



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 57

*Amministrazione, controllo e tutela
delle minoranze nella legge 28
dicembre 2005, n. 262*

marzo 2006

**AMMINISTRAZIONE, CONTROLLO E
TUTELA DELLE MINORANZE NELLA
LEGGE 28 DICEMBRE 2005, N. 262**

DOCUMENTO ARISTEIA N. 57

AMMINISTRAZIONE, CONTROLLO E TUTELA DELLE MINORANZE NELLA

LEGGE 28 DICEMBRE 2005, N. 262

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le modifiche alla disciplina delle società per azioni. - 2.1. Gli organi di amministrazione: elezione e composizione, requisiti di onorabilità. - 2.2. Gli organi di controllo: composizione, requisiti di onorabilità e professionalità. - 2.2.1. Limiti al cumulo degli incarichi. - 2.2.2. Doveri e poteri. - 3. Disposizioni a tutela delle minoranze. - 3.1. Azione di responsabilità. - 3.2. Delega di voto e integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea. - 4. Entrata in vigore.

1. PREMESSA

La legge 28 dicembre 2005, n. 262 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 301 del 28.12.2005) ha introdotto importanti disposizioni in materia di tutela del risparmio, apportando significative modifiche alla disciplina dei mercati finanziari contenuta nel Testo Unico della Finanza (d.lgs. n. 58/98, di seguito "Tuf").

Il provvedimento, approvato alla fine di un travagliato *iter* parlamentare, è finalizzato a rafforzare la tutela dei risparmiatori, all'indomani delle vicende finanziarie che hanno interessato alcuni importanti gruppi d'impresе italiane. La nuova legge, infatti, contiene una serie di disposizioni il cui ambito varia dalla *governance* delle società quotate alla disciplina del falso in bilancio, dal funzionamento della Banca d'Italia ai controlli sulle società di revisione, dai conflitti d'interessi alle società *off-shore*.

In particolare, il testo è articolato in sei titoli:

- I. modifiche alla disciplina delle società per azioni
- II. disposizioni in materia di conflitti d'interessi e disciplina delle attività finanziarie
- III. disposizioni in materia di revisione dei conti
- IV. disposizioni concernenti le autorità di vigilanza
- V. modifiche alla disciplina in materia di sanzioni penali e amministrative
- VI. disposizioni transitorie e finali

In questa sede si analizzeranno le disposizioni del titolo I (artt. da 1 a 5), relative alla *governance* societaria. La maggior parte di tali disposizioni è applicabile solo alle società con azioni quotate nei mercati regolamentati, in quanto le relative integrazioni e modifiche intervengono sul Tuf, mentre le poche modifiche apportate alle norme del codice civile riguardano anche le società per azioni non quotate.

Nell'intento dichiarato di rafforzare la tutela delle minoranze sociali, il legislatore da un lato ha introdotto alcune regole particolari per disciplinare l'elezione, la composizione e i requisiti di onorabilità dell'organo amministrativo, dall'altro ha accentuato i poteri dell'organo di controllo, inasprendo al contempo le norme che definiscono i requisiti e le incompatibilità dei suoi componenti.

2. LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ PER AZIONI

2.1. *Gli organi di amministrazione: elezione e composizione, requisiti di onorabilità*

L'art. 1 introduce all'interno del Tuf la sezione IV-*bis*, dedicata agli organi di amministrazione, contenente gli artt. 147-*ter* (*elezione e composizione del consiglio di amministrazione*), 147-*quater* (*composizione del consiglio di gestione*) e 147-*quinquies* (*requisiti di onorabilità*). Attraverso tale intervento, il legislatore ha inteso garantire la presenza di un rappresentante della minoranza all'interno dell'organo amministrativo, l'onorabilità di tutti i suoi componenti e, entro certi limiti, l'indipendenza di almeno uno di essi.

In particolare, con riferimento alla elezione e composizione del consiglio di amministrazione, ai sensi del primo comma dell'art 147-*ter*, lo statuto della società deve prevedere che i suoi membri siano eletti sulla base di liste di candidati e deve determinare la quota minima di partecipazione, non superiore ad un quarantesimo del capitale sociale (pari al 2,5%), necessaria per la presentazione delle stesse. Per le elezioni alle cariche sociali, il secondo comma introduce la previsione del voto segreto, sulla quale ci si soffermerà tra breve. A tutela delle minoranze, il terzo comma prevede che almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione debba essere espresso dalla lista, tra tutte quelle di minoranza, che abbia ottenuto il maggior numero di voti e che non sia collegata in alcun modo alla lista risultata prima per numero di voti. Infine, se il consiglio di amministrazione è composto da più di sette membri, almeno uno di essi dovrà possedere i requisiti di indipendenza previsti per i sindaci dall'art. 148, comma 3, Tuf, nonché i requisiti previsti dai codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria (art. 147-*ter*, comma 4).

Com'è noto, il sistema del voto di lista prevede la presentazione di più liste di candidati e l'assegnazione delle cariche di componenti dell'organo amministrativo in proporzione ai voti ottenuti da ciascuna di tali liste. Da tale meccanismo può scaturire più di un pericolo: da un lato il collegamento tra la lista di maggioranza e le liste di minoranza, in presenza del quale gli eletti finirebbero per rappresentare comunque lo stesso gruppo di controllo, dall'altro, la creazione di ostacoli alla presentazione delle liste di minoranza, ad esempio attraverso l'imposizione di soglie minime di partecipazione al capitale sociale troppo elevate¹. Per tale motivo la legge sul risparmio impone la soglia massima del 2,5% di partecipazione al capitale sociale

¹ Così C. CERA, *Sub art. 2400 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 2/1, 532.

per la presentazione delle liste², prevedendo inoltre che la lista di minoranza che abbia espresso il maggior numero di voti - vedendo eletto almeno un componente del consiglio di amministrazione - non sia in alcun modo collegata, nemmeno indirettamente, con la lista risultata prima per numero di voti. Al di là delle tutele apprestate dal legislatore, lo statuto può comunque contenere altre previsioni a garanzia della minoranza sociale, volte ad ostacolare il collegamento tra le liste di minoranza e quella di maggioranza che potrebbe crearsi attraverso rapporti indiretti quali il controllo societario o i patti parasociali.

Un'attenzione particolare merita il secondo comma dell'art. 147-ter, che per le elezioni alle cariche sociali ha introdotto il sistema del voto segreto. Al riguardo si osserva come l'utilizzo della generica locuzione "cariche sociali" non debba indurre a ritenere che la previsione sia applicabile, nelle società quotate, anche alla nomina dei sindaci: in senso contrario depone evidentemente la stessa rubrica della norma (*elezione e composizione del consiglio di amministrazione*).

