



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 61

*Il sistema di amministrazione e
controllo dualistico.*

La disciplina.

(Parte seconda)

Maggio 2006

**IL SISTEMA DI AMMINISTRAZIONE E
CONTROLLO DUALISTICO
LA DISCIPLINA
(PARTE SECONDA)**

IL SISTEMA DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO DUALISTICO
LA DISCIPLINA

Il documento illustra in modo esaustivo, seppur sintetico, le norme che regolano il sistema di amministrazione e controllo basato su un consiglio di gestione e su un consiglio di sorveglianza. La disciplina del sistema dualistico, pur se largamente ispirata al modello tradizionale, presenta tratti peculiari sui quali è opportuno soffermare l'indagine al fine di meglio comprendere i possibili ambiti applicativi di questo alternativo sistema di governance. Anche alla luce delle interpretazioni e delle riflessioni della dottrina sono stati, inoltre, approfonditi i temi di maggiore interesse quali, tra l'altro, la flessibilità nella nomina e revoca dei componenti il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza, le ampie e rilevanti competenze del consiglio di sorveglianza, nonché il regime di responsabilità dei componenti gli organi di amministrazione e controllo.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'adozione del sistema di amministrazione e controllo dualistico. – 3. Il consiglio di gestione. – 3.1. Composizione e funzionamento. – 3.2. Nomina e requisiti soggettivi – 3.3. Durata, revoca e sostituzione. – 3.4. Regime di responsabilità. – 4. Il consiglio di sorveglianza. – 4.1. Composizione e funzionamento. – 4.2. Nomina, revoca e sostituzione. – 4.3. Competenze. – 4.4. Regime di responsabilità. – 5. Il controllo contabile.

1. PREMESSA

La disciplina del sistema di amministrazione e controllo basato su un consiglio di gestione (nel prosieguo: CdG) e su un consiglio di sorveglianza (nel prosieguo: CdS) è assai scarna.

Il legislatore della riforma ha, infatti, preferito disciplinare compiutamente il sistema di amministrazione e controllo tradizionale. Per i modelli alternativi ha introdotto poche e sintetiche disposizioni e per il resto ha richiamato – previo superamento del vaglio di compatibilità – le norme dettate per il sistema tradizionale (artt. da 2409-*octies* a 2409-*quinquiesdecies* c.c.). Un rinvio generale alle norme che regolano il sistema tradizionale è altresì contenuto nell'art. 223-*septies* disp. att. trans. c.c.

Con riferimento al sistema di amministrazione e controllo dualistico, questa disposizione attuativa ha cura di precisare che le norme del codice civile che si riferiscono agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione in quanto compatibili anche ai componenti il CdG e ai componenti il CdS.¹ La stessa norma chiarisce, infine, che ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali si intende effettuato anche al CdS e ai loro componenti ove compatibile con le specificità di tali organi.²

In altre parole, la disciplina del modello dualistico non è di agevole individuazione perchè deve essere ricavata – oltre che dalle specifiche disposizioni ad esso dedicate – attraverso una serie di rinvii, generali o puntuali, ad altre norme.

2. L'ADOZIONE DEL SISTEMA DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO DUALISTICO

A differenza del sistema di amministrazione e controllo tradizionale che è direttamente applicabile anche in mancanza di una diversa disposizione statutaria, il sistema dualistico deve essere espressamente adottato in sede di costituzione della società o con successiva modifica statutaria (artt. 2380, secondo comma, e 2409-*octies* c.c.). Per la variazione del sistema di amministrazione e controllo e l'adozione del modello dualistico è necessaria pertanto una deliberazione dell'assemblea straordinaria modificativa dello statuto. Deve ritenersi quindi illegittima la clausola statutaria che affidi all'assemblea ordinaria il compito di deliberare la modifica del sistema di amministrazione e controllo.³

La modificazione ha effetto dalla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo a quello in cui è stata decisa. La stessa deliberazione può prevedere, tuttavia, un differente termine di efficacia della variazione (art. 2380, secondo comma, c.c.).

¹ Analoga regola è enunciata dall'art. 2380, terzo comma, c.c. in virtù del quale le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano anche al CdG, salvo che sia diversamente stabilito.

² In altri termini, il sistema di amministrazione e controllo dualistico può essere adottato anche nelle società che operano in settori disciplinati da norme speciali quali, ad esempio, banche o società emittenti azioni quotate nei mercati regolamentati. Con l'avvertenza che, stante il rapporto fra legge generale e legge speciale, la disciplina codicistica trova applicazione in queste società solo se non diversamente disposto dalla legislazione speciale. A titolo esemplificativo, agli organi di amministrazione e controllo delle società con azioni quotate in borsa che adottano il sistema dualistico: *i*) si applicano le specifiche disposizioni contenute nella Sezione IV-*bis* Capo II del d. lgs. n. 58/98 (nel proseguo: Tuf) come novellato dal d.lgs. n. 37/2004 e dalla l. n. 262/2005; *ii*) non si applicano le norme codicistiche espressamente elencate dall'art. 154, comma 2, Tuf; *iii*) si applicano le rimanenti norme del codice civile solo se compatibili con la legislazione speciale. Di conseguenza, ai componenti il CdS si applica l'art. 148 Tuf che prevede per i membri degli organi di controllo requisiti soggettivi più stringenti rispetto a quelli stabiliti dal codice civile. Sul punto si vedano, più approfonditamente, G. MINERVINI, *Sub art. 2325-bis*, c.c. in M. SANDULLI - V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, 2/I, Torino, 2003, 17; A. GUACCERO, *Sub art. 2409/XVI-XIX*, in G. NICCOLINI, S. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, II, Napoli, 2004, 901 ss.

³ In altri termini, dal momento che la transizione al modello dualistico comporta modificazioni sostanziali nella struttura societaria la competenza per l'adozione del modello dualistico spetta, senza eccezioni, all'assemblea straordinaria. *Contra* S. PESCATORE, *La società per azioni*, in V. Buonocore (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 63, secondo il quale è possibile introdurre nello statuto clausole che prevedano la facoltà di adottare l'uno o l'altro dei modelli di amministrazione e controllo, rimettendo la relativa deliberazione all'assemblea ordinaria. In senso dubitativo, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-octies*, in G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Bologna, 2004, 1104.

In occasione della variazione del sistema di *governance* – ovvero con una deliberazione successiva dell'assemblea (ordinaria) dei soci – devono essere, inoltre, nominati i primi consiglieri di sorveglianza. Ne consegue che, al fine di assicurare continuità nella gestione dell'impresa, i componenti i vecchi organi di amministrazione e controllo, resteranno in carica in regime di *prorogatio* sino all'insediamento del CdS, i cui membri dovranno provvedere a nominare senza indugio i consiglieri di gestione.⁴

È interessante notare, infine, che la modificazione del sistema di amministrazione e controllo non è prevista fra le cause di recesso elencate dal novellato art. 2437 c.c. Se ne deduce che nella valutazione del legislatore della riforma la modificazione del sistema di governo non è idonea ad incidere sulla posizione del socio e, in particolare, non determina un'alterazione dei profili di rischio dell'investimento accettato dal socio entrando in società.⁵ A livello operativo, ciò significa che ai soci che non hanno concorso alla deliberazione di variazione del sistema di amministrazione e controllo – ovvero i soci assenti, astenuti o dissenzienti – non è riconosciuto il diritto di recedere dalla società.⁶

3. IL CONSIGLIO DI GESTIONE

Nel sistema dualistico, al pari di quanto previsto per il consiglio di amministrazione nel sistema di tradizionale, la gestione dell'impresa spetta – in via esclusiva – ai componenti il CdG. All'organo di amministrazione è dunque attribuito il potere-dovere di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2409-*novies*, primo comma, c.c.). Ai componenti il CdG indicati nello statuto o dalla deliberazione di nomina è, altresì, attribuita la rappresentanza della società (art. 2384 c.c. richiamato dall'art. 2409-*undecies* c.c.).

È necessario rilevare, fin d'ora, che il potere di gestire la società affidato in via esclusiva al CdG può incontrare una rilevante limitazione. A seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 37/2004, se – e solo se – lo statuto lo prevede, al CdS può essere, infatti, attribuito il compito di deliberare in ordine agli indirizzi strategici e alle operazioni di maggiore momento per la società (art. 2409-*terdecies*, primo comma, lett. *f-bis*, c.c.). In questo modo il CdS può essere chiamato a partecipare alla gestione della società, ma limitatamente allo svolgimento di funzioni che sono definite di alta amministrazione.

La disciplina del CdG corrisponde in larga parte a quella dell'organo amministrativo del modello tradizionale in virtù di una serie di rinvii contenuti sia nelle disposizioni dedicate specificatamente al CdG

⁴ Quanto agli effetti, si osserva in dottrina che la modificazione del sistema di amministrazione e controllo costituisce una giusta causa di cessazione anticipata e atipica del rapporto con la società. Si vedano, *ex multis*, G. BALP, *Sub art. 2409-octies*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società, Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, 39; F. GHEZZI, *La riforma delle società di capitali. Un confronto tra i sistemi di amministrazione e controllo: primi appunti sulle caratteristiche dei modelli dualistico e monistico*, in www.associazionepreite.it, 12 giugno 2003, 11.

⁵ Confronta il § 13 della relazione governativa al d.lgs. n. 6/2003 di commento all'art. 2437 c.c.

