

# LA RIFORMA DELLE SOCIETA' DI CAPITALI

## ORIENTAMENTI DEL NOTARIATO MILANESE

### MASSIME ELABORATE DALLA COMMISSIONE SOCIETÀ DEL CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO

#### GLI ESPERTI

**notaio Luigi Augusto Misericocchi** (Presidente del Consiglio notarile di Milano e  
Presidente della Commissione)

**prof. notaio Piergaetano Marchetti**

**prof. notaio Mario Notari**

**prof. notaio Giuseppe Rescio**

**notaio Manuela Agostini**

**notaio Massimo Caspani**

**notaio Domenico de Stefano**

**notaio Antonio Marsala**

**notaio Filippo Zabban**

#### I COMPONENTI ESTERNI

**notaio Guido De Rosa** (Presidente del Comitato regionale notarile lombardo)

**notaio Giancarlo Taurini**

**notaio Gennaro Mariconda**

## INDICE GENERALE

**MASSIMA n. 1**

Ambito di applicazione del divieto previsto all'art. 223 *bis* comma 6 (9.12.2003)

**MASSIMA n. 2**

Adeguamento dello statuto: limiti (9.12.2003)

**MASSIMA n. 3**

Adeguamento della clausola compromissoria (21.01.2004)

**MASSIMA n. 4**

Entrata in vigore delle norme sul controllo contabile (artt. 2409 *bis* e ss. c.c.) (9.12.2003)

**MASSIMA n. 5**

Adeguamenti statutari e disciplina transitoria (10.3.2004)

**MASSIMA n. 6**

Il capitale minimo di s.p.a. (26.2.2004)

**MASSIMA n. 7**

Sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale prima dell'iscrizione al Registro delle imprese della relativa delibera (10.3.2004)

**MASSIMA n. 8**

Delega agli amministratori ex art. 2443 c.c. di aumento di capitale con esclusione del dritto di opzione (23.3.2004)

**MASSIMA n. 9**

Conferimenti d'opera nella s.r.l. (18.3.2004)

**MASSIMA n. 10**

Legittimazione dell'acquirente di partecipazioni in s.r.l. (4.3.2004)

**MASSIMA n. 11**

Modalità di convocazione dell'assemblea nelle s.p.a. (18.3.2004)

**MASSIMA n. 12**

Assemblea totalitaria (massima n. 12 - 18.3.2004)

**MASSIMA n. 13**

Clausola statutaria illecita, introdotta con delibera non più impugnabile e successive decisioni a tale clausola conformi (18.3.2004)

**MASSIMA n. 14**

Uso di mezzi telematici e del voto per corrispondenza nella s.r.l.(10.3.2004)

**MASSIMA n. 15**

Termini per l'approvazione del bilancio (9.12.2003)

**MASSIMA n. 16**

Particolari ipotesi di chiusura dell'esercizio sociale (massima n. 16 - 26.2.2004)

**MASSIMA n. 17**

Varianti organizzative e modifiche dei sistemi di governo societario (18.3.2004)

**MASSIMA n. 18**

Attribuzione statutaria del controllo contabile (18.3.2004)

**MASSIMA n. 19**

Efficacia dell'iscrizione nel Registro delle imprese delle *modificazioni* statutarie (10.3.2004)

**MASSIMA n. 20**

Trasformazione eterogenea (18.3.2004)

**MASSIMA n. 21**

Maggioranze richieste per le delibere di fusione o di scissione (22.3.2004)

**MASSIMA n. 22**

Presupposti della procedura semplificata della fusione (art. 2505 c.c.) (18.3.2004)

**MASSIMA n. 23**

Non necessità della relazione degli esperti nella scissione (art. 2506 *ter*, comma 3, c.c. (18.3.2004)

**MASSIMA n. 24**

Applicabilità degli artt. 2505, comma 2, e 2505 bis, comma 2, c.c. anche nel caso in cui il possesso del capitale della incorporanda intervenga nel corso del procedimento (22.3.2004)

**MASSIMA n. 25**

Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella scissione (22.3.2004)

**MASSIMA n. 26**

Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella fusione (22.3.2004)

**MASSIMA n. 27**

Presupposti per l'applicazione dell'art. 2501 *sexies*, ultimo comma, c.c. (22.3.2004)

**MASSIMA n. 28**

Fusione: scelta dell'esperto comune (22.3.2004)

**MASSIMA n. 29**

Rinunciabilità al termine intercorrente tra l'iscrizione del progetto di scissione e la decisione della scissione (22.3.2004)

**MASSIMA n. 30**

Scissione non proporzionale con facoltà di scelta di assegnazione proporzionale (22.3.2004)

**MASSIMA n. 31**

Introduzione o rimozione di limitazioni alla circolazione di partecipazioni di s.r.l. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 32**

Condizioni di efficacia delle clausole di mero gradimento nelle s.p.a. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 33**

Clausole di divieto o di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su partecipazioni di s.r.l. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 34**

Clausole di divieto o di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su azioni di s.p.a. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 35**

Riduzione "effettiva" del capitale sociale nella s.r.l. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 36**

Aumento del capitale sociale e azioni senza valore nominale (19.11.2004)

**MASSIMA n. 37**

Annullamento di azioni proprie senza riduzione del capitale sociale (19.11.2004)

**MASSIMA n. 38**

Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza di contestuale esecuzione dell'aumento (19.11.2004)

**MASSIMA n. 39**

Diritti particolari dei soci nella s.r.l. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 40**

Postergazione nelle perdite nella s.r.l. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 41**

1. Modificazioni parziali di statuto contenente clausole in contrasto con norme imperative (19.11.2004)

**MASSIMA n. 42**

Deroga dei *quorum* legali per le decisioni dei soci di s.r.l. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 43**

*Quorum* deliberativo dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (19.11.2004)

**MASSIMA n. 44**

*Quorum* deliberativo rafforzato dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (19.11.2004)

**MASSIMA n. 45**

Tempi e regole per la formazione del verbale di assemblea (19.11.2004)

**MASSIMA n. 46**

Tempi e regole per la formazione del verbale notarile di organi collegiali diversi dall'assemblea (19.11.2004)

**MASSIMA n. 47**

Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare modificazioni statutarie (19.11.2004)

**MASSIMA n. 48**

Consiglio di amministrazione "totalitario" (19.11.2004)

**MASSIMA n. 49**

Consiglio di amministrazione composto da due membri (19.11.2004)

**MASSIMA n. 50**

Delega per la costituzione di patrimoni destinati (19.11.2004)

**MASSIMA n. 51**

Predeterminazione del valore delle azioni in caso di deliberazioni che attribuiscono diritto di recesso (19.11.2004)

**MASSIMA n. 52**

Combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea (19.11.2004)

**MASSIMA n. 53**

Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (19.11.2004)

**MASSIMA n. 54**

Derogabilità del *quorum* richiesto per la trasformazione eterogenea da società di capitali (19.11.2004)

**MASSIMA n. 55**

Trasformazione progressiva, fusione e scissione di società di persone con decisione a maggioranza (19.11.2004)

**MASSIMA n. 56**

Decorrenza degli effetti della fusione in caso di incorporazione di più società (19.11.2004)

**MASSIMA n. 57**

Deposito delle somme in caso di fusione o scissione anticipata (19.11.2004)

**MASSIMA n. 58**

Incorporazione di società possedute almeno al novanta per cento (19.11.2004)

**MASSIMA n. 59**

Scissione a favore di beneficiaria che possiede almeno il novanta per cento del capitale della scissa (19.11.2004)

**MASSIMA n. 60**

Attestazioni e asseverazioni ai sensi degli artt. 2501 *bis*, comma 4 e 2503, comma 1, ultima frase, c.c. (19.11.2004)

**MASSIMA n. 61**

Emissione di obbligazioni convertibili con disaggio (art. 2420-bis c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 62**

Computo del termine per l'opposizione alla fusione o alla scissione e sospensione feriale dei termini (art. 2503 c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 63**

Rappresentanza dei soci nelle assemblee di s.r.l. (art. 2479-*bis*, comma 2, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 64**

Effetti della fusione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote delle società partecipanti alla fusione (art. 2504-bis c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 65**

Fusione per incorporazione comportante l'estinzione dei diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società incorporata (25.11.2005)

**MASSIMA N. 66**

Effetti della scissione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società scissa (art. 2506-quater c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 67**

Rinuncia ai termini per la deliberazione di fusione, in caso di azioni o quote gravate da diritti di pegno o di usufrutto (artt. 2501-ter, comma 4, e 2501-septies, comma 1, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 68**

Copertura delle perdite e rilevanza degli "utili di periodo" (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 69**

Delega del potere di modificare le deliberazioni dell'assemblea ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2436 c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 70**

Presupposti dell'attuazione dell'aumento del capitale sociale (artt. 2438, comma 1, e 2481, comma 2, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 71**

Mancata emissione dei certificati azionari (art. 2346, comma 1, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 72**

Imputazione del disavanzo "da concambio" nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 73**

Diritto di voto "determinante" (artt. 2348, 2351 c.c. e 2468, comma 3, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 74**

Cause convenzionali di recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 76**

Versamento dei venticinque centesimi dei conferimenti in sede di costituzione e di aumento di capitale (artt. 2342, comma 2, 2439, comma 1, 2464, comma 4, e 2481-bis, comma 4, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 77**

Conferimenti in natura e successiva trasformazione da s.r.l. in s.p.a. (artt. 2343, 2465 e 2500-ter c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 78**

Limite all'emissione di obbligazioni e ultimo bilancio approvato (art. 2412 c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 79**

Derogabilità dei *quorum* di cui all'art. 2479, commi 1 e 4, c.c. (25.11.2005)

**MASSIMA N. 80**

Legittimazione all'intervento in assemblea di s.p.a. in assenza dell'obbligo di preventivo deposito delle azioni (art. 2370 c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 81**

Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-*sexies* e 2500-*septies* c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 82**

Attribuzione statutaria della competenza per la convocazione dell'assemblea (artt. 2366 e 2479-bis c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 83**

Clausole statutarie per l'individuazione del presidente dell'assemblea (artt. 2371 e 2479-bis c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 84**

Controllo di legittimità di deliberazioni di società estere che assumono la nazionalità italiana (art. 2436 c.c. e art. 106 l. not.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 85**

Limiti di efficacia della clausola di prelazione c.d. "impropria" negli statuti di s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 86**

Clausola di prelazione c.d. "impropria" negli atti costitutivi di s.r.l. e diritto di recesso (art. 2469 c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 87** Deposito presso la sede sociale dei documenti richiesti ai fini della deliberazione di fusione o scissione (art. 2501-septies c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA N. 88**

Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di "covendita" delle partecipazioni (25.11.2005)

**MASSIMA n. 89**

Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare l'adeguamento dello statuto di s.p.a. a disposizioni normative (art. 2365, comma 2, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA n. 90**

Aumento di capitale con esclusione dell'opzione nei limiti del dieci per cento nelle società quotate: *quorum* assembleari e modifica statutaria (art. 2441, comma 4, secondo periodo, c.c.) (25.11.2005)

**MASSIMA 91**

Clausola statutaria di rinvio a disposizioni di legge successivamente modificate

**MASSIMA n. 92**

Deroga al divieto statutario di trasferimento delle partecipazioni (artt. 2355 bis - 2469 c.c.)

**MASSIMA n. 93**

Riduzione "effettiva" del capitale durante la fase di liquidazione (artt. 2445, 2482, 2488 e 2491 c.c.)

**MASSIMA n. 94**

Rinvio dell'assemblea (art. 2374 c.c.)

**MASSIMA 95**

Clausole limitative della circolazione di partecipazioni sociali, applicabili solo a determinate categorie di azioni o a singoli soci (artt. 2348, 2355-bis, 2468 e 2469 c.c.)

**MASSIMA n. 96**

Efficacia delle sottoscrizioni di aumenti di capitale, prima del termine finale di sottoscrizione (artt. 2439, 2444, 2481-*bis*, c.c.)

**MASSIMA n. 97**

Situazioni patrimoniali e bilanci in caso di fusione e scissione di società di persone (artt. 2501-*quater*, 2501-*septies*, 2502-*bis* c.c.)

**MASSIMA n. 98**

Incorporazione di società posseduta al novanta per cento dalla controllante totalitaria dell'incorporante (art. 2505 bis c.c.)

**MASSIMA n. 99**

Azioni riscattabili e introduzione della clausola di riscatto (art. 2437-*sexies* c.c.)

**MASSIMA n. 100**

Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380-*bis* e 2475 c.c.)



## INDICE CRONOLOGICO

La numerazione delle massime riguarda le “massime post riforma” (che tengono conto del D. Lgs. n. 6/2003).

La data di approvazione di ciascuna massima è indicata a fianco del titolo, tra parentesi quadre.

### **Massime post riforma (sino al 18 maggio 2007)**

1. Ambito di applicazione del divieto di iscrizione nel registro delle imprese di società non conformi alla nuova disciplina (art. 223-bis, comma 6, disp. att. c.c.) [9 dicembre 2003]
2. Limiti all’obbligo di adeguamento dell’atto costitutivo e dello statuto (art. 223-bis, comma 1, disp. att. c.c.) [9 dicembre 2003]
3. Adeguamento della clausola compromissoria (art. 34 d.lgs. 5/2003) [21 gennaio 2004]
4. Entrata in vigore delle norme sul controllo contabile (artt. 2409-bis ss. c.c.) [9 dicembre 2003]
5. Adeguamenti statutari e disciplina transitoria (art. 223-bis disp. att. c.c.) [10 marzo 2004]
6. Il capitale minimo di s.p.a. nel regime transitorio (art. 2327 c.c. e art. 223-ter disp. att. c.c.) [26 febbraio 2004]
7. Sottoscrizione e versamento dell’aumento di capitale prima dell’iscrizione della delibera nel registro delle imprese (artt. 2436 e 2439 c.c.) [10 marzo 2004]
8. Delega agli amministratori dell’aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione (art. 2443 c.c.) [23 marzo 2004]
9. Conferimenti d’opera nella s.r.l. (artt. 2464 e 2465 c.c.) [18 marzo 2004]
10. Legittimazione dell’acquirente di partecipazioni in s.r.l. (art. 2470 c.c.) [4 marzo 2004]
11. Modalità di convocazione dell’assemblea nelle s.p.a. (artt. 2366 e 2479-bis, comma 5, c.c.) [18 marzo 2004]
12. Assemblea totalitaria (artt. 2366, comma 4, e 2479-bis, comma 5, c.c.) [18 marzo 2004]
13. Clausola statutaria illecita, introdotta con delibera non più impugnabile, e successive decisioni conformi a tale clausola (artt. 2379 e 2479-ter c.c.) [18 marzo 2004]
14. Uso di mezzi telematici e del voto per corrispondenza nelle assemblee di s.r.l. (art. 2479 c.c.) [10 marzo 2004]
15. Clausola statutaria in tema di termini per l’approvazione del bilancio (artt. 2364 e 2478-bis c.c.) [9 dicembre 2003]

16. Particolari ipotesi di modifica della data di chiusura dell'esercizio sociale [26 febbraio 2004]
17. Varianti organizzative e modifiche dei sistemi di governo societario (artt. 2380 e 2475 c.c.) [18 marzo 2004]
18. Attribuzione statutaria del controllo contabile (artt. 2409-bis, ult. comma, e 2477, ult. comma, c.c.) [18 marzo 2004]
19. Efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese delle modificazioni statutarie (art. 2436 c.c.) [10 marzo 2004]
20. Questioni in tema di trasformazioni eterogenee (artt. 2500-ter, 2500-septies e 2500-octies c.c.) [18 marzo 2004]
21. Ipotesi di quorum rafforzati nelle deliberazioni di fusione o scissione (artt. 2502 e 2506-ter c.c.) [22 marzo 2004]
22. Presupposti della procedura semplificata della fusione: profilo temporale e ipotesi ulteriori (art. 2505 c.c.) [18 marzo 2004]
23. Non necessità della relazione degli esperti nella scissione (art. 2506-ter, comma 3, c.c.) [18 marzo 2004]
24. Competenza degli amministratori a deliberare la fusione quando il pos-sesso dell'incorporata intervenga durante il procedimento (artt. 2505, comma 2, e 2505-bis, comma 2, c.c.) [22 marzo 2004]
25. Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella scissione (artt. 2501-sexies e 2506-ter, comma 3, c.c.) [22 marzo 2004 ]
26. Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella fusio-ne (art. 2501-sexies c.c.) [22 marzo 2004]
27. Presupposti dell'obbligo della relazione di stima nella fusione e nella scissione (artt. 2343, 2465 e 2501-sexies, ult. comma, c.c.) [22 marzo 2004]
28. Scelta di un esperto comune nella fusione (art. 2501-sexies c.c.) [22 marzo 2004]
29. Rinunzia al termine tra l'iscrizione del progetto di scissione e la decisione sulla scissione (artt. 2501-ter, ult. comma, e 2506-bis, ult. comma, c.c.) [22 marzo 2004]
30. Scissione non proporzionale con facoltà di scelta di assegnazione proporzionale (art. 2506 c.c.) [22 marzo 2004]
31. Introduzione o rimozione di limitazioni alla circolazione di partecipazioni di s.r.l. (artt. 2469 e 2473 c.c.) [19 novembre 2004]
32. Condizioni di efficacia delle clausole di mero gradimento nella s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) [19 novembre 2004]
33. Clausole di divieto o di mero gradimento in tema di costituzione di usu-frutto o pegno su partecipazioni di s.r.l. (art. 2469 c.c.) [19 novembre 2004]
34. Clausole di divieto o di mero gradimento in tema di costituzione di usu-frutto o pegno su azioni di s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) [19 novembre 2004]

35. Riduzione “effettiva” del capitale sociale nella s.r.l. (art. 2482 c.c.) [19 novembre 2004]
36. Aumento del capitale sociale e azioni senza valore nominale (artt. 2346 e 2439 c.c.) [19 novembre 2004]
37. Annullamento di azioni proprie senza riduzione del capitale sociale (artt. 2357 ss. e 2445 c.c.) [19 novembre 2004]
38. Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza di conte-stuale esecuzione dell'aumento (artt. 2447 e 2482 c.c.) [19 novembre 2004]
39. Diritti particolari dei soci nella s.r.l. (art. 2468, comma 3, c.c.) [19 novembre 2004]
40. Postergazione nelle perdite nella s.r.l. (art. 2482-quater c.c.) [19 novembre 2004]
41. Modificazioni parziali di statuto contenente clausole in contrasto con norme imperative (art. 223-bis disp. att. c.c.) [19 novembre 2004]
42. Deroga dei quorum legali per le decisioni dei soci di s.r.l. (artt. 2479 e 2479-bis c.c.) [19 novembre 2004]
43. Quorum deliberativo dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (art. 2369, comma 3, c.c.) [19 novembre 2004]
44. Quorum deliberativo rafforzato dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (art. 2369, comma 5, c.c.) [19 novembre 2004]
45. Tempi e regole per la formazione del verbale di assemblea (art. 2375 c.c.) [19 novembre 2004]
46. Tempi e regole per la formazione del verbale notarile di organi collegiali diversi dall'assemblea (art. 2375 c.c.) [19 novembre 2004]
47. Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare modificazioni statutarie (art. 2365, comma 2, c.c.) [19 novembre 2004]
48. Consiglio di amministrazione “totalitario” (art. 2381 c.c.) [19 novembre 2004]
49. Consiglio di amministrazione composto da due membri (art. 2380-bis c.c.) [19 novembre 2004]
50. Delega ad uno o più amministratori per la costituzione di patrimoni destinati a uno specifico affare (artt. 2381 e 2447-bis, comma 1, lett. a, c.c.) [19 novembre 2004]
51. Predeterminazione del valore delle azioni in caso di deliberazioni che attribuiscono diritto di recesso (art. 2437-ter c.c.) [19 novembre 2004]
52. Combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea (artt. 2500-septies ss. c.c.) [19 novembre 2004]
53. Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.) [19 novembre 2004]

54. Derogabilità del quorum richiesto per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.) [19 novembre 2004]
55. Trasformazione, fusione e scissione di società di persone con decisione a maggioranza (artt. 2500-ter e 2502 c.c.) [19 novembre 2004]
56. Decorrenza degli effetti della fusione in caso di incorporazione di più società (art. 2504-bis c.c.) [19 novembre 2004]
57. Deposito delle somme in caso di fusione o scissione anticipata (art. 2503 c.c.) [19 novembre 2004]
58. Incorporazione di società possedute almeno al novanta per cento (art. 2505-bis c.c.) [19 novembre 2004]
59. Scissione a favore di beneficiaria che possiede almeno il novanta per cento del capitale della scissa (artt. 2506-ter e 2505-bis c.c.) [19 novembre 2004]
60. Attestazioni dell'esperto in caso di fusione con indebitamento e di fusione anticipata (artt. 2501-bis, comma 4, e 2503, comma 1, c.c.) [19 novembre 2004]
61. Emissione di obbligazioni convertibili con disaggio (art. 2420-bis c.c.) [15 novembre 2005]
62. Computo del termine per l'opposizione alla fusione o alla scissione e sospensione feriale dei termini (art. 2503 c.c.) [21 giugno 2005]
63. Rappresentanza dei soci nelle assemblee di s.r.l. (art. 2479-bis, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]
64. Effetti della fusione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote delle società partecipanti alla fusione (art. 2504-bis c.c.) [22 novembre 2005]
65. Fusione per incorporazione comportante l'estinzione dei diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società incorporata (art. 2504-bis c.c.) [22 novembre 2005]
66. Effetti della scissione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società scissa (art. 2506-quater c.c.) [22 novembre 2005]
67. Rinuncia ai termini per la deliberazione di fusione, in caso di azioni o quote gravate da diritti di pegno o di usufrutto (artt. 2501-ter, comma 4, e 2501-septies, comma 1, c.c.) [22 novembre 2005]
68. Copertura delle perdite e rilevanza degli "utili di periodo" (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.) [22 novembre 2005]
69. Delega del potere di modificare le deliberazioni dell'assemblea ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2436 c.c.) [22 novembre 2005]
70. Presupposti dell'attuazione dell'aumento del capitale sociale (artt. 2438, comma 1, e 2481, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]
71. Mancata emissione dei certificati azionari (art. 2346, comma 1, c.c.) [22 novembre 2005]
72. Imputazione del disavanzo "da concambio" nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.) [15 novembre 2005]

73. Azioni con diritto di voto “determinante” (artt. 2348, 2351 c.c.; art. 2468, comma 3, c.c.) [22 novembre 2005]
74. Cause convenzionali di recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.) [22 novembre 2005]
75. Aumento delegato del capitale sociale nella s.r.l. (art. 2481, comma 1, c.c.) [22 novembre 2005]
76. Versamento dei venticinque centesimi dei conferimenti in denaro (artt. 2342, 2439, 2464 e 2481-bis c.c.) [22 novembre 2005]
77. Conferimenti in natura e successiva trasformazione da s.r.l. in s.p.a. (artt. 2343, 2465 e 2500-ter c.c.) [15 novembre 2005]
78. Limite all'emissione di obbligazioni e ultimo bilancio approvato (art. 2412 c.c.) [22 novembre 2005]
79. Derogabilità dei quorum di cui all'art. 2479, commi 1 e 4, c.c. [22 novembre 2005]
80. Legittimazione all'intervento in assemblea di s.p.a in assenza dell'obbligo di preventivo deposito delle azioni (art. 2370 c.c.) [22 novembre 2005]
81. Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.) [22 novembre 2005]
82. Attribuzione statutaria della competenza per la convocazione dell'assemblea (artt. 2366 e 2479-bis c.c.) [22 novembre 2005]
83. Clausole statutarie per l'individuazione del presidente dell'assemblea (artt. 2371 e 2479-bis c.c.) [22 novembre 2005]
84. Controllo di legittimità di deliberazioni di società estere che assumono la nazionalità italiana (art. 2436 c.c.; art. 106 l. not.) [22 novembre 2005]
85. Limiti di efficacia della clausola di prelazione c.d. “impropria” negli statuti di s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) [15 novembre 2005]
86. Clausola di prelazione c.d. “impropria” negli atti costitutivi di s.r.l. (art. 2469 c.c.) [15 novembre 2005]
87. Deposito presso la sede sociale dei documenti richiesti ai fini della deliberazione di fusione o scissione (art. 2501-septies c.c.) [22 novembre 2005]
88. Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di “covendita” delle partecipazioni (artt. 2355-bis e 2469 c.c.) [22 novembre 2005]
89. Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare l'adeguamento dello statuto di s.p.a. a disposizioni normative (art. 2365, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]
90. Aumento di capitale con esclusione dell'opzione nei limiti del dieci per cento nelle società quotate: quorum assembleari e modifica statutaria -(art. 2441, comma 4, secondo periodo, c.c.) [22 novembre 2005]
91. Clausola statutaria di rinvio a disposizioni di legge successivamente modificate [18 maggio 2007]

92. Deroga al divieto statutario di trasferimento delle partecipazioni (artt. 2355-bis e 2469 c.c.) [18 maggio 2007]
93. Riduzione “effettiva” del capitale durante la fase di liquidazione (artt. 2445, 2482, 2488 e 2491 c.c.) [18 maggio 2007]
94. Rinvio dell’assemblea (art. 2374 c.c.) [18 maggio 2007]
95. Clausole limitative della circolazione di partecipazioni sociali applicabili solo a determinate categorie di azioni o a singoli soci (artt. 2348, 2355-bis, 2468 e 2469 c.c.) [18 maggio 2007]
96. Efficacia delle sottoscrizioni di aumenti di capitale, prima del termine finale di sottoscrizione (artt. 2439, 2444, 2481-bis c.c.) [18 maggio 2007]
97. Situazioni patrimoniali e bilanci in caso di fusione e scissione di società di persone (artt. 2501-quater, 2501-septies, 2502-bis c.c.) [18 maggio 2007]
98. Incorporazione di società posseduta al novanta per cento dalla controllante totalitaria dell’incorporante (art. 2505-bis c.c.) [18 maggio 2007]
99. Azioni riscattabili e introduzione della clausola di riscatto (art. 2437-sexies c.c.) [18 maggio 2007]
100. Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.) [18 maggio 2007]

## INDICE SISTEMATICO

Nel presente indice le massime sono suddivise, pur mantenendo il medesimo numero attribuito nell'indice cronologico, nei seguenti **tre** argomenti:

**(1) atto costitutivo; (2) azioni e quote; (3) recesso, riscatto ed esclusione; (4) assemblea e decisioni dei soci; (5) amministrazione e controllo; (6) obbligazioni; (7) modificazioni statutarie; (8) operazioni sul capitale sociale; (9) trasformazione; (10) fusione; (11) scissione; (12) verbalizzazione; (13) discipline transitorie.**

Nei casi in cui una singola massima inerisca più di un argomento, essa viene indicata in ciascuna sezione interessata.

### **1. Atto costitutivo**

- 15.** Clausola statutaria in tema di termini per l'approvazione del bilancio (artt. 2364 e 2478-bis c.c.) [9 dicembre 2003]  
**76.** Versamento dei venticinque centesimi dei conferimenti in denaro (artt. 2342, 2439, 2464 e 2481-bis c.c.) [22 novembre 2005]  
**91.** Clausola statutaria di rinvio a disposizioni di legge successivamente modificate [18 maggio 2007]

### **2. Azioni e quote**

- 10.** Legittimazione dell'acquirente di partecipazioni in s.r.l. (art. 2470 c.c.) [4 marzo 2004]  
**31.** Introduzione o rimozione di limitazioni alla circolazione di partecipazioni di s.r.l. (artt. 2469 e 2473 c.c.) [19 novembre 2004]  
**32.** Condizioni di efficacia delle clausole di mero gradimento nella s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) [19 novembre 2004]  
**33.** Clausole di divieto o di mero gradimento in tema di costituzione di usufrutto o pegno su partecipazioni di s.r.l. (art. 2469 c.c.) [19 novembre 2004]  
**34.** Clausole di divieto o di mero gradimento in tema di costituzione di usufrutto o pegno su azioni di s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) [19 novembre 2004]  
**39.** Diritti particolari dei soci nella s.r.l. (art. 2468, comma 3, c.c.) [19 novembre 2004]  
**71.** Mancata emissione dei certificati azionari (art. 2346, comma 1, c.c.) [22 novembre 2005]  
**73.** Azioni con diritto di voto "determinante" (artt. 2348, 2351 c.c.; 2468, comma 3, c.c.) [22 novembre 2005]  
**85.** Limiti di efficacia della clausola di prelazione c.d. "impropria" negli statuti di s.p.a. (art. 2355-bis c.c.) [15 novembre 2005]  
**86.** Clausola di prelazione c.d. "impropria" negli atti costitutivi di s.r.l. (art. 2469 c.c.) [15 novembre 2005]  
**88.** Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di "covendita" delle partecipazioni (artt. 2355-bis e 2469 c.c.) [22 novembre 2005]  
**92.** Deroga al divieto statutario di trasferimento delle partecipazioni (artt. 2355-bis e 2469 c.c.) [18 maggio 2007]  
**95.** Clausole limitative della circolazione di partecipazioni sociali applicabili solo a determinate categorie di azioni o a singoli soci (artt. 2348, 2355-bis, 2468 e 2469 c.c.) [18 maggio 2007]

### **3. Recesso, riscatto ed esclusione**

- 51.** Predeterminazione del valore delle azioni in caso di deliberazioni che attribuiscono diritto di recesso (art. 2437-ter c.c.) [19 novembre 2004]
- 74.** Cause convenzionali di recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.) [22 novembre 2005]
- 99.** Azioni riscattabili e introduzione della clausola di riscatto (art. 2437-sexies c.c.) [18 maggio 2007]

### **4. Assemblea e decisioni dei soci**

- 11.** Modalità di convocazione dell'assemblea nelle s.p.a. (artt. 2366 e 2479-bis, comma 5, c.c.) [18 marzo 2004]
- 12.** Assemblea totalitaria (artt. 2366, comma 4, e 2479-bis, comma 5, c.c.) [18 marzo 2004]
- 13.** Clausola statutaria illecita, introdotta con delibera non più impugnabile, e successive decisioni conformi a tale clausola (artt. 2379 e 2479-ter c.c.) [18 marzo 2004]
- 14.** Uso di mezzi telematici e del voto per corrispondenza nelle assemblee di s.r.l. (art. 2479 c.c.) [10 marzo 2004]
- 42.** Deroga dei quorum legali per le decisioni dei soci di s.r.l. (artt. 2479 e 2479-bis c.c.) [19 novembre 2004]
- 43.** Quorum deliberativo dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (art. 2369, comma 3, c.c.) [19 novembre 2004]
- 44.** Quorum deliberativo rafforzato dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (art. 2369, comma 5, c.c.) [19 novembre 2004]
- 63.** Rappresentanza dei soci nelle assemblee di s.r.l. (art. 2479-bis, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]
- 73.** Azioni con diritto di voto "determinante" (artt. 2348, 2351 c.c.; 2468, comma 3, c.c.) [22 novembre 2005]
- 79.** Derogabilità dei quorum di cui all'art. 2479, commi 1 e 4, c.c. [22 novembre 2005]
- 80.** Legittimazione all'intervento in assemblea di s.p.a. in assenza dell'obbligo di preventivo deposito delle azioni (art. 2370 c.c.) [22 novembre 2005]
- 82.** Attribuzione statutaria della competenza per la convocazione dell'assemblea (artt. 2366 e 2479-bis c.c.) [22 novembre 2005]
- 83.** Clausole statutarie per l'individuazione del presidente dell'assemblea (artt. 2371 e 2479-bis c.c.) [22 novembre 2005]
- 94.** Rinvio dell'assemblea (art. 2374 c.c.) [18 maggio 2007]

### **5. Amministrazione e controllo**

- 47.** Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare modificazioni statutarie (art. 2365, comma 2, c.c.) [19 novembre 2004]
- 48.** Consiglio di amministrazione "totalitario" (art. 2381 c.c.) [19 novembre 2004]
- 49.** Consiglio di amministrazione composto da due membri (art. 2380-bis c.c.) [19 novembre 2004]
- 50.** Delega ad uno o più amministratori per la costituzione di patrimoni destinati a uno specifico affare (artt. 2381 e 2447-bis, comma 1, lett. a, c.c.) [19 novembre 2004]
- 89.** Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare l'adeguamento dello statuto di s.p.a. a disposizioni normative (art. 2365, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]
- 100.** Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.) [18 maggio 2007]



## **6. Obbligazioni**

61. Emissione di obbligazioni convertibili con disaggio (art. 2420-bis c.c.) [15 novembre 2005]  
78. Limite all'emissione di obbligazioni e ultimo bilancio approvato (art. 2412 c.c.) [22 novembre 2005]

## **7. Modificazioni statutarie**

15. Clausola statutaria in tema di termini per l'approvazione del bilancio (artt. 2364 e 2478-bis c.c.) [9 dicembre 2003]  
16. Particolari ipotesi di modifica della data di chiusura dell'esercizio sociale [26 febbraio 2004]  
17. Varianti organizzative e modifiche dei sistemi di governo societario (artt. 2380 e 2475 c.c.) [18 marzo 2004]  
18. Attribuzione statutaria del controllo contabile (artt. 2409-bis, ult. comma, e 2477, ult. comma, c.c.) [18 marzo 2004]  
19. Efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese delle modificazioni statutarie (art. 2436 c.c.) [10 marzo 2004]  
41. Modificazioni parziali di statuto contenente clausole in contrasto con norme imperative (art. 223-bis disp. att. c.c.) [19 novembre 2004]  
47. Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare modificazioni statutarie (art. 2365, comma 2, c.c.) [19 novembre 2004]  
69. Delega del potere di modificare le deliberazioni dell'assemblea ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2436 c.c.) [22 novembre 2005]  
84. Controllo di legittimità di deliberazioni di società estere che assumono la nazionalità italiana (art. 2436 c.c.; art. 106 l. not.) [22 novembre 2005]  
89. Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare l'adeguamento dello statuto di s.p.a. a disposizioni normative (art. 2365, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]

## **8. Operazioni sul capitale sociale**

7. Sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale prima dell'iscrizione della delibera nel registro delle imprese (artt. 2436 e 2439 c.c.) [10 marzo 2004]  
8. Delega agli amministratori dell'aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione (art. 2443 c.c.) [23 marzo 2004]  
9. Conferimenti d'opera nella s.r.l. (artt. 2464 e 2465 c.c.) [18 marzo 2004]  
35. Riduzione "effettiva" del capitale sociale nella s.r.l. (art. 2482 c.c.) [19 novembre 2004]  
36. Aumento del capitale sociale e azioni senza valore nominale (artt. 2346 e 2439 c.c.) [19 novembre 2004]  
38. Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza di contestuale esecuzione dell'aumento (artt. 2447 e 2482 c.c.) [19 novembre 2004]  
68. Copertura delle perdite e rilevanza degli "utili di periodo" (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.) [22 novembre 2005]  
70. Presupposti dell'attuazione dell'aumento del capitale sociale (artt. 2438, comma 1, e 2481, comma 2, c.c.) [22 novembre 2005]  
75. Aumento delegato del capitale sociale nella s.r.l. (art. 2481, comma 1, c.c.) [22 novembre 2005]  
77. Conferimenti in natura e successiva trasformazione da s.r.l. in s.p.a. (artt. 2343, 2465 e 2500-ter c.c.) [15 novembre 2005]  
90. Aumento di capitale con esclusione dell'opzione nei limiti del dieci per cento nelle società quotate: quorum assembleari e modifica statutaria - (art. 2441, comma 4, secondo periodo, c.c.) [22 novembre 2005]

93. Riduzione “effettiva” del capitale durante la fase di liquidazione (artt. 2445, 2482, 2488 e 2491 c.c.) [18 maggio 2007]

96. Efficacia delle sottoscrizioni di aumenti di capitale, prima del termine finale di sottoscrizione (artt. 2439, 2444, 2481-bis c.c.) [18 maggio 2007]

## **9. Trasformazione**

**20.** Questioni in tema di trasformazioni eterogenee (artt. 2500-ter, 2500-septies e 2500-octies c.c.) [18 marzo 2004]

**52.** Combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea (artt. 2500-septies ss. c.c.) [19 novembre 2004]

**53.** Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.) [19 novembre 2004]

**54.** Derogabilità del quorum richiesto per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.) [19 novembre 2004]

**55.** Trasformazione, fusione e scissione di società di persone con decisione a maggioranza (artt. 2500-ter e 2502 c.c.) [19 novembre 2004]

**77.** Conferimenti in natura e successiva trasformazione da s.r.l. in s.p.a. (artt. 2343, 2465 e 2500-ter c.c.) [15 novembre 2005]

**81.** Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.) [22 novembre 2005]

## **10. Fusione**

21. Ipotesi di quorum rafforzati nelle deliberazioni di fusione o scissione (artt. 2502 e 2506-ter c.c.) [22 marzo 2004]

22. Presupposti della procedura semplificata della fusione: profilo temporale e ipotesi ulteriori (art. 2505 c.c.) [18 marzo 2004]

24. Competenza degli amministratori a deliberare la fusione quando il pos-sesso dell'incorporata intervenga durante il procedimento (artt. 2505, comma 2, e 2505-bis, comma 2, c.c.) [22 marzo 2004]

26. Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella fusione (art. 2501-sexies c.c.) [22 marzo 2004]

27. Presupposti dell'obbligo della relazione di stima nella fusione e nella scissione (artt. 2343, 2465 e 2501-sexies, ult. comma, c.c.) [22 marzo 2004]

28. Scelta di un esperto comune nella fusione (art. 2501-sexies c.c.) [22 marzo 2004]

52. Combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea (artt. 2500-septies ss. c.c.) [19 novembre 2004]

55. Trasformazione, fusione e scissione di società di persone con decisione a maggioranza (artt. 2500-ter e 2502 c.c.) [19 novembre 2004]

56. Decorrenza degli effetti della fusione in caso di incorporazione di più società (art. 2504-bis c.c.) [19 novembre 2004]

57. Deposito delle somme in caso di fusione o scissione anticipata (art. 2503 c.c.) [19 novembre 2004]

60. Attestazioni dell'esperto in caso di fusione con indebitamento e di fusione anticipata (artt. 2501-bis, comma 4, e 2503, comma 1, c.c.) [19 novembre 2004]

62. Computo del termine per l'opposizione alla fusione o alla scissione e sospensione feriale dei termini (art. 2503 c.c.) [21 giugno 2005]

64. Effetti della fusione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote delle società partecipanti alla fusione (art. 2504-bis c.c.) [22 novembre 2005]

65. Fusione per incorporazione comportante l'estinzione dei diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società incorporata (art. 2504-bis c.c.) [22 novembre 2005]

67. Rinunzia ai termini per la deliberazione di fusione, in caso di azioni o quote gravate da diritti di pegno o di usufrutto (artt. 2501-ter, comma 4, e 2501-septies, comma 1, c.c.) [22 novembre 2005]
72. Imputazione del disavanzo “da concambio” nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.) [15 novembre 2005]
87. Deposito presso la sede sociale dei documenti richiesti ai fini della deliberazione di fusione o scissione (art. 2501-septies c.c.) [22 novembre 2005]
97. Situazioni patrimoniali e bilanci in caso di fusione e scissione di società di persone (artt. 2501-quater, 2501-septies, 2502-bis c.c.) [18 maggio 2007]
98. Incorporazione di società posseduta al novanta per cento dalla controllante totalitaria dell'incorporante (art. 2505-bis c.c.) [18 maggio 2007]

## **11. Scissione**

- 23.** Non necessità della relazione degli esperti nella scissione (art. 2506-ter, comma 3, c.c.) [18 marzo 2004]
- 25.** Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella scissione (artt. 2501-sexies e 2506-ter, comma 3, c.c.) [22 marzo 2004 ]
- 29.** Rinunzia al termine tra l'iscrizione del progetto di scissione e la decisione sulla scissione (artt. 2501-ter, ult. comma, e 2506-bis, ult. comma, c.c.) [22 marzo 2004]
- 30.** Scissione non proporzionale con facoltà di scelta di assegnazione proporzionale (art. 2506 c.c.) [22 marzo 2004]
- 59.** Scissione a favore di beneficiaria che possiede almeno il novanta per cento del capitale della scissa (artt. 2506-ter e 2505-bis c.c.) [19 novembre 2004]
- 66.** Effetti della scissione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società scissa (art. 2506-quater c.c.) [22 novembre 2005]

## **12. Verbalizzazione**

- 45.** Tempi e regole per la formazione del verbale di assemblea (art. 2375 c.c.) [19 novembre 2004]
- 46.** Tempi e regole per la formazione del verbale notarile di organi collegiali diversi dall'assemblea (art. 2375 c.c.) [19 novembre 2004]

## **13. Discipline transitorie**

- 1.** Ambito di applicazione del divieto di iscrizione nel registro delle imprese di società non conformi alla nuova disciplina (art. 223-bis, comma 6, disp. att. c.c.) [9 dicembre 2003]
- 2.** Limiti all'obbligo di adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 223-bis, comma 1, disp. att. c.c.) [9 dicembre 2003]
- 3.** Adeguamento della clausola compromissoria (art. 34 d.lgs. 5/2003) [21 gennaio 2004]
- 4.** Entrata in vigore delle norme sul controllo contabile (artt. 2409-bis ss. c.c.) [9 dicembre 2003]
- 5.** Adeguamenti statutari e disciplina transitoria (art. 223-bis disp. att. c.c.) [10 marzo 2004]
- 6.** Il capitale minimo di s.p.a. nel regime transitorio (art. 2327 c.c. e art. 223-ter disp. att. c.c.) [26 febbraio 2004]

## INDICE ANALITICO

OGGETTO	MASSIME
<b>Amministrazione - Controllo</b>	<b>47 - 48 - 49 - 50 - 89 - 100 -</b>
<b>Assemblea - Decisione dei soci - Diritto di voto</b>	<b>11 - 12 - 13 - 14 - 42 - 43 - 44 - 63 - 69 - 73 - 82 - 83 - 94 -</b>
<b>Atti redatti all'estero</b>	<b>84</b>
<b>Azioni - Quote</b>	<b>10 - 31- 32 - 33 - 34 - 39 - 71 -73 - 85 - 86 - 88 - 92 - 95</b>
<b>Operazioni sul capitale</b>	<b>7 - 8 - 9 - 35 - 36 - 38 - 68 - 70 - 75 - 77 - 90 - 93 - 96</b>
<b>Obbligazioni</b>	<b>61 - 78</b>
<b>Modifiche statutarie</b>	<b>15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 41 - 47 - 69 - 84 - 89</b>
<b>Recesso - Clausola di prelazione</b>	<b>51 - 74 - 85 - 86 -</b>
<b>Statuto - Adeguamento</b>	<b>15 - 76 - 89 - 91 -</b>
<b>Trasformazione</b>	<b>20 - 52 - 53 - 54 - 55 - 77 - 81</b>
<b>Fusione</b>	<b>21 - 22 - 24 - 26 - 27 - 28 - 52 - 55 -56 - 57 - 60 - 62 - 64 - 65 - 67 - 72 - 87 - 97 - 98</b>
<b>Scissione</b>	<b>23 -25 - 29 - 30 -59 - 66</b>
<b>Verbalizzazione</b>	<b>45 - 46-</b>
<b>Discipline transitorie</b>	<b>1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6</b>

## **MASSIMA N. 1**

### **Ambito di applicazione del divieto previsto dall'art. 223 bis quinto comma [n.d.r. ora sesto comma]**

*Il divieto previsto dall'art. 223 bis comma quinto [N.d.R. ora comma sesto] disp. att.c.c. - che non consente, dal 1° gennaio 2004, l'iscrizione nel registro delle imprese di società per azioni, a responsabilità limitata e in accomandita per azioni regolate da atto costitutivo e statuto non conformi al D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, anche se l'atto costitutivo è stato ricevuto anteriormente alla suddetta data - non riguarda:*

*a) le società di capitali il cui atto costitutivo, ricevuto prima del 1° gennaio 2004, benché non iscritto, sia stato depositato, con contestuale richiesta di iscrizione nel Registro delle Imprese, prima della entrata in vigore della riforma;*

*b) le deliberazioni di modifica di atti costitutivi e di statuti di società di capitali adottate prima del 1° gennaio 2004, anche se il deposito per l'iscrizione al Registro delle Imprese sia avvenuto dopo tale data;*

*c) gli atti di fusione e di scissione con costituzione di una o più società di capitali, che danno esecuzione a deliberazioni di approvazione del progetto di fusione o di scissione adottate prima della entrata in vigore della riforma, anche se la stipulazione dell'atto di fusione o di scissione sia avvenuta dopo il 31 dicembre 2003.*

## **MOTIVAZIONE**

E' già stato rilevato dalla dottrina come l'art. 223, bis, quinto comma [N.d.R. ora sesto comma], delle norme di attuazione e transitorie determini una "sorta di retroattività" della normativa introdotta con il D.Lgs. n. 6/2003.

Occorre perciò stabilire l'ambito di applicazione della norma e definire gli esatti confini della retroattività.

In via preliminare si osserva che primo destinatario del divieto ("non possono essere iscritti") è l'ufficio del registro delle imprese, piuttosto che il notaio rogante: ciò non solo in base alla considerazione che l'iscrizione come "fatto" è di competenza dell'ufficio stesso, ma anche in quanto la norma appare concepita in modo da consentire (in via eccezionale) un rifiuto dell'iscrizione fuori dall'ipotesi (normale) di irregolarità formale della documentazione, che, come è noto, costituisce ai sensi dell'art. 2330 c.c. (sia nel vecchio che nel nuovo testo) il limite invalicabile del controllo cui è chiamato il registro delle imprese.

Le considerazioni che precedono non esimono tuttavia il notaio dall'obbligo, previsto dall'art. 138 bis della Legge Notarile, di controllare la conformità dell'atto costitutivo da lui ricevuto alle norme imperative in vigore al momento della richiesta di iscrizione dell'atto stesso: osserviamo però che l'inadempimento a tale obbligo - cui consegue la sanzione pecuniaria prevista dallo stesso art. 138 bis - non comporta nel caso di specie la censurabilità dell'atto costitutivo, di per sé conforme alle norme vigenti nel momento in cui viene stipulato, quanto la sanzionabilità della richiesta di iscrizione dell'atto in un momento in cui le clausole in esso contenute possono essere in contrasto con norme imperative.

Poiché l'art. 223 bis, quinto comma [N.d.R. ora sesto comma], è - come si è visto - norma eccezionale, la sua interpretazione deve essere restrittiva. Pertanto:

1. quanto alla massima sub a): il divieto non trova applicazione poiché la funzione (e relativa responsabilità) del notaio si esauriscono nel momento in cui viene effettuato il deposito e richiesta l'iscrizione; sarebbe in contrasto con la stessa funzione del registro delle imprese, far discendere le gravi conseguenze stabilite dalla norma in parola dal ritardo dell'ufficio nella esecuzione di una formalità tempestivamente richiesta;

2. quanto alla massima sub b): il divieto non trova applicazione poiché oggetto dello stesso è esclusivamente l'iscrizione di società costituita anteriormente al primo gennaio 2004 e regolata da statuto non conforme alla nuova disciplina;

3. quanto alla massima sub c): il divieto non trova applicazione poiché, come affermato dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, a tali operazioni straordinarie va riconosciuta natura di procedimento complesso, modificativo della struttura e dell'organizzazione societaria, cui può conseguire, come effetto quasi secondario ed in ipotesi determinate (fusione propria e scissione con beneficiaria di nuova costituzione), la costituzione di una nuova società. In senso conforme si ricordano i precedenti orientamenti giurisprudenziali, condivisi da questa Commissione, che hanno reputato legittima la costituzione, per effetto di scissione, di s.p.a. unipersonale.

## **MASSIMA N. 2**

### **Adeguamento dello statuto: limiti**

*L'obbligo di uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004, disposto per le società di capitali dal primo comma dell'art. 223 bis disp. att.c.c. non ha ad oggetto le disposizioni "contingenti" dell'atto costitutivo (ovverosia quelle contenute nei n. 1, 6 e 12 del previgente art. 2328 c.c., oltre al nome dei primi amministratori e sindaci), bensì unicamente le clausole "durature", normalmente contenute nello statuto allegato all'atto costitutivo.*

### **MOTIVAZIONE**

Come da tempo evidenziato dalla dottrina, il contratto costitutivo delle società di capitali - rappresentato da un unico documento (atto costitutivo) o da due documenti formalmente separati (atto costitutivo e statuto) che disciplinano la volontà contrattuale dei soci - contiene elementi diversi, tutti suscettibili di essere variati durante la vita della società.

E' tuttavia agevole rilevare che la concreta modificabilità di tali elementi non è soggetta alle medesime regole, essendo in particolare sottratti alla rigida disciplina della modifica dell'atto costitutivo e dello statuto gli elementi c.d. soggettivi o transeunti quali, ad esempio, i dati identificativi di soci, amministratori e sindaci.

Ciò non significa che la modifica degli elementi soggettivi non possa essere regolata da norme particolari (si pensi all'atto autentico per la cessione di quota di s.r.l.) ma semplicemente che devono essere individuate in concreto quali siano le clausole statutarie la cui introduzione, variazione o soppressione comporti l'applicazione dello specifico regime previsto dall'ordinamento per le modifiche statutarie in senso stretto.

Tale specifico regime appare previsto per la tutela di interessi generali ed è caratterizzato, a tal fine, da norme inderogabili che disciplinano la competenza degli organi deputati alla adozione delle modifiche statutarie, la forma ed il controllo delle stesse.

Pertanto le clausole degli atti costitutivi e statuti delle società iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004 che devono essere uniformate, entro il 30 settembre dello stesso anno, alle nuove disposizioni inderogabili, sono esclusivamente quelle per la cui modifica l'ordinamento prevede lo specifico regime sopra delineato e cioè quelle che disciplinano elementi oggettivi e non transeunti.

In particolare non appare necessario alcun adeguamento degli atti costitutivi vigenti alla nuova normativa, per quanto attiene i nuovi elementi identificativi della società socia di s.p.a. o di s.r.l., introdotti dal n. 1 dell'art. 2328 e dal n. 1 dell'art. 2463.

### **MASSIMA N. 3**

#### **Adeguamento della clausola compromissoria**

*L'ultrattività prevista dal quarto comma [N.d.R. ora quinto comma] dell'art. 223 bis disp. att. c.c. (in base al quale le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia sino al 30 settembre 2004, anche se non conformi alle nuove disposizioni inderogabili) è riferita unicamente alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003 e pertanto la clausola compromissoria, contenuta in statuto societario, che non risulti conforme alla disciplina introdotta dal secondo comma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, deve essere considerata, dopo il 1° gennaio 2004, contraria a disposizioni inderogabili di legge.*

*La deliberazione assembleare di adeguamento di tale clausola, adottata dopo il 1° gennaio 2004, non richiede le maggioranze previste dall'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003 e può essere adottata dall'assemblea straordinaria a maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dagli intervenuti, ai sensi del secondo comma [N.d.R. ora terzo comma] dell'art. 223 bis citato.*

*Qualora invece la deliberazione assembleare preveda - anche mediante l'adozione di un nuovo testo di statuto - l'introduzione della clausola compromissoria sarà richiesta, limitatamente all'adozione di quest'ultima, la maggioranza qualificata prevista dall'art. 34, quinto comma, del D.Lgs. n. 5/2003.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 34 comma secondo del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 stabilisce che la clausola compromissoria, inserita negli atti costitutivi di società, deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetti estranei alla società. Per effetto di tale disposizione gran parte delle clausole compromissorie attualmente inserite negli atti costitutivi e negli statuti di società, prevedendo che la nomina di taluni arbitri sia fatta dalle parti, deve ritenersi, alla luce della nuova normativa, nulla.

Non può, infatti, ritenersi che alla clausola compromissoria, anche se contenuta nell'atto costitutivo e nello statuto, si applichi il quarto comma [N.d.R. ora quinto comma] dell'art. 223 bis introdotto dall'art. 9 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, che consente il permanere dell'efficacia delle clausole statutarie conformi alle previgenti disposizioni legislative, anche quando le clausole stesse non risultino conformi alle disposizioni inderogabili della riforma.

Ciò in quanto

(i) la nuova disciplina della clausola compromissoria è contenuta nel D.Lgs. n. 5/2003, relativo alla "definizione dei procedimenti in materia di diritto societario" e non nel D.Lgs. n.6/2003, relativo alla Riforma organica della disciplina delle società di capitali e

(ii) il quarto comma [N.d.R. ora quinto comma] dell'art. 223 bis, introdotto dal D.Lgs. n. 6/2003, è norma eccezionale e, quindi, di stretta interpretazione.

Vista la modifica introdotta nel secondo comma dell'art. 41 del D.Lgs. n. 5/2003 dall'avviso di rettifica portato dal Comunicato relativo al citato D.Lgs. n. 5/2003 recante "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3/10/2001 n. 366" si ritiene che la deliberazione assembleare che adegua la clausola compromissoria già contenuta nello statuto alle disposizioni inderogabili portate dal Decreto Legislativo citato - anche nel più ampio contesto dell'adeguamento dell'intero statuto alla disciplina introdotta dalla Riforma - possa essere adottata con la maggioranza prevista dal secondo comma [N.d.R. ora terzo comma] dell'art. 223 bis disp. att. c.c.

Qualora invece lo statuto previgente non contenesse tale clausola, la deliberazione che la introduce dovrà essere approvata, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 34 citato, da tanti soci che rappresentano almeno i due terzi del capitale sociale; inoltre i soci assenti o dissenzienti potranno, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

#### **MASSIMA N. 4**

#### **Entrata in vigore delle norme sul controllo contabile (art. 2409 bis e ss. c.c.)**

*In mancanza di una clausola statutaria dalla quale si possa desumere – espressamente o implicitamente – che il controllo contabile spetta al collegio sindacale, diviene applicabile, a decorrere dal 1° gennaio 2004, la norma che prevede la nomina del revisore o della società di revisione (art. 2409-bis c.c.).*

*Tuttavia, tenuto anche conto della mancanza di un termine entro cui la società deve provvedere a tale nomina, si deve ritenere che, fino alla deliberazione assembleare di nomina del revisore, il collegio sindacale mantenga il diritto-dovere di esercitare il controllo contabile, in virtù di un generale principio di prorogatio delle cariche e delle funzioni degli organi sociali, avallato tra l'altro dal nuovo art. 2400, comma 1, ult. frase, c.c..*

*Pertanto, sia in presenza di siffatta clausola statutaria, sia in caso di prorogatio delle funzioni, appare pienamente legittima – anche al fine di contestuali o successive deliberazioni sul capitale sociale ovvero di deliberazioni che presuppongono una situazione patrimoniale di riferimento (ad es. al fine di valutare la capienza del limite quantitativo di emissione di obbligazioni) – l'approvazione del bilancio d'esercizio (o, in quanto compatibile, di un bilancio infrannuale) corredato della sola relazione del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2429 c.c., comprensiva del giudizio di cui all'art. 2409-ter c.c..*

#### **MOTIVAZIONE**

Le norme che disciplinano il controllo contabile (artt. 2409-bis e ss. c.c.), ivi compresa quella che attribuisce tale funzione al revisore esterno in luogo del collegio sindacale, entrano in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2004, posto che il "rinvio" al 30 settembre 2004 riguarda solamente la sopravvivenza delle clausole statutarie non conformi al nuovo diritto, già presenti al 1° gennaio 2004.

Nonostante l'immediata entrata in vigore della disciplina sul revisore contabile, può comunque darsi il caso della presenza di una *clausola statutaria* che attribuisce la funzione del controllo contabile al collegio sindacale, la quale mantiene efficacia sino al 30 settembre 2004 (ai sensi dell'art. 223-bis, comma 4, [N.d.R. ora comma 5] disp. att. c.c.), *a prescindere dai requisiti previsti dall'art. 2409-bis, comma 3, c.c.* (ovverosia anche nei casi in cui la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato o faccia ricorso al mercato del capitale di rischio).

Tale clausola statutaria va ravvisata non solo quando viene espressamente affermato che il collegio sindacale esercita il controllo contabile, oltre al controllo di gestione, bensì anche quando lo statuto disponga un *rinvio espresso* alle funzioni di cui al previgente art. 2403 c.c. ovvero qualora lo statuto si limiti ad un *generico riferimento* alle funzioni del collegio sindacale a norma di legge, da intendersi in linea di massima come un rinvio alla disciplina anteriore alla riforma.

In mancanza di una clausola di tale tenore, non si verifica ad ogni modo un vuoto di funzioni negli organi sociali, posto che, così come i sindaci cessati per scadenza del termine mantengono pienezza di funzioni in regime di *prorogatio*



sino al momento in cui il collegio è stato ricostituito (cfr. art. 2400, comma 1, ult. frase, nuova versione), si deve ritenere che essi mantengano intatte le loro funzioni fino all'accettazione dell'incarico da parte del revisore o della società di revisione nominati dall'assemblea ai sensi dell'art. 2409-bis, c.c..

Inoltre, la mancanza di un termine espresso, imposto dalla legge alle società per la nomina del revisore o della società di revisione, induce a pensare, nell'ambito di un sistema di norme transitorie volto a semplificare e rendere meno gravoso l'impatto della riforma nei confronti delle società preesistenti, che possa essere legittima (e non costituisca di per sé una grave irregolarità) la decisione dell'organo amministrativo di rinviare la convocazione dell'assemblea per la nomina del revisore (o per l'introduzione della clausola statutaria che attribuisce il controllo contabile al collegio sindacale) al momento in cui verrà convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio. Ragioni di opportunità consigliano poi di prendere atto, in occasione di tale decisione dell'organo amministrativo, della continuazione dell'esercizio del controllo contabile da parte del collegio sindacale in carica.