La disposizione sul voto segreto ha sollevato una certa perplessità, essendo apparsa solo nell'ultima versione del testo approvato³ e avendo imposto *ex lege* una modalità di voto la cui ammissibilità è stata per lungo tempo oggetto di ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Il sistema del voto segreto, infatti, risulta non conforme a tutta una serie di disposizioni codicistiche chiaramente ispirate al voto palese, in quanto presuppongono l'individuazione del socio votante, nonché l'attribuzione allo stesso della qualifica corrispondente (favorevole, astenuto, contrario). Per tale motivo, il voto segreto era stato ritenuto pressoché unanimemente illegittimo e pertanto scarsamente utilizzato negli statuti delle s.p.a.⁴. L'introduzione della disposizione in commento pone nuovamente all'attenzione dell'interprete alcuni problemi: in primo luogo la difformità della norma rispetto al generale principio di trasparenza al quale appare ispirata l'intera legge sul risparmio. In secondo luogo il coordinamento con il primo comma dello stesso art. 147-ter, che introduce il sistema del voto di lista, principio quest'ultimo che finisce per essere danneggiato in quanto il voto segreto impedisce di associare l'amministratore eletto al gruppo dei soci elettori⁵. Infine, come si è già accennato, il coordinamento con alcune disposizioni codicistiche, come ad esempio l'art. 2375 c.c., in base al quale il verbale di assemblea deve indicare, tra le altre cose, le modalità e il risultato delle votazioni, nonché consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti⁶. Quest'ultimo contrasto potrebbe essere superato solamente ove si ritenesse parzialmente abrogato il disposto di cui al citato art. 2375 c.c., con esclusivo riferimento alle società quotate⁷. Ad ogni modo, in dottrina non manca chi

² Come si è osservato, lo statuto dovrà prevedere una soglia inferiore, se si vuole effettivamente conseguire lo scopo di tutela al quale è ispirata la previsione del voto di lista (E. CERVIO, *Amministratori: nomina con voto di lista*, in *Guida al diritto*, n. 4/2006, 103).

³ La relativa previsione, infatti, non figurava nel disegno di legge n. 3328 né negli atti preparatori parlamentari.

⁴ In tal senso, in giurisprudenza, Trib. Milano, 11 settembre 1989, in *Giur.comm.*, 1990, II, 825; Trib. Bologna, 4 aprile 1995, in *Società*, 1995, 1226. *Contra* Trib. Udine, 3 dicembre 1992, in *Giur.comm.*, 1994, II, 495.

⁵ Così M. NICOLINI - A. URSO, *Nell'elezione del consiglio di amministrazione voto segreto e almeno un posto alla minoranza*, in *Guida normativa - Il Sole 24 Ore*, n. 5/2006, 11; ABI, circolare 3 gennaio 2006, n. 52.

⁶ È questa una delle norme alle quali l'Abi fa riferimento nella citata circolare n. 52/2006, invocando sul punto un chiarimento legislativo.

⁷ In tal senso si veda E. CERVIO, *cit.*, 104, secondo il quale il contrasto può essere superato considerando la prevalenza della *lex specialis (posterior)* rispetto alla *lex generalis (anteriori)*. E, nel senso che i problemi di coordinamento con le

valuta favorevolmente la nuova norma, nonostante essa complichino il diritto di impugnazione della deliberazione, in quanto ritiene che la stessa contribuisca a garantire in determinate circostanze una maggiore libertà del voto⁸.

Sembrano accomunate dal medesimo fine, che è quello di garantire che l'organo amministrativo operi perseguendo l'interesse sociale e non quello della maggioranza da cui è stato eletto, le previsioni di cui al terzo e al quarto comma dell'art. 147-ter. Come accennato, il terzo comma prevede che almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione debba essere espresso dalla lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti e che non sia collegata in alcun modo alla lista risultata prima per numero di voti, mentre il quarto comma dispone, ove il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette membri, che almeno uno di essi possieda i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dal successivo art. 148, comma 3, anch'esso modificato dalla legge in commento, nonché, se lo statuto lo prevede, gli ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria.

Con riferimento alla necessaria presenza nel consiglio di amministrazione di un amministratore designato dalle minoranze, si è osservato che la relativa previsione non è sufficiente a vivacizzare il dialogo interno, in assenza di un rafforzamento del ruolo e della responsabilità individuale di ciascun amministratore. Al centro del sistema ridisegnato dalla riforma societaria del 2003 restano infatti gli amministratori delegati ed esecutivi, dai quali dipendono i principali meccanismi, tra i quali anche l'informativa che ai sensi dell'art. 2381 c.c. deve essere fornita al consiglio di amministrazione per consentire il monitoraggio dei comportamenti e dei risultati⁹. Al riguardo, si evidenzia che in alcune precedenti formulazioni del provvedimento normativo si prevedeva l'attribuzione al presidente del consiglio di amministrazione - che a tal fine non avrebbe potuto ricevere deleghe né far parte del comitato esecutivo - di un compito di supervisione sulla gestione societaria, in contatto costante con l'amministratore delegato¹⁰.

Quanto all'introduzione della figura dell'amministratore indipendente, già prevista *ex lege* nel consiglio di amministrazione delle società che hanno adottato il sistema monistico, essa è nota alle società quotate in quanto contemplata nel relativo codice di autodisciplina (c.d. codice Preda, che individua nel dettaglio le

disposizioni del sistema pensate con riferimento al voto palese possano essere parzialmente risolte in via interpretativa, U. TOMBARI, *Nelle società più garanzie alle minoranze*, in *Risparmio. Guida pratica alla nuova legge. Le disposizioni in vigore da oggi a tutela degli investimenti*, inserto de *Il Sole 24 Ore*, 12 gennaio 2006, 6.

⁸ Così V. SALAFIA, *La legge sul risparmio*, in *Società*, 2006, 138, secondo il quale il sistema del voto segreto, se da un lato fa sì che nelle società quotate il verbale dell'assemblea non possa contenere l'attestazione di cui all'art. 2375 c.c., dall'altro non vieta che nello stesso sia dato atto di eventuali dichiarazioni rese dai soci interessati in relazione al loro voto contrario o alla loro astensione. Ciò al fine di far risultare la loro posizione in vista dell'eventuale esercizio del diritto di impugnazione per invalidità della delibera di nomina degli amministratori. Diritto che, com'è noto, è riservato ai soci astenuti o contrari.

⁹ G. VISENTINI - E. RUGGIERO, *La nuova legge di tutela del risparmio: prime riflessioni*, in *Dir. prat. soc.*, n. 1/2006, 7.

¹⁰ Il riferimento è alla proposta di bozza unificata delle Commissioni Finanza e Attività produttive della Camera del 6 aprile 2004. Sul punto si veda V. PANZIRONI, *Più tutela delle minoranze nella nuova "corporate governance"*, in *Dir. prat. soc.*, n. 3/2006, 30, ove si osserva che la previsione in oggetto avrebbe rafforzato i poteri del presidente del consiglio di amministrazione, consentendogli di contrastare l'eccessivo potere degli amministratori delegati ed esecutivi.

caratteristiche dell'indipendenza¹¹). Anche in tal caso l'intento del legislatore è quello di impedire comportamenti opportunistici degli amministratori, rompendo il legame che li lega al gruppo di comando dal quale sono stati nominati.

In entrambi i casi la norma fa salvo il disposto di cui all'art. 2409-*septiesdecies* c.c. il quale, nel disciplinare il consiglio di amministrazione nelle società che hanno adottato il sistema monistico, prevede che almeno un terzo dei suoi componenti possieda i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'art. 2399, comma 1, c.c. e, se lo statuto lo prevede, quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati.

