercato del capitale di rischio)? (riterei corretta la prima alternativa).

c) Tornando alle competenze del CdS come individuate dall'art. 2409-terdecies, l'ultimo comma di questa norma afferma che i consiglieri di sorveglianza "devono partecipare alle assemblee", pur senza disporre alcuna sanzione per la violazione di tale dovere (d'altra parte è stato opportunamente eliminato, nell'art. 2409-quaterdecies ultima versione, il richiamo all'art. 2405, dettato per i sindaci, che avrebbe comportato addirittura la decadenza automatica del consigliere di sorveglianza assente senza giustificato motivo da un'assemblea!).

Sempre l'ult. co. del 2409-terdecies dispone, infine, che i consiglieri di sorveglianza "possono" assistere alle adunanze del CdG: regola insufficiente ed improvvida, poiché solo l'imposizione di un dovere di assistere a quelle adunanze (ed a quelle dell'eventuale Comitato Esecutivo) può consentire al CdS di svolgere efficacemente le proprie funzioni di controllo sulla correttezza della gestione.

d) Il fatto che la legge attribuisce al CdS alcune importanti competenze che nel sistema tradizionale spettano all'assemblea ordinaria (nomina e revoca dei gestori e determinazione del loro compenso, delibera dell'azione di responsabilità nei loro confronti, approvazione del bilancio) ha fatto sorgere il problema se, per le materie che l'art. 2364-bis non elenca tra quelle espressamente attribuite all'assemblea ordinaria nel sistema dualistico, la competenza sia rimasta all'assemblea o sia passata al CdS.

La Relazione al decreto pare orientata nel secondo senso: essa afferma (§ 6, I) che al CdS sono attribuite "larga parte delle funzioni dell'assemblea ordinaria", ed addirittura che "si tratta di un sistema in cui alla proprietà spetta solo stabilire le linee del programma economico della società (oggetto sociale) e le modifiche della struttura della società (operazioni sul capitale, fusione e, più in generale, delibere dell'assemblea straordinaria), oltre alla nomina del consiglio di sorveglianza".

Non mi pare che questa ricostruzione del sistema sia fondata sulle norme.

Esaminiamo, per convincercene, le disposizioni in cui la legge fa esplicito riferimento ad una competenza riservata all'assemblea ordinaria, e vediamo se vi siano argomenti che inducano ad accogliere l'idea che la competenza al riguardo sia passata al CdS.

L'art. 2343-bis co. 1 stabilisce che gli acquisti c.d. pericolosi, nei due anni dalla costituzione della società, devono essere autorizzati dall'assemblea: dai poteri attribuiti al CdS non traggio alcun argomento utilizzabile per sostenere che l'autorizzazione possa essere data, ove esista il sistema dualistico, dal CdS.

Lo stesso mi pare doversi dire per la competenza dell'assemblea ad autorizzare l'acquisto di azioni proprie ed a fissare le condizioni per tale acquisto (art. 2357 co. 2); per determinare le modalità dell'alienazione delle azioni proprie possedute in eccedenza (art. 2357 co. 4); per autorizzare gli amministratori a disporre delle azioni proprie acquistate (art. 2357-ter co. 1); per autorizzare l'esercizio del diritto di opzione spettante alle azioni proprie in caso di aumento di capitale (art. 2357-ter co. 2); allo stesso modo non vedo argomenti sui quali fondare il trasferimento al CdS della competenza ad autorizzare la società controllata all'acquisto di azioni della controllante (art. 2359-bis co. 2), a stabilire le modalità della collocazione obbligatoria delle azioni della controllante acquistate in violazione dell'art. 2359-bis (art. 2359-ter co. 1) o comunque eccedenti il limite di legge (art. 2359-quater co. 2).

Ancora, in un procedimento ex art. 2409, nell'ipotesi (sia pur marginale) in cui il Tribunale disponga provvedimenti provvisori e convochi l'assemblea per le conseguenti deliberazioni, non vedo ragioni per cui (pur se il procedimento pendesse solo nei confronti dei consiglieri di gestione, e non anche di quelli di sorveglianza) il Tribunale dovrebbe convocare, anziché l'assemblea, il CdS. Se, quindi, con riguardo a nessuno degli elencati casi in cui la legge esplicitamente riserva una competenza all'assemblea ordinaria è dato trovare argomenti a favore di un trasferimento della competenza al CdS, il problema si può porre solo in relazione ad ipotesi "innominate" di delibere assembleari: ipotesi, difficili da indicare, per le quali occorrerà trovare, volta per volta, elementi di complementarità o affinità con le materie trasferite dalla legge al CdS, per poter sostenere che esse non siano più di competenza dell'assemblea.

Né il problema può dirsi risolto da una disposizione "generale".

Non mi pare infatti rilevante, a risolvere in via generale il problema a favore della tesi che sto criticando, l'argomento - utilizzato da Rescio in un recente Convegno fiorentino - tratto dalla constatazione che, mentre l'art. 2364 ("assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza") dice (n. 5) che l'assemblea ordinaria "delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea", analoga formula non viene invece ripetuta nell'art. 2364-bis ("assemblea ordinaria nelle società con consiglio di sorveglianza").