## **MASSIMA N. 5**

### **Adeguamenti statuari e disciplina transitoria**

*L'art. 223-bis, comma 3, disp. att. c.c., quale risultante dal D.Lgs. 6 febbraio 2004 n. 37, in vigore dal 29 febbraio 2004, permette di modificare l'atto costitutivo/statuto di società di capitali con deliberazione sorretta dalla maggioranza semplice dei legittimati al voto intervenuti in assemblea, in deroga alle più qualificate maggioranze previste dalla legge o dall'atto costitutivo/statuto per le modifiche dello stesso, nei seguenti casi:*

*a) mero adattamento a norme inderogabili introdotte dalla nuova normativa, anche laddove ciò comportasse l'adozione di scelte discrezionali, purché necessariamente dipendenti dalla modificazione imposta dalle nuove norme inderogabili;*

*b) inserimento di clausole miranti a disapplicare norme derogabili introdotte dalla nuova normativa in modifica della precedente, se (e solo se) l'inserimento sia finalizzato a continuare ad applicare – in quanto consentito dalla nuova legge – la vecchia disciplina, sinora applicabile nel silenzio dell'atto costitutivo/statuto ovvero in forza del generico rinvio alla legge, in esso contenuto.*

*In forza del medesimo art. 223-bis disp. att. c.c., come da ultimo modificato, le società di capitali costituite anteriormente al 1° gennaio 2004 sono regolate:*

*i) dalla nuova normativa, dal momento in cui il relativo atto costitutivo/statuto è stato adeguato alla stessa, nonché, in ogni caso, dal 1° ottobre 2004;*

*ii) nel periodo anteriore all'adeguamento e, in difetto, sino al 30 settembre 2004:*

*a) dai patti contenuti nell'atto costitutivo/statuto, ancorché contrastanti con la nuova normativa (anche inderogabile), purché conformi alla precedente; nonché*

*b) nel silenzio dei patti sociali o in presenza di un rinvio alla legge, ivi contenuto:*

*b1) dalla vecchia normativa, là dove la nuova normativa, pur disponendo diversamente, ammetta una regolamentazione conforme alla precedente normativa;*

*b2) dalla nuova normativa, nei restanti casi.*

## **MOTIVAZIONE**

La massima discende dal confronto tra il precedente e il nuovo testo dell'art. 223-bis, anche alla luce dei commenti e delle non sempre convergenti interpretazioni del primo testo della citata disposizione, oltre che in considerazione degli intenti manifestati dal legislatore nella relazione accompagnatoria al decreto correttivo e in altre sedi.

Per ciò che concerne la prima parte della massima, relativa alle modifiche statutarie adottabili a maggioranza semplice, è opportuno precisare quanto segue.

a) Il "mero adattamento a norma inderogabile" si ha non solo quando il contrasto di una clausola statutaria con la nuova normativa implichi un unico modo di configurare la clausola affinché risulti conforme alla nuova normativa, ma anche quando la nuova normativa impone l'introduzione nello statuto di una clausola assente e in tale introduzione si abbiano dei margini di libertà, come avviene ad esempio per il recesso nella s.r.l. in forza dell'art. 2473 c.c. (laddove impone di disciplinarne "le relative modalità") In simili situazioni si può dire che la regola della maggioranza semplice, motivata dalla indispensabilità dell'adeguamento, si estende inevitabilmente ai profili di discrezionalità concessi dalla disposizione alla quale viene adattata la clausola. Ciò, tra l'altro, si desume dalla constatazione che, se così non fosse, mancherebbe una vera ragione per permettere l'adattamento a maggioranza semplice, posto che una mera uniformazione alla nuova normativa inderogabile si verificherebbe sempre di diritto mediante sostituzione automatica della clausola affetta da nullità sopravvenuta.

b) La introduzione, a maggioranza semplice, di clausola tendente a disapplicare una nuova norma derogabile rappresenta una novità del decreto correttivo, il cui dichiarato scopo conduce a limitarne la portata, in sede interpretativa, rispetto a quella in astratto consentita dalla lettera della disposizione (riduzione teleologica della norma).

Lo scopo della disposizione – che unitamente a quella che segue (v. infra) è nella sua genesi strettamente legata alle discussioni sul controllo contabile nella fase transitoria, controllo sinora generalmente svolto dal collegio sindacale e adesso, in virtù di norma (a date condizioni) derogabile, da attribuire al revisore – consiste nel dare l'opportunità di mantenere, ove possibile, gli equilibri esistenti nel rapporto sociale, senza dover dar principio a rinegoziazioni tra soci controllanti di fatto (i quali si giovano della regola della maggioranza semplice) e soci di minoranza per il mantenimento dello status quo.

La disposizione, per contro, certamente non intende permettere, ai soci controllanti di fatto, di modificare a piacere le "regole del gioco", sfruttando i più ampi spazi concessi dalla nuova normativa e prescindendo dai consensi necessari per integrare i quorum normalmente richiesti per le modifiche statutarie.

Ne deriva che a maggioranza semplice si può, ad esempio, introdurre in uno statuto, al riguardo silente o genericamente rinviante alla legge, una clausola che, in conformità a quanto avveniva nel precedente sistema, preveda:

- l'attribuzione del controllo contabile al collegio sindacale, sussistendone i presupposti stabiliti per la s.p.a. dalla nuova legge;
- il deposito delle azioni almeno cinque giorni prima dell'assemblea ai fini della legittimazione ad intervenire alla riunione;
- l'attribuzione della competenza per l'emissione delle obbligazioni non convertibili all'assemblea straordinaria;
- la fissazione dei quorum per le decisioni dei soci nella s.r.l. secondo quanto previsto dal vecchio art. 2486 c.c. (maggioranza del capitale sociale per decisioni che in passato sarebbero state di competenza dell'assemblea ordinaria; due terzi del capitale sociale per decisioni che in passato sarebbero state di competenza dell'assemblea straordinaria).

La seconda parte della massima ricostruisce la complessa regolamentazione giuridica delle società di capitali durante la fase transitoria, quale deriva dall'ultimo periodo del (nuovo) terzo comma dell'art. 223-bis: disposizione

introdotta a complemento di quella contenuta nel periodo precedente (disapplicazione di nuove norme derogabili per mantenere invariato il rapporto sociale), onde garantire la continuazione invariata del rapporto sociale nel mutato quadro normativo sino al momento in cui si adegui l'atto costitutivo/statuto o, alternativamente, sino al 30 settembre 2004.

Il legislatore, in questo modo, intende innanzi tutto risolvere il problema del controllo contabile nelle società i cui statuti manchino di indicazioni specifiche (inutili per la vecchia normativa) sulla relativa attribuzione al collegio sindacale: con il dubbio se e quando, in tali casi, occorresse nominare un revisore e chi, nel frattempo, esercitasse il controllo contabile. La soluzione a cui porta nei casi considerati la scelta legislativa è la seguente:

- sino a che l'atto costitutivo/statuto non viene adeguato, il controllo contabile continua ad essere esercitato dal collegio sindacale in conformità alla vecchia normativa (né si potrà, senza previamente adeguare lo statuto, nominare un revisore, salvo che ciò sia imposto dalla nuova legge con norma inderogabile, come avviene per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio o che siano tenute alla redazione del bilancio consolidato: art. 2409-bis, ult. comma);

- ad adeguamento effettuato o, in difetto, dal 1° ottobre 2004, il controllo contabile spetterà al revisore, a meno che in fase di adeguamento non lo si sia attribuito al collegio sindacale.

Peraltro, la disposizione in commento, se pur primariamente pensata per il problema del controllo contabile, si presenta generalizzata ad ogni altro aspetto del rapporto sociale non regolato dall'atto costitutivo/statuto (se non con un rinvio esplicito o implicito alla legge) e dalla nuova normativa diversamente regolato - ma consentendo il ritorno al passato - rispetto a quanto faceva la precedente. Ne deriva che in tutti i casi in cui, come sopra ricordato, si può a maggioranza semplice disapplicare la nuova normativa per ritornare al passato (o, meglio, per mantenerlo fermo anche dopo il 30 settembre 2004), il passato sopravvive e costituisce regola presente. Tale sopravvivenza delle norme derogabili vigenti prima del 1° gennaio 2004, tuttavia, è prevista allorché sia possibile "l'introduzione nello statuto di clausole che escludono l'applicazione di nuove disposizioni di legge, derogabili con specifica clausola statutaria", come dispone il citato art. 223-bis, comma 3, disp. att. c.c., il che avviene allorché la nuova norma derogabile preveda espressamente la "specifico clausola statutaria" che ne esclude l'applicazione o che comunque la deroghi.

Continueranno pertanto a trovare applicazione, ad esempio, in presenza di uno statuto che nulla dica o che semplicemente rinvii alla legge, le norme in tema di deposito delle azioni almeno cinque giorni prima dell'assemblea (art. 4 l. 1745/1962, in parziale modifica del vecchio art. 2370 c.c.), di competenza per l'emissione di obbligazioni (vecchio art. 2365 c.c.), nonché di quorum dell'assemblea di s.r.l. (vecchio art. 2486 c.c.). Al contrario, e sempre a titolo esemplificativo, non dovrebbero trovare applicazione, in virtù dell'art. 223-bis, comma 3, disp. att. c.c., le norme in tema di requisiti per l'assemblea totalitaria (vecchio art. 2366, comma 3, c.c.) o di limiti quantitativi all'emissione di obbligazioni (vecchio art. 2410 c.c.).

Resta infine da chiedersi se l'adeguamento anche di una sola parte dello statuto debba ritenersi sufficiente a determinare l'applicazione integrale della nuova disciplina oppure se debba da ciò desumersi una volontà implicita di mantenimento della vecchia disciplina per quanto non si sia tradotto in espresso adeguamento alla nuova. In realtà pare corretto affermare che si tratti di una questione da risolvere caso per caso, sulla base dell'interpretazione della singola deliberazione assembleare, nel contesto di ogni singola società, non potendosi desumere a priori una soluzione nell'una o nell'altra direzione. Per salvaguardare le ovvie esigenze di certezza, piuttosto, appare consigliabile l'esplicito chiarimento in occasione delle deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo/statuto, prima del 1° ottobre 2004, che il parziale adeguamento deliberato intende o meno alterare la situazione quo ante sugli aspetti non considerati.

## **MASSIMA N. 6**

### **Il capitale minimo di s.p.a.**

*In relazione al nuovo ammontare minimo del capitale sociale di s.p.a., fissato dall'art. 2327 c.c. in euro 120.000, si deve ritenere che, stante la norma transitoria contenuta nell'art. 223-ter disp. att. c.c.:*

*a) le s.p.a. costituite prima del 1° gennaio 2004, dotate di un capitale pari o superiore ad euro 120.000:*

*- non possono ridurre il capitale sociale, ai sensi dell'art. 2445 c.c., al di sotto dell'ammontare di euro 120.000;*

*- debbono ricostituire il capitale sociale, nelle ipotesi di riduzione per perdite al di sotto del minimo legale, ad un ammontare almeno pari ad euro 120.000;*

*b) le s.p.a. costituite prima del 1° gennaio 2004, dotate di un capitale inferiore ad euro 120.000:*

*- non possono ridurre il capitale sociale, ai sensi dell'art. 2445 c.c., al di sotto dell'ammontare del loro capitale sociale alla data del 1° gennaio 2004, né al di sotto del minimo legale di euro 120.000 qualora successivamente al 1° gennaio 2004 si siano adeguate a tale nuovo ammontare;*

*- debbono ricostituire il capitale sociale, nelle ipotesi di riduzione per perdite al di sotto del minimo legale, ad un ammontare almeno pari al loro capitale sociale alla data del 1° gennaio 2004, ovvero al minimo legale di euro 120.000 qualora successivamente al 1° gennaio 2004 si siano adeguate a tale nuovo ammontare;*

*- si sciolgono se allo scadere del termine di durata (previsto dallo statuto alla data del 1° gennaio 2004) non provvedono ad aumentare (e sottoscrivere) il capitale sociale sino ad almeno euro 120.000;*

*- possono legittimamente prorogare il termine di durata della società, solo se il capitale viene contestualmente aumentato (e sottoscritto) sino ad almeno euro 120.000;*

*c) le s.r.l. costituite prima del 1° gennaio 2004 (nonché le società di persone o gli altri enti ex artt. 2500 ss.):*

*- possono trasformarsi in s.p.a. solo se il capitale viene contestualmente aumentato (e sottoscritto) sino ad almeno euro 120.000 o viene comunque determinato in misura pari ad almeno euro 120.000.*

## **MOTIVAZIONE**

L'innalzamento del minimo legale del capitale sociale della società per azioni (nuovo art. 2327 c.c.) pone il problema del regime transitorio applicabile alle s.p.a. già costituite alla data del 1° gennaio 2004.

Tra le diverse opzioni ipotizzabili (mantenimento sine die del previgente minimo legale per le società già esistenti; obbligo di aumentare il capitale sociale entro un determinato termine; etc.) la riforma ha scelto una via intermedia, in base alla quale il nuovo minimo legale si applica in linea di principio a tutte le società, vecchie e nuove, ma non impone alle società già esistenti di adeguare il capitale sociale, fino allo spirare del termine di durata fissato in statuto al 1° gennaio 2004.

Ciò significa che, per tali società e fino a tale termine, la circostanza di essere dotate di un capitale inferiore ad euro 120.000 non rappresenta una causa di scioglimento, in deroga all'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c., conseguenza che sarebbe invece derivata dalla modifica dell'art. 2327 c.c. in assenza di disposizione transitoria analoga a quella contenuta nell'art. 223-ter disp. att.

c.c.. Non sono mancate, del resto, occasioni nelle quali lo scioglimento rappresentava la conseguenza cui andavano incontro le società che non provvedevano ad adeguare il capitale sociale ai nuovi minimi innalzati dal legislatore (così ad esempio avvenne con la l. 904/77).

La scelta operata dal d.lgs. 6/2003 impone quindi di interpretare la deroga contenuta nell'art. 223-ter disp. att. c.c. nel senso di non addossare alle società già esistenti un obbligo di aumento onde raggiungere il nuovo minimo, e non già nel senso di ritenere ad esse applicabile, in ogni circostanza, il previgente minimo legale anziché il nuovo.

Ciò spiega perché, come analiticamente indicato nella massima, il minimo legale di euro 120.000 trova già applicazione, in alcune particolari ipotesi, anche nei confronti di s.p.a. preesistenti (dovendosi distinguere tra quelle dotate al 1° gennaio 2004 di un capitale inferiore e quelle già con un capitale pari o superiore), nonché nei confronti delle preesistenti società di altri tipi che si vogliono trasformare in s.p.a.

#### **MASSIMA N. 7**

#### **Sottoscrizione e versamento dell'aumento di capitale prima dell'iscrizione al Registro Imprese della relativa delibera**

*La sottoscrizione dell'aumento di capitale a pagamento (in denaro od in natura) può intervenire prima che la relativa delibera acquisti efficacia - ai sensi dell'articolo 2436 del Codice Civile - con l'iscrizione al Registro Imprese. L'esecuzione può quindi avvenire anche in corso di assemblea, facendosene menzione nel relativo verbale, cui pertanto può essere allegato il testo di statuto aggiornato con l'indicazione del nuovo capitale sociale.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'inefficacia, al momento dell'assemblea e fino alla iscrizione nel Registro Imprese, della deliberazione di aumento a pagamento del capitale sociale, non è di impedimento alla sottoscrizione dell'aumento medesimo (ed all'esecuzione dei necessari apporti in denaro od in natura).

Si realizza infatti, in tal caso, senza lesione di alcun principio dell'ordinamento, una semplice inversione (dell'efficacia) degli elementi di cui normalmente si compone la fattispecie complessa dell'aumento di capitale sociale a pagamento, con anticipazione dell'adesione dei soci rispetto al momento di efficacia della proposta societaria di aumento.

La sottoscrizione nel corso dell'assemblea stessa è del resto considerata addirittura obbligatoria tutte le volte che si tratti di ricostituire un capitale ridotto sotto al minimo legale per effetto di perdite, a ragione del principio secondo cui la causa di scioglimento prevista dall'articolo 2484 n. 4 del codice civile è esclusa solo dalla effettiva esecuzione della ricapitalizzazione, e non anche dalla semplice deliberazione.

In caso di sottoscrizione in corso di riunione, l'assemblea potrà pertanto approvare (e il verbale assembleare recherà normalmente in allegato) il testo di statuto aggiornato con la nuova indicazione del capitale sociale, che assumerà vigore - al pari della delibera di aumento - al momento dell'iscrizione al Registro Imprese.

La particolare condizione di inefficacia della delibera, cui naturalmente si accompagna l'inefficacia dell'aumento, nel suo complesso, fino all'iscrizione della delibera al Registro Imprese, rende opportuno che tra società (conferitaria) e soci (sottoscrittori e conferenti) venga all'atto della sottoscrizione disciplinato il regime cui le parti intendono assoggettare l'apporto contestualmente effettuato e destinato a liberare l'aumento stesso; se la dichiarazione di sottoscrizione deve infatti ritenersi subordinata alla stessa condicio juris che è prevista per la delibera (l'iscrizione di quest'ultima al Registro Imprese), l'apporto che il

sottoscrittore effettua con la finalità di liberare l'aumento sottoscritto potrà essere convenuto anche con efficacia immediata, (come potrebbe avvenire, indipendentemente dall'esistenza di una delibera di aumento, per una qualsiasi attribuzione "in conto capitale"), con la conseguenza di concorrere, senza dilazioni, alla formazione del netto patrimoniale della società conferitaria, restando condizionata all'iscrizione presso il Registro Imprese solamente l'allocazione a capitale sociale.

#### **MASSIMA N. 8**

#### **Delega agli amministratori ex art. 2443 c.c. di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione**

*Nell'ipotesi in cui lo statuto o una sua successiva modificazione attribuiscono all'organo amministrativo la facoltà di aumentare il capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441, commi 4 e 5, la determinazione dei "criteri cui gli amministratori devono attenersi", a norma dell'art. 2443, comma 1, c.c., concerne essenzialmente le ragioni e le cause dell'esclusione del diritto di opzione. Di conseguenza lo statuto, o la deliberazione assembleare di delega modificativa dello stesso, devono determinare i beni o la tipologia di beni da conferire (nel caso del comma 4) ovvero i destinatari o le tipologie o le categorie di persone o enti destinatari delle azioni o i criteri per l'individuazione dei soggetti cui riservare le azioni (nel caso del comma 5). La delega può – ma non necessariamente deve – dettare i criteri per la determinazione del prezzo di emissione delle azioni, fermo restando che il rispetto del sovrapprezzo minimo previsto dall'art. 2441, comma 6, c.c., deve essere verificato in sede di deliberazione consiliare di aumento del capitale sociale, in occasione della quale viene fissato il prezzo di emissione oppure i criteri per la sua determinazione.*

*In ogni caso, l'applicabilità dell'art. 2441, comma 6, c.c., "in quanto compatibile", impone che:*

*a) in sede di deliberazione assembleare di delega l'organo amministrativo illustri la proposta di delega, mediante apposita relazione dalla quale devono risultare le ragioni dei criteri della possibile esclusione o limitazione dell'opzione o del possibile conferimento in natura (fatta salva la possibilità che tutti i soci vi rinunzino all'unanimità);*

*b) almeno 15 giorni prima di ciascuna deliberazione consiliare di aumento delegato, l'organo amministrativo comunichi – al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza (o alla società di revisione ai sensi dell'art. 158 T.U.F., nei casi ivi previsti) e al soggetto incaricato del controllo contabile – la relazione illustrativa, concernente le ragioni della specifica esclusione o dello specifico conferimento in natura, dalla quale risulti altresì il prezzo di emissione e i criteri adottati per determinazione in conformità all'art. 2441, comma 6, c.c. (fatta salva la possibilità che i rispettivi destinatari rinunzino al termine di 15 giorni);*

*c) al momento di ciascuna deliberazione consiliare di aumento delegato vengano prodotti il parere di congruità del prezzo di emissione del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza (o della società di revisione ai sensi dell'art. 158 T.U.F., nei casi ivi previsti) e la relazione giurata dell'esperto designato dal tribunale nell'ipotesi prevista dall'art. 2441, comma 4, c.c..*

*La deliberazione assembleare di delega deve essere approvata con la maggioranza prevista dall'art. 2441, comma 5, c.c. (voto favorevole di tanti*

*soci che rappresentino più della metà del capitale sociale), sia nel caso di attribuzione della facoltà di escludere il diritto di opzione quando l'interesse della società lo esige (previsto dal medesimo art. 2441, comma 5, c.c.), sia nel caso di attribuzione della facoltà di deliberare aumenti di capitale da liberare mediante conferimenti in natura, privi del diritto di opzione (previsto dall'art. 2441, comma 4, c.c.)*

*Pur in mancanza di espressa disposizione normativa, si deve ritenere tuttora ammissibile – conformemente del resto all'opinione dominante già prima del d.lgs. 6/2003 – la deliberazione assembleare di delega all'organo amministrativo della facoltà di aumentare il capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione con offerta ai dipendenti della società o di società che la controllano o che sono da essa controllate, ai sensi dell'art. 2441, comma 8, c.c., la quale deve essere approvata con le maggioranze previste dallo stesso art. 2441, comma 8, c.c. e dall'art. 134, comma 2, T.U.F. (come modificato dal d.lgs. 37/2004). In tal caso, le disposizioni di cui all'art. 2441, comma 6, c.c., non trovano applicazione né nei confronti della deliberazione assembleare di delega, né nei confronti della deliberazione consiliare di aumento di capitale a favore dei dipendenti.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il d.lgs. 6/2003 è intervenuto sul problema della delegabilità agli amministratori dell'aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione, apportando alcune modifiche all'art. 2443 c.c., senza peraltro disciplinare espressamente tutti i profili dell'istituto e senza eliminare ogni spazio di incertezza nell'interpretazione. Per quanto concerne l'esclusione dell'opzione ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 2441 c.c., la norma afferma che “si applica in quanto compatibile il sesto comma dell'articolo 2441 e lo statuto determina i criteri cui gli amministratori devono attenersi”.

Occorre pertanto chiarire entrambi tali aspetti, ovvero sia:

(i) in cosa consista l'applicazione in quanto compatibile dell'art. 2441, comma 6, c.c.;

(ii) quale sia l'oggetto dei criteri dettati dallo statuto (alias dalla deliberazione assembleare di delega, qualora la delega venga rilasciata dopo la costituzione della società), cui gli amministratori devono attenersi.

Cominciando dal secondo di tali interrogativi, si deve ritenere che il contenuto minimo della delega ex art. 2443 c.c. sia costituito – oltre che dagli elementi necessari in ogni ipotesi di delega di aumento di capitale (ammontare massimo del capitale c.d. autorizzato e termine finale della delega) – dall'indicazione delle ragioni e delle cause dell'esclusione del diritto di opzione, le quali implicano la necessità di individuare, nell'ambito delle deliberazioni di delega, i beni o la tipologia di beni da conferire (nel caso del comma 4) ovvero i destinatari o le tipologie o le categorie di persone o enti destinatari dell'offerta (nel caso del comma 5). Sarebbero questi, in altre parole, i “criteri” che la delibera assembleare di delega deve dettare in ossequio a quanto dispone l'ultima parte del primo comma dell'art. 2443 c.c.

Non sembra invece necessario che lo statuto o la deliberazione assembleare di delega contengano la determinazione del prezzo di emissione delle azioni, né i criteri per determinarlo. Gli amministratori sono infatti tenuti in ogni caso al rispetto del criterio di determinazione del prezzo dettato dall'art. 2441, comma 6, c.c., in base al quale la deliberazione (di aumento) “determina il prezzo di emissione delle azioni in base al valore del patrimonio netto, tenendo conto, per le azioni quotate in borsa, anche dell'andamento delle quotazioni nell'ultimo semestre”. Può pertanto ipotizzarsi che la deliberazione assembleare di delega lasci mano libera agli amministratori nella determinazione del prezzo, da attuare in sede di assunzione della deliberazione di aumento del capitale, fermo restando l'obbligo di uniformarsi al criterio (minimo) dettato dalla norma ora citata.

Sulla base di tali premesse si spiega anche l'altro precetto ora contenuto nell'art. 2443, comma 1, c.c., e cioè in cosa consista l'applicazione in quanto compatibile dell'art. 2441, comma 6, c.c.. In linea di principio si può dire che le tutele apprestate dalla legge a favore dei soci di minoranza allorché venga escluso o limitato il diritto di opzione (relazione illustrativa degli amministratori; parere dei sindaci sulla congruità del prezzo di emissione; obbligo di fissare un sovrapprezzo in base al valore del patrimonio sociale e tenuto conto dei corsi di borsa) vanno "divise" tra deliberazione assembleare di delega e deliberazione consiliare di aumento, a seconda che si riferiscano ad un elemento determinato dalla prima piuttosto che dalla seconda.

Ne consegue pertanto che, nell'ipotesi paradigmatica in cui la deliberazione assembleare di delega si limiti a determinare: (a) l'ammontare massimo del capitale autorizzato; (b) il termine finale entro cui può essere esercitata la delega, sino al massimo di cinque anni; (c) le ragioni e le cause dell'esclusione del diritto di opzione; verrà presentata in sede assembleare esclusivamente la relazione illustrativa degli amministratori (priva, del resto, dell'indicazione dei criteri adottati per determinare il prezzo di emissione), mentre saranno osservate in sede di deliberazione consiliare di aumento le altre tutele riguardanti la determinazione del prezzo di emissione in conformità al precetto di cui all'art. 2441, comma 6, ultima frase, c.c., nonché il parere di congruità del collegio sindacale (o della società di revisione ai sensi dell'art. 158 T.U.F. nei casi ivi previsti) sul prezzo determinato dagli amministratori.

La massima prende inoltre posizione su due ulteriori possibili dubbi interpretativi nascenti dalla norma.

In primo luogo, si afferma che la maggioranza qualificata richiesta dall'art. 2443, comma 2, c.c. – pari al *quorum* dettato dall'art. 2441 c.c. per il solo caso di esclusione dell'opzione ai sensi del comma 5 (interesse della società) e non per quello ai sensi del comma 4 (conferimenti in natura) – sia necessaria per tutti i casi di delega agli amministratori della facoltà di aumentare il capitale con esclusione dell'opzione, anche quelli concernenti solo l'esclusione ai sensi del citato comma 4 dell'art. 2441 c.c.. La norma, il cui dato letterale lascia comunque adito a pochi dubbi, si spiega considerando che il legislatore ha ritenuto particolarmente delicata (e pertanto meritevole di un *quorum* rafforzato) ogni ipotesi di delega con facoltà di escludere l'opzione, posto che l'assemblea attribuisce comunque un potere particolarmente incisivo sull'assetto della compagine sociale.

In secondo luogo, la massima ribadisce quanto già espresso in passato sia dalla giurisprudenza onoraria, sia dalla dottrina, circa la possibilità di delegare la facoltà di aumentare il capitale sociale con offerta delle azioni ai dipendenti della società o di società che la controllano o che sono da essa controllate, ai sensi dell'art. 2441, comma 8, c.c., la quale deve essere approvata con le maggioranze previste dallo stesso art. 2441, comma 8, c.c. e dall'art. 134, comma 2, T.U.F. (come modificato dal d.lgs. 37/2004). In tal caso, infatti, si deve ritenere che le tutele apprestate dall'ordinamento per le altre ipotesi di esclusione dell'opzione non trovino applicazione a causa dello speciale *favor* del legislatore per le operazioni che portano ad un ampliamento dell'azionariato dei dipendenti, quasi che la valutazione di sussistenza dell'interesse che giustifica la compressione del diritto della minoranza – allorché la maggioranza sia disposta ad accettare una corrispondente compressione – sia già stata effettuata "a monte" dallo stesso legislatore.

## **MASSIMA N. 9**

### **Conferimenti d'opera nella s.r.l.**

*In caso di conferimenti d'opera nella s.r.l., così come per ogni altro conferimento diverso dal denaro, è necessaria la relazione giurata di stima ai sensi dell'art. 2465 c.c..*



*L'attestazione della relazione di stima deve in tal caso riferirsi all'intero valore della prestazione d'opera o di servizi dovuta dal socio conferente, la quale pertanto deve essere o circoscritta per sua natura (ad es. l'appalto d'opera per la costruzione di un determinato bene) o limitata ad un periodo temporale determinato o quanto meno determinabile, non essendo altrimenti possibile capitalizzare il valore di prestazioni di ampiezza o durata indeterminabile.*

*La polizza di assicurazione o la fideiussione bancaria prestate ai sensi dell'art. 2464, comma 6, c.c., devono garantire l'adempimento dell'obbligo di eseguire le prestazioni d'opera o di servizi, potendo pertanto essere escusse dalla società conferitaria in caso di inadempimento parziale o totale dell'obbligo medesimo o in caso di sua impossibilità parziale o totale. La mancanza di un espresso rinvio alla disciplina delle prestazioni accessorie nella s.p.a. (art. 2345 c.c.) non fa venir meno la possibilità che l'atto costitutivo di s.r.l. stabilisca l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie, determinandone contenuto, durata, modalità e compenso.*

#### **MOTIVAZIONE**

La locuzione "beni in natura o crediti" di cui all'art. 2465, comma 1, c.c., va intesa in senso ampio, comprendente tutti i conferimenti diversi dal denaro, nei cui confronti sussiste infatti la medesima esigenza di assicurare la copertura del capitale sociale, mediante l'attestazione che "il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo" (art. 2465, comma 1, c.c.). Proprio nei confronti delle prestazioni d'opera o di servizi, del resto, la legge attribuisce espressamente rilevanza al "valore" ad esse attribuito, imponendo la sussistenza di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria "con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio" (art. 2464, comma 6, c.c.).

Per le s.r.l., in altre parole, il legislatore estende l'area delle entità conferibili a capitale, includendovi tra l'altro anche le prestazioni d'opera o di servizi, mantenendo ferma la tutela della relazione giurata di stima, ma aggiungendo (per tali ultimi conferimenti) la garanzia data mediante la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria.

Anche in considerazione di ciò, è in ogni caso necessario che alle prestazioni d'opera o di servizi oggetto di conferimento venga attribuito un valore complessivo, rapportato all'intera prestazione. Il che implica, a sua volta, la necessità che (i) la prestazione sia per sua natura circoscritta (come avviene ad es. negli obblighi aventi ad oggetto l'esecuzione di una determinata opera) oppure che (ii) venga stabilito un termine di durata dell'obbligazione del socio conferente, essendo altrimenti impossibile attribuire un valore complessivo - potrebbe dirsi "capitalizzato" - dell'intera prestazione dovuta dal socio.

L'obbligo della relazione di stima e la necessaria valutazione dei conferimenti d'opera o di servizi, d'altro canto, non implicano che sia garantita alla società l'effettiva acquisizione del valore ad essi attribuito, in virtù dell'esecuzione del conferimento. La polizza e la fideiussione, in altre parole, non devono necessariamente garantire il "ritorno" economico che la società si attende dal conferimento (situazione talvolta nemmeno verificabile in concreto), bensì l'effettivo adempimento dell'obbligo assunto dal socio. Così come, nell'ipotesi di conferimento di crediti, l'inadempimento del debitore ceduto è assistito dalla garanzia del creditore cedente (ossia il socio conferente, ai sensi dell'art. 2255 c.c.), nello stesso modo, nell'ipotesi di conferimento d'opera o di servizi, l'inadempimento dell'obbligato principale (lo stesso socio conferente) viene garantito dall'obbligato in via sussidiaria (ossia la compagnia che ha rilasciato la polizza o la banca che ha concesso la fideiussione).

La polizza assicurativa e la fideiussione bancaria, pertanto, devono garantire, per l'intero valore assegnato al conferimento e per l'intero periodo per il quale è stato assunto l'obbligo dal socio, l'adempimento del socio conferente. Esse devono

quindi prevedere la facoltà di escussione da parte della società in caso di inadempimento o di impossibilità sopravvenuta, parziale o totale, per causa non imputabile alla società conferitaria. Resta poi ferma la necessità di individuare, caso per caso, la nozione stessa di inadempimento della prestazione, anche in relazione alla natura dell'obbligazione, potendo questa essere sia di mezzi che di risultato.

#### **MASSIMA N. 10**

##### **Legittimazione dell'acquirente di partecipazioni in s.r.l.**

*Non si ritiene legittima, in quanto contraria a norme imperative a tutela di interessi pubblici, la clausola statutaria di s.r.l. che attribuisca all'acquirente di una partecipazione in s.r.l. la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali o parte di essi in virtù del solo atto pubblico o autentico di trasferimento della partecipazione, in mancanza di annotazione nel libro dei soci, né la clausola statutaria che attribuisca agli amministratori la facoltà di eseguire tale annotazione prima dell'avvenuto deposito nel registro delle imprese.*

*Si ritengono invece legittime le clausole statutarie di s.r.l. che subordinano la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali ad elementi ulteriori rispetto all'iscrizione a libro soci ex art. 2470 c.c., come ad esempio il decorso di un determinato termine da tale momento, purché ciò non si traduca in una sostanziale privazione dei diritti sociali in capo all'acquirente (la qual cosa avverrebbe ad esempio allorché il termine non fosse contenuto entro limiti ragionevoli).*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2470 c.c., nella parte in cui subordina la legittimazione del socio di s.r.l. all'iscrizione nel libro dei soci, deve ritenersi norma inderogabile, non modificabile da clausola dell'atto costitutivo. Lo stesso dicasi per il procedimento che deve precedere l'iscrizione nel libro dei soci e che deve essere verificato dagli amministratori prima di eseguirla (atto in forma pubblica o autentica e deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese), la cui osservanza è pertanto il presupposto sia dell'iscrizione nel libro dei soci, sia della legittimazione dell'acquirente.

La natura inderogabile di tali disposizioni discende – oltre che da ragioni di carattere sistematico – dalle finalità di carattere pubblico perseguite dall'ordinamento allorché vennero richieste dalla c.d. legge Mancino (l. 310/1993) la forma autentica e l'iscrizione nel registro delle imprese, onde consentire, tra l'altro, un monitoraggio dei trasferimenti di partecipazioni in s.r.l., le uniche, sino ad allora, esenti da ogni requisito formale.

La derogabilità convenzionale delle norme in questione consentirebbe invero l'acquisto di partecipazioni sociali e l'esercizio dei relativi diritti senza che vi sia alcun obbligo né per la società né per il socio, di rendere pubblico, tramite l'iscrizione nel registro delle imprese (ed il successivo deposito dell'elenco dei soci contestualmente alla pubblicazione del bilancio), il trasferimento della partecipazione.

E' d'altro canto da confermare l'ammissibilità della clausola, già diffusa nella prassi, che subordina la legittimazione all'esercizio di taluni diritti sociali (tipicamente l'intervento e il voto in assemblea, o comunque la partecipazione alle decisioni dei soci) ad ulteriori requisiti, come il decorso di un determinato periodo di tempo dall'iscrizione nel libro dei soci, nei limiti sopra indicati.

#### **MASSIMA N. 11**

##### **Modalità di convocazione dell'assemblea nelle s.p.a.**

*Lo statuto di s.p.a. non può contemplare in via esclusiva modalità di convocazione rivolte indistintamente alla generalità dei soci diverse dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale o dalla pubblicazione in almeno un quotidiano indicato nello statuto stesso.*

*E' invece rimessa all'autonomia negoziale l'individuazione delle modalità di convocazione "ad personam", purché si tratti di "mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento" e purché la comunicazione avvenga almeno otto giorni prima dell'assemblea.*

*In tale ambito sono da ritenersi legittime sia le clausole che individuano specifiche modalità di convocazione, sia le clausole che prevedono genericamente che l'avviso di convocazione possa essere inviato, con "mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento", al recapito comunicato dal socio alla società, dovendosi in tale ultimo caso intendere in senso ampio il concetto di recapito (e pertanto comprendente, oltre al domicilio, il numero telefax, l'indirizzo di posta elettronica, etc.).*

*E' altresì legittima la previsione di una pluralità di modalità di convocazione tra loro alternative, sia rivolte indistintamente alla generalità dei soci sia "ad personam" (entrambe nei limiti di cui sopra), rimettendo all'organo competente la scelta del mezzo da utilizzare; lo stesso dicasi allorché sia contemplata una pluralità di modalità "concorrenti" (ossia tutte da utilizzare necessariamente), oppure ancora una pluralità di modalità in parte alternative ed in parte concorrenti.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il nuovo art. 2366 prevede come sistema ordinario di convocazione dell'assemblea delle società per azioni il sistema previgente, ovvero la pubblicazione dell'avviso sulla Gazzetta Ufficiale, sistema che, pur comportando tempi tecnici prolungati fra la decisione di convocazione da parte dell'organo competente e l'assemblea, ha il vantaggio di utilizzare un mezzo di diffusione di notizie generalizzato e non dipendente da dati individuali dei soci, dei quali la società potrebbe addirittura non essere in possesso (tenuto conto che il domicilio dei soci, pur essendo un dato essenziale dell'atto costitutivo e fra i dati che il R.D. 29 maggio 1942 n. 239 prevede siano contenuti nell'intestazione dei titoli e nella girata, non è fra i dati che devono essere indicati nel libro soci).

La medesima norma consente di inserire nello statuto la previsione di altri sistemi di convocazione:

- (i) un sistema tipico che, come quello ordinario, non comporta l'invio della comunicazione ai singoli soci, consistente nella pubblicazione dell'avviso su uno o più quotidiani;
- (ii) una pluralità di sistemi non tipici, quindi non predeterminati a priori dalla legge, aventi come unico requisito quello di "garantire" la prova dell'avvenuto ricevimento.

I diversi sistemi di convocazione possono essere previsti in statuto non solo in via esclusiva o concorrente, ma anche in via alternativa. In tal caso, la scelta su quale utilizzare spetta all'organo competente alla convocazione, che potrà anche sfruttare simultaneamente mezzi di comunicazione diversi, in relazione, per esempio, ai diversi recapiti comunicati dai singoli soci o all'irreperibilità di alcuni di essi.

Qualora sia prevista l'alternativa fra sistemi di comunicazione "generalizzate" e sistemi di comunicazione "ad personam", l'interesse del socio a venire a conoscenza della convocazione si accompagna al suo onere di verificare, come d'altronde avviene se è previsto solo il sistema tradizionale, l'avvenuta pubblicazione dell'avviso con mezzi di diffusione generalizzata. Del resto, una sorta di alternatività automatica della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale rispetto a quella sul quotidiano previsto nello statuto è contenuta nello stesso art. 2366, a seguito della modifica apportata dal decreto legislativo 6 febbraio

2004 n. 37, che rimanda alla Gazzetta Ufficiale nel caso in cui i quotidiani previsti nello statuto abbiano cessato le pubblicazioni. D'altro canto l'alternativa della convocazione attraverso mezzi di diffusione non "ad personam", ed in particolare la previsione statutaria della pubblicazione dell'avviso sulla Gazzetta Ufficiale in alternativa agli altri sistemi, tutela l'interesse della società a poter effettuare la convocazione anche in presenza di eventi estranei alla sua volontà che impediscano l'utilizzo degli altri mezzi previsti in statuto (quali appunto l'interruzione della pubblicazione del quotidiano o la non disponibilità del recapito del socio), interesse sicuramente rilevante nella regolamentazione della società per azioni, per sua natura strutturata per avere una compagine sociale più numerosa e dispersa che la società a responsabilità limitata.

Nel caso si prevedano esclusivamente mezzi di convocazione non indirizzati "ad personam", gli stessi devono necessariamente essere quelli tipici consentiti dalla legge: depone in tal senso, oltre alla lettera della norma, la possibile eccessiva onerosità dell'onere di controllo da parte del socio in relazione a mezzi che non comportano una comunicazione "diretta". Qualora invece si prevedano mezzi di comunicazione "ad personam" è possibile non indicare le modalità di ottenimento della prova dell'avvenuto ricevimento, essendo essenziale esclusivamente che la prova, in qualunque modo formatasi, sia ottenibile.

Ne deriva la possibilità di utilizzare non soltanto il sistema della raccomandata con ricevuta di ritorno ma anche, in alternativa o, preferibilmente, in aggiunta a tale sistema, ogni altro sistema idoneo a raggiungere il risultato indicato dalla legge: dalla lettera consegnata a mano con firma di ricevuta, al telefax ed al messaggio di posta elettronica inviati al recapito fornito dal socio con attestazione di ricevimento rilasciata da parte del socio stesso o di soggetti terzi ovvero ottenuta attraverso l'uso di mezzi tecnologici adeguati.

E' infine legittima la clausola che preveda l'invio dell'avviso in termini generali con qualsiasi mezzo che garantisca la prova dell'avvenuto ricevimento, tenuto conto che proprio il requisito del ricevimento da parte del destinatario è l'elemento caratterizzante tali tipologie di convocazione; l'interesse del socio di venire a conoscenza della convocazione è quindi tutelato, a condizione che l'avviso venga indirizzato personalmente al socio e che l'invio avvenga ai recapiti (intesi in senso ampio e quindi comprendenti, oltre al domicilio, altri indirizzi, quali ad esempio il numero di telefax o l'indirizzo di posta elettronica) comunicati dal socio alla società, preferibilmente per iscritto, con facoltà del socio, quindi, di limitare tale comunicazione ai recapiti che gli garantiscano la conoscenza dell'avviso.

Quanto ai requisiti richiesti dalla legge perchè la convocazione sia regolarmente effettuata, va rilevato che il termine previsto dall'ultima parte del terzo comma dell'art. 2366, che ad una prima lettura parrebbe riferito al ricevimento dell'avviso da parte dei soci, sembrerebbe invece riguardare la comunicazione dell'avviso, non esistendo mezzi che a priori garantiscano il ricevimento *entro un termine predeterminato*; una simile interpretazione è d'altronde confermata dall'art. 2479-bis c.c., il quale prevede, come sistema legale per le s.r.l., il requisito dell'invio della raccomandata entro il termine di otto giorni dall'assemblea: non si vede dunque come il sistema, che in un tipo sociale è adottato quale regime ordinario, possa ritenersi precluso ai soci di una s.p.a. che vogliano avvalersi della facoltà di deroga concesse dalla legge (evidentemente per favorire il funzionamento di organizzazioni societarie caratterizzate, di fatto, da compagini sociali ristrette, come nella s.r.l.).

## **MASSIMA N. 12**

### **Assemblea totalitaria**

*Nella s.p.a. l'assemblea totalitaria richiede la presenza della maggioranza dei componenti in carica degli organi di amministrazione e controllo*

*singolarmente considerati, ma non anche del revisore incaricato del controllo contabile.*

*Il rispetto dei presupposti di legge per l'assemblea totalitaria nelle s.p.a. e nelle s.r.l. esclude la nullità delle deliberazioni per mancata convocazione anche in presenza di clausola statutaria che aggiunga ulteriori presupposti (in tal caso la delibera, peraltro, non sarebbe conforme all'atto costitutivo/statuto).*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2366, comma 4, c.c., ai fini della integrazione dei presupposti per l'assemblea totalitaria, esige la presenza della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo. Al riguardo sembra preferibile ritenere che:

- i) tale maggioranza debba calcolarsi esclusivamente con riguardo ai componenti in carica, senza conteggiare quelli non più tali per effetto di rinuncia, revoca, morte, decadenza e qualsiasi altra causa di cessazione, già avvenuta, dalla carica;
- ii) la maggioranza debba calcolarsi con riferimento ad ogni singolo organo di amministrazione e controllo, e non alla somma dei componenti dei vari organi;
- iii) a tale computo resti estraneo il revisore contabile.

Il punto (i) recepisce l'autorevole orientamento interpretativo sulla fattispecie della totalitaria antecedente alla riforma. La necessità che si faccia riferimento ai membri in carica degli organi di amministrazione e controllo, ivi inclusi, ovviamente, quelli rimasti in carica per effetto di prorogatio, e non già - dopo la riforma - ad una astratta maggioranza dei componenti richiesti dallo statuto (o quantificati dall'atto costitutivo/assemblea ordinaria nell'ambito del minimo e del massimo indicati dallo statuto), si fonda sull'osservazione che soltanto chi ha il diritto e/o il dovere di intervenire in assemblea rileva in ordine al riscontro dei presupposti per l'assemblea totalitaria. Chi ha cessato di ricoprire la carica sociale non ha né quel diritto né quel dovere: dunque, la sua scontata assenza non può impedire l'integrazione dei presupposti della totalitaria nemmeno in via indiretta, cioè ampliando il numero dei componenti rispetto al quale va calcolata la maggioranza la cui presenza è da riscontrarsi in assemblea. Tale conclusione, del resto, si pone - molto più di quella opposta - in linea con l'obiettivo di semplificare e agevolare il procedimento assembleare quale perseguito dal legislatore della riforma in attuazione dell'art. 4, n. 7, della legge delega.

Alla stessa ragione obbedisce la irrilevanza del revisore contabile di cui al punto (iii): infatti al revisore contabile - a prescindere dalla sua improbabile qualificazione in termini di "organo" di controllo della società - non spetta per legge alcun diritto/dovere di intervento in assemblea, diversamente da quanto previsto per sindaci e sorveglianti dagli artt. 2405 e 2409-terdecies, ultimo comma.

Quanto al punto (ii), si reputa preferibile optare per la necessità del riscontro della maggioranza con riguardo ad ogni singolo organo, e non alla somma dei rispettivi componenti, a causa della eterogeneità delle funzioni di amministrazione e controllo: eterogeneità che rende problematica la fungibilità dei relativi componenti pur nel solo ambito dei presupposti della totalitaria, favorendo l'interpretazione per la quale ogni organo di amministrazione e controllo debba avere una propria adeguata rappresentanza all'interno della riunione assembleare, perché questa possa dirsi totalitaria. E ciò nonostante l'incontestabile ambiguità della lettera della legge, la maggior aderenza della opposta lettura all'obiettivo di semplificare e agevolare il procedimento assembleare e la difficoltà di comprendere sul piano sistematico la ragione della diversità delle fattispecie di assemblea totalitaria nella s.p.a. (art. 2366, comma 4) e nella s.r.l. (art. 2479-bis, comma 5).

La seconda parte della massima, infine, riconosce la possibilità che lo statuto/atto costitutivo di s.p.a. e s.r.l. validamente preveda presupposti ulteriori, rispetto a quelli minimali stabiliti dalla legge, perché si integri

l'assemblea totalitaria: ad es. la presenza di tutti i componenti degli organi, del revisore contabile o, nella s.r.l., di una determinata rappresentanza degli organi sociali, la presenza personale dei soci, ecc. Ciò non contrasta con alcuna norma o principio inderogabile, posto che l'osservanza delle formalità per la regolare convocazione lascia intatte le chances operative dell'organo assembleare. Ne deriva che le clausole riproduttive della vecchia nozione di assemblea totalitaria, frequenti negli statuti delle società esistenti al 1 gennaio 2004, rimangono valide ed efficaci, anche dopo il 30 settembre 2004, sino a che non vengano eventualmente modificate.

Si è peraltro inteso precisare che la loro inosservanza in casi specifici, quando siano rispettati i presupposti minimali stabiliti dagli artt. 2366, comma 4, e 2479-bis, comma 5, è idonea a determinare una semplice non conformità della deliberazione assembleare allo statuto/atto costitutivo, con le conseguenze di cui agli artt. 2377 e 2479-ter, comma 1, c.c., e giammai una nullità della deliberazione per mancata convocazione (art. 2379) o per assenza assoluta di informazione (art. 2479-ter, comma 3).

### **MASSIMA N. 13**

#### **Clausola statutaria illecita, introdotta con delibera non più impugnabile, e successive decisioni a tale clausola conformi**

*Sono invalide, in quanto non conformi alla legge, le deliberazioni assembleari e le decisioni dei soci adottate sulla base di un procedimento conforme a clausola statutaria illecita, introdotta con precedente deliberazione assembleare nulla per illiceità dell'oggetto, benché non più impugnabile per decorrenza del termine triennale previsto dalla legge.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il termine triennale per l'esercizio dell'azione di nullità delle deliberazioni assembleari aventi oggetto illecito (artt. 2379 e 2479-ter, comma 3, c.c.) vale anche per le delibere assembleari di modifica dello statuto/atto costitutivo con le quali si introducano clausole vietate dalla legge: si pensi, ad esempio, ad una clausola che ammetta l'emissione di azioni a voto plurimo (vietate dall'art. 2351, comma 4) o di strumenti finanziari con diritto di voto nell'assemblea generale (vietati dall'art. 2346, comma 6) o che preveda il voto segreto (implicitamente vietato dall'art. 2375, comma 1) o modalità di convocazione dell'assemblea non conformi a quanto previsto dagli artt. 2366 e 2479-bis.

Decorso il termine triennale, la delibera nulla non può essere impugnata: resta, però, da stabilire quale valore giuridico abbia la clausola statutaria illecita così introdotta. In particolare, in quanto la clausola illecita abbia natura organizzativa - nel senso che si presta a disciplinare futuri procedimenti decisionali e/o ad ammettere o imporre particolari comportamenti dei soci e delle cariche sociali, riconoscendo loro diritti, poteri, facoltà, obblighi - sorge il dubbio:

- se essa sia idonea a giustificare, e a rendere conseguentemente validi e sottratti alle normali sanzioni stabilite dall'ordinamento, quei successivi procedimenti decisionali e comportamenti che potrebbero essere tenuti bensì in conformità alla clausola ma in contrasto con norme inderogabili di legge;

- e, correlativamente, se i successivi procedimenti decisionali e comportamenti, ove conformi invece alla legge e contrastanti con quanto prescritto dalla clausola illecita, possano andare incontro alle sanzioni stabilite per non conformità allo statuto/atto costitutivo.

Tre argomenti depongono nel senso della necessità di valutare i successivi procedimenti e comportamenti pertinenti al rapporto sociale alla luce della normativa inderogabile di legge e non già delle clausole statutarie illecite, ancorché introdotte nello statuto da più di tre anni.

a) Non è giustificabile un diverso trattamento e valore delle clausole statutarie illecite, a seconda che esse siano presenti sin dalla costituzione della società o posteriormente adottate: nel primo caso, nessun termine è posto dal legislatore all'azione di nullità (parziale) della clausola originaria, e pertanto qui non si può ricollegare alcun effetto sanante allo spirare di un inesistente termine per l'esercizio dell'azione; sembra logico, pertanto, escludere che quell'effetto si produca anche nel secondo caso, cioè con riguardo alle clausole illecite introdotte con modifica statutaria, poiché una diversa conclusione causerebbe una notevole incoerenza sistematica.

b) Conferire valore alle clausole statutarie organizzative illecite, una volta prescritta l'azione di nullità, genererebbe gravi incertezze. Ogni volta che si deve scegliere il comportamento da tenere o valutare il comportamento tenuto in vista di clausole del genere, occorrerebbe infatti verificare non soltanto se si tratta di clausole originarie (allora non vincolanti) o posteriormente introdotte, ma – in questo secondo caso – occorrerebbe pure verificare se il termine per l'impugnazione della delibera che le ha introdotte è ancora aperto (in quanto, allora, non sarebbero vincolanti) ovvero già spirato (solo in tal caso le clausole illecite potrebbero divenire vincolanti se si accogliesse l'interpretazione qui respinta). Le incertezze aumentano (e aumenterebbero in modo esponenziale se non vi fosse il controllo di legalità), ove poi si consideri che nelle s.r.l. e nelle s.p.a. chiuse la normale armonia tra i soci e l'abituale disinteresse dei terzi per le clausole organizzative interne potrebbero portare alla inamovibilità di patti illeciti di problematica interpretazione e applicazione, talora in grado di stravolgere le linee essenziali dei tipi sociali prescelti.

c) Proprio ad un bisogno di certezza risponde, invece, la ratio della limitazione temporale delle azioni di impugnazione delle delibere invalide, anche per oggetto illecito: la certezza che non vengano messi in discussione comportamenti già tenuti in esecuzione di quelle delibere, specie là dove si riveli impossibile o estremamente difficile ripristinare la situazione anteriore. Ma quella ratio non ricorre nella ipotesi di adozione di clausole statutarie organizzative illecite, poiché qui si tratta di valutare, in termini di liceità/illiceità, una serie indefinita di futuri comportamenti e di futuri procedimenti decisionali pertinenti al rapporto sociale. Pur tenendo in debito conto i motivi che hanno condotto il legislatore della riforma a delimitare nel tempo le impugnazioni delle delibere nulle per oggetto illecito, non v'è alcuna ragione, ad esempio, per ritenere valide (e non impugnabili nei termini di legge) tutte le future ed eventuali deliberazioni assembleari prese in riunioni convocate in assenza totale di informazione per qualche socio, benché ciò possa essere (apparentemente) consentito da una apposita clausola statutaria nulla, approvata con delibera assembleare (nulla) da più di tre anni.

#### **MASSIMA N. 14**

##### **Uso di mezzi telematici e del voto per corrispondenza nella s.r.l.**

*Nella s.r.l. devono ritenersi ammissibili le assemblee tenute con mezzi di telecomunicazione e i voti per corrispondenza alle stesse condizioni in presenza delle quali tali modalità di svolgimento delle riunioni assembleari e di partecipazione alle decisioni dei soci sono ammesse nella s.p.a. che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2370 c.c. consente l'uso di mezzi di telecomunicazione e il ricorso al voto per corrispondenza nelle assemblee di s.p.a., ove ciò sia stabilito con clausola statutaria. Benché tra le disposizioni in tema di s.r.l. quella citata non venga né richiamata né riprodotta, ne va affermata l'integrale estensione analogica al tipo s.r.l.

Ciò è di tutta evidenza e pacificamente riconosciuto per l'uso di mezzi di telecomunicazioni, quali la video/tele conferenza, già prevalentemente ammessi – e senza distinzione tra s.p.a. e s.r.l. - prima della riforma societaria in forza della loro compatibilità con il metodo collegiale. Detti mezzi, anzi, sono più facilmente praticabili e praticati in società con pochi soci, reciprocamente ben noti, che non in società dalle assemblee affollate: sicché non si giustificerebbe un orientamento restrittivo al riguardo anche alla luce delle aperture all'autonomia statutaria e delle semplificazioni organizzative introdotte nella s.r.l..

Per quanto al voto per corrispondenza, che pure rappresenta una deroga al metodo collegiale poiché chi vota non partecipa alla discussione assembleare e preforma il proprio voto rispetto alla riunione, ne va riconosciuta l'ammissibilità anche nella s.r.l. per le seguenti ragioni.

Con la riforma societaria il voto per corrispondenza non è più inscindibilmente legato alla s.p.a. quotata e all'esigenza di fronteggiare il problema dell'assenteismo del piccolo azionista, ma viene esteso anche alla s.p.a. "chiusa" quale misura utile ad agevolare la formazione delle decisioni dei soci in tutti i casi in cui vi siano ostacoli alla riunione derivanti dalla distanza geografica tra i soci stessi (ovvero tra loro e il luogo in cui la società opera) o da problematiche relazioni interpersonali all'interno della compagine sociale.

Simili ostacoli si riscontrano anche nelle s.r.l. (si pensi, ad esempio, alle numerose s.r.l. operanti in Italia a capitale interamente o parzialmente straniero; o ancora a s.r.l. a base familiare in cui, specie in seguito a vicende successive, sorgono dissidi che rendono ingestibili le assemblee sociali): nelle quali, pertanto, il voto per corrispondenza può costituire un'apprezzabile alternativa al voto, sempre preformato rispetto all'assemblea, in questa sede espresso da un delegato a cui il socio ha dato istruzioni vincolanti di voto.

Nella s.r.l., a ben vedere, il voto per corrispondenza va ammesso a maggior ragione rispetto alla s.p.a. "chiusa", poiché nel primo tipo sociale si è addirittura superato il principio della collegialità nelle decisioni dei soci, adottabili con i sistemi della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto. Né può dirsi che il voto per corrispondenza nella s.r.l. vanifichi la disposizione che impone il ricorso al procedimento assembleare in talune evenienze (art. 2479, comma 4, c.c.): l'ordinamento intende assicurare, in quei casi, la possibilità dell'intervento in una riunione assembleare (in radice esclusa, invece, dai sopra ricordati procedimenti decisionali alternativi); ma non certo intende impedire al socio, che ciò preferisca, di preformare il voto rispetto all'assemblea, perché ivi giunga attraverso un delegato o a mezzo posta.

## **MASSIMA N. 15**

### **Termini per l'approvazione del bilancio**

*La clausola statutaria che consente la convocazione dell'assemblea per l'approvazione (per la s.r.l.: la presentazione) del bilancio nel maggior termine, comunque non superiore a centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale, previsto dall'art. 2364 e, per rinvio, dall'art. 2478-bis non deve necessariamente contenere l'indicazione analitica e specifica delle fattispecie che consentono il prolungamento del termine stesso.*

#### **MOTIVAZIONE**

La maggior analiticità nella previsione dei casi che consentono l'approvazione del bilancio nel termine di centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale, contenuta nell'art. 2364 (applicabile alle srl per il rinvio contenuto nell'art. 2478-bis) non modifica il principio per cui l'accertamento del ricorrere o meno di tali casi è competenza degli amministratori, principio confermato dalla previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2364, per cui sono gli amministratori a segnalare, nella relazione prevista dall'art. 2428, le ragioni della dilazione.



Il principio è altresì confermato dalla considerazione che i casi nei quali è ammissibile il rinvio non sono determinabili a priori e in via definitiva in statuto, essendo eventi che possono verificarsi o meno nei diversi esercizi: ciò vale ovviamente per l'obbligo di redazione del bilancio consolidato ma anche per le particolari esigenze connesse alla struttura ed all'oggetto sociale, locuzione che ricomprende non solo situazioni ripetitive e fisiologiche ma anche fattispecie straordinarie.

Sarà ovviamente opportuno che lo statuto, nel legittimare lo slittamento della convocazione dell'assemblea oltre i centoventi giorni ordinari, precisi che tale dilazione è possibile solo in presenza delle condizioni previste dalla legge.