La disposizione in commento impatta in modo differente sui sistemi di *governance* diversi da quello tradizionale.

In particolare, con riferimento al sistema monistico, la disciplina dettata per il modello tradizionale si applica con le seguenti differenze, dovute alla circostanza che la norma fa salvo quanto previsto dall'art. 2409-*septiesdecies*:

- l'amministratore nominato dalla minoranza deve possedere i più ampi requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza stabiliti dall'art. 148, comma 3. Il difetto di detti requisiti comporta la decadenza dalla carica;
- almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione deve possedere i requisiti di indipendenza previsti per i sindaci delle società non quotate dall'art. 2399 c.c., ovvero quelli previsti dai codici di comportamento eventualmente richiamati dallo statuto.

Riguardo a quest'ultimo punto si è osservato che, siccome a seguito delle modifiche apportate dalla legge sul risparmio all'art. 148, comma 3, il contenuto di quest'ultimo non corrisponde più integralmente a quello della lettera c) dell'art. 2399 c.c., sarebbe senz'altro opportuno un intervento legislativo di unificazione normativa¹².

A causa del mancato richiamo al sistema dualistico, all'interno del consiglio di gestione delle società che hanno adottato tale modello non è garantita la presenza di un amministratore eletto dalle minoranze, mentre la presenza dell'amministratore indipendente è subordinata al verificarsi delle condizioni di cui all'art. 147-*quater*. Quest'ultimo dispone che, qualora il consiglio di gestione sia composto da più di quattro membri, almeno uno di essi deve possedere i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'art. 148, comma 3, nonché, se lo statuto lo prevede, gli ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria. Per il resto, nel sistema dualistico non trovano applicazione né le disposizioni sul voto di lista né quelle sul voto segreto; la *ratio* di tale scelta

¹¹ Si rammenta che l'adozione del codice Preda da parte delle società quotate, seppure raccomandata da Borsa Italiana Spa, è comunque subordinata ad un'apposita previsione statutaria.

¹² E. CERVIO, *cit.*, 106.

legislativa potrebbe risiedere nella difficoltà di applicare i relativi meccanismi ad un sistema in cui l'organo amministrativo viene eletto non già dall'assemblea, bensì dall'organo di controllo¹³.

L'art. 147-*quinquies* dispone infine che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione devono possedere i requisiti di onorabilità previsti per i membri degli organi di controllo con un regolamento che il Ministro della giustizia dovrà adottare ai sensi dell'art. 148, comma 4, Tuf. Il difetto di tali requisiti determina la decadenza dalla carica.

2.2. Gli organi di controllo: composizione, requisiti di onorabilità e professionalità

Ad evidenti ragioni di tutela delle minoranze sono ispirate anche le disposizioni contenute nell'art. 2 della legge sul risparmio, che modifica la composizione e i poteri del collegio sindacale e dei corrispondenti organi di controllo nei sistemi alternativi di *governance*.

Le modifiche riguardano innanzi tutto la composizione del collegio sindacale: nell'art. 148 Tuf (*composizione*) sono state abrogate le lettere c) e d), ove era previsto che l'atto costitutivo stabilisse i criteri e le modalità per la nomina del presidente, nonché i limiti al cumulo degli incarichi, ed è stato introdotto il comma 2-*bis* che, invece, attribuisce all'assemblea il compito di nominare il presidente del collegio sindacale tra i sindaci eletti dalla minoranza.

Profondamente modificato è anche il secondo comma dell'art. 148, che nella versione precedente poneva a carico della società l'obbligo di prevedere nell'atto costitutivo apposite clausole volte ad assicurare l'elezione di un membro effettivo del collegio sindacale da parte della minoranza¹⁴. Nella nuova versione della norma tale potere è attribuito alla Consob, che determina con proprio regolamento le relative modalità di elezione. Quest'ultima modifica si è resa necessaria in quanto, vigente il testo precedente, molte società quotate avevano inserito nei propri statuti clausole sul voto di lista dal contenuto per certi versi discutibile, soprattutto in relazione all'effettiva tutela delle minoranze da esse realizzata¹⁵. La limitazione dell'autonomia statutaria in un settore particolare come quello dei controlli e la conseguente attribuzione del relativo potere regolamentare all'autorità di vigilanza appare dunque del tutto coerente con le finalità poste dalla norma¹⁶.

¹³ Così E. CERVIO, *cit.*, 106, secondo il quale la circostanza descritta “avrebbe reso oltremodo difficoltoso il meccanismo del voto di lista e del tutto inopportuna la previsione della nomina con votazione a scrutinio segreto”. E, in senso conforme, V. PANZIRONI, *cit.*, 29, ove, più in generale, si osserva che la differente tutela apprestata ai sistemi monistico e dualistico non può che dipendere da una difficoltà di adattamento a questi ultimi delle norme predisposte con riferimento all'organo di gestione del sistema tradizionale.

¹⁴ Con riferimento alle società non quotate, si fa presente che la riforma del diritto societario non ha previsto la nomina di un sindaco da parte della minoranza.

¹⁵ In tal senso C. CERA, *cit.*, 532, il quale aggiungeva che nella predisposizione delle clausole che regolano il voto di lista avrebbero dovuto essere adottati accorgimenti idonei ad impedire l'elusione della norma (si pensi al caso in cui la lista dalla quale devono essere eletti i sindaci di minoranza sia presentata da soggetti in realtà controllati dai soci di maggioranza).

¹⁶ *Contra* E. CERVIO, *cit.*, 107, che invece ritiene discutibile l'attribuzione di tale potere all'autorità regolamentare senza alcuna direttiva legislativa.

Qualche problema può sorgere con riferimento alla formulazione del secondo comma dell'art. 148, il quale in precedenza prevedeva che, ove il collegio fosse formato da più di tre membri, il numero dei componenti effettivi eletti dalla minoranza non potesse essere inferiore a due. Nel nuovo testo, invece, non compare alcun riferimento ad una eventuale pluralità dei sindaci di minoranza. Ciò nonostante, si ritiene che la norma debba essere interpretata in maniera estensiva: pertanto, nel caso in cui il numero dei sindaci sia superiore a tre, lo statuto potrà prevedere più di un sindaco di minoranza¹⁷. Resta invece irrisolto il problema, già sollevato dalla dottrina in relazione alla precedente formulazione della norma, legato alla mancanza di una previsione analoga per il sindaco supplente, con la conseguenza che, in caso di cessazione dalla carica del sindaco effettivo eletto dalla minoranza, quest'ultima non sarebbe più rappresentata all'interno dell'organo di controllo¹⁸. Peraltro, mentre l'esplicito riferimento ad un componente effettivo del collegio sembra escludere che la relativa previsione possa essere contenuta nel regolamento da emanarsi a cura della Consob, si ritiene che alla lacuna normativa possa porre rimedio l'autonomia privata, mediante l'inserimento di opportune clausole nello statuto. Ad ogni modo, non si può fare a meno di osservare come, attraverso la previsione obbligatoria della nomina di sindaci da parte della minoranza, il legislatore sembra aver voluto salvaguardare il requisito dell'indipendenza all'interno dell'organo di controllo. Requisito che, stante il disposto di cui all'art. 2399 c.c., dovrebbe già essere posseduto da ciascun sindaco: l'assenza di indipendenza, infatti, dà luogo *ex lege* ad una causa di ineleggibilità. Pertanto la nuova disposizione, se da un lato deve essere valutata positivamente in quanto consolida la posizione della minoranza all'interno della compagine sociale, dall'altro parrebbe attestare, forse in modo inopportuno, che i limiti imposti dalla legge non siano sufficienti a garantire l'indipendenza dell'organo di controllo, quasi che essa sia minata da una serie di fattori, primo fra tutti, probabilmente, quello legato alle modalità di nomina dello stesso.