Rescio correttamente riconosce che la formula usata nell'art. 2364 "risponde ad una finalità di ripartizione... delle competenze tra assemblea ordinaria e straordinaria, imponendo di affermare la competenza dell'assemblea ordinaria ogni volta che la legge attribuisce un potere all'assemblea, senza qualificazioni": se ciò è vero, come è vero, la successiva domanda "perché questa disposizione non si trova riprodotta anche per le società con consiglio di sorveglianza" trova una risposta a mio avviso immediata: perché era inutile ripeterla, essendo ovvio che se nelle prime società (quelle senza CdS), quando la legge parla di "assemblea" senza specificare "straordinaria", si riferisce a quella ordinaria, lo stesso vale per le seconde società (quelle con CdS). Proprio perché mirante a ripartire le competenze tra l'assemblea ordinaria e quella straordinaria, la regola ha carattere generale: scrittala una volta, era inutile ripeterla per quelle società nelle quali - sotto questo profilo - era evidente che nulla cambiava.

Del resto, credo che se il decreto avesse voluto trasferire tutte le competenze che ho elencato sopra al CdS, non avrebbe certo mancato di enunciare espressamente un principio così rivoluzionario; è quindi un'esagerazione dell'estensore della Relazione l'affermazione secondo la quale "larga parte delle funzioni dell'assemblea ordinaria" sarebbero passate al CdS, ed è frutto di quell'esagerazione la conseguente ricostruzione del sistema accennata nella frase della Relazione sopra riportata.

Non credo, quindi, che al CdS siano trasferite, per legge, altre competenze dell'assemblea ordinaria in aggiunta a quelle specificamente indicate nell'art. 2409-terdecies.

Solo per materie "accessorie a", o "connesse con", quelle trasferite alla competenza del CdS si potrà sostenere che la competenza non è più dell'assemblea: ma, una volta risolto esplicitamente dalla legge il caso della "determinazione del compenso dei membri del CdG" (precedentemente trascurato dai vari testi della riforma succedutisi), fatico a trovare esempi concreti.

db) Problema in certo modo "inverso" è quello se sia compatibile col modello dualistico una clausola statutaria che riservi all'assemblea l'autorizzazione al GdG per il compimento di determinati atti di gestione.

Qui la soluzione mi pare dover essere positiva, nonostante il silenzio serbato al riguardo dall'art. 2364-bis, a differenza del 2364 n. 5: il richiamo all'autonomia statutaria, contenuto nella legge delega, e la previsione di analoga possibilità nel modello di riferimento (germanico), mi sembrano sufficienti a giustificare questa conclusione.

#### ***IV. AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELLE S.P.A. CON IL C.D. "SISTEMA MONISTICO".***

##### **1. Le caratteristiche del "sistema monistico".**

Con questa formula il decreto delegato indica un sistema amministrativo basato su un consiglio di amministrazione composto per almeno un terzo (nella penultima versione si diceva, assai più opportunamente, "almeno la metà") da soggetti "indipendenti", cioè "in possesso dei requisiti di indipendenza dettati per i sindaci dall'art. 2399". Tra questi amministratori indipendenti il CdA medesimo (salva diversa disposizione statutaria, che potrebbe attribuire la scelta all'assemblea) sceglie i componenti del "comitato per il controllo sulla gestione", i quali devono non essere membri del Comitato Esecutivo né essere investiti di deleghe o di particolari cariche, devono non svolgere, nemmeno in via di mero fatto, "funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale" o "di società controllanti o controllate" (formula da interpretare estensivamente, credo, anche con riferimento a società "sorelle"), e devono infine possedere "i requisiti di professionalità ed onorabilità stabiliti dallo Statuto" (quest'ultima formula, contenuta nell'art. 2409 octiesdecies co. 2, impone che lo Statuto indichi particolari requisiti di professionalità ed onorabilità, ma non fornisce alcuna indicazione per l'identificazione di tali requisiti).

Il controllo contabile deve invece essere sempre affidato ad un revisore, nominato dall'assemblea: esattamente come nel sistema dualistico.

In sostanza: mentre nel sistema tradizionale al CdA (o all'A.U.) si affianca un distinto organo di controllo (il collegio sindacale), e nel sistema dualistico al CdG si affianca (ed in certo modo si pone in posizione di preminenza) un distinto organo di controllo (il GdS), qui l'organo di controllo (comitato per il controllo sulla gestione) è ricavato all'interno del CdA, anzi è addirittura nominato dal CdA nel suo seno.