⁶ Deve, in particolare, escludersi che la modificazione del sistema di *governance* sia riconducibile alla causa di recesso – legale e inderogabile – prevista dall'art. 2437, comma primo, lett. g), poiché la norma deve correttamente essere

(artt. 2409-*novies* e 2409-*decies* c.c.) sia nell'art. 2409-*undecies* c.c. Quest'ultima disposizione contiene un elenco delle norme dettate per gli amministratori del sistema tradizionale e applicabili anche al CdG.⁷

3.1. Composizione e funzionamento

Il CdG è organo pluripersonale e collegiale. Queste caratteristiche si evincono dall'art. 2409-*novies* c.c. laddove stabilisce che il CdG si compone di un numero di persone, anche non soci, non inferiore a due (2409-*novies*, secondo comma, c.c.) e che la gestione dell'impresa spetta al "consiglio di gestione" (art. 2409-*novies*, primo comma, c.c.). A differenza del modello tradizionale, la gestione non può essere quindi affidata ad un organo monocratico, vale a dire ad un amministratore unico. La struttura pluripersonale è uno degli elementi che maggiormente differenzia il CdG dall'organo di gestione del modello tradizionale e trova probabilmente fondamento nell'intenzione di assicurare un minimo di autonomia del CdG rispetto al CdS. Garanzia che, come è stato osservato, difficilmente potrebbe offrire un CdG composto da un solo gestore, eletto dal CdS e revocabile ad *nutum*.⁸

Nello statuto della società deve essere indicato il numero dei componenti il CdG. Per la determinazione del numero sono ipotizzabili due diverse modalità. Lo statuto può: *i*) prevedere un numero fisso di componenti; *ii*) indicare il numero minimo e massimo. In tal caso, la decisione circa il numero esatto dei componenti è rimessa al CdS.

Il CdG nomina tra i suoi membri un presidente, nei casi in cui non vi abbia provveduto il CdS. Dal tenore letterale dell'art. 2380-*bis*, quinto comma, richiamato dall'art. 2409-*undecies* c.c., che indica nell'assemblea l'organo competente ad eleggere il presidente del consiglio di amministrazione, si potrebbe dedurre che è l'assemblea – e non il CdS – l'organo competente a nominare il presidente del CdG. Questa interpretazione, pur se condivisa da parte della dottrina, non sembra tuttavia compatibile con la struttura del modello dualistico e, in particolare, con il meccanismo di nomina dello stesso CdG. È quindi quantomeno auspicabile che lo statuto della società faccia chiarezza sul punto attribuendo questa competenza al CdS. Di contro, pur se la disciplina del sistema dualistico manca di rinviare espressamente all'art. 2381, primo comma, c.c., sembra corretto ritenere che al presidente del CdG siano affidati i medesimi compiti che svolge il presidente

riferita alle ipotesi in cui la deliberazione abbia ad oggetto il diritto di voto inerente determinate categorie di azioni oppure il diritto di partecipazione ai risultati dell'esercizio dell'impresa (ad esempio, agli utili).

⁷ In particolare, si applicano al CdG le regole dettate per il consiglio di amministrazione in materia di:

- funzionamento e composizione (2380-*bis*, quinto comma, 2381 sesto comma, 2382, 2383, quarto e quinto comma, 2384, 2385, 2387 c.c.);
- divieto di concorrenza (art. 2390 c.c.);
- regime di responsabilità (art. 2392, 2394, 2394-*bis* c.c.);
- validità e impugnazione delle deliberazioni (artt. 2388 e 2391 c.c.).

⁸ Così, F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società, Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, 49 ss.

del consiglio di amministrazione del modello tradizionale, compiti che in ogni caso potrebbero opportunamente essere richiamati e specificati nello statuto.⁹

Si deve porre in luce che ai sensi dell'art. 2409-*novies*, primo comma, c.c. è consentito all'organo amministrativo delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti. Se desume che nel modello dualistico, a differenza di quanto previsto nel modello tradizionale, è consentito nominare singoli consiglieri delegati, non anche istituire un comitato esecutivo.¹⁰ La scelta operata del legislatore appare condivisibile. L'introduzione di un altro organo collegiale – accanto al CdG e al CdS – si tradurrebbe in una (non necessaria) duplicazione degli organi di amministrazione e finirebbe per aumentare il grado di complessità del sistema a scapito della snellezza e della flessibilità nei processi decisionali e inoltre determinerebbe l'imposizione in capo alla società di costi di monitoraggio sulla gestione più gravosi.

Appena un cenno merita il tema del compenso dei consiglieri di gestione la cui determinazione è in via ordinaria attribuita alla competenza del CdS e che sarà, quindi, illustrato in quella sede.

3.2. Nomina e requisiti soggettivi

Fatta eccezione per i primi componenti il CdG che sono nominati nell'atto costitutivo, la nomina dei consiglieri di gestione – unitamente alla revoca e alla sostituzione – spetta al CdS (art. 2409-*octies* c.c.).¹¹

La norma ora in commento individua taluni casi speciali in cui la nomina dei gestori, se previsto dalla legge o dallo statuto, può essere riservata ad altri soggetti. In base al richiamo agli artt. 2351, 2349 e 2450 c.c. la

⁹ Per un approfondimento, si rinvia a P. MAGNANI, *Sub 2409-terdecies*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società, Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005; M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 1146, la quale sembra ritenere preferibile che il presidente del CdG sia eletto dall'assemblea. In tal senso anche G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 2006, Torino, 374.

¹⁰ Ai consiglieri delegati si applicano le disposizioni che nel modello tradizionale regolano contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega in virtù del richiamo all'art. 2381, terzo, quarto e quinto comma, c.c. Di contro, il mancato richiamo al secondo comma dell'art. 2381 c.c. porta ad escludere la possibilità di istituire all'interno del CdG un comitato esecutivo. In altre parole, la mancata riproposizione della norma sembra ribadire l'attribuzione della funzione esecutiva in capo al consiglio di gestione e, quanto alla formazione della volontà, la preferenza per il metodo collegiale. In tal senso, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Bologna, 2003, 177; F. BONELLI, *Gli amministratori di spa, Dopo la riforma*, Milano, 2004, 167; F. GHEZZI, *Sub 2409-novies, cit.*, 53; S. PROVIDENTI, *Sub 2409-novies*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, 5, *Società per azioni*, Milano, 2003, 357. *Contra*, ritengono possibile l'attribuzione di competenze non solo a singoli consiglieri ma anche a organi delegati, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 1122; G.D. MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra le società aperte e società private*, Milano, 2003, 124; G.B. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in S. Rossi (a cura di), *Il nuovo ordinamento della società*, Milano, 2003, 192. Escludono, inoltre, la possibilità di adottare il metodo di amministrazione disgiuntiva, tipico delle società di persone, F. GHEZZI, *cit.*, 81 e, seppur in termini dubitativi, L. SCHIUMA, *Sub art. 2409-novies*, in M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, 2/I, Torino, 2003, 676-677.

¹¹ La nomina avviene con deliberazione del CdS assunta con i *quorum* previsti dall'art. 2388 c.c., stante il richiamo effettuato dall'art. 2409-*quaterdecies* c.c. Di conseguenza, la maggioranza del CdS è in grado di nominare tutti i membri del CdG, mentre la minoranza del CdS non può nominare propri rappresentanti. Anche se nulla dice la legge, la dottrina ritiene possibile che le diverse componenti della compagine sociale siano rappresentate sia nel CdG sia nel CdS e a tal fine suggerisce l'introduzione di clausole statutarie *ad hoc* o l'utilizzo di patti sociali. In tal senso, e più approfonditamente, F. BONELLI, *cit.*, 56, 244, 249.

nomina di uno componenti del CdG può spettare: *i*) ai titolari di strumenti finanziari di cui agli art. 2346, sesto comma, c.c. e di di cui all'art. 2349, secondo comma, c.c.; nonché *ii*) allo Stato o agli enti pubblici.¹²

Per l'assunzione della carica di consiglieri di gestione il legislatore non prevede nessuno specifico requisito di professionalità, onorabilità e indipendenza. Se questo è il modello legale introdotto dalla riforma, alla volontà dei soci è riconosciuta la facoltà di prevedere in via statutaria che i consiglieri di gestione siano in possesso degli ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, rinviando a quelli previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria.¹³

Quanto alla possibilità di riservare alle minoranze la nomina di almeno un componente il CdG, la soluzione che sembra preferibile almeno nelle società di piccole o medie dimensione è quella di affidare alla minoranza esclusivamente la nomina di consiglieri di sorveglianza e non anche di consiglieri di gestione¹⁴ e nello stesso tempo di attribuire all'organo di controllo legale le funzioni di alta amministrazione di cui all'art. 2409-*terdecies*, primo comma, lett. *f-bis*), c.c. . Questa scelta consente di introdurre nella struttura organizzativa un elemento di specificità e di effettiva differenziazione rispetto al sistema tradizionale, evitando al contempo di introdurre nel CdG – che svolge funzione esecutiva – soggetti che chiamati a rappresentare istanze ulteriori o differenti potrebbero rendere più complessi i processi decisionali e determinare l'insorgere di situazioni di elevata conflittualità.¹⁵

Diversamente nelle società di grandi dimensione, ove maggiore è l'esigenza di tutelare il socio-investitore e di trasparenza nei confronti del mercato, può essere opportuno prevedere la nomina di almeno un consigliere di gestione che sia in possesso dei requisiti di indipendenza ovvero riservare alle minoranze azionarie la nomina di uno o più componenti del CdG e del CdS.¹⁶

In tema di cause di ineleggibilità e di decadenza trova applicazione quanto stabilito per gli amministratori nel modello tradizionale.¹⁷ Una specifica causa di ineleggibilità è prevista, però, dall'art. 2409-*novies*, quarto

¹² In dottrina si dubita, invero, della coerenza e dell'utilità del rinvio all'art. 2351, quinto comma, c.c. posto che quest'ultima disposizione, una volta calata nel modello dualistico, attribuisce ai possessori di strumenti finanziari la facoltà di nominare anche un gestore indipendente (oltre a quella già espressamente prevista dall'art. 2351 c.c. di nominare un componente del CdS). Più in generale, secondo taluni il richiamo agli artt. 2351 2449 e 2450 c.c. con riferimento al CdG sarebbe frutto di un evidente errore di coordinamento. Così M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-novies*, cit., 1127; L. SCHIUMA, *Sub art. 2409-novies*, cit., 681; F. BONELLI, cit., 243.