## **MASSIMA N. 16**

### **Particolari ipotesi di chiusura dell'esercizio sociale**

*La deliberazione assembleare che:*

*1. modifica la data di chiusura dell'esercizio sociale, fissandola (con anticipo o posticipo rispetto alla precedente scadenza) per data anteriore a quella in cui l'assemblea si tiene (ad esempio: (i) delibera, assunta in febbraio 2004, che sposta al 30 novembre 2003 la data di chiusura dell'esercizio, originariamente fissata al 31 dicembre 2003; (ii) delibera assunta in febbraio 2004, che sposta al 31 dicembre 2003 la data di chiusura dell'esercizio, originariamente fissata al 30 giugno 2004; (iii) delibera assunta in febbraio 2004, che sposta al 31 gennaio 2004 la data di chiusura dell'esercizio, originariamente fissata al 31 dicembre 2003);*

*ovvero*

*2. interviene in epoca successiva alla data in cui il bilancio doveva chiudersi, posticipando detta chiusura e fissandola in data successiva alla deliberazione assembleare, (ad esempio, delibera assunta in febbraio 2004 che sposta al 29 febbraio 2004 la data di chiusura dell'esercizio, originariamente fissata al 31 dicembre 2003)*

*deve:*

*- essere fondata su ragioni obiettive e concordanti comunicate in assemblea - e risultanti dal relativo verbale - a cura degli organi di amministrazione e - se presente e intervenuto - di controllo; dovrà in particolare essere escluso, per dichiarazione di tali soggetti, secondo i dati disponibili al momento della deliberazione medesima, che la modifica procuri l'effetto di alterare in modo significativo i complessivi risultati economici;*

*- rispettare il principio secondo cui gli esercizi sociali hanno durata massima annuale, salvo il caso in cui la durata ecceda l'anno di un periodo talmente limitato da non consentire la redazione di un bilancio infrannuale significativo;*

*- essere assunta in epoca che consenta l'approvazione del bilancio nei termini previsti dalla legge stessa (circostanza che si verifica naturalmente nel caso sopra indicato al punto 2).*

## **MOTIVAZIONE**

La massima regola le modalità che devono assistere le deliberazioni esemplificate, cui è comune (pur con diverse sfumature) la caratteristica di influire sul termine di un esercizio quando il risultato del medesimo sarebbe acquisito.

Questa caratteristica rende necessaria la presenza di obiettive e legittime motivazioni - da esplicitarsi secondo quanto espresso nella massima stessa - al fine di comprovare l'assenza di finalità elusive di disposizioni di legge; finalità

sostanzialmente riconducibili ad un inaccettabile intento di modificare i complessivi risultati economici.

Le motivazioni che possono validamente assistere questo tipo di deliberazioni originano, assai spesso, dalle regole vigenti in materia fiscale.

E' questo il caso delle disposizioni che - con l'introduzione della nuova Imposta sul Reddito delle Società (IRES) - hanno modificato il T.U.I.R. 917 del 1986, consentendo il "Consolidato nazionale", e cioè la tassazione unica di tutte le società italiane di un gruppo.

Tenuto conto:

- che la relativa opzione é consentita (nuovo art. 119 del predetto T.U.I.R.) solo in caso di "identità dell'esercizio sociale di ciascuna società controllata con quello della società controllante" e

- che l'opzione per la tassazione di gruppo deve essere effettuata e comunicata all'amministrazione finanziaria (stesso art. 119) "entro il sesto mese del primo esercizio cui si riferisce l'esercizio dell'opzione stessa",

é ben evidente che la delibera finalizzata all'identità di chiusura degli esercizi, (ad esempio anticipando al 31 dicembre trascorso la chiusura di un esercizio precedentemente fissata al 30 giugno), assunta con l'intento di fare luogo alla determinazione, col nuovo sistema del Consolidato nazionale, dell'intero reddito di gruppo di tale primo esercizio, può legittimamente intervenire nei primi mesi dello stesso.

Valutazioni sostanzialmente conformi (almeno per i fini qui rilevanti) valgono con riferimento alla possibilità, ammessa sempre dalle nuove disposizioni IRES, di fare luogo al cosiddetto "Consolidato Mondiale", con tassazione unica anche per le società estere del gruppo.

Pari legittimità, sempre a titolo di esempio, deve essere riconosciuta alla delibera intesa a uniformare al 31 dicembre la data di chiusura dell'esercizio di incorporante (già al 30 giugno) e incorporata (già al 31 dicembre), onde consentire la massima retroattività fiscale ed evitare la redazione di un ulteriore bilancio dell'incorporata; questa delibera é addirittura necessariamente da assumersi dopo il 31 dicembre, in tutti i casi in cui l'intento alla fusione (e magari l'acquisto del capitale sociale dell'incorporata da parte dell'incorporante) maturi in data successiva al 31 dicembre.

Per quanto concerne, infine, gli ulteriori due requisiti, si fa riferimento - con riguardo al principio di annualità del bilancio ed alle possibili eccezioni - alle ampie indicazioni che questa Commissione ha accompagnato alla propria massima n.7, (durata degli esercizi sociali), nonché - per quanto riguarda l'esigenza di una approvazione del bilancio nei termini di legge - alle palesi esigenze di evitare che la delibera modificativa della chiusura degli esercizi generi automaticamente illecito ritardo nella tenuta dell'assemblea annuale prevista dell'art. 2364 c.c.

## **MASSIMA N. 17**

### **Varianti organizzative e modifiche dei sistemi di governo societario**

*Si reputa non conforme alla legge la previsione, nello statuto di una s.p.a., di più sistemi di amministrazione e controllo (tradizionale, dualistico, monistico) con scelta rimessa all'assemblea ordinaria: il cambiamento di sistema richiede, in ogni caso, una deliberazione modificativa dello statuto con i quorum minimi, il controllo di legalità e la pubblicità a tal fine richiesti dalla legge.*

*Si reputa conforme alla legge la previsione, nei patti sociali di una s.r.l., di diverse modalità operative dell'organo di amministrazione (amministrazione collegiale, disgiuntiva, congiuntiva), con scelta rimessa a decisione, anche extra-assembleare, dei soci, in quanto ciò non costituisce modifica dell'atto costitutivo.*

## **MOTIVAZIONE**

Le varie opzioni organizzative offerte dalla riforma inducono a precisare i limiti entro i quali sia possibile lasciare aperte quelle opzioni, affidandone la risoluzione inizialmente all'atto costitutivo e dopo all'assemblea ordinaria, in sede di nomina delle cariche sociali, in luogo di una scelta definitiva ed unitaria compiuta nello statuto e mutabile soltanto mediante successiva deliberazione modificativa dello stesso ad opera dell'assemblea a ciò deputata.

Nella s.p.a., pur rimanendo pacifica l'ammissibilità della previsione di amministratore unico e consiglio di amministrazione con scelta rimessa all'assemblea ordinaria di nomina, non può viceversa ammettersi la previsione statutaria di diversi di sistemi di amministrazione e controllo compiutamente regolati, ad es. disciplinandosi accanto al modello tradizionale l'alternativa dualistica e/o monistica, con rinvio esplicito o implicito all'assemblea ordinaria per la successiva modifica della scelta iniziale, compiuta nell'atto costitutivo. Né potrebbe conseguentemente riconoscersi la conformità alla legge della deliberazione dell'assemblea ordinaria con cui, avvalendosi di una tale competenza apparentemente concessa dallo statuto, si mutasse l'opzione iniziale.

Ciò perché, mentre l'alternativa tra amministratore unico e consiglio di amministrazione attiene al piano della composizione e delle modalità operative dell'organo amministrativo, nelle diverse ipotesi qui considerate si incide profondamente sull'intera struttura organizzativa societaria, modificandosi non solo le competenze dei vari organi e i poteri/doveri dei relativi componenti, ma la stessa formula organizzativa di base fondata sulla radicale separazione tra funzione gestoria e funzione di controllo interno sulla gestione, con evidenti rilevanti riflessi sulla posizione dei soci. Nel qual caso non è sufficiente il consenso anticipato dei soci a tutte le varianti in opzione (si arriverebbe altrimenti a prefigurare l'ipotesi estrema ed assurda di uno statuto societario regolante la società nel tipo s.p.a. e nel tipo s.r.l., con rinvio all'assemblea ordinaria per la scelta tra le due strutture organizzative entrambe a priori approvate dai soci), dovendosi invece richiedere che una variazione organizzativa così radicale avvenga sempre secondo il procedimento, con i quorum, con i controlli di legalità e le forme di pubblicità richieste dall'ordinamento per le modifiche statutarie.

Una conferma della correttezza di tale impostazione si riscontra nell'art. 38 del Regolamento CE 2157/2001 sulla Società Europea (SE), forma di società azionaria - regolata in parte da norme comunitarie e in parte da norme nazionali - che ha rappresentato, nella riforma della s.p.a., la dichiarata fonte ispiratrice nella previsione dei modelli alternativi a quello tradizionale. Nella citata disposizione si precisa che la SE si organizza in un sistema dualistico o monistico "a seconda della scelta adottata dallo statuto".

Per contro, nella s.r.l. nulla osta a che l'alternativa tra amministratore unico e consiglio di amministrazione venga nell'atto costitutivo arricchita con le varianti dell'amministrazione disgiuntiva e congiuntiva, rinviandosi di volta in volta alla decisione dei soci in sede di nomina per la scelta in proposito. E ciò perché una tale decisione modificherebbe non già le competenze dell'organo amministrativo bensì soltanto la sua struttura e le modalità del suo funzionamento, cioè le modalità di esercizio dei relativi poteri: ed allora, proprio come nel caso in cui si passi, sfruttando la tradizionale alternativa concessa da molti statuti, dall'amministratore unico al consiglio di amministrazione, quella decisione non è da intendersi quale modifica dell'atto costitutivo (pur dovendo essere debitamente pubblicizzata).

## **MASSIMA N. 18**

### **Attribuzione statutaria del controllo contabile**

*E' legittima, sia nella spa sia nella srl, la clausola statutaria che consente all'assemblea ordinaria la scelta se affidare il controllo contabile al collegio sindacale ovvero ad un revisore contabile o ad una società di revisione.*

#### **MOTIVAZIONE**

Nelle spa la facoltà di inserire in statuto la previsione che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale costituisce una deroga al principio generale che attribuisce il controllo contabile ad un revisore contabile o ad una società di revisione e che determina il corrispondente obbligo di nomina, da parte dei soci, di tali soggetti. I soci hanno quindi la possibilità di optare per un sistema che costituisce un "minus" rispetto al regime ordinario di controllo contabile, perché concentra su un unico organo funzioni che la legge prevede siano esercitate da soggetti distinti.

Tenuto conto di ciò sembra legittima la clausola statutaria che, introducendo l'opzione per un regime o l'altro, da un lato contempla, come richiede l'art. 2409 bis, la previsione statutaria del regime semplificato ma dall'altro consente di ritornare al modello (pur derogabile) legale.

La clausola non comporta comunque l'attribuzione all'assemblea ordinaria del potere di determinare un radicale sovvertimento del modello organizzativo base in quanto non incide sul principio della separatezza strutturale tra funzione gestoria e funzione di controllo.

In presenza di tale clausola, la nomina del revisore contabile o della società di revisione da parte dell'assemblea ordinaria, con riattribuzione a detti soggetti dell'incarico di controllo contabile, come viceversa la delibera che assegni il controllo contabile ai sindaci non può peraltro determinare, implicitamente, una revoca dell'incarico al soggetto che in quel momento stia legittimamente eseguendo la funzione.

Medesimo principio vale per le srl, per le quali l'art. 2477 (come modificato dal D.Lgs. 37/2004) prevede che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale "se l'atto costitutivo non dispone diversamente". L'atto costitutivo/statuto può attribuire all'assemblea ordinaria la facoltà di optare per un sistema di revisione di livello superiore, nominando il revisore contabile o la società di revisione ovvero di optare per il livello minimo del controllo contabile in capo allo stesso organo di controllo della gestione.

#### **MASSIMA N. 19**

#### **Efficacia dell'iscrizione al Registro delle Imprese delle modificazioni statutarie**

*Il principio - stabilito nell'art. 2436 c.c. - secondo cui le modifiche statutarie acquistano efficacia solo "dopo l'iscrizione" nel Registro delle Imprese non impedisce che vengano assunte, a cura degli organi sociali muniti della relativa competenza, delibere fondate sulla modificazione statutaria approvata ma non ancora iscritta; l'efficacia di tali delibere è subordinata all'iscrizione nel Registro delle Imprese della modificazione statutaria che ne costituisce il presupposto.*

*Qualora una modificazione statutaria attribuisca ad un organo sociale una particolare competenza deliberativa, la competenza stessa può dirsi sussistente (e le relative delibere essere assunte) solo dopo che, con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la modificazione statutaria ha assunto efficacia.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il nuovo testo dell'art. 2436 del Codice Civile introduce nell'ordinamento - contro la più affermata linea interpretativa precedente la riforma - il principio secondo

cui la deliberazione di modifica statutaria non produce effetti se non dopo l'iscrizione al Registro Imprese.

La norma è espressamente richiamata in materia di società a responsabilità limitata (art. 2480 c.c.) e deve pure considerarsi applicabile in tema di società in accomandita per azioni, secondo la disposizione di rinvio di cui all'art. 2454 c.c.; pari efficacia costitutiva è prevista inoltre per la pubblicità delle delibere di emissione di obbligazioni (art. 2410 c.c.), di aumento di capitale delegato agli amministratori (art. 2443 c.c., per le società per azioni, e 2481 c.c. per le società a responsabilità limitata), di trasformazione (art. 2500 c.c., che subordina l'efficacia della trasformazione, addirittura, al doppio adempimento pubblicitario di "estinzione" della vecchia forma e di "creazione" della nuova), di fusione e di scissione (art. 2502 bis e art. 2506 ter c.c., fermo il decorso del termine dilatorio a favore dei creditori).

Il nuovo principio non impedisce tuttavia che gli organi sociali competenti assumano delibere al cui fondamento concorrano modificazioni statutarie ancora da iscrivere al Registro Imprese; tale è il caso, ad esempio:

- della nomina di amministratori in numero coerente con la nuova clausola statutaria approvata dalla stessa assemblea, ma non adeguato allo statuto "precedente", situazione che si produce anche quando viene nominato un unico amministratore, (ovvero un consiglio di amministrazione), e la nuova struttura monocratica (ovvero collegiale) dell'organo non era precedentemente prevista;
- della delibera di trasformazione in società per azioni, assunta dalla stessa assemblea immediatamente dopo quella di aumento gratuito (ovvero a pagamento, contestualmente eseguito) del capitale sociale a minimi 120.000 euro;
- della delibera di emissione di obbligazioni assunta nelle more dell'iscrizione della deliberazione di trasformazione da società a responsabilità limitata a società per azioni;
- della delibera consiliare che nomina l'amministratore delegato od il comitato esecutivo, consentendolo nuova clausola statutaria ancora non iscritta al Registro Imprese.

In tutti questi casi, peraltro, si deve ritenere che le deliberazioni aventi fondamento nelle modificazioni statutarie (inefficaci) siano subordinate alla preventiva iscrizione di queste ultime al registro delle imprese; questa subordinazione potrà opportunamente risultare dalle deliberazioni in modo espresso ovvero restare evidente dalla complessiva struttura delle determinazioni stesse.

L'inefficacia delle modificazioni statutarie fino al momento della loro iscrizione sembra invece da ritenersi impeditiva:

- dell'esecuzione, da parte dell'organo amministrativo, della delega a deliberare l'aumento del capitale sociale prima che la deliberazione assembleare autorizzativa sia stata iscritta al Registro Imprese;
- dell'esercizio del potere degli amministratori della società per azioni di deliberare sulle materie elencate all'articolo 2365 del codice civile, in epoca precedente l'iscrizione della modificazione statutaria attributiva del potere stesso;
- dell'assunzione, da parte dell'assemblea, di delibera di emissione di obbligazioni, in epoca precedente all'iscrizione della modificazione statutaria che riconosce a questo organo, sottraendolo agli amministratori, il relativo potere.

In tutti questi casi, infatti, è carente la competenza stessa ad assumere le deliberazioni delegate - competenza che deriva solo dalla sopravvenuta efficacia delle determinazioni assembleari - e non sembra che questa carenza sia superabile ricorrendo alle forme di subordinazione illustrate.

## **MASSIMA N. 20**

### **Trasformazione eterogenea**

*Pur in assenza in una espressa previsione normativa deve ritenersi ammissibile una trasformazione eterogenea da o in società di persone. A tale operazione si applica, in linea di principio, la normativa prevista per la trasformazione eterogenea da o in società di capitali di cui agli artt. 2500 septies e 2500 octies c.c. senza però obbligo di perizia.*

*Si applica anche alla trasformazione eterogenea il principio della continuità dei rapporti giuridici di cui all'art. 2498 c.c..*

*Alla trasformazione di un ente diverso da società di capitali in società di capitali si applica il secondo comma dell'art. 2500 ter c.c. con conseguente necessità di una relazione di stima redatta ai sensi dell'art. 2343 c.c. (nel caso in cui venga assunta la forma della s.p.a. o della s.a.p.a.) ovvero dell'art. 2465 c.c. (nel caso in cui venga assunta la forma della s.r.l.).*

*La trasformazione di società consortili in società non consortili e viceversa deve in ogni caso considerarsi trasformazione eterogenea con applicazione della relativa disciplina.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il codice civile del 1942 disciplinava solo la trasformazione c.d. progressiva da società di persone in “società aventi personalità giuridica” (art. 2498 C.C.); ciò non ha impedito alla dottrina, alla giurisprudenza e alla prassi subito formatesi di considerare la trasformazione un istituto che, in ambito societario, aveva una applicazione generale consentendo il cambiamento del tipo sociale nella permanenza dell'ente.

Le esigenze della prassi, nel tempo, hanno indotto gli interpreti e la giurisprudenza a cercare un ulteriore ampliamento del campo di applicazione dell'istituto: si è sentita l'esigenza di consentire ad altri enti (non societari) a base associativa di trasformarsi in società e viceversa senza dovere ricorrere allo schema dello scioglimento, restituzione dei beni ai soci, costituzione dell'ente con conferimento dei beni ricevuti.

Una parte della dottrina ha ritenuto che l'istituto della trasformazione non fosse più un istituto endosocietario, ma riguardasse tutti gli enti associativi con il limite del c.d. “principio di omogeneità causale” principio che avrebbe impedito soltanto quelle trasformazioni che portavano ad adottare schemi organizzativi incompatibili con il perseguimento delle finalità originarie dell'ente.

In una sua accezione più estesa poi questo limite veniva posto esclusivamente nell'interesse dei soci e poteva essere superato con il consenso unanime degli stessi.

La giurisprudenza onoraria inoltre, al di fuori di questi tentativi di ricostruzione dogmatica, aveva omologato atti di trasformazione “atipici” con numerosi provvedimenti di omologazione dettati prevalentemente dalla valutazione degli interessi in gioco nelle fattispecie esaminate.

Il Legislatore della riforma ha recepito gran parte di queste istanze e ha dedicato grande attenzione alla trasformazione disciplinando meglio la trasformazione in ambito societario (prevedendo all'art. 2500 ter le trasformazioni di società di persone in società di capitali e all'art. 2500 sexies le trasformazioni di società di capitali in società di persone) e ha previsto e disciplinato agli artt. 2500 septies e 2500 octies C.C. la c.d. trasformazione eterogenea.

Questa disciplina non esaurisce però il campo di applicazione della trasformazione sia per quanto attiene alla trasformazione omogenea (dove non disciplina la trasformazione di società di persone in società di persone e di società di capitali in società di capitali) sia per quanto attiene alla trasformazione eterogenea.

Con riferimento a questo tipo di trasformazione si è prevista solo la trasformazione di alcuni enti non societari, specificatamente elencati, in società di capitali e viceversa, non menzionando la possibilità di una trasformazione da o in società di persone.

In particolare l'art. 2500 septies C.C. ha previsto la trasformazione di società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda,

associazioni non riconosciute e fondazioni e l'art. 2500 octies C.C. ha previsto la trasformazione di consorzi, società consortili, comunioni di azienda, associazioni riconosciute e fondazioni in società di capitali.

La tecnica legislativa consapevolmente seguita dal Legislatore va coordinata con il riconoscimento, pure presente nella Relazione, della trasformazione come istituto di carattere generale anche al di fuori del campo societario.

La indicazione tassativa degli enti che possono trasformarsi in società di capitali sembra quindi lasciare libero l'interprete di valutare se altri "enti" non menzionati possano essere assimilati a quelli espressamente menzionati.

D'altra parte l'aver previsto la trasformazione eterogenea solo per le società di capitali non può impedire all'interprete di ammetterla anche per le società di persone: la dottrina ha già avuto occasione di osservare che non sussiste alcuna plausibile ragione per una tale limitazione e che anzi un tale tipo di trasformazione eterogenea in molti casi costituisce un "minus" rispetto a quanto previsto dal Legislatore: si pensi ad esempio al caso di "trasformazione" di una comunione di azienda in società di persone.

Il silenzio del Legislatore va spiegato con i limiti della delega e non può essere interpretato come una esclusione della possibilità di applicare l'istituto della trasformazione ad ipotesi simili.

Una attenta rilettura della Relazione conferma la esattezza della ricostruzione qui proposta: il Legislatore sia nella trasformazione omogenea sia in quella eterogenea si è limitato a disciplinare le fattispecie a suo giudizio più significative lasciando all'interprete il compito di regolamentare le altre ipotesi.

La trasformazione sia essa omogenea o eterogenea ha comunque un elemento caratterizzante comune che giustamente il Legislatore ha indicato nel primo articolo dedicato alla trasformazione (2498 C.C.): quello della continuità dei rapporti giuridici.

In altri termini con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue tutti i rapporti anche processuali dell'ente prima della trasformazione.

Con questa disposizione si è voluto anzitutto risolvere dei problemi concreti anche se si sono create difficoltà dogmatiche laddove la trasformazione eterogenea ha previsto la trasformabilità ad esempio di consorzi e comunioni di azienda cioè di "fattispecie" in cui, alla luce dell'attuale ricostruzione dogmatica, non è dato scorgere l'esistenza di un "ente" preesistente alla trasformazione o nascente dalla stessa.

Non è però lecito all'interprete, per presunte esigenze dogmatiche, negare l'applicazione del principio di continuità dei rapporti giuridici a tali situazioni senza snaturare l'istituto della trasformazione eterogenea.

I problemi che all'operatore potranno presentarsi in materia di pubblicità dell'atto di trasformazione; andranno comunque risolti nel rispetto dell'art. 2498 C.C.

Se la disciplina dettata in tema di trasformazione "omogenea" e "eterogenea" non è esaustiva per quanto attiene alla ricostruzione del campo di applicazione dell'istituto non lo è nemmeno per quanto attiene alle norme da applicare alle ipotesi di trasformazione eterogenea espressamente previste.

La lacuna più grave riguarda l'ipotesi di trasformazione eterogenea in società di capitali degli enti di cui all'art. 2500 octies C.C., in cui non è espressamente prevista la necessità di una relazione di stima di un esperto nominato ai sensi dell'art. 2343 o 2465 C.C..

Anche qui la lacuna si spiega con il fatto che il Legislatore non ha inteso dare una disciplina completa ed esaustiva lasciando all'interprete il compito di integrare la disciplina espressa.

Sulla base di queste premesse si deve riconoscere che anche alla trasformazione eterogenea in società di capitali debba applicarsi in via estensiva il secondo comma dell'art. 2500 ter C.C., dettato in tema di trasformazione di società di persone in società di capitali per il quale "il capitale delle società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli

elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'art. 2343 o, nel caso di srl, dell'art. 2465".

Le esigenze di tutela del capitale sociale che stanno alla base di queste disposizioni sussistono a maggior ragione nel caso di trasformazione eterogenea in società di capitali.

Gli artt. 2500 septies e octies espressamente ricomprendono nell'ambito della trasformazione eterogenea la trasformazione di società consortili (di qualunque tipo) in società di capitali e la trasformazione di società di capitali in società consortili (di qualunque tipo).

La disposizione dimostra l'intenzione del Legislatore di dare un particolare rilievo al cambio dello scopo da consortile in lucrativo e da lucrativo in consortile ed impedisce all'interprete di qualificare tale deliberazione come semplice modifica dell'oggetto. Quindi anche in tutti i casi di mutamento dell'oggetto da consortile in non consortile e viceversa dovranno applicarsi le disposizioni dettate dal Legislatore per la trasformazione eterogenea.

## **MASSIMA N. 21**

### **Maggioranze richieste per le delibere di fusione o scissione**

*L'art. 2502 c.c. (dettato in tema di fusione e applicabile alla scissione per effetto del richiamo contenuto nell'art. 2506 ter ultimo comma c.c.) nella parte in cui prevede che la fusione, nelle società di capitali, è decisa da ciascuna delle società che vi partecipano secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto va intesa nel senso che qualora siano introdotte clausole statutarie nuove o difformi da quelle contenute nello statuto della incorporata o della scissa per la cui adozione la legge o lo statuto richieda maggioranze più elevate (di quelle genericamente previste dal c.c. per le modifiche statutarie) la adozione della delibera di fusione o di scissione deve essere presa con la maggioranza più elevata.*

*Il principio vale sia nel caso in cui la società incorporante o la beneficiaria siano società di nuova costituzione sia nel caso in cui siano società preesistenti ( in tale caso il confronto va fatto fra le clausole della incorporata o della scissa e quelle della società preesistente anche se non modificate per effetto della fusione o della scissione).*

## **MOTIVAZIONE**

La massima intende chiarire l'esatto significato delle disposizioni che regolano il *quorum* necessario per l'approvazione della delibera assembleare di fusione e di scissione; risolve, in senso certamente sostanziale e così tenendo presenti gli interessi dei soci, un tema suscettibile di interpretazione formale diversa, la cui applicazione condurrebbe a conseguenze inaccettabili per la compagine sociale, e contrarie al principio che riconosce alla fusione e alla scissione la natura di eventi modificativi della struttura societaria.

Il riferimento alle norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto potrebbe infatti essere inteso come idoneo a determinare l'applicazione dei *quorum* genericamente previsti per questo tipo di deliberazioni, senza riguardo alla (invece necessaria) verifica del contenuto delle clausole contenute nello statuto della società risultante dalla fusione, ovvero della incorporante, ovvero ancora della beneficiaria.

Così, se questi statuti contenessero clausole il cui inserimento nello statuto della società fusa, incorporata o scissa renderebbe necessario, per legge o per quanto previsto da tali ultimi statuti, un diverso (e più elevato) *quorum*, allora la delibera di fusione o di scissione andrebbe adottata con questa più severa maggioranza; ciò nel rispetto - come accennato - della ricostruzione teorica che riconosce alla fusione e alla scissione la natura di eventi modificativi della originaria struttura societaria, e nel rispetto del diritto dei soci a mantenere



anche nella nuova società - nonostante l'operazione straordinaria - quegli assetti organizzativi per i quali la legge o lo statuto prevedano cautele specifiche.

Si pensi - a titolo di esempio - al caso in cui lo statuto della società incorporata:

a) preveda genericamente, per le modifiche statutarie, il quorum deliberativo del 51%;

b) non contenga alcuna clausola limitativa alla circolazione delle partecipazioni;

c) preveda, per l'inserimento di clausola intesa alla limitazione di cui sub b), quorum dei 2/3 del capitale;

in questo caso, se lo statuto della incorporante contiene clausole limitative alla circolazione delle partecipazioni, la fusione è approvata, in assemblea della incorporata, solo se favorevolmente votata dai 2/3 del capitale.

Il medesimo criterio vale - sempre a titolo di esempio, ma con riferimento ai maggiori quorum disposti direttamente dalla legge - allorché la fusione determini la incorporazione di società per azioni con oggetto sociale diverso da quello della incorporante; in applicazione dell'articolo 2369, quinto comma c.c., la delibera di fusione della incorporata dovrà riportare il voto favorevole, in seconda convocazione, di più di 1/3 del capitale sociale, e non il più modesto quorum del terzo comma dello stesso articolo.

## **MASSIMA N. 22**

### **Presupposti della procedura semplificata della fusione (art. 2505 c.c.)**

*Il presupposto affinché operi la c.d. procedura semplificata della fusione ex art. 2505 c.c. – ossia la disapplicazione degli artt. 2501-ter, comma 1, numeri 3, 4 e 5, c.c. (indicazioni circa il rapporto di cambio delle azioni o quote, le modalità di assegnazione delle azioni o quote, nonché la data di godimento delle azioni o quote assegnate), 2501-quinquies c.c. (relazione illustrativa degli amministratori) e 2501-sexies c.c. (relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio) – consiste nel possesso di tutte le azioni o quote dell'incorporata da parte dell'incorporante e deve necessariamente sussistere al momento del perfezionamento dell'atto di fusione.*

*E' pertanto legittima l'assunzione di una decisione di fusione, secondo tale procedura semplificata, anche qualora il presupposto del possesso totalitario non sussista al momento dell'approvazione del progetto di fusione, né al momento della decisione di fusione; l'attuazione della fusione è in tal caso subordinata ad un evento futuro (acquisizione del possesso totalitario) l'avveramento del quale deve essere accertato in sede di stipulazione dell'atto di fusione.*

*In analogia a quanto disposto dall'art. 2505, comma 1, c.c. (e dall'art. 2506-ter, comma 3, c.c.) non deve ritenersi applicabile l'art. 2501-sexies c.c. – e non è pertanto richiesta la relazione di stima degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio – allorché la fusione, pur potendo dar luogo ad un cambio di azioni, non possa comunque dar luogo ad alcuna variazione di valore della partecipazione dei soci; il che si verifica almeno nelle seguenti situazioni:*

*a) fusione di due (o più) società interamente possedute da una terza (o comunque da un unico soggetto);*

*b) fusione di due (o più) società, una delle quali interamente posseduta da una terza, e l'altra posseduta in parte da quest'ultima e per la restante parte dalla prima;*

*c) fusione di tre (o più) società interamente possedute "a cascata" (A possiede il 100% di B, la quale possiede il 100% di C);*

- d) fusione di due (o più) società i cui soci siano i medesimi, secondo le medesime percentuali ed i medesimi diritti;*  
*e) fusione per incorporazione (c.d. "inversa") della società controllante nella controllata interamente posseduta.*

#### **MOTIVAZIONE**

La massima contiene due principi, già oggetto di ripetute e conformi prese di posizione da parte della giurisprudenza onoraria ed avallate dalla prevalente dottrina: il primo concernente il profilo temporale dei requisiti che legittimano la c.d. procedura semplificata di fusione, ed il secondo in merito alla possibilità di estendere tale procedura semplificata (o almeno taluni suoi elementi) ad ipotesi non strettamente contemplate dalla fattispecie definita dalla norma in oggetto (art. 2505, comma 1, c.c.).

Sotto il primo profilo, è evidente che non vi sono problemi allorché il presupposto di applicazione della procedura semplificata (id est il possesso della totalità delle azioni dell'incorporanda da parte dell'incorporante) è presente in data precedente alla redazione del progetto di fusione e continua a sussistere sino alla data di efficacia dell'atto di fusione. E' questa l'ipotesi "normale" cui probabilmente si rivolge la norma, laddove fa riferimento alla "fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o le quote della prima".

Si deve peraltro ritenere che il momento iniziale della procedura non sia essenziale per la realizzazione della fattispecie, la quale anzi dev'essere maggiormente focalizzata sul momento di chiusura della procedura, ovvero sia l'atto di fusione. Va infatti affermato che la semplificazione procedurale di cui alla norma in esame non può essere attuata – e se attuata non può essere portata a termine – allorché il possesso totalitario dell'incorporanda sussistesse al momento della redazione del progetto, ma sia venuto meno prima delle deliberazioni di fusione o anche solo prima della stipulazione dell'atto di fusione. Ne consegue che: (a) da un lato, occorre comunque verificare – anche mediante idonee attestazioni dei rappresentanti delle società – che al momento del perfezionamento dell'atto di fusione l'incorporante sia ancora titolare del 100 per cento delle azioni dell'incorporanda; (b) dall'altro lato, è legittima la redazione di un progetto di fusione e la successiva approvazione da parte della deliberazione assembleare, seguendo la c.d. procedura semplificata, anche in mancanza di tale presupposto, purché esso sopraggiunga prima dell'atto di fusione. In questo secondo caso, tanto il progetto, quanto la decisione di fusione, rappresentano atti societari la cui esecuzione è subordinata al verificarsi di un evento futuro, assunto espressamente come presupposto dell'intero procedimento, senza che all'uopo sia necessario apporre una condizione in senso proprio.

Sotto il secondo profilo, taluni elementi della c.d. procedura semplificata possono essere ritenuti applicabili anche in ipotesi diverse da quelle considerate dalla norma, pur in presenza di un rapporto di cambio di azioni o quote delle società partecipanti alla fusione, sempre che le circostanze siano tali da rendere "per definizione" irrilevante la determinazione del rapporto di cambio rispetto al valore complessivo della o delle partecipazioni detenute da tutti i soci di tutte le società partecipanti alla fusione. Tale applicazione estensiva della procedura semplificata trova evidente conferma nella norma dettata in tema di scissione, la quale opera una disapplicazione della relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, in ipotesi in cui un cambio di azioni (e quindi anche un rapporto di cambio) esiste comunque (nella scissione totale proporzionale a favore di beneficiarie di nuova costituzione, infatti, tutte le azioni della scissa vengono cambiate in azioni di nuova emissione delle beneficiarie).

Sebbene vi sia un'evidente affinità tra le due situazioni, si può infine precisare che quanto ora descritto differisce dall'ipotesi di rinuncia da parte dell'unanimità dei soci alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio e/o alla relazione degli amministratori sulla fusione, ex art. 2501-quinquies c.c. (tema sul quale ci si sofferma in altro orientamento interpretativo). A differenza dell'ipotesi della rinuncia, infatti, le fattispecie sopra considerate comportano la disapplicazione delle norme che impongono la relazione degli esperti sulla

congruità del rapporto di cambio a prescindere dal consenso unanime di tutti i soci, posto che le minoranze non possono comunque subire alcun nocumento dal rapporto di cambio.

### **MASSIMA N. 23**

#### **Non necessità della relazione degli esperti nella scissione (art. 2506-ter, comma 3, c.c.)**

*Nella scissione la c.d. procedura semplificata (disapplicazione dell'art. 2501-sexies c.c. relativo alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio) è espressamente prevista nel solo caso di scissione proporzionale a favore di società di nuova costituzione (art. 2506-ter, comma 3, c.c.).*

*Tuttavia, in analogia con quanto disposto dallo stesso art. 2506-ter, comma 3, c.c. (e dall'art. 2505, comma 1, c.c., in tema di fusione di società interamente possedute), la relazione degli esperti deve altresì ritenersi superflua allorché la scissione non possa in alcun modo comportare una variazione del valore delle partecipazioni possedute dai soci delle società partecipanti all'operazione; il che si verifica almeno nelle seguenti situazioni:*

*a) scissione parziale a favore di beneficiaria preesistente, la quale possiede l'intero capitale della scissa oppure è interamente posseduta dalla scissa;*

*b) scissione totale a favore di due beneficiarie preesistenti, entrambe interamente possedute dalla scissa;*

*c) scissione totale a favore di due società preesistenti, le quali possiedono l'intero capitale della scissa, allorché le beneficiarie siano interamente possedute da un medesimo soggetto o da più soggetti, secondo le medesime percentuali ed i medesimi diritti;*

*d) scissione parziale a favore di una beneficiaria preesistente interamente posseduta dalla medesima società che possiede interamente anche la scissa (ovvero allorché sia la scissa che la beneficiaria siano partecipate dagli stessi soggetti, secondo le medesime percentuali ed i medesimi diritti.*

### **MOTIVAZIONE**

L'applicazione estensiva o analogica della norma, anche ad ipotesi non espressamente contemplate, è motivata dalle medesime ragioni espresse nella motivazioni illustrate in calce alla massima n. 23 (in tema di presupposti della procedura semplificata della fusione: art. 2505 c.c.).

### **MASSIMA N. 24**

#### **Applicabilità degli artt. 2505 secondo comma e 2505 bis secondo comma c.c. anche nel caso in cui il possesso del capitale della incorporanda intervenga nel corso del procedimento.**

*La possibilità eventualmente prevista nell'atto costitutivo o nello statuto, che la fusione sia deliberata, anziché dall'assemblea, dall'organo amministrativo, nei casi previsti dagli artt. 2505 secondo comma c.c. e 2505 bis secondo comma c.c., trova applicazione anche nel caso in cui il possesso dell'intero capitale o del 90% del capitale della incorporanda non preesista alla approvazione del progetto, ma intervenga nel corso del procedimento comunque prima della stipulazione dell'atto di fusione.*

## **MOTIVAZIONE**

Gli artt. 2505, comma 2, e 2505-bis, comma 2, c.c., prevedono una “semplificazione” procedurale della fusione, consistente nella facoltà di attribuire agli amministratori, con apposita clausola statutaria, la possibilità di assumere la decisione di fusione, in luogo dell’assemblea dei soci. Analogamente a quanto avviene per le altre “semplificazioni” procedurali previste dall’art. 2505, comma 1, c.c. (esenzione dall’obbligo di redigere la relazione degli amministratori e la relazione degli esperti), le norme ora citate subordinano l’applicazione della “semplificazione” al presupposto del possesso della totalità (o del novanta per cento, nella seconda ipotesi) del capitale sociale dell’incorporanda da parte dell’incorporante.

Anche in questi casi, quindi, si pone il problema di individuare il momento nel quale deve realizzarsi il presupposto di applicazione della deroga rispetto al regime ordinario.

L’interpretazione proposta nella massima – ove si ritiene necessaria ma anche sufficiente la sussistenza del possesso totalitario (o al novanta per cento) al più tardi al momento del perfezionamento dell’atto di fusione – fa leva sulle medesime ragioni con le quali viene argomentata la massima sulla c.d. fusione semplificata ex art. 2505, comma 1, c.c.. Si può qui in particolare ribadire che in entrambi i casi l’interesse all’applicazione della procedura ordinaria viene meno a prescindere dal momento in cui si realizza il presupposto del possesso totalitario o quasi totalitario, purché ciò avvenga prima della stipulazione dell’atto di fusione, in quanto è solo con il termine della procedura di fusione che si producono gli effetti modificativi sulle società partecipanti alla fusione e sulle partecipazioni al loro capitale.

Anche nei casi previsti dagli artt. 2505, comma 2, e 2505-bis, comma 2, c.c. – in presenza di una clausola statutaria che attribuisce la facoltà di assumere la decisione di fusione agli amministratori – si può dunque ritenere che il progetto di fusione e la decisione di fusione adottata dagli amministratori (nelle forme e nei termini previsti per la decisione assembleare di fusione) rappresentino atti societari la cui esecuzione è subordinata al verificarsi di un evento futuro, assunto espressamente come presupposto dell’intero procedimento, senza che all’uopo sia necessario apporre una condizione in senso proprio.

## **MASSIMA N. 25**

### **Esonero dall’obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella scissione**

*L’organo amministrativo può essere esonerato dall’obbligo di far redigere la relazione degli esperti di cui agli articoli. 2501-sexies e 2506-ter c.c., con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione.*

*Il quarto comma dell’art. 2506-ter c.c. va inteso nel senso che consente all’organo amministrativo, con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, di farsi esonerare oltre che dall’obbligo di redigere la situazione patrimoniale di cui al primo comma e la relazione di cui al secondo, anche da quello di far redigere la relazione degli esperti di cui al terzo comma.*

*Tale possibilità si applica ad ogni tipo di scissione (totale o parziale) sia essa a favore di società di nuova costituzione o di società già esistente.*

*Resta fermo l’obbligo della relazione di stima di cui agli artt. 2343 e 2465 c.c. nel caso in cui la scissa sia una società di persone e la o le beneficiarie siano società di capitali di nuova costituzione o società di capitali preesistenti che per effetto della scissione aumentino il loro capitale (il*

*principio si desume dall'art. 2501-sexies ultimo comma c.c. in tema di fusione), nonché ove comunque applicabile per legge.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il problema della liceità della rinuncia alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio ex art. 2501 quinquies c.c. è stato già affrontato da questa Commissione, in modo unitario per i casi di fusione e scissione, prima della riforma ed ha formato oggetto della massima n. 3 approvata dal Consiglio Notarile di Milano in data 6 febbraio 2001.

Tale massima prevedeva: “non è necessaria la relazione dell’esperto sulla congruità del rapporto di cambio, ai sensi dell’art. 2501 quinquies c.c. allorché tutti i soci delle società partecipanti alla fusione o alla scissione vi abbiano rinunciato e di ciò si faccia constare nei relativi verbali assembleari, ferma restando l’eventuale applicabilità dell’art. 2343 c.c.”.

La massima recepiva l’orientamento espresso da un importante decreto della Corte di Appello di Milano (App. Milano, decr. 12.1.2001) e si basava sulla valutazione della funzione della relazione peritale in relazione agli interessi dei soci, dei creditori sociali e dei creditori particolari dei soci.

Le massime n. 25 e n. 26, che qui si motivano unitariamente, tornano ad affrontare il problema alla luce delle nuove disposizioni contenute nella riforma per fusioni e scissioni ed in particolare alla luce degli artt. 2506 ter quarto comma c.c. in tema di scissione e dell’art. 2505 quater c.c. in tema di fusione a cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni.

Va esaminata in primo luogo la norma, dettata in tema di scissione, dall’art. 2506 ter quarto comma c.c..

Questa norma, sotto la rubrica “norme applicabili”, introduce al primo comma l’obbligo per l’organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione di redigere:

a) la situazione patrimoniale in conformità all’art. 2501 quater c.c.;

b) la relazione illustrativa in conformità all’art. 2501 quinquies c.c.;

al secondo comma prevede inoltre che la relazione dell’organo amministrativo debba contenere indicazioni ulteriori rispetto a quelle prescritte per le fusioni.

Il terzo comma prescrive altresì che alla scissione si applica l’art. 2501 sexies e quindi che si deve far luogo alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio.

Infine al quarto comma l’articolo in esame consente che, con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione “l’organo amministrativo può essere esonerato dalla redazione dei documenti previsti nei precedenti commi”.

Occorre stabilire se l’esonero qui previsto riguardi solo la situazione patrimoniale e la relazione di cui ai commi primo e secondo o anche la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio di cui al terzo comma.

La risposta non va cercata nel dettato letterale (“redazione dei documenti”) di per sé equivoco, potendo significare tanto il “redigere” quanto, nella sua impersonalità, “il far redigere”, quanto nella funzione della relazione dell’esperto.

Tale funzione è stata così sintetizzata nella ricordata massima numero 3 del 2001:

“La competenza a stabilire il rapporto di cambio, in caso di fusione e scissione, spetta all’organo amministrativo che provvede a darne illustrazione e giustificazione ai soci a mezzo della propria relazione. L’intervento dell’esperto che redige la relazione peritale prevista dall’art. 2501 quinquies c.c. (richiamato in tema di scissione dell’art. 2504 novies c.c.) consiste quindi nel fornire ai soci un parere sulla congruità delle valutazioni e determinazioni dell’organo amministrativo.”

Questa ricostruzione della funzione della relazione dell’esperto è sicuramente valida anche alla luce della Riforma e dimostra come, in assenza della redazione della situazione patrimoniale e della relazione dell’organo amministrativo, la relazione dell’esperto non solo perde di significato, ma ne diviene addirittura

impossibile la redazione in assenza di quegli elementi di riferimento su cui l'esperto deve basarsi.

Non può evidentemente essere presa in seria considerazione l'ipotesi secondo cui in tali casi sarebbe l'esperto a doversi far carico di acquisire quegli elementi che gli amministratori per espressa disposizione di legge non gli hanno dovuto fornire: accedere ad una tale interpretazione significherebbe trasformare una norma finalizzata a semplificare il procedimento di scissione in una norma volta ad aggravarne l'iter in palese contraddizione con le finalità perseguite dal Legislatore.

Conseguentemente la possibilità che l'organo amministrativo possa essere esonerato dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti di cui agli artt. 2501 sexies e 2506 ter c.c., purché vi sia il consenso unanime sia dei soci sia dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, non solo va confermata, ma trova nella riforma un riscontro normativo inequivocabile.

Ciò dimostra, almeno per quanto riguarda la scissione, l'esattezza dell'assunto secondo cui gli interessi tutelati dalla relazione dell'esperto sono solo quelli dei soci e dei portatori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto e che invece gli interessi dei creditori sociali, di quelli particolari dei soci e della salvaguardia del capitale sono dal Legislatore tutelati con altri strumenti e con altre norme (e non con la relazione dell'esperto).

Passiamo ora ad esaminare l'art. 2505 quater c.c. dettato in tema di fusioni cui non partecipino società con capitale rappresentato da azioni: la norma detta disposizioni volte a semplificare e a velocizzare tale procedimento di fusione e tra le altre semplificazioni e riduzioni a metà dei termini prevede che "le disposizioni dell'art. 2501 sexies possono essere derogate con il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione".

Non c'è dubbio che non sia possibile utilizzare la norma per trarne, con argomentazione a contrario, l'assunto secondo cui, quindi, quando al procedimento partecipi una società il cui capitale sia rappresentato da azioni, non sia possibile omettere la relazione dell'esperto.

Infatti la norma in esame da un lato inserisce la possibilità di deroga alle disposizioni dell'art. 2501 sexies in un contesto in cui si prevedono tutta una serie di altre semplificazioni riservate esclusivamente alle operazioni di fusione indicate in rubrica e dall'altro contempla solo l'ipotesi della rinuncia da parte dei soci delle società partecipanti alla fusione senza poter prendere in considerazione la rinuncia dei portatori di altri strumenti finanziari aventi diritto di voto.

Anzi l'art. 2505 quater c.c. conferma l'assunto da cui era partita la Corte di Appello di Milano con il decreto 12.1.2001 e la citata e coeva massima secondo cui, almeno nel caso di fusioni cui non partecipino società con capitale rappresentato da azioni, la relazione di stima è posta nell'esclusivo interesse dei soci, potendo essi ed essi soli rinunziarvi.

Ma la funzione della relazione di stima è la stessa che risulta dall'esame dell'art. 2506 ter quarto comma c.c. in tema di scissione: in tali casi si è visto come gli unici interessi tutelati da tale documento siano quelli dei soci e quelli dei portatori di altri strumenti finanziari aventi diritto di voto.

La massima numero 26 dettata in tema di fusione conferma la precedente massima anche nel caso in cui alla fusione partecipino società il cui capitale sia rappresentato da azioni, allorché tutti i soci e tutti i portatori di strumenti finanziari che danno diritto al voto vi rinunzino, sulla base di una interpretazione estensiva del quarto comma dell'art. 2506 ter c.c. in quanto tale norma conferma che la relazione degli esperti ex art. 2501 sexies c.c. è posta nell'esclusivo interesse dei soggetti ivi indicati e non in quello dei creditori sociali o di quelli particolari dei soci e neppure a tutela dell'intangibilità del capitale.

Giungere a diversa conclusione significherebbe attribuire alla relazione degli esperti sul rapporto di cambio in caso di fusione a cui partecipano all'operazione società con capitale rappresentato da azioni una finalità e una funzione diversa

da quella che tale relazione ha in sede di scissione e da quella che essa ha nelle fusioni a cui non partecipino società per azioni.

L'insostenibilità della conclusione dimostra l'erroneità della premessa e induce a riconfermare le motivazioni della massima del 2001, che ha finito per trovare una puntuale conferma negli artt. 2506 ter comma quarto e 2505 quater del Codice Civile post riforma.

Risulta quindi confermato che i soci (e ora anche i portatori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto) possono rinunciare alla redazione della relazione peritale in quanto titolari unici del "potere di valutazione dell'idoneità dei mezzi prescelti a presidio degli interessi di cui sono portatori".

L'ordinamento tutela con altri mezzi l'interesse dei creditori sociali che ugualmente in tutte le ipotesi di scissione e fusione (con o senza partecipazione di società azionarie) possono fare opposizione all'operazione in corso ex artt. 2503, 2505 quater, 2506 ter ultimo comma) e sulle scissioni anche con l'art. 2506 quater ultimo comma c.c..

La relazione dell'esperto non è neppure posta a tutela di ipotetici pregiudizi di altre categorie di terzi (creditori particolari dei soci e erario) e questo non solo perché il rapporto di cambio dipende "anche da valutazioni inerenti a nuovi equilibri aziendali o a prerogative legate al diverso assetto che non possono trovare, necessariamente, riscontro di natura contabile-estimativa" (App. Milano citato), ma soprattutto perché, se è vero come è vero, che quando la garanzia del creditore particolare del socio è costituita da una quota di partecipazione in srl il legislatore ritiene sufficiente la tutela fornita al socio dal diritto comune senza richiedere la relazione di stima, non si vede perché dovrebbe cambiare orientamento quando questa garanzia sia costituita da azioni.

L'unico scopo del creditore particolare del socio è quello di soddisfare le ragioni del proprio credito ed è per lui irrilevante che la sua garanzia, costituita da una partecipazione in società da parte del suo debitore, sia costituita dalla quota di una srl o da azioni di una spa.

Va altresì ribadito che la possibilità di rinunciare alla relazione degli esperti sul rapporto di cambio appare consentita dalla disciplina comunitaria di cui alla terza direttiva (art. 28) come è confermato dalla legislazione tedesca che prevede espressamente la rinuncia alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, col consenso unanime di tutti i soci.

Resta infine ferma la l'impossibilità di rinunciare, ove necessaria, alla relazione di stima ai sensi dell'art. 2343 c.c.

## **MASSIMA N. 26**

### **Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella fusione**

*Il quarto comma dell'art. 2506-ter c.c. è norma applicabile, per effetto di interpretazione estensiva, anche alla fusione, in quanto conferma che la relazione degli esperti di cui all'art. 2501-sexies c.c. è posta nell'esclusivo interesse dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto, e non nell'interesse dei creditori sociali o dei creditori particolari dei soci e neppure a tutela della intangibilità del capitale.*

*La normativa comunitaria e l'esistenza dell'art. 2505-quater c.c. non impediscono tale estensione anche al caso in cui alla fusione partecipino società per azioni.*

*Può quindi essere confermata la massima già elaborata da questa commissione (richiedendosi ovviamente il consenso oltre che dei soci anche dei portatori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto) secondo la quale: "non è necessaria la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, ai sensi dell'art. 2501-quinquies c.c. allorché tutti i soci delle società partecipanti alla fusione o alla scissione vi abbiano rinunciato*

*e di ciò si faccia constare nei relativi verbali assembleari, ferma restando l'eventuale applicabilità dell'art. 2343 c.c."*

#### **MOTIVAZIONE**

Il problema della liceità della rinuncia alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio ex art. 2501 quinquies c.c. è stato già affrontato da questa Commissione, in modo unitario per i casi di fusione e scissione, prima della riforma ed ha formato oggetto della massima n. 3 approvata dal Consiglio Notarile di Milano in data 6 febbraio 2001.

Tale massima prevedeva: "non è necessaria la relazione dell'esperto sulla congruità del rapporto di cambio, ai sensi dell'art. 2501 quinquies c.c. allorché tutti i soci delle società partecipanti alla fusione o alla scissione vi abbiano rinunciato e di ciò si faccia constare nei relativi verbali assembleari, ferma restando l'eventuale applicabilità dell'art. 2343 c.c."

La massima recepiva l'orientamento espresso da un importante decreto della Corte di Appello di Milano (App. Milano, decr. 12.1.2001) e si basava sulla valutazione della funzione della relazione peritale in relazione agli interessi dei soci, dei creditori sociali e dei creditori particolari dei soci.

Le massime n. 25 e n. 26, che qui si motivano unitariamente, tornano ad affrontare il problema alla luce delle nuove disposizioni contenute nella riforma per fusioni e scissioni ed in particolare alla luce degli artt. 2506 ter quarto comma c.c. in tema di scissione e dell'art. 2505 quater c.c. in tema di fusione a cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni.

Va esaminata in primo luogo la norma, dettata in tema di scissione, dall'art. 2506 ter quarto comma c.c..

Questa norma, sotto la rubrica "norme applicabili", introduce al primo comma l'obbligo per l'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione di redigere:

a) la situazione patrimoniale in conformità all'art. 2501 quater c.c.;

b) la relazione illustrativa in conformità all'art. 2501 quinquies c.c.;

al secondo comma prevede inoltre che la relazione dell'organo amministrativo debba contenere indicazioni ulteriori rispetto a quelle prescritte per le fusioni.

Il terzo comma prescrive altresì che alla scissione si applica l'art. 2501 sexies e quindi che si deve far luogo alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio.

Infine al quarto comma l'articolo in esame consente che, con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione "l'organo amministrativo può essere esonerato dalla redazione dei documenti previsti nei precedenti commi".

Occorre stabilire se l'esonero qui previsto riguardi solo la situazione patrimoniale e la relazione di cui ai commi primo e secondo o anche la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio di cui al terzo comma.

La risposta non va cercata nel dettato letterale ("redazione dei documenti") di per sé equivoco, potendo significare tanto il "redigere" quanto, nella sua impersonalità, "il far redigere", quanto nella funzione della relazione dell'esperto.

Tale funzione è stata così sintetizzata nella ricordata massima numero 3 del 2001:

"La competenza a stabilire il rapporto di cambio, in caso di fusione e scissione, spetta all'organo amministrativo che provvede a darne illustrazione e giustificazione ai soci a mezzo della propria relazione. L'intervento dell'esperto che redige la relazione peritale prevista dall'art. 2501 quinquies c.c. (richiamato in tema di scissione dell'art. 2504 novies c.c.) consiste quindi nel fornire ai soci un parere sulla congruità delle valutazioni e determinazioni dell'organo amministrativo."

Questa ricostruzione della funzione della relazione dell'esperto è sicuramente valida anche alla luce della Riforma e dimostra come, in assenza della redazione della situazione patrimoniale e della relazione dell'organo amministrativo, la relazione dell'esperto non solo perde di significato, ma ne diviene addirittura



impossibile la redazione in assenza di quegli elementi di riferimento su cui l'esperto deve basarsi.

Non può evidentemente essere presa in seria considerazione l'ipotesi secondo cui in tali casi sarebbe l'esperto a doversi far carico di acquisire quegli elementi che gli amministratori per espressa disposizione di legge non gli hanno dovuto fornire: accedere ad una tale interpretazione significherebbe trasformare una norma finalizzata a semplificare il procedimento di scissione in una norma volta ad aggravarne l'iter in palese contraddizione con le finalità perseguite dal Legislatore.

Conseguentemente la possibilità che l'organo amministrativo possa essere esonerato dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti di cui agli artt. 2501 sexies e 2506 ter c.c., purché vi sia il consenso unanime sia dei soci sia dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, non solo va confermata, ma trova nella riforma un riscontro normativo inequivocabile.

Ciò dimostra, almeno per quanto riguarda la scissione, l'esattezza dell'assunto secondo cui gli interessi tutelati dalla relazione dell'esperto sono solo quelli dei soci e dei portatori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto e che invece gli interessi dei creditori sociali, di quelli particolari dei soci e della salvaguardia del capitale sono dal Legislatore tutelati con altri strumenti e con altre norme (e non con la relazione dell'esperto).

Passiamo ora ad esaminare l'art. 2505 quater c.c. dettato in tema di fusioni cui non partecipino società con capitale rappresentato da azioni: la norma detta disposizioni volte a semplificare e a velocizzare tale procedimento di fusione e tra le altre semplificazioni e riduzioni a metà dei termini prevede che "le disposizioni dell'art. 2501 sexies possono essere derogate con il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione".

Non c'è dubbio che non sia possibile utilizzare la norma per trarne, con argomentazione a contrario, l'assunto secondo cui, quindi, quando al procedimento partecipi una società il cui capitale sia rappresentato da azioni, non sia possibile omettere la relazione dell'esperto.

Infatti la norma in esame da un lato inserisce la possibilità di deroga alle disposizioni dell'art. 2501 sexies in un contesto in cui si prevedono tutta una serie di altre semplificazioni riservate esclusivamente alle operazioni di fusione indicate in rubrica e dall'altro contempla solo l'ipotesi della rinuncia da parte dei soci delle società partecipanti alla fusione senza poter prendere in considerazione la rinuncia dei portatori di altri strumenti finanziari aventi diritto di voto.

Anzi l'art. 2505 quater c.c. conferma l'assunto da cui era partita la Corte di Appello di Milano con il decreto 12.1.2001 e la citata e coeva massima secondo cui, almeno nel caso di fusioni cui non partecipino società con capitale rappresentato da azioni, la relazione di stima è posta nell'esclusivo interesse dei soci, potendo essi ed essi soli rinunziarvi.

Ma la funzione della relazione di stima è la stessa che risulta dall'esame dell'art. 2506 ter quarto comma c.c. in tema di scissione: in tali casi si è visto come gli unici interessi tutelati da tale documento siano quelli dei soci e quelli dei portatori di altri strumenti finanziari aventi diritto di voto.

La massima numero 26 dettata in tema di fusione conferma la precedente massima anche nel caso in cui alla fusione partecipino società il cui capitale sia rappresentato da azioni, allorché tutti i soci e tutti i portatori di strumenti finanziari che danno diritto al voto vi rinunzino, sulla base di una interpretazione estensiva del quarto comma dell'art. 2506 ter c.c. in quanto tale norma conferma che la relazione degli esperti ex art. 2501 sexies c.c. è posta nell'esclusivo interesse dei soggetti ivi indicati e non in quello dei creditori sociali o di quelli particolari dei soci e neppure a tutela dell'intangibilità del capitale.

Giungere a diversa conclusione significherebbe attribuire alla relazione degli esperti sul rapporto di cambio in caso di fusione a cui partecipano all'operazione società con capitale rappresentato da azioni una finalità e una funzione diversa

da quella che tale relazione ha in sede di scissione e da quella che essa ha nelle fusioni a cui non partecipino società per azioni.

L'insostenibilità della conclusione dimostra l'erroneità della premessa e induce a riconfermare le motivazioni della massima del 2001, che ha finito per trovare una puntuale conferma negli artt. 2506 ter comma quarto e 2505 quater del Codice Civile post riforma.

Risulta quindi confermato che i soci (e ora anche i portatori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto) possono rinunciare alla redazione della relazione peritale in quanto titolari unici del "potere di valutazione dell'idoneità dei mezzi prescelti a presidio degli interessi di cui sono portatori".

L'ordinamento tutela con altri mezzi l'interesse dei creditori sociali che ugualmente in tutte le ipotesi di scissione e fusione (con o senza partecipazione di società azionarie) possono fare opposizione all'operazione in corso ex artt. 2503, 2505 quater, 2506 ter ultimo comma) e sulle scissioni anche con l'art. 2506 quater ultimo comma c.c..