Si tratta di un sistema amministrativo simile a quello anglosassone, che se dal punto di vista strutturale presenta il vantaggio della maggiore semplicità rispetto al sistema dualistico ed allo stesso sistema tradizionale dei paesi latini, dal punto di vista funzionale presenta aspetti di ambiguità. E' vero - come dice la Relazione - che in astratto la disciplina "non determina un minor rigore dell'attività di controllo, poiché la professionalità, l'indipendenza, i doveri e i poteri del comitato coincidono con quelli del collegio sindacale, e possono anzi essere integrati da codici di comportamento"; ma è altrettanto vero che, in concreto, i componenti del comitato sono chiamati a controllare una gestione alla quale anch'essi, quali membri del Consiglio di amministrazione, hanno

preso parte (sia pur non in veste "operativa"), e di cui sono pertanto responsabili. Il pericolo di connivenze, o di edulcorazione dei giudizi risultanti dal controllo, pare piuttosto evidente.

## **2. Specifici aspetti del sistema monistico.**

a) Almeno un componente del comitato di controllo sulla gestione deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili: art. 2409-octiesdecies, co. 3.

b) Il CdA delle società che adottano questo sistema pare dover essere composto da un numero piuttosto elevato di membri.

Anzitutto, nelle spa che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'art. 2409-octiesdecies co. 1 richiede che i componenti del comitato siano almeno tre; perché il CdA possa "nominare" quei 3 componenti tra gli amministratori indipendenti, questi dovrebbero essere - credo - almeno 4 (mi parrebbe dubbio, infatti, che la situazione in cui solo 3 fossero gli amministratori indipendenti possa dirsi coerente con la norma che attribuisce al CdA "la nomina" dei componenti il comitato: in quella situazione il Comitato, di fatto, sarebbe già nominato dall'assemblea); se poi si vuole che il consiglio di amministrazione comprenda più di un consigliere "non indipendente", cioè un certo numero di consiglieri che possano ricevere deleghe o far parte del Comitato Esecutivo (il quale dovrebbe essere composto di almeno 3 membri), mi pare che il numero minimo di componenti del CdA si attesti a 7.

Si aggiunga che il numero di 3 membri del Comitato mi pare costituire il minimo - benché la legge non lo dica - anche per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio: se si considera che, per il co. 5 lett. a) dell'art. 2409-octiesdecies, il comitato deve avere un Presidente, e che questo deve essere eletto dal comitato stesso a maggioranza assoluta dei suoi membri, un "comitato di due membri" mi parrebbe difficilmente immaginabile.

c) In caso di morte, rinuncia, revoca o decadenza di uno dei componenti del comitato, il CdA deve sostituirlo senza indugio, o scegliendolo tra gli altri amministratori indipendenti o cooptando un nuovo consigliere dotato dei requisiti necessari: art. 2409- octiesdecies co. 4.

d) Il comitato svolge sostanzialmente la funzione del collegio sindacale.

L'ultima versione dell'art. 2409-octiesdecies co. 5, tuttavia, non fa più rinvio in blocco all'art. 2403 co. 1, bensì definisce in positivo i compiti del comitato: e mi pare notevole, e discutibile, il constatare che questa definizione omette, dei compiti indicati dall'art. 2403 co. 1, la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, nonché la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Se questa seconda funzione può forse ritenersi implicita nel vigilare "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" (ma anche ciò è assai dubbio: vigilare sull'adeguatezza ed idoneità della struttura organizzativa è una cosa, vigilare sul fatto che essa in concreto funzioni ed operi correttamente è un'altra), non riesco a comprendere su chi gravi, nel sistema monistico, il compito di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto: certo esso grava su tutto il CdA, come è ovvio; ma mentre nel sistema tradizionale ed in quello dualistico esiste, a fianco del dovere di tutti gli amministratori di rispettare legge e statuto e di curare tale rispetto da parte dei loro subordinati, un organo appositamente deputato a controllare che ciò avvenga, nel sistema monistico pare che ciò venga a mancare.

e) Al comitato la lett. c) del comma in esame attribuisce anche "gli ulteriori compiti affidatigli dal CdA" (da intendersi, ovviamente, come compiti sempre "di controllo", non di gestione attiva), "con particolare riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile": quest'ultima indicazione richiama in qualche modo l'art. 2409-septies (obbligo di scambio tempestivo di informazioni tra il collegio sindacale - qui, il comitato per il controllo - e il revisore), che peraltro è già richiamato esplicitamente dall'art. 2409-noviesdecies co. 2: sì che non è chiaro quali "ulteriori" compiti il CdA possa, al riguardo, assegnare al Comitato.

f) Al comitato l'art. 2409-octiesdecies ult. comma dichiara infine applicabili, in quanto compatibili, le norme sul funzionamento del collegio sindacale (2404, escluso il co. 2 e 2405 co. 1: dal quale si desume che, per i membri del Comitato, partecipare alle riunioni del CdA, del Comitato Esecutivo ed alle assemblee è un dovere: ma non si applica la sanzione di cui all'art. 2405 co. 2) e sulla denuncia al collegio sindacale (art. 2408).

g) Quanto alla disciplina del CdA nel sistema monistico, l'art. 2409-noviesdecies co. 1 richiama, in quanto compatibili, gli articoli da 2380-bis a 2395, cioè tutte le norme sul CdA nel sistema tradizionale.