¹³ Al CdG si applica quanto previsto dall'art. 2387 c.c. per gli amministratori e richiamato dall'art. 2409-*undecies*. Nelle società quotate, i componenti il CdG dovranno inderogabilmente possedere i requisiti di onorabilità stabiliti per i membri degli organi di controllo dal regolamento ministeriale di cui all'art. 148, quarto comma, Tuf.

¹⁴ È stato rilevato che il CdS, in quanto organo di alta amministrazione e di controllo legale, può essere considerato la collocazione ideale di un soggetto indipendente. Così F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies*, cit., 63.

¹⁵ È interessante notare, facendo richiamo alle esperienze straniere cui il legislatore nazionale ammette di essersi ampiamente ispirato, e consapevoli del differente contesto socio-economico, che nel modello dualistico tedesco, ove è prevista la cogestione dell'impresa da parte dei lavoratori, i rappresentanti dei lavoratori siedono nel consiglio di sorveglianza e non nell'organo esecutivo.

¹⁶ Questa soluzione è stata, invero, adottata dal legislatore per le società quotate in virtù di quanto stabilito dagli artt. 147-*ter*, 148 e 147-*quater* Tuf, come modificato dal l. 28 dicembre 2005, n. 262, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e dei mercati finanziari".

¹⁷ Ne consegue che alla carica di consigliere di gestione non può essere nominato un interdetto, un inabilitato, un fallito o chi è stato condannato ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi (art. 2382 c.c. in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2409-*undecies* c.c.). È appena il caso di

comma, c.c. laddove stabilisce che i consiglieri di gestione non possono essere nominati consiglieri di sorveglianza. Da questa disposizione è dato desumere una semplice regola ovvero che uno stesso soggetto non può sedere contemporaneamente nel CdG e nel CdS della stessa società.¹⁸

3.3. Durata, revoca e sostituzione

La durata in carica del CdG è prevista per un periodo non superiore a tre esercizi, con scadenza alla data della prima riunione del CdS convocato per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica (art. 2409-*novies*, quarto comma, c.c.).¹⁹ Qualora lo statuto non disponga diversamente, i membri del CdG possono comunque essere rieletti (art. 2409-*novies*, quinto comma, c.c.).

Per effetto del rinvio operato dall'art. 2409-*undecies* c.c. all'art. 2385 c.c., in caso di rinuncia, scadenza del termine o di altra causa che determina la cessazione dalla carica di consigliere di gestione si applicano le stesse regole stabilite per gli amministratori.

Dal momento che la durata in carica massima e normale dell'organo di amministrazione e dell'organo di controllo è parimenti di tre esercizi (ma il primo scade alla data della prima riunione convocata dal CdS per l'approvazione del bilancio e il secondo alla data dell'assemblea annuale convocata per deliberare in merito al risultato di esercizio) si pone il problema, non affrontato dal legislatore, della rielezione del CdG quando (come di norma) anche il CdS sia in scadenza. La soluzione preferibile è quella di riconoscere la competenza di eleggere il CdG, come appare del resto ovvio, al CdS entrante. Quanto al destino del vecchio organo amministrativo, la cessazione dei membri del CdG per scadenza del termine avrà effetto solo dal momento in cui l'organo amministrativo sia stato ricostituito ovvero a seguito della deliberazione del nuovo CdS e dell'avvenuta accettazione da parte della maggioranza dei membri del nuovo CdG.²⁰

È importante evidenziare che i componenti il CdG possono essere revocati dal CdS in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto al risarcimento dei danni se la revoca avviene senza giusta causa ovvero in mancanza di un inadempimento doloso o colposo dei loro doveri (art. 2409-*novies*,

rammentare che per quanto riguarda le società operanti in particolare settori troveranno applicazione, ove previsti, i requisiti per i membri degli organi amministrativi dettati dalle leggi speciali. Ad esempio, in materia di società quotate dovrà applicarsi quanto previsto dagli artt. 147-*ter* ss. Tuf.

¹⁸ In dottrina si evidenzia che in realtà l'art. 2409-*novies*, comma quarto, c.c. si limita ad escludere la possibilità di passare nell'arco del mandato dal consiglio di gestione a quello di sorveglianza, mentre sarebbe ammissibile l'ipotesi inversa. In tal senso, S. PROVIDENTI, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 358; F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 64-65. È appena il caso di osservare che nella disciplina sia del sistema dualistico tedesco sia della Società Europea è consentita la sostituzione dei membri del CdG cessati con i membri del CdS.

¹⁹ Dal tenore letterale della norma si evince che la durata normale dell'incarico affidato ai consiglieri di gestione è di tre esercizi, salva la possibilità che lo statuto preveda una durata inferiore.

²⁰ In senso conforme, F. GHEZZI, *cit.*, 72; A. GUACCERO, *cit.*, 877; V. SALAFIA, *Amministratori e controllo della società di capitali nella recente riforma delle società di capitali*, in *Società*, 1465. Quest'ultimo osserva che secondo la diversa ricostruzione che presuppone la nomina da parte del CdS uscente di un nuovo CdG, il successivo CdS si troverebbe ad ereditare gestori da cui non risulterebbe legato da rapporti di fiducia.

quinto comma, c.c.).²¹ La norma si spiega in forza del rapporto fiduciario che nel modello dualistico si instaura fra CdG e CdS e trae origine dal particolare meccanismo di nomina.

Una disposizione specifica è dedicata alla sostituzione dei gestori. L'ultimo comma dell'art. 2409-novies c.c. stabilisce che se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più membri del CdG (per dimissioni, morte, decadenza o altra causa), la sostituzione degli stessi verrà effettuata senza indugio dal CdS.²² L'attribuzione al CdS della competenza a deliberare la sostituzione dei membri dell'organo di amministrazione unitamente alla regola dell'immediata sostituzione dei gestori cessati costituiscono caratteristiche fondamentali del modello dualistico. Il legislatore ha scelto, infatti, di non richiamare il novellato art. 2386 c.c. Ne deriva che, contrariamente a quanto previsto nel modello tradizionale, non sono ammessi né l'istituto della cooptazione, né la possibilità di inserire in statuto la clausola "*simul stabunt, simul cadent*" (che prevede la cessazione dell'intero consiglio al venir meno di uno o più dei suoi componenti).²³

Qualora vengono poi a mancare tutti i componenti il CdG, il CdS, analogamente al collegio sindacale, è chiamato a compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione.²⁴

3.3. Regime di responsabilità

In piena analogia con gli amministratori del sistema tradizionale, i consiglieri di gestione sono tenuti ad agire nel rispetto del dovere di diligenza e del dovere di fedeltà.²⁵ Anche il regime di responsabilità non diverge dal modello tradizionale.²⁶

²¹ L'attribuzione del potere di revoca al CdS incontra, tuttavia, alcune eccezioni. La competenza a revocare le persone nominate dallo Stato dagli enti locali può essere esercitata solo dai soggetti che li hanno nominati (artt. 2449 e 2450 c.c.). Quanto alla revoca dei consiglieri di gestione eventualmente nominati dalle assemblee dei possessori di strumenti finanziari, sembra corretto ritenere che il silenzio della legislatore debba essere interpretato nel senso che la competenza rimane affidata al CdS e non all'organo che li ha nominati. Occorre ricordare che ulteriori ipotesi di revoca sono indicate dalle disposizioni in tema di azione di responsabilità promossa dalla società e di denuncia al tribunale, rispettivamente artt. 2393 e 2409 c.c. (entrambi applicabili anche al CdG).

²² Ne deriva che una volta verificatasi la causa di cessazione, il CdS è tenuto a riunirsi tempestivamente per deliberare la sostituzione del componente o dei componenti mancanti. A proposito, si osserva che, se ciò non avvenisse nei tempi tecnici necessari al fine di individuare un sostituto idoneo e a convocare il CdS, si determinerebbe una situazione di grave irregolarità nella gestione della società e il CdS, inadempiente, si esporrebbe alla reazione dei soci (ossia al pericolo di revoca e di denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.) Così, F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 77.

²³ La dottrina si è interrogata sulla possibilità di introdurre in via statutaria l'istituto della cooptazione, la clausola "*simul stabunt, simul cadent*" o clausole che prevedono scadenze diverse per la durata dei membri degli organi di amministrazione e di controllo. La dottrina maggioritaria appare contraria. Si vedano, *ex multis*, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-undecies*, 1150; A. GUACCERO, *cit.*, 878; F. BONELLI, *cit.*, 243 ss.; secondo il quale la ragione dell'esclusione della meccanismo della cooptazione è da ricondurre alla maggiore snellezza e facilità di convocazione del CdS rispetto all'assemblea dei soci. Giungono ad una risposta positiva seppur in termini dubitativi, F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 77 ss., L. SCHIUMA, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 682.