La relazione dell'esperto non è neppure posta a tutela di ipotetici pregiudizi di altre categorie di terzi (creditori particolari dei soci e erario) e questo non solo perché il rapporto di cambio dipende "anche da valutazioni inerenti a nuovi equilibri aziendali o a prerogative legate al diverso assetto che non possono trovare, necessariamente, riscontro di natura contabile-estimativa" (App. Milano citato), ma soprattutto perché, se è vero come è vero, che quando la garanzia del creditore particolare del socio è costituita da una quota di partecipazione in srl il legislatore ritiene sufficiente la tutela fornita al socio dal diritto comune senza richiedere la relazione di stima, non si vede perché dovrebbe cambiare orientamento quando questa garanzia sia costituita da azioni.

L'unico scopo del creditore particolare del socio è quello di soddisfare le ragioni del proprio credito ed è per lui irrilevante che la sua garanzia, costituita da una partecipazione in società da parte del suo debitore, sia costituita dalla quota di una srl o da azioni di una spa.

Va altresì ribadito che la possibilità di rinunciare alla relazione degli esperti sul rapporto di cambio appare consentita dalla disciplina comunitaria di cui alla terza direttiva (art. 28) come è confermato dalla legislazione tedesca che prevede espressamente la rinuncia alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, col consenso unanime di tutti i soci.

Resta infine ferma la l'impossibilità di rinunciare, ove necessaria, alla relazione di stima ai sensi dell'art. 2343 c.c.

## **MASSIMA N. 27**

### **Presupposti per l'applicazione dell'art. 2501 sexies ultimo comma c.c.**

*L'affidamento agli esperti, incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio (di cui ai commi terzo e quarto dell'art.2501 sexies c.c.) dell'incarico di redigere altresì la relazione di stima del patrimonio della o delle società di persone a norma dell'art. 2343 c.c. contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2501 sexies c.c., presuppone:*

*a) che almeno una delle società partecipanti alla fusione sia una società di persone*

*b) che la società risultante dalla fusione, nel caso di società di nuova costituzione, sia una società di capitali ovvero, nel caso di società preesistente, sia una società di capitali che, per effetto della fusione, aumenti il proprio capitale.*

*Non è quindi necessaria la relazione di stima nel caso di incorporazione in società di capitali preesistenti di società di persone interamente possedute o nel caso in cui non si proceda ad aumento di capitale della incorporante*

*società di capitali stante l'identità soggettiva e quantitativa delle compagini sociali.*

*Nel caso di incorporazione in società di capitali di società di persone nella quale i soci della incorporante assicurino le azioni o quote da assegnare in concambio ai soci della società di persone incorporata mediante "restringimento" delle loro partecipazioni nella società incorporante di capitali si farà luogo alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, ma gli stessi non saranno tenuti alla relazione di stima del patrimonio della società a norma dell'art. 2343 c.c. in quanto tale relazione presuppone necessariamente una imputazione del conferimento a capitale sociale e/o a sovrapprezzo.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2501-sexies, comma 7, c.c., affida all'esperto incaricato di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio, anche la stima del patrimonio della società di persone ai sensi dell'art. 2343 c.c. allorché si tratti di una "ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali".

La norma recepisce un orientamento giurisprudenziale e dottrinale sviluppatosi prima della riforma e soddisfa l'esigenza di assicurare il principio di formazione "valoristicamente corretta" del capitale sociale anche in sede di fusione, al pari di quanto avviene in sede di conferimento ed in analogia a quanto già disponevano le norme in tema di trasformazione di società di persone in società di capitali (vecchio art. 2498, comma 2, c.c. e nuovo art. 2500-ter, comma 2, c.c.).

In altre parole, tanto in caso di trasformazione di una società di persone in società di capitali, quanto in caso (ad esempio) di una fusione di due società di persone in una società di capitali di nuova costituzione, è necessario verificare che il valore del patrimonio delle società di persone – formatosi senza l'osservanza delle norme sui conferimenti delle società di capitali e contabilmente raffigurato senza l'integrale osservanza delle norme sul bilancio dettate per le società di capitali – sia effettivamente almeno pari al capitale sociale che viene attribuito alla società di capitali risultante dalla trasformazione o dalla fusione.

La delimitazione della fattispecie, tuttavia, pecca per eccesso, giacché non in tutte le "ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali" si verificano i presupposti che giustificano l'applicazione della stima ex art. 2343 c.c.. Appare quindi incongruo interpretare la norma in modo tale da estendere la perizia di stima ad ipotesi nelle quali non si verificano né gli elementi della fattispecie "ordinaria" (quella cioè degli artt. 2343 e 2465 c.c.), né la ratio che impone tale tutela al di là della fattispecie ordinaria. Il che si verifica ogniqualvolta non viene "creato" o "aumentato" il capitale sociale di una società di capitali mediante l'imputazione di valori derivanti dal patrimonio di una società di persone. Non è infatti mai richiesta la perizia ex art. 2343 c.c. in ipotesi in cui non si formi un nuovo capitale, né potrebbe del resto assumere alcun senso l'attestazione peritale secondo la quale il valore dei conferimenti [rectius: del patrimoni della società di persone] "è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale", posto che tale determinazione non avrebbe nemmeno luogo.

Ciò porta a dire, come si afferma nella massima, che all'esperto ex art. 2501-sexies c.c. non viene affidata la perizia ex art. 2343 c.c. allorché, pur trattandosi di "ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali", la società risultante dalla fusione sia: (a) una società di persone; (b) una società di capitali preesistente che non aumenta il capitale sociale.

Le medesime argomentazioni ed affermazioni sono infine da estendere, mutatis mutandis, alle analoghe ipotesi di scissione, alla quale l'art. 2501-sexies c.c. si applica in virtù del rinvio di cui all'art. 2506-ter, comma 3, c.c.. E' invece diversa questione, della quale non ci si occupa in questa sede, se sussistano altre ipotesi, diverse da quelle considerate dall'art. 2501-sexies, comma 7, c.c., nelle

quali debba considerarsi necessaria la relazione di stima ex art. 2343 c.c. nell'ambito di operazioni di fusione o scissione.

## **MASSIMA N. 28**

### **Fusione: scelta dell'esperto comune**

*In caso di fusione nella quale la società incorporante o la società risultante dalla fusione non sia una s.p.a. o una s.a.p.a. (art.2501 sexies terzo comma c.c.) non può escludersi che alcune delle società partecipanti alla fusione scelgano come esperto lo stesso o gli stessi soggetti, muniti dei requisiti richiesti dalla legge, e non può al limite escludersi che tutte le società scelgano lo stesso esperto: rientrerà nella responsabilità degli amministratori effettuare questa scelta in modo tale da non compromettere le esigenze di imparzialità e indipendenza dell'esperto o degli esperti scelti.*

### **MOTIVAZIONE**

La materia della individuazione dell'esperto deputato ad esprimere il parere di congruità sul rapporto di cambio è stata profondamente innovata dal D.Lgs.17 gennaio 2003 n. 6.

L'innovazione trae principale motivazione dalla constatazione che la terza direttiva comunitaria del 9 ottobre 1978 è espressamente applicabile alle sole società azionarie, e non alle società a responsabilità limitata; essa si sostanzia nella regola (affermata al terzo comma dell'articolo 2501 sexies) secondo cui l'esperto è normalmente scelto dalla società, senza interventi dell'autorità giudiziaria, e solo quando la società incorporante o la società risultante dalla fusione è azionaria, allora l'esperto (come prevede la direttiva) è designato dal tribunale; in buona sostanza, la regola nazionale appare essere quella della libera scelta, rispetto alla quale la designazione giudiziaria resta l'eccezione, circoscritta ai soli casi da ultimo indicati.

La regola della libera scelta - se l'incorporante o la società risultante non è azionaria - costituisce valido fondamento del potere degli organi amministrativi di optare, concordemente, per l'individuazione di un unico soggetto, munito dei requisiti di legge, che adempia alle funzioni di verificare la congruità del rapporto di cambio stabilito dagli amministratori stessi.

Non induce infatti a diversa conclusione il disposto del quarto comma dello stesso articolo 2501 sexies, nella parte in cui dispone che in ogni caso la nomina dell'esperto comune può essere richiesta al tribunale; questa norma, infatti, suppone l'inidoneità degli organi amministrativi delle società partecipanti a fare luogo alla nomina dell'esperto, inidoneità di carattere legale allorché incorporante o risultante dalla fusione sia una società azionaria, ovvero inidoneità nei fatti allorché fra i vari organi amministrativi non si formi accordo sulla nomina dell'esperto unico.

La previsione del ricorso al giudice, in altri termini, si deve collocare e deve armonizzarsi nel sistema delineato dal terzo comma dell'articolo 2501 sexies, cioè quello della libera scelta dell'esperto in tema di società a responsabilità limitata; questa previsione del ricorso al giudice, del resto, ripete esattamente la formulazione dell'articolo 10 della direttiva comunitaria, e deve quindi ritenersi obbligatoria, al pari della stessa direttiva, per le sole società azionarie; consente invece alle società a responsabilità limitata una mera facoltà, esercitabile tutte le volte in cui gli organi amministrativi non raggiungano, per la nomina dell'esperto comune, una determinazione ritenuta idonea in relazione all'imparzialità e indipendenza dell'esperto stesso.

## **MASSIMA N. 29**

## **Rinunciabilità al termine intercorrente tra l'iscrizione del progetto di scissione e la decisione sulla scissione**

*Il termine di almeno trenta giorni che deve intercorrere tra l'iscrizione nel Registro delle Imprese del progetto di scissione e la data fissata per l'approvazione del progetto stesso, essendo posto nell'interesse esclusivo dei soci, può essere rinunciato con il consenso degli stessi.*

### **MOTIVAZIONE**

La massima ripete un principio largamente affermato anche prima della entrata in vigore del D.Lgs 17 gennaio 2003 n. 6, fondato sulla considerazione (già condivisa dalla giurisprudenza onoraria e da questa commissione) che il termine dilatorio dalla stessa considerato è posto nell'esclusivo interesse dei soci, e - come tale - dagli stessi rinunciabile.

L'opportunità della conferma matura dalla constatazione di una tecnica legislativa che - nel quadro del sistema della disciplina della scissione, organizzata "per rinvio" alla materia della fusione - prevede, all'articolo 2506 bis, che "il progetto di scissione deve essere pubblicato a norma dell'ultimo comma dell'articolo 2501 ter", senza precisare che il rinvio riguarda anche la disponibilità del termine tra l'iscrizione e la delibera, pure risultante da quest'ultima stessa norma; in realtà la possibilità di rinunciare al decorso del termine deve assai probabilmente considerarsi espressa in diritto positivo, perchè il rinvio formulato dall'articolo 2506 bis può essere considerato generalmente indirizzato all'intero ultimo comma della norma che regola il progetto di fusione; diversamente ragionando, peraltro, non si vede comunque motivo alcuno per modificare le considerazioni di derogabilità precedenti la riforma.

### **MASSIMA N. 30**

#### **Scissione non proporzionale con facoltà di scelta di assegnazione proporzionale**

*Nel caso di scissione non proporzionale il cui progetto preveda la facoltà di ciascun socio di optare per la partecipazione a tutte le società interessate all'operazione di scissione in proporzione alla sua quota di partecipazione originaria non appare necessario che il progetto stesso preveda il diritto per i soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, con indicazione di coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto e neppure l'esistenza di un consenso unanime all'operazione.*

### **MOTIVAZIONE**

Come è noto, la riforma ha inciso profondamente sulla scissione non proporzionale. Alla previgente regola, secondo cui la scissione non proporzionale, pur ammessa anche in difetto di consenso unanime, doveva in ogni caso consentire l'opzione proporzionale, si è ora sostituita la regola per cui ove il progetto preveda una scissione non proporzionale ai soci che non approvino (espressione equivalente a quella dei soci "che non hanno concorso alla deliberazione" utilizzata in tema di recesso) il progetto spetta un diritto di exit, vale a dire il diritto di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso (art. 2506 ter penultimo comma).

La disposizione intende evidentemente evitare una (o, meglio, introdurre una via di uscita) per il caso di alterazione forzosa della posizione amministrativa reciproca e di quella patrimoniale del socio (posizione intesa in senso qualitativo ancor prima che quantitativo: come diritto cioè a partecipare,

proporzionalmente, ai risultati del “mix” di fattori produttivi, di cui i gestori hanno dotato la società). Sotto tale profilo la disciplina ben si coordina con la concezione della scissione come fenomeno di (semplice) ridisegno organizzativo dell’impresa, piuttosto che come fenomeno successorio.

La nuova disciplina, come quella previgente, peraltro, è sicuramente derogabile per consenso unanime dei soci (di tutti i soci, quale che sia la categoria di azioni di cui siano titolari).

L’alterazione forzosa cui si correla, e che giustifica, il diritto di far acquistare la partecipazione del socio non consenziente, in quanto risultato ovviamente disponibile dal socio, non ricorre, peraltro, neppure nell’ipotesi in cui sia consentito (con previsione che ripristina la previgente disciplina legislativa) a ciascun socio di optare tra la attribuzione proporzionale e quella non proporzionale (specie se la regola di “default” in assenza di opzione espressa sia quella della partecipazione proporzionale).

Non pare che alla soluzione si possa obiettare che anche in caso di opzione il socio potrebbe vedere alterata la propria posizione amministrativa reciproca. Se ciò si verifica infatti è per scelta degli altri soci, non per imposizione. Ed il sistema, in effetti, di regola non tutela in assoluto le posizioni amministrative reciproche, che possono variare fisiologicamente per comportamenti dei consoci (si pensi alla cessione di partecipazioni, all’esercizio o meno di opzione o recesso, da parte di altri soci). Quanto a quella che si è definita la posizione patrimoniale qualitativa, l’opzione per il sistema proporzionale ne consente il mantenimento. Non sussiste dunque il rischio di un disinteressamento forzoso rispetto a questa o quella componente dell’impresa sociale cui si era partecipi.

Le conclusioni di cui alla massima sembrano estensibili anche all’ipotesi (che rappresenta, sotto un certo profilo, il caso limite della scissione proporzionale) di attribuzione ad alcuni soci solo di azioni o quote della società scissa (art. 2506, secondo comma). L’attribuzione della facoltà di optare per la assegnazione proporzionale di azioni della o delle beneficiarie (specie se la regola di default sia quest’ultima) elimina per definizione il rischio di mantenimento forzoso della (sia pur dilatata) partecipazione nella società scissa che sta a base della richiesta del requisito del consenso unanime, che, dunque in presenza dell’opzione, non pare più abbia ragione d’essere.

### **MASSIMA N. 31**

#### **Introduzione o rimozione di limitazioni alla circolazione di partecipazioni di s.r.l. (artt. 2469 e 2473 c.c.)**

*La clausola statutaria che limita ovvero impedisce il trasferimento di partecipazioni di s.r.l. può essere introdotta o rimossa, se lo statuto non prevede diversamente, con il quorum deliberativo che lo statuto stesso – ovvero, in mancanza, la legge – genericamente dispone per le modifiche statutarie.*

*Le deliberazioni assembleari che introducono o rimuovono dallo statuto di s.r.l. vincoli alla circolazione delle partecipazioni non determinano il diritto di recedere, ferma restando la spettanza del diritto stesso per i casi disciplinati all’art. 2469, comma 2°, c.c.*

### **MOTIVAZIONE**

La giurisprudenza e la dottrina, in vigenza del codice civile antecedente la riforma introdotta con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, si sono ripetutamente occupate delle modalità con cui le società di capitali potevano legittimamente inserire ed eliminare dallo statuto clausole limitative o impeditive alla circolazione delle partecipazioni.

L’orientamento prevalente in materia di società per azioni, per quanto non pacifico, era quello di ritenere che, in mancanza di diversa indicazione statutaria:

- la maggioranza richiesta per le “ordinarie” modifiche statutarie potesse validamente provvedere alla eliminazione della clausola limitativa, mentre
- l'introduzione di clausole limitative dovesse necessariamente essere approvata all'unanimità da tutti i soci.

La giustificazione di questa regola veniva rintracciata nella constatazione che, con l'inserimento di tali clausole, i soci perdevano il diritto di disporre liberamente – e così di liquidare – la propria partecipazione, e – ritenuta la natura individuale di questo diritto – si finiva per considerare la relativa delibera eccezionalmente sottratta al principio maggioritario; di converso, la soppressione della clausola restava validamente approvabile a maggioranza, attribuendosi maggior peso e meritevolezza alla eliminazione del vincolo alla circolazione, rispetto all'interesse per il mantenimento delle quote verso l'ingresso di terzi nel capitale sociale.

La regola precedente trovava applicazione anche in materia di società a responsabilità limitata, non attribuendosi a tali effetti rilevanza alla pure diffusa convinzione secondo cui la circolazione della quota era normalmente gravabile di maggiori oneri o limiti.

La riforma introdotta con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 ha radicalmente modificato il quadro normativo di riferimento, adottando – anche su questa materia, così come avviene per altre situazioni di potenziale contrapposizione tra interesse generale ed interesse particolare – il principio della prevalenza della volontà maggioritaria, equilibrato dalla previsione – secondo regole non omogenee fra loro per s.p.a. ed s.r.l. – del diritto di recesso.

Ciò risulta, con chiarezza, in tema di società per azioni; l'opzione legislativa si appalesa infatti, senza necessità di sforzi interpretativi, dalla lettura dell'articolo 2437, comma 2°, c.c., posto che – salvo diversa disposizione statutaria – hanno in base a tale norma diritto di recedere i soci che non hanno concorso alla approvazione delle delibere riguardanti l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari. La disposizione attesta la legittimità della introduzione (oltretutto della eliminazione) a maggioranza delle clausole limitative, cui si accompagna e fa da contrappeso – se lo statuto non dispone diversamente – il diritto di ottenere la liquidazione della quota, con superamento delle obiezioni che nel vecchio regime avevano indotto alla regola dell'unanimità.

Altrettanta chiarezza non emerge dalla disciplina generale del recesso in materia di società a responsabilità limitata (cfr art. 2473, comma 2°, c.c.) e la carenza potrebbe indurre a ritenere che – mancando la previsione del diritto “di uscita” per effetto dell'inserimento o della soppressione di queste clausole – il loro regime di introduzione o rimozione sia ancora da amministrarsi secondo i precedenti orientamenti.

Questa conclusione è tuttavia inesatta; anche in tema di società a responsabilità limitata, infatti, ha trovato ampia affermazione il medesimo principio di prevalenza delle ragioni della maggioranza, rispetto alle quali il diritto di recesso (atteggiato, su questo tema, secondo una regola diversa da quella vigente per le società per azioni, come vedremo) assolve a funzione di salvaguardia.

In particolare la facoltà di “uscita”, con riferimento alla materia della disponibilità della partecipazione nella società a responsabilità limitata, è dal legislatore disposta (articolo 2469 c.c., il cui contenuto richiama quanto in materia di s.p.a. dispone l'articolo 2355 bis c.c.) nel caso di intrasferibilità (esplicita ovvero conseguente, nel caso di morte, all'esistenza di condizioni o limiti) e nel caso di clausola di gradimento senza limiti o condizioni.

Ciò significa che nel tipo società a responsabilità limitata (l'inserimento di clausola di questo tenore è evidentemente suscettibile di valida approvazione a maggioranza, posto che il legislatore risolve con il recesso la tutela della minoranza).

La possibilità di approvare a maggioranza clausole come quelle previste all'articolo 2469 c.c. – esplicitamente o sostanzialmente impeditive della circolazione della partecipazioni – è argomento che consente di ritenere che parimenti a maggioranza siano a fortiori approvabili clausole limitative della circolazione stessa.

Non può pertanto ritenersi che l'introduzione di queste clausole richieda unanimità; depone in tale senso anche la constatazione che il legislatore della novella, in-novando rispetto al passato, ha dimostrato di ritenere che l'unanimità dei consensi è compatibile con il tipo società a responsabilità limitata (cfr art. 2468, comma 4°, c.c.), ma si è ben guardato dallo stabilire tale regime con riferimento alla materia in questione.

Deve peraltro prendersi atto che, nella s.r.l., il diritto di recesso non consegue – come è invece per la s.p.a., salvo il caso di diversa clausola statutaria – alla introduzione o rimozione dei vincoli alla circolazione delle partecipazioni, mancando una disposizione di contenuto analogo a quella risultante all'articolo 2437, 2° comma, c.c.; esso, come detto, matura invece, esclusivamente, dal ricorrere delle situazioni indicate dall'articolo 2469 c.c. [intrasferibilità (esplicita ovvero conseguente, nel caso di morte, all'esistenza di condizioni o limiti) ovvero di clausola di gradimento senza limiti o condizioni].

Queste situazioni – dal legislatore raggruppate in unica previsione – sembrano avere invece diversa portata applicativa, nel senso che alcune di esse (fatta salva ogni diversa conclusione riferibile al periodo transitorio) determinano il diritto di recesso per il solo fatto dell'esistenza della clausola statutaria, mentre per altre il diritto di uscita sorge solo in occasione dell'impedimento, in applicazione della clausola, di un determinato e specifico evento traslativo.

Sono del primo tipo le clausole di intrasferibilità, e pure sembrano tali quelle di gradimento non accompagnate da limiti o condizioni; di converso, sembrano in linea generale appartenenti alla seconda categoria, pur non potendosi escludere eccezioni, le clausole che pongono condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte.

## **MASSIMA N. 32**

### **Condizioni di efficacia delle clausole di mero gradimento nella s.p.a. (art. 2355 bis c.c.)**

*Le clausole di mero gradimento contenute nello statuto di s.p.a. sono efficaci anche nel caso in cui (pur non prevedendosi il diritto di recesso ovvero l'obbligo, per la società o per gli altri soci, di acquistare le azioni al valore stabilito per il recesso, come prevede l'art. 2355 bis c.c.) contemplino l'obbligo per la società o per gli altri soci di acquistare "a parità di condizioni", cioè al prezzo che l'alienante ha concordato con il terzo non gradito, ovvero l'obbligo, per la società, di procurare altro acquirente gradito, che acquisti al valore stabilito per il recesso o "a parità di condizioni".*

## **MOTIVAZIONE**

L'equilibrio, nella società per azioni, fra interesse sociale a disporre di filtri, o addirittura di diritti di veto rispetto all'ingresso di nuovi soci, (da un lato), e diritto del socio a liquidare la partecipazione, (dall'altro), è dalla riforma individuato a valle di un processo evolutivo scandito da interventi legislativi e da valutazioni giurisprudenziali.

L'originaria formulazione dell'art. 2355 c.c., nel consentire la possibilità di apporre particolari condizioni all'alienazione delle azioni nominative, aveva stabilito un perimetro teoricamente ampio per la definizione delle clausole limitative alla loro circolazione; fino alla seconda metà degli anni '70 la giurisprudenza (oltre ad ammettere, come ancora oggi si continua pacificamente a fare, la clausola di prelazione) era prevalentemente orientata a ritenere legittime anche le clausole di gradimento; solo a decorrenza da quest'epoca l'orientamento della giurisprudenza di legittimità ebbe a variare, per negare l'ammissibilità delle clausole di gradimento rimesse al giudizio discrezionale degli organi sociali.

Questa posizione dei giudici venne sostanzialmente condivisa dal legislatore, che, con l'art. 22 della legge 4 giugno 1985 n. 281 stabiliva, come noto,



l'inefficacia delle clausole "degli atti costitutivi delle società per azioni, le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento degli organi sociali".

Il processo evolutivo cui si è alluso in apertura andò ulteriormente a maturare quando i giudici, successivamente alla legge 281/85, attenti questa volta all'interesse sociale verso la stabilità e la qualità del gruppo dei soci, affermarono che la clausola di gradimento - benché discrezionale, cioè rimessa alla completa valutazione dell'organo sociale - non è illegittima ed è efficace qualora preveda l'obbligo della società di procurare acquirente "gradito", in sostituzione di quello "non gradito". In questo senso, si esprimeva, tra gli altri, la giurisprudenza onoraria milanese, e le relative motivazioni concludevano, significativamente, per la correttezza di una interpretazione dell'art. 22 della legge 281/85 "nel senso che il divieto del mero gradimento sia rapportato all'esigenza della circolazione dei titoli e alla necessità di non rendere il socio prigioniero della sua partecipazione".

Le conclusioni dei giudici ora riferite, risalenti all'anno 2000, sono esattamente coincidenti con il fondamento del nuovo art. 2355 bis, in materia di clausola di gradimento inter vivos.

La nuova norma appare in grado di realizzare, con soddisfazione, l'equilibrio fra quell'interesse sociale e quell'interesse individuale cui si è alluso in apertura: la società può così respingere il candidato acquirente, ma solo consentendo al socio che vuole alienare il diritto al realizzo della partecipazione.

La circostanza che di quest'ultimo diritto, nella formulazione legislativa ora vigente, sia prevista la realizzazione con il recesso ovvero con l'obbligo per la società o per gli altri soci di acquistare al valore stabilito per il recesso, non esclude che la clausola di gradimento resti valida ed efficace anche quando la piena soddisfazione del diritto del socio è diversamente ottenuta.

La massima, nell'individuare queste diverse modalità, altro non fa che ripetere il principio giurisprudenziale onorario milanese, che - come sopra visto - può essere considerato ispiratore della riforma; la vendita (a favore della società, degli altri soci, ovvero di un terzo gradito) "a parità di condizioni" (con quanto offerto dall'acquirente non gradito) è evento che realizza l'interesse del socio alienante nelle esatte proporzioni dal medesimo perseguite.

### **MASSIMA N. 33**

#### **Clausole di divieto o di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su partecipazioni di s.r.l (art. 2469 c.c.)**

*Sono legittime, e non danno luogo a diritto di recesso, le clausole che vietano la costituzione di usufrutto o di pegno su partecipazioni di s.r.l. e le clausole di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su partecipazioni di s.r.l.*

#### **MOTIVAZIONE**

Già nel vigore delle "vecchie" norme l'art. 2479 c.c. consentiva che lo statuto di s.r.l. contenesse disposizioni "contrarie" al principio di libera trasferibilità delle quote previsto in via generale.

Sulla base di questa norma venivano considerate valide clausole che prevedessero vincoli al trasferimento delle quote stesse, fino alla intrasferibilità assoluta e compreso ovviamente il gradimento anche mero, salvo in taluni casi ritenere necessaria l'apposizione in tali clausole di "correttivi" idonei ad evitare che il socio rimanesse comunque bloccato in società senza possibilità di uscita (in tale filone si collocava l'indirizzo del tribunale di Milano, espresso in sede di giurisprudenza onoraria, che riteneva legittima una clausola di assoluta intrasferibilità mentre in caso di clausola di mero gradimento richiedeva - sia per le s.r.l.

che per le s.p.a. - l'inserimento della "possibilità" del socio di "cedere la sua partecipazione ad un terzo indicato da un organo sociale prestabilito").

Le modifiche apportate dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 alla disciplina dei trasferimenti delle partecipazioni di s.r.l. sono volte, in un certo senso, a "correggere" la generica derogabilità del principio generale di libera trasferibilità; come tali sono di natura diversa rispetto a quelle introdotte dalla riforma in relazione ai trasferimenti di azioni di s.p.a. e per certi versi hanno effetti opposti.

La riforma ha, infatti, mantenuto nell'art. 2469 c.c. (che nel primo comma in pratica riproduce il contenuto del primo comma del vecchio art. 2479 c.c.) il principio generale della libera trasferibilità delle partecipazioni e la possibilità che l'atto costitutivo contenga disposizioni "contrarie" al principio generale; ha peraltro profondamente innovato la disciplina previgente nel secondo comma dello stesso art. 2469 c.c., prevedendo esplicitamente le clausole di intrasferibilità e gradimento mero nel trasferimento delle partecipazioni e collegando a tali vincoli il diritto del socio di recedere dalla società.

E' evidente che gli interessi presi in considerazione e tutelati dal legislatore della riforma sono duplici e sostanzialmente confliggenti: il primo è quello della società alla libera determinabilità delle proprie regole di funzionamento, che arriva a consentire di sacrificare l'interesse individuale del socio alla trasferibilità delle partecipazioni all'interesse della società, ritenuto prevalente, alla stabilità del gruppo dei soci; il secondo, comunque oggetto di tutela, è quello del socio a non rimanere "bloccato" nella società.

Nel caso di clausole che prevedano il divieto di costituzione o il gradimento mero riferite al pegno o all'usufrutto su partecipazioni viene sicuramente in considerazione il primo interesse tutelato dalla norma, cioè quello della società alla stabilità del gruppo dei soci; attraverso la costituzione del pegno o dell'usufrutto, infatti, si verifica normalmente il trasferimento ad un terzo estraneo dei diritti di tipo amministrativo spettanti al titolare della partecipazione che sono caratterizzanti l'intervento del socio nella vita sociale.

Nessun dubbio, quindi, sulla legittimità di clausole che prevedano il divieto assoluto di costituzione di pegno od usufrutto sulle partecipazioni o che ne subordinino la costituzione al mero gradimento di organi sociali, soci o terzi.

Il problema è allora quello di stabilire se simili clausole determinino o meno il diritto di recesso ai sensi del secondo comma dell'art. 2469 c.c.

Sembra evidente che il secondo interesse preso in considerazione e tutelato da tale norma, e cioè quello del socio a non rimanere prigioniero della propria partecipazione e quindi bloccato in società, non viene leso dall'apposizione di simili clausole, che non impediscono certo al socio di uscire dalla compagine sociale.

La costituzione di pegno o di usufrutto, infatti, non ha tale scopo ma accede ad un diverso rapporto e ad interessi differenti, subordinati dall'ordinamento al prevalente interesse sociale preso in considerazione dal primo comma del citato art. 2469 c.c..

La conclusione è suffragata anche dalla considerazione che il correttivo previsto dall'ordinamento a tutela dell'interesse del socio all'uscita dalla società, e cioè il diritto di recesso, se esercitato ha effetti analoghi, per il socio, a quelli che avrebbe ottenuto con il trasferimento della partecipazione; al contrario in caso di volontà di costituzione in usufrutto

o in garanzia della partecipazione il recesso determinerebbe un effetto assolutamente non omogeneo e, per certi versi, opposto. Esclusa infatti la possibilità di "liquidare" il diritto di usufrutto o di pegno in via autonoma, il recesso determinerebbe l'uscita del socio che invece sarebbe rimasto titolare della proprietà gravata dai diritti minori costituiti sulla partecipazione.

#### **MASSIMA N. 34**

#### **Clausole di divieto o di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su azioni di s.p.a. (art. 2355 bis c.c.)**

*Sono legittime, anche in assenza del termine di efficacia di cinque anni di cui all'art. 2355 bis, 1° comma, c.c., le clausole che vietano la costituzione di usufrutto o di pegno su azioni.*

*Sono legittime, ed efficaci anche in assenza della previsione di un obbligo di acquisto a carico della società o degli altri soci ovvero del diritto di recesso del costituente, le clausole di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su azioni.*

#### **MOTIVAZIONE**

Le modifiche apportate dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 alla disciplina del trasferimento delle azioni rendono non più attuale il dibattito, assai vivo nel vigore della normativa anteriore alla riforma, sulla legittimità delle clausole che vietano o subordinano a mero gradimento il trasferimento di azioni; infatti il nuovo art. 2355 bis c.c. prevede espressamente la possibilità che lo statuto "sottoponga a particolari condizioni" il trasferimento delle azioni, ed in particolare contenga un divieto assoluto ovvero una clausola di mero gradimento, disciplinandone condizioni di validità ed effetti.

Il legislatore della riforma ha, infatti, privilegiato, come più volte rilevato, il principio della libera determinabilità da parte dei soci delle regole di funzionamento della società, intese in senso ampio e quindi anche eventualmente connesse alla disciplina del trasferimento della partecipazione individuale del socio, principio che trova conferma, appunto, nel primo comma dell'art. 2355 bis c.c. ove si ribadisce in termini generali la legittimità di clausole statuenti "particolari condizioni" per il trasferimento di azioni.

Gli interessi tutelati dalle clausole di intrasferibilità assoluta o di mero gradimento connesse al trasferimento di azioni sono gli stessi che vengono in considerazione per le clausole di divieto assoluto o di mero gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno su azioni, che sono quindi legittime e possono essere inserite nello statuto delle s.p.a.; infatti, se è meritevole di tutela l'interesse "sociale" alla stabilità della compagine dei soci, che fonda le clausole di intrasferibilità assoluta e di mero gradimento nel trasferimento, a maggior ragione lo è quello sottinteso alle clausole che limitano il diritto soggettivo del socio alla costituzione di diritti reali minori, quali l'usufrutto e il pegno, in quanto anch'esse volte a tutelare o l'interesse "sociale" ad escludere che un soggetto estraneo alla compagine dei soci possa, attraverso il diritto di usufrutto o di pegno, esercitare determinate prerogative proprie dei soci stessi ovvero l'interesse "sociale" alla preventiva valutazione, anche discrezionale, di tale soggetto.

Il problema diventa allora quello di verificare se le condizioni di efficacia, i limiti e le conseguenze previsti dall'ordinamento come contrappeso alla compressione del diritto individuale a trasferire le azioni siano applicabili e riferibili anche alla compressione del diverso, e più limitato, diritto a costituirle in usufrutto o in garanzia.

In effetti non pare che possano estendersi alle clausole di divieto o di gradimento riferite alla costituzione di usufrutto o di pegno quegli effetti e quei requisiti

previsti per analoghe clausole riferite al trasferimento delle azioni, e quindi in particolare:

- la clausola che vieti la costituzione di usufrutto o di pegno sulle azioni sarà valida ed efficace anche senza l'inserimento di limiti temporali di scadenza; né si può ritenere che il limite temporale posto dall'art. 2355 bis, 1° comma, c.c. si applichi automaticamente come termine di validità ed efficacia del divieto;

- la clausola di mero gradimento riferita alla costituzione di usufrutto o di pegno su azioni sarà efficace anche in assenza della previsione statutaria di quei "correttivi" che l'art. 2355 bis, 2° comma, c.c. impone siano apposti in caso di clausola di mero gradimento riferita al trasferimento, e quindi anche qualora non sia previsto, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di "acquisto" oppure il diritto di recesso dell'"alienante"; né si può ritenere che la sola esistenza in statuto di tale clausola generi di per sé un obbligo della società o degli altri soci di acquistare la partecipazione o il diritto di recesso del socio.

A tali conclusioni si perviene considerando che i "correttivi" previsti dall'ordinamento a fronte della legittimazione di clausole che limitano il diritto del socio a trasferire le proprie azioni, e quindi ad uscire dalla società, tutelano appunto questo diritto a non rimanere "bloccati" nella società e non trovano ragione d'essere in relazione alla corrispondente limitazione di diritti, quelli di dare in usufrutto o in garanzia le azioni, di ben altra natura e portata.

Infatti nella costituzione di usufrutto o di pegno lo scopo ultimo del socio non è di uscire dalla società; nel caso di costituzione di usufrutto la causa può essere la più svariata mentre la concessione in garanzia accede per sua natura ad un diverso rapporto, che è quello, di base e fondamentale, costitutivo dell'obbligazione garantita, del quale è un mero accessorio. In entrambi i casi, qualunque sia il "rapporto sottostante", il socio costituente rimane in società ma, salvo deroga pattizia, i suoi diritti, per lo meno quelli c.d. amministrativi, sono compresi da quelli spettanti al titolare del diritto di usufrutto o pegno.

E' evidente allora che le tutele disposte dall'ordinamento al diritto di "uscita" dalla società sono inapplicabili a fattispecie nelle quali tale diritto non è in gioco.

Ad analoga conclusione si perviene considerando la tipologia dei "correttivi" previsti dall'ordinamento a tutela del diritto del socio ad "uscire" dalla società in caso di mero gradimento, per propria natura inadatti ad essere utilizzati in caso di gradimento connesso alla costituzione di usufrutto o di pegno. Mentre nel caso di volontà di trasferimento "bloccata" dall'esistenza della clausola di mero gradimento il socio ottiene, attraverso il recesso (o l'acquisto delle azioni da parte della società o dei soci), un risultato analogo a quello che avrebbe ottenuto trasferendo liberamente le azioni, essendo in linea di massima indifferente per il "venditore" l'identità dell'acquirente, in caso di volontà di costituzione in usufrutto o in garanzia delle azioni il recesso determinerebbe un effetto assolutamente non omogeneo e, per certi versi, opposto a quello che si otterrebbe in caso di libera facoltà di costituzione in usufrutto o in garanzia. Esclusa infatti la possibilità di "liquidare" il diritto di usufrutto o di pegno in via autonoma, il recesso determinerebbe l'uscita del socio che invece sarebbe rimasto titolare della "nuda proprietà".

Effetti analoghi si ottengono introducendo in statuto clausole che, senza esplicitamente vietare la costituzione dell'usufrutto o del pegno, escludano che il diritto di voto o altri diritti organizzativi possano spettare al titolare dell'usufrutto o al creditore pignoratizio, riservandoli espressamente al socio titolare delle azioni, senza peraltro incidere sulla validità ed efficacia del rapporto tra le parti e sui diritti patrimoniali del titolare dell'usufrutto o del creditore, clausole che, per le considerazioni esposte ed a maggior ragione, sembrano del tutto legittime in quanto volte a tutelare l'interesse della società più volte specificato.

### **MASSIMA N. 35**

### **Riduzione "effettiva" del capitale sociale nella s.r.l. (art. 2482 c.c.)**

*La riduzione "effettiva" del capitale della s.r.l., ai sensi dell'art. 2482 c.c., può essere deliberata senza indicarne motivazioni e fini.*

#### **MOTIVAZIONE**

La disciplina contenuta negli articoli 2482 e seguenti c.c., superando la tassatività delle cause della riduzione (esuberanza/perdite) contemplata dalla normativa precedente, rende ammissibile che la riduzione sia deliberata in assenza delle condizioni che, in precedenza, ne costituivano il presupposto. Nelle società a responsabilità limitata, perciò, la decisione di ridurre il capitale è rimessa alla volontà dei soci, da adottarsi discrezionalmente alla stregua di ogni altra modifica statutaria, nel rispetto del limite minimo di capitale fissato dall'art. 2463 c.c..

Presupposto di tale decisione è peraltro l'assenza di perdite. Non solo di importo tale da eccedere un terzo del capitale, ma anche di misura tale che il limite del terzo venga ad essere superato proprio per effetto della riduzione. Invero, l'esistenza di una specifica disciplina per tale ultima evenienza comporta che da essa la riduzione c.d. effettiva resti distinta.

In ragione del maggior margine di autonomia concesso alla società a responsabilità limitata, non si applica qui la regola, prevista per la s.p.a. dall'art. 2445 c.c., per la quale l'avviso di convocazione deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione.

In assenza di un obbligo di informazione preassembleare si richiede esclusivamente il rispetto del generale obbligo di informazione sancito dal terzo comma dell'art. 2479 ter c.c..

Neppure dalla delibera è prescritto che risultino le ragioni della riduzione. Possono essere le più varie e tra esse può annoverarsi, quella di adottare una struttura organizzativa in cui, ove non ricorra il superamento di almeno due dei limiti dimensionali richiamati dall'art. 2477 c.c., la nomina dell'organo di controllo sia meramente eventuale.

E' necessario, talvolta, che la delibera indichi la modalità con cui la riduzione deve essere attuata. Ciò si verifica tutte le volte che sia possibile, in concreto, la scelta tra forme diverse (rimborso delle quote / liberazione dall'obbligo di effettuare i versamenti ancora dovuti) ovvero sia opportuna una valutazione da parte della assemblea di circostanze particolari legate alla natura e alla esecuzione dei conferimenti (prestazioni di opera o servizi / prestazione di polizza o fideiussione).

Quanto alla produzione, in analogia a quanto disposto per la riduzione conseguente a perdite, di una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, essa, per quanto opportuna, non può essere ritenuta necessaria tutte le volte che non emergano perdite dall'ultimo bilancio approvato.

Del pari semplicemente opportuna è la dichiarazione resa dagli amministratori ai sensi dell'art. 2482 bis, 3° comma, c.c., in ordine alla (non) sopravvenienza di fatti di rilievo dopo la redazione del bilancio (o situazione patrimoniale ad hoc). Peraltro, tutte le volte che la proposta di deliberare la riduzione proviene dagli amministratori, è ragionevole ritenere che, in assenza di diversa indicazione nel verbale, tale dichiarazione sia implicita.

Quanto alla attuazione della riduzione si può osservare che:

1. Legittimamente si può far constare, in occasione della delibera di riduzione effettiva, l'inesistenza di creditori, ovvero il preventivo consenso dei creditori alla esecuzione della riduzione. Nondimeno l'esecuzione non può avere luogo prima del decorso del termine stabilito dal secondo comma dell'art. 2482 c.c., in quanto i creditori legittimati a farvi opposizione sono tutti quelli anteriori alla iscrizione e, pertanto, anche quelli successivi alla delibera stessa.

2. Dalla non eseguibilità immediata della delibera deriva che il capitale deve essere indicato negli atti (e quindi nello statuto da depositare ai sensi dell'art. 2436 c.c.) e nella corrispondenza della società nella misura prevista dall'art. 2250 c.c. (secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente secondo l'ultimo bilancio) sino a che la riduzione non sia stata eseguita.

Consigliabile è l'inserimento in statuto della clausola che dia conto della pendenza della riduzione; dopo l'esecuzione, sarà compito degli amministratori depositare il nuovo testo dal quale tale clausola sia espunta.

3. Al pari di quanto stabilito dall'art. 2482 bis c.c. per il caso di perdite, anche la riduzione effettiva deve essere attuata nel rispetto sostanziale del criterio di parità di trattamento dei soci. A ciò la delibera deve rigorosamente attenersi.

Modalità diverse (ad esempio quella che prevedesse di ricorrere al sorteggio delle partecipazioni da rimborsare) non paiono adottabili a maggioranza. Per essere giustificate sul piano causale, richiederebbero il consenso di tutti i soci.

### **MASSIMA N. 36**

#### **Aumento del capitale sociale e azioni senza valore nominale (artt. 2346 e 2439 c.c.)**

*In caso di aumento di capitale sociale a pagamento, da parte di una s.p.a. con azioni senza valore nominale, il prezzo di emissione delle azioni deve essere determinato in misura almeno pari alla "parità contabile" delle azioni di nuova emissione (ossia pari all'aumento di capitale diviso il numero delle azioni di nuova emissione), in modo tale che l'ammontare dei nuovi conferimenti sia complessivamente pari o superiore all'ammontare dell'aumento del capitale sociale.*

*E' d'altro canto legittima, sempre in sede di aumento del capitale sociale a pagamento da parte di una s.p.a. con azioni prive del valore nominale, l'emissione di nuove azioni ad un prezzo inferiore alla "parità contabile" delle azioni esistenti al momento dell'assunzione della deliberazione di aumento (ossia pari al capitale sociale ante aumento, diviso per il numero delle azioni ante aumento), fermo restando che l'ammontare dei nuovi conferimenti deve essere complessivamente pari o superiore all'ammontare dell'aumento del capitale sociale.*

#### **MOTIVAZIONE**

In una s.p.a. che si sia avvalsa della facoltà di omettere l'indicazione del valore nominale delle azioni (art. 2346, commi 2° e 3°, c.c.), la deliberazione di aumento del capitale sociale a pagamento pone talune peculiarità, concernenti essenzialmente la determinazione del prezzo di emissione ed il suo rapporto sia con le azioni che con il capitale sociale stesso.

Si consideri anzitutto - tralasciando in questa sede ogni considerazione circa l'eventualità che vengano pattuiti prezzi diversificati con conseguenti assegnazioni non proporzionali tra i sottoscrittori dell'aumento - che occorre garantire anche in queste ipotesi il rispetto del principio, di matrice anche comunitaria, secondo il quale "in nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale" (art. 2346, comma 5°, c.c.). Tale disposizione, dettata con precipuo riferimento all'emissione delle azioni in sede di costituzione della società, va adattata al caso dell'aumento a pagamento del capitale sociale, in occasione del quale essa va parafrasata nel senso che il valore dei conferimenti non può essere inferiore all'ammontare globale dell'aumento di capitale.

In mancanza di valore nominale - e sempre tralasciando l'eventuale ipotesi dell'assegnazione non proporzionale - tale principio viene rispettato applicando la regola (del resto presente nella seconda direttiva comunitaria) secondo la quale il prezzo delle azioni di nuova emissione deve essere almeno pari alla "parità contabile" delle azioni di nuova emissione: il che vale quanto dire che il prezzo delle nuove azioni deve essere almeno pari al risultato della divisione dell'ammontare globale dell'aumento di capitale per il numero delle nuove azioni. Se la società Alfa aumenta il capitale sociale di massimi euro 1.000.000 mediante l'emissione di massime n. 1.000.000 azioni senza valore nominale, è

necessario che il prezzo di emissione di ciascuna azione sia pari ad almeno un euro.

Si noti per inciso che in tali casi la determinazione del sovrapprezzo, ai fini dell'applicazione della regola contenuta nell'art. 2439, comma 1°, c.c. (ove si impone l'immediato versamento dell'intero sovrapprezzo e di almeno i 25 centesimi del valore nominale delle azioni sottoscritte) richiede proprio la determinazione della "parità con-contabile" delle azioni di nuova emissione, che viene indicata anche come "valore nominale inespresso" delle azioni medesime. Si ipotizzi che la società Alfa aumenti il capitale di massimi euro 875.000 mediante l'emissione di massime n. 1.000.000 azioni, senza valore nominale, ad un prezzo di un euro per ogni azione: in tal caso la "parità con-contabile" o il "valore nominale inespresso" delle azioni di nuova emissione è pari a euro 0,875 per ciascuna azione (ossia 875.000 diviso 1.000.000) e pertanto il sovrapprezzo per ciascuna azione, da versare integralmente all'atto della sottoscrizione, è pari ad euro 0,125.

Altra questione si pone invece se si raffronta il prezzo di emissione delle azioni di compendio dell'aumento di capitale con la "parità contabile" o "valore nominale inespresso" delle azioni preesistenti all'aumento di capitale.

Di certo nessun principio di diritto societario - e ciò è confermato dal confronto comparatistico con tutti gli ordinamenti europei che conoscono le azioni senza valore nominale - impone di mantenere invariata, in occasione di un aumento di capitale, la stessa parità contabile delle azioni preesistenti all'aumento: in altre parole, il rapporto tra la parte di capitale che si forma con l'aumento e il numero delle azioni di nuova emissione può essere diverso rispetto a quello sussistente tra il vecchio capitale e le vecchie azioni, di guisa che, dopo l'aumento si avrà una nuova parità contabile, diversa sia alla vecchia parità contabile, sia a quella delle azioni di nuova emissione. Ad esempio, si immagini che la società Alfa, con capitale di euro 1.000.000 diviso in n. 1.000.000 azioni senza valore nominale, aumenti il capitale di euro 1.000.000 con emissione di n. 500.000 nuove azioni, ovviamente sempre senza valore nominale. A prescindere dal prezzo di emissione, si noti che: la parità contabile delle azioni ante aumento era pari a euro 1,00 per azione (1.000.000 diviso 1.000.000); la parità contabile delle azioni di nuova emissione è pari a euro 2,00 per azione (1.000.000 diviso 500.000); la parità contabile di tutte le azioni post aumento è pari a euro 1,50 (2.000.000 diviso 1.500.000).

Il problema sta invero nel stabilire se la società, avvalendosi di tale facoltà e sempre nel rispetto del principio della copertura del capitale di nuova formazione, possa stabilire un prezzo di emissione inferiore alla parità contabile delle vecchie azioni. Sebbene sia chiaro che non vi sia alcun pregiudizio di interessi terzi rispetto alla compagine sociale, occorre però verificare se tale operazione non possa in qualche modo ledere interessi ad essa interni, protetti da altri istituti del diritto societario.

Da tale punto di vista, tuttavia, si deve ritenere che l'esistenza del diritto di opzione e dell'obbligo di determinare il sovrapprezzo nei casi di esclusione del diritto di opzione (art. 2441 c.c.) tuteli sufficientemente la posizione dei vecchi soci, la "diluizione" dei quali potrebbe avvenire solo in caso di mancato esercizio del diritto di opzione (ferma restando la loro possibilità di alienarlo agli altri soci o a terzi). Non pare quindi si possano rinvenire nel sistema sufficienti elementi per affermare l'inammissibilità di una deliberazione di aumento di capitale che non rispetti la parità contabile riferita alle vecchie azioni, bensì si limiti a fissare un prezzo pari al valore nominale inespresso delle nuove azioni. E' vero che tale operazione rischierebbe di aggravare la posizione delle minoranze, per i motivi appena evidenziati, ma si tratta in sostanza della medesima posizione in cui i soci di minoranza si trovano in caso di azioni con valore nominale e in cui del resto si trovavano già prima della riforma del 2003.

Si consideri infatti che, così come può essere determinato un prezzo di emissione delle azioni senza valore nominale svincolato dal valore reale oltre che dal valore contabile delle azioni già in circolazione, allo stesso modo l'assemblea di una società con azioni con valore nominale è totalmente libera di deliberare un

aumento di capitale a pagamento, offrendo le azioni in opzione ai soci, determinando il prezzo di emissione a prescindere dal valore effettivo del patrimonio sociale e dal valore reale delle azioni (nei limiti dell'abuso di maggioranza, e salvo il limite, verso il basso, dato dal valore nominale).

Da un punto di vista qualitativo, la posizione dei soci di minoranza è la medesima, in quanto in entrambi i casi essi non possono opporsi alla diluizione del valore delle vecchie azioni, bensì possono tutelarsi, al pari di tutti i soci, unicamente mediante l'esercizio dei diritti di opzione o mediante la loro vendita.

Anche da un punto di vista quantitativo, del resto, la posizione degli uni (i soci di minoranza delle società con azioni senza valore nominale) e degli altri (i soci di minoranza delle società con azioni con valore nominale) sarà deteriore o migliore in dipendenza della situazione di fatto in cui versa la società. Potranno infatti subire un "rischio" anche maggiore i secondi, allorché la società deliberi un aumento a pagamento alla pari, pur in presenza di ingenti riserve e considerevoli valori latenti di avviamento, rispetto a quanto potrebbero "rischiare" i primi, laddove la società deliberasse un aumento a pagamento fissando un prezzo inferiore al valore contabile delle loro azioni, in presenza di un patrimonio sociale con un valore effettivo pari al capitale sociale. Il valore nominale, in altre parole, pone sì un limite alla determinazione del prezzo di emissione, ma si tratta di un limite a tutela della copertura del capitale e non già a tutela dei soci. L'interesse sociale a poter disporre di una simile modalità di dare esecuzione ad un aumento di capitale è d'altronde evidente - ed è stata sottolineata dalla più autorevole dottrina che ha esaminato le azioni senza valore nominale - allorché si pensi agli aumenti di capitale sociale deliberati da società che, pur non essendo costrette a ripianare perdite contabilmente evidenziate, si trovano in situazioni poco felici o con prospettive future poco rosee, sì da dover incentivare il conferimento di capitale di rischio mediante l'emissione di azioni sotto la vecchia parità contabile. Si tratta quindi di uno strumento a disposizione della società, la quale è libera di utilizzarlo, al di là di quanto derivi da un'effettiva situazione di difficoltà o di necessità, nei limiti ovviamente dell'abuso della maggioranza nei confronti della minoranza, al pari del resto di quanto avviene in ordine alla determinazione del prezzo delle azioni (con valore nominale) in tutte le ipotesi di aumento di capitale con diritto di opzione.

### **MASSIMA N. 37**

#### **Annullamento di azioni proprie senza riduzione del capitale sociale (art. 2357 e ss.; art. 2445 c.c.)**

*La deliberazione di annullamento delle azioni proprie non è soggetta alla disciplina dell'art. 2445 c.c. quando sia configurata in modo tale da fare sì che all'esito dell'annullamento non si verifichi alcuna riduzione del capitale sociale, bensì - unicamente - la riduzione del numero delle azioni (se prive del valore nominale) ovvero la riduzione del numero e l'aumento del valore nominale delle stesse.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'operazione di annullamento delle azioni proprie è dal legislatore prevista:

- nel caso in cui la misura del possesso abbia a superare il limite legale della decima parte del capitale (art. 2357, 4° comma, c.c.) con contestuale riduzione del capitale stesso;
- in esecuzione di una deliberazione dell'assemblea di riduzione del capitale sociale, da attuarsi mediante riscatto e - appunto - annullamento di azioni (articolo 2357 bis, 1° comma, numero 1, c.c.).

La prima operazione è dal legislatore definita obbligatoria, al punto che il medesimo assegna alla società un termine (annuale o triennale, a seconda delle modalità dell'acquisto) per porre fine alla situazione di irregolarità.



La seconda operazione rappresenta invece una mera opzione, (annullamento volontario), di cui le società nella prassi si avvalgono sia negli esatti termini previsti dalla legge (riduzione del capitale con riscatto e annullamento azionario), sia nel diverso caso in cui si intenda porre fine ad una situazione di possesso già in essere da un termine anteriore, più o meno lontano nel tempo.

Dottrina e giurisprudenza si sono occupate - in carenza di una espressa indicazione legislativa - delle concrete modalità attuative delle due fattispecie di annullamento. Pur con diverse sfumature tra le varie posizioni, è possibile riconoscere una linea comune in relazione alla applicabilità, o meno, delle cautele previste in favore dei creditori dall'articolo 2445 c.c.; in particolare del termine dilatorio di tre mesi, ora convertito in novanta giorni, decorrente dalla data di iscrizione della deliberazione: l'opinione più generalizzata affermava l'inapplicabilità della cautela nel caso di riduzione obbligatoria, mentre la natura strettamente volontaria dell'altra fattispecie di riduzione finiva per determinarne l'assoggettamento al diritto di opposizione dei creditori, consentito appunto durante il termine legale previsto all'articolo 2445 c.c..

La rilevanza di questa disposizione non si esauriva peraltro nella soggezione al termine dilatorio, ma finiva per implicare che la riduzione del capitale mediante annullamento delle azioni proprie, se attuata volontariamente, potesse considerarsi legittima solo in presenza del requisito che il previgente testo della disposizione imponeva, cioè l'esuberanza del capitale.

La riforma ha inciso, come è noto, sulla disciplina della riduzione effettiva del capitale, affrancandola dalla necessità dell'esuberanza.

Ne dovrebbe derivare che, nella vigenza del nuovo diritto societario (e considerando per ogni altro verso tuttora valide le posizioni sopra tracciate), l'annullamento volontario di azioni proprie è legittimamente deliberato, in una con la corrispondente riduzione del capitale sociale, prescindendo dalla verifica dell'esistenza (e così dall'appalesamento) delle ragioni obiettive poste alla base dell'operazione, restando invece affidata al diritto di opposizione la tutela dei creditori sociali.

Non si può tuttavia mancare di notare che la fattispecie di annullamento volontario di cui la dottrina prevalente si è occupata, per concludere circa l'applicabilità dell'articolo 2445 c.c., è quella che si realizza con riduzione del capitale sociale per un valore corrispondente a quello delle azioni annullate.

Se, come pare, l'interesse ritenuto meritevole di considerazione, e perciò tutelato dal diritto di opposizione, è quello all'integrità del capitale nominale, non vi è spazio per l'applicazione dell'articolo 2445 c.c. tutte le volte in cui l'annullamento delle azioni proprie si realizzi senza riduzione del capitale.

L'estraneità di questa operazione alla fattispecie disciplinata dall'articolo 2445 c.c. è rilevabile sia con riferimento al contenuto precettivo letterale della disposizione, sia avuto riguardo agli interessi sostanziali che essa mira a salvaguardare.

Dal primo punto di vista, non può sfuggire che l'annullamento delle azioni proprie, se realizzato nel modo indicato dalla norma, non concreta l'evento espressamente descritto dalla disposizione che regola la riduzione effettiva del capitale; e questo non solo perché il capitale non resta affatto ridotto, ma anche perché l'operazione non determina rimborso di capitale ai soci, né liberazione degli stessi dall'obbligo di eseguirli, cioè i due fatti specifici che concorrono alla fattispecie delineata dall'articolo 2445 c.c..

Da un profilo sostanziale, l'ipotetica critica secondo cui questo rimborso di capitale ai soci sarebbe in realtà avvenuto al momento dell'acquisto delle azioni proprie, (per cui permarrebbe, sia pure con inversione cronologica, lo stesso elemento della fattispecie legale regolata dall'articolo 2445 c.c.) è in realtà priva di fondamento, perché trascura l'essenziale aspetto della mancata riduzione dell'importo del capitale nominale, la cui funzione di vincolo di pari valore dell'attivo permane. L'equilibrio contabile dell'attivo e del passivo dello stato patrimoniale andrà infatti a realizzarsi, in questi casi di annullamento, mediante l'abbattimento della riserva azioni proprie, che - a norma dell'art. 2357 ter, ultimo comma, c.c. - deve essere costituita e mantenuta nel bilancio per

importo pari a quello iscritto all'attivo finché le azioni proprie stesse non sono tra-sferite o annullate.

La riforma incide favorevolmente sulla fattispecie in commento, anche in relazione alla necessaria traslazione del valore nominale delle azioni annullate a beneficio degli altri azionisti: è infatti chiaro che, restando fisso il capitale sociale e procedendosi alla eliminazione di alcune azioni, il loro valore nominale si incrementa in qualche modo a favore degli altri soci.

Ciò è certamente realizzabile con una delibera di aumento del valore nominale delle azioni che restano in circolazione; sembra tuttavia più semplice che, in prospetti-va dell'annullamento delle azioni proprie, la società deliberi l'eliminazione del valore nominale delle azioni, come consentito a norma dell'art. 2346, 2° comma, c.c.; con l'effetto di determinare, in una con l'annullamento delle azioni proprie, l'automatico incremento della parità contabile di ciascuna altra azione, evitando espresse (e qualche volta complesse, a ragione di eventuali resti o valori decimali eccessivi) deliberazioni di variazione del valore nominale unitario.