Altra modifica rilevante è quella contenuta nel terzo comma dell'art. 148, inerente alle cause di ineleggibilità dei sindaci, nel quale vengono effettuati alcuni inserimenti, per cui il testo modificato della norma dispone che *“non sono eleggibili e, se eletti, decadono dall'ufficio, coloro che sono legati alla società od alle società da questa controllate od alle società che la controllano od a quelle sottoposte a comune controllo **ovvero agli amministratori della società e ai soggetti di cui alla lettera b)**¹⁹ da rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o professionale che ne compromettano l'indipendenza”*. L'ineleggibilità viene quindi estesa anche ai soggetti legati agli amministratori della società o ai parenti di questi ultimi da rapporti di lavoro autonomo, subordinato o da altri rapporti di natura patrimoniale o professionale tali da lederne l'indipendenza. La precisazione relativa ai rapporti di natura professionale è di fondamentale importanza, in quanto introduce nuovi elementi nell'ambito del dibattito relativo alla sussistenza di cause di incompatibilità negli studi associati, qualora all'interno degli stessi un

¹⁷ In senso conforme V. SALAFIA, *cit.*, 139, secondo il quale tale possibilità è consentita dalla nuova norma, “che limita la scelta del presidente del collegio sindacale nell'ambito di quelli eletti dalla minoranza e non con riferimento all'unico eletto dalla stessa minoranza”.

¹⁸ Si veda per tutti F. MAIMERI, *Sub art. 148, in Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, Padova, 1998, II, 1368.

¹⁹ Il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo.

professionista assuma la carica di sindaco di una società e un altro quella di consulente della stessa società. Al riguardo si fa presente che la nuova disposizione si applica alle sole società quotate - infatti nessuna modifica è stata apportata all'art. 2399 c.c. - e che comunque l'incompatibilità non può essere definita *tout court*, in quanto i rapporti di natura professionale devono essere in ogni caso tali da pregiudicare l'indipendenza del controllore. Dovrà quindi valutarsi in quali circostanze detta indipendenza viene effettivamente compromessa²⁰.

Ai sensi del novellato art. 148, comma 4, la previsione dei requisiti di onorabilità e professionalità dei membri del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione è demandata ad un regolamento del Ministero della giustizia, di concerto con quello dell'economia e finanze, sentita la Consob, la Banca d'Italia e l'Isvap²¹. La previsione non si discosta in modo significativo da quella precedente, in attuazione della quale aveva visto la luce il regolamento 30 marzo 2000, n. 162 del ministro della Giustizia, ove era stabilito che nelle società quotate dovessero essere scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili almeno uno o due dei sindaci effettivi, a seconda che il collegio fosse composto, rispettivamente, da tre o da più di tre membri (nonché, in ogni caso, almeno uno dei sindaci supplenti). Inoltre veniva richiesto, quale requisito aggiuntivo, che il revisore avesse esercitato l'attività di controllo legale dei conti per almeno tre anni. Il contenuto del regolamento era fondato sull'impostazione secondo la quale il Tuf, se da un lato aveva attribuito alle società di revisione il controllo legale dei conti, dall'altro aveva conservato in capo al collegio sindacale una serie di competenze - prima fra tutte la verifica dell'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile *ex art. 149* - in relazione alle quali si riteneva impossibile prescindere da una specifica competenza tecnica²². Al medesimo principio, secondo il quale la separazione del controllo contabile da quello amministrativo non ha privato *in toto* i sindaci delle competenze contabili, si è ispirato anche il legislatore della riforma societaria. Con riferimento al collegio sindacale nelle società non quotate, l'art. 2397, secondo comma, c.c. stabilisce infatti che almeno un sindaco effettivo ed uno supplente siano iscritti nel registro dei revisori contabili, mentre i restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono comunque essere scelti fra gli iscritti in uno degli albi professionali individuati dal decreto del ministro della Giustizia 29 dicembre 2004, n. 320 (avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e periti commerciali, consulenti del lavoro), o fra i professori universitari di ruolo, nelle materie economiche o giuridiche.

Il regolamento previsto dal nuovo art. 148, comma 4, Tuf - ed è questa la modifica di rilievo - dovrà definire i requisiti di onorabilità e professionalità validi per tutti gli organi di controllo, quale che sia il sistema di *governance* prescelto dalla società, e non solo per i membri del collegio sindacale. Viene così superata la

²⁰ Sul tema si veda anche la circolare CNDC 20 aprile 2004, n. 15 e, in dottrina, M. LIBERTINI, *Sui requisiti di indipendenza del sindaco di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 244, ove ci si sofferma specificamente sul problema della compromissione dell'indipendenza nell'ipotesi del conferimento di incarico professionale a professionista che operi nello stesso studio associato in cui il sindaco svolge la propria attività.

²¹ Regolamento da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, legge 23 agosto 1988, n. 400.

²² Si veda G. CAVALLI, *Sub art. 148*, in *Testo unico della finanza*, Commentario diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, 1226.

“irragionevole differenziazione”²³ venutasi a creare all’indomani dell’entrata in vigore della riforma del diritto societario, per effetto della quale nelle società quotate con sistema tradizionale i requisiti di onorabilità e professionalità dei sindaci erano previsti dal citato regolamento ministeriale, mentre in quelle con sistema dualistico o monistico, stante la carenza della norma speciale, risultavano applicabili le disposizioni codicistiche dettate per le non quotate. In particolare, nelle società che hanno adottato il sistema dualistico l’art. 2409-*duodecies*, comma 4, c.c. si limita a disporre che almeno un componente effettivo del consiglio di sorveglianza debba essere scelto tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili. Analoga previsione è contenuta nell’art. 2409-*octiesdecies*, comma 3, c.c. con riferimento ad almeno uno dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione nelle società che hanno adottato il sistema monistico; tuttavia, il secondo comma dello stesso articolo prescrive per tutti i componenti il possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto, nonché dei requisiti di indipendenza di cui all’art. 2409-*septiesdecies* c.c. (si tratta dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall’art. 2399, primo comma, c.c.). La nuova disposizione, dunque, contribuisce ad uniformare la disciplina degli organi di controllo nelle società quotate, imponendo ai componenti degli stessi il possesso di omogenei requisiti di onorabilità e professionalità.