²⁴ Deve ritenersi, infatti, applicabile l'art. 2386, quinto comma, c.c. in virtù del richiamo generale contenuto nell'art. 223-septies, primo comma, disp. att. trans. c.c. Parte della dottrina suggerisce di prevedere in via statutaria la soluzione adottata nel sistema tedesco e nel regolamento sulla Società Europea ove è stabilito che in simili situazioni uno o più componenti dello stesso CdS possano svolgere provvisoriamente funzioni all'interno del CdG. In tal senso, L. SCHIUMA, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 682.

Di contro, una peculiare disciplina è prevista dall'art. 2409-*decies* c.c. per quanto riguarda l'esercizio dell'azione di responsabilità. Titolari del potere di proporre l'azione sociale di responsabilità nei confronti dei componenti il CdG sono, oltre all'assemblea e ai soci di minoranza, anche il CdS.

È opportuno preliminarmente accennare al rapporto che intercorre fra l'azione di responsabilità promossa dal CdS e l'azione di responsabilità promossa dall'assemblea dei soci. Il legislatore riconosce infatti natura "sociale" anche all'azione di responsabilità promossa dal CdS nei confronti dei gestori. Di conseguenza pare corretto ritenere che, posto che medesima è la materia del contendere, la competenza del CdS a proporre l'azione di responsabilità ha natura concorrente rispetto a quella dei soci. Del pari, la rinuncia o la transazione effettuata da uno dei due di questi organi esclude la legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità in capo all'altro.²⁷

Passiamo ora ad esaminare la disciplina dell'azione di responsabilità sociale esercitata dal CdS. L'azione è promossa a seguito di deliberazione assunta dalla maggioranza dei componenti il CdS. Affinché la deliberazione dell'azione comporti la revoca immediata dei gestori nei confronti dei quali è proposta, la norma richiede una maggioranza qualificata pari ai due terzi dei componenti il CdS. Contestualmente all'atto di revoca il CdS deve provvedere alla sostituzione dei gestori revocati (art. 2409-*decies*, secondo comma, c.c.). L'azione sociale di responsabilità deve essere in ogni caso esercitata dal CdS entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica (art. 2409-*decies*, comma terzo, c.c.).²⁸

L'azione di responsabilità può essere oggetto di rinuncia e di accordo transattivo da parte del CdS a condizione che la rinuncia e la transazione siano approvati dalla maggioranza assoluta dei componenti il CdS e che non vi sia stata l'opposizione di tanti soci che rappresentano almeno un quinto del capitale sociale (un ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, c.d. società aperte) ovvero la diversa percentuale prevista nello statuto.

Si specifica, infine, che la rinuncia dell'azione da parte della società o del CdS non impedisce l'esercizio delle azioni di cui agli artt. 2393-*bis*, 2394 e 2394-*bis* c.c. ovvero l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte rispettivamente dei soci di minoranza, dei creditori sociali, del curatore fallimentare o del commissario straordinario (art. 2409-*decies*, ult. comma, c.c.).

²⁵ Sono richiamati rispettivamente l'art. 2392 c.c. (in virtù del quale anche i consiglieri di gestione devono agire con la diligenza richiesta loro dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze) e gli artt. 2390 e 2391 c.c. in tema di divieto di concorrenza e di conflitti di interesse.

²⁶ Per quanto riguarda il regime di responsabilità, al sistema dualistico si applicano gli artt. 2392, 2394, 2394-*bis* e 2395 c.c. specificatamente richiamati nell'art. 2409-*undecies*, primo comma, c.c. In altre parole, il legislatore non ha introdotto nessuna differenza rispetto del sistema di amministrazione tradizionale per quanto riguarda: *i*) la valutazione della condotta dei componenti l'organo di amministrazione; *ii*) i criteri di imputazione della responsabilità nei confronti di ciascuno dei componenti; *iii*) la responsabilità nei confronti della società; *iv*) la responsabilità nei confronti dei creditori anche in caso di procedure concorsuali; *v*) la responsabilità verso singoli soci e terzi.

²⁷ In tal senso sembra schierata anche la dottrina maggioritaria. *Ex multis*, F. BONELLI, *cit.*, 246; G.E. COLOMBO, *cit.* 192. Secondo altri alla competenza del CdS dovrebbe essere più correttamente attribuita natura, in senso lato, "surrogatoria". Così M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 1145.

²⁸ Si discute in dottrina circa la natura del termine quinquennale ovvero se sia un termine di decadenza o di prescrizione. Per un approfondimento, si rinvia a M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 1138-1140, ove più ampi riferimenti.

Le disposizioni ora in commento, anche a causa della loro laconicità, hanno dato origine ad alcune incertezze interpretative.

Un primo dubbio riguarda le modalità con cui i soci possono far constatare la loro opposizione alla delibera del CdS che rinunci o transiga l'azione di responsabilità. Due sono le soluzioni adottabili. La questione può essere affrontata e risolta *ex ante* in via statutaria. In tal caso, nello statuto dovranno essere previsti e specificatamente indicati i termini e le modalità con cui i soci – anche *uti singuli* – possono opporsi alla deliberazione del CdS.²⁹ La seconda soluzione prevede, invece, l'intervento e la necessaria attivazione del CdS che sarà chiamato a convocare un'apposita assemblea dalla quale risulti la mancata opposizione da parte della minoranza qualificata dei soci.³⁰

Di difficile comprensione è anche la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2409-*duodecies* c.c. laddove fa salva la legittimazione a proporre azione di responsabilità in capo ai soci di minoranza anche dopo che sia intervenuta la rinuncia da parte della società o del CdS. Si deve rilevare che, in primo luogo, i soci di minoranza sono già legittimati a proporre opposizione in caso di rinuncia o transazione dell'azione promossa dai suddetti organi e che, in secondo luogo, ai soci di minoranza delle società che adottano il modello tradizionale non è attribuito un analogo potere. La norma che nell'intento del legislatore mira probabilmente a rafforzare la tutela delle minoranze finisce, invero, per introdurre un'incomprensibile disparità di trattamento e dovrebbe essere oggetto di un intervento correttivo o quantomeno di coordinamento fra le due discipline.³¹

È interessante rilevare che l'attribuzione al CdS di un potere di decisione autonomo circa l'esperibilità dell'azione di responsabilità è stato difformemente valutato dalla dottrina. La disposizione ha incontrato il favore di quanti ritengono che il potere-dovere di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dei gestori offra adeguati incentivi affinché il CdS effettui un controllo attento e continuo sull'attività dei gestori. Il mancato esercizio dell'azione di responsabilità potrebbe, infatti, configurare una condotta negligente degli stessi consiglieri di sorveglianza ed esporre questi ad azioni di responsabilità, anche in solido con i gestori, per i danni subiti dalla società e che non si sarebbero prodotti se si fossero attivati tempestivamente. Altra dottrina ha, di contro, evidenziato l'esiguo ambito d'operatività di una simile disposizione dal momento che l'esercizio dell'azione nei confronti di coloro che essi stessi hanno nominato può evidenziare profili di

²⁹ Così, ad esempio, nello statuto possono previste le modalità di comunicazione a tutti i soci dell'intenzione di rinunciare e transigere accompagnata dall'espressa menzione della facoltà di opporsi di ciascun socio. Si veda, A. GUACCERO, *cit.*, 883, il quale esclude la necessità di convocare l'assemblea.

³⁰ Si vedano C. MALBERTI, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 96 ss.; M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 1141.

³¹ Si rileva in dottrina che si tratta, invero, di statuizioni inconciliabili con le altre disposizioni in tema di azioni di responsabilità. Nel tentativo di offrire un'interpretazione sistematica dell'art. 2409-*decies* c.c., e valorizzando la differenza terminologica rispetto all'art. 2393 c.c., altra parte della dottrina sostiene che la norma avrebbe ad oggetto l'attribuzione ai soci di minoranza non del potere di opporsi alla rinuncia dell'azione di responsabilità, ma del potere di rinunciare agli atti del giudizio previsto dall'art. 360 c.p.c. Si vedano L. NAZZICONE, *Sub art. 2393*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, 5, *Società per azioni*, 2003, 210 *Contra*, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 1142-1146; C. MALBERTI, *Sub art. 2409-decies, cit.*, 102. Quest'ultimo osserva che questa linea interpretativa, sebbene sia l'unica che assicuri un possibile ambito di applicazione alla norma in commento, non spiega la scelta del legislatore di far salva l'azione dei soci *ex art. 2393-bis* c.c. e non anche l'azione da parte dell'assemblea o del CdS.

responsabilità dello stesso CdS. In particolare, i consiglieri di sorveglianza si esporrebbero al rischio di vedersi addebitata una responsabilità per *culpa in vigilando* o per *culpa in eligendo*.³²

Entrambe le posizioni sembrano, invero, condivisibili. A livello teorico, si può aggiungere un'ulteriore riflessione. La norma in esame crea nei confronti dei consiglieri di sorveglianza (si badi bene) in carica un duplice e contrapposto effetto. Essa potrebbe quindi incentivare sia condotte virtuose sia comportamenti opportunistici rendendo difficile prevedere, stante le preferenze di ogni individuo, quale dei due atteggiamenti prevarrà. A livello pratico, è facile prevedere, tuttavia, che l'azione sociale di responsabilità sarà in concreto proposta nei confronti di consiglieri di gestione non più in carica ovvero promossa ad opera di un CdS di nuova nomina, in specie a seguito del mutamento del socio e dei soci di maggioranza.