### **MASSIMA N. 38**

#### **Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza di contestuale esecuzione dell'aumento (artt. 2447 e 2482 ter c.c.)**

*La deliberazione di azzeramento del capitale sociale o comunque di riduzione al di sotto del minimo legale, per perdite, con contestuale sua ricostituzione ad un importo almeno pari al minimo legale, può essere legittimamente assunta qualora l'esecuzione dell'aumento:*

*- avvenga in assemblea (ferma la necessità di garantire, con gli opportuni mezzi, il ri-spetto del diritto dei soci di sottoscrivere le nuove partecipazioni, nell'esercizio dell'opzione); oppure:*

*- sia consentita, dalla delibera stessa, in epoca anche successiva all'assemblea, purché entro i termini di tempo che l'assemblea fissa, nel rispetto delle disposizioni di legge, non eccedendo il tempo necessario per il realizzarsi delle condizioni, di natura sostanziale e procedimentale, che l'esecuzione dell'aumento richiede.*

### **MOTIVAZIONE**

L'esecuzione della delibera di aumento del capitale (da intendersi come sottoscrizione delle partecipazioni, nonché versamento dei conferimenti nella misura prevista dalla legge ed, eventualmente, dalla delibera), quando il capitale medesimo, per il caso di perdite, è stato azzerato o comunque ridotto sotto al limite legale, presenta due profili di particolare rilevanza: da un lato la necessità che venga rispettato il diritto di opzione dei soci, dall'altro l'opportunità che l'esecuzione della delibera abbia luogo in termini solleciti; questa seconda esigenza è coerente con i tempi ristretti concessi agli amministratori per convocare l'assemblea (posto che l'articolo 2446 e l'articolo 2482 bis chiedono che ciò avvenga "senza indugio") e risponde altresì alla necessità che, dopo l'assemblea, non si protragga oltre limiti accettabili l'anomalia della prosecuzione di una (attiva) vita sociale in assenza della minima capitalizzazione prevista dalla legge.

Il primo profilo - salvaguardia del diritto dei soci di essere preferito nella sottoscrizione - è talmente essenziale, noto ed affermato, da poter essere, in questa sede, anche solo enunciato, senza ulteriori precisazioni: viene però naturale cogliere, sul tema, l'indicazione che viene dalla riforma, nella parte in cui esclude che l'offerta a terzi delle quote di nuova emissione possa avere luogo allorché si tratti di ricostituire un capitale ridotto sotto il minimo legale (art. 2481 bis, primo comma); con ciò restando in queste situazioni più difficilmente difendibile, (e forse non solo in tema di società a responsabilità limitata, cui la norma sopra

citata si riferisce), ogni pretesa di legittimo collocamento presso terzi non preceduto dall'offerta ai soci.

Con riguardo al secondo profilo, la giurisprudenza onoraria milanese, nel lontano 1976, affermava, esplicitamente, la necessità dell'esecuzione contestuale all'assemblea; questa indicazione doveva peraltro coniugarsi con il rispetto del diritto di opzione dei soci e ciò veniva nella prassi realizzato (quando possibile) secondo tecniche diverse, prevalentemente ottenendo che il socio di maggioranza sottoscrivesse "anche per gli altri soci", salvo condizionare risolutivamente questa parte della sottoscrizione (e dei relativi versamenti) all'esercizio dell'opzione da parte degli altri aventi diritto.

La prima ipotesi di esecuzione presa in considerazione dalla massima non si discosta da questo paradigma; ad essa sarà possibile fare ricorso concorrendone i relativi presupposti, da intendersi sia come effettiva disponibilità di uno o più soggetti (soci o terzi) ad anticipare, in assemblea, (anche) le altrui sottoscrizioni e versamenti, sia come inesistenza di altri impedimenti di natura sostanziale o procedimentale.

La seconda alternativa delineata dalla massima, quella della esecuzione successiva all'assemblea, è da considerarsi senz'altro legittima, alle condizioni previste nella massima stessa; alla medesima potrà farsi ricorso (salvo scioglimento) in una serie di circostanze, che - a titolo di esempio - comprendono:

a) il caso che nessun soggetto, socio o terzo, sia disponibile ad anticipare in assemblea l'esecuzione dell'aumento, volendosi avvalere del termine concesso per l'opzione, ovvero non esistono - comunque - tutte le condizioni intese all'immediata esecuzione della ricapitalizzazione (accordi con nuovi investitori e/o con il sistema bancario, con l'ulteriore complessità che, assai spesso, queste convenzioni sono tra loro collegate o subordinate);

b) impedimenti di natura strettamente tecnico/procedurale; può essere, ad esempio, il caso in cui l'esecuzione dell'aumento del capitale concreti sollecitazione all'investimento, con i relativi obblighi normalmente post-assemblyari, (si pensi alla redazione e pubblicazione del prospetto informativo di cui all'articolo 94 T.U.F.) ma di natura preventiva all'esecuzione medesima; ovvero alle diverse o concorrenti complessità che possono riguardare sottoscrizione e negoziazione dell'opzione nel caso di titoli quotati o comunque dematerializzati).

In queste situazioni, l'esecuzione dell'aumento dovrà avere luogo nel termine che l'assemblea avrà fissato, (ai sensi dell'art. 2439, comma secondo, o dell'art. 2481 bis, comma terzo) in modo tale da non eccedere, secondo quanto ragionevolmente ipotizzabile, il tempo necessario perché abbiano a concretarsi i presupposti occorrenti, secondo quanto sopra esposto. L'adeguatezza di questi termini è da ritenersi in ogni caso oggetto di delicatissima valutazione, anche di merito, rilevante sotto diversi profili di legge, e sottratta - salvo, forse, per casi di abnorme e palese eccesso - alla valutazione di legittimità che compete al notaio.

La possibilità della sottoscrizione in epoca successiva all'assemblea, d'altra parte, appare adeguata alle norme vigenti, le quali non prendono posizione sul momento dell'esecuzione della ricapitalizzazione, ma impongono che - per evitare lo scioglimento - l'aumento del capitale in misura non inferiore al minimo legale sia deliberato dall'assemblea; in secondo luogo, la sottoscrizione successiva all'assemblea, convocata ed effettivamente tenuta nel giorno previsto, è soluzione certamente più accettabile rispetto ad una prassi - che pure si sta diffondendo, ed allo stato risulta incontestata - secondo cui, per la salvezza del principio dell'esecuzione in assemblea, si finisce per approvare, anche più volte, il rinvio dell'assemblea stessa, in attesa del concretarsi delle condizioni per l'esecuzione dell'aumento.

Le particolarità cui si è accennato, relative alla determinazione del termine di esecuzione dell'aumento, possono non rappresentare le uniche peculiarità delle deliberazioni di cui tratta la massima in commento.

Può infatti essere necessario, od opportuno, a seconda dei casi, che la delibera:

- preveda il carattere inscindibile dell'aumento, nella sua interezza ovvero fino ad un dato importo;

- subordini l'efficacia della copertura perdite all'esecuzione dell'aumento;

- preveda, per il caso di mancata esecuzione dell'aumento, le regole per la liquidazione della società, compresa nomina dei liquidatori e relativi poteri.

In relazione alla inscindibilità, è necessario che essa sia prevista almeno fino al limite del capitale sociale minimo; sarà pure obbligatoria quando la esecuzione dell'aumento (integrale o per un determinato ammontare) costituisca anche il mezzo per completare il ripianamento della perdita, come – ad esempio - nel caso in cui l'aumento sia gravato di sovrapprezzo, già destinato, dalla stessa delibera di ricapitalizzazione, alla copertura della perdita che residua dopo l'utilizzo delle voci di netto esistenti.

La subordinazione della intera operazione di copertura perdite all'esecuzione dell'aumento può essere opportuna per evitare che la società si presenti con capitale nominale sottoscritto inferiore al minimo legale, o addirittura azzerato, situazione rispetto alla quale appare più consona il mantenimento dell'esposizione della perdita; questa subordinazione può essere adeguata anche in relazione alla circostanza che - se la situazione patrimoniale di riferimento è redatta a norma dell'articolo 2423 bis del c.c., e cioè nella prospettiva della continuazione dell'attività - tale continuazione ( e i relativi valori di iscrizione) sono di fatto legati alla ricapitalizzazione.

Le stesse ragioni che, secondo quanto sopra esposto, determinano l'esigenza di una rigorosa determinazione del termine ultimo per l'esecuzione, orienterebbero infine a prendere in considerazione l'assunzione – per il caso di mancata esecuzione dell'aumento – delle delibere utili a regolare la liquidazione, evitandosi in tal modo ulteriori dilazioni nell'inizio di tale fase.

### **MASSIMA N. 39**

#### **Diritti particolari dei soci nella s.r.l. (art. 2468, comma 3°, c.c.)**

*I “particolari diritti” che l'atto costitutivo di s.r.l. può attribuire a singoli soci, ai sensi dell'art. 2468, comma 3° c.c., possono avere ad oggetto materie non strettamente “riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”, cui espressa-mente si riferisce la norma, bensì ulteriori “diritti diversi”, dovendosi ritenere concessa all'autonomia negoziale, al pari di quanto dispone l'art. 2348 c.c. per la s.p.a., la facoltà di “liberamente determinare il contenuto” delle partecipazioni sociali, “nei limiti imposti dalla legge”.*

*In caso di attribuzione di particolari diritti a singoli soci, l'atto costitutivo può altresì liberamente stabilire sia il regime di circolazione delle loro partecipazioni, sia la sorte dei particolari diritti in caso di alienazione parziale o totale delle partecipazioni medesime, nonché l'eventuale deroga alla norma dettata nell'art. 2468, comma 4°, c.c., in base alla quale i particolari diritti “possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci”.*

*Qualora il trasferimento totale o parziale della partecipazione del socio cui sono stati attribuiti i particolari diritti comporti l'estinzione totale o parziale dei diritti medesimi, ovvero la variazione della loro misura, nonché qualora l'atto costitutivo disponga la successione dell'acquirente nei particolari diritti o in parte di essi, si deve ritenere legittima la clausola che attribuisce agli amministratori la facoltà di depositare presso il registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2436, ultimo comma, c.c., il testo aggiornato dell'atto costitutivo o dello statuto, riportante le modificazioni derivanti dal trasferimento della partecipazione (ossia, a seconda dei casi, l'estinzione totale o parziale dei particolari diritti, la variazione della loro misura, la*

*modificazione del nome del socio che ne è in tutto o in parte titolare, etc.), senza che sia all'uopo necessaria una deliberazione assembleare che prenda atto dell'intervenuta modificazione del testo dell'atto costitutivo.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2468 c.c., dopo aver stabilito (nel comma 2°) che “salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in misura pro-porzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta”, dispone (nel comma 3°) che “resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”. La norma precisa poi (nel comma 4°) che “salvo diversa disposizione dell'atto co-stitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'articolo 2473, i di-ritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci”.

La norma regola pertanto l'ipotesi in cui l'autonomia negoziale voglia introdurre deroghe al principio di uguaglianza e di proporzionalità del contenuto delle partecipa-zioni sociali, le quali, difatti, nel modello legale, attribuiscono ai soci i medesimi diritti, in misura proporzionale alla misura della partecipazione. Nel fare ciò, essa chiarisce anzitutto che, in linea di principio, l'eventuale deroga all'uguaglianza ed alla propor-zionalità dà luogo all'attribuzione di particolari diritti a singoli soci e non già alla crea-zione di partecipazioni sociali di per sé dotate di diritti diversi rispetto alle altre. Da ciò dovrebbe conseguire che in mancanza di appositi patti in diverso senso – non solo i diritti particolari sono imm modificabili se non all'unanimità, come espressamente dispone il quarto comma – ma essi sono anche intrasferibili insieme alla partecipazione, la cui alienazione, pertanto, dovrebbe comportare l'estinzione dei medesimi.

Tra le diverse questioni interpretative riguardanti i “particolari diritti” in parola, assume significativo rilievo quella del loro oggetto, posto che l'art. 2468, comma 3° c.c., testé citato, menziona solamente “l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”. La norma, tuttavia, non può essere intesa in senso tassativo e limitativo, bensì in senso attributivo: essa esemplifica, in altre parole, le principali, ma non uniche, ipotesi in cui i soci posso variare i diritti loro spettanti in virtù del contratto sociale. E ciò per una pluralità di motivi, idonei nel loro insieme a superare il dato let-terale, apparentemente restrittivo.

a) Anzitutto, sul piano sistematico, si deve rilevare che l'opposta interpretazione, in base alla quale nessun diritto diverso possa essere attribuito ad alcun socio, al di fuori dei casi previsti dall'art. 2468, comma 3°, c.c., renderebbe la s.r.l. un modello societario connotato da una rigidità tale da non trovare paragone né nella s.p.a. né tanto meno nelle società di persone. Sia le une che le altre, infatti, seppure a modo diverso, hanno la facoltà di introdurre ampie “varianti” rispetto al modello legale, che per tutte prevede in linea di principio l'uguaglianza e la proporzionalità dei diritti spettanti in virtù della partecipazione al contratto sociale: da un lato, si è già ricordato che nella s.p.a. la legge consente la creazione di partecipazioni sociali caratterizzate da “diritti diversi”, prevedendo espressamente che “in tal caso la società, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie” (art. 2348, comma 2°, c.c.); d'altro canto, è parimenti prevista nelle società di persone la fa-coltà di convenire nel contratto sociale diversi modi e misure di partecipazione all'amministrazione (art. 2257 c.c.), agli utili (art. 2262 c.c.), alle perdite (art. 2263 c.c.), nonché, con variazioni a seconda del tipo, per ciò che concerne la responsabilità verso i terzi (v. ad es. art. 2267 c.c.), così come non può dubitarsi che lo stesso con-tratto sociale possa attribuire a taluni soci diversi diritti riguardanti il controllo dell'attività di gestione (e per uno spunto v. ad es. art. 2320, comma 2°, c.c.).

b) Anche uno sguardo alla legge delega contribuisce non poco a confermare quanto sopra affermato: occorre infatti ricordare che il criterio impartito dalla legge de-lega volgeva proprio nella direzione di attribuire al tipo s.r.l. la funzione di strumento duttile, a disposizione dei soci e delle loro specifiche esigenze, non certo di “ingabbiarli” nel tipo sociale più rigido tra tutti quelli disciplinati

dall'ordinamento. Si esamini a tal proposito l'art. 3, comma 1°, lett. b), l. 366/2001, che imponeva di "prevedere un'ampia autonomia statutaria", nonché il successivo comma 2°, lett. f), che richiedeva di "ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale". Criteri che, da soli, in mancanza di un'espressa ed incontrovertibile disposizione normativa in senso contrario da parte del legislatore delegato (a tacer della sua possibile illegittimità), dovrebbero far propendere per un'interpretazione nel senso sopra suggerito.

c) Anche da un punto di vista funzionale, una lettura della norma che circoscriva la facoltà di attribuire particolari diritti ai soli temi dell'amministrazione della società e della distribuzione degli utili, infine, mostra il fianco a non pochi argomenti contrari. Si pensi ad esempio alla scarsa efficacia di un privilegio sugli utili, in ipotesi attribuito ad un socio di minoranza, che non sia accompagnato vuoi dal diritto di ottenere la distribuzione dell'utile a prescindere dalla volontà della maggioranza di mandare l'utile d'esercizio a dividendo, vuoi dal diritto di godere del medesimo privilegio anche in sede di distribuzione delle riserve formatesi con accantonamento dell'utile, sia durante la vita della società che in sede di liquidazione: ebbene, ritenere inammissibili tali ultimi diritti particolari (in quanto appunto non riguardanti la distribuzione degli utili) costringerebbe la società ad attribuire anche il diritto all'automatica percezione dell'utile, perdendo quindi, senza apprezzabile motivo, la facoltà di praticare politiche di autofinanziamento, semplicemente rinviando nel tempo il privilegio concesso al socio cui viene riconosciuto il particolare diritto sugli utili.

La stessa lettera della norma, del resto, non pare così incontrovertibilmente in senso contrario. Il secondo comma - che potrebbe intendersi come il principio la cui deroga è consentita solo nei limiti del terzo comma - concerne infatti solamente il pro-filo della proporzionalità della misura dei diritti sociali: rimarrebbero dunque consentiti, anche leggendo in modo restrittivo la norma, tutti i particolari diritti che derogano il modello legale non dal punto di vista proporzionale, bensì ad esempio attribuendo diritti individuali non contemplati dalla legge (si pensi ad esempio all'atto costitutivo che preveda la facoltà di assumere decisioni mediante consultazione scritta, ma attribuisca ad un determinato socio, a prescindere dalla misura della sua partecipazione, il diritto di chiedere l'adozione del metodo collegiale). Ecco allora che la presunta limitazione solo sotto il profilo dei diritti misurabili in via proporzionale appare ancor più illogica, ben potendosi spiegare la lettera dell'art. 2468, comma 3°, c.c., nel senso che essa contempla le due ipotesi più significative ed evocative in cui si può variare il paradigma dell'uguaglianza (di contenuto) e della proporzionalità (nella misura) dei diritti sociali.

In conclusione, anche nella s.r.l., le parti sono libere di attribuire ai soci diritti diversi - in misura e in qualità - da quelli derivanti dal contratto sociale secondo il modello legale, nei limiti derivanti da specifiche norme imperative (non si potrà ad esempio configurare un diritto di uno o più soci di pretendere che una deliberazione modificativa dell'atto costitutivo venga assunto mediante consultazione scritta, anzi-ché con deliberazione assembleare, come dispone l'art. 2479, comma 4°, c.c.), dal divieto del patto leonino (non si potrà ad esempio configurare un privilegio tale da escludere la partecipazione di un socio alle perdite) o dallo schema causale rinvenibile nell'art. 2247 c.c. (essendo in tal senso illecita, sempre ad esempio, l'attribuzione ad un socio del diritto a percepire, in sostituzione della partecipazione agli utili dell'attività sociale, una remunerazione in forma di interesse).

#### **MASSIMA N. 40**

#### **Postergazione nelle perdite nella s.r.l. (art. 2482 quater c.c.)**

*L'art. 2482 quater c.c. - ove si dispone che "in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di*

*partecipazione e dei diritti spettanti ai soci” – regola gli effetti della deliberazione di riduzione del capitale per perdite nella s.r.l., ma non impedisce che, a monte, l’atto costitutivo preveda per uno o più soci una diversa incidenza delle perdite sulla propria partecipazione sociale, analogamente a quanto dispone l’art. 2348 c.c. per la s.p.a..*

*Il rispetto del divieto del patto leonino impone in tal caso che la riduzione del capitale per perdite, dopo aver causato l’annullamento delle altre partecipazioni, comporti anche la riduzione e, se del caso, l’annullamento, della partecipazione del socio postergato nelle perdite.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il tenore letterale dell’art. 2482 quater c.c., ed in particolare la locuzione iniziale “in tutti i casi”, ha indotto alcuni primi commentatori della disciplina della s.r.l. a ritenere del tutto preclusa, in tale tipo sociale, la facoltà di introdurre una clausola statutaria che disponga la postergazione di taluni soci nelle perdite della società, giacché in tal modo si otterrebbe proprio quella “modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci” di cui fa menzione la norma. La postergazione, difatti, comporta la riduzione e financo l’annullamento delle sole partecipazioni non postergate, a copertura delle perdite della società, una volta utilizzate tutte le riserve all’uopo disponibili.

A tale argomentazione letterale, inoltre, viene aggiunta quella fondata sull’asserita tassatività dei casi in cui sia consentito attribuire a singoli soci particolari diritti ai sensi dell’art. 2468, comma 3°, c.c., tra i quali, appunto, non rientra la postergazione nelle perdite.

Entrambi i motivi, tuttavia, non appaiono fondati e non sono in grado di sostenere adeguatamente siffatta lettura restrittiva della disciplina della s.r.l., nemmeno per ciò che concerne specificamente il tema dell’incidenza delle perdite sulle partecipazioni sociali.

Così è anzitutto per quanto riguarda il riferimento all’art. 2468, comma 3°, c.c., avendo altrove cercato dimostrare la non tassatività delle ipotesi ivi previste (v. massima n. 39). Neppure del resto può in alcun modo convincere l’argomento basato sulla lettera della norma, la quale, in realtà, regola l’effetto che potremmo dire “normale” di tutte le ipotesi di riduzione del capitale sociale, limitandosi a stabilire che, a prescindere dalle cause e dalle modalità di riduzione, essa si riverbera in modo proporzionale ed uguale su tutte le partecipazioni. D’altronde, norma del tutto analoga era prevista già in passato (art. 2496, comma 3°, c.c., in base al quale “in caso di riduzione del capitale per perdite, i soci conservano i diritti sociali secondo il valore originario delle rispettive quote”): avendo il legislatore spostato il sistema di misurazione della grandezza delle partecipazioni dal loro “valore” (nominale) alla loro “quota” (intesa quale frazione), la nuova formulazione della norma chiarisce che, sia in caso di riduzione per perdite, sia in caso di riduzione effettiva, non mutano le “quote” di partecipazione, ossia le “frazioni” di capitale sociale rappresentato da ciascuna partecipazione.

Che in tale disposizione non si possa ravvisare alcun principio inderogabile, tale da impedire all’autonomia negoziale di modificare gli effetti “normali” della riduzione di capitale per perdite, è infine dimostrato dal confronto del tipo s.r.l. con gli altri tipi di società lucrative, laddove il legislatore prevede espressamente – e si vedano a tal proposito l’art. 2348 c.c., in tema di s.p.a., e l’art. 2263 c.c., in tema di società personali – la possibilità di prevedere pattiziamente una diversa incidenza delle perdite della società su talune partecipazioni rispetto ad altre. Nessuna plausibile ragione pare possibile cogliere nel sistema normativo, affinché si debba ritenere vietato tale risultato anche nella s.r.l., la cui disciplina dovrebbe anzi caratterizzarsi, rispetto alla s.p.a., da un maggior grado di derogabilità rispetto al modello legale.

Ne consegue che, salvo il limite del patto leonino cui si fa menzione anche nella presente massima, è consentito all’autonomia negoziale prevedere sia le consuete forme di postergazione nelle perdite, sia le ulteriori possibili forme di

diversificazione dell'incidenza delle perdite sulle singole partecipazioni sociali (ad esempio determinando percentuali di incidenza diverse rispetto alle quote di capitale), configurandosi così, un'ipotesi di diritti "particolari", ai sensi del già menzionato art. 2468 c.c. (v. massima n. 39).

#### **MASSIMA N. 41**

#### **Modificazioni parziali di statuto contenente clausole in contrasto con norme imperative (art. 223 bis disp. att. c.c.)**

*Anche dopo il 30 settembre 2004 possono essere legittimamente deliberate modi-fiche statutarie pur senza avere prima o contestualmente rimosso dallo statuto le clausole nulle, ivi incluse quelle che siano divenute tali per contrasto con norme imperative introdotte dalla Riforma.*

*Il notaio può pertanto legittimamente allegare al verbale assembleare un testo di statuto aggiornato in conformità alla deliberazione assunta, ancorché contenente le preesistenti clausole in contrasto con la legge, ai fini del deposito al registro delle imprese, non trovando applicazione l'art. 223 bis, comma 6°, disp. att. c.c.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il 5° comma dell'art. 223 bis delle norme di attuazione e transitorie del Codice Civile, introdotto dalla legge di riforma, ha attribuito alle disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto adottate prima del 1° gennaio 2004 (data di entrata in vigore della riforma) e valide secondo la normativa vigente al momento della loro introduzione una ultrattività, anche se esse risultino in contrasto con disposizioni inderogabili del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, per il periodo intercorso tra il 1° gennaio e il 30 settembre 2004.

Conseguentemente a partire dal 1° ottobre 2004 tali disposizioni devono considerarsi improduttive di effetti in quanto affette da nullità sopravvenuta per contrarietà alla legge anche se non sono state soppresse o modificate a seguito di adeguamento statutario.

E' comunemente riconosciuto che il mancato adeguamento dello statuto entro il 30 settembre 2004 alle norme introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 non è causa per la società di sanzioni o di particolari conseguenze negative.

La sopravvenuta nullità delle clausole predette finisce per determinare una specie di "adeguamento automatico" sostanziale alla normativa introdotta dalla riforma.

Qualora l'assemblea straordinaria intenda modificare lo statuto vigente, la mancata eliminazione dallo statuto di disposizioni che ormai non possono più essere applicate non influisce sulla legittimità della deliberazione e non impedisce al notaio verbalizzante di richiedere l'iscrizione della delibera nel competente registro delle imprese.

Dalla riconosciuta legittimità della delibera che introduce modificazioni in statuti per i quali non si è provveduto o non si provvede all'adeguamento discende che, ai sensi dell'art. 2436, ultimo comma, c.c. si può depositare lo statuto aggiornato anche se esso contiene disposizioni ormai affette da nullità sopravvenuta.

Deve ritenersi lecita l'allegazione al verbale di assemblea del testo di tale statuto, finalizzata al deposito presso il registro delle imprese, purchè l'assemblea non abbia provveduto ad una riapprovazione dello statuto nella sua totalità.

Il sesto comma dell'art. 223 bis del Codice Civile, nella parte in cui prevede che dalla data del 1° gennaio 2004 non possono essere iscritte nel Registro delle Imprese Società di capitali, anche se costituite prima del 1° gennaio 2004, che siano regolate da atto costitutivo e statuto non conformi al d.lgs 17 gennaio 2003 n. 6, non impedisce il deposito di tali statuti non solo perché la norma citata è norma transitoria e comunque dettata con altra finalità, ma anche e soprattutto perché il divieto riguardava esclusivamente gli atti costitutivi e non i



verbali di assemblea anche se portanti l'integrale approvazione di un nuovo testo statutario.

#### **MASSIMA N. 42**

#### **Deroga dei quorum legali per le decisioni dei soci di s.r.l. artt. 2479 e 2479 bis c.c.)**

*Sono conformi alla legge le clausole statutarie che nella s.r.l. richiedano l'unanimità dei soci per l'adozione di decisioni assembleari ed extraassembleari.*

*Sono altresì conformi alla legge le clausole statutarie che stabiliscano quorum di-versi (più alti o più bassi) di quelli previsti dagli artt. 2479, comma 6°, e 2479 bis, com-ma 3°, c.c..*

#### **MOTIVAZIONE**

Gli artt. 2479, comma 6°, e 2479 bis, comma 3°, danno ampia libertà ai soci nel fissare nell'atto costitutivo il consenso necessario e sufficiente per l'adozione delle loro decisioni: siano esse prese in sede assembleare o extraassembleare. In tali ampi margini vi è posto tanto per la introduzione del principio di unanimità sia per singole decisioni, sia – in ipotesi di s.r.l. ad accentuata configurazione personalistica – per tut-te le decisioni, quanto per la fissazione di quorum superiori o inferiori a quelli dettati in via suppletiva dalla legge.

Contro il ricorso all'unanimità – ammessa dalla maggior parte dei commentato-ri della riforma – non valgono le tradizionali obiezioni (a) dell'essere ciò di ostacolo all'operatività della società e (b) dell'essere il principio di maggioranza connaturato alla natura collegiale delle decisioni.

Alla prima obiezione (a) si risponde che il legislatore non si preoccupa di assicurare l'operatività e il mantenimento in vita della s.r.l. a dispetto di una diversa volontà di alcuni soci e degli accordi formalizzati nell'atto costitutivo, come invece avvie-ne nella s.p.a.: solo in quest'ultima, e non anche nel primo tipo sociale, infatti, si im-pone un quorum inderogabile per l'assunzione delle decisioni "vitali" (nomina e revoca delle cariche sociali e approvazione del bilancio: cfr. art. 2369, comma 4°, c.c.).

Alla seconda obiezione (b) si replica:

- i) che il principio di maggioranza è un elemento naturale, non già essenziale, dei procedimenti collegiali, come - almeno nella s.r.l. - dimostra la previsione legale di delibere unanimi per la modifica (nonché, implicitamente, per la introduzione e per la soppressione) di diritti particolari del socio (art. 2468, comma 4°, c.c.);
- ii) che l'obiezione potrebbe, in tesi, valere soltanto per le decisioni collegiali, e dunque non in quelle adottate per consultazione scritta e per consenso espresso per iscritto: ma allora non si comprenderebbe perché la stessa decisione, che per scelta statutaria sia da prendere all'unanimità fuori dall'assemblea, in quest'ultima non possa essere condizionata al consenso unanime;
- iii) che è nota l'assoluta prevalenza, nella realtà economica, di s.r.l. composte da due/tre soci la cui interna maggioranza, o per necessità (due soci al 50%) o per scelta di quorum ad hoc, è tale soltanto in apparenza, ma richiede di fatto l'unanimità.

#### **MASSIMA N. 43**

#### **Quorum deliberativo dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (art. 2369, comma 3, c.c.)**

*Il terzo comma dell'art. 2369 c.c. – nella parte in cui dispone che l'assemblea straordinaria di seconda convocazione è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e*

*delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea – mira a ridurre il quorum deliberativo previsto per la prima convocazione e non può in nessun caso portare ad un innalzamento dello stesso. Conseguentemente, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, deve ritenersi comunque sufficiente in seconda convocazione una maggioranza pari ad oltre la metà del capitale sociale, quand'anche essa non raggiungesse i due terzi del capitale presente in assemblea.*

#### **MOTIVAZIONE**

La convocazione dell'assemblea in seconda convocazione costituisce un obbligo per gli amministratori e ha come necessario presupposto che, sugli argomenti posti all'ordine del giorno dell'assemblea di prima convocazione, non sia stato possibile deliberare.

Il legislatore per favorire il funzionamento della società, che non ha potuto deliberare in prima convocazione perché i presenti non rappresentavano la quota di capitale richiesta per la regolare costituzione della società o perché i voti a favore non hanno raggiunto il quorum deliberativo previsto dalla legge, prevede nuove regole relative ai quorum deliberativi e/o costitutivi.

Talvolta le regole di calcolo dettate dal legislatore sono omogenee a quelle previste per la prima convocazione (è il caso dei quorum costitutivi previsti per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio in cui varia solo la percentuale di presenze richieste che scende dalla metà a “oltre il terzo”), tal altra vengono adottate regole di calcolo non omogenee (è il caso dei quorum richiesti per le assemblee straordinarie in cui in prima convocazione è previsto solo un quorum deliberativo (“più della metà del capitale sociale”), mentre in seconda convocazione è richiesto un quorum costitutivo (“oltre un terzo del capitale sociale”) e un quorum deliberativo commisurato non al capitale sociale ma alla quota di capitale rappresentata in assemblea (“almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea”).

Quest'ultima regola, se applicata senza tener conto degli scopi previsti dal legislatore con la previsione della seconda convocazione, porterebbe, in certi casi, al risultato di elevare in seconda convocazione i quorum richiesti per la prima (se ad esempio alla assemblea straordinaria di seconda convocazione fossero intervenuti tutti i soci il quorum deliberativo richiesto risulterebbe dei 2/3 dell'intero capitale sociale e cioè di oltre il 66,6 per cento!)

Una interpretazione teleologica della norma che faccia leva sulla funzione dell'assemblea di seconda convocazione porta ad escludere tale conclusione.

Infatti non può attribuirsi alla previsione del terzo comma dell'art. 2369 C.C. nella parte in cui prevede, per le società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il quorum deliberativo previsto per la assemblea straordinaria di seconda convocazione (due terzi della quota di capitale rappresentata in assemblea), la funzione di avere introdotto una “minoranza di blocco” che subordinerebbe l'assunzione della deliberazione alla inesistenza di una minoranza contraria di oltre un terzo perché una tale previsione, per avere un senso, dovrebbe riguardare anche il quorum deliberativo richiesto per la prima convocazione, altrimenti la maggioranza che non può deliberare in seconda finirebbe per deliberare sempre in prima convocazione.

Le conclusioni raggiunte trovano poi conferma nella disposizione del quinto comma dell'art. 2441 C.C. che nel prevedere la possibilità che, quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale prevede, per l'assunzione di questa delibera, un quorum deliberativo di prima e seconda convocazione pari a “oltre la metà del capitale sociale”.

Ciò dimostra che per l'assunzione di deliberazioni di assemblee straordinarie di seconda convocazione diverse dalla esclusione del diritto di opzione e sicuramente meno rilevanti per gli interessi degli azionisti di minoranza il legislatore non può avere voluto richiedere, nel caso di rilevante partecipazione

dei soci, maggioranze maggiori di quelle richieste per l'assemblea in prima convocazione.

#### **MASSIMA N. 44**

#### **Quorum deliberativo rafforzato dell'assemblea straordinaria di s.p.a. in seconda convocazione (art. 2369, comma 5, c.c.)**

*Il quinto comma dell'art. 2369 c.c. – nella parte in cui prevede che nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti le materie ivi specificate – va coordinato con il terzo comma dello stesso articolo e quindi va inteso nel senso che la maggioranza richiesta anche in seconda convocazione deve essere pari: (i) ad almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea, nonché; (ii) a più di un terzo del capitale sociale; fermo restando che il quorum non potrà mai superare quello stabilito, dalla legge o dallo statuto, per la prima convocazione.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il quinto comma dell'art. 2365 c.c. si riferisce alle sole s.p.a. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ed identifica tra le deliberazioni di competenza dell'assemblea straordinaria alcune materie considerate dal legislatore di particolare importanza (cambiamento dell'oggetto sociale, trasformazione della società, scioglimento anticipato, proroga della durata, revoca della liquidazione, trasferimento della sede sociale all'estero e emissione di azioni privilegiate) per la cui adozione è richiesto, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale.

La maggioranza richiesta ("più di un terzo") determina una riduzione del quorum deliberativo previsto per la prima convocazione (da "più della metà" a "più di un terzo"), e un possibile innalzamento del quorum previsto per la seconda convocazione (qui la base di calcolo del quorum deliberativo non è omogenea).

Quindi in seconda convocazione le delibere attinenti alle materie sopra ricordate non potranno considerarsi adottate qualora siano state approvate dai due terzi dei presenti se i voti a favore non siano risultati comunque superiori al terzo dell'intero capitale sociale.

L'interpretazione teleologica dalla norma esclude però che attraverso tale norma sia possibile, in certi casi, diminuire il quorum deliberativo previsto dal terzo comma dell'art. 2369 c.c. per tutte le deliberazioni di competenza dell'assemblea straordinaria in seconda convocazione.

Quindi nel caso in cui sia intervenuto all'assemblea straordinaria di seconda convocazione che debba deliberare sugli argomenti sopra menzionati il 60% del capitale e la deliberazione abbia ricevuto l'approvazione del 35% di tutto il capitale sociale la deliberazione non potrà ritenersi approvata non avendo i voti favorevoli raggiunto i due terzi del capitale rappresentato in assemblea (40%) .

Il legislatore ha considerato le materie indicate nel quinto comma come materie più rilevanti delle altre di competenza dell'assemblea straordinaria (fa eccezione ovviamente la delibera di cui al quinto comma dell'art. 2441 c.c) e quindi ha previsto una percentuale minima di consensi superiore a quella che si avrebbe nel caso in cui all'assemblea di seconda convocazione fosse intervenuto poco più di un terzo del capitale.

La ratio della disposizione esclude però che la prescrizione del quinto comma possa portare a diminuire, nel caso di assemblea particolarmente partecipata, il quorum stesso.

Quindi il quinto comma della norma in esame va letto nel senso di ritenere che per le materie ivi indicate la delibera si intende approvata in seconda convocazione solo se essa è stata approvata dai due terzi del capitale intervenuto sempre che si sia superato il terzo del capitale. Resta inteso che comunque il quorum richiesto, salvo diversa previsione dello statuto, non potrà mai superare il 50% più uno dell'intero capitale sociale stante quanto illustrato nella massima relativa al terzo comma predetto.

#### **MASSIMA N. 45**

#### **Tempi e regole per la formazione del verbale di assemblea (art. 2375 c.c.)**

*La verbalizzazione dell'assemblea interviene in un tempo successivo alla conclusione dei lavori assembleari e non deve necessariamente essere fatta subito dopo lo scioglimento dell'assemblea, fermo restando che la verbalizzazione dovrà avvenire nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione delle deliberazioni assembleari.*

*Il verbale per atto notarile deve essere iscritto nel repertorio del notaio verbalizzante nel giorno della sua redazione e non in quello in cui si è tenuta l'assemblea.*

*La funzione del verbale e la valutazione degli interessi tutelati da una corretta verbalizzazione inducono a ritenere che il verbale redatto da notaio possa essere sottoscritto dal solo notaio verbalizzante e che non sia richiesta a pena di invalidità la sottoscrizione del presidente dell'assemblea.*

*Pertanto, in ordine alla nullità delle deliberazioni assembleari per mancanza di verbalizzazione, va precisato che non si considera mancante il verbale se esso, oltre a contenere la data della deliberazione e il suo oggetto, sia sottoscritto dal presidente dell'assemblea o dal presidente del consiglio di amministrazione o dal presidente del consiglio di sorveglianza e dal segretario nel caso di verbale redatto per atto privato ovvero dal solo notaio nel caso di verbale redatto per atto pubblico.*

*L'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale viene sanata da una verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva. La nozione stessa di verbalizzazione richiede però che il soggetto che redige il documento verbale (sia esso un atto privato o un atto notarile) sia stato presente all'assemblea il cui svolgimento viene documentato con il verbale.*

*La specificità del verbale di assemblea induce a ritenere non applicabili al documento notarile alcune delle prescrizioni dettate dall'art. 47 all'art. 59 della legge notarile (16.2.1913 n. 89) con particolare riferimento alla necessità dell'assistenza dei testimoni o della rinuncia agli stessi (art. 50 legge notarile), e a quella della lettura dell'atto al presidente o all'assemblea. Nel caso in cui gli interventi in assemblea siano svolti in una lingua non compresa dal verbalizzante, essi dovranno essere tradotti in modo da assicurare al soggetto verbalizzante la comprensione dell'intervento, senza però vincoli formali, non applicandosi al verbale gli artt. 55, 56 e 57 della legge notarile.*

#### **MOTIVAZIONE**

E' da tempo acquisito che il resoconto del fatto assembleare, da realizzarsi con il confezionamento del verbale, non può che avvenire dopo l'esaurimento del fatto stesso: durante lo svolgimento dell'assemblea, infatti, l'autore del verbale non può che impegnarsi nella accurata percezione degli avvenimenti e, tutt'al più,

specie là dove non vi sia l'ausilio di registrazioni audio/video, nella stesura di semplici appunti, che – senza distrarre l'attenzione del verbalizzante – ne aiutino la memoria nella successiva fase di redazione di un verbale preciso e fedele, cioè immune da vizi di incompletezza e di inesattezza (e v. per la s.p.a. l'art. 2377, comma 5°, n. 3 c.c., norma richiamata nella s.r.l. dall'art. 2479 ter, comma 4°, c.c.).

E' altrettanto acquisito che proprio a tale ultimo fine non necessariamente occorre procedere alla stesura del verbale subito dopo la conclusione dei lavori assembleari. Possono, infatti, ricorrere necessità materiali e contingenti o ragioni di opportunità connesse alla complessità del fatto assembleare le quali inducano l'autore del verbale a posticiparne il confezionamento ad altro momento più adatto, nella stessa o in successive giornate (si pensi a: assemblee che si concludono ad ora tarda e/o in condizioni di stress dei soggetti a cui spetta la redazione/sottoscrizione del verbale e/o a ridosso di impegni precedentemente assunti dai medesimi soggetti; necessità o opportunità di visionare/ascoltare le registrazioni dell'assemblea ovvero di esaminare documenti connessi ad interventi da verbalizzare, la cui esatta comprensione e sintesi in atto non può prescindere dal contenuto dei documenti a cui gli interventi si riferiscono; ecc.).

Il nuovo testo dell'art. 2375 c.c., nel comma terzo (applicabile alla s.r.l. pur nel difetto di esplicito richiamo, stante la ricorrenza di uguali esigenze e presupposti, anche alla luce della elaborazione dottrinale precedente alla riforma), esplicita ora la liceità del verbale non contestuale e pone al suo autore il solo obbligo di procedervi "senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione": formula da interpretarsi nel senso che – là dove il verbale sia soggetto a deposito e/o a pubblicazione – il rispetto dei termini per questi ultimi adempimenti garantisce l'assenza di ritardo (ove invece non ricorrano gli adempimenti citati, il giudizio sulla tempestività del verbale ha, come unici parametri di riferimento, la complessità del fatto assembleare che ne è oggetto e/o il protrarsi di eventuali ostacoli materiali al perfezionamento del verbale).

Quanto sopra, peraltro, non esclude che, per un verso, quantunque il verbale sia tecnicamente ineccepibile, un ingiustificato posticipo della sua redazione pur nell'ambito dei termini utili per gli adempimenti possa essere fonte di danni risarcibili, e che, per altro verso, un verbale tardivo, cioè successivo alla scadenza di quei termini, sia un valido verbale, in quanto idoneo – se perfezionato prima della successiva assemblea – ad evitare la nullità della deliberazione per mancanza del verbale ai sensi dell'art. 2379 bis, comma 2°, c.c. (richiamato nella s.r.l. dall'art. 2479 ter, comma 4°, c.c.).

Merita tuttavia specificare che detto verbale tardivo - utile anche a sanare l'invalidità della delibera in conseguenza di un primo verbale da ritenersi mancante perché privo di uno degli elementi indicati nell'art. 2379, comma 3°, c.c., o da ritenersi incompleto o inesatto al punto da impedire l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione ex art. 2377, comma 5°, n. 3 c.c. – non può che essere redatto da soggetto, dotato dei poteri e della legittimazione di volta in volta necessari, personalmente (se del caso, anche con l'ausilio di mezzi telematici) presente alla riunione assembleare: ciò in quanto l'essenza del verbale assembleare rimane legata alla percezione diretta dell'evento da parte di chi ne offre il racconto.

In ogni caso non è dato desumere dalle norme dettate né dai principi in materia, e pertanto non sussiste, l'obbligo del verbalizzante di esporre nel verbale le ragioni di una verbalizzazione non contestuale e non tardiva, e ciò in quanto questa appartiene alla fisiologia della documentazione assembleare.

Se il perfezionamento del verbale avviene in giorno diverso da quello in cui si è svolta la riunione, è necessario che dal verbale risultino sia la data in cui l'atto è stato redatto e sottoscritto (in osservanza di quanto disposto dall'art. 51, comma 2°, n. 1, legge notarile), sia la data in cui si è tenuta la riunione assembleare e sono state adottate le relative deliberazioni (nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2375, comma 1°, c.c.). E poiché l'iscrizione di un atto a repertorio va

effettuata in dipendenza della sua effettiva realizzazione e nel giorno in cui questa si verifica (art. 62 legge notarile), ne deriva che al fine di cui sopra rileva la data dell'atto e non quella dell'evento assembleare in esso documentato.

Proprio la (ora testualmente riconosciuta) liceità del verbale non contestuale accresce il rischio che il presidente dell'assemblea non possa sottoscriverlo a causa di eventi verificatisi tra la conclusione della riunione e la redazione del verbale. A tale impossibilità quasi mai può porsi sicuro rimedio attraverso la sottoscrizione del verbale da parte dei soggetti (presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza) menzionati, come alternativi al presidente dell'assemblea, nell'art. 2379, comma 3°, al fine di evitare la nullità della deliberazione per "mancanza del verbale": quei soggetti potrebbero del tutto mancare (per mancanza delle relative cariche, se la società ha un amministratore unico), coincidere con il presidente dell'assemblea (che normalmente è, per scelta statutaria, il presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza) o essere assenti in assemblea (ed è quantomeno dubbio che abbia valore giuridico la sottoscrizione di un soggetto che, in quanto assente, non è in grado di verificare l'esattezza e la completezza del verbale).

Quando il verbale è redatto con atto notarile, tuttavia, l'art. 2375, comma 1°, c.c. (ed ora anche l'art. 2379, comma 3°, c.c.), non diversamente da quanto avveniva prima della riforma, si presta ad essere letto – alla luce della "ratio" dell'intervento del notaio e della funzione dal medesimo svolta – nel senso della sufficienza della sottoscrizione notarile in ordine alla validità del verbale e della delibera. Si è infatti più volte osservato che la logica dell'intervento notarile nell'assemblea straordinaria è riposta nella garanzia di una ricostruzione documentale imparziale del fatto assembleare nell'interesse generale (della società, di tutti i soci, dei terzi variamente interessati), una ricostruzione documentale dotata dell'efficacia di piena prova che mal si presta ad essere condizionata nel suo venire ad esistenza e nella determinazione del suo contenuto da un soggetto tutt'altro che imparziale (in quanto nominato dai soci di maggioranza) quale di norma è il presidente dell'assemblea (e, ora, gli altri soggetti menzionati dall'art. 2379, comma 3°, c.c.). Donde la deduzione che il verbale notarile è in realtà un atto pubblico senza parte, nel senso che non vi è alcun soggetto (tanto meno l'assemblea complessivamente considerata, che in sostanza si risolverebbe nella sua interna maggioranza) che, a fatti svolti, possa "disporre" della relativa verbalizzazione notarile, impedendone la realizzazione (in assoluto o in modo non conforme ai propri desideri) attraverso la negazione della propria sottoscrizione. Il notaio incaricato della redazione del verbale ha perciò il potere/dovere di procedervi quand'anche il presidente dell'assemblea (o altro soggetto di cui all'art. 2379, comma 3°, c.c.) non possa o non voglia sottoscrivere il verbale, nel qual caso – alla luce della comune prassi di raccogliere la sottoscrizione del presidente – può ritenersi opportuno che si faccia menzione, nel verbale, delle cause della mancata sottoscrizione.

La individuazione nel verbale assembleare notarile di un atto pubblico senza parte – anche quando in esso si dia conto di dichiarazioni di natura negoziale rese in assemblea, se delle stesse si dia conto quali "fatti" accaduti in assemblea e non già allo scopo di rivestirle di una forma diversa da quella orale – comporta più in generale la non necessaria applicazione di quelle formalità che la legge notarile ricollega alla presenza di almeno una parte: dalla costituzione in atto del presidente dell'assemblea (o altro intervenuto), con conseguente verifica dell'identità e della legittimazione, alla assistenza dei testimoni o rinuncia agli stessi, dalla lettura dell'atto alla sottoscrizione del medesimo.

La mancanza di parti esclude altresì l'applicazione delle norme sulla nomina di interpreti di cui agli artt. 55, 56 e 57 legge notarile. Esiste, naturalmente, la necessità che gli interventi in assemblea vengano espressi in lingua comprensibile da parte del verbalizzante, che in caso contrario non potrebbe dare adeguato conto dello svolgimento dell'assemblea. Ma a ciò si può ovviare con qualsiasi sistema di traduzione che presenti un sufficiente grado di affidabilità. E null'altro va richiesto se non, tutt'al più, una indicazione in

verbale del sistema utilizzato per ottenere tale comprensibilità.

#### **MASSIMA N. 46**

#### **Tempi e regole per la formazione del verbale notarile di organi collegiali diversi dall'assemblea**

*Pur in assenza di un espresso richiamo legislativo si applicano alla verbalizzazione per atto notarile dell'adunanza e delle deliberazioni di organi collegiali diversi dall'assemblea le regole dettate per la redazione del verbale delle deliberazioni assembleari e quindi:*

*a) il verbale potrà essere redatto anche in un giorno successivo a quello della riunione purché nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione delle deliberazioni ivi documentate;*

*b) il verbale può essere sottoscritto dal solo notaio senza che sia richiesta a pena di invalidità la sottoscrizione del presidente del collegio;*

*c) il verbale deve essere iscritto nel repertorio del notaio verbalizzante nel giorno della sua redazione e non in quello in cui si è tenuta la riunione;*

*d) non sono applicabili le disposizioni della legge notarile relative sia alla necessità dell'assistenza dei testimoni o della rinuncia agli stessi sia alla necessità della lettura del documento al presidente del collegio;*

*e) nel caso in cui uno o più intervenuti abbiano compiuto interventi in lingua non compresa dal verbalizzante, tali interventi dovranno essere tradotti in modo da assicurare al soggetto verbalizzante la comprensione senza però vincoli formali, non risultando applicabili gli artt. 55, 56 e 57 della legge notarile.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'attuale normativa della s.p.a. prevede numerose fattispecie nelle quali è richiesta la verbalizzazione notarile, oltre al controllo notarile di legalità, di deliberazioni del consiglio di amministrazione nei sistemi tradizionale e monistico ovvero del consiglio di gestione nel sistema dualistico (nonché dei relativi comitati esecutivi in caso di delega di funzioni).

Si pensi: all'attribuzione statutaria di competenze in senso lato modificative dello statuto normalmente spettanti all'assemblea straordinaria, le quali nel sistema dualistico possono essere attribuite anche al consiglio di sorveglianza, nei casi previsti dall'art. 2365, comma 2°, c.c.; all'emissione di obbligazioni (art. 2410 c.c.) e di strumenti finanziari che condizionano tempi ed entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società (art. 2411, comma 3°, c.c.); all'emissione delegata di obbligazioni convertibili (art. 2420 ter c.c.); all'aumento delegato del capitale (art. 2443 c.c.); alla riduzione delegata del capitale per perdite nel caso previsto dall'art. 2446, comma 3°, c.c.; alla costituzione di patrimoni destinati "unilaterali" (art. 2447 ter e seguenti c.c.). Nella s.r.l. vanno ricordati gli analoghi casi dell'aumento delegato di capitale (art. 2481 c.c.), della riduzione delegata del capitale per perdite nell'ipotesi prevista dall'art. 2446, comma 3°, c.c. richiamato dall'art. 2482 bis, comma 6° c.c. e della fusione e scissione semplificate attribuite dall'atto costitutivo all'organo amministrativo (artt. 2505, comma 2°, c.c. e 2505 bis, comma 2°, c.c.).

Ciononostante in tema di s.p.a. nessuna disposizione è dedicata alla verbalizzazione delle delibere di tali organi, la cui necessità si inferisce – oltre che dai richiami all'art. 2436 c.c. nelle ipotesi sopra menzionate – dall'obbligo di tenuta dei libri delle adunanze e delle deliberazioni degli organi medesimi, i quali libri non potranno che contenere la trascrizione (o la diretta stesura, quando è possibile) dei verbali delle riunioni. Anche nella disciplina della s.r.l. manca una norma generale in materia; tuttora per l'aumento delegato di capitale l'art.

2481 c.c. richiede che la decisione degli amministratori risulti “da verbale redatto senza indugio da notaio”.

L'assenza di una normativa specifica nel campo in esame lascia aperta una lacuna da colmare attraverso lo strumento dell'analogia. E in effetti ricorrono tutti i presupposti perché si possano prelevare dalle disposizioni dettate per il verbale assembleare (artt. 2375 e 2371, comma 1°, c.c.) e dalla loro retta interpretazione (cfr. la massima n. 45) le regole da applicare al verbale dell'organo amministrativo, di gestione e di sorveglianza, almeno nei casi in cui è previsto l'intervento del notaio verbalizzante. Si tratta infatti di organi collegiali, che operano secondo un procedimento identico nelle sue fasi a quello assembleare e che presentano le stesse problematiche di documentazione, non costituendo differenze tali da impedire l'estensione analogica aspetti specifici quali l'inammissibilità di partecipazione dei membri alla riunione per mezzo di delega, gli obblighi di comportamento posti in capo ai membri portatori di interessi propri o il voto capitaro.

Conferma questa conclusione l'ampliamento delle cause di invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione a tutte le ipotesi di non conformità alla legge e allo statuto, con richiamo all'art. 2377 c.c., in quanto compatibile, per il caso di deliberazioni lesive dei diritti dei soci (art. 2388, comma 4°, c.c.): da ciò deriva la possibile invalidità delle deliberazioni consiliari per inesattezza o incompletezza del verbale nei casi previsti dall'art. 2377, comma 5°, n. 3 c.c.. Mancando, per contro, il richiamo dell'art. 2379 c.c., anche le ipotesi di mancanza del verbale che provocano la nullità delle deliberazioni assembleari sembrano confluire tra i casi di invalidità per non conformità alla legge di cui all'art. 2388, comma 4°, c.c.. Il che non esclude - ma anzi conferma a maggior ragione - l'ammissibilità di un verbale tardivo allo scopo di sanare una delibera consiliare invalida per verbale mancante, incompleto o inesatto.

Si può pertanto fare pieno rinvio alla motivazione della massima n. 45 per la giustificazione di quanto esposto nella presente massima, avendo cura di precisare che anche la verbalizzazione “senza indugio” di cui all'art. 2381 c.c. non può non essere interpretata, per coerenza sistematica e per la ricorrenza di una medesima “ratio”, come equivalente a verbalizzazione “senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito e di pubblicazione” di cui all'art. 2375, comma 3°, c.c.. Non avrebbe alcun fondamento logico normativo, infatti, il pensare che nella sola occasione dell'aumento di capitale delegato al consiglio di amministrazione nella s.r.l. si sia voluto pretendere una realizzazione del verbale in tempi più stretti rispetto a quanto in generale richiesto nella verbalizzazione assembleare di s.p.a. e s.r.l.

#### **MASSIMA N. 47**

#### **Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare modificazioni statutarie (art. 2365, comma 2°, c.c.)**

*La clausola statutaria che - ai sensi dell'art. 2365, comma 2°, c.c. - attribuisce alla competenza dell'organo amministrativo (o del consiglio di sorveglianza o del comitato di gestione) le deliberazioni ivi elencate, di normale spettanza dell'assemblea straordinaria, non determina la legittimazione esclusiva degli amministratori, salvo che lo statuto espressamente così disponga.*

*Pertanto, pur in mancanza di precisazioni intese a confermare la permanenza del relativo potere anche in capo all'assemblea straordinaria, quest'ultima potrà legittimamente deliberare sulle stesse materie.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il legislatore della riforma ha introdotto, all'articolo 2365, comma 2°, c.c., la previsione secondo cui "lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione" le



deliberazioni ine-renti un ampio spettro di materie, "normalmente" di competenza dell'assemblea stra-ordinaria.

Lo statuto – in aderenza ai confermati ed ampliati principi che danno rilievo all'autonomia statutaria – può certamente precisare se l'attribuzione ai sensi dell'articolo 2365, comma 2°, c.c. preclude o meno la persistenza della competenza deliberativa, sulle stesse materie, dell'assemblea.

Mancando una chiara indicazione statutaria, potrebbe dubitarsi della permanenza di una concorrente competenza assembleare sulla base di argomenti di natura letterale; in particolare dall'uso, nell'articolo in esame, dei termini attribuzione di "competenza", in luogo di "facoltà", dizione quest'ultima utilizzata nel caso di delega agli amministratori per l'aumento di capitale (articolo 2443 c.c.) o per l'emissione di obbligazioni convertibili (art. 2420 ter c.c.); ipotesi nelle quali, come noto, il dubbio circa la sussistenza di una concorrenza di competenze non si pone affatto.

Potrebbe ulteriormente deporre a favore di una legittimazione esclusiva degli amministratori l'osservazione secondo cui il permanere della competenza assembleare rischierebbe di produrre insorgenza di potenziali conflitti tra organo amministrativo e assemblea, con possibilità di deliberazioni contrastanti e contraddittorie.

Riguardo alla prima argomentazione, si può osservare come tale interpretazione letterale della nuova norma non solo è risolutiva, ma rischia anche di stravolgere la ratio stessa dell'articolo 2365, comma 2°, c.c. il cui fine è, come precisa la Relazione al testo della Riforma, quello di rendere più agevole il funzionamento della società. In altre parole, la disposizione normativa in esame non sembra tanto una norma di corporate governance (che prevede, cioè, una diversa ripartizione del potere endosocietario), quanto piuttosto una norma finalizzata a consentire una non obbligatoria semplificazione procedurale.

Non sembrerebbe preoccupare eccessivamente neppure la seconda argomentazione, secondo cui l'impostazione interpretativa della competenza assembleare concorrente potrebbe determinare un conflitto tra l'assemblea e gli amministratori. Sembra infatti congruo ricordare che la convocazione dell'assemblea è, per la quasi totalità dei casi, determinata dalla conforme deliberazione degli amministratori; e ciò sembra adeguatamente coniugarsi con l'interpretazione di una residua competenza assembleare sulle materie de qua, competenza che verrà stimolata (proprio) dall'organo amministrativo in tutti i casi in cui questo ne ravviserà l'opportunità: per esempio, in relazione al particolare peso di una concreta decisione astrattamente ricomprendibile nella delega, oppure allorché sia già necessaria la riunione dell'assemblea straordinaria per deliberare su un tema non delegato (si pensi alla modifica dell'oggetto sociale), e contestualmente si determini l'esigenza di trasferire la sede in altro comune; così operando, infatti, gli amministratori eviteranno di ricorrere alla redazione di due distinte verbalizzazioni (una consiliare, l'altra assembleare) in forma solenne, entrambe da assoggettare al controllo di legittimità di cui all'articolo 2436 c.c..

Del resto, non mancano ipotesi in cui lo stesso legislatore ha previsto competenze concorrenti, come nel caso dell'azione di responsabilità contro i consiglieri di gestione nel sistema dualistico, il cui esercizio spetta sia all'assemblea che al consiglio di sorveglianza (articolo 2409 decies, commi 1° e 2°, c.c.). Da queste fattispecie si può dedurre, oltre alla non rilevanza del paventato pericolo di conflitto endosocietario, anche la mancanza di un ostacolo di sistema o di principio all'esistenza di competenze concorrenti. A far propendere per la tesi della "competenza concorrente" concorrono ulteriori considerazioni, anche di natura pragmatica, attente alle possibili conseguenze applicative.

Si pensi alla previsione statutaria che, sulla base dell'articolo 2365 comma 2°, c.c. attribuisca agli amministratori la competenza sugli "adeguamenti dello statuto a disposizioni normative". L'articolo 2365, comma 2°, c.c. non distingue tra disposizioni normative inderogabili e derogabili, apparentemente consentendo, così, che sia attribuito agli amministratori un potere discrezionale

non indifferente. E' in realtà difficile concepire un così ampio spazio discrezionale degli amministratori, avendo presenti le attuali problematiche intese a tracciare la "mappa applicativa" delle maggioranze assembleari "semplificate" di cui all'articolo 223 bis disp. att. c.c., ed è quindi certamente preferibile ritenere che residui in capo all'assemblea il potere di adottare, comunque, deliberazioni su questa materia, naturalmente più probabili allorché si tratterà di adeguamento a norme non inderogabili.

Milita a favore della concorrente competenza assembleare anche la previsione dello stesso articolo 2365, comma 2°, c.c., in materia di attribuzione della legittimazione a deliberare le fusioni di società interamente possedute o possedute almeno al 90 %, di cui agli articoli 2505 e 2505 bis c.c.. La stessa legge, infatti, prevede addirittura la doverosità della delibera assembleare qualora ne faccia richiesta almeno il 5 % del capitale sociale.