La mancanza di tali requisiti determina la decadenza dalla carica; quest’ultima, ai sensi dell’art. 148, comma 4-*quater*, dovrà essere dichiarata entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza della causa sopravvenuta dal consiglio di amministrazione, ovvero dall’assemblea nelle società che hanno adottato il sistema monistico o quello dualistico. Con riferimento al sistema tradizionale, già in passato autorevole dottrina aveva ritenuto discutibile l’attribuzione all’organo controllato della competenza ad accertare una causa di cessazione dei membri dell’organo controllante, seppure esclusivamente sotto il profilo dei requisiti di onorabilità e professionalità²⁴. Ad ogni modo, in caso di inerzia degli organi deputati, sarà la Consob a provvedere su richiesta di qualsiasi interessato o nel caso in cui sia comunque venuta a conoscenza della causa di decadenza.

I commi 4-*bis* e 4-*ter* dell’art. 148 riguardano l’applicabilità delle disposizioni in commento agli organi di controllo previsti nei sistemi alternativi di *governance*.

In particolare, al consiglio di sorveglianza si applicano le disposizioni di cui ai commi 2 e 3: pertanto, nei confronti delle società quotate che hanno adottato il sistema dualistico troverà applicazione l’emanando regolamento Consob nel quale saranno definite le modalità per l’elezione di un membro effettivo del collegio sindacale da parte dei soci di minoranza. Ai componenti del consiglio di sorveglianza saranno inoltre applicabili le cause di ineleggibilità e decadenza previste per i componenti del collegio sindacale.

Al comitato per il controllo sulla gestione si applicano le disposizioni di cui ai commi 2-*bis* e 3: pertanto, nelle società quotate che hanno adottato il sistema monistico il presidente dell’organo di controllo dovrà

²³ Così E. CERVIO, *cit.*, 110.

²⁴ G. CAVALLI, *cit.*, 1231, il quale aggiunge che, se in alcuni casi la funzione del consiglio di amministrazione consiste nel mero accertamento dell’avverarsi della causa di decadenza, in altri essa implica una vera e propria attività di valutazione.

essere nominato dall'assemblea tra i componenti eletti dalla minoranza. La norma specifica poi che il rappresentante della minoranza è il membro del consiglio di amministrazione eletto ai sensi dell'art. 147-ter, comma 3. Dal combinato disposto di quest'ultima norma e dell'art. 148, comma 4-ter, emerge un minore impatto delle nuove disposizioni sulle società che hanno adottato il sistema monistico²⁵. Infatti, l'art. 147-ter, comma 3, nel prevedere all'interno di tale sistema la presenza di un membro espresso dalla minoranza, dispone altresì che quest'ultimo debba essere in possesso dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza determinati ai sensi dell'art. 148, commi 3 e 4. Ciò significa che l'amministratore eletto dalla minoranza e in possesso dei suddetti requisiti coincide necessariamente con il componente che dovrà essere nominato all'interno del comitato per il controllo sulla gestione, con la conseguenza che nel sistema monistico la minoranza potrà esprimere un solo soggetto, che sarà chiamato a svolgere sia le funzioni di amministratore sia quelle di membro dell'organo di controllo. Maggiore tutela è invece apprestata dal legislatore nel sistema tradizionale, in cui sono presenti due soggetti espressi dalla minoranza, uno nel consiglio di amministrazione e uno nel collegio sindacale.

Infine, anche ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione saranno applicabili le cause di ineleggibilità e decadenza previste per i componenti del collegio sindacale.

2.2.1. Limiti al cumulo degli incarichi

Al fine di evitare che l'assunzione di un numero eccessivo di incarichi potesse pregiudicare la qualità dell'operato degli organi di controllo, il precedente testo dell'art. 148, comma 1, lett. d) prevedeva che l'atto costitutivo della società stabilisse limiti al cumulo degli incarichi nei collegi sindacali²⁶. Detta impostazione è stata riproposta dal legislatore della riforma societaria: l'art. 2399, terzo comma, c.c., dispone infatti che lo statuto possa prevedere limiti e criteri per il cumulo degli incarichi²⁷. La soluzione adottata, tuttavia, ha sollevato non pochi dubbi, in quanto il problema in questione appare difficilmente risolvibile attraverso il ricorso all'autonomia statutaria, anche in considerazione degli interessi extrasociali tutelati dal collegio sindacale²⁸.

²⁵ In tal senso V. PANZIRONI, *cit.*, 29-30.

²⁶ Tra gli altri, M. CARATOZZOLO, *La nuova disciplina del collegio sindacale nelle società quotate*, in GDC, n. 3/1998, 9, il quale salutava con favore l'introduzione di questa norma, ritenendo necessaria una "moralizzazione del settore" e argomentando che, a fronte di un cumulo eccessivo degli incarichi di sindaco, anche la più efficiente organizzazione dello studio professionale non garantisce che detti incarichi possano essere svolti con la diligenza richiesta dalla legge.

²⁷ In realtà, mentre il Tuf imponeva alle società quotate di inserire la relativa clausola nello statuto, l'art. 2399 c.c. si limita a prevedere per le società non quotate una generica facoltà in tal senso.

²⁸ Così S. AMBROSINI, *Sub artt. 2397-2399 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 2, 877. E, con riferimento al precedente testo dell'art. 148, comma 1, lett. d) Tuf, G. CAVALLI, *cit.*, 1213; F. MAIMERI, *cit.*, 1366, secondo il quale il fatto che questa limitazione fosse demandata allo statuto e non già introdotta per via legislativa o regolamentare faceva temere che la stessa potesse essere vanificata; e ancora, circa l'opportunità che il limite numerico degli incarichi di sindaco venisse stabilito con un provvedimento normativo piuttosto che dagli statuti delle singole società M. CARATOZZOLO, *cit.*, 10. Si osserva inoltre che l'introduzione di limiti obbligatori al cumulo degli incarichi figurava tra le proposte avanzate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti in tema di *governance* e rapporto banche-imprese, durante le audizioni

Attraverso l'inserimento dell'art. 148-bis (*limiti al cumulo degli incarichi*), la legge sul risparmio ha demandato ad un regolamento della Consob la previsione dei limiti al cumulo degli incarichi di amministrazione e controllo che i componenti degli organi di controllo delle società quotate, nonché delle società emittenti strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116, possono assumere presso tutte le società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, del codice civile²⁹. Tali limiti dovranno essere stabiliti avendo riguardo all'onerosità e alla complessità di ciascun tipo di incarico, anche in rapporto alla dimensione della società, al numero e alla dimensione delle imprese incluse nel consolidamento, nonché all'estensione e all'articolazione della sua struttura organizzativa. Lo stesso regolamento dovrà determinare i termini e le modalità con le quali i componenti degli organi di controllo saranno tenuti ad informare la Consob e il pubblico circa gli incarichi di amministrazione e controllo da essi ricoperti presso ciascuna società. In caso di superamento dei limiti previsti dal regolamento, la Consob dichiarerà la decadenza da tutti gli incarichi assunti dopo il raggiungimento del numero massimo.

