

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. ante 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 si 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:

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 presuppo-

sti), 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 al 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 dedi-

carsi 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 restando 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 totalita-

ria, 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", do-

po 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, prevenendo 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 contemperamento 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 applicanoalle 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 norme 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 soluzioni positive 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) del 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.).