L'impostazione del mantenimento della concorrenza assembleare meglio si accorda, infine, con il principio di economia degli atti giuridici. L'ipotesi di una competenza esclusiva in capo agli amministratori obbligherebbe, nel caso di volesse fare luogo alla delibera assembleare su materie delegate, alla convocazione di una prima assemblea, per deliberare esclusivamente la revoca dei poteri attribuiti all'organo amministrativo. Solo dopo l'efficacia di questa delibera (mediante iscrizione al registro imprese, ai sensi dell'articolo 2436 c.c.), l'assemblea, riacquistata la competenza, potrebbe finalmente deliberare sulle materie già delegate all'organo amministrativo; resta in altri termini evidente che è sempre possibile raggiungere il risultato dell'intervento assembleare sulle materie già delegate; solo che - negando una competenza concorrente dell'assemblea - il risultato sarebbe ottenibile a mezzo di un procedimento lungo e non giustificato.

#### **MASSIMA N. 48**

#### **Consiglio di amministrazione "totalitario"**

*E' lecita la previsione statutaria secondo la quale l'organo amministrativo di una s.p.a. o di una s.r.l. è validamente costituito non solo quando siano intervenuti, in mancanza di convocazione, tutti gli amministratori ed i sindaci in carica, ma anche quando sia intervenuta la maggioranza dei suoi componenti e tutti gli aventi diritto ad intervenire siano stati previamente informati della riunione anche senza le particolari formalità richieste in via ordinaria per la convocazione.*

#### **MOTIVAZIONE**

Come noto, il legislatore non disciplina le modalità di convocazione del consiglio di amministrazione.

Il legislatore non disciplina neppure (conseguentemente) la fattispecie di riunioni "totalitarie" dell'organo amministrativo collegiale, mentre in materia assembleare, come è noto, detta una disciplina (artt. 2366 e 2479 bis c.c.) in cui, in difetto di formale convocazione, non è comunque necessaria la partecipazione di tutti gli amministratori e sindaci.

Dottrina e giurisprudenza dominanti hanno da tempo affermato la libertà di forme nella convocazione dell'organo amministrativo collegiale e quindi anche la liceità di una convocazione "per le vie brevi" ossia in forma telefonica, orale ecc., purché ovviamente, pare doveroso precisare, non fosse altro in relazione ai principi generali di buona fede e correttezza, si tratti di comunicazioni che effettivamente raggiungano il destinatario e vi sia un preavviso idoneo nel caso concreto a consentire la partecipazione alla riunione.

In tale contesto, pare legittima la previsione statutaria secondo la quale l'organo amministrativo è validamente costituito anche in assenza di particolari formalità richieste in via ordinaria per la convocazione allorché tutti gli aventi diritto ad intervenire o comunque ad assistere alla adunanza siano stati previamente

(vale a dire, secondo i principi di buona fede e correttezza con adeguato limite di tempo) informati e comunque partecipi alla riunione la maggioranza di amministratori e sindaci in carica.

In siffatta ipotesi infatti in sostanza lo statuto non fa altro che legittimare, come è possibile, se pure in via subordinata (o in particolare fattispecie d'urgenza che lo statuto stesso potrebbe anche meglio specificare) la convocazione del consiglio senza particolari forme purché idonee a raggiungere lo scopo informativo.

Non rappresenta un ostacolo a siffatta conclusione la circostanza che la preventiva, seppure informale, convocazione non sia stata accompagnata dalla distribuzione di materiali idonei ad assicurare adeguate informazioni non solo sulla riunione, ma anche sugli argomenti da trattare.

Anche a tal proposito un radicato e risalente orientamento maggioritario ritiene che, dovendo per definizione gli amministratori essere informati sulle vicende societarie (e si veda ora l'art. 2381, ultimo comma, c.c.), non sia essenziale al processo deliberativo la fissazione di un dettagliato ordine del giorno e la distribuzione di materiali informativi in via preventiva.

La riforma (art. 2381, 1° comma, c.c.) oggi in verità tipizza un procedimento deliberativo dell'organo amministrativo caratterizzato da una preventiva adeguata informativa. Ma la norma è espressamente derogabile. Ed una deroga potrebbe proprio verificarsi nell'ipotesi di consiglio totalitario (anche se concettualmente l'assenza dell'utilizzo di mezzi informali di convocazione non è affatto poi inconciliabile con una informativa preventiva sul merito degli argomenti da trattare).

#### **MASSIMA N. 49**

#### **Consiglio di amministrazione composto da due membri**

*Quando lo statuto stabilisce che il consiglio è composto da due amministratori - o da un numero di amministratori variabile da un minimo di due ad un massimo determinato ovvero, nella s.r.l., da due o più amministratori - si ritiene legittima la clausola che prevede la nomina anche di un solo consigliere delegato (o che disciplina, anche in via generale, la delega dei poteri) senza la contestuale previsione della decadenza dell'intero consiglio in caso di disaccordo sulla revoca del consigliere delegato.*

#### **MOTIVAZIONE**

La massima nasce dal riesame critico dell'orientamento espresso (nel 1972) dal tribunale di Milano, che qui si riporta: "E' reputato legittimo il collegio di due amministratori, ma in tale caso non si reputa legittima la previsione della nomina nemmeno di un solo consigliere delegato, salvo che non si preveda contestualmente la decadenza degli amministratori dall'ufficio in caso di disaccordo per la revoca del consigliere delegato".

E' noto che, nella prassi, tale orientamento ha determinato l'introduzione di clausole statutarie che riproducono più o meno pedissequamente il principio enunciato.

La massima giurisprudenziale in questione non risulta motivata: è ragionevole ritenere che intenda tutelare sia l'interesse particolare dei soci a vedere (ri)attribuita alla propria competenza la soluzione del dissenso sia l'interesse generale alla corretta gestione della società, che potrebbe essere compromesso dal perdurare della delega di poteri attribuita ad un solo consigliere quando, in un consiglio composto da due amministratori, si manifesti un dissidio tale da comportare, come effetto naturale, la revoca dell'amministratore delegato; revoca, nella fattispecie, impossibile e quindi di fatto imposta dal principio giurisprudenziale attraverso la previsione obbligatoria della decadenza di entrambi gli amministratori.

Sul piano degli interessi, la valutazione operata dal tribunale di Milano è ancor oggi condivisibile: appare invece meno convincente la sanzione di illegittimità che, se-condo la massima citata, colpisce la clausola statutaria che non dispone, quando il consiglio è composto di due amministratori, la decadenza di entrambi in caso di disaccordo sulla revoca del consigliere delegato.

In via preliminare, dobbiamo riconoscere che la particolare ipotesi considerata non appare di rilevanza o gravità maggiore rispetto ad altre in cui la divergenza del vo-to dei singoli amministratori in un consiglio di due membri (od anche in un consiglio composto da un numero pari di amministratori) può comportare l'impossibilità di fun-zionamento dell'organo di gestione; si pensi anche all'ipotesi - diversa, ma più evidente - dell'unico amministratore di una società composta da due soci paritetici.

Quanto agli interessi tutelati è possibile rilevare:

(i) che la decadenza dalla carica dell'intero organo amministrativo viene im-po-sta dalla massima citata quasi in base ad una sorta di "interpretazione autentica" della (presumibile) volontà dei soci e quindi impedisce - attraverso la declaratoria di illegittimità della clausola difforme dal principio enunciato - la regolamentazione statuta-ria di eventuali diversi interessi dei soci stessi, pur meritevoli di tutela: ad esempio nel caso in cui i soci abbiano inteso consentire in ogni caso il perdurare della carica e del-la delega in capo ad un determinato amministratore per il numero di esercizi sociali (nella s.p.a.) o per il periodo di tempo (nella s.r.l.) previsti all'atto della sua nomina;

(ii) che l'attività gestoria deve comunque essere conforme ai generali principi di correttezza e legalità e che all'esercizio della stessa corrispondono specifiche norme che prevedono e disciplinano la responsabilità degli amministratori.

Le considerazioni sopra espone e, soprattutto, l'ampio rilievo attribuito dalla Riforma all'autonomia negoziale, consentono di ritenere non più vincolante l'indicazione fornita dal tribunale di Milano nella massima citata, nel senso che, qualora sia previsto un consiglio composto anche da due amministratori, sarà possibile e legittima, ma non obbligatoria, la conseguente previsione della decadenza degli amministratori in caso di disaccordo sulla revoca del consigliere delegato.

Giova infine notare che, in tutte le ipotesi in cui il numero paritario degli am-ministratori può comportare dissensi paralizzanti o insuperabili difficoltà gestorie, l'interesse dei soci potrebbe essere meglio tutelato mediante il ricorso in via generale (e non solo nella specifica ipotesi della revoca del consigliere delegato) alle ben note clau-sole "simul stabunt simul cadent" che prevedono la decadenza di tutti gli amministra-tori quando venga meno anche uno solo di essi.

## **MASSIMA N. 50**

### **Delega per la costituzione di patrimoni destinati (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)**

*La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, ai sensi dell'art. 2447 bis, lettera a c.c., può formare oggetto di delega ad uno o più amministratori od al comitato esecutivo ai sensi dell'art. 2381 c.c..*

## **MOTIVAZIONE**

In prima istanza si rileva che nessuna norma di legge vieta espressamente che formi oggetto di delega ad un amministratore (ai sensi dell'art. 2381 c.c.) la deliberazione di costituzione di patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 bis, lettera a), c.c..

Di converso, potrebbe pretendersi di individuare ragioni ostative alla delega nella particolare incidenza - sulla struttura patrimoniale della società - della costituzione di patrimoni separati, rispetto alla quale l'agire di un delegato sarebbe inadeguato.

In realtà, questa incidenza non può essere considerata impeditiva della delega, avuto riguardo a principi di interpretazione sistematica.

E' infatti necessario considerare la "confinante" materia del finanziamento destinato ad uno specifico affare (art. 2447 decies c.c.).

Malgrado le diversità strutturali correnti tra patrimonio e finanziamento destinati, non si possono disconoscere le numerose affinità, anche in punto di responsabilità patrimoniale (in entrambi i casi si determina infatti formazione di patrimoni separati), tra i due istituti.

Orbene, non è dubbio che, trovando il finanziamento destinato ad uno specifico affare origine in un contratto, la relativa competenza sia normalmente rimettibile all'ambito dei poteri di un amministratore delegato, vale a dire il legale rappresentante che in concreto - munito degli occorrenti poteri in forza di idonea preventiva delibera consiliare - procede alla sottoscrizione del contratto. Non sembra peraltro rinvenirsi nella legge traccia alcuna in merito al dettaglio di tale delega; tutte le specifiche indicazioni di cui all'art. 2447 decies, 2° comma, c.c. sono infatti inerenti al contenuto contrattuale, non già a quello deliberativo.

Nulla sembrerebbe quindi impedire che il contratto possa scaturire da una delega anche continuativa, purchè opportunamente ampia.

Se così è, non si vede perchè mai si dovrebbe concludere diversamente - in assenza di elementi preclusivi - a riguardo della costituzione del patrimonio destinato di cui alla lettera a) dell'art. 2447 bis c.c..

L'argomento favorevole sopra indicato (assenza, nella legge, di un espresso divieto di delega), senz'altro pregiudiziale ad una soluzione positiva del quesito, va tutta-via considerato in una con ulteriori elementi interpretativi, che appaiono parimenti di conforto alla soluzione liberale.

In primo luogo, non sembra potersi sopravvalutare - nel senso di un'interpretazione restrittiva - il frequente utilizzo, in relazione al momento costitutivo del patrimonio destinato, dal termine "deliberazione" che sembrerebbe presupporre competenza collegiale (si vedano l'art. 2447 ter, c.c. in rubrica ed ai commi 1° e 2°; l'art. 2447 qua-ter, comma 1°, c.c.; l'art. 2447 quinquies, comma 3°, c.c.; l'art. 2447 septies, comma 4°, c.c.).

Il ritenere diversamente proverebbe troppo, giacchè porterebbe a ritenere non compatibile l'istituto con l'affidamento dell'amministrazione sociale ad un amministratore unico. Inoltre, anche in presenza di organo amministrativo collegiale, è evidente che tutto quanto lecitamente delegabile dallo stesso forma appunto - principalmente e cioè in via preliminare - oggetto di deliberazione.

Il ripetuto riferimento quindi, da parte del legislatore delegato, all'assunzione di una "deliberazione" non può valere ad affermare la necessaria collegialità (e, comunque, non sarebbe di per sé impeditivo di delega ad un comitato esecutivo, il che dimostra viepiù l'inattendibilità dell'argomento).

Nè autorizza verso questa ipotetica collegialità il riferimento ad una "normale" competenza del consiglio di amministrazione, accompagnata dalla previsione di un quorum deliberativo particolare (cfr art. 2447 ter, ultimo comma, c.c.).

Il richiamo al "consiglio" si spiega, secondo l'interpretazione che appare più probabile, proprio in ordine allo speciale quorum deliberativo rafforzato richiesto dalla norma (maggioranza assoluta dei membri); e la delega ad uno dei membri del consiglio rientra tra i possibili contenuti della "diversa disposizione dello statuto", espressa-mente consentita dalla norma stessa.

In altre parole, la disposizione intenderebbe rimarcare che, là dove l'organo amministrativo sia collegiale (e la competenza non sia attribuita dallo statuto all'assemblea):

i) la deliberazione costitutiva ovvero quella che attribuisse ad un amministratore delegato il potere costitutivo debba essere sorretta dal quorum rafforzato ivi indicato (salvo che con diversa clausola statutaria si stabilisca, al riguardo, un diverso quorum deliberativo in consiglio, più alto o più basso di quello di legge); e che:

ii) al fine di integrare la "diversa disposizione statutaria" ivi prevista, la possibilità di delega sul punto potrebbe opportunamente essere precisata dallo statuto, potendosi dubitare della adeguatezza, a tale fine, della generica clausola

autorizzativa al-la nomina di amministratori delegati, solitamente presente negli statuti societari.

In conclusione, non sembrano constare ragioni per escludere che il consiglio di amministrazione o di gestione possano delegare ad uno o più dei loro componenti le determinazioni di cui all'art. 2447 bis, lettera a), c.c.; appare tuttavia opportuno che questa delega:

- sia consentita espressamente dallo statuto sociale;
- venga rilasciata dall'organo di amministrazione collegiale con il quorum "rafforzato" previsto dalla legge (ovvero con la diversa maggioranza prevista dallo statuto, per tale deliberazione).

## **MASSIMA N. 51**

### **Predeterminazione del valore delle azioni in caso di deliberazioni che attribuiscono diritto di recesso (art. 2437 ter c.c.)**

*L'attribuzione ai soci del diritto a conoscere la determinazione del valore delle azioni (da farsi dagli amministratori sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile) di cui all'art. 2437 ter, comma 5°, c.c. è posta nell'interesse di quei soci che, non avendo concorso all'approvazione della delibera che attribuisce il diritto di recesso, intendano esercitarlo conoscendo il valore attribuito dall'organo amministrativo alla loro partecipazione, tenuto conto:*

- a) della impossibilità di revocare la dichiarazione di recesso una volta che questa sia stata comunicata alla società;*
- b) dell'onere posto a carico del socio recedente di contestare tale determinazione di valore contestualmente alla dichiarazione di recesso. Conseguentemente la previsione di cui all'art. 2437 ter c.c. non trova applicazione o deve comunque ritenersi rispettata:*
  - in caso di approvazione alla unanimità della delibera che legittima il recesso;*
  - nel caso in cui i soci che non concorrono alla approvazione di una delibera che legittima al recesso abbiano espressamente o tacitamente rinunciato al diritto di conoscere preventivamente il valore delle azioni;*
  - nel caso in cui la delibera sia stata assunta sotto condizione risolutiva espressa dell'esercizio del diritto di recesso.*

## **MOTIVAZIONE**

L'art. 2437 ter c.c. disciplina i "criteri di determinazione del valore delle azioni" nel caso in cui occorra liquidarne il valore in caso di recesso.

In particolare tale norma, al secondo comma, attribuisce la competenza per la determinazione "agli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile" e stabilisce i criteri a cui ci si deve attenere (commi 2°, 3°, 4°).

La norma, al quinto comma, attribuisce altresì ai soci il diritto:

- di conoscere la determinazione del valore di cui sopra nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea;
- di prendere visione e di ottenerne copia a proprie spese.

Nell'interpretazione di questa norma occorre considerare le modifiche apportate, nel testo definitivo, alla formulazione contenuta nello schema di decreto approvato con preliminare deliberazione del consiglio dei ministri il 30 settembre 2002 che

(a) ha introdotto ex novo il quinto comma sopra ricordato in sostituzione di un comma, ora soppresso, del seguente tenore:

"la documentazione di cui al precedente terzo comma è depositata presso la sede della società nei quindici giorni precedenti la data fissata per l'assemblea e

deve rimanere fino alla decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso; ciascun socio ha diritto di prenderne visione e di ottenere copia a proprie spese.";

(b) ha sostituito al comma sesto la formulazione "in caso di contestazione il valore di liquidazione è determinato entro tre mesi dell'esercizio del diritto di recesso ... " con la seguente "in caso di contestazione da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso, il valore di liquidazione è determinato entro novanta giorni ... ".

La soppressione di cui sopra, accompagnata dalla introduzione del comma qui commentato, induce a ritenere che la determinazione del valore di cui si è detto non è più un elemento del procedimento che deve sempre essere rispettato, ma che tale determinazione è esclusivamente correlata al diritto del socio di chiedere tale valore.

Questo diritto appare posto nell'esclusivo interesse (disponibile) di quei soci che, intendendo esercitare il diritto di recesso, vogliono altresì conoscere il valore che l'organo amministrativo attribuisce alla loro partecipazione, tenuto conto della irrevocabilità della dichiarazione di recesso una volta comunicata.

Inoltre, l'inserzione operata nell'ultimo comma dopo le parole "in caso di contestazione" della proposizione "da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso", se da un lato dimostra che il legislatore ha altresì voluto porre al socio recedente un termine di decadenza alla possibilità di contestare il valore da liquidare, dall'altro conferma la correlazione tra "l'esercizio del recesso" e la conoscenza della "preventiva determinazione del valore da parte degli amministratori" dal momento che il socio recedente, per potere tempestivamente contestare il valore determinato ai sensi del secondo comma dell'articolo in esame, deve conoscerlo al momento dell'esercizio del recesso.

Da ciò discende che, nel caso in cui tutti i soci abbiano concorso alla approvazione della delibera, l'eventuale mancanza di determinazione del valore non incide sulla regolarità del procedimento assembleare.

Ad analoga conclusione si deve giungere anche nel caso in cui tutti i soci abbiano rinunciato al diritto di conoscere la determinazione del valore o non lo abbiano chiesto, anche se poi in sede assembleare non abbiano concorso alla formazione della deliberazione, abbiano essi, poi, esercitato o meno il diritto di recesso.

La finalità perseguita dal legislatore porta altresì a ritenere che nel caso in cui la deliberazione che legittima al recesso sia stata assunta sotto l'espressa condizione risolutiva dell'esercizio del diritto di recesso, la determinazione del valore delle azioni diviene irrilevante, essendosi attribuito al socio che non ha concorso alla formazione della deliberazione il più pregnante diritto di rendere inefficace la deliberazione assunta.

In tal caso infatti delle due l'una: o nessun socio esercita il diritto di recesso ed allora non occorre procedere ad alcuna quantificazione o viene esercitato tale diritto ed allora la deliberazione diviene inefficace per avveramento della condizione risolutiva e non si rende necessario procedere a quantificazioni di sorta.

Ma le modifiche apportate dal legislatore sembrano fondare una più radicale interpretazione della norma in base alla quale eventuali violazioni del diritto del socio a conoscere preventivamente il valore attribuito alle azioni non incidono sulla validità della delibera, ma incidono solo sulla successiva previsione di un termine di decadenza alla facoltà del socio di contestare la valutazione. In assenza cioè di una predeterminazione di valore da parte degli amministratori, il socio recedente potrà contestare nel merito la tardiva determinazione di valore senza dovere rispettare il termine di decadenza sopra citato.

Inoltre, sempre nell'ottica di tutela del socio recedente, sembra doversi ammettere per il socio che ha dichiarato di recedere senza potere conoscere tempestivamente il valore delle sue azioni un diritto a revocare la propria dichiarazione di recesso.

La ratio della norma, ricostruita alla luce delle modificazioni apportate al testo normativo, sembra realizzarsi meglio con la qui affermata inapplicabilità del

termine di decadenza sopra citato e con la postulata revocabilità della dichiarazione di recesso, piuttosto che con una ricostruzione della violazione del quinto comma dell'articolo citato come violazione del procedimento di formazione della deliberazione, contro la quale l'unico rimedio concesso al socio che intende recedere sarebbe solo l'impugnazione della deliberazione.

## **MASSIMA N. 52**

### **Combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea (artt. 2500 septies e ss. c.c.)**

*E' legittima la combinazione del procedimento di fusione (o scissione) con quello di trasformazione eterogenea a condizione che, nell'ambito del procedimento complesso che in tal modo si pone in essere, sia verificata la ricorrenza dei presupposti e sia data puntuale esecuzione agli adempimenti pubblicitari stabiliti tanto per la trasformazione quanto per la fusione (o scissione).*

#### **MOTIVAZIONE**

Ogni volta che ad una fusione (o scissione) partecipa un soggetto avente forma diversa da quella del soggetto (o da uno dei soggetti) risultante dalla operazione, ciò implica, la sua trasformazione (se del caso parziale).

Nella ricerca dei confini entro cui tale fenomeno può considerarsi legittimo, è ragionevole affermare che, in linea di principio, la fusione (o scissione) tra soggetti diversi è ammessa nella misura in cui è ammessa la trasformazione.

Sul piano pratico, peraltro, fusione e scissione trasformativa perseguono scopi apprezzabili. Realizzano un'economia, in quanto sono alternative alla sequenza procedimentale, sicuramente lecita, che vede la trasformazione precedere la fusione (o scissione) e realizzano l'opportunità di consentire al soggetto, che dalla fusione (o scissione) uscirà trasformato, di mantenere, sino al compimento della vicenda, la propria forma.

Sui confini delle fusioni/scissioni trasformative la riforma ha inciso in modo significativo.

Nel vigore della legislazione previgente, infatti, il requisito della eterogeneità, estraneo alla trasformazione, era normalmente riferito a operazioni di fusione e scissione cui partecipassero

- società costituite secondo tipi diversi (società di capitali e società di persone);
- società causalmente diverse (società lucrative, società consortili, società cooperative).

Nel codice novellato, l'aggettivo eterogeneo è riferito (artt. 2500 septies, 2500 octies e 2500 novies c.c.) alla trasformazione (di consorzi, società consortili, associazioni, fondazioni, comunioni d'azienda in società ordinarie e viceversa). Ne consegue che, dopo la riforma, la categoria delle fusioni e scissioni eterogenee si presta ad essere articolata in tre gruppi:

1. fusioni e scissioni cui partecipano società costituite secondo tipi diversi;
2. fusioni e scissioni cui partecipano società causalmente diverse;
3. fusioni e scissioni cui partecipano, insieme a società ordinarie, enti diversi dalle stesse.

La ammissibilità di fusioni e scissioni appartenenti al primo gruppo, di cui peraltro in passato non si dubitava, trova ora puntuale conferma in norme nuove quali:

l'art. 2501 sexies, ultimo comma, c.c. (previsione della redazione della relazione di stima ex art. 2343 c.c. in ipotesi di fusione cui partecipino società di persone)

l'art. 2504 bis, ultimo comma, c.c. (necessità del consenso dei creditori ai fini della liberazione dei soci dalla responsabilità illimitata cui fossero in precedenza soggetti).

La ammissibilità di fusioni e scissioni pertinenti al secondo gruppo, pur in assenza di esplicita previsione normativa, è indotta da norme, parimenti nuove



(art. 2545 decies e 2500 septies, c.c.), che consentono, per il tramite di decisione da assumersi a maggioranza, il superamento della c.d. barriera causale.

Quanto a scissioni e fusioni facenti parte del terzo gruppo (quelle che vedono partecipare, con le società, enti da queste diversi), ancorché la loro ammissibilità possa essere a sua volta dedotta dalle nuove norme (artt. 2500 septies e 2500 octies, c.c.) che ammettono la reciproca trasformabilità, occorre peraltro superare una ulteriore obiezione che, formulata in passato in relazione alla partecipazione a fusione/scissione di società irregolari, pienamente si attaglia alle fusioni eterogenee del tipo qui considerato: quella della compatibilità del procedimento di fusione/scissione con la partecipazione ad esso di enti estranei al sistema di pubblicità legale delle imprese.

Invero, poiché gli adempimenti pubblicitari, in quanto disposti nell'interesse sia dei soci sia dei terzi, costituiscono snodo essenziale del procedimento di fusione/scissione, pare francamente inammissibile che da essi si possa prescindere in occasione della partecipazione di soggetti diversi dalle società. Né vale la considerazione che solo per taluni degli enti coinvolti tali adempimenti verrebbero meno. E' evidente, infatti, che il socio chiamato a deliberare la fusione (o il creditore interessato a valutare se opporsi ad essa) è tutelato dalla esecuzione degli adempimenti pubblicitari non solo da parte della società cui partecipa (o di cui è creditore) ma anche da parte delle altre società ed enti che partecipano alla fusione/scissione.

E' questa la ragione (apparentemente relativa a risvolti di ordine pratico, in realtà volta al rispetto degli interessi sostanziali coinvolti) per cui, nella massima, si afferma che la legittimità della fusione/scissione eterogenea è subordinata alla ricorrenza dei presupposti e alla rituale esecuzione agli adempimenti pubblicitari stabiliti tanto per la trasformazione quanto per la fusione (scissione).

Ciò comporta, in primo luogo (ricorrenza dei presupposti), la esclusione dal novero delle fusioni/scissioni trasformatrici praticabili dei casi nei quali si determinerebbero i medesimi effetti di una trasformazione vietata. Tale sarebbe, ad esempio, l'incorporazione in una società lucrativa di una cooperativa a mutualità prevalente (art. 2545 decies, 1° comma, c.c.) o la scissione, a favore di una società, di parte del patrimonio di una associazione che abbia ricevuto contributi pubblici (art. 2500 octies, 3° comma, c.c.) .

Quanto agli adempimenti pubblicitari che, nel procedimento di fusione e scissione delineato dal codice civile, devono essere attuati per il tramite del registro delle imprese, dopo aver affermato che la loro esecuzione secondo le regole ordinarie resta condizione imprescindibile per la praticabilità delle fusioni/scissioni eterogenee, va ulteriormente osservato:

a) nessun problema si pone per tutti i soggetti che, ancorché diversi dalle società, sono comunque tenuti all'iscrizione nel registro (per esempio i consorzi con attività esterna: art. 2612 c.c.);

b) la pubblicità nel registro delle imprese non può essere preclusa a quei soggetti (per esempio associazioni e fondazioni) che, sebbene non tenuti di per sé all'iscrizione, vi sono obbligati in quanto esercenti attività commerciale;

c) poiché, in ogni caso di fusione/scissione eterogenea, non può essere omesso l'obbligo di eseguire, ai sensi dell'art. 2500, 3° comma, c.c., la pubblicità propria della trasformazione che essa implica, tale adempimento costituisce mezzo ineludibile per eseguire, nello stesso tempo, la pubblicità richiesta per la deliberazione di fusione/scissione.

Quest'ultima considerazione permette infine di sottolineare come la coincidenza dei termini stabiliti dall'articolo 2500 novies c.c. (per l'opposizione dei creditori alla trasformazione) e dall'art. 2503 c.c. (per l'opposizione dei creditori alla fusione/scissione), consente di fare collimare la stipulazione dell'atto di fusione/scissione con l'efficacia della trasformazione eterogenea che, come più volte detto, nella fusione (o scissione) eterogenea è implicata.

## **MASSIMA N. 53**

## **Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500 sexies e 2500 septies c.c.)**

*In ogni ipotesi di trasformazione, omogenea o eterogenea, nella quale si verifica una variazione peggiorativa nel regime di responsabilità per i debiti dell'ente da parte di soggetti diversi dall'ente stesso, è necessario che consti il consenso dei soggetti che subiscono tale aggravamento di responsabilità.*

*La manifestazione del consenso non deve necessariamente essere contestuale alla delibera di trasformazione, ma, subordinandone l'efficacia, deve effettuarsi con modalità tali da conferire certezza circa la provenienza del consenso.*

### **MOTIVAZIONE**

Gli artt. 2500 sexies c.c., con riferimento alla trasformazione di società di capitali in società di persone, e 2500 septies c.c., a proposito della trasformazione eterogenea da società di capitali, esprimono la necessità che, ove la decisione di trasformazione sia adottata a maggioranza, vi sia “comunque” il consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata.

Le richiamate norme contemplan le ipotesi in cui è più evidente la possibilità che la trasformazione incida negativamente sulla responsabilità per i debiti dell'ente. Infatti, il socio di società di capitali di norma gode di una responsabilità limitata (o, meglio, di un rischio limitato) al proprio conferimento e tale limitazione potrebbe cessare per effetto della trasformazione in società di persone, ove almeno alcuni soci non possono non avere responsabilità illimitata, ovvero in enti non societari, in alcuni dei quali la responsabilità illimitata di tutti o alcuni dei vecchi soci è imprescindibile: si pensi, in primo luogo, alla trasformazione in consorzio con attività interna, in società consortile di persone o in comunione di azienda.

In realtà, anche per assicurare la razionalità del sistema normativo, quelle norme vanno considerate quale espressione di un principio generale, secondo cui qualsiasi aggravamento del regime di responsabilità per i debiti di un ente da parte di soggetti diversi dall'ente stesso richiede il consenso dei soggetti che subiscono tale aggravamento. Il che – nell'ambito della trasformazione omogenea ed eterogenea – trova riscontro anche in casi diversi da quelli espressamente contemplati.

Al riguardo assumono rilievo le seguenti situazioni:

a) nella trasformazione da società di persone in società di persone o di capitali (che va qui presa in considerazione per il caso in cui i patti sociali, anche alla luce dell'art. 2500 ter c.c., permettano la decisione di trasformazione a maggioranza):

- il socio accomandante di una s.a.s. subisce un aggravamento della propria responsabilità nel divenire socio di una s.n.c. o di una società semplice (senza limitazione della responsabilità ai sensi dell'art. 2267, comma 2°, c.c.) o socio accomandatario di una s.a.p.a.;

- il socio di società semplice che goda di una limitazione della responsabilità ai sensi dell'art. 2267, comma 2°, c.c. subisce un aggravamento della propria responsabilità nel divenire socio accomandatario (di una s.a.s. o di una s.a.p.a.) o socio di s.n.c.;

b) nella trasformazione da società di capitali in società di capitali il socio di s.r.l. o di s.p.a. subisce un aggravamento della propria responsabilità nel divenire socio accomandatario di una s.a.p.a.;

c) nella trasformazione eterogenea in società di capitali i partecipanti a consorzi con attività esterna, a società consortili a responsabilità limitata o per azioni, ad associazioni riconosciute nonché i beneficiari delle azioni nelle fondazioni subiscono un aggravamento della propria responsabilità nell'assumere la veste di soci accomandatari di s.a.p.a.;

d) nella trasformazione di cooperativa in società di persone ex art. 2545 decies c.c. e, più in generale, nella trasformazione eterogenea da e in società di persone (sulla cui ammissibilità cfr. la massima n. 20 del 18.3.2004): il socio accomandante e il socio di società semplice che goda di una limitazione della responsabilità ai sensi dell'art. 2267, comma 2°, c.c., da un lato (cioè nella trasformazione eterogenea da società di persone), e i soci di cooperative, i partecipanti a consorzi con attività esterna, a società consortili a responsabilità limitata o per azioni e ad associazioni nonché i beneficiari delle quote nelle fondazioni, dall'altro lato (cioè nella trasformazione eterogenea in società di persone), subiscono un aggravamento della propria responsabilità nelle stesse ipotesi in cui subirebbero analogo aggravamento i soci di s.r.l., di s.p.a. e gli accomandanti di s.a.p.a. che si trasformassero, rispettivamente, in enti non socie-tari ovvero in società di persone.

In tutti i casi sopra menzionati il consenso del socio "aggravato da responsabilità" è indispensabile e non può essere reso superfluo neanche con clausola statutaria. Tuttavia esso, come si evince dall'art. 2500 sexies c.c., condiziona non l'adozione o la validità della delibera/decisione di trasformazione bensì la sua efficacia ed iscrivibilità: di tal che la deliberazione che riporta la maggioranza richiesta (ma non anche il voto di tutti i soci "aggravati", per assenza, astensione o dissenso) è suscettibile di produrre i suoi effetti in un momento successivo, quando abbia ad intervenire il necessario consenso al momento non dato.

Ciò ammesso, restano da stabilire modalità e termine per la prestazione del consenso extraassembleare.

Quanto alle modalità, esse devono essere idonee a dare certezza circa la integrazione del presupposto di efficacia, anche ai fini della decorrenza del termine per la iscrizione della delibera nel registro delle imprese: a tale scopo deve essersi un consenso espresso o attestato in via ricognitiva in un documento notarile (atto pubblico o scrittura privata autenticata) o di equivalente affidabilità.

Quanto al termine entro il quale il consenso va prestato, poiché non sembra che il termine possa rimanere indefinitamente aperto, con il pericolo che il consenso mancante sia prestato quando la trasformazione fosse ormai sprovvista del suo originario significato economico, è assai opportuno che lo stato di aspettativa si mantenga in tempi accettabili e definibili in modo sicuro e che allora il termine sia fissato, al più tardi, dalla stessa delibera di trasformazione.

Per quanto precede è bene avvertire che di assai dubbia legittimità sarebbe la delibera che pretendesse di dedurre la prestazione del consenso, causa della grave conseguenza dell'assunzione di responsabilità illimitata, da atteggiamenti di mera inerzia (silenzio; mancanza di opposizione o rifiuto del consenso da esprimere secondo date modalità) protratti per la durata stabilita, tanto più se non decorrenti da personale comunicazione della delibera stessa.

#### **MASSIMA N. 54**

#### **Derogabilità del quorum richiesto per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500 septies c.c.)**

*Nella trasformazione eterogenea da società di capitali la maggioranza dei due terzi degli aventi diritto fissata dall'art. 2500 septies, comma 3°, c.c. è derogabile soltanto in aumento, anche per sostituzione con la regola della unanimità.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2500 septies, comma 3°, c.c. richiede che la trasformazione eterogenea sia deliberata con il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto più il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata.

Ferma restando l'inderogabilità del consenso di questi ultimi (v. massima n. 53), devono ritenersi ammissibili, con il limite di cui in appresso, clausole in deroga alla predetta maggioranza dei due terzi. Infatti, nel secondo comma dell'art. 2500 sep-ties c.c. si richiama, sia pure in quanto compatibile, l'art. 2500 sexies c.c., ove si am-mette la deroga statutaria alla maggioranza ivi prevista.

E' vero che nel terzo comma dell'art. 2500 septies c.c. la speciale maggioranza dei due terzi stabilita per la trasformazione eterogenea sembra posta come necessaria (la deliberazione "deve essere assunta...", laddove nell'art. 2500 sexies c.c. essa "è a-dottata...", formula meno stringente in linea con la derogabilità ivi espressamente ri-conosciuta): ma ciò è dovuto alla esigenza di assicurare nella sola trasformazione eterogenea un quorum minimo, inderogabile in diminuzione, senza escludere la possibilità di prevedere in statuto maggioranze più elevate.

Ciò risulta confermato dalla relazione accompagnatoria allo schema di decreto di riforma (par. 14), da cui si evince che si è inteso porre un quorum deliberativo qualificato per una vicenda che incide sullo scopo, sulla forma organizzativa e talora sulla stessa persistenza dell'ente. Traspare, insomma, il bisogno che una vicenda di così radicale mutamento si attui con un ampio consenso che almeno raggiunga la percentuale predetta: e ciò non solo nella s.p.a. - i cui quorum, del resto, non sono mai derogabili in diminuzione (nemmeno nella trasformazione omogenea) - ma anche nella s.r.l.

Viceversa, non avrebbe giustificazioni una inderogabilità in aumento, perché non si percepisce alcun particolare favor per la trasformazione eterogenea, e tantomeno un favor così accentuato da non tollerare alcun ostacolo volontario alla stessa. Anche di ciò, infatti, si ha conferma nella relazione, da cui emerge che la trasformazione eterogenea è regolata per ragioni di mera economia di costi: onde non dover passare, in quei casi, attraverso inutili scioglimenti e ricostituzioni.

La deroga in aumento al quorum dei due terzi può giungere sino alla previsione della unanimità. Nella s.r.l. tale conclusione non ha bisogno di particolare motivazione (in generale sul tema della unanimità, per scelta statutaria, delle decisioni dei soci di s.r.l. cfr. la massima n. 42).

Quanto alla s.p.a., da un lato sembra superata la tesi della "sacralità", nel senso di assoluta inderogabilità, del principio di maggioranza (salvo che nelle ipotesi di cui all'art. 2369, comma 4°, c.c.); dall'altro lato, anche chi conservi sul problema generale una posizione restrittiva non può negare ad ogni socio un potere interdittivo su di una deliberazione che stravolge completamente la causa e la struttura organizzativa del rapporto associativo: una deliberazione che in difetto di una esplicita norma autorizzativa mai avrebbe potuto lecitamente adottarsi, neanche all'unanimità, e che lo stesso legislatore riformista dichiara di ammettere per pragmatiche ragioni di economia di costi.

## **MASSIMA N. 55**

### **Trasformazione progressiva, fusione e scissione di società di persone con decisione a maggioranza**

*In mancanza di indizi interpretativi contrari la clausola meramente riproduttiva dell'art. 2252 c.c. (modifica dell'atto costitutivo con il consenso di tutti i soci) non comporta di per sé deroga agli artt. 2500 ter e 2502 c.c., per i quali la trasformazione progressiva, la fusione e la scissione (quest'ultima in forza del richiamo contenuto nell'art. 2506 ter c.c.) di società di persone possono decidersi con il consenso della maggioranza dei soci calcolata secondo le quote di partecipazione agli utili, salvo il diritto di recesso dei soci non consenzienti.*

## **MOTIVAZIONE**

Per la trasformazione progressiva da società di persone in società di capitali e

per la fusione e la scissione di società di persone gli artt. 2500 ter, comma 1° e 2502 c.c. (quest'ultimo richiamato dall'art. 2506 ter c.c.) richiedono il consenso della maggioranza dei soci calcolata in base alle rispettive quote di partecipazione agli utili e riconoscono al socio non consenziente il diritto recessivo.

Le stesse disposizioni esplicitamente ammettono una clausola statutaria in deroga alla regola di legge, clausola che, in primo luogo (ma non esclusivamente), potrebbe subordinare le vicende sopra citate alla volontà unanime dei soci, così riespandendo la regola generale dell'unanimità dei consensi prevista per le modifiche dell'atto costitutivo dall'art. 2252 c.c., la quale prima della riforma si estendeva anche alle ipotesi in oggetto.

La ragione per la quale qui la riforma modifica la regola generale sul consenso unanime alle modifiche del contratto sociale va individuata nell'intento di favorire la realizzazione di vicende che assecondano lo sviluppo, la riorganizzazione e il rafforzamento della piccola impresa, senza però impedire un diverso accordo teso a dare rilievo alla volontà contraria anche del più marginale dei soci.

Sul piano interpretativo, specie con riguardo alle clausole più diffuse negli atti costitutivi delle società esistenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, sorge il quesito se sia sufficiente ad integrare il patto in deroga la clausola generica con cui si subordinano le modifiche dell'atto costitutivo all'unanimità dei soci.

In effetti, la mancanza, nell'ordinamento anteriore alla riforma, di una differenziazione dei consensi necessari in ordine alle diverse modifiche dell'atto costitutivo, tutte indistintamente soggette al principio-base dell'unanimità, induceva a non avvertire il problema di una possibile (e in futuro realizzata) articolazione delle regole di decisione a seconda dell'oggetto della modifica del contratto sociale. Il risultato di quella prospettiva consisteva nella adozione, nella quasi totalità degli atti costitutivi esistenti, di una clausola semplicemente riproduttiva della regola dell'unanimità per le modifiche dell'atto costitutivo, quale sancita dall'art. 2252 c.c., senza esplicita considerazione di vicende quali la trasformazione, la fusione e la scissione.

Naturalmente, poiché si tratta di interpretare l'atto costitutivo di una società di persone, occorre ricostruire la portata della clausola in discorso alla luce delle intenzioni delle parti interessate nel contesto specifico in cui essa è introdotta e delle eventuali modifiche successivamente intervenute, specie in caso di variazioni nella compagine sociale.

E' però anche vero che generalmente la clausola richiedente l'unanimità per le modifiche dell'atto costitutivo intende semplicemente riprodurre l'art. 2252 c.c., senza che le parti si siano rappresentate una eventuale futura trasformazione progressiva, fusione o scissione. Ed allora, nell'assenza di un intento (esplicito o implicito) di regolamentazione specifica al riguardo, devono ritenersi non derogati gli artt. 2500 ter e 2502, comma 1° c.c., così dandosi spazio alla logica della riforma che intende facilitare l'accesso alle segnalate operazioni straordinarie pur in un sistema imperniato sulla normale modificabilità solo unanime dell'atto costitutivo.

Ciò sembra poter valere sia per le società costituite prima della entrata in vigore (ed anzi, della pubblicazione) del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, proprio perché in esse ben difficilmente i soci potevano essere stati aiutati a rappresentarsi l'eventualità di una trasformazione, fusione o scissione a maggioranza con l'esito di rifiutarla in favore dell'unanimità, sia per le società costituite successivamente, poiché la conoscibilità della nuova regola sul consenso a maggioranza nelle vicende suddette dovrebbe di norma condurre ad esplicitare l'estensione ad esse della regola dell'unanimità, ove realmente ciò si volesse.

Del resto, ritenere attuata la deroga agli artt. 2500 ter e 2502 c.c. in ogni clausola richiedente l'unanimità per le modifiche dell'atto costitutivo, data l'altissima frequenza della stessa, equivarrebbe a rendere pressoché inoperante la novità introdotta dal legislatore della riforma, frustrandone le intenzioni.

## **MASSIMA N. 56**

### **Decorrenza degli effetti della fusione in caso di incorporazione di più società**

*Nell'ipotesi di fusione per incorporazione di due o più società, è possibile stabilire che la società incorporante assuma i diritti e gli obblighi delle società incorporate, proseguendo in tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione, a partire da date diverse per ciascuna società incorporata, purché non anteriori all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'art. 2504 c.c.*

#### **MOTIVAZIONE**

Per effetto della fusione la società che risulta o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società che hanno partecipato alla fusione proseguendo in tutti i loro rapporti anche processuali anteriori alla fusione stessa (art. 2504 bis C.C.).

Quale che sia la qualificazione giuridica di questo subingresso, sia che si tratti di un fenomeno di "assunzione" - "trasferimento" sia che si tratti di "prosecuzione" - "assegnazione" è necessario che risulti determinato e pubblicizzato in modo preciso il "tempo" in cui ciò avviene.

Il secondo comma dell'art. 2504 bis C.C. ha identificato questo momento con il giorno in cui è stata eseguita l'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto di fusione relativamente alla società incorporante o a quella risultante dalla fusione: la prescrizione da un lato determina con certezza il momento di efficacia della fusione, dall'altro ne consente la conoscibilità da parte dei terzi comunque interessati.

Non contrasta con le esigenze di cui sopra la facoltà concessa dal legislatore di prevedere che tali effetti si producano in un momento successivo (nel caso di fusione mediante incorporazione) in quanto tale data successiva viene pubblicizzata a mezzo iscrizione nel Registro delle Imprese ed è quindi conoscibile da parte dei terzi.

Il fatto che tale possibilità sia concessa soltanto nel caso di fusione per incorporazione e non nell'ipotesi di fusione mediante costituzione di nuova società trae la sua ragione d'essere dal fatto che il legislatore non poteva consentire la nascita di una nuova società che acquistava personalità giuridica con l'iscrizione nel Registro delle Imprese (art. 2331 I comma C.C.) rinviando ad un momento successivo l'"assunzione" - "assegnazione" del suo patrimonio.

Le esigenze da cui muove il legislatore consentono di ritenere che nel caso in cui si sia proceduto ad una fusione per incorporazione di due o più società sia consentito nell'atto di fusione prevedere che la fusione stessa abbia effetto da più date successive alla iscrizione di cui all'art. 2504 C.C.

Infatti l'indicazione di una pluralità di date da un lato non lede il principio della determinatezza delle date di efficacia della fusione e dall'altro non impedisce a terzi la conoscibilità del termine stesso dal momento che tale prescrizione viene iscritta nel Registro delle Imprese.

Del resto la facoltà concessa dal secondo comma dell'art. 2504 bis C.C. mira ad agevolare e a semplificare la assunzione dei diritti e degli obblighi delle società incorporate nella incorporante tenendo conto della particolarità di queste fattispecie, particolarità e specialità che nel caso di fusioni per incorporazione di pluralità di società possono essere, e spesso in realtà sono diverse.

## **MASSIMA N. 57**

### **Deposito delle somme in caso di fusione o scissione anticipata (art. 2503 c.c.).**

*Al fine di consentire il perfezionamento dell'atto di fusione o di scissione prima del termine per l'opposizione dei creditori (art. 2503, comma 1, c.c.), il deposito delle somme a garanzia dei creditori deve essere vincolato sino alla scadenza del termine medesimo e deve prevedere che il vincolo perduri sino all'estinzione del debito, relativamente ai crediti vantati da coloro che facciano opposizione, qualora il tribunale ritenga fondato il pericolo di pregiudizio per i creditori, ai sensi dell'art. 2445, comma 4, c.c.. All'ulteriore fine di precludere ai creditori, che non siano stati pagati o che non abbiano dato il consenso, la facoltà di fare opposizione, come previsto dall'art. 2503, comma 2, c.c., è invece necessario che il deposito delle somme sia vincolato sino all'estinzione dei debiti corrispondenti.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2503 c.c., sia nella versione previgente alla riforma introdotta con il d.lgs. 6/2003, sia nella versione da essa modificata, non prescrive le caratteristiche essenziali necessarie del deposito delle somme corrispondenti ai crediti per i quali non consti il pagamento o il consenso, né in particolare detta il termine minimo del vincolo che deve assistere tale deposito a favore dei creditori medesimi.

L'orientamento prevalente nell'interpretazione della norma previgente era nel senso di ritenere sufficiente un termine almeno pari al termine per l'opposizione dei creditori, salvo il perdurare del vincolo in caso di effettiva opposizione dopo la stipulazione dell'atto di fusione ma prima dello spirare del termine stesso. In tal senso si era in particolare espresso in più occasioni il tribunale di Milano, nell'ambito della propria attività di volontaria giurisdizione (cfr. in particolare nota del 28 febbraio 1985, in Riv. soc., 1985, p. 360 ss.; nonché nota del 2 gennaio 1986, in Riv. soc., 1986, p. 772 ss.).

La lettera del nuovo art. 2503 c.c. fa sorgere alcuni dubbi sulla possibilità di tener ferma la medesima interpretazione, a causa di un difetto di coordinamento tra il secondo e il terzo comma della norma, in seguito all'emendamento introdotto dopo la redazione dello schema governativo del 30 settembre 2002 e prima del testo definitivo approvato con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. In un primo tempo, infatti, il comma 2 consentiva la c.d. fusione anticipata solo in presenza del pagamento o del consenso dei creditori anteriori all'iscrizione del progetto, mentre il comma 3 prevedeva, coerentemente, che "se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori (...) possono, nel suddetto termine (...) fare opposizione". Successivamente, nel comma 2 è stata prevista anche l'ipotesi del deposito delle somme, restando tuttavia invariato il comma 3; con il che, potrebbe sembrare implicito che il deposito debba durare almeno sino alla scadenza del credito: diversamente, infatti, si potrebbe opinare che si finirebbe per garantire i creditori solo fino allo scadere del termine di 60 giorni, senza tuttavia concedere loro la facoltà di fare opposizione.

Tuttavia, l'interpretazione sistematica della norma, soprattutto insieme all'art. 2445, comma 4, c.c., cui essa fa ora espresso riferimento, nonché la corretta valutazione degli interessi in gioco, fanno senz'altro propendere per la soluzione seguita in passato e nuovamente affermata nella presente massima.

Si consideri anzitutto che l'art. 2445, comma 4, c.c., prevede che "il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione". Ciò significa che la valutazione del tribunale cui i creditori si rivolgono allorché si oppongono alla fusione può dar luogo alle seguenti alternative:

(i) se il tribunale ritiene infondata l'opposizione, l'operazione può essere eseguita senza alcuna garanzia;

(ii) se il tribunale invece ritiene fondata l'opposizione, l'operazione può essere eseguita solamente in presenza di idonea garanzia, la quale tipicamente può consistere in un deposito bancario vincolato sino alla soddisfazione del credito alla scadenza del medesimo.

Ne consegue che è connaturata al sistema dell'opposizione la possibilità di procedere con la fusione in mancanza di alcuna garanzia, allorché l'opposizione stessa non sia fondata, ossia non evidenzi pericoli di pregiudizio per i creditori. Coerenza vuole, dunque, che tale sistema valga tanto nell'ipotesi di opposizione avanzata prima della stipulazione dell'atto di fusione, quanto nell'ipotesi di opposizione successiva all'atto di fusione (in caso di fusione anticipata), purché ovviamente prima del termine di 60 giorni di cui all'art. 2503 c.c.

Sul piano degli interessi e della ratio della norma, inoltre, rimangono del tutto attuali le considerazioni svolte dal tribunale di Milano e ben espresse nella motivazione della massima in data 2 gennaio 1986, che qui si riportano: “nel caso di fusione anticipata, il deposito delle somme non ha né può avere lo scopo di garantire l'adempimento dei crediti di coloro che non abbiano prestato il consenso sino alla scadenza dei rispettivi diritti o anzi sino al momento della eccezionalità della relativa prescrizione (soluzione questa che appare del resto *ictu oculi* sproporzionata alla tutela degli interessi in giuoco) ma ha invece lo scopo di impedire che gli eventuali creditori oppositori (dato che l'intervenuta fusione non incide sul normale e generale termine per proporre opposizione) si trovino in una posizione peggiore rispetto ai creditori che abbiano proposto opposizione allorché la fusione non era stata ancora attuata, posizione peggiore che si risolve nel non potere impedire la stipulazione dell'atto di fusione, già avvenuta, e quindi tanto meno di ottenere cauzione in vista dell'attuazione della fusione. D'altro canto non si ravvisano ragioni per trattare diversamente i creditori che abbiano espressamente e preventivamente consentito alla anticipata fusione e quelli che, pur non avendo esplicitamente manifestato un simile consenso, non abbiano nemmeno – nei modi e nei termini consentiti – manifestato la loro volontà e le loro ragioni di opposizione. Ne consegue che il deposito delle somme concernenti i creditori non soddisfatti e non assenzienti deve restare vincolato sino a quando non siano scaduti i termini per proporre opposizione e che lo stesso, nel caso che le opposizioni siano proposte, assume la stessa funzione – per altro a fusione ormai avvenuta – della eventuale cauzione che avrebbe potuto essere prestata ai sensi dell'art. 2503, comma 3, c.c., nell'ipotesi di fusione non anticipata. Con l'ulteriore conseguenza che le somme relative ai crediti degli oppositori debbano restare vincolate sino all'esito del giudizio di opposizione e le altre invece possano essere liberate, essendo venuta meno la ragione d'essere del deposito.”

Sarebbe d'altronde incongruo, al fine di consentire la c.d. fusione anticipata, imporre alle società partecipanti alla fusione di costituire una garanzia a favore dei creditori sociali, che sia tale, non solo di non pregiudicare i diritti loro normalmente spettanti, ma persino di migliorare nettamente la loro posizione creditoria anche una volta decorso il termine concesso per l'opposizione ed anche nel caso di mancata opposizione (cosa che evidentemente avverrebbe imponendo un termine di durata del deposito sino alla soddisfazione dei crediti). Parimenti, si deve rilevare che nel sistema dell'opposizione, così come risultante dal disposto degli articoli 2503 e 2445 c.c., viene comunque fatta salvo il diritto della società di procedere comunque alla fusione anche senza prestare alcuna garanzia, allorché il tribunale ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppositori (così si evince senza ombra di dubbio, dall'art. 2445, comma 4, c.c., cui rinvia l'art. 2503, comma 2, c.c.): e non v'è ragione, quindi, di negare tale diritto alle società partecipanti alla fusione o alla scissione, allorché si avvalgano della facoltà di anticipare i termini della stipulazione dell'atto di fusione o di scissione, ferma restando la piena tutela dei creditori qualora al contrario il tribunale ravvisi la fondatezza del pericolo di pregiudizio per i creditori oppositori.

L'apparente argomento contrario insito nel secondo comma dell'art. 2503 c.c. – dovuto, come si è poc'anzi ricordato, al mancato coordinamento con l'emendamento apportato in un secondo tempo al primo comma – può essere superato distinguendo due diversi livelli su cui opera il deposito delle somme a garanzia dei creditori:



(i) in primo luogo, quello dell'anticipazione del termine entro cui procedere alla stipulazione dell'atto di fusione, ferma restando la facoltà di fare opposizione da parte dei creditori (che non siano stati già pagati o che non abbiano dato il consenso): per ottenere tale effetto, è necessario e sufficiente che il deposito sia vincolato sino alla scadenza del termine per l'opposizione e preveda altresì che il vincolo perduri sino all'estinzione del debito, solo relativamente ai crediti vantati da coloro che facciano opposizione, qualora il tribunale ritenga fondato il pericolo di pregiudizio per i creditori, ai sensi dell'art. 2445, comma 4, c.c.; in questo modo, infatti, i creditori mantengono intatto il diritto di fare opposizione, e, in caso di esito favorevole della stessa, vedono già preconstituita una "idonea garanzia" a tutela dei propri crediti (garanzia che, si noti, coincide esattamente con quella che il legislatore ritiene addirittura sufficiente per precludere loro la facoltà di fare opposizione);

(ii) in secondo luogo, quello della preclusione della facoltà di fare opposizione: per ottenere tale effetto, persino ovvio per i creditori che siano stati già pagati o che abbiano prestato il proprio consenso alla fusione, è invece necessario che il deposito delle somme venga sin dall'origine vincolato sino all'estinzione dei debiti garantiti; in questa circostanza, infatti, la perdita della facoltà di fare opposizione si giustifica in virtù del fatto che la società ha già preconstituito l'idonea garanzia che il tribunale potrebbe imporle qualora dovesse ritenere fondata l'opposizione dei creditori, venendo quindi meno ogni utilità dell'opposizione medesima.

#### **MASSIMA N. 58**

#### **Incorporazione di società possedute almeno al novanta per cento (art. 2505 bis c.c.)**

*Nel caso in cui in una fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote, si intenda omettere, ai sensi dell'art. 2505 bis c.c., la relazione degli esperti di cui all'art. 2501 sexies c.c., il progetto di fusione dovrà contenere, comunque, sia la determinazione del rapporto di cambio e la eventuale previsione dell'aumento di capitale della società incorporante necessario per assicurare il concambio sia l'impegno rivolto agli altri soci della o delle società incorporande di acquistare o fare acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.*

*Il progetto di fusione o, successivamente, la deliberazione dovranno contenere le modalità e il termine per l'esercizio di tale diritto; nel caso di incorporazione di s.p.a., inoltre, i soci avranno diritto di conoscere la determinazione del prezzo nei quindici giorni precedenti la data fissata per l'assemblea, in applicazione dell'art. 2437 ter, 5° comma, c.c.*

*L'atto di fusione potrà essere stipulato, successivamente alla scadenza del termine fissato per l'acquisto, anche in caso di mancata formalizzazione dell'acquisto medesimo e anche in pendenza di contestazioni relative alla misura del corrispettivo da corrispondere ai soci di minoranza della o delle società incorporande.*

*La competenza dell'organo amministrativo della società incorporante a deliberare la fusione di società possedute al 90% trova il suo fondamento nella prescrizione contenuta nell'atto costitutivo e nello statuto della sola società incorporante e potrà essere esercitata a condizione che:*

*a) si sia proceduto al deposito presso la sede sociale della società incorporante dei documenti (tutti) di cui all'art. 2501 septies c.c. durante i trenta giorni che precedono la decisione dell'organo amministrativo della*

*società incorporante (con facoltà di rinunzia al termine da parte dei soci della società incorporante stessa);*

*b) il progetto di fusione sia stato iscritto nel registro delle imprese in cui ha sede la società incorporante almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporanda (termine rinunziabile da parte dei soci della o delle società incorporande) e comunque purchè siano decorsi almeno otto giorni dal deposito di cui al terzo comma dell'art. 2501 ter c.c. effettuato presso il registro delle imprese della società incorporante, termine rinunziabile da parte dei soci della incorporante stessa.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il d.lgs 17 gennaio 2003 n. 6 non si è limitato a conservare e ad ampliare le semplificazioni al procedimento di fusione già contenute nella disciplina previgente, per il caso di fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o le quote della prima (art. 2505 c.c.), ma ha esteso alcune di queste semplificazioni anche alla fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote (art. 2505 bis c.c.).

Se la ratio delle semplificazioni previste per il caso di fusione per incorporazione di società interamente posseduta (art. 2505 c.c.) è ravvisabile nella inesistenza di una compagine sociale autonoma nella o nelle società incorporande, la ratio delle semplificazioni dettate nel caso di fusione per incorporazione di società possedute al novanta per cento consiste nel limitato peso che i soci della o delle società incorporande hanno sul capitale delle società destinate all'incorporazione e mira a conciliare l'esigenza di semplificare il procedimento di fusione (con la concessa facoltà di omettere la relazione degli esperti di cui all'art. 2501 sexies c.c.) con la tutela sostanziale dei soci di minoranza a cui viene riconosciuto un diritto di uscire dalla compagine sociale ricevendo un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

Perché possa trovare applicazione l'art. 2505 bis c.c. occorrerà che il progetto di fusione contenga comunque sia la determinazione del rapporto di cambio effettuata dagli organi amministrativi delle società partecipanti all'operazione, illustrata e giustificata da apposita relazione, sia l'impegno rivolto ai soci di minoranza della o delle società incorporande di acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

L'interpretazione teleologica della norma induce a ritenere che l'impegno all'acquisto possa pervenire tanto dalla società quanto dai soci della incorporante (se c'è il loro accordo) ovvero che la società possa anche indicare un proprio socio o un terzo (sempre che gli altri soci della incorporante siano d'accordo) disposto ad impegnarsi all'acquisto.