Il conferimento all'autorità di vigilanza del potere di stabilire con proprio regolamento i limiti al cumulo degli incarichi consente di evitare che la soluzione del problema venga rimessa all'autonomia societaria, a dimostrazione del fatto che il legislatore ha inteso tutelare interessi di carattere generale e non già di tipo esclusivamente societario.

Il secondo comma dell'art. 148-bis fa salvo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 2400 c.c., anch'esso introdotto dalla legge sul risparmio: tale disposizione introduce un obbligo di *disclosure* a carico dei sindaci, sia di società quotate che non quotate, i quali, al momento della nomina e prima dell'accettazione dell'incarico, devono rendere noti all'assemblea gli incarichi di amministrazione e controllo da essi ricoperti presso altre società. La disposizione si applica anche alle società che adottano sistemi alternativi di *governance*: in particolare, per effetto della modifica apportata all'art. 2409-*quaterdecies* c.c., nelle società che hanno adottato il sistema dualistico l'obbligo di *disclosure* riguarda i componenti del consiglio di sorveglianza; mentre in quelle che hanno optato per il modello monistico, in virtù del comma aggiunto all'art. 2409-*septiesdecies* c.c., detto obbligo ricade su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, in quanto al momento della loro nomina da parte dell'assemblea non è ancora possibile sapere quali di essi faranno parte del comitato per il controllo sulla gestione.

Si è detto che la norma di cui all'art. 2400, quarto comma, c.c. si applica anche alle società quotate. In queste ultime, dunque, il legislatore ha imposto un doppio obbligo informativo: il primo deve essere adempiuto nei confronti dei soci, il secondo nei confronti del pubblico e della Consob.

Anche l'introduzione di un obbligo di informazione nelle società non quotate deve essere valutata positivamente, in quanto risponde all'esigenza di soddisfare un generale diritto all'informazione dei soci. Tuttavia, vi è chi ritiene che la norma avrebbe dovuto essere formulata diversamente, antepo-

conoscitive per la predisposizione della legge sulla tutela del risparmio conseguente ai casi Parmalat e Cirio (ci si riferisce, in particolare, all'audizione tenutasi in data 20 gennaio 2004).

²⁹ Si tratta di tutte le società di capitali, con la sola esclusione delle cooperative e delle mutue assicuratrici, per le quali quindi non potranno essere previste limitazioni al cumulo degli incarichi.

l'adempimento dell'obbligo informativo alla nomina assembleare³⁰. E, in effetti, analizzando il testo normativo ci si chiede se il riferimento al "momento della nomina" implichi che l'informazione richiesta costituisca parte integrante della delibera di nomina, ovvero se essa possa essere fornita anche in un momento successivo, purché prima dell'accettazione. In quest'ultimo caso, poi, ci si chiede se il mancato adempimento dell'obbligo informativo possa incidere sulla validità della nomina. Al riguardo, la soluzione negativa si lascia senz'altro preferire: nel testo normativo, infatti, non si rinvencono elementi tali da far concludere che l'obbligo di *disclosure* rappresenti un elemento costitutivo della delibera, la quale dunque si perfeziona con la nomina dei sindaci.

Altrettanto dubbia, infine, è l'individuazione della sanzione connessa all'inadempimento dell'obbligo in esame³¹. Alla fattispecie discussa non può certo applicarsi il comma 3-*bis* dell'art. 193, anch'esso introdotto dalla legge sul risparmio, il quale fa riferimento esclusivamente alla violazione degli obblighi di cui all'art. 148-*bis*, comma 2. In particolare, l'art. 193, comma 3-*bis* prevede una sanzione amministrativa, pari al doppio della retribuzione annuale prevista per il relativo incarico, per i componenti degli organi di controllo che omettano di informare la CONSOB e il pubblico circa gli incarichi di amministrazione e controllo da essi ricoperti.

2.2.2. Doveri e poteri

La legge sul risparmio ha innovato anche in tema di doveri e poteri degli organi di controllo delle società quotate. Con riferimento ai primi, all'art. 149, comma 1, Tuf (*doveri*) è aggiunta la lett. c-*bis*), che inserisce tra i doveri del collegio sindacale quello di vigilare sulle modalità di attuazione delle regole di *governance* previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, ai quali la società abbia dichiarato di attenersi mediante informativa al pubblico. Come rilevato dall'Abi³², il fatto che l'osservanza di tali codici sia oggetto di specifica vigilanza significa che il legislatore riconosce agli stessi una valenza che va al di là della loro funzione integrativa delle *best practices*³³.

La norma si applica anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione, per effetto dei rinvii disposti rispettivamente dai commi 4-*bis* e 4-*ter* dello stesso articolo.

L'inadempimento dei suddetti doveri è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila a euro cinquecentomila: lo stabilisce il successivo art. 193, comma 3, lett. a) il quale, per effetto

³⁰ È quanto osserva E. CERVIO, *cit.*, 112.

³¹ Così E. CERVIO, *cit.*, 112, secondo il quale, salvo ipotizzare l'esistenza di una giusta causa di revoca, deve concludersi che si tratta di una norma imperfetta.

³² Ci si riferisce alla citata circolare n. 52/2006.

³³ È senz'altro il caso del citato codice Preda, adottato dal gran parte delle società quotate italiane: ove esso sia stato recepito, l'organo di controllo dovrà vigilare sulla sua concreta attuazione. Dalla formulazione letterale della norma, inoltre, si desume che anche i codici di comportamento redatti dalle principali associazioni di categoria (Confindustria, Abi, Ania, ecc.) in attuazione del disposto di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, una volta adottati dalla società quotata, siano oggetto di uno specifico dovere di vigilanza da parte degli organi di controllo.

delle modifiche apportate dalla legge sul risparmio, dispone l'applicazione delle suddette sanzioni ai componenti del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione che commettono irregolarità nell'adempimento dei doveri previsti dall'art. 149, commi 1, 4-*bis*, primo periodo, e 4-*ter*, ovvero omettono le comunicazioni previste dall'art. 149, comma 3³⁴. Al riguardo si è osservato che tale sanzione è eccessiva, soprattutto se si tiene conto della formulazione della norma, nella quale si parla di generiche "irregolarità nell'adempimento dei doveri"³⁵. Invero, l'applicazione indiscriminata della sanzione in commento potrebbe finire per disincentivare l'assunzione di cariche negli organi di controllo di società quotate da parte di soggetti competenti.

Attraverso le modifiche apportate all'art. 151 Tuf (*Poteri*), vengono rafforzati ulteriormente i poteri riconosciuti, anche individualmente, ai sindaci. In particolare, questi ultimi potranno rivolgere le loro richieste di notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari non solo agli amministratori della società, ma anche direttamente agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate. Tale previsione di fatto allinea la disciplina delle società quotate con quanto già previsto per le società non quotate dall'art. 2403-*bis*, comma 2, c.c. La *ratio* della norma risiede nella necessità di garantire, soprattutto nei gruppi societari, l'efficacia delle informazioni relative alle società controllate, che precedentemente potevano essere richieste soltanto agli amministratori della capogruppo.