4. IL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA

La disciplina del CdS è piuttosto articolata. Specifiche disposizioni sono contenute nell'art. 2409-*duodecies* c.c., che individua la struttura di questo organo di controllo, e nell'art. 2409-*terdecies* c.c., che ne stabilisce competenze e regime di responsabilità. Infine, l'art. 2409-*quaterdecies* c.c. contiene il rinvio ad un lungo elenco di norme dettate per il consiglio di amministrazione e per il collegio sindacale.³³

4.1. Composizione e funzionamento

Il CdS è organo a struttura pluripersonale e opera collegialmente. L'art. 2409-*duodecies*, primo comma, c.c. stabilisce che, fatta salva la possibilità che lo statuto preveda un maggior numero, il CdS si compone di un numero di membri, anche non soci, non inferiore a tre.³⁴ Lo statuto può, dunque, limitarsi ad indicare il numero massimo e il numero minimo dei componenti il CdS, lasciando alla discrezionalità dei soci la determinazione del numero esatto.

Al funzionamento del CdS si applicano in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2409-*terdecies* c.c. le disposizioni in tema di riunioni e deliberazioni sia del consiglio di amministrazione (art. 2388 c.c.) sia del

³² Si vedano S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, Bianchi, *Il controllo dell'amministrazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2002, 292; G. GIRELLO, *Le scelte di corporate governance nelle aziende familiari*, in *Società*, 2004, 29.

³³ In particolare, si applicano al CdS le regole dettate per il sistema tradizionale in materia di:

- funzionamento (artt. 2400, terzo e quarto comma, 2402, 2404, primo comma, c.c.);
- validità e impugnazione delle deliberazioni (artt. 2388 e 2404, terzo e quarto comma, c.c.);
- poteri e doveri (artt. 2403-*bis*, secondo e terzo comma, 2406, 2408, 2409-*septies* c.c.).

³⁴ Una delle differenze di maggior momento con il modello di amministrazione e controllo tedesco è costituita dalla mancata previsione legislativa della nomina, fra i componenti il consiglio di sorveglianza, di rappresentanti dei lavoratori. Nel nostro ordinamento, infatti, la condizione di dipendente della società o della società controllata determina l'ineleggibilità per mancanza del requisito dell'indipendenza (art. 2409-*duodecies*, decimo comma, lett. c), c.c.). Tuttavia, in senso contrario, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-duodecies*, *cit.*, 1156-1157, secondo la quale nulla pare vietare che in via statutaria la società riservi ai lavoratori la nomina di almeno uno dei consiglieri di sorveglianza.

collegio sindacale (art. 2404, primo, terzo e quarto comma, c.c.). All'impugnazione delle deliberazioni del CdS si applica il regime previsto per le delibere del consiglio di amministrazione (art. 2388, comma quarto, c.c.).³⁵

Diversamente dal CdG, il legislatore dedica alcune norme, seppur scarse, al presidente del CdS. Egli è nominato dall'assemblea dei soci, e non dal CdS.³⁶ Per quanto riguarda funzioni e compiti, l'art. 2409-*duodecies* c.c. si limita a precisare che la determinazione dei relativi poteri è rimessa all'autonomia statutaria. Infine, è necessario osservare che il presidente del CdS risulta essere destinatario delle comunicazioni di rinuncia all'incarico di componente il CdG e, inoltre, del dissenso da parte dei componenti nei confronti delle deliberazioni assunte dallo stesso consiglio.³⁷

4.2. Nomina, revoca e sostituzione

La nomina dei componenti il CdS spetta di regola all'assemblea dei soci.³⁸ Rappresentano eccezioni a questo principio la nomina dei primi consiglieri di sorveglianza che spetta all'atto costitutivo, nonché i casi speciali previsti dallo statuto o dalla legge in cui la nomina è riservata all'assemblea dei titolari di strumenti finanziari, allo Stato o agli enti pubblici.³⁹

Ai sensi del quarto comma dell'art. 2400 c.c. (introdotto dalla l. n. 262/2005 c.c), al momento della nomina e prima dell'accettazione dell'incarico i consiglieri di sorveglianza devono rendere noti all'assemblea gli incarichi di amministrazione e di controllo da essi ricoperti presso altre società. La norma è ispirata a esigenze di trasparenza e impone al professionista la *disclosure* dei rapporti intercorrenti con altre società ed enti.

Come precedentemente osservato, lo statuto può prevedere clausole volte a garantire la rappresentanza nel CdS dei soci di minoranza.⁴⁰

³⁵ Occorre, peraltro, evidenziare che quanto alla validità delle deliberazioni, la dottrina si domanda se i *quorum* stabiliti dalla legge siano derogabili solo in un aumento, come prevede l'art. 2388, primo comma, c.c. Ritiene preferibile questa seconda soluzione F. BONELLI, *cit.*, 263.

³⁶ Si deve notare che la competenza dell'assemblea non subisce eccezioni neanche nel caso in cui taluni membri del CdS siano stati nominati dallo Stato o da enti locali. In tal senso P. MAGNANI, *Sub art. 2409-duodecies, cit.*, 129.

³⁷ In virtù dei richiami agli artt. 2385, primo comma, e 2392, secondo comma, operati dall'art. 2409-*undecies* c.c.,

³⁸ In tema società in accomandita per azioni, l'art. 2459 c.c. stabilisce che i soci accomandatari non hanno diritto di voto per le azioni ad essi spettanti nelle deliberazioni dell'assemblea che concernono la nomina e la revoca dei sindaci ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e l'esercizio dell'azione di responsabilità. Consentendo implicitamente l'adozione del modello dualistico anche in questo tipo di società. Sul punto M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-octies, cit.*, 1104-1108.

³⁹ Si ritiene, tuttavia, che la nomina "esterna" non possa riguardare la maggioranza dei membri del CdS così F. BONELLI, *cit.*, 252

⁴⁰ Si vedano F. BONELLI, *cit.*, 252; F. GHEZZI, *La riforma delle società di capitali. Un confronto tra i sistemi di amministrazione e controllo: primi appunti sulle caratteristiche dei modelli dualistico e monistico*, in www.associazionepreite.it, 12 giugno 2003, 23; P. MAGNANI, *Sub art. 2409-duodecies, cit.*, 114, la quale sottolinea che in tal modo si raggiunge l'obiettivo non tanto di garantire l'indipendenza di coloro che controllano rispetto ai soggetti controllati, visto che nel modello dualistico questi ultimi sono nominati dai primi, quanto di consentire alle minoranze di partecipare ai compiti di alta amministrazione spettanti al CdS, ovvero compartecipar al gestione, seppur indiretta, della società. È importante sottolineare che, quanto alla composizione del CdS nelle società quotate che utilizzano il

La durata in carica del CdS è di tre esercizi che scadono alla data della successiva assemblea prevista dall'art. 2364, secondo comma, c.c., vale a dire alla data dell'assemblea annuale, convocata successivamente all'approvazione del bilancio da parte del CdS, per deliberare in merito ai risultati di esercizio.

La cessazione per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il CdS è stato ricostituito (art. 2409-*duodecies* c.c.). Se ne deve dedurre che i membri, pur se cessati, rimangono in carica in regime di *prorogatio* fin tanto che l'assemblea non abbia provveduto a nominare il nuovo CdS, e fino a quando la maggioranza dei neoeletti non abbiano accettato la nomina.

I consiglieri di sorveglianza sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto (art. 2409-*duodecies*, quinto comma, c.c.).

Quanto alla revoca dei componenti il CdS si era già sottolineato che similmente ai consiglieri di amministrazione, ma a differenza dei componenti il collegio sindacale, i consiglieri di sorveglianza sono revocabili *ad nutum*, salvo che non sia diversamente stabilito dallo statuto. Stabilisce, infatti, il quinto comma dell'art. 2409-*duodecies* c.c. che questi ultimi, anche se nominati nell'atto costitutivo, sono revocabili dall'assemblea in qualunque momento. Tuttavia, la delibera di revoca deve essere approvata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale (in virtù del richiamo all'art. 2393, quinto comma, c.c. che disciplina la revoca immediata dell'amministratore a seguito dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità). In ogni caso è fatto salvo il diritto al risarcimento del danno in favore dei consiglieri di sorveglianza che siano stati revocati in assenza di una giusta causa.

Scopo della norma è quello di garantire la contendibilità del controllo dell'impresa (in specie, nell'eventualità dell'ingresso di nuovi soci). Allo stesso tempo, la richiesta di una maggioranza qualificata, può essere inteso con un temperamento alla facoltà di revocare i membri del CdS destinato a mitigare l'influenza delle maggioranze assembleari sull'organo di controllo.⁴¹

Quanto alla sostituzione dei componenti il CdS, si stabilisce che se nel corso dell'esercizio vengono a mancare – per dimissioni, morte, revoca, decadenza o altra causa – uno o più membri del CdS, l'unico organo competente alla loro sostituzione è l'assemblea dei soci che deve provvedervi senza indugio. Analogamente a quanto stabilito per il CdG, non sembra quindi applicabile al CdS il meccanismo della cooptazione.⁴²

Come già accennato il modello di amministrazione e controllo dualistico si caratterizza rispetto al modello tradizionale per la sua maggiore flessibilità nella facoltà di nomina e revoca dei membri del CdS. In

modello dualistico, la legge stabilisce che un membro effettivo del CdS deve essere eletto dalla minoranza secondo le modalità che saranno stabilite da un regolamento emanato dalla Consob (art. 148, secondo comma, Tuf richiamato per il CdS dall'art. 148, comma 4-bis, Tuf).