Non sembra che tale estensione della norma pregiudichi i soci di minoranza della o delle società incorporande il cui interesse tutelato è quello di conseguire una congrua somma di denaro, apparendo irrilevante a questi fini il soggetto che effettuerà l'acquisto e il relativo esborso.

Anche se il rinvio alle norme sul recesso è fatto letteralmente solo ai criteri previsti per la determinazione del corrispettivo, in assenza di una autonoma disciplina sembra possibile applicare in via analogico-estensiva anche le disposizioni dettate dall'art. 2437 bis c.c. relativamente ai termini e alle modalità di esercizio del recesso e quindi:

a) il progetto di fusione dovrà assegnare ai soci di minoranza un termine per l'esercizio del diritto non inferiore ai quindici giorni successivi alla iscrizione della deliberazione di fusione della incorporanda nel registro delle imprese;

b) le azioni o le quote per le quali è esercitato il diritto di farle acquistare non possono essere cedute a soggetti diversi da quelli che si sono impegnati all'acquisto;

c) i soci di minoranza di società per azioni incorporande hanno diritto di conoscere, richiedendola, la determinazione del valore delle loro azioni nei quindici

giorni precedenti la data fissata per l'assemblea chiamata a deliberare la fusione: se quindi tale determinazione non è già contenuta nel progetto di fusione essa deve comunque essere messa a disposizione dei soci di minoranza, che la richiedano, di società per azioni incorporande entro tale termine;

d) i soci di minoranza di società a responsabilità limitata incorporande non hanno invece diritto di conoscere preventivamente la determinazione del valore delle loro quote (arg. ex art. 2473 c.c.).

La ratio della norma induce altresì a ritenere che il termine entro il quale la società o il soggetto dalla stessa indicato per acquistare le azioni o le quote dei soci di minoranza della o delle società incorporande debba scadere prima della stipula dell'atto di fusione, ma che una mancata formalizzazione dell'acquisto medesimo, anche se dovuto alla pendenza di contestazioni relative alla misura del corrispettivo da corrispondere, non possa impedire la conclusione del procedimento di fusione.

Ritenere il contrario significherebbe vanificare lo scopo della norma che vuole favorire, sveltire e semplificare il procedimento di fusione nel caso di incorporazione di società possedute al novanta per cento anche e soprattutto nel caso in cui alcuni soci di minoranza delle società incorporande si oppongano alla fusione e non siano disposti a collaborare alla sollecita definizione del procedimento.

La valutazione comparativa dell'ipotetico interesse del socio non ancora liquidato a "congelare" il procedimento di fusione e del concreto ed attuale interesse delle società partecipanti alla fusione a concludere il procedimento in un termine ragionevolmente sollecito conferma la validità della soluzione proposta, fermo restando che al socio di minoranza in caso di abusi spetteranno comunque le azioni cautelari concesse dal Codice di rito.

Il secondo comma dell'art. 2505 bis c.c. consente che l'approvazione del progetto di fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote sia decisa, anziché dall'assemblea straordinaria, dall'organo amministrativo della società incorporante con deliberazione risultante da atto pubblico, a condizione che l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano.

Deve ritenersi che la previsione statutaria debba essere contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto della sola società incorporante essendo irrilevante l'assenza di tale clausola nell'atto costitutivo o nello statuto della o delle società incorporande, trattandosi di previsione che riguarda solo i soci della società incorporante e dato che la decisione sulla fusione per quanto attiene alle società incorporande andrà sempre presa dall'assemblea straordinaria.

La competenza dell'organo amministrativo della società incorporante viene meno, ai sensi del terzo comma dell'art. 2505 bis c.c., qualora tanti soci della società incorporante che rappresentino almeno il cinque per cento del suo capitale sociale con domanda indirizzata alla società entro otto giorni decorrenti dal deposito del progetto di fusione della società incorporante, abbiano chiesto che la decisione sia adottata dall'assemblea. La lettera della norma induce a ritenere che per la decorrenza del termine non sia necessario attendere l'avvenuta iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese in cui è iscritta la società incorporante, ma che tale decorrenza si verifica per effetto del solo deposito del progetto.

La norma subordina la competenza a decidere sulla fusione da parte dell'organo amministrativo della società incorporante ad altre due condizioni e più precisamente:

a) al fatto che si sia proceduto al deposito presso la sede sociale della società incorporante dei documenti di cui all'art. 2501 septies c.c. durante i trenta giorni che precedono la decisione.

Malgrado il richiamo fatto ai soli numeri 1 - 2 dell'art. 2501 septies c.c. si deve ritenere che il deposito debba riguardare anche i documenti di cui al n. 3 della stessa norma ("situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione redatte a norma dell'art. 2501 quater c.c."), quando naturalmente queste devono essere redatte.

La ratio della norma posta nell'esclusivo interesse dei soci della incorporante, unici legittimati a prendere visione di tali documenti, consente di ritenere che a tale termine i soci della società incorporante possano alla unanimità rinunciare, al fine di accelerare il procedimento di fusione.

b) al fatto che il progetto di fusione sia stato iscritto nel registro delle imprese in cui ha sede la società incorporante almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporata. Questa condizione, peraltro di difficile giustificazione, sembra comunque posta nell'esclusivo interesse dei soci della o delle società incorporande e quindi può essere rinunciata dai soci della o delle stesse società destinate alla incorporazione.

#### **MASSIMA N. 59**

#### **Scissione a favore di beneficiaria che possiede almeno il novanta per cento del capitale della scissa (artt. 2506 ter e 2505 bis c.c.)**

*E' applicabile alla scissione a favore di una società beneficiaria già esistente la norma dell'art. 2505 bis c.c. (incorporazione di società posseduta al novanta per cento) per effetto del richiamo contenuto nell'art. 2506 ter, ultimo comma, c.c.*

*Per effetto di tale richiamo, nel caso in cui la società beneficiaria detenga almeno il novanta per cento del capitale della società scissa, è possibile omettere la relazione dell'esperto di cui all'art. 2501 sexies c.c. a condizione che il progetto di scissione preveda, oltre alla determinazione del rapporto di cambio e alla eventuale previsione dell'aumento di capitale della società beneficiaria necessario per assicurare il cambio, l'impegno rivolto agli altri soci della società scissa di acquistare o di fare acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.*

*Il progetto di scissione o, successivamente, la delibera dovranno contenere le modalità e il termine per l'esercizio di tale diritto; nel caso la scissa sia una s.p.a., inoltre, i soci avranno diritto di conoscere le determinazioni del prezzo nei quindici giorni precedenti la data fissata per l'assemblea, in applicazione dell'art. 2437 ter, 5° comma, c.c..*

*L'atto di scissione potrà essere stipulato, successivamente alla scadenza del termine fissato per l'acquisto, anche in caso di mancata formalizzazione dell'acquisto medesimo e anche in pendenza di contestazioni relative alla misura del corrispettivo da corrispondere ai soci di minoranza della società scissa.*

*L'atto costitutivo o lo statuto della società beneficiaria possono prevedere la competenza dell'organo amministrativo della società a deliberare scissioni a favore della società stessa operate da società scissa partecipata al novanta per cento con le modalità e nel rispetto dei termini di cui all'art. 2505 bis c.c..*

#### **MOTIVAZIONE**

Le semplificazioni previste per il procedimento di fusione per incorporazione di società possedute al novanta per cento dalla società incorporante sono applicabili, per effetto del richiamo contenuto all'art. 2505 bis c.c. contenuto nell'art. 2506 ter, ultimo comma, c.c., anche alla scissione a favore di una società beneficiaria già esistente che detenga almeno il novanta per cento del capitale della scissa.

In tale ipotesi è possibile omettere la relazione dell'esperto di cui all'art. 2501 sexies c.c. a condizione che già nel progetto di scissione si preveda sia la determinazione del rapporto di cambio e l'eventuale aumento di capitale della

società beneficiaria che si renda necessario per assicurare il concambio, sia l'impegno nei confronti degli altri soci della società scissa di acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

Le ragioni che inducono a ritenere che l'impegno all'acquisto possa provenire tanto dalla società beneficiaria quanto dai soci della stessa (se c'è il loro accordo unanime) ovvero da un socio della beneficiaria o da terzi (semprechè gli altri soci della beneficiaria siano d'accordo) sono le stesse che valgono in caso di fusione per incorporazione di società possedute al novanta per cento.

L'interesse tutelato dei soci di minoranza della scissa è quello di potere conseguire una congrua somma di denaro, quale che sia il soggetto che effettuerà l'acquisto e il relativo esborso.

Anche in caso di scissione per gli aspetti del procedimento non regolati sembra potersi fare ricorso ad una interpretazione analogico-estensiva dell'art. 2437 bis c.c. relativamente ai termini e alle modalità di esercizio del recesso.

Sembra quindi doversi ritenere:

a) che il progetto di scissione debba assegnare ai soci di minoranza della scissa un termine per l'esercizio del diritto di vedersi acquistate le loro azioni o quote non inferiore ai quindici giorni successivi alla iscrizione della delibera di scissione nel registro delle imprese in cui è iscritta la società scissa;

b) che le azioni o le quote per le quali è stato esercitato il diritto di farle acquistare non possono essere cedute a soggetti diversi da quelli che si sono impegnati all'acquisto;

c) che i soci di minoranza di società scissa per azioni (ma non di società a responsabilità limitata) abbiano diritto di conoscere, richiedendola, la determinazione del valore delle loro azioni nei quindici giorni antecedenti la data fissata per l'assemblea della scissa chiamata a deliberare la scissione;

d) che il termine entro il quale la società beneficiaria (o il terzo dalla stessa indicato per l'acquisto di dette azioni o quote) debba essere scaduto prima della stipula dell'atto di scissione, ma che la mancata formalizzazione dell'acquisto anche se dovuta a contestazioni relative alla misura del corrispettivo non possa impedire la conclusione del procedimento di scissione.

Il richiamo riguarda ovviamente anche il secondo comma dell'art. 2505 bis c.c. e quindi deve ritenersi ammissibile che l'atto costitutivo o lo statuto della società beneficiaria attribuiscono all'organo amministrativo della società beneficiaria stessa la competenza a deliberare la scissione con deliberazione risultante da atto pubblico.

Tale prescrizione deve essere contenuta soltanto nell'atto costitutivo o nello statuto della società beneficiaria e non in quello della scissa, trattandosi di prescrizione che incide solo sugli interessi dei soci della beneficiaria medesima.

Anche in questa ipotesi tale competenza dell'organo amministrativo viene meno qualora tanti soci della società beneficiaria che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale della stessa, con domanda indirizzata alla società entro otto giorni decorrenti dal deposito del progetto di scissione nel registro delle imprese in cui è iscritta la società beneficiaria, abbiano chiesto che la decisione sia adottata dall'assemblea straordinaria.

Anche in questo caso il termine è posto nell'esclusivo interesse dei soci di minoranza della beneficiaria e può essere dagli stessi rinunciato all'unanimità.

Operano anche nei riguardi del procedimento di scissione le ulteriori due condizioni temporali previste dall'art. 2505 bis c.c. e quindi occorre:

- che si sia proceduto al deposito presso la sede sociale della società beneficiaria dei documenti (tutti) previsti dall'art. 2501 septies c.c., con facoltà di rinuncia a tale termine da parte dei soci della società beneficiaria nel cui esclusivo interesse è posta la norma;

- che il progetto di scissione sia stato "iscritto" nel registro delle imprese in cui ha sede la società beneficiaria almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione di scissione da parte della società scissa. Anche questo termine appare rinunciabile da parte dei soci della società scissa.

## **MASSIMA N. 60**

### **Attestazioni e asseverazioni ai sensi degli artt. 2501 bis, comma 4° e 2503, comma 1°, ultima frase, c.c.**

*L'attestazione richiesta dall'art. 2501 bis, comma 4°, c.c., nell'ambito della relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, deve essere resa anche nell'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta o comunque in ogni altra ipotesi in cui non sia richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio.*

*Analogamente, l'asseverazione prevista dall'art. 2503, comma 1°, ultima frase, c.c., al fine di procedere alla fusione anticipata, può essere resa, ove le società intenda-no avvalersi di tale facoltà, anche nell'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta o comunque in ogni altra ipotesi in cui non sia richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio.*

*I compiti assegnati dalle citate norme all'esperto o alla società di revisione, in quanto fissati nell'interesse dei creditori, sono infatti logicamente e funzionalmente autonomi dal giudizio di congruità, di guisa che possono e debbono essere assolti, ove ne ricorrano i presupposti, anche indipendentemente dalla resa di un giudizio di congruità.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2501 bis c.c., come noto, detta una disciplina speciale per la fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica per il rimborso di detti debiti.

La fattispecie è, come evidente, di ben frequente ricorrenza, verificandosi in sostanza ogniqualevolta l'incorporante abbia acquisito a debito il controllo dell'incorporata e tale debito sussista ancora al momento della fusione senza specifica garanzia su beni dell'incorporante per il suo rimborso.

La disciplina speciale prevede (tra l'altro) che il progetto di fusione indichi "le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione" (art. 2501 bis, 2° comma, c.c.) e che la "relazione degli esperti di cui all'art. 2501 sexies c.c." debba attestare "la ragionevolezza" delle predette indicazioni contenute nel progetto di fusione.

Orbene, la fattispecie dell'art. 2501 bis c.c. può ricorrere anche nell'ipotesi di incorporazione di società interamente controllata. Ciò risulta espressamente dall'art. 2501 bis c.c. medesimo che all'ultimo comma sottrae la fattispecie ivi prevista alle disposizioni, tra l'altro, dell'art. 2505 c.c. relativo appunto alla fusione con società interamente posseduta. L'esenzione della fattispecie della fusione di società interamente controllata acquisita con indebitamento dall'applicazione della procedura semplificata dettata dall'art. 2505 c.c. per la incorporazione di società interamente possedute comporta che in tal caso vi sarà la competenza necessaria dell'assemblea, occorrerà redigere la relazione degli amministratori di cui all'art. 2501 quinquies c.c. (puntualmente prevista in effetti dall'art. 2501 bis, 3° comma, c.c.), così come occorrerà redigere la relazione ex art. 2501 sexies c.c. da parte degli esperti.

Tale relazione, peraltro, avrà come unico, eppur imprescindibile, contenuto l'attestazione della ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione circa le risorse previste per il soddisfacimento del debito della società incorporante.

La ragione della necessità di una relazione degli esperti, seppur con limitata ed "anomala" (rispetto al normale contenuto della relazione ex art. 2501 sexies c.c.) portata, di cui al quarto comma dell'art. 2501 bis c.c., anche nella fusione della società interamente controllata acquisita con indebitamento o comunque in caso

di fusione in cui, anche per rinuncia di tutti i soci, non sussista la necessità di una relazione sul rapporto di cambio, consiste nel fatto che in tali casi la attestazione richiesta agli esperti è funzionale (anche) all'interesse dei creditori e quindi ad un interesse non disponibile dalle parti. Più precisamente, si tratta di render chiaro al ceto creditorio dell'incorporata se e in che misura il patrimonio sociale corra il rischio di un utilizzo a servizio dell'investimento dei soci, piuttosto che dei creditori dell'attività di impresa.

Una evidente funzione a esclusiva tutela dei creditori assume pure la relazione dell'art. 2501 sexies c.c. nell'utilizzo, facoltativo, consentito dall'art. 2503 c.c., al fine di attuare la fusione in via anticipata. La relazione dell'esperto, in tal caso, deve attestare che la "situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei ..... creditori". Assume quindi, anche in questo caso, un contenuto del tutto anomalo rispetto al contenuto tipico (congruità del rapporto di cambio) delineato nell'art. 2501 sexies c.c.

L'art. 2503 c.c. legittima dunque una relazione sui generis finalizzata alla attuazione della fusione in via anticipata senza alcuna limitazione e quindi non solo nell'ipotesi in cui la relazione, per i fini tipici, debba comunque essere redatta, ma anche allorché per qualsiasi ragione non vi sarebbe necessità di una relazione ex art. 2501 sexies c.c.

Il rinvio nei due casi riferiti (art. 2501 bis, 4° comma e 2503, 1° comma, c.c.) alla fattispecie della relazione di cui all'art. 2501 sexies c.c. rende peraltro necessario che, ove ad essa si ricorra solo ai fini delle citate norme (non essendovene altrimenti necessità), essa sia assoggettata sia sotto il profilo soggettivo (nomina dell'esperto) che proceduralmente alla disciplina generale prevista, appunto, per la relazione ex art. 2501 sexies c.c.

#### **MASSIMA N. 61**

##### **Emissione di obbligazioni convertibili con disaggio (art. 2420-bis c.c.)**

*Si reputa legittima la deliberazione di emissione di obbligazioni convertibili anche per somma inferiore al loro valore nominale, purché le condizioni di conversione non comportino violazione dell'art. 2346, comma 5, c.c. e quindi purché il valore nominale delle azioni da emettere in sede di conversione non ecceda il credito che spetterebbe agli obbligazionisti a titolo di rimborso delle obbligazioni stesse per il caso di mancata conversione.*

#### **MASSIMA N. 62**

##### **Computo del termine per l'opposizione alla fusione o alla scissione e sospensione feriale dei termini (art. 2503 c.c.)**

*Decorsi 60 giorni dall'ultima iscrizione nel registro delle imprese delle relative deliberazioni, l'atto di fusione (o di scissione) può essere ricevuto (e quindi depositato per l'iscrizione), pur non essendo trascorso l'ulteriore periodo di cui il termine per l'opposizione dei creditori sarebbe maggiorato in caso di applicazione della sospensione feriale.*

#### **MASSIMA N. 63**

##### **Rappresentanza dei soci nelle assemblee di s.r.l. (art. 2479-bis, comma 2, c.c.)**

*L'atto costitutivo o lo statuto della s.r.l. possono disciplinare la facoltà del socio di farsi rappresentare in assemblea, sia per escluderla del tutto, sia determinando ampiezza, limiti, requisiti e forma della delega, non essendo applicabile l'art. 2372 c.c. e salve le norme di diritto comune in tema di rappresentanza.*

*Pertanto, in assenza di espressi divieti contenuti nell'atto costitutivo o nello statuto, il socio di una s.r.l. può delegare un componente dell'organo amministrativo o di controllo o un dipendente della società o una società da questa controllata o un componente dell'organo amministrativo o di controllo o un dipendente di questa.*

#### **MASSIMA N. 64**

#### **Effetti della fusione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote delle società partecipanti alla fusione (art. 2504-bis c.c.)**

*Nella fusione propria, qualora sulle azioni o sulle quote delle società che partecipano all'operazione gravino diritti di pegno o di usufrutto, questi diritti si trasferiscono, per effetto della fusione, sulle azioni o sulle quote emesse dalla società risultante dalla fusione.*

*Nella fusione mediante incorporazione, qualora sulle azioni o sulle quote delle società incorporande, oggetto di concambio, gravino diritti di pegno o di usufrutto, questi diritti si trasferiscono, per effetto della fusione, sulle azioni o sulle quote emesse dalla società incorporante.*

*L'organo amministrativo della società di nuova costituzione o della società incorporante, nell'attuare il concambio, deve emettere le nuove azioni con indicazione del vincolo ed annotare nel libro soci l'esistenza dello stesso.*

#### **MASSIMA N. 65**

#### **Fusione per incorporazione comportante l'estinzione dei diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società incorporata**

*E' legittima la deliberazione con la quale una società decida di incorporare una società interamente posseduta anche se su tutte o su parte delle azioni o quote della società incorporanda gravino diritti di pegno o di usufrutto, pur in assenza del consenso (o in presenza del dissenso) dei creditori pignorati e/o degli usufruttuari (muniti o meno del diritto di voto) che vedono estinguersi i loro diritti per effetto della fusione.*

*E' legittima la deliberazione con la quale una società decida di incorporarne un'altra con determinazione del rapporto di cambio, anche se su tutte o parte delle azioni o quote della società incorporanda gravino diritti di pegno e/o di usufrutto, lo statuto della società incorporante non consenta la costituzione di tali diritti e non sussista il consenso (o in presenza del dissenso) dei creditori pignorati e/o degli usufruttuari (muniti o meno del diritto di voto) che per effetto della fusione vedono estinguersi i loro diritti.*

#### **MASSIMA N. 66**

#### **Effetti della scissione sui diritti di pegno e di usufrutto gravanti sulle azioni o quote della società scissa (art. 2506-quater c.c.)**



*In caso di scissione totale o parziale a favore di società beneficiarie preesistenti o di nuova costituzione qualora le azioni o le quote della società scissa siano gravate da diritti di pegno o di usufrutto, questi diritti si trasferiscono per effetto della scissione sulle azioni o quote assegnate ai soci della scissa.*

*L'organo amministrativo delle società beneficiarie, nell'attuare l'assegnazione, deve emettere le nuove azioni con indicazione del vincolo ed annotare nel libro soci l'esistenza dello stesso.*

*Peraltro è legittima la deliberazione con la quale una società (scissa) deliberi una scissione totale o parziale a favore di società beneficiarie preesistenti o di nuova costituzione anche se:*

*(i) su tutte o parte delle azioni o quote della società scissa gravino diritti di pegno o di usufrutto;*

*(ii) lo statuto della o delle società beneficiarie non consenta la costituzione di tali diritti;*

*(iii) non sussista il consenso (o in presenza del dissenso) dei creditori pignorati e/o degli usufruttuari (muniti o meno del diritto di voto), che non potranno avere diritti di pegno o di usufrutto sulle azioni o quote assegnate ai soci della società scissa.*

#### **MASSIMA N. 67**

**Rinuncia ai termini per la deliberazione di fusione, in caso di azioni o quote gravate da diritti di pegno o di usufrutto (artt. 2501-ter, comma 4, e 2501-septies, comma 1, c.c.)**

*E' legittima la deliberazione di fusione adottata senza l'osservanza dei termini di cui agli artt. 2501-ter e 2501-septies c.c. per dispensa avutane, con il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione, anche se alcune delle partecipazioni siano gravate da pegno o da usufrutto senza attribuzione del diritto di voto al creditore pignorato o all'usufruttuario e non sussista la rinuncia ai termini da parte dei titolari di tali diritti; nel caso in cui il diritto di voto sia attribuito al creditore pignorato o all'usufruttuario tale consenso deve provenire dai soggetti aventi diritto di voto, non essendo necessario il consenso dei soci privi del diritto di voto.*

#### **MASSIMA N. 68**

**Copertura delle perdite e rilevanza degli "utili di periodo" (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.)**

*L'abbattimento del capitale sociale per perdite può avere luogo solo previo utilizzo delle eventuali riserve, posto che, ove il capitale stesso fosse ridotto nonostante l'esistenza di altre voci di netto patrimoniale, si verserebbe nella diversa fattispecie della riduzione di cui agli articoli 2445 o 2482 c.c., e non in quella di riduzione per perdite.*

*Tale esigenza implica che l'utile di periodo (cioè il risultato di segno positivo creato nel tempo compreso tra la chiusura dell'ultimo esercizio e la data di riferimento della situazione infrannuale) debba essere conteggiato ai fini della determinazione della misura della perdita da coprire, tutte le volte che la sua mancata considerazione determinerebbe riduzione del capitale.*

#### **MASSIMA N. 69**

##### **Delega del potere di modificare le deliberazioni dell'assemblea ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2436 c.c.)**

*Si reputa legittimo che le deliberazioni soggette a iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c. contengano la delega ad amministratori, sindaci o altri soggetti determinati, affinché apportino alle deliberazioni stesse le modifiche eventualmente richieste al fine di sopperire alla mancanza di condizioni previste dalla legge per l'iscrizione nel registro delle imprese.*

#### **MASSIMA N. 70**

##### **Presupposti dell'attuazione dell'aumento del capitale sociale (artt. 2438, comma 1, e 2481, comma 2, c.c.)**

*L'avvenuta liberazione di tutte le azioni precedentemente emesse (art. 2438, comma 1, c.c.) e l'avvenuta esecuzione di tutti i conferimenti precedentemente dovuti (art. 2481, comma 2, c.c.) non rappresentano presupposti della deliberazione di aumento del capitale sociale, bensì unicamente della sua "esecuzione" o "attuazione".*

*In presenza di azioni non ancora interamente liberate (nella s.p.a.) o di conferimenti non ancora interamente eseguiti (nella s.r.l.), i citati articoli 2438, comma 1, e 2481, comma 2, c.c., inibiscono pertanto agli amministratori di perfezionare la sottoscrizione ed emissione delle azioni o delle partecipazioni di compendio dell'aumento di capitale.*

*Ne consegue che, in tali circostanze, la pur legittima dichiarazione dei soci o di alcuni di essi di voler contestualmente sottoscrivere l'aumento deliberato dall'assemblea con immediata esecuzione del conferimento è sospensivamente condizionata ex lege alla completa liberazione delle azioni o quote già emesse in precedenza e non consente, sino a tale momento:*

- (i) l'imputazione a capitale dei conferimenti eseguiti;*
- (ii) l'attestazione, da parte degli amministratori, dell'avvenuta sottoscrizione dell'aumento;*
- (iii) il deposito dello statuto riportante il nuovo ammontare del capitale sociale;*
- (iv) l'emissione delle azioni o quote.*

*Nella s.r.l., l'esecuzione dei conferimenti aventi ad oggetto prestazioni d'opera o di servizi a favore della società, ai sensi dell'art. 2464, comma 6, c.c., deve intendersi avvenuta una volta assunto l'obbligo da parte del socio e prestata la polizza di assicurazione o la fideiussione bancaria a garanzia dell'obbligo assunto dal conferente.*

#### **MASSIMA N. 71**

##### **Mancata emissione dei certificati azionari (art. 2346, comma 1, c.c.)**

*La clausola statutaria che prevede la mancata emissione dei certificati azionari, ai sensi dell'art. 2346, comma 1, c.c., al di là della diversa ipotesi di dematerializzazione obbligatoria o facoltativa, ha in linea di principio portata generale e riguarda pertanto tutte le azioni della società.*

*Lo statuto può tuttavia attribuire ad ogni socio la facoltà di scegliere se richiedere o meno l'emissione dei certificati azionari incorporanti tutte o*

*parte delle proprie azioni, circostanza della quale si darà evidenza con apposita annotazione nel libro dei soci.*

*L'introduzione o la soppressione della clausola statutaria che prevede la mancata emissione dei certificati azionari non dà luogo alla causa legale di recesso di cui all'art. 2437, comma 2, lett. b), c.c. – consistente nella introduzione o nella rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari – non avendo ad oggetto la trasferibilità delle azioni, bensì la modalità del loro trasferimento.*

*Nelle ipotesi di mancata emissione dei certificati azionari ai sensi dell'art. 2346, comma 1, c.c., devono trovare applicazione analogica l'art. 2022, comma 2, c.c., e il corrispondente art. 11 r.d. 239/42, nel senso che l'iscrizione dell'acquirente nel libro dei soci (a sua volta presupposto necessario ai fini della legittimazione, ex art. 2354, comma 1, c.c.) può essere richiesta:*

- dall'alienante, il quale deve provare la propria identità e capacità di disporre mediante certificazione di un notaio o di un agente di cambio (o soggetti a quest'ultimo equiparati per legge);*
- dall'acquirente, il quale deve dimostrare il suo diritto mediante atto autentico.*

*E' fatta peraltro salva la possibilità che lo statuto preveda, oltre a quanto sopra, requisiti formali più rigorosi per il trasferimento delle azioni non incorporate in certificati azionari, quali la scrittura privata autenticata o l'atto pubblico.*

## **MASSIMA N. 72**

### **Imputazione del disavanzo “da concambio” nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.)**

*Il principio della continuità dei bilanci in sede di fusione, sancito dall'art. 2504-bis, comma 4, c.c., implica che, di regola, il capitale sociale della società risultante dalla fusione non possa eccedere la somma del capitale sociale e delle riserve delle società partecipanti alla fusione.*

*Tale assunto è peraltro suscettibile di deroga in caso di disavanzo “da concambio”, dovuto alla differenza tra il capitale sociale dell'incorporata ante fusione, e l'aumento di capitale sociale deliberato dall'incorporante a servizio della fusione, in misura necessaria per soddisfare il rapporto di cambio, qualora non vi siano sufficienti riserve (nel patrimonio netto dell'incorporata e/o dell'incorporante) per “coprire” detta differenza.*

*Deve infatti ritenersi consentita anche in questo caso – oltre che nell'ipotesi di disavanzo “da annullamento”, pacifica in giurisprudenza e dottrina – l'imputazione del disavanzo da concambio “agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dal numero 6 dell'articolo 2426, ad avviamento”, a norma dell'art. 2504-bis, comma 4, seconda frase, c.c..*

*Tuttavia, posto che si fatta imputazione del disavanzo da concambio, a differenza di quello da annullamento, comporta la formazione ex novo di capitale sociale non coperto da valori già risultanti nelle scritture contabili e nei bilanci delle società partecipanti alla fusione, è in tal caso necessario che venga redatta anche la relazione di stima del patrimonio della società incorporata a norma dell'art. 2343 c.c., la quale potrà pertanto essere affidata agli esperti incaricati della relazione sulla congruità del rapporto di cambio, in analogia a quanto dispone l'art. 2501-sexies, comma 7, c.c..*

*In alternativa a quanto sopra, è comunque fatta salva la possibilità che la società incorporante soddisfi il rapporto di cambio a favore degli azionisti dell'incorporata mediante altre modalità (quali l'assegnazione di azioni proprie; la redistribuzione di azioni del capitale della società incorporante, con conseguente riduzione della partecipazione dei soci originari; l'assegnazione di azioni senza valore nominale; etc.), che rispettino comunque l'esigenza di assicurare ai soci dell'incorporata una partecipazione congrua rispetto ai rapporti economici delle società partecipanti alla fusione, ma che non implicino un aumento del capitale sociale dell'incorporante superiore alla somma del capitale sociale dell'incorporata, delle riserve dell'incorporata e delle riserve dell'incorporante imputabili a capitale.*

*La medesima conclusione deve ritenersi applicabile, mutatis mutandis, anche per la scissione, sia in ipotesi di scissione a favore di società preesistenti (nella quale si ri-produce una situazione sostanzialmente analoga a quella della fusione per incorporazione), sia in caso di scissione a favore di società di nuova costituzione (nella quale, invece, l'imputazione del disavanzo da concambio rappresenta addirittura una "conditio sine qua non" per poter dar corso all'operazione, ogni qual volta la parte di patrimonio assegnata ad una beneficiaria di nuova costituzione, pur avendo un valore effettivo positivo, presenti valori contabili negativi).*

*E' fatta salva ogni diversa conseguenza derivante dall'applicazione dei principi IAS - IFRS, per le società che li abbiano adottati in via obbligatoria o facoltativa.*

#### **MASSIMA N. 73**

#### **Diritto di voto "determinante" (artt. 2348, 2351 c.c. e 2468, comma 3, c.c.)**

*Si reputa legittima la clausola statutaria che attribuisce ad un singolo socio (nella s.r.l.) o ad una categoria di azioni (nella s.p.a.) il diritto di subordinare al proprio voto favorevole, o al voto favorevole di tutte o parte delle azioni della speciale categoria, l'approvazione di una o più deliberazioni assembleari, fatta eccezione (nella s.p.a.) per le deliberazioni di approvazione del bilancio e di nomina e di revoca delle cariche sociali, ai sensi dell'art. 2369, comma 4, c.c..*

#### **MASSIMA N. 74**

#### **Cause convenzionali di recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.)**

*L'atto costitutivo di s.r.l. e lo statuto di s.p.a. possono legittimamente prevedere il diritto di recesso, oltre che nelle ipotesi previste dalla legge:*

*(i) al verificarsi di (altri) determinati eventi, siano essi rappresentati da deliberazioni di organi sociali, ovvero da atti o fatti diversi, di qualsiasi natura;*

*(ii) al verificarsi di una "giusta causa", non specificamente determinata dall'atto costitutivo o dallo statuto;*

*(iii) al mero volere del socio recedente (c.d. recesso "ad nutum");*

*salva la necessità, in quest'ultimo caso, del preavviso di almeno 180 giorni, previsto dagli artt. 2437, comma 3, c.c., e 2473, comma 2, c.c..*

*Il diritto di recesso derivante da cause convenzionali può essere attribuito dall'atto costitutivo o dallo statuto sia alla generalità dei soci, sia ad alcuni di essi (nella s.r.l.) o ad una o più categorie di azioni (nella s.p.a.).*

*La determinazione del valore di liquidazione delle quote o azioni, nelle ipotesi di cause convenzionali di recesso, può essere disciplinata da criteri liberamente stabiliti dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche in totale deroga rispetto ai criteri di liquidazione fissati dalla legge per le cause legali di recesso.*

#### **MASSIMA N. 75**

#### **Aumento delegato del capitale sociale nella s.r.l. (art. 2481, comma 1, c.c.)**

*La disposizione dell'atto costitutivo di s.r.l. che attribuisce agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale, ai sensi dell'art. 2481, comma 1, c.c., può fissare liberamente i limiti quantitativi e temporali della delega, senza che, in relazione a questi ultimi, trovi applicazione quanto disposto dall'art. 2443 c.c. per l'analoga fattispecie nella s.p.a..*

*E' legittima l'attribuzione agli amministratori della facoltà di decidere un aumento del capitale sociale non offerto a tutti i soci in proporzione alle partecipazioni da essi detenute, a fronte di conferimenti sia in denaro che in natura, purché l'atto costitutivo ne determini, in ossequio allo stesso art. 2481, comma 1, c.c., limiti e modalità di esercizio. In tal caso, il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2481-bis, comma 1, ult. periodo, c.c., spetta (nei termini e con le modalità disciplinati dall'atto costitutivo ai sensi dell'art. 2473, comma 1, c.c.) a tutti i soci cui non venga offerto il diritto di opzione in sede di aumento di capitale deciso dagli amministratori.*

*La facoltà degli amministratori di aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2481, comma 1, c.c., può essere introdotta con una modificazione dell'atto costitutivo, con le ordinarie maggioranze previste dalla legge o dall'atto costitutivo medesimo.*

#### **MASSIMA N. 76**

#### **Versamento dei venticinque centesimi dei conferimenti in sede di costituzione e di aumento di capitale (artt. 2342, comma 2, 2439, comma 1, 2464, comma 4, e 2481-bis, comma 4, c.c.)**

*L'obbligo di versamento dei venticinque centesimi dei conferimenti in denaro, previsto dagli artt. 2342, comma 2, c.c. (in sede di costituzione), e 2439, comma 1, c.c. (in sede di aumento di capitale), va riferito, oltre che all'ammontare complessivo del capitale sociale, anche all'ammontare del conferimento dovuto per ciascuna azione, in modo che tutte le azioni risultino sempre liberate per i 25 centesimi del loro valore nominale. Ciò significa, in ipotesi di assegnazione proporzionale delle azioni ai soci, che l'obbligo di versamento dei venticinque centesimi dei conferimenti in denaro può intendersi rispettato:*

*(i) sia qualora ciascun socio abbia versato il 25 per cento dei conferimenti da lui dovuti;*

*(ii) sia qualora uno o più soci abbiano versato il 25 per cento dei conferimenti da loro dovuti, oltre al 25 per cento dei conferimenti dovuti da uno o più altri soci, con imputazione di tale versamento alla parziale liberazione delle azioni assegnate a questi ultimi, di guisa che tutte le*

azioni della società risultino liberate per i 25 centesimi del loro valore nominale.

*Il citato obbligo non può invece dirsi rispettato qualora il versamento dei 25 centesimi del valore nominale complessivo delle azioni emesse dalla società venga effettuato solo da uno o più soci, in misura superiore al 25 per cento del valore nominale delle azioni ad essi assegnate, senza imputazione di tale eccedenza alla parziale liberazione delle azioni assegnate agli altri soci, di guisa che alcune azioni della società risultino liberate in misura superiore al 25 per cento, mentre altre azioni risultino liberate in misura inferiore.*

*Analoghi principi si intendono applicabili nella s.r.l., in relazione ai corrispondenti obblighi di versamento dei conferimenti in denaro, disposti dall'art. 2464, comma 4, c.c. (in sede di costituzione) e dall'art. 2481-bis, comma 4, c.c. (in sede di aumento di capitale).*

#### **MASSIMA N. 77**

#### **Conferimenti in natura e successiva trasformazione da s.r.l. in s.p.a. (artt. 2343, 2465 e 2500-ter c.c.)**

*La deliberazione di trasformazione in s.p.a. di una s.r.l. il cui capitale sia stato, in tutto od in parte, formato mediante conferimenti di beni in natura o di crediti, non richiede la redazione della relazione di stima di cui agli artt. 2500-ter, comma 2, e 2343 c.c..*

*E' legittimo deliberare nella stessa assemblea l'aumento del capitale della s.r.l. mediante conferimenti di beni in natura o di crediti, sulla base della relazione di stima redatta ai sensi dell'art. 2465 c.c., e la trasformazione in s.p.a., anche quando detto aumento sia necessario per raggiungere il capitale minimo della s.p.a..*

#### **MASSIMA N. 78**

#### **Limite all'emissione di obbligazioni e ultimo bilancio approvato (art. 2412 c.c.)**

*Per la determinazione del limite all'emissione di obbligazioni previsto dell'art. 2412 c.c., il riferimento all'ultimo bilancio approvato, contenuto nel primo comma della norma, va interpretato nel senso che l'importo complessivo per cui possono essere emesse le obbligazioni – non eccedente il doppio della somma del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili – deve essere determinato in base all'ultimo bilancio di esercizio approvato ovvero in base all'eventuale bilancio straordinario (se del caso approvato anche ai fini della stessa emissione) che costituisce, temporalmente, l'ultimo bilancio approvato.*

*Eventuali perdite risultanti dall'ultimo bilancio approvato devono essere imputate al patrimonio netto in conformità ai principi generali in materia e quindi a partire dalle riserve non vincolate o meno vincolate.*

#### **MASSIMA N. 79**

#### **Derogabilità dei quorum di cui all'art. 2479, commi 1 e 4, c.c.**

*Con apposita clausola statutaria è lecito derogare, tanto in diminuzione quanto in aumento, alla quota – 1/3 del capitale – stabilita dall'art. 2479*

*c.c. per avocare ai soci una decisione di competenza dell'organo amministrativo e per richiedere l'osservanza del procedimento assembleare nell'adottare decisioni che per statuto e per legge possono essere assunte in via extraassembleare.*

#### **MASSIMA N. 80**

##### **Legittimazione all'intervento in assemblea di s.p.a in assenza dell'obbligo di preventivo deposito delle azioni (art. 2370 c.c.)**

*Per intervenire nell'assemblea di s.p.a., pur in assenza di una previsione statutaria che preveda il preventivo deposito delle azioni presso la sede sociale o le banche indicate nell'avviso di convocazione, è necessaria l'esibizione dei certificati azionari regolarmente intestati o muniti di una serie continua di girate.*

*L'obbligo della società di provvedere "all'iscrizione nel libro dei soci di coloro che hanno partecipato all'assemblea o che hanno effettuato il deposito, ovvero che risultino dalla comunicazione dell'intermediario", previsto dall'art. 2370, comma 3, c.c., si esaurisce nell'aggiornamento del libro soci mediante l'iscrizione dei (soli) soci non ancora iscritti, e non impone l'annotazione di tutti i soggetti intervenuti all'assemblea o che abbiano effettuato il deposito o che risultino dalle comunicazioni degli intermediari.*

#### **MASSIMA N. 81**

##### **Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)**

*In caso di trasformazione di società di capitali in società di persone (art. 2500-sexies c.c.) o di trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.), gli amministratori possono essere esonerati, espressamente o anche implicitamente, dall'obbligo di redigere la relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione come anche dal deposito della relazione presso la sede sociale con il consenso unanime dei soci, i quali possono altresì rinunciare al termine di deposito della relazione stessa presso la sede sociale.*

#### **MASSIMA N. 82**

##### **Attribuzione statutaria della competenza per la convocazione dell'assemblea (artt. 2366 e 2479-bis c.c.)**

*Ferma restando la competenza collegiale attribuita dalla legge all'organo amministrativo e, nei casi previsti, all'organo di controllo, lo statuto della s.p.a. può attribuire il potere di convocazione dell'assemblea anche al presidente e/o a singoli componenti degli organi di amministrazione e controllo.*

*Nella s.r.l. lo statuto può attribuire il potere di convocazione dell'assemblea anche a singoli soci, sia a titolo di diritto particolare in favore di determinati soci sia quale potere connesso alla posizione di ogni socio.*

#### **MASSIMA N. 83**

### **Clausole statutarie per l'individuazione del presidente dell'assemblea (artt. 2371 e 2479-bis c.c.)**

*Sono conformi agli artt. 2371 e 2479-bis, comma 4, c.c. le clausole statutarie che, fermo restando il criterio residuale della nomina del presidente dell'assemblea da parte degli intervenuti, individuano tale figura:*

- mediante associazione ad una carica sociale (es. amministratore unico, presi-dente o componente di un organo collegiale, liquidatore, direttore generale);*
- mediante indicazione nominativa o rinvio a designazione da parte di soggetto determinato o determinabile (siano o no i designati e i designanti soci, titolari di cariche sociali o terzi estranei);*
- mediante qualsiasi altro criterio idoneo ad assicurarne la determinabilità in ogni assemblea sociale.*

*Alla condizione dell'assenza del primo indicato, che porta all'attribuzione della carica di presidente ad un indicato in subordine, va equiparata in via interpretativa, quand'anche non sia esplicitato nella clausola, ogni ipotesi di impedimento e/o di rifiuto di assunzione della carica da parte del primo indicato, pur presente in assemblea.*

### **MASSIMA N. 84**

#### **Controllo di legittimità di deliberazioni di società estere che assumono la nazionalità italiana (art. 2436 c.c. e art. 106 l. not.)**

*Il notaio italiano, presso il quale viene depositato ai sensi dell'art. 106 l. not. il verbale redatto all'estero di assemblea di società estera, che trasferisca la sede in Italia ed assuma la nazionalità italiana, è competente a verificare la legittimità dell'atto e la sussistenza delle "condizioni stabilite dalla legge" per l'iscrizione nel registro delle im-prese, nonché a depositare la domanda per l'iscrizione medesima.*

### **MASSIMA N. 85**

#### **Limiti di efficacia della clausola di prelazione c.d. "impropria" negli statuti di s.p.a. (art. 2355-bis c.c.)**

*Devono ritenersi inefficaci (salvo che sia espressamente previsto il diritto di re-cesso) le clausole di prelazione contenute in statuti di s.p.a. che attribuiscono il diritto di esercitare la prelazione, al di là dei limiti temporali di cui all'art. 2355-bis, comma 1, c.c., per un corrispettivo, diverso da quello proposto dall'alienante, determinato con criteri tali da quantificarlo in un ammontare significativamente inferiore a quello che risulterebbe applicando i criteri di calcolo previsti in caso di recesso.*

### **MASSIMA N. 86**

#### **Clausola di prelazione c.d. "impropria" negli atti costitutivi di s.r.l. e diritto di recesso (art. 2469 c.c.)**

*Sono efficaci le clausole di prelazione contenute in atti costitutivi di s.r.l. che, con riferimento alla circolazione delle quote, attribuiscono il diritto di esercitare la prelazione, per un corrispettivo, diverso da quello proposto*



*dall'alienante, determinato con criteri tali da quantificarlo in un ammontare anche significativamente inferiore a quello che risulterebbe applicando i criteri di calcolo previsti in caso di recesso. In tale ipotesi, al socio che dovrebbe subire tale decurtazione spetta, ai sensi dell'art. 2469, comma 2, c.c., il diritto di recesso.*

#### **MASSIMA N. 87**

#### **Deposito presso la sede sociale dei documenti richiesti ai fini della deliberazione di fusione o scissione (art. 2501-septies c.c.)**

*L'obbligo di cui all'articolo 2501-septies c.c. è correttamente adempiuto anche qualora il deposito dei documenti ivi elencati abbia luogo in date diverse. In tal caso il termine di trenta giorni previsto dalla legge – ove non rinunciato all'unanimità dai soci – deve essere rispettato con riferimento al deposito dell'ultimo documento.*

*Per altro verso, ai fini del computo del termine di centoventi giorni dalla data di riferimento della situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater c.c. – ovvero del termine di sei mesi ove si tratti del bilancio di esercizio – assume rilevanza il deposito presso la sede sociale del solo progetto di fusione o di scissione.*

#### **MASSIMA N. 88**

#### **Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di "covendita" delle partecipazioni**

*Si reputano legittime le clausole statutarie che prevedono, in caso di vendita di partecipazioni in s.p.a. o in s.r.l., il diritto e/o l'obbligo dei soci diversi dall'alienante di vendere contestualmente, a loro volta, le partecipazioni possedute; queste clausole, tut-tavia, restano soggette alle disposizioni relative ai limiti alla circolazione delle partecipazioni, proprie dei rispettivi tipi sociali (s.p.a. o s.r.l.) e – ove prevedano l'obbligo di vendita – devono essere compatibili con il principio di una equa valorizzazione della partecipazione obbligatoriamente dismessa.*

#### **MASSIMA N. 89**

#### **Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare l'adeguamento dello statuto di s.p.a. a disposizioni normative (art. 2365, comma 2, c.c.)**

*Per adeguamento dello statuto a disposizioni normative ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2365, comma 2, c.c., si deve intendere qualsiasi intervento sul testo statutario che ne permetta il transito da una posizione di "non conformità" ad una posizione di "conformità" all'ordinamento.*

*La "non conformità" del testo rileva a tal riguardo anche se ipotetica, nel senso che l'esercizio del potere di adeguamento si reputa legittimo anche al solo fine di esplicitare una interpretazione della clausola statutaria che, se fosse diversamente interpretata, non sarebbe conforme all'ordinamento.*

*La "non conformità" del testo statutario all'ordinamento può derivare sia dal conflitto con disposizioni normative di vecchia o di nuova introduzione (derivanti da qualsiasi fonte, primaria o secondaria) sia dalla "imposizione"*

*di interpretazioni di disposizioni esistenti da parte di autorità dotate della relativa competenza.*

*Il potere di adeguamento attribuito ad organo diverso dall'assemblea include il potere di autonoma scelta del testo da introdurre in sostituzione di quello non conforme, purché la clausola così introdotta risulti lecita e giustificabile in rapporto alla finalità di adeguamento.*

#### **MASSIMA N. 90**

#### **Aumento di capitale con esclusione dell'opzione nei limiti del dieci per cento nelle società quotate: quorum assembleari e modifica statutaria (art. 2441, comma 4, secondo periodo, c.c.)**

*La deliberazione dell'assemblea straordinaria di società con azioni quotate in mercati regolamentati che inserisce nello statuto la clausola che prevede l'esclusione del diritto di opzione nei limiti e alle condizioni previste all'art. 2441, comma 4, secondo periodo, c.c., è validamente assunta – salvo che lo statuto disponga maggioranze più elevate – con i quorum previsti agli artt. 2368 e 2369 c.c., applicabili altresì alla deliberazione di aumento del capitale assunta in conformità alla clausola statutaria predetta.*

*In attuazione del principio secondo cui il disposto dell'art. 2436 c.c. non impedisce l'assunzione di deliberazioni fondate su modificazioni statutarie regolarmente approvate in assemblea ma non ancora iscritte nel registro delle imprese, è consentito che, nella medesima assemblea straordinaria, sia deliberato l'inserimento in statuto della clausola sopra menzionata e sia quindi approvato l'aumento di capitale disciplinato dalla clausola stessa, alle condizioni e nei limiti di cui al ripetuto art. 2441, comma 4, secondo periodo, c.c.; l'efficacia della deliberazione di aumento di capitale resterà tuttavia subordinata all'iscrizione nel registro delle imprese sia della clausola che la consente, sia dell'aumento di capitale medesimo.*

#### **MASSIMA n. 91**

#### **Clausola statutaria di rinvio a disposizioni di legge successivamente modificate**

*La clausola statutaria rinviante a una disposizione di legge (es. art. 2486 c.c. an-te riforma) va interpretata, alla stregua dei criteri di interpretazione oggettiva degli statuti societari, come rimando alla disciplina pro tempore vigente (anche se diversa da quella vigente al tempo della introduzione della clausola di rinvio), salvo che dal medesimo statuto evinca l'inequivoca adozione di una regola convenzionale coincidente con quella vigente al momento della introduzione della clausola di rinvio, con effetto di escludere il recepimento automatico di eventuali future modifiche normative.*

#### **MOTIVAZIONE**

E' nota la persistenza, in statuti di s.p.a. e di s.r.l., di clausole strettamente connesse con un assetto normativo inciso da successive modifiche legislative, con il conseguente problema della ricostruzione del significato e della portata di quelle clausole in dipendenza degli intervenuti cambiamenti. La riforma societaria del 2003 ha reso particolarmente evidente, con riguardo alle società già esistenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. 6/2003, un problema che si

può ormai prevedere come ricorrente, data l'accresciuta disponibilità del legislatore a frequenti interventi in materia (si pensi ai continui adeguamenti della disciplina delle società quotate e agli aggiornamenti imposti al sistema delle società di capitali dalle fonti comunitarie). Vengono qui in considerazione non già le clausole la cui portata originaria non sia più compatibile con l'ordinamento, le quali saranno affette da nullità sopravvenuta e sostituite automaticamente dalla nuova disciplina inderogabile, bensì le clausole la cui portata originaria, in linea con la normativa dell'epoca, sia ancora compatibile con l'ordinamento, che ha però nel frattempo modificato la normativa di base.

Quando infatti le clausole statutarie fanno riferimento alle regole di legge – si tratti di norme (totalmente o parzialmente) disponibili ovvero di norme un tempo inderogabili e successivamente modificate in senso più liberale –, vi è sempre il dubbio che chi le ha introdotte intendesse attenersi a scelte normative (dal legislatore valutate come le regole più eque del caso medio) quali rilevabili nel momento in cui si tratta di applicare quelle clausole ovvero intendesse sposare e recepire proprio quelle regole di base vigenti nel momento della introduzione delle clausole, con esclusione del recepimento automatico di qualsiasi loro successivo cambiamento.

Il problema enunciato, se fosse da risolversi esclusivamente interpretando la volontà dei soci che introdussero le clausole, si ridurrebbe ad una *quaestio facti*. Ma in contrario va ricordato che, allorché viene in considerazione la ricostruzione del senso di una clausola statutaria, occorre non trascurare che:

1.i) la clausola potrebbe essere stata introdotta con il dissenso o la non partecipazione alla decisione di alcuni soci, i quali comunque non possono sottrarsi agli effetti di una clausola che altri ha voluto;

ii) la compagine sociale, nel momento dell'applicazione della clausola, potrebbe essere (in tutto o in parte) diversa da quella che aveva introdotto la clausola, la cui effettiva volontà, in tal caso, sarà con buone probabilità ignota ai soci attuali;

iii) quand'anche nel momento dell'applicazione della clausola la compagine sociale sia la medesima che l'ha introdotta all'unanimità, in primo luogo è possibile che nessuna scelta consapevole sia stata compiuta dai soci al momento della sua introduzione e in secondo luogo va considerato che al rispetto e alla portata della clausola (specie per le conseguenze che possono attenerne alla validità e alla stabilità delle decisioni sociali, nonché ai diritti/obblighi sociali e, quindi, al valore delle partecipazioni) possono essere interessati anche diversi soggetti terzi (es. contraenti con la società, enti pubblici, aspiranti soci): e non sembra possibile assegnare ad una stessa clausola significati diversi a seconda che vengano o no in evidenza profili che trascendono gli interessi dei soci che l'hanno introdotta; iv) tra i terzi interessati è inclusa l'autorità competente ad effettuare il controllo di legalità/iscrivibilità delle delibere che vi sono soggette (là dove la clausola incida

sulla conformità della delibera allo statuto), la quale autorità - anche per il breve termine entro il quale quel controllo va effettuato - non può che basare la propria attività di controllo sul testo statutario, non avendo in genere strumenti, alternativi o integrativi rispetto allo statuto, per ricostruire la volontà sottostante alla clausola;

v) nemmeno è sempre possibile riconoscere dal testo statutario quale fosse l'assetto normativo di riferimento all'epoca della introduzione della clausola: mentre il rinvio ad un articolo che non regola più la materia affrontata nella clausola statutaria (es. art. 2486, nell'ambito della determinazione dei quorum decisionali nella s.r.l., ora contenuti nell'art. 2479-bis; art. 2410, per i limiti all'emissione delle obbligazioni, ora contenuti nell'art. 2412) mette in allerta il suo lettore, la modifica di una norma dispositiva senza spostamento ad altra sede della regolamentazione della materia (es. eliminazione del deposito delle azioni per l'intervento in assemblea nell'art. 2370 c.c.; modifica dei presupposti per l'assemblea totalitaria nell'art. 2366; modifica dei limiti alla rappresentanza in assemblea nell'art. 2372) non è percepibile da chi, nell'interpretare una clausola di rinvio ad una precisa disposizione di legge (es. rinvio al predetto art.

2370 circa le regole di legittimazione all'intervento in assemblea), non può vedersi addossato il gravoso onere di verificare quale fosse il testo della norma richiamata alla data della creazione della clausola di rinvio (ma, d'altro canto, la ricostruzione del senso della clausola non può variare in relazione alla riconoscibilità o non riconoscibilità delle modifiche delle norme di legge richiamate).

Tutto ciò, che vale in modo identico per s.p.a. e s.r.l., depone per la necessità che l'interpretazione della clausola statutaria sia condotta sempre con criteri oggettivi, avendo come termine di riferimento il testo statutario nella sua interezza, testo al quale lo stesso legislatore concede assoluta prevalenza persino rispetto all'atto costitutivo

(cfr. art. 2328, ult. comma, in tema di s.p.a., con disposizione suscettibile di essere estesa ad ogni altro tipo capitalistico e alle cooperative, data la identità dei presupposti), a dimostrazione che su ogni considerazione di ordine storico-soggettivo deve prevalere per ragioni di certezza e generale affidamento quanto risulta dal documento statutario quale complesso delle regole tempo per tempo vigenti e facilmente accertabili.

Il significato della singola clausola di rinvio deve allora essere ricostruito alla luce del modo con il quale vengono richiamate le norme di legge. Sotto tale profilo si danno le ipotesi:

(a) del rinvio generico alla legge tout court o alla normativa regolante il tipo sociale interessato (es. rinvio alle norme in tema di s.r.l. o di s.p.a.) o ad un determinato settore normativo (es. norme in tema di controllo sulla gestione o di obbligazioni);

(b) del rinvio a precisi articoli individuati con il proprio numero (es. artt. 2486, 2370, 2410, 2372) o con altro sistema identificativo, come la rubrica;

(c) del rinvio attuato mediante riproduzione integrale o sintetica o parafrastica del contenuto di una disposizione, sia o no preceduta o seguita dal richiamo all'articolo che la contiene (o la conteneva).

Nelle ipotesi (a) e (b) quanto sopra rilevato porta ad aggiornare il richiamo normativo sulla base delle modifiche intervenute, applicando il diritto vigente alla data di applicazione della clausola, quantunque difforme da quello vigente al tempo della sua creazione e indipendentemente dal fatto che tale diversità emerga per il rinvio a disposizioni ormai palesemente fuori contesto (il rinvio agli artt. 2486 e 2410 va quindi oggi inteso come rinvio agli artt. 2479-bis e 2412) o non emerga affatto (es. artt. 2370, 2372), se non in forza di inesigibili indagini storiche. Ciò a meno che non risulti dallo

statuto medesimo una esplicita esclusione delle future modifiche (derogabili) delle norme di rinvio, come avverrebbe ove vi fosse una clausola statutaria che per singole ipotesi o in generale precisasse che i rinvii alla legge ivi contenuti vadano intesi come rinvii proprio alla legge esistente alla data di redazione dello statuto o di particolari clausole (che allora dovrebbe opportunamente risultare in statuto) con esplicito lecito rifiuto di automatici aggiornamenti.

Viceversa nell'ipotesi (c) la riproduzione (totale, sintetica o parafrastica) del testo normativo va oggettivamente interpretata come opzione statutaria per il diritto dell'epoca, con esclusione dell'automatico recepimento (ove consentito) di future modifiche, e ciò indipendentemente dalle ragioni storiche per cui il redattore della clausola si è orientato per quella riproduzione (le quali potrebbero consistere nella volontà di rendere imm modificabile per via extraassembleare la regola prescelta, ma potrebbero anche ridursi al solo scopo di più agevole rinvenimento e più sicura memoria della regola di legge). Tali ragioni, infatti, per definizione non contano per chi ritenga doveroso adottare un criterio rigorosamente oggettivo di interpretazione del testo statutario e debba allora rilevarne la portata letterale in modo da tutelare l'affidamento che vi si può ragionevolmente riporre, di là dalle difficilmente ricostruibili volontà di chi ne è autore (le quali potranno semmai rilevare su altri piani, come quello della pretesa, fondata sulla regola della buona fede, ad un adeguamento dello statuto in linea con le volontà e gli accordi iniziali). Anche in tal caso, è ovvio, l'attenta lettura del testo statutario potrebbe capovolgere l'esito interpretativo, ove dallo

stesso fosse chiaramente e oggettivamente rilevabile che la riproduzione della iniziale regola di legge non risponde all'intento di escludere l'automatico recepimento delle sue future evoluzioni.