## ***V. AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELLE S.R.L.***

Come è noto, la disciplina della srl nella riforma è largamente ispirata al principio dell'autonomia statutaria: principio che trova amplissima applicazione in materia di disciplina dell'amministrazione della società.

### **1. La struttura dell'amministrazione.**

L'art. 2475 consente una pluralità di scelte: amministrazione affidata ad un unico soggetto, socio o non socio; oppure affidata a più soggetti, soci o non soci; in caso di amministrazione pluripersonale, organizzazione collegiale o no.

a) Il primo caso da esaminare è quello in cui l'atto costitutivo non contenga (in difformità da quanto richiesto dall'art. 2463 nn. 7 e 8: ma ciò potrebbe non impedire l'iscrizione della società, né ne determinerebbe la nullità) né l'indicazione delle persone a cui è affidata l'amministrazione, né, tra le norme relative al funzionamento della società, "quelle concernenti l'amministrazione". In questa ipotesi assume significato la norma, contenuta nell'art. 2479 co. 2 n. 2, secondo la quale è riservata alla competenza dei soci "la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori". Il senso dell'inciso "se prevista nell'atto costitutivo" non è quello che, in mancanza di tale previsione, nessuno amministri la società (o, soluzione ancor più impensabile, che gli amministratori vengano nominati da soggetti diversi dai soci), bensì quello che, in tal caso, tutti i soci sono investiti del potere di amministrare.

Si tratta di una soluzione analoga a quella prevista, per le società di persone, dall'art. 2257; con, tuttavia, una rilevante differenza: mentre nella società semplice e nella collettiva, in quel caso, tutti i soci hanno un potere di amministrazione disgiuntivo, qui, per effetto dell'art. 2475 co. 3, dal silenzio dell'atto costitutivo deriva che tutti i soci... "costituiscono il consiglio di amministrazione", il quale decide a maggioranza e - sempre nel silenzio dell'atto costitutivo, che è appunto l'ipotesi di cui sto ragionando - col metodo collegiale (convocazione, riunione, discussione, voto, verbalizzazione).

Quanto questa soluzione sia inadatta a società di non pochi soci è inutile sottolineare: donde la raccomandazione ai notai di non omettere, nell'atto costitutivo, le "norme concernenti l'amministrazione".

b) Il secondo caso da esaminare è quello in cui l'atto costitutivo non contenga alcuna regola sulla struttura dell'organo amministrativo, e si limiti ad indicare - come richiede l'art. 2463 co. 2 n. 8 - "le persone [o la persona] a cui è affidata l'amministrazione": in tal caso la società nascerebbe con un organo amministrativo - a seconda dei casi - pluripersonale od unipersonale, e tale rimarrebbe fino a che non intervenga una diversa decisione dei soci; decisione che potrebbe o limitarsi a nominare altri soggetti in luogo del - o dei - precedenti amministratori, oppure potrebbe modificare l'atto costitutivo introducendo in esso la regola dell'amministrazione unipersonale o quella dell'amministrazione pluripersonale.

Questa ipotizzata situazione dà luogo ad un dubbio: se l'atto costitutivo non contiene alcuna "regola", ed indica un singolo amministratore, si dovrà ritenere che la successiva decisione dei soci di nomina di più amministratori (o viceversa: l'atto costitutivo indica tre amministratori, e la successiva decisione dei soci sostituisce ad essi un amministratore unico) implichi modifica dell'atto costitutivo (il che comporterebbe la necessità della verbalizzazione notarile e del deposito della decisione per l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436: cfr. art. 2480)?

Propenderei per la risposta negativa: il mancato inserimento, nell'atto costitutivo, di una regola sulla struttura dell'amministrazione - pur costituendo inattuazione dell'art. 2463 n. 7 - non impedisce che l'atto costitutivo debba essere interpretato: e tale interpretazione mi pare dover condurre a concludere, nel caso proposto, che i fondatori hanno implicitamente voluto lasciare volta per volta libera scelta, ai soci, tra la formula unipersonale e quella pluripersonale. Ad evitare dubbi, però, sarà bene che i notai richiedano che i contraenti, ove vogliano lasciare libera la scelta, volta per volta, tra organo unipersonale e pluripersonale, introducano esplicita regola in tal senso nell'atto costitutivo.

c) Il terzo caso da esaminare è quello - il più comune - in cui l'atto costitutivo contenga la regola dell'amministrazione pluripersonale. In questa ipotesi gli amministratori costituiscono, ex lege, un organo collegiale (consiglio di amministrazione): art. 2475 co. 3. L'atto costitutivo può tuttavia stabilire che l'amministrazione sia ad essi affidata "disgiuntamente", nel qual caso si applica l'art. 2257, o "congiuntamente", nel qual caso si applica l'art. 2258.

ca) Cominciamo dall'ipotesi base: consiglio di amministrazione. Il funzionamento del consiglio, di regola, sarà analogo a quello disciplinato dalle norme sulle spa: nomina di un presidente, riunioni su convocazione del presidente, deliberazioni collegiali previa discussione, verbalizzazione (l'art. 2478 co. 1 n. 3 prevede espressamente l'obbligatoria tenuta del libro delle decisioni degli amministratori, nel quale in questo caso dovranno essere trascritti i verbali delle riunioni).