⁴¹ In tal senso, CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 550 ss.; S. PROVIDENTI, *Sub art. 2409-duodecies*, *cit.*, 370-371; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *cit.*, 180.

F. BONELLI, *cit.*, 253.

⁴² Arrivano a questa conclusione F. BONELLI, *cit.*, 251 e A. GUACCERO, *cit.*, 888.

particolare, i requisiti legali per accedere alla carica di consiglieri di sorveglianza non sono così stringenti come quelli previsti per essere eletti nel collegio sindacale.⁴³

Per quanto concerne i requisiti di professionalità, il quarto comma dell'art. 2409-*duodecies* c.c. si limita a stabilire che almeno uno dei membri del CdS deve essere scelto tra gli iscritti al registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero della Giustizia.⁴⁴ La legge non prevede altri requisiti di professionalità.⁴⁵ Tuttavia è riconosciuta all'autonomia statutaria la facoltà di introdurre: *i*) specifici ed ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza; *ii*) altre cause di ineleggibilità, di decadenza e di incompatibilità; *iii*) limiti e criteri al cumulo di incarichi (art. 2409-*duodecies*, sesto e decimo comma, c.c.).

Passando ora ad esaminare le cause di ineleggibilità previste dalla legge, il nono comma dell'art. 2409-*duodecies* c.c. stabilisce che non possono essere eletti consiglieri di sorveglianza, e se eletti decadono dall'ufficio:

a) *coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 2382;*

Non può essere nominato alla carica di membro del CdS un interdetto, un inabilitato, un fallito o chi è stato condannato ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi.

b) *i componenti del consiglio di gestione;*

La disposizione come abbiamo precedentemente evidenziato vieta il cumulo degli incarichi di componente del CdG e del CdS nella stessa società ed è diretta a prevenire conflitti di interesse fra gli organi apicali del sistema dualistico.

⁴³ È interessante notare che per quanto riguarda le società quotate sono previste regole differenti. L'art. 148, comma 4, Tuf come modificato dalla l. n. 262/2005, affida il compito di prevedere specifici requisiti di onorabilità e professionalità dei componenti il CdS ad un regolamento ministeriale (emanato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la Consob, la Banca d'Italia e l'Isvap) e non più allo statuto della società. Precisa, inoltre, la novellata disposizione che legittimati a dichiarare la decadenza dall'incarico per mancanza dei requisiti sono sia l'assemblea – entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto – sia la Consob – in caso di inerzia dell'organo assembleare, su richiesta di qualsiasi soggetto interessato o qualora abbia avuto comunque notizia dell'esistenza della causa di decadenza (art. 148, comma 4-*quater*, Tuf). In conclusione, nelle società non quotate la previsione di ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza è facoltativa ovvero rimessa all'autonomia statutaria, nelle società quotate la determinazione dei requisiti di onorabilità e professionalità non solo è obbligatoria, ma è stata anche sottratta allo statuto e affidata ad una fonte legislativa secondaria.

È utile evidenziare che anche per quanto riguarda le cause di ineleggibilità e di incompatibilità dei consiglieri di sorveglianza la disciplina delle società quotate è più rigorosa. I componenti il CdS delle società quotate devono possedere i medesimi requisiti soggettivi previsti per il collegio sindacale dall'art. 148, comma 3, Tuf (richiamato per il CdS dall'art. 148, comma 4-bis, Tuf). Per quanto riguarda la previsione di limiti al cumulo degli incarichi, mentre nelle società non quotate la loro previsione è affidata facoltativamente allo statuto, nelle società quotate, ai sensi del nuovo art. 148-*bis* Tuf, gli incarichi di amministrazione e di controllo sono soggetti alle limitazioni stabilite da un emanando regolamento della Consob e gli eventuali incarichi ricoperti in altre società devono essere comunicati alla Consob e al pubblico secondo le modalità che saranno stabilite nel suddetto regolamento.

⁴⁴ Ne deriva che in caso di cancellazione o sospensione dal registro del revisore contabile di un componente il Cds sono ipotizzabili due differenti situazioni. Qualora nel CdS vi siano più membri iscritti al registro del revisore contabile, la cancellazione o la sospensione di un solo membro non comporta la decadenza di questo dall'incarico. Alla soluzione contraria si perviene qualora vi sia un unico componente dotato di questa qualifica poiché in questo caso è necessario che al suo posto sia nominato un nuovo soggetto iscritto al registro dei revisori contabili. Così S. PROVIDENTI, Sub art. 2409-*duodecies*, *cit.*, 369.

⁴⁵ Questa previsione si pone in contrasto con quanto sostenuto nella relazione governativa al d.lgs. n. 6/2003 che definisce il CdS come «organo professionale», ma al contempo ne determina la maggiore duttilità rispetto al collegio sindacale.

c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita che ne compromettano l'indipendenza.⁴⁶

Escludono la compatibilità con la carica di consiglieri la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ovvero parasubordinato o un rapporto di consulenza se caratterizzato da una certa stabilità nel tempo o di prestazione d'opera se retribuita. Queste cause di incompatibilità, tuttavia, operano limitatamente alle ipotesi in cui siano effettivamente in grado compromettere l'indipendenza del soggetto chiamato a svolgere l'incarico di consigliere di sorveglianza.

È appena il caso di rammentare che il requisito dell'indipendenza – che corrisponde ad uno stato sia soggettivo (ovvero mentale) e sia oggettivo (ovvero esteriore) – deve essere inteso come la capacità dell'organo di controllo di svolgere il suo compito in modo obbiettivo.⁴⁷

Si deve ribadire, inoltre, che la carica di consigliere di sorveglianza non è configurabile né come rapporto di consulenza, né come prestazione d'opera. Ne discende, in particolare, che nei gruppi d'impresa l'essere eletto nel CdS di una società non pregiudica la possibilità di essere eletto nell'organo di controllo di altra società del gruppo. È da ritenersi, anzi, che in tali contesti la funzione di controllo legale risulti maggiormente rafforzata. Di contro, rimane aperto il delicato problema della sussistenza di cause di incompatibilità negli studi associati in riferimento alle fattispecie in cui all'interno dello stesso studio un professionista assuma la carica di consigliere di sorveglianza e un altro la funzione di consulenza nella stessa società.

Da ultimo, si deve notare l'assenza del riferimento alla causa di ineleggibilità prevista dall'art. 2399, lett. b), c.c. Ne deriva che i membri del CdG e del CdS possono essere legati da legami di coniugio, parentela e affinità.⁴⁸

⁴⁶ È interessante notare che il d.lgs. n. 310/2004 ha eliminato richiamo all'art. 2399, lett. c), c.c. che prevede fra le causa di incompatibilità anche altri rapporti di natura patrimoniale. Questa norma aveva dato origine a taluni problemi interpretativi e applicativi poiché, secondo la dottrina, ai rapporti di natura patrimoniale sono riconducibili anche le partecipazioni azionarie. Seguendo questa linea interpretativa si giungeva a negare la possibilità per soci di controllo o di riferimento di far parte del CdS e, in particolare, si escludeva la possibilità di utilizzare il modello dualistico nelle società o nei gruppi a compagine familiare. Sul punto più approfonditamente F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società, Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Milano, 2005, 83; P. MAGNANI, *Sub art. 2409-duodecies, cit.*, 127.

⁴⁷ Per un approfondimento si rinvia alla raccomandazione della Commissione Europea del 16 maggio 2002, *L'indipendenza dei revisori legali dei conti nell'EU: un insieme di principi fondamentali*, e alla circolare del CNDC 20 aprile 2004 n. 15, *Indipendenza del sindaco e/o del revisore contabile*.

⁴⁸ Si veda S. PROVIDENTI, *Sub art. 2409-duodecies, cit.*, 371-372; F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, II ed., 2004, 311; M.C. BREIDA, *Sub artt. 2409-decies e 2409-duodecies, cit.*, 1138-1140, 1170, P. MAGNANI, *Sub art. 2409-duodecies, cit.*, 127. Al contrario, nelle società quotate i componenti del CdS non possono essere legati ai componenti il CdG da rapporti di coniugio parentela ed affinità entro il quarto grado ex 148, comma 3, lett. b), Tuf riferito al collegio sindacale, ma applicabile anche al CdS in virtù dell'art. 148, comma 4-bis, c.c.