Sono apportate modifiche anche al potere di convocazione degli organi societari. Infatti, ad eccezione del potere di convocare l'assemblea dei soci, che continuerà ad essere esercitato, come in precedenza, da almeno due membri del collegio sindacale, il potere di convocazione del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, nonché il potere di avvalersi di dipendenti della società per l'espletamento delle proprie funzioni, sono ora attribuiti a ciascun membro del collegio.

Le variazioni descritte sono apportate anche alla disciplina dei poteri degli organi di controllo nei sistemi dualistico e monistico, attraverso la modifica degli artt. 151-*bis* (*poteri del consiglio di sorveglianza*) e 151-*ter* (*poteri del comitato per il controllo sulla gestione*). Con riferimento a quest'ultima norma, si precisa tuttavia che il comitato per il controllo sulla gestione può, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, convocare lo stesso consiglio di amministrazione o il comitato esecutivo, ma non l'assemblea dei soci³⁶.

³⁴ Quest'ultimo impone al collegio sindacale di comunicare senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e di trasmettere i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti, nonché ogni altro documento utile.

³⁵ Così E. CERVIO, *cit.*, 113, secondo il quale il tenore letterale della norma indurrebbe a concludere che "qualsivoglia irregolarità commessa dai componenti degli organi di controllo nell'adempimento dei menzionati doveri sia *ex se* suscettibile di essere punita pecuniariamente, in spregio al principio di offensività".

³⁶ La stessa disciplina è prevista per le società non quotate che hanno adottato il sistema monistico, nelle quali al comitato per il controllo sulla gestione non è attribuita la facoltà di convocare l'assemblea (a differenza di quanto accade nel sistema tradizionale e in quello dualistico).

Le novità illustrate consentono senz'altro di affermare che il legislatore ha rafforzato il ruolo dell'organo di controllo in ambito societario, soprattutto con riferimento ai poteri individuali del singolo componente. Le modifiche intervenute contribuiscono, infatti, a potenziare il controllo di legalità sull'operato della società³⁷, confermando il collegio sindacale - e i corrispondenti organi di controllo nei sistemi alternativi di *governance* - quale "interlocutore privilegiato dell'organo amministrativo nelle scelte gestionali"³⁸.

3. DISPOSIZIONI A TUTELA DELLE MINORANZE

3.1. Azione di responsabilità

L'art. 3 della legge sul risparmio modifica in maniera significativa la disciplina dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società per azioni.

Le novità riguardano sia le società quotate sia quelle non quotate: la legge sul risparmio, infatti, ha modificato gli artt. 2393 e 2393-bis c.c., che sono norme di applicazione generale. Le relative modifiche sono volte a favorire l'esercizio dell'azione di responsabilità e la revoca degli amministratori, da un lato mediante l'attribuzione al collegio sindacale del potere di esercitare direttamente l'azione di responsabilità, dall'altro tramite l'abbassamento della soglia di capitale sociale necessaria per l'esercizio di tale azione da parte dei soci nelle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio.

In particolare, il nuovo terzo comma dell'art. 2393 c.c. prevede che l'azione di responsabilità possa anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. La delibera dell'azione di responsabilità comporta la revoca degli amministratori contro i quali è stata promossa e la sostituzione degli stessi da parte dell'assemblea, a condizione che sia stata adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. La nuova norma, che sotto l'aspetto della tutela degli interessi generali deve senz'altro essere considerata positivamente, pone più di un problema con riferimento alla posizione del collegio sindacale. Infatti, se è vero che l'azione di responsabilità costituisce l'*extrema ratio* nell'esercizio del potere-dovere di vigilanza di cui il collegio sindacale è incaricato³⁹, è altrettanto vero che il mancato esercizio di tale potere potrebbe dare luogo ad una ulteriore ipotesi di responsabilità a carico dello stesso. In altre parole, la previsione di nuovi e più incisivi poteri, pur rafforzando il ruolo del collegio sindacale, potrebbe configurare - in caso di inerzia - una sua responsabilità, da far valere *ex art. 2407, terzo comma, c.c.*⁴⁰. È evidente che una siffatta impostazione muove dal presupposto che la norma in commento attribuisca al collegio sindacale una vera e propria legittimazione attiva. Il punto, tuttavia, non è pacifico. Altrettanti dubbi sorgono in relazione alle concrete modalità di

³⁷ Al riguardo G. VISENTINI - E. RUGGIERO, *cit.*, 8, ove tuttavia si osserva che non vi è stato un corrispondente rafforzamento del controllo di merito.

³⁸ V. PANZIRONI, *cit.*, 32.

³⁹ G. VISENTINI - E. RUGGIERO, *cit.*, 7.

⁴⁰ U. TOMBARI, *cit.*, 6.

esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei sindaci. Invero, l'inserimento della disposizione all'interno dell'art. 2393 c.c. lascia presupporre che l'*iter* da seguire sia quello previsto nell'ipotesi in cui l'azione sia deliberata dall'assemblea (anche se l'applicazione *tout court* della norma al collegio sindacale pone alcune problematiche di carattere procedurale). E, al riguardo, ci si chiede se il relativo potere sia stato conferito all'organo di controllo allo scopo di sopperire all'eventuale inerzia della società, ovvero se lo stesso sia suscettibile di essere esercitato autonomamente: quest'ultima soluzione sembra senz'altro più convincente, considerato il tenore letterale della norma. Meno probabile appare invece l'ipotesi che il procedimento che conduce alla revoca degli amministratori possa essere quello descritto dall'art. 2409 c.c. (*denuncia al tribunale*), a causa del mancato richiamo di tale disposizione da parte del legislatore.

Per effetto della modifica apportata al secondo comma dell'art. 2393-*bis*, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio la soglia del capitale sociale necessaria per promuovere l'azione viene abbassata al 2,5% (anziché al precedente 5%): l'azione sociale di responsabilità potrà cioè essere esercitata da tanti soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale (e non più un ventesimo) o la minore misura prevista nello statuto. Lo scopo della disposizione è quello di garantire, mediante l'abbassamento della soglia necessaria per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, una più efficace tutela dei soci di minoranza e, di conseguenza, un maggiore coinvolgimento degli stessi nell'ambito della *governance* delle società quotate, riducendo conseguentemente il margine di autonomia riservato agli azionisti di maggioranza⁴¹.

3.2. *Delega di voto e integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea*

Agli artt. 4 e 5 della legge sul risparmio sono dettate nuove disposizioni in relazione alla delega di voto e all'integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea, al fine di agevolare la partecipazione delle minoranze alle decisioni assembleari delle società quotate, semplificando la raccolta delle deleghe di voto nel caso delle società ad azionariato diffuso e consentendo ad una minoranza qualificata di chiedere, a determinate condizioni, l'integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea.

Con riferimento alla delega di voto, viene modificato l'art. 139, comma 1, Tuf (sostituendo le parole "*può stabilire*" con "*stabilisce*"), al fine di trasformare in obbligo la facoltà della Consob di determinare, per la raccolta delle deleghe di voto nelle società ad elevata capitalizzazione e ad azionariato particolarmente diffuso, percentuali di possesso del capitale sociale inferiori a quella prevista dalla stessa norma, che è pari almeno all'1% del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nella stessa assemblea per la quale è richiesta la delega⁴². In realtà, nonostante le disposizioni del Tuf fossero mirate ad incentivare la

⁴¹ Si è osservato, tuttavia, che la percentuale indicata dalla norma è tutt'altro che insignificante in un mercato a ristretta base azionaria quale il nostro (E. CERVIO, *cit.*, 117).