Ma l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni degli amministratori siano adottate "mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto", cioè che non occorra convocazione, riunione, discussione, deliberazione (in senso tecnico: voto dato inter praesentes) e verbalizzazione. Basterà che "dai documenti sottoscritti dagli amministratori" (è da ritenere: dalla maggioranza di essi) risultino "con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa" (2475 co. 4). Già qui si nota una singolarità della disciplina: vi è un consiglio di amministrazione (tale espressamente qualificato dall'art. 2475 co. 4) che può operare non col metodo collegiale.

Non è agevole cogliere la differenza tra "consultazione scritta" e "consenso espresso per iscritto": probabilmente la consultazione scritta consiste nella sottoposizione (da parte di un amministratore agli altri) di una proposta di decisione ben definita ed immutabile, che si riterrà accolta quando venga accettata per iscritto dalla maggioranza dei consiglieri, mentre il consenso espresso per iscritto indicherebbe ogni altra ipotesi in cui da una o più dichiarazioni scritte (anche consistenti in

proposte, controproposte, modificazioni delle proposte originarie ecc.) risulti che su una certa decisione si è formato il consenso della maggioranza dei consiglieri. Nonostante l'inapplicabilità, in queste ipotesi, delle regole sulla collegialità, mi parrebbe che - trattandosi pur sempre di decisioni del consiglio di amministrazione - si richieda che tutti i consiglieri vengano informati della decisione proposta dall'uno o dall'altro di essi, in modo che essi possano esprimere per iscritto il loro consenso o il loro dissenso.

cb) Le ipotesi alternative, a fonte pattizia, sono quelle dell'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva: meccanismi peraltro non applicabili per legge (art. 2475 co. 5) alle decisioni sui progetti di bilancio, di fusione o di scissione, e sull'aumento di capitale delegato (art. 2481), le quali sono sempre "di competenza del consiglio di amministrazione" (abbiamo così una seconda singolarità: un caso, più unico che raro, di amministrazione pluripersonale che funziona talora come consiglio di amministrazione talora no).

Mentre la soluzione "amministrazione congiuntiva" non sembra dare luogo a particolari problemi (salvo la precisazione che il richiamo all'art. 2258 non parrebbe estendersi al 2° comma dello stesso: una "congiuntività a maggioranza" - quale prevista nel 2258 co. 2 - equivale, in sostanza, all'ordinaria forma di funzionamento del "consiglio di amministrazione" prevista dal co. 4 dell'art. 2475), più problematica è l'applicazione dell'art. 2257 in caso di clausola di amministrazione disgiuntiva.

In primo luogo: mentre è certo che il "diritto di opporsi" all'operazione che un amministratore intende compiere, prima che sia compiuta, spetta solo ad un altro amministratore, non è affatto chiaro se sull'opposizione siano competenti a decidere solo gli amministratori oppure - come dice l'art. 2257 co. 3 - i soci tutti. L'indiscriminato richiamo dell'art. 2475 all'art. 2257 deporrebbe per quest'ultima soluzione; non mi pare però insostenibile la soluzione opposta: se sono stati nominati amministratori i signori A, B e C, parrebbe logico che sull'opposizione di C all'atto che A vuol compiere decidano solo gli amministratori A, B e C (in pratica, nell'esempio fatto, decida C), non i soci, che (tra l'altro) potrebbero essere in numero di 73 o 129. Certo nulla vieta che proprio la soluzione "decidono i soci" venga inserita nell'atto costitutivo, visto che l'art. 2463 n. 7 lascia all'autonomia statutaria stabilire "la ripartizione di competenze tra soci e amministratori"; ma mi pare che quella soluzione possa valere solo se l'atto costitutivo la prevede, non anche nel silenzio dello stesso. Ad ogni buon conto, sarà opportuno che il notaio richieda ai fondatori di inserire nell'atto costitutivo una clausola che risolva esplicitamente questo problema.

In secondo luogo, e coerentemente, riterrei che anche la regola dettata dal 3° comma dell'art. 2257 per il computo della maggioranza nella decisione sulla opposizione non debba trovare applicazione (tra amministratori, che possono qui - a differenza che nella società semplice - essere non soci, non ha senso computare la maggioranza "secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili"); salvo, sempre, che si scelga, in via statutaria, di attribuire la competenza per la decisione ai soci (ma, allora, avrebbero o no voto, per decidere sull'opposizione, gli eventuali amministratori "non soci"? e come verrebbe computato il loro voto, se per i soci lo si computasse "per quote"?).

In terzo luogo, la soluzione "amministrazione disgiuntiva" rende scarsamente utile la (obbligatoria) tenuta del "libro delle decisioni degli amministratori": questo sarebbe relegato al compito di registrare l'esito delle decisioni sull'opposizione proposta da un amministratore contro l'atto che un altro intendeva compiere; in ogni altro caso la gestione si svolgerebbe senza "decisioni degli amministratori", che quindi non potrebbero essere riportate sul libro.