4.3. Competenze del consiglio di sorveglianza

Il CdS è organo di controllo interno a cui sono affidati anche talune funzioni amministrative. Il tratto che maggiormente differenzia il sistema di amministrazione e controllo dualistico rispetto a quello tradizionale è l'attribuzione al CdS dei compiti di vigilanza tipici del collegio sindacale unitamente ad alcune competenze che nel sistema tradizionale sono proprie dell'assemblea dei soci.⁴⁹

L'art. 2409-terdecies, primo comma, c.c. contiene l'elenco delle competenze e delle funzioni attribuite al CdS nel modello dualistico di amministrazione e controllo. In particolare, il CdS:

- a) *nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione; ne determina il compenso, salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea;*

La competenza a nominare, revocare e sostituire i componenti il CdG è attribuita inderogabilmente al CdS.⁵⁰ In altri termini, in nessun caso lo statuto può prevedere che simile competenza sia attribuita all'assemblea dei soci.⁵¹ A questo organo è invece possibile affidare in via statutaria la competenza in materia di fissazione della remunerazione dei consiglieri di gestione.⁵²

- b) *approva il bilancio d'esercizio e, ove sia redatto, del bilancio consolidato;*

L'approvazione del bilancio di esercizio, redatto dal CdG, è una tipica competenza decisionale dell'assemblea che nel modello dualistico viene sottratta a quest'organo e affidata al CdS. Del tutto

⁴⁹ Il trasferimento di specifiche competenze dall'assemblea al CdS consentirebbe di individuare anche solo in via residuale le competenze riconosciute all'assemblea dei soci. Eppure il legislatore della riforma ha avuto cura di elencare in una specifica disposizione le competenze affidate all'assemblea ordinaria nelle società che adottano il sistema di amministrazione e controllo dualistico. L'art. 2364-bis, primo comma, c.c. stabilisce, infatti, che nelle società in cui è previsto il CdS l'assemblea ordinaria: 1) nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza; 2) determina il compenso ad essi spettante, se non è stabilito dallo statuto; 3) delibera sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza; 4) delibera sulla distribuzione degli utili; 5) nomina il revisore. Non esistono invece differenze rispetto al sistema tradizionale né per quanto riguarda il funzionamento dell'organo assembleare, né per quanto riguarda le competenze dell'assemblea straordinaria, salvo la circostanza che nel modello dualistico lo statuto può attribuire talune delle competenze dell'assemblea straordinaria al CdS oppure al CdG (art. 2365, comma secondo, c.c.). Si discute, inoltre, se la competenza assembleare ad autorizzare le operazioni indicate dallo statuto ex art. 2364, primo comma, c.c. sia compatibile con la peculiare ripartizione delle funzioni nel sistema dualistico. Nel senso di ritenere che la norma si estende anche al modello dualistico F. BONELLI, *Gli amministratori di spa, Dopo la riforma*, Milano, 2004, 74; A. GUACCERO, *cit.*, 874. In senso contrario, S. PROVIDENTI, *Sub art. 2409-terdecies*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, 5, *Società per azioni*, Milano, 2003, 375, ma in termini dubitativi.

⁵⁰ P. MAGNANI, *Sub 2409-terdecies, cit.*, 139. L'autrice evidenzia che la diversa regola dettata dal regolamento della Società Europea dove si stabilisce che lo statuto può anche attribuire la competenza in materia di nomina e di revoca dei componenti il CdG all'assemblea generale dei soci (art. 39, comma 2, reg. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001).

⁵¹ In altre parole, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalle legge (att. 2351, 2449 e 2450 c.c.) non è possibile attribuire ai non soci – ad esempio, ai lavoratori – il potere di eleggere parte dei componenti il CdS. Si veda F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 53.

⁵² In analogia a quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 2389 c.c., pur se non espressamente richiamato, si deve ammettere che il compenso dei gestori sia costituito in tutto o in parte da partecipazioni agli utili o dall'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo determinato azioni di futura emissione. Si veda M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 1177-1179; A. GUACCERO, *cit.*, 883 s.s. Non sembra ammissibile, in mancanza del richiamo all'art. 2409-undecies, che il CdG fissi il compenso dei membri investiti di particolare cariche o delegati. In tal senso, F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies, cit.*, 69; M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 1178-1179; S. PROVIDENTI, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 377, ove ulteriori riferimenti. Di contraria opinione, L. SCHIUMA, *Sub art. 2409-undecies, cit.*, 690; A. GUACCERO, *cit.*, 885, il quale sostiene che è da ritenersi richiamato anche l'art. 2389, comma terzo, c.c. in quanto compatibile con il sistema dualistico e ammette quindi che il compenso dell'organo delegato possa essere fissato dal CdG previo parere del CdS.

nuova è, invece, la competenza di approvare il bilancio consolidato di gruppo.⁵³ *Ratio* di tali attribuzioni è quella di affidare la valutazione del rendiconto contabile all'organo che possiede conoscenza diretta dei fatti di gestione e che di norma è dotato di una specifica professionalità.

Se lo statuto lo prevede la competenza ad approvare il bilancio d'esercizio può essere trasferita all'assemblea, ma limitatamente ai casi di: *i*) mancata approvazione del bilancio; *ii*) richiesta effettuata da almeno un terzo dei componenti il CdG o il CdS (art. 2409-*terdecies*, secondo comma, c.c.).⁵⁴

Quanto ai termini, si ritiene che il bilancio debba essere approvato entro il termine previsto dall'art. 2364, secondo comma, c.c. ovvero prima della data dell'assemblea che deve essere convocata – entro centoventi oppure centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale – per deliberare sul risultato di esercizio. Ai soci è, infatti, riservata ogni decisione in merito alla distribuzione degli utili (art. 2364-*bis*, primo comma, n. 4, e 2433, primo comma, c.c.)⁵⁵

È opportuno segnalare, infine, che la disciplina dell'impugnazione delle deliberazioni del CdS con cui viene approvato il bilancio di esercizio è identica a quella prevista per il sistema di amministrazione e controllo tradizionale.⁵⁶ Il legislatore ha cura di precisare, tuttavia, che sono legittimati ad impugnare la delibera di approvazione del bilancio d'esercizio oltre ai componenti dei consiglieri di sorveglianza anche i soci.

c) esercita le funzioni di cui all'art. 2403, primo comma;

Al CdS sono attribuiti i poteri-doveri di vigilanza sulla gestione e di controllo legale tradizionalmente affidati al collegio sindacale.⁵⁷ In particolare, limitandoci a riportare quanto disposto dall'art. 2403 c.c., il CdS è tenuto a vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società, nonché sul suo concreto funzionamento.

Si deve rilevare a proposito che i consiglieri di sorveglianza pur se dotati rispetto al collegio sindacale di più ampi poteri di intervento nei confronti dei membri dell'organo amministrativo (potere di nomina e revoca dei consiglieri di gestione unitamente alla facoltà di proporre azione di responsabilità nei confronti dei gestori) sono in ogni caso chiamati a svolgere un controllo di legittimità sulle scelte operate

⁵³ Il bilancio consolidato, redatto dall'organo amministrativo della controllante e soggetto all'attività di controllo contabile, viene tradizionalmente considerato documento con funzione meramente informativa e non necessitava (almeno fin ora) di alcuna approvazione esterna.

⁵⁴ Al fine di prevenire possibili dissensi nell'approvazione del bilancio è opportuno introdurre nello statuto specifiche clausole che regolino il rapporto fra CdS e assemblea. Ad esempio, lo statuto può prevedere espressamente il termine entro cui il CdS deve approvare il bilancio, pena la devoluzione della relativa competenza all'assemblea.

⁵⁵ Si veda sul punto P. MAGNANI, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 147.

⁵⁶ La materia è regolata dal secondo comma dell'art. 2409-*quaterdecies* c.c. mediante il rinvio alle norme del sistema tradizionale (artt. 2434-*bis* e 2377 c.c.).

⁵⁷ Medesimi sono anche i poteri riconosciuti al CdS. È bene osservare che esiste, in realtà, un'unica rilevante differenza rispetto al collegio sindacale. Dal momento che l'art. 2409-*quaterdecies* c.c. manca di richiamare il primo e il quarto comma dell'art. 2403-*bis* c.c. si deve ritenere che ai membri del CdS non è riconosciuto il potere di procedere, collegialmente ovvero individualmente, ad atti di ispezione e controllo, né che possono avvalersi di dipendenti e di ausiliari propri nell'espletamento delle loro funzioni. Così P. MAGNANI, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 165 ss. In senso dubitativo F. BONELLI, *cit.*, 263. *Contra*, è stato a nostro avviso correttamente osservato che questi poteri sono funzionali all'esercizio dell'attività di vigilanza e che, di conseguenza, si estendono necessariamente al CdS mediante il generale richiamo contenuto nell'art. 223-*septies*, comma primo, disp. att. trans. c.c. Così A. GUACCERO, *cit.*, 897.

dagli amministratori, ovvero un controllo sulla conformità delle stesse ai principi di corretta amministrazione,⁵⁸ senza spingersi fino ad un giudizio di merito sulle decisioni assunte e sui risultati conseguiti dai consiglieri di gestione.⁵⁹

d) promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei consiglieri di gestione ex art. 2409-terdecies, primo comma, lett. d).

Nel modello dualistico di amministrazione e controllo, la legittimazione ad esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti dei componenti il CdG è riconosciuta non solo all'assemblea dei soci, ma anche al CdS. In merito alla disciplina e ai problemi interpretativi e applicativi sollevati dalla norma, si rinvia al commento dell'art. 2409-terdecies c.c. svolto in precedenza.

e) presenta la denuncia al tribunale di cui all'art. 2409;

Il CdS ha il potere di denunciare i fatti al tribunale quando vi è fondato sospetto che i consiglieri di gestione in violazione dei loro doveri abbiano compiuti gravi irregolarità nella amministrazione della società.⁶⁰

f) riferisce per iscritto almeno una volta l'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati;

Il CdS con periodicità annuale ha l'obbligo di redigere una relazione scritta che ha ad oggetto il rendiconto della funzione di controllo svolta con analitico riferimento agli eventi accertati e ritenuti in contrasto con i principi di corretta amministrazione della società.