⁴² Per la precisione, la norma dispone che il committente debba possedere azioni che gli consentano l'esercizio del diritto di voto nell'assemblea per la quale è richiesta la delega in misura almeno pari all'1% del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nella stessa e debba risultare iscritto da almeno sei mesi nel libro dei soci per la medesima quantità di azioni.

raccolta delle deleghe, va segnalato che il ricorso a questo strumento è stato di gran lunga inferiore rispetto alle aspettative⁴³.

Per quanto riguarda l'integrazione dell'ordine del giorno, all'interno del Tuf viene aggiunto l'art. 126-*bis*, nel quale è previsto che i soci che, anche congiuntamente, rappresentino almeno un quarantesimo del capitale sociale possono chiedere, entro cinque giorni dalla pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea, l'integrazione dell'elenco delle materie da trattare, indicando nella domanda gli ulteriori argomenti da essi proposti. Delle integrazioni a tale elenco deve essere data notizia nelle stesse forme previste per la pubblicazione dell'avviso di convocazione almeno dieci giorni prima della data prevista per l'assemblea. In ogni caso, non è ammessa l'integrazione dell'elenco delle materie da trattare in relazione a quegli argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta.

4. ENTRATA IN VIGORE

Uno dei problemi più complessi legati alla legge sul risparmio è quello relativo all'entrata in vigore delle disposizioni in essa contenute. In generale si può affermare che il provvedimento è entrato in vigore, decorso il periodo ordinario di *vacatio legis*, lo scorso 12 gennaio. Il legislatore, tuttavia, è intervenuto in diversi settori e con distinte modalità, ora subordinando l'operatività di alcune disposizioni all'emanazione di ulteriori provvedimenti normativi, ora prevedendo appositi meccanismi di differimento dell'entrata in vigore di altre previsioni. Con riferimento alle norme esaminate nel presente documento, i primi commentatori della riforma del risparmio hanno ritenuto utile individuare alcuni criteri generali, da seguire nella fase applicativa⁴⁴. In particolare, le disposizioni sulla *governance* possono essere ripartite in tre categorie, a seconda che esse siano direttamente applicabili, ovvero che richiedano una modifica statutaria o, infine, che presuppongano l'emanazione di una normativa regolamentare.

Alla categoria delle norme già in vigore possono senz'altro essere ricondotte le seguenti disposizioni:

- art. 126-*bis* Tuf, che prevede la possibilità per le minoranze di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea;
- art. 149, comma 1, lett. *c-bis*), Tuf, che aggiunge ai doveri del collegio sindacale quello di vigilare sulle modalità di attuazione delle regole di *governance* previste da codici di comportamento;

⁴³ Si veda E. CERVIO, *cit.*, 117, secondo il quale ciò probabilmente è dipeso da una serie di fattori, primo fra tutti quello legato alla eccessiva onerosità del meccanismo di sollecitazione, i cui costi gravano sul committente che la promuove.

⁴⁴ Il problema della tempistica relativa all'entrata in vigore delle disposizioni contenute nella legge sul risparmio è stato attentamente esaminato dall'Abi nella più volte citata circolare n. 52/2006.

- art. 151, comma 2, Tuf, che attribuisce a ciascun sindaco i poteri di convocazione e di richiesta di collaborazione (ad eccezione del potere di convocazione dell'assemblea, che deve essere esercitato da almeno due componenti del collegio);
- art. 2393 c.c., che attribuisce al collegio sindacale il potere di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori;
- art. 2393-bis c.c., che abbassa la soglia di capitale sociale necessaria per promuovere l'azione sociale di responsabilità nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio;
- artt. 2400, ultimo comma, e 2409-septiesdecies, comma 3, c.c., che impongono ai sindaci e agli amministratori di rendere noti, al momento della nomina e prima dell'accettazione, gli incarichi di amministrazione e controllo da essi ricoperti in altre società.

Per quanto riguarda la seconda categoria di norme, l'art. 42 della legge sul risparmio (*termine per gli adempimenti previsti dalla presente legge*) al primo comma dispone che le società iscritte nel registro delle imprese alla data di entrata in vigore della legge - quindi al 12 gennaio 2006 - provvedano ad uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle disposizioni dalla stessa introdotte entro dodici mesi da tale data, quindi entro il 12 gennaio 2007⁴⁵.

Appartengono a tale categoria le seguenti disposizioni:

- art. 147-ter, commi 1, 3 e 4 Tuf, che introducono rispettivamente il sistema del voto di lista per l'elezione degli amministratori, la nomina di almeno un amministratore espresso dalla minoranza e la presenza di un amministratore indipendente ove il consiglio sia composto da più di sette membri. In tutti questi casi, infatti, è necessaria una modifica statutaria. Si ritiene inoltre che anche il secondo comma dell'art. 147-ter, che impone il sistema del voto segreto per le elezioni alle cariche sociali, rientri in questa categoria. A rigore, la disposizione sarebbe immediatamente applicabile; tuttavia, dal momento che attiene alle modalità di elezione dell'organo amministrativo, si ritiene che per poter funzionare in concreto essa debba essere coordinata con le future previsioni statutarie⁴⁶. Sul punto sarebbe comunque opportuno un chiarimento da parte del legislatore;
- art. 147-quater Tuf, che introduce la figura dell'amministratore indipendente all'interno del sistema dualistico. In realtà, anche in questo caso la norma non rinvia espressamente allo statuto, tuttavia al fine di evitare disparità ingiustificate si ritiene applicabile il meccanismo descritto per il sistema tradizionale⁴⁷.

Tra le disposizioni la cui entrata in vigore è subordinata all'emanazione di un regolamento rientrano, infine, le seguenti norme:

⁴⁵ Per le società costituite successivamente alla data del 12 gennaio 2006, nel silenzio della legge l'Abi ritiene che la normativa in commento debba ritenersi già operativa, con la conseguenza che tali società dovranno fin dall'inizio adeguare il proprio statuto alle relative previsioni.

⁴⁶ Così U. TOMBARI, *cit.*, 6.

⁴⁷ In tal senso si è espressa l'Abi, che anche su questo punto ha invocato un chiarimento legislativo.

- art. 147-*quinquies* Tuf, che demanda ad un regolamento del ministro della Giustizia la disciplina dei requisiti di onorabilità e professionalità dei componenti degli organi di controllo;
- art. 148, comma 2, Tuf, che demanda ad un regolamento della Consob la determinazione delle modalità per l'elezione di un sindaco da parte della minoranza;
- art. 148-*bis*, comma 1, Tuf, che demanda ad un regolamento della Consob la determinazione dei limiti al cumulo degli incarichi di amministrazione e controllo.

Stampato presso la sede della Fondazione – marzo 2006

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it