Già queste considerazioni sono sufficienti, mi pare, per sconsigliare vivamente l'adozione statutaria della regola dell'amministrazione disgiuntiva; sconsigliabilità comunque rafforzata dall'ulteriore considerazione che, se in una società di persone il rischio di operazioni avventate compiute dal

singolo amministratore all'insaputa degli altri è attenuato dalla responsabilità illimitata gravante sul socio amministratore, tale rischio è ben più grave qui, dove gli amministratori sono soci a responsabilità limitata o addirittura sono non soci.

## **2. La competenza decisionale degli amministratori e la rappresentanza della società.**

a) Nella srl non vige il principio della competenza esclusiva degli amministratori per la gestione: la ripartizione di competenze tra soci e amministratori è liberamente determinabile dall'atto costitutivo.

Ne deriva che, in aggiunta a quanto imperativamente stabilito dall'art. 2479 co. 2 n. 5 (spettano ai soci le decisioni di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale [modificazione "di fatto": per es. assunzione di partecipazioni importanti in società con oggetto diverso] o che comportano una rilevante modificazione [sempre "di fatto"] dei diritti dei soci: formula di interpretazione estremamente incerta), l'atto costitutivo può riservare alla competenza dei soci la decisione su operazioni gestorie di particolare importanza, o anche su tutte le operazioni.

Ne deriva, ancora, che anche per operazioni che l'atto costitutivo non riserva alla competenza dei soci questi - come prevede espressamente l'art. 2479 co. 1 - possono essere chiamati a decidere da uno o più amministratori (si noti: nella srl anche 1 amministratore su 3, o su 5, può spostare la competenza dall'organo amministrativo ai soci), o devono essere chiamati a decidere se lo richiedono soci che rappresentano un terzo del capitale.

b) L'atto costitutivo stabilirà (art. 2463 n. 7) quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, ed in quale modo essi la devono esercitare (congiuntamente, disgiuntamente) nel caso in cui la rappresentanza sia affidata a più amministratori.

Se l'atto costitutivo nulla dice, in linea di principio si deve ritenere - a mio avviso - che la rappresentanza vada di pari passo col potere di gestione: congiuntiva, se il potere di gestione è congiunto; disgiuntiva, se il potere di gestione è disgiunto. Nel caso in cui vi sia consiglio di amministrazione si riproporrà il problema che da sempre si pone nel diritto vigente (delle spa e delle srl) quando lo statuto taccia sul potere di rappresentanza: è noto che si fronteggiano in dottrina le tesi della rappresentanza congiunta e di quella disgiunta; a mio avviso è fondata quest'ultima: se è vero che nel caso in cui lo statuto di una spa indicasse soltanto che la rappresentanza spetta (per esempio) al presidente e al vicepresidente, senza precisare se congiuntamente o disgiuntamente, va scelta la soluzione "disgiuntamente" (e ciò sia argomentando dall'art. 1716 co. 2 e dall'art. 2203 co. 3, sia perché, a tutela dei terzi, è la modalità di esercizio meno favorevole al terzo - cioè la modalità congiuntiva - quella che deve risultare dallo statuto), la stessa soluzione deve valere anche nel caso in cui lo statuto nulla dica.

c) Quanto, infine, all'opponibilità ai terzi dei limiti ai poteri di rappresentanza risultanti dall'atto costitutivo, l'art. 2475-bis adotta la stessa soluzione che l'art. 2384, in tema di spa: anche qui, pertanto, vien meno la possibilità, per la società, di eccepire l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale al terzo di (semplice) mala fede, ed occorrerà invece provare che egli abbia agito intenzionalmente a danno della società.<sup>3</sup> Il conflitto di interessi dell'amministratore.

L'art. 2475-ter risolve, nei suoi due commi, rispettivamente il problema degli atti compiuti in conflitto di interessi e quello delle decisioni adottate col voto determinante di amministratori in conflitto di interessi con la società.

Per la prima ipotesi è prevista - in coerenza con l'art. 1394 - l'annullabilità dell'atto su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Per la seconda, le decisioni adottate dal CdA col voto determinante di amministratori in conflitto di interessi sono annullabili solo se "cagionino alla società un danno patrimoniale" (formula più

restrittiva di quella dell'art. 2391: diversamente dalle spa, non basta la potenzialità di danno; e non si capisce il perché di questa soluzione, meno favorevole per la srl di quella stabilita per le spa); l'annullamento può essere chiesto entro tre mesi (chissà perché qui si è rinunciato alla sfiziosa formula "90 giorni", adottata in vari casi per le spa) dagli amministratori e - ove esistenti - dal collegio sindacale o dal revisore; sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione (ma la necessità, perché la delibera possa essere annullata, della effettiva "dannosità" comporterà che, quando la delibera non è annullabile perché solo "potenzialmente dannosa", anche al terzo conscio del conflitto inficiante la delibera nulla potrà essere opposto, se l'atto esecutivo non sia stato, a sua volta, compiuto in conflitto di interessi e non sia pertanto annullabile ex art. 2475-ter co. 1).