## **MASSIMA n. 92**

### **Deroga al divieto statutario di trasferimento delle partecipazioni (artt. 2355 bis - 2469 c.c.)**

*Non è sufficiente il consenso dei soci, espresso al di fuori di un'assemblea straordinaria (nella s.p.a.) o di un'assemblea che deliberi con le maggioranze e con le forme necessarie per modificare l'atto costitutivo (nella s.r.l.), per trasferire con effetto verso la società le azioni o le partecipazioni la cui circolazione è vietata dallo statuto in conformità al disposto degli articoli 2355 bis, comma 1, o 2469 c.c..*

*Nella s.p.a. è comunque legittima la clausola che - nel limite temporale di cinque anni previsto dall'art. 2355 bis, comma 1, c.c. - preveda il divieto del trasferimento delle azioni e nel contempo l'ammissibilità del trasferimento stesso in presenza del consenso dei soci.*

*Nella s.r.l. la medesima clausola determina il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2469, comma 2, salva la possibilità di escluderlo limitatamente ad un periodo massimo di due anni.*

## **MOTIVAZIONE**

Il divieto statutario di trasferimento delle partecipazioni ha trovato spesso applicazione nella prima prassi societaria post-riforma: può accadere che, introdotto nello statuto il divieto di trasferimento, si manifesti la necessità o l'opportunità di trasferire delle partecipazioni e che tutti i soci si dichiarino disponibili "una tantum" a consentire tale trasferimento.

Occorre a nostro avviso considerare separatamente l'ipotesi in cui la clausola di qua sia formulata in pedissequa aderenza alle norme di legge dalla diversa ipotesi in cui la clausola sia redatta in modo tale da consentire il trasferimento in presenza di eventi determinati, dei quali il più usuale e frequente è rappresentato dal consenso degli (altri) soci.

Partendo dalla prima ipotesi, può apparire quantomeno oneroso stabilire la necessità di una doppia modifica statutaria da parte dell'assemblea - che dovrebbe prima sopprimere il divieto di trasferimento per reintrodurlo una volta che sia stata realizzata l'operazione desiderata.

Giova ricordare che la disciplina legale prevista per le modificazioni dell'atto costitutivo trova applicazione soltanto nei confronti delle clausole di cui sia riconosciuta la natura statutaria in senso proprio, al di là del loro formale inserimento nel documento: nei limiti della presente indagine e per quanto interessa l'attività di controllo notarile, si può ragionevolmente affermare che il divieto di trasferimento delle partecipazioni, se rivolto genericamente ai soci o ad una categoria di azioni, è patto di natura sociale, assoggettato alla relativa disciplina. Pertanto, in quanto clausola statutaria contenente un patto sociale, il divieto di trasferimento potrà essere disatteso soltanto utilizzando il procedimento decisionale proprio dell'organizzazione corporativa (e cioè la deliberazione collegiale) e risulterà comunque operante nei confronti dell'organo amministrativo, poichè gli amministratori sono tenuti a conformare il loro operato allo statuto in senso materiale (v. art. 2392, comma 1, c.c.); sarà così fonte di responsabilità per gli amministratori stessi iscrivere nel libro soci il trasferimento effettuato - seppur con il consenso totalitario dei soci - senza la preventiva abrogazione della clausola.

Affermata l'inderogabilità occasionale in via extra assembleare del divieto di trasferimento in relazione alle clausole formulate in pedissequa aderenza alle norme di legge, resta da esaminare la seconda ipotesi e cioè se alla relativa problematica si possa ovviare mediante l'inserimento nella clausola stessa dell'eccezione al suo operare, che consisterà il più delle volte, come detto, nella necessità del consenso al trasferimento da parte di tutti (od alcuni) degli altri soci, ma che potrebbe anche essere rappresentata, ad esempio, dalla inapplicabilità del divieto ad alcune fattispecie negoziali

di trasferimento (il pegno, la donazione...) ovvero a trasferimenti operati a favore di determinati soggetti o categorie di soggetti (i soci, le società da questi controllate...). Tali casi, della cui legittimità non si può dubitare (atteso che siffatte esclusioni convenzionali dal divieto statutario di trasferimento si sostanziano in divieti di alienazione oggettivamente o soggettivamente parziali) differiscono però dalla clausola che preveda l'espressione di un consenso al fine del legittimo trasferimento della partecipazione, in quanto, solo se così formulata la clausola de qua risulta difficilmente distinguibile

dalla (ed anzi sostanzialmente equiparabile alla) clausola di mero gradimento, di guisa che soltanto in tale ipotesi saranno applicabili le "sanzioni" previste dall'ordinamento per l'impedimento all'esercizio del diritto di exit, e cioè inefficacia della clausola inserita nello statuto di s.p.a. (art. 2355 bis, comma 2, c.c.) o diritto di recesso nel caso di s.r.l. (art. 2469, comma 2, c.c.).

Tuttavia proprio questa sostanziale equiparazione alla clausola di mero gradimento, e quindi l'applicabilità (in toto) della disciplina inderogabile in tema di trasferibilità delle partecipazioni, consente a nostro avviso almeno due considerazioni.

La clausola che vieta il trasferimento delle partecipazioni salvo il consenso degli altri soci, inserita nello statuto di s.p.a. (con azioni nominative o non emesse), è efficace quando il divieto è contenuto nel limite temporale di cinque anni ed analogamente, se prevista nello statuto di s.r.l., può essere accompagnata all'esclusione del diritto di recesso nel limite temporale di due anni; è palese infatti, anche in tema di s.p.a., che l'incidenza del vincolo apposto in tali ipotesi alla circolazione della partecipazione (consenso degli altri soci o, se si vuole, mero gradimento) è comunque di grado inferiore al divieto assoluto di trasferibilità.

Quando invece non siano espressi limiti temporali di operatività conformi a quelli di cui all'articolo 2355 bis, nella s.p.a. la clausola sarà efficace unicamente nell'ipotesi in cui sia prevista l'applicazione, per il caso di mancato consenso trasferimento, dei "correttivi" indicati nell'art. 2355 bis stesso, comma 2, c.c. e cioè obbligo di acquisto a carico della società o degli altri soci oppure diritto di recesso dell'alienante. Ad identiche conclusioni questa Commissione è del resto già pervenuta in tema di prelazione impropria (vedi massime 85-86); si ricordano inoltre i principi affermati in tema di gradimento nelle massime 31, 32, 33, 34.

### **MASSIMA n. 93**

#### **Riduzione "effettiva" del capitale durante la fase di liquidazione (artt. 2445, 2482, 2488 e 2491 c.c.)**

*E' legittima la delibera di riduzione del capitale sociale ai sensi degli artt. 2445 e 2482 c.c. adottata durante la fase di liquidazione della società, fermo restando che la sua esecuzione mediante rimborso ai soci o liberazione degli stessi dall'obbligo di effettuare i versamenti ancora dovuti è soggetta ai limiti ed alle condizioni di cui all'art. 2491 c.c..*

### **MOTIVAZIONE**

Con la riforma del diritto societario la disciplina della riduzione effettiva del capitale sociale è radicalmente cambiata; la nuova normativa infatti, contenuta per le spa nello stesso art. 2445 c.c. e riprodotta per le srl, anche se con alcune differenze, nell'art. 2482 c.c., ha fatto venir meno il principale e caratterizzante requisito, quello dell'esuberanza del capitale, sul quale si era fondata tutta la dottrina (e la giurisprudenza) nella ricostruzione della ratio e dei limiti dell'istituto. Prima dell'entrata in vigore della riforma, lo stretto legame fra oggetto sociale e congruità dei mezzi a disposizione della società per perseguirlo, sottinteso e fondante la legittimità della delibera disciplinata dall'art. 2445 c.c. nel testo previgente, aveva indotto gran parte della giurisprudenza e parte della dottrina a sostenere l'incompatibilità

fra la delibera di riduzione del capitale per "esuberanza" e la fase di liquidazione, incompatibilità motivata sostanzialmente da due considerazioni:

- l'impossibilità di valutare l'esuberanza del capitale rispetto ad un oggetto non più perseguibile (essendo invece "scopo" della società in liquidazione appunto la liquidazione del proprio patrimonio, in primo luogo per la soddisfazione dei creditori ed in secondo luogo per l'attribuzione del residuo ai soci);
- il divieto di ripartizione dei beni sociali ai soci prima del soddisfacimento dei creditori - o dell'accantonamento delle somme necessarie a tal fine (art. 2280 c.c.), divieto sanzionato anche penalmente.

Venuto meno il requisito dell'esuberanza, ci si è interrogati sulla eventuale permanenza di presupposti e requisiti di validità della delibera di riduzione effettiva del capitale e si è giunti alla conclusione che questa, come ogni altra delibera, debba essere giustificabile nell'ottica dell'interesse sociale, anche solo nel senso di non porsi in contrasto con esso.

Nella fase di liquidazione detto interesse non si identifica più col perseguimento dell'oggetto sociale (più specificamente con "l'esercizio ... di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili") ma diventa l'ottenimento del miglior risultato economico attraverso non solo la liquidazione delle attività ma anche la riduzione dei costi e la gestione "in economia" della società (come emerge con chiarezza dal principio per cui anche gli amministratori, fin dal verificarsi della causa di scioglimento, devono dedicarsi esclusivamente alla "conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale").

Giova ricordare al proposito che anche il Tribunale di Milano si era espresso in favore di delibere che portassero ad una riduzione dei costi ordinari di gestione delle società in liquidazione, ammettendo sia la trasformazione che la riduzione di capitale per perdite.

La riduzione volontaria del capitale può essere strumentale alla riduzione dei costi di gestione, facendo venir meno i presupposti (eventualmente abbinata anche ad una delibera di trasformazione - da spa ad srl) per l'obbligo di nomina del collegio sindacale.

In fase di liquidazione c'è un'inversione degli interessi tutelati: in primo luogo quello dei creditori al proprio soddisfacimento, in secondo luogo e subordinatamente quello dei soci al riparto del residuo. Va considerato, peraltro, che l'operazione di riduzione "effettiva" del capitale sociale è caratterizzata da una tutela dei creditori sociali, che si realizza attraverso il loro diritto di opporsi alla delibera, addirittura più incisiva di quella ad essi fornita in relazione alla liquidazione, se si considera che i creditori non hanno alcuna possibilità di assumere iniziative rispetto all'atto ultimo della liquidazione, la redazione e la presentazione del bilancio finale, la cui impugnativa è prerogativa esclusiva dei soci.

Il secondo principale argomento addotto ante riforma a sostegno della tesi dell'inammissibilità di delibere come quella in esame, e cioè il divieto di distribuzione ai soci di anticipi sul riparto finale (tesi peraltro da taluni ridimensionata già ante riforma col correttivo della ripetibilità di quanto eventualmente attribuito ai soci), sembra superato dal secondo comma dell'art. 2491 c.c., ove appunto si ammette la possibilità di riparto tra i soci di anticipi sul risultato della liquidazione, a condizione che dai bilanci risulti permanere la disponibilità di somme sufficienti al pagamento dei creditori.

Date le considerazioni che precedono, sembra possibile ammettere che la delibera di riduzione effettiva del capitale nella fase di liquidazione sia legittima, fermo rimanendo che, come si desume dall'art. 2491 c.c., solo i liquidatori potranno poi valutare l'esistenza dei presupposti, anch'essi ricavabili dall'art. 2491 c.c., per anticipare, in esecuzione della delibera di riduzione del capitale, la restituzione ai soci di attività sociali.

Resta quindi responsabilità dei liquidatori verificare, una volta che la delibera di riduzione del capitale sia divenuta eseguibile, che sussistano le condizioni per la materiale esecuzione del rimborso e cioè che questo non incida sui mezzi necessari al soddisfacimento dei creditori sociali; qualora le condizioni previste dall'art. 2491 c.c. non sussistano, i liquidatori potranno accantonare le somme da rimborsare ai soci in una riserva "indisponibile" fino al termine della liquidazione ovvero, in analogia con quanto previsto dall'art. 2491 c.c., richiedere la "prestazione da parte dei soci di idonee garanzie" per l'eventuale restituzione delle somme incassate.

#### **MASSIMA n. 94**

#### **Rinvio dell'assemblea(art. 2374 c.c.)**

*Il rinvio dell'assemblea, sia esso disposto ai sensi dell'art. 2374 c.c. su richiesta della minoranza, sia esso deciso dalla maggioranza, deve avvenire con l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui i lavori assembleari dovranno proseguire: in difetto la nuova riunione costituirà altra assemblea e non prosecuzione della precedente.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'art. 2374 c.c. disciplina l'ipotesi in cui i soci, intervenuti in una assemblea regolarmente costituita, che rappresentino almeno un terzo del capitale rappresentato in assemblea, chiedano, dichiarandosi non sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione, un rinvio dell'assemblea stessa di non oltre cinque giorni.

Dottrina, giurisprudenza e prassi hanno ritenuto che la maggioranza possa comunque avvalersi della facoltà di rinvio dell'assemblea anche fuori di tali ipotesi e senza la limitazione temporale ivi prevista, anche se si discute in dottrina circa i limiti di tale facoltà.

In entrambi i casi si deve comunque trattare di un "rinvio" dell'assemblea che, già regolarmente costituita, prosegue i suoi lavori, senza tenere conto della mancanza di continuità temporale e/o spaziale e non già di una nuova forma "atipica" di convocazione assembleare lasciata alla discrezionalità dell'assemblea che la dispone.

Da questa premessa discende che la decisione di rinviare l'assemblea deve indicare gli elementi necessari e sufficienti perché i soci presenti in assemblea, al momento del rinvio, siano in grado di partecipare alla prosecuzione dei lavori assembleari. Non può peraltro negarsi la legittimità di una deliberazione di rinvio che obblighi gli amministratori ad informare del rinvio i soci non intervenuti o a "ricordare" a tutti i soci la data ed il luogo del rinvio stesso, già disposti dall'assemblea.

Non può invece ritenersi sufficiente una deliberazione che disponga il rinvio entro un certo termine lasciando all'organo amministrativo il potere-dovere di stabilire la data e/o il luogo in cui dovrà tenersi la riunione.

In tal caso si tratta non già di un rinvio, ma della vera e propria convocazione di una nuova riunione demandata agli amministratori senza rispettare le norme di legge e/o dello statuto e quindi al di fuori delle norme inderogabili fissate dall'ordinamento per la convocazione.

Qualora quindi la "nuova" riunione si tenga ugualmente, l'assemblea non potrà considerarsi "regolarmente convocata" (se ciò non è avvenuto nel rispetto delle



norme di legge e di statuto) e potrà svolgersi solo se l'assemblea sia da considerarsi totalitaria, non potendosi qualificare tale riunione come prosecuzione di pregressa assemblea regolarmente convocata.

#### **MASSIMA n. 95**

#### **Clausole limitative della circolazione di partecipazioni sociali, applicabili solo a determinate categorie di azioni o a singoli soci (artt. 2348, 2355-bis, 2468 e 2469 c.c.)**

*E' legittima la previsione statutaria di diverse regole di circolazione delle azioni di s.p.a. o delle partecipazioni di s.r.l., che siano applicabili non già a tutte le azioni o partecipazioni emesse dalla società, bensì solo ad alcune di esse.*

*Tale facoltà – che incontra ovviamente i medesimi vincoli imposti dalla legge per la generalità delle azioni o partecipazioni sociali – può riguardare sia le clausole comportanti limiti alla circolazione in senso proprio (ad es. prelazione, gradimento, etc.), sia le altre clausole riguardanti in senso lato il trasferimento delle azioni (ad es. tecniche di rappresentazione delle azioni, riscatto, recesso convenzionale, etc.).*

*In queste circostanze, il diverso regime di circolazione dà luogo: (i) nella s.p.a., a diverse categorie di azioni ai sensi dell'art. 2348 c.c., ciascuna delle quali caratterizzata dalle regole statutarie ad essa applicabili; (ii) nella s.r.l., a diritti particolari dei soci ai sensi dell'art. 2468 c.c., spettanti ai singoli soci cui si applica il diverso regime di circolazione.*

#### **MOTIVAZIONE**

L'ampliamento dell'autonomia statutaria nella determinazione del contenuto delle partecipazioni sociali e dei diritti dei soci, sia nella s.p.a. che nella s.r.l., in seguito alla riforma del 2003, non dovrebbe lasciare più dubbi sulla facoltà (peraltro già ampiamente riconosciuta ante riforma) di differenziare, nell'ambito della medesima compagine sociale, il regime di circolazione delle azioni o quote sociali.

Ciò può anzitutto concretarsi, con riferimento alle clausole più comunemente utilizzate, nell'applicazione di un determinato vincolo al trasferimento delle partecipazioni solo nei confronti di una parte delle azioni o di taluno dei soci nella s.r.l.. Oppure, con un maggior grado di complessità, potrebbe dar luogo all'attribuzione differenziata di diverse posizioni giuridiche soggettive, inerenti o derivanti dalle clausole limitative della circolazione, nei confronti di più categorie di azioni o nei confronti di diversi soci: si pensi ad esempio alla clausola di prelazione che vincoli solo una parte delle azioni, ma attribuisca il diritto di prelazione solo ad un'altra categoria di azioni. Lo stesso meccanismo potrebbe del resto avere ad oggetto altre tipologie di vincoli, nonché applicarsi, *mutatis mutandis*, ai soci di s.r.l..

Che simili differenziazioni dei regimi o dei limiti alla circolazione delle azioni, nell'ambito della medesima società, siano consentiti, come si diceva poc'anzi, non dovrebbe essere revocato in dubbio. Ciò a maggior ragione dopo il d.lgs. 6/2003, che offre qualche ulteriore spunto argomentativo in più, sì da non potersi più proporre la tesi restrittiva, invero già minoritaria prima della riforma. Basti pensare, ad esempio, al fatto che la stessa legge prevede la possibilità di applicare la clausola di riscatto – che in senso lato incide sul trasferimento delle azioni – anche ad una categoria di azioni, e non solo a tutte le azioni, come pure la norma espressamente prevede (art. 2437-sexies c.c.).

L'altro aspetto su cui si sofferma la massima concerne la qualificazione della situazione che viene a crearsi con le clausole di cui si discute. Si afferma in

particolare, per ciò che concerne le s.p.a., che esse danno luogo a vere e proprie categorie di azioni, ai sensi dell'art. 2348 c.c., accedendo così alla tesi che interpreta in senso estensivo il concetto di "diritti diversi", quale fondamento della nozione di categoria di azioni, ossia nel senso più generale di qualsiasi situazione giuridica soggettiva spettante al possessore delle azioni, in dipendenza di una norma statutaria avente come destinatarie solo una parte e non tutte le azioni emesse dalla medesima società. Con riferimento alla s.r.l., invece, l'attribuzione di diritti diversi ad una parte della compagine sociale passa in linea di principio attraverso l'istituto dei "diritti particolari dei soci", di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., il cui contenuto non va inteso limitato alle sole materie degli utili e dell'amministrazione, come si è avuto modo di sostenere in altra occasione in queste stesse massime (v. massima n. 39).

#### **MASSIMA n. 96**

#### **Efficacia delle sottoscrizioni di aumenti di capitale, prima del termine finale di sottoscrizione (artt. 2439, 2444, 2481-bis, c.c.)**

*E' legittima la clausola della deliberazione di aumento di capitale sociale a pagamento, con la quale (salvi gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione medesima, ai sensi dell'art. 2436, comma 5, c.c.) si stabilisca, in caso di aumento scindibile, l'immediata efficacia di ciascuna dichiarazione di sottoscrizione – anche prima del termine finale di sottoscrizione, prima del termine per l'esercizio del diritto di opzione e prima dell'integrale sottoscrizione dell'aumento deliberato – con conseguente attribuzione, al momento stesso della sottoscrizione, delle partecipazioni sottoscritte e della relativa legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.*

*In mancanza di espressa clausola che regoli l'efficacia nel tempo delle sottoscrizioni (nel senso di cui sopra ovvero prevedendo la possibilità di eseguire "per tranches" la delibera di aumento), si deve ritenere che le sottoscrizioni degli aumenti di capitale sociale a pagamento, sia scindibili che inscindibili, producano i loro effetti a decorrere dall'integrale sottoscrizione dell'aumento, ovvero, in caso di aumento scindibile sottoscritto solo in parte, a decorrere dallo spirare del termine finale di sottoscrizione.*

#### **MOTIVAZIONE**

La prima parte della massima afferma la legittimità della clausola della delibera di aumento, mediante la quale si prevede l'efficacia immediata delle sottoscrizioni anche parziali, in caso di aumento scindibile. L'assunto è persino scontato per quella parte della dottrina, seguita da alcune pronunce giurisprudenziali di merito, che ritiene essere proprio questo, in mancanza di contraria disposizione della deliberazione di aumento, il regime legale applicabile ad ogni ipotesi di aumento scindibile del capitale sociale.

Ciò nondimeno, l'espressa affermazione di tale principio, nonché l'affermazione della legittimità della previsione di immediata efficacia delle sottoscrizioni anche prima del termine di esercizio del diritto di opzione, paiono quantomeno opportune per superare i dubbi nascenti da altre posizioni dottrinali, più o meno rigide, a parere delle quali: (i) il termine iniziale di efficacia delle sottoscrizioni coinciderebbe con la conclusione dell'operazione e sarebbe materia non modificabile dalla deliberazione assembleare, risultando altrimenti compromesso il principio di parità di trattamento dei soci, alcuni dei quali potrebbero disporre dei diritti sociali prima di altri; oppure (ii) il termine iniziale di efficacia dell'aumento e delle singole sottoscrizioni, pur determinabile dall'autonomia negoziale in sede di deliberazione di aumento, non potrebbe essere posto prima

del termine finale di esercizio dell'opzione e che l'efficacia "progressiva", dopo tale termine, non potrebbe eccedere la periodicità prevista dall'art. 2420-bis, comma 4, c.c., ovvero sia ogni sei mesi.

Quanto sopra affermato, in ogni caso, va poi combinato sia con il principio dell'efficacia "costitutiva" dell'iscrizione della delibera di aumento nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2436, comma 5, c.c. (di guisa che l'efficacia propria delle sottoscrizioni non potrà comunque precedere detta iscrizione; sul tema v. la massima n. 7), sia con il problema della natura reale o consensuale della sottoscrizione dell'aumento di capitale (dal quale dipende l'efficacia della sottoscrizione a seconda che sia o meno accompagnata dal contestuale conferimento nella misura richiesta dalla legge). Temi, questi, sui quali non ci si sofferma ovviamente nell'ambito della massima, né della relativa motivazione.

Al fine di argomentare la legittimità della clausola illustrata nella prima parte della massima, può invece essere utile in questa sede ricapitolare brevemente i diversi passaggi della fase esecutiva degli aumenti di capitale a pagamento, in tutte le ipotesi in cui non vi sia, contestualmente alla deliberazione stessa di aumento, l'integrale sottoscrizione e liberazione delle azioni o quote di compendio dell'aumento. Essi possono così sintetizzarsi:

(a) iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento (per semplicità la si ipotizza precedente ai successivi passaggi, stante quanto sopra ricordato in ordine all'efficacia dell'iscrizione ai sensi dell'art. 2436, comma 5, c.c.);

(b) offerta in opzione delle azioni o quote di nuova emissione: essa consiste in una dichiarazione dell'organo amministrativo, rivolta ai soci, con la quale si apre la fase esecutiva dell'aumento, precisandosi (ove non fossero compiutamente determinati dall'assemblea) il quantitativo offerto, il prezzo di sottoscrizione, le modalità di versamento, il termine iniziale a decorrere dal quale la società riceverà le sottoscrizioni, il termine finale per l'esercizio dell'opzione, etc.; l'offerta viene comunicata personalmente ai soci, nella s.r.l., mentre viene iscritta nel registro delle imprese, nella s.p.a.;

(c) sottoscrizione delle azioni o quote (consistente nella dichiarazione di acquisire un determinato numero di azioni o una determinata quota a fronte del prezzo richiesto dalla società) e contestuale versamento (nelle misure richieste dalla legge); le sottoscrizioni devono essere effettuate dopo l'offerta in opzione, ed eventualmente decorso il termine iniziale fissato dalla società per l'esercizio delle opzioni; sempre contestualmente alle sottoscrizioni, debbono essere comunicate alla società le richieste di avvalersi della prelazione sull'inoptato, ai sensi dell'art. 2441, comma 3, c.c.;

(d) decorso del termine finale per l'esercizio dell'opzione, fissato dall'assemblea o dall'organo amministrativo in sede di offerta di opzione, nel rispetto del termine minimo dell'art. 2441, comma 2, c.c.;

(e) sottoscrizioni (e conferimenti) nell'esercizio delle prelazioni sull'inoptato, da parte dei soci che ne abbiano fatto richiesta come sopra ricordato (per semplicità si omette la diversa procedura operante per le società quotate);

(g) decorso del termine per la prelazione sull'inoptato, se determinato direttamente nella deliberazione assembleare di aumento oppure successivamente dall'organo amministrativo;

(h) collocamento (e relativa sottoscrizione e liberazione) delle azioni eventualmente ancora non sottoscritte, ad opera dell'organo amministrativo, secondo criteri e modalità che, in assenza di eventuali direttive o limiti posti dalla deliberazione assembleare di nomina, vengono stabiliti dall'organo amministrativo stesso nell'interesse della società;

(i) decorso del termine finale per la sottoscrizione dell'aumento, necessariamente determinato dall'assemblea in sede di deliberazione di aumento, trattandosi di elemento inderogabilmente richiesto dall'art. 2439 c.c. (e dall'art. 2481-bis c.c. per la s.r.l.); se l'aumento è inscindibile, come prevede con regola suppletiva la norma appena citata, esso non produce alcun effetto se entro detto termine non è integralmente sottoscritto: l'intera procedura viene pertanto travolta sin dall'origine, con la conseguenza che neppure le sottoscrizioni producono alcun

effetto e i versamenti eseguiti debbono essere restituiti ai sottoscrittori; in ogni altro caso (aumento inscindibile integralmente sottoscritto, aumento scindibile integralmente sottoscritto ed aumento scindibile parzialmente sottoscritto), l'aumento consegue il proprio obiettivo e di ciò occorre dare pubblicità, secondo quanto indicato di seguito;

(m) iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione di avvenuta sottoscrizione, imposta per la s.p.a. dall'art. 2444 c.c. e per la s.r.l. dall'art. 2481-bis, comma 6, c.c., nonché deposito nel registro delle imprese del testo di statuto riportante la cifra aggiornata del capitale sociale sottoscritto, richiesto dall'art. 2436, comma 6, c.c., in tema di s.p.a. ed applicabile per rinvio anche alla s.r.l.; tali adempimenti debbono essere eseguiti "nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione" (art. 2444, comma 1, c.c.) e contestualmente tra loro, dovendosi applicare anche in tale circostanza l'art. 14, comma 5, d.p.r. 581/1995 (regolamento istitutivo del registro delle imprese), laddove prevede che il deposito dello statuto aggiornato va effettuato con la medesima domanda con cui si chiede l'iscrizione della deliberazione modificativa (qui sostituita dalla domanda di iscrizione dell'attestazione di avvenuta sottoscrizione dell'aumento di capitale); eseguita tale iscrizione, e solo dopo tale momento, l'aumento di capitale "può essere menzionato negli atti della società" (art. 2444, comma 2).

Ciò ricordato in ordine ai vari passaggi della fase esecutiva dell'aumento, si può cercare di argomentare quanto affermato nella prima parte della massima. Anzitutto va sgombrato il campo dal possibile equivoco che l'adempimento pubblicitario da ultimo menzionato sub (m), previsto dall'art. 2444 c.c., abbia impatto alcuno sul tema dell'efficacia della deliberazione di aumento e delle relative sottoscrizioni. La norma invero, nell'affermare che solo dopo tale adempimento l'aumento "può essere menzionato negli atti della società" si pone sul medesimo piano di quanto prescrive l'art. 2250 c.c. in ordine all'obbligo di indicare l'ammontare del capitale sociale negli "atti e nella corrispondenza" della società. Dal combinato disposto delle due norme, in altre parole, deriva che: (i) per l'indicazione del capitale sottoscritto occorre far riferimento all'ammontare risultante dall'atto costitutivo e dai successivi eventuali aumenti, solo dopo l'iscrizione dell'avvenuta sottoscrizione ex art. 2444 c.c.; (ii) per l'indicazione del capitale versato si deve far riferimento agli effettivi versamenti via via eseguiti dai soci; (iii) per la determinazione del capitale esistente ci si può (e deve) limitare all'indicazione delle eventuali perdite, al netto delle riserve, risultanti dall'ultimo bilancio, senza necessità di aggiornamenti in corso d'anno.

La norma pertanto non concerne gli effetti "sostanziali" dell'aumento, con la conseguenza che, una volta integralmente sottoscritto, non dovrebbero esservi dubbi sulla immediata efficacia del medesimo, sia per ciò che concerne le partecipazioni sociali di nuova emissione (delle quali pertanto i soci divengono titolari anche prima dell'iscrizione ai sensi dell'art. 2444 c.c., nonché legittimati all'esercizio dei relativi diritti sociali), sia per ciò che riguarda l'ammontare del capitale sociale, con riguardo tanto ai profili organizzativi della società (con la conseguenza, ad esempio, che è sul "nuovo" capitale che occorre calcolare i quorum assembleari in caso di assemblee successive all'esecuzione dell'aumento, ma precedenti all'iscrizione ex art. 2444 c.c.), quanto ai profili contabili (con la conseguenza, ad esempio, che nel bilancio dell'esercizio chiuso dopo l'integrale esecuzione dell'aumento, ma prima dell'iscrizione ex art. 2444 c.c., dovrà essere indicato il nuovo ammontare del capitale e non il precedente). Sia detto per inciso che diversa ed opposta soluzione vale invece per l'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento di capitale, quand'anche immediatamente eseguita, ai sensi dell'art. 2436, comma 5, c.c. (v. sul punto la già ricordata massima n. 7).

Detto ciò, non sembrano esservi ostacoli a che l'assemblea dei soci (o l'organo amministrativo in caso di delega) stabilisca espressamente che, in caso di aumenti scindibili, l'efficacia di ciascuna sottoscrizione – una volta effettuata l'iscrizione della delibera di aumento ai sensi dell'art. 2436, comma 5, c.c. – sia immediata e che pertanto il socio acquisisca la titolarità della partecipazione e la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali nel momento stesso della

sottoscrizione, con i connessi effetti anche sulla corrispondente variazione, di volta in volta, dell'ammontare del capitale sociale (fermo restando che il termine di trenta giorni da cui decorre l'obbligo di eseguire la pubblicità di cui all'art. 2444 c.c. decorre anche in tal caso o dall'integrale sottoscrizione o, in caso di sottoscrizione non integrale, dallo spirare del termine finale per la sottoscrizione).

Una simile clausola, infatti, non viola alcun inderogabile principio di parità di trattamento dei soci, come pure da taluno asserito. Vero è che i soci sottoscrittori possono trovarsi in posizioni differenti a seconda del momento in cui esercitano il diritto di opzione, ma è altrettanto vero che tutti i soci hanno la medesima facoltà di sottoscrivere sin da subito l'aumento di capitale, essendo così rispettata la parità di trattamento nei loro confronti. Anche il timore di possibili comportamenti abusivi, attuabili in virtù di una simile clausola, non costituiscono un valido argomento per affermarne l'invalidità, posto che rimangono in ogni caso, a presidio degli interessi di tutti i soci, gli istituti generali per difendersi contro l'uso distorto o abusivo da parte della maggioranza o degli amministratori, a danni di una parte dei soci.

Né del resto pare possa ritenersi che la clausola in parola si ponga in contrasto con la disciplina del diritto di opzione, qualora sia riferita anche al periodo antecedente al termine assegnato ai soci per l'esercizio del diritto di opzione, posto che nessun limite, né diretto né indiretto, viene fatto gravare sui soci cui vengono offerte le azioni in sottoscrizione. Neppure, infine, si vedono ragioni per applicare analogicamente la cadenza semestrale prevista per la conversione delle obbligazioni, sulla cui inderogabilità, del resto, può seriamente dubitarsi anche nel suo campo di applicazione diretta.

La seconda parte della massima, invece, prende posizione in ordine al regime applicabile qualora la deliberazione di aumento non disciplini espressamente il profilo temporale di efficacia delle relative sottoscrizioni. A tal riguardo, si sostiene che, nel silenzio della deliberazione di aumento, le sottoscrizioni degli aumenti sia scindibili che inscindibili producano i loro effetti a decorrere dall'integrale sottoscrizione dell'aumento, ovvero, in caso di aumento scindibile sottoscritto solo in parte, a decorrere dallo spirare del termine finale di sottoscrizione. Ciò in quanto:

- l'operazione di aumento del capitale sociale, in mancanza di diversa volontà della società, sembra essere concepita dal legislatore come un'operazione unitaria, oggetto di uno svolgimento e di un'esecuzione unitari, destinati a produrre i propri effetti simultaneamente, nel loro insieme, nei confronti della società emittente, dei sottoscrittori e dei terzi;

- un conto è ammettere, ove la società ne ravvisi un particolare interesse, che l'autonomia negoziale possa incidere sul meccanismo dell'aumento di capitale, prevedendo espressamente l'efficacia immediata, a certe condizioni, dell'aumento stesso; altro è invece individuare il sistema applicabile in linea di principio in via suppletiva: quest'ultimo è costituito, in primis, dalla regola dell'inscindibilità dell'aumento (ipotesi nella quale l'efficacia immediata non è nemmeno disponibile, in virtù di un'espressa determinazione della deliberazione di aumento), nonché, in via di deroga, dalla eventuale scindibilità, ipotesi nella quale l'autonomia negoziale può ulteriormente derogare il sistema legale introducendo anche l'efficacia immediata, nel corso dell'esecuzione dell'aumento, delle singole sottoscrizioni;

- sul piano degli interessi e dell'economia del procedimento, infine, va sottolineato che (pur sempre ammettendosi, soprattutto nelle società chiuse, la legittimità di clausole che disciplinano diversamente gli effetti della procedura di aumento nel senso sopra precisato) è in un certo senso "naturale", e corrispondente ad un ordinato svolgersi dell'operazione straordinaria, il fatto che l'aumento produca effetto nello stesso momento per tutti i soggetti coinvolti, e ciò sia per evitare diverse situazioni in capo agli azionisti sottoscrittori in virtù del solo momento in cui hanno effettuato la dichiarazione alla società, sia per non addossare alla società un obbligo quotidiano di dar corso alle attività esecutive

dell'aumento, ove i soci ne facessero richiesta (annotazione sul libro dei soci, emissione dei certificati azionari, etc.).

## **MASSIMA n. 97**

### **Situazioni patrimoniali e bilanci in caso di fusione e scissione di società di persone (artt. 2501-quater, 2501-septies, 2502-bis c.c.)**

*In caso di fusione o scissione cui partecipino società in nome collettivo o in accomandita semplice, le norme contenute negli articoli 2501-quater c.c. (redazione della situazione patrimoniale con l'osservanza delle norme sul bilancio di esercizio), 2501-septies, comma 1, nn. 2 e 3, c.c. (bilanci degli ultimi tre esercizi e situazione patrimoniale), e 2502-bis c.c. (deposito e iscrizione della decisione di fusione insieme con i documenti indicati nell'art. 2501-septies c.c.), devono essere coordinate, in relazione alle società di persone, con l'art. 2217 c.c., il quale, nel prescrivere la redazione dell'inventario, stabilisce i requisiti del bilancio cui è tenuto l'imprenditore commerciale.*

*Tali requisiti – e non necessariamente quelli prescritti per il bilancio delle società di capitali – devono perciò sussistere in ordine alla situazione patrimoniale di fusione o di scissione ed ai bilanci degli ultimi tre esercizi delle società in nome collettivo o in accomandita semplice che partecipano alla fusione o alla scissione.*

## **MOTIVAZIONE**

La massima intende chiarire, con riferimento alle società di persone commerciali, il significato delle locuzioni “situazione patrimoniale” e “bilancio” che ricorrono nelle norme relative alla fusione (scissione).

L'omogeneità della disciplina della fusione (scissione) e la eterogeneità delle discipline cui sono soggetti gli enti che vi partecipano richiedono infatti di individuare un adeguato criterio di collegamento tra la prima e le seconde.

Così, con riguardo alle società di persone commerciali, appare convincente che nella redazione della situazione patrimoniale e – a maggior ragione – dei bilanci degli ultimi tre esercizi non trovi applicazione quella parte della disciplina del bilancio che è propria delle sole società di capitali, e così, ad esempio, le norme che impongono la relazione degli amministratori (art. 2428 c.c.) e dei sindaci (art. 2429 c.c.), quelle sulla struttura e contenuto dello stato patrimoniale e del conto economico (artt. 2423 ter e seguenti c.c.), e quelle che riguardano la redazione della nota integrativa (artt. 2427 e 2427 bis c.c.).

D'altra parte, sembra necessario che le esigenze di informazione alla cui soddisfazione è legato l'obbligo di redazione e deposito della situazione patrimoniale di fusione (e scissione) e dei bilanci degli ultimi tre esercizi, trovino riscontro. Nel caso di specie, sembra adeguato che ciò avvenga con il rispetto degli adempimenti informativi concernenti l'andamento patrimoniale, finanziario ed economico cui sono tenuti gli imprenditori commerciali secondo il disposto dell'art. 2217 c.c..

Merita infine di essere ricordato che:

1. qualora la s.n.c. o la s.a.s. partecipante alla fusione (e scissione) sia tenuta alla redazione del bilancio secondo le norme previste per le società per azioni – ricorrendo i presupposti di cui all'art. 111 duodecies disp. att. c.c. – a tale più elaborata redazione debbano attenersi i suoi amministratori anche per la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501 quater c.c.;

2. qualora alla fusione (scissione) partecipi una società semplice, in relazione ad essa, le norme in argomento devono essere coordinate con quelle che, per tale tipo societario prevedono la redazione del rendiconto (artt. 2261 e 2262 c.c.).

## **MASSIMA n. 98**

### **Incorporazione di società posseduta al novanta per cento dalla controllante totalitaria dell'incorporante (art. 2505 bis c.c.)**

*La disciplina relativa alla incorporazione di società possedute al novanta per cento (art. 2505 c.c.) deve ritenersi applicabile in via analogica anche in caso di fusione in cui la società incorporante sia interamente posseduta da altra società che detenga almeno il novanta per cento della società incorporanda.*

#### **MOTIVAZIONE**

Il d.lgs. 6/2003 ha esteso alcune delle semplificazioni previste per l'ipotesi di incorporazione di società interamente possedute alla fusione per incorporazione di società possedute al novanta per cento dalla incorporante.

La *ratio* di questa "semplificazione-agevolazione" risiede nel limitato peso che i soci di minoranza hanno nel capitale della società destinata alla incorporazione e nel fatto che la necessità del concambio riguarda soltanto tale marginale porzione di capitale: di qui la possibilità di omettere la nomina dell'esperto di cui all'art. 2501-sexies c.c., con l'introduzione, peraltro, del temperamento costituito dall'attribuzione ai soci di minoranza del diritto di uscire dalla compagine sociale in cambio di un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

La massima n. 22 del 18 marzo 2004 ha sostenuto l'estensione delle semplificazioni di cui all'art. 2505 c.c. ad altre fattispecie per le quali sussiste una "eadem ratio". Analoga estensione può operarsi per l'ipotesi di incorporazione di società possedute al novanta per cento con particolare riferimento al caso di incorporazione di società in cui il possesso del novanta per cento del capitale della incorporanda risiede non già in capo alla incorporante, ma in capo alla società che ne detiene l'intero capitale sociale.

Anche in questo caso il concambio riguarda solo l'esigua parte del capitale sociale detenuto dai soci di minoranza e la previsione normativa dell'art. 2505-bis c.c. tutela adeguatamente i soci di minoranza per i quali pare del tutto irrilevante il fatto che il novanta per cento del capitale sociale sia detenuto direttamente dalla incorporante o mediamente attraverso la società che la controlla.

## **MASSIMA n. 99**

### **Azioni riscattabili e introduzione della clausola di riscatto (art. 2437-sexies c.c.)**

*La riscattabilità delle azioni a norma dell'art. 2437-sexies c.c., intesa come soggezione delle stesse al potere di riscatto da parte della società o dei soci, può essere una delle caratteristiche ovvero l'unica caratteristica che le differenzia dalle altre azioni che compongono il capitale, concretandosi in tal modo "categoria", a norma dell'art. 2348 secondo comma.*

*La stessa riscattabilità può inoltre essere prevista quale condizione in cui qualsiasi azione può incorrere, al verificarsi di particolari eventi (ad esempio, a seguito del mancato rispetto del diritto di prelazione o di altro vincolo statutario alla circolazione ovvero per il superamento di un predeterminato limite di possesso, sia verso l'alto che verso il basso).*

*La soggezione di azioni o categorie di azioni al riscatto può essere stabilita, oltre che in sede di atto costitutivo, anche con successiva modifica statutaria, purché consti – ove si tratti di attribuire tale carattere ad azioni*

*già in circolazione - il consenso dei titolari di tali azioni. Le azioni riscattabili possono essere invece previste con delibera assembleare adottata con le maggioranze normalmente richieste per le modificazioni dello statuto qualora:*

*- sia consentito (e non imposto) ai soci di trasformare le loro azioni in azioni riscattabili ovvero*

*- si tratti di aumento di capitale a pagamento con emissione di nuove azioni riscattabili, ovvero*

*- la riscattabilità sia prevista quale condizione in cui qualsiasi azione può incorrere al verificarsi di particolari situazioni e - al momento dell'inserimento - nessuno degli azionisti si trovi in tali situazioni (ad esempio, qualora sia previsto che il riscatto possa operare in caso di superamento di una determinata soglia di possesso azionaria, e nessuno degli azionisti possieda, al momento dell'inserimento, quella quota).*

#### **MOTIVAZIONE**

La riforma - sulla scorta di quanto previsto dall'articolo 39 della seconda direttiva comunitaria - ha introdotto nelle regole della s.p.a. l'istituto delle azioni riscattabili, prima di quell'epoca previsto - nel nostro ordinamento - esclusivamente con riferimento ad una delle possibili forme di acquisto delle azioni proprie, ai sensi dell'articolo 2357 bis.

Nel diritto previgente la dottrina, tuttavia, aveva tentato di ampliare gli esigui ambiti operativi tracciati dal diritto positivo, ipotizzando la riscattabilità quale sanzione per il caso di inadempimento dell'obbligo di prestazione accessoria, ai sensi dell'articolo 2345.

La fattispecie cui l'articolo 2437 sexies (e così la massima) si riferiscono è quella del riscatto per esercizio del relativo diritto potestativo da parte della società (o dei soci diversi dal socio "riscattato"); non viene quindi in considerazione la diversa situazione - pure considerata dalla dottrina - in cui il diritto di essere riscattato è riconosciuto al socio, situazione probabilmente più prossima al tema del recesso, e la cui diversa qualificazione può produrre conseguenze applicative particolarmente pregnanti (nell'ambito del recesso la società che si trova ad acquistare azioni proprie non patisce il limite del 10 per cento del capitale sociale, mentre questo limite opera in tema di esercizio del riscatto, come risulta dal diverso tenore degli articoli 2437 sexies, ultimo periodo, e 2437 quater, quinto comma).

La riscattabilità può concretare (anche l'unica) caratteristica idonea alla sussistenza di categoria azionaria: a tale conclusione è possibile legittimamente pervenire accedendo alla tesi - già condivisa da questa commissione - che interpreta in senso estensivo il concetto di "diritti diversi", quale fondamento della nozione di categoria di azioni, ossia nel senso più generale di qualsiasi situazione giuridica soggettiva (anche di soggezione, così) spettante al possessore delle azioni, in dipendenza di una norma statutaria avente come destinatarie solo una parte e non tutte le azioni emesse dalla medesima società. D'altra parte, il riconoscimento della natura di "categoria" (anche per gli effetti dell'articolo 2376) non è contestato neppure alle azioni ordinarie, allorché, in costanza di particolari prerogative positive riconosciute ad altra categoria azionaria, si profilino esigenze di tutela dei diritti residuanti alle ordinarie stesse.

Questa ricostruzione, coerente con l'indicazione legislativa, è idonea a consentire giusta applicazione dell'articolo 2376 - anche nel caso in cui la riscattabilità concreti l'unica caratteristica particolare - qualora si intendano modificare, in senso negativo, le regole della riscattabilità, e così - ad esempio - qualora si deliberi sulla riduzione (nei limiti di quanto di seguito indicato) del valore di liquidazione spettante alle azioni riscattate.

Per altro verso, il tenore letterale dell'articolo 2437 sexies ("le disposizioni...si applicano ....alle azioni o categorie di azioni...") autorizza ad ammettere la riscattabilità quale generica condizione in cui ciascuna azione costituente il



capitale sociale può incorrere, al verificarsi di particolari eventi, quali individuati, a titolo esemplificativo, nella massima.

È necessario chiarire che questa ipotesi, pur potendo teoricamente riguardare (anche) l'intero capitale sociale, non è impedita – a livello programmatico – dal limite del potere di acquisto al 10 per cento del capitale sociale, come sopra indicato; questo limite, infatti, (ove mancassero le condizioni diverse dall'acquisto delle azioni proprie. per fare luogo al riscatto) rilevarebbe nel momento di esercizio del riscatto, non impedendo invece la previsione statutaria di un riscatto potenzialmente esuberante il noto limite di acquisto delle azioni proprie.

In tema di emissione di azioni riscattabili (ovvero di introduzione del carattere della riscattabilità rispetto ad azioni già in circolazione), la massima aderisce al (più prudente) indirizzo che, sostanzialmente, esclude che ciò possa avvenire in mancanza del consenso del destinatario, fatto riferimento – tra l'altro – alla discussa materia della cosiddetta “conversione forzata” in azioni di altra categoria, tema rispetto al quale la materia de qua comporta l'ancor più delicato effetto della potenziale estromissione dalla compagine sociale.

La massima non affronta, ma il tema è stato già esaminato dalla Commissione e il relativo pensiero è trasfuso in altri precedenti (si vedano le massime 85 e 86 – relative alla cosiddetta prelazione impropria - e 88, relativa alla covendita), la problematica relativa alla quantificazione del valore di liquidazione; è da ritenersi che – tenuto conto di quanto prevede l'articolo 2437, ultimo comma - non possano essere statutariamente previsti criteri di liquidazione dell'azione, in caso di riscatto, idonei a determinare l'attribuzione di valori significativamente inferiori a quelli derivanti dall'applicazione delle regole legali in tema di recesso.

#### **MASSIMA n. 100**

#### **Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.)**

*E' legittima la clausola statutaria di s.p.a. o s.r.l. che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diverse dalle persone fisiche (“amministratore persona giuridica”), salvi i limiti o i requisiti derivanti da specifiche disposizioni di legge per determinate tipologie di società.*

*Ogni amministratore persona giuridica deve designare, per l'esercizio della funzione di amministratore, un rappresentante persona fisica appartenente alla propria organizzazione, il quale assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previsti a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore. Le formalità pubblicitarie relative alla nomina dell'amministratore sono eseguite nei confronti sia dell'amministratore persona giuridica che della persona fisica da essa designata.*

#### **MOTIVAZIONE**

La massima, nell'affrontare il tema dell'amministratore persona giuridica di società di capitali, suggerisce una soluzione sia sotto il profilo dell'ammissibilità, sia sotto quello della disciplina applicabile.

Dal primo punto di vista, risultano convincenti i diversi argomenti e spunti interpretativi che inducono ad affermare, in linea di principio, l'ammissibilità dell'amministratore persona giuridica in tutti i tipi di società di capitali, fatta salva la presenza di specifiche disposizioni normative o regolamentari che, nei confronti di talune tipologie di società, renda tale circostanza del tutto o in parte contraria al sistema normativo (si pensi, ad esempio, alle società con azioni quotate in mercati regolamentati, o alle società operanti in settori soggetti a

regolamentazione e vigilanza, con particolari prescrizioni nei confronti degli esponenti degli organi di amministrazione e controllo).

Senza poter in questa sede esaurire e trattare in modo sufficientemente approfondito il tema in questione, ci si limita ad esporre in sintesi i principali motivi a sostegno della soluzione sopra sostenuta.

Dal punto di vista sistematico, si noti anzitutto che la configurabilità di un amministratore persona giuridica di un altro ente collettivo è espressamente o implicitamente sancita, nel nostro ordinamento, nei confronti di diverse tipologie di enti collettivi, anche di natura societaria: (i) così è per il gruppo europeo di interesse economico, per il quale la disciplina italiana di attuazione del regolamento comunitario (art. 5 del d.lgs. 240/1991) espressamente contempla tale ipotesi; (ii) analogamente dicasi per le società di persone, nei confronti delle quali è ormai dato quasi per scontato che l'amministrazione possa spettare anche a persone non fisiche, in virtù del combinato disposto degli artt. 2361, comma 2°, c.c., e 111-*duodecies* disp. att. c.c.; (iii) ancor più rilevante, per quanto riguarda le società azionarie e le società di capitali, è infine la norma contenuta nella disciplina della Società Europea (art. 47.1 reg. UE 2157/2001) – che rappresenta, è bene ricordarlo, un tipo sociale appartenente a tutti gli effetti al nostro ordinamento societario, annoverabile nel quadro delle società azionarie, assoggettato ad una disciplina già vigente, in quanto tale, anche nel nostro Paese – la quale, salva una contraria ed espressa norma interna (non esistente in Italia), afferma la possibilità di nominare quali amministratori anche le entità giuridiche diverse dalle persone fisiche. In questo quadro, pur nel silenzio delle norme del codice civile (invero invariate sul punto specifico), sembra sempre meno giustificabile la negazione delle soluzione positiva solo per le società di capitali, o per alcuna di esse.

Sempre sul piano sistematico, prendendo spunto dalla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d. lgs. 231/2000), si è inoltre da taluni affermato che sarebbe contraddittorio che un ordinamento, il quale ha ormai «(sostanzialmente) superato la rigorosa preclusione sintetizzata nel brocardo *societas delinquere non potest*, resti ancora chiuso al riconoscimento della piena e “naturale” compatibilità tra persona giuridica e assunzione della carica di amministratore in una società di capitali».

Non mancano poi spunti di rilievo, per quanto indiretti, anche nella disciplina dettata per talune delle società di capitali. In tema di s.r.l., anzitutto, si può osservare che il modello legale prevede che gli amministratori, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, debbano essere soci, potendosi così replicare uno dei ragionamenti che conduce la dottrina quasi unanime ad ammettere l'amministratore persona giuridica nelle società di persone. Sempre per le s.r.l., inoltre, la legge espressamente consente la deroga al principio della competenza dell'assemblea dei soci alla nomina degli amministratori, i quali possono essere nominati da uno solo dei soci, oppure possono anche non essere soggetti a nomina, bensì designati dallo stesso atto costitutivo nella persona di uno dei soci (art. 2475 c.c.); ciò denota un ampio spazio di manovra all'autonomia statutaria in ordine alla struttura organizzativa dell'ente, che può liberamente abbandonare la struttura corporativa per adottare le più variegate combinazioni in ordine alla struttura ed al funzionamento della funzione gestoria.

Anche nella disciplina del tipo della s.a.p.a., del resto, vi sono spunti nel senso qui sostenuto. E' infatti noto che, soprattutto sulla base della disposizione contenuta nell'art. 2455, comma 2, c.c., in virtù della quale “i soci accomandatari sono di diritto amministratori e sono soggetti agli obblighi degli amministratori della società per azioni”, autorevole dottrina argomenta ed afferma la piena compatibilità della figura dell'amministratore persona giuridica con il tipo dell'accomandita per azioni. Di qui, in considerazione della sua equiparazione agli amministratori di s.p.a., consegue pertanto un ulteriore motivo per sostenere la tesi più “liberale” anche nella figura principale della s.p.a.

Infine, anche l'esame comparatistico conforta e conferma quanto affermato nella presente massima. E' infatti possibile riscontrare un orientamento

complessivamente favorevole all'ammissibilità della figura dell'amministratore persona giuridica, anche in ordinamenti soggetti alle medesime norme contenute nelle direttive comunitarie concernenti la rappresentanza delle società azionarie e la rilevanza a questo fine della pubblicità legale, tramite i registri delle imprese (o istituti equiparabili) dei diversi paesi dell'Unione Europea.

Due precisazioni paiono comunque opportune con riguardo alla clausola statutaria che prevede la nomina di un amministratore persona giuridica. Anzitutto è a dirsi che quanto sin qui affermato circa la legittimità di tale clausola non è volto a negare di per sé l'ammissibilità della nomina di un amministratore persona giuridica in mancanza di siffatta clausola; la questione si pone ovviamente su un piano diverso, che non viene affrontato direttamente nella presente massima, volta principalmente ad individuare un orientamento da applicare in sede di controllo di legittimità dell'atto costitutivo o dello statuto. In secondo luogo, è appena il caso di rilevare che il discorso sin qui svolto, pur essendo riferito genericamente alle società di capitali, assume una valenza diversa con riferimento alla clausola statutaria di s.a.p.a., nella quale lo stesso atto costitutivo "deve indicare i soci accomandatari" i quali "sono di diritto amministratori" (così il già ricordato art. 2455 c.c.).

Una volta affermata la legittimità della clausola statutaria che contempra la nomina dell'amministratore persona giuridica, si deve individuare la disciplina applicabile. A tal proposito, sembra inevitabile, stante la mancanza di disposizioni normative direttamente riferibili alla fattispecie in esame, ricorrere all'applicazione analogica delle due norme già in vigore nel nostro ordinamento, che disciplinano, con principi tra loro identici, l'amministratore persona giuridica in enti collettivi aventi ad oggetto l'esercizio di attività economiche, ossia:

- l'art. 47.1 del reg. UE 2157/2001, in tema di Società Europea, ove si afferma che "la società o altra entità giuridica [nominata membro di un organo della SE] deve designare un rappresentante, persona fisica, ai fini dell'esercizio dei poteri dell'organo in questione";

- l'art. 5 del d.lgs. 240/1991, in tema di Gruppo Europeo di Interesse Economico, ove si afferma che: "1. Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato. 2. Nel caso di cui al comma 1, devono essere depositati presso il registro delle imprese la denominazione e la sede della persona giuridica amministratore nonché il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato. 3. Il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previsti a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore."

Sembra infatti innegabile l'*eadem ratio* di tali norme, rispetto alla questione in esame, posto che, sia nelle ipotesi da esse regolate, sia nel caso di amministratore persona giuridica di società di capitali, la finalità consiste nel consentire lo svolgimento della funzione gestoria dell'ente collettivo, garantendo la soddisfazione delle medesime esigenze, anche di tutela dei terzi e dei partecipanti all'ente, tenute in considerazione dalla disciplina legislativa prevista per gli amministratori persone fisiche. Dalle norme ora citate, pertanto, emergono chiaramente i seguenti principi, applicabili in via analogica anche agli amministratori persone giuridiche di società di capitali (e di società di persone):

(a) la necessità della *designazione di un "rappresentante persona fisica"*, che esercita le funzioni di amministrazione; a tal riguardo va precisato che non necessariamente il rappresentante persona fisica deve coincidere con il rappresentante legale della persona giuridica amministratore, posto che altrimenti si tratterebbe di un istituto sostanzialmente privo di senso; nello stesso tempo, sembra ragionevole affermare che la designazione debba riferirsi ad una persona appartenente all'organizzazione in senso lato dell'ente persona giuridica, rientrando cioè nel concetto degli "ausiliari dell'imprenditore", attraverso i quali può essere svolta l'attività (in linea di massima, ma non necessariamente) d'impresa della persona giuridica amministratore; va altresì

sottolineato che entrambe le norme citate impongono chiaramente che la designazione abbia ad oggetto *una sola persona fisica*, rendendosi quindi assai dubbia la compatibilità di una pluralità di “designati” (e la legittimità di una clausola che ciò preveda); si deve comunque ritenere che la designazione, quale atto gestorio della persona giuridica amministratore, sia liberamente modificabile da quest’ultima in qualsiasi momento, senza che ciò debba “passare” da una decisione o deliberazione della società amministrata; del resto, la designazione altro non sarebbe che una semplice “investitura”, da parte della persona giuridica amministratore, della funzione e dei poteri di amministrazione e di rappresentanza, in quanto conferiti dalla società amministrata alla persona giuridica amministratore;

(b) l’assoggettamento del rappresentante persona fisica ai *medesimi obblighi e responsabilità* previsti dalla legge nei confronti dell’amministratore persona fisica, in solido con la persona giuridica amministratore; in questo modo, si evita che l’istituto dell’amministratore persona giuridica finisca col divenire una scorciatoia verso forme di esenzione o limitazione dei compiti e delle responsabilità degli amministratori;

(c) l’applicazione delle *formalità pubblicitarie anche nei confronti del rappresentante persona fisica* e conseguentemente l’applicazione anche a tale designazione delle regole di pubblicità legale dettate in tema di rappresentanza delle società di capitali (in particolare in relazione all’opponibilità e ai limiti di rilevanza dei vizi della nomina); al riguardo si può osservare che la designazione del rappresentante persona fisica da parte della persona giuridica amministratore costituisce un atto (gestorio) di quest’ultima, che si affianca, completandola, alla nomina dell’amministratore persona giuridica da parte della società amministrata; di conseguenza, ai fini dell’iscrizione della nomina e della designazione, possono ipotizzarsi le seguenti ipotesi: (i) l’accettazione dell’amministratore persona giuridica e la sua designazione di un rappresentante persona fisica precedono la nomina da parte della società amministrata, la cui deliberazione di nomina recepisce e prende atto sia dell’accettazione che della designazione; (ii) venga prima assunta la deliberazione di nomina dell’amministratore persona giuridica da parte della società amministrata, e poi intervenga l’accettazione dell’amministratore persona giuridica e la sua designazione di un rappresentante persona fisica. Se l’amministratore persona giuridica è una società o un ente di diritto italiano, è plausibile pensare che entrambe le deliberazioni – quella dell’assemblea della società amministrata (nomina) e quella dell’organo amministrativo dell’amministratore persona giuridica (designazione della persona fisica) – siano depositate per l’iscrizione nel registro delle imprese (anche con un’unica domanda) nelle consuete forme (ossia per estratto autentico). Se invece l’amministratore persona giuridica è una società straniera, si deve ritenere che l’atto di designazione della persona fisica, anch’esso da depositarsi in forma di estratto autentico o di scrittura privata autenticata, debba rispettare le norme previste per l’efficacia in Italia degli atti esteri (legalizzazione o apostille, salvi i casi di diretta efficacia dell’atto notarile estero, nonché deposito in atti di notaio ai sensi dell’art. 106 l.not.).