Nulla dispone la legge, qui, in ordine al dovere dell'amministratore, in conflitto di interessi, di informare gli altri amministratori; né la norma precisa se legittimati all'impugnazione siano solo gli amministratori che non hanno consentito alla decisione, o anche quelli che vi hanno consentito perché all'oscuro della posizione di conflitto del loro collega: probabilmente per la soluzione di questi dubbi si dovranno applicare, in via analogica, principi tratti dalla disciplina delle spa.

#### **4. La responsabilità degli amministratori.**

a) In linea con la disciplina vigente è l'affermazione (art. 2476 co. 1) della responsabilità degli amministratori, verso la società, per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, così come l'esenzione da responsabilità degli amministratori che dimostrino di essere esenti da colpa e che, essendo a conoscenza che l'atto dannoso si stava per compiere (ciò potrebbe non accadere in caso di amministrazione disgiuntiva), abbiano fatto constare il loro dissenso. Non essendo sempre previsto il funzionamento collegiale dell'organo amministrativo (pur quando esso sostituisca "consiglio di amministrazione"), è da ritenere che la documentazione del dissenso potrà aversi anche con modalità diverse dalla dichiarazione a verbale o dall'annotazione nel libro delle decisioni degli amministratori.

b) Originale, ma coerente con una disciplina che consente ai soci ampi interventi in campo gestorio (si veda l'art. 2479 co. 1), è la disposizione dell'art. 2476 co. 7, che afferma la corresponsabilità, con gli amministratori, dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi: l'avverbio "intenzionalmente" va inteso - probabilmente - nel senso di "consapevolmente", cioè con la consapevolezza dell'illiceità e dannosità dell'atto.

c) Ancor più originale, ma di ben dubbia opportunità, è l'attribuzione della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità a ciascun socio (art. 2476 co. 3). La relazione dice che questa soluzione è coerente col riconoscimento a ciascun socio - come vedremo tra poco - di un amplissimo diritto di informazione e di ispezione, e che con questa soluzione "viene accentuato il significato contrattuale dei rapporti sociali"; ma da un lato tale "significato contrattuale", certamente presente anche nelle società di persone, non ha comportato nemmeno nelle società di persone l'affermarsi della tesi della legittimazione individuale di ciascun socio all'azione di responsabilità; dall'altro, se si scende dalle ambizioni "sistematiche" del legislatore al piano (il solo che dovrebbe ispirare l'attività legislativa) della valutazione degli interessi in gioco, non si può trascurare il pericolo di azioni esercitate a scopo ricattatorio o di chicanerie, ed il conseguente rischio di instabilità della vita della società.

Il pericolo è attenuato, ma non eliminato, dalla previsione (co. 5) che l'azione di responsabilità esercitata dal socio può essere fatta oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, cioè mediante una decisione dei soci, per la quale la norma richiede una maggioranza di almeno i due terzi del capitale sociale e la non opposizione di soci rappresentanti il decimo del capitale. Questa

disciplina della rinuncia o transazione vale - dice il co. 5 nell'incipit - "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo": dal punto di vista letterale può essere dubbio se la diversa disposizione dell'atto costitutivo possa consistere solo nel negare che l'azione di responsabilità possa essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, o possa consistere anche nello stabilire un diverso quorum deliberativo e/o una diversa percentuale "di blocco".

La prima soluzione mi pare doversi escludere per la sua illogicità: non si vede perché l'autonomia dei soci dovrebbe potersi esercitare solo nello scegliere tra la irrinunciabilità e/o intransigibilità (da parte della società) e la rinunciabilità e transigibilità alle precise condizioni indicate dalla norma: tale ipotetica alternativa "prendere o lasciare" non sarebbe sorretta da alcuna apprezzabile ratio, tanto più in un sistema - quello della srl - che la legge delega vuole ispirato ad un' "ampia" autonomia statutaria. Mi pare quindi certo che l'atto costitutivo potrà sia aumentare il quorum necessario per la rinuncia (per es., i 4/5 del capitale) sia diminuirlo (per es., la maggioranza assoluta del capitale: che mi parrebbe la soluzione più equilibrata), sia elevare la quota di sbarramento (per es., opposizione del quinto del capitale) sia diminuirla (per es., opposizione del ventesimo del capitale). Anzi, mi parrebbe dubbia l'ammissibilità di una clausola dell'atto costitutivo che escludesse del tutto la possibilità di una decisione di rinuncia o di transazione da parte dei soci, lasciando gli amministratori in balia dei capricci di un socio avente l'1% o ancor meno; e forse un (debole) spunto a favore di questo mio dubbio può trarsi dal fatto che l'incipit del comma suona "salvo diversa disposizione", non "salvo contraria disposizione".

d) L'attribuzione a ciascun socio della legittimazione all'azione di responsabilità ha comportato che la riforma ha abolito, per le srl, il procedimento di cui all'art. 2409 c.c.: procedimento che la relazione dice essere "sostanzialmente assorbito" dalla legittimazione individuale del socio e dalla facoltà - attribuita dal 3° comma al socio che agisce in responsabilità - di chiedere al giudice un "provvedimento cautelare di revoca degli amministratori".

Ma da un lato questo provvedimento cautelare è ben lungi dal produrre tutti gli effetti del vigente art. 2409 (per tacer d'altro, non è previsto che il giudice possa disporre ispezione, né, soprattutto, che egli possa nominare un amministratore giudiziario), dall'altro non deve essere trascurata l'ipotesi delle srl con unico socio: in queste srl non sarà mai esercitata (salvo che nel caso di amministratore non socio che si sia dimostrato infedele all'unico socio che lo ha nominato) l'azione sociale di responsabilità, sì che il solo rimedio contro le gravi irregolarità degli amministratori potrebbe essere la richiesta ex art. 2409 da parte del PM, sollecitato eventualmente (ove esistano) dai sindaci, o la denuncia ex art. 2409 direttamente presentata dai sindaci (come è previsto, ora, per le spa, dall'art. 2409 co. 7): mancando questi rimedi (certamente se il collegio sindacale non esiste; quasi altrettanto certamente anche là dove la nomina del collegio sindacale è obbligatoria ex art. 2477 co. 2 e 3, poiché l'affermazione, dell'art. 2477 co. 4, che in tal caso "si applicano le disposizioni in tema di società per azioni" non credo possa significare che si applica anche la legittimazione dei sindaci alla richiesta di un procedimento ex art. 2409 di cui la disciplina delle srl non fa parola), le srl unipersonali rischiano di divenire un luogo di impunità per gli amministratori che danneggiano la società nell'interesse del socio.

e) La critica nei confronti della disciplina della responsabilità degli amministratori si aggrava se si considera che dall'art. 2476 è scomparso ogni riferimento all'azione di responsabilità esercitata dai creditori (è rimasta solo, oltre all'azione sociale, quella del singolo socio o terzo direttamente danneggiato: co. 6). All'eliminazione dell'azione ex art. 2394 nelle srl la relazione non dedica una parola. Le notizie "orali" avute sono nel senso che, secondo gli estensori del testo, di una norma apposita non vi è necessità o poiché l'azione dei creditori è azione surrogatoria di quella sociale o perché esiste pur sempre la possibilità di ricorrere alla generale disciplina dell'art. 2043, sì che i

creditori potranno agire in base ai principi generali. Ma da un lato la tesi della natura surrogatoria dell'azione ex art. 2394 è discussa (e, se ben vedo, è minoritaria); dall'altro non si capisce per quale ragione, se una disciplina ad hoc viene giudicata inutile perché assorbita o della surrogatoria o dalla responsabilità aquiliana, nella disciplina delle spa sia rimasto l'art. 2394.

## **5. I controlli nella srl.**

a) Nella srl riformata l'art. 2476 co. 2 attribuisce a ciascun socio che non partecipi all'amministrazione un illimitato diritto a ricevere dagli amministratori "notizie sullo svolgimento degli affari sociali", nonché un altrettanto illimitato diritto "di consultare, anche tramite professionisti di [sua] fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione". Ciò anche qualora esista il collegio sindacale.

Si noterà che il diritto di ispezione riconosciuto al socio è ben più ampio di quello finora attribuito al socio di srl in mancanza del collegio sindacale: il vecchio art. 2489 dà diritto di esaminare solo "i libri sociali", non i libri contabili e gli altri documenti relativi all'amministrazione, e consente solo al socio che rappresenti almeno un terzo del capitale il diritto di far eseguire la revisione della gestione, e solo una volta l'anno. Inoltre la norma risolve in senso affermativo il problema - finora discusso nelle società di persone - se per l'esame dei documenti amministrativi il socio possa avvalersi di professionisti.

La norma non pone problemi interpretativi: genera solo dubbi di opportunità, poiché pone la società in balia delle richieste di notizie, o delle ispezioni, di ciascun socio, in qualunque momento.

Ed è da chiedersi se questa disciplina del "controllo del singolo socio", unitamente a quella dell'azione di responsabilità esercitata dal singolo socio, non costituirà una seria remora alla diffusione - che pare auspicata dal legislatore - della forma sociale srl.

b) Se il capitale non è inferiore a 120.000 euro, o se - pur con capitale inferiore - la srl per due esercizi ha superato due dei tre limiti indicati nell'art. 2435-bis (quelli per il "bilancio in forma abbreviata"), è inoltre obbligatoria la nomina del collegio sindacale, al quale si applicano le norme dettate per le spa: art. 2477.

c) Inoltre l'atto costitutivo può prevedere la nomina - anche quando non è richiesta per legge - del collegio sindacale, o di un revisore: in questo caso spetta all'atto costitutivo medesimo fissare le competenze e i poteri del collegio sindacale o del revisore.