Il contenuto della relazione dell'organo di controllo interno del sistema dualistico è in larga parte analogo a quella della relazione del collegio sindacale. La relazione del CdS all'assemblea dei soci deve contenere i risultati dello svolgimento dell'attività di vigilanza. Oltre a queste informazioni il suo contenuto si arricchisce, però, delle notizie e delle osservazioni relative a competenze e poteri tipici del CdS. In particolare, la relazione annuale dovrà dare conto dell'avvenuta approvazione (o non approvazione) del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato. Del pari, nella relazione dovranno essere segnalati i provvedimenti eventualmente adottati nei confronti dei consiglieri di gestione,

⁵⁸ I principi di corretta amministrazione sono costituiti dall'insieme delle regole che consentono una diligente gestione dell'impresa. Questi principi possono essere intesi come il dovere di assumere decisioni che appaiono, alla luce delle tecniche economico-aziendali, razionali ed efficienti rispetto allo scopo di perseguire l'interesse sociale. Sul piano fattuale, si traducono nell'obbligo di compiere operazioni e atti gestori che siano sorretti da un'adeguata quantità di informazioni economiche, finanziarie e di mercato e da una attenta valutazione della loro convenienza, che tenga conto, fra l'altro, del tasso di rischio in rapporto alla natura dell'affare. *Ex multis*, si veda V. SALAFIA, *cit.*, 1471-1473.

⁵⁹ Non pare condivisibile la tesi secondo la quale l'attribuzione di questi più ampi poteri presuppone la facoltà dei consiglieri di sorveglianza di valutare nel merito le scelte compiute dal comitato di gestione. Sul punto confronta M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-octies, cit.*, 1113 e 1186; P. MAGNANI, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 154-155; S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma delle società*, in *Riv. soc.*, 2003, 882, che si dichiara, tuttavia, «cauto nel parlare di un vero e proprio controllo di merito dell'amministrazione, tale da differenziare nettamente il consiglio di sorveglianza dal collegio sindacale (...) Certo il collegio è organo referente dell'assemblea, e non può sanzionare direttamente gli amministratori inefficienti o incapaci, oltre che non diligenti».

⁶⁰ Si dubita dell'efficacia e dell'operatività della norma in commento a causa dei profili di responsabilità che potrebbero riconoscersi in capo allo stesso CdS connessi al mancato esercizio del potere di revoca o dell'azione di responsabilità. In tal senso, *ex multis*, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 1187. È interessante osservare che anche nelle società quotate l'art. 152 Tuf riconosce al CdS la competenza a presentare la denuncia *ex art. 2409 c.c.* nei confronti dei

accompagnati dall'indicazione delle circostanze che ne hanno imposto l'adozione (è il caso delle delibere aventi ad oggetto la revoca, la proposizione dell'azione di responsabilità o la denuncia *ex art.* 2409 c.c. nei confronti dei consiglieri di gestione).

La sede più opportuna per presentare la relazione è l'assemblea annuale convocata ai sensi dell'art. 2364, secondo comma, c.c. In ogni caso, la relazione annuale dovrà anche essere trascritta sul libro dei verbali delle adunanze e delle deliberazioni del CdS (art. 2421 c.c.). Si deve rilevare, infine, che le comunicazioni del CdS all'assemblea, se lo statuto lo prevede ovvero se le circostanze lo richiedono, possano essere anche più frequenti.

*f-bis) se previsto dallo statuto, delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti.*⁶¹

Il CdS può essere chiamato a concorrere alla determinazione degli indirizzi strategici dell'impresa. La scelta di attribuire questa competenza al CdS è riservata dalla legge alla volontà dei soci e dovrà essere espressamente disposta da una clausola statutaria.

La competenza a deliberare sulle operazioni di maggior rilievo e sulla pianificazione aziendale di lungo periodo deve essere intesa nel senso che l'attuazione di questi atti gestori è condizionata alla preventiva approvazione (o non approvazione) da parte del CdS, fermo restando che la predisposizione, l'eventuale integrazione o modificazione, insieme alla relativa responsabilità, rimangono di esclusiva competenza del CdG.

Al fine di consentire un'esatta ripartizione di competenze e di impedire l'insorgenza di dissidi fra CdG e CdS, sembra opportuno introdurre in via statutaria uno specifico elenco che indichi le categorie di atti gestori sulle quali il CdS è chiamato a deliberare.⁶²

4.4. Regime di responsabilità

Passiamo ora ad esaminare il regime di responsabilità dei componenti il CdS.

L'art. 2409-terdecies, terzo comma, c.c. dispone che i consiglieri di sorveglianza devono adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Inoltre, i consiglieri di sorveglianza sono responsabili solidalmente con i componenti il CdG per i fatti o le omissioni di questi ultimi qualora il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica. In altre parole, i

consiglieri di gestioni. A sua volta la Consob, se ha il fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei loro doveri di vigilanza, è legittimata a presentare la denuncia nei confronti dei componenti il CdS.

⁶¹ Con questa disposizione, inserita ad opera dal d.lgs. n. 37/2004 e modificata dal d.lgs. n. 310/2004, il legislatore ha provveduto ad affidare al CdS compiti di alta amministrazione. L'assenza di una simile competenza era stata fortemente criticata dai primi commentatori della riforma. Non consentire al CdS di partecipare alla gestione della società finiva per non introdurre significative differenze rispetto al sistema di amministrazione e controllo tradizionale e per questa via limitava le possibilità di una concreta diffusione di questo alternativo modello di *governance* societaria.

⁶² Si veda, in particolare, F. BONELLI, *cit.*, 257. P. MAGNANI, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 160, ove si fa l'esempio di decisioni in materia di investimenti, eventualmente sopra una certa soglia, e di modalità di finanziamento.

componenti il CdS rispondono personalmente delle violazioni – colpose o dolose – dei doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto. Rispondono, altresì, in solido con i gestori per i danni arrecati alla società che non si sarebbero verificati se i primi avessero diligentemente vigilato sull'attività dei secondi.

Occorre soffermarsi ulteriormente sulle disposizioni in commento. Il parametro per misurare la diligenza dei consiglieri di sorveglianza è, invero, differente sia rispetto a quello degli amministratori (art. 2392 c.c.), sia rispetto a quello dei sindaci del sistema tradizionale (art. 2407 c.c.). In particolare, è rispettivamente assente il richiamo al parametro delle “specifiche competenze” richiesto per gli amministratori e il criterio della “professionalità” previsto per i sindaci.⁶³ La dottrina che ha affrontato la questione rileva, tuttavia, che al di là della diversa formulazione letterale delle norme al CdS possono applicarsi i principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di responsabilità dei sindaci.⁶⁴

In particolare, sembra corretto ritenere che la determinazione del livello di diligenza dovuto non possa prescindere dalla valutazione delle specifiche competenze e professionalità possedute dal singolo consigliere di sorveglianza. Ne discende che la responsabilità dei componenti il CdS sarà probabilmente valutata dal giudice sia in funzione della natura dell'incarico – ovvero in relazione alla specificità dimensionale e qualitativa delle singole società – sia tenendo conto delle qualità e delle competenze professionali del consigliere di sorveglianza. In conclusione, anche se il dato letterale appare suggerire il contrario, il regime di responsabilità dei consiglieri di sorveglianza non dovrebbe essere applicato dalla giurisprudenza in maniera meno severa rispetto alla responsabilità prevista per i membri del collegio sindacale.⁶⁵

Un'ultima notazione. La previsione della responsabilità solidale fra consiglieri di sorveglianza e quelli di gestione deve indurre a ritenere che siano legittimati a promuovere l'azione di responsabilità contro i membri del CdS non solo l'assemblea dei soci, ma anche i creditori sociali e i soci o i terzi (di cui agli artt. 2394, secondo comma, e 2393 c.c.) e altresì i soci di minoranza (di cui all'art. 2393 c.c.).⁶⁶

⁶³ Il mancato riferimento al criterio della professionalità sembra trovare giustificazione nell'assenza di specifici requisiti di professionalità per la nomina a componente il CdS (salvo che non sia lo statuto a prevederli).

⁶⁴ In tal senso, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 1192. P. MAGNANI, *Sub 2409-terdecies, cit.*, 183. Secondo una lettura intesa a valorizzare il diverso dato testuale, sarebbe invero sottratta al criterio della professionalità la competenza in materia di nomina e revoca dei membri del CdS, nonché di esercizio dell'azione di responsabilità, ma non l'attività di vigilanza e l'approvazione del bilancio. Si veda A. GUACCERO, *cit.*, 900-901.

⁶⁵ Ma vi è di più. Parte della dottrina sostiene che l'ambito di responsabilità dei membri del CdS potrebbe risultare addirittura più esteso di quello degli altri organi di controllo interno. Nel modello dualistico, come in precedenza accennato, alla riduzione delle competenze dell'assemblea corrisponde l'ampliamento delle competenze del CdS. Se ne desume che i consiglieri di sorveglianza potrebbero essere chiamati a rispondere anche dei danni derivanti da quelle deliberazioni che nel sistema tradizionale sono di competenza dei soci e che non determinano in capo ad essi nessuna responsabilità (quali, ad esempio, l'approvazione di bilanci falsi, la concessione di illegittimi compensi ai gestori, la deliberazione di piani e operazioni strategiche al di fuori dell'oggetto sociale, l'approvazione della fusione ex art. 2505 c.c. con erroneo o irragionevoli rapporti di cambio). Così F. BONELLI, *cit.*, 261-262, dal quale sono tratte le esemplificazioni riportate. Si può obiettare che gli atti di gestione della società sono di esclusiva competenza dei consiglieri di gestione che assumono in pieno anche la conseguente responsabilità. Di contro, i consiglieri di sorveglianza in ogni caso rispondono – eventualmente in solido con i gestori – dei soli danni riconducibili alla violazione del loro dovere di vigilanza, ovvero comunque per un fatto proprio.

⁶⁶ Occorre evidenziare che la dottrina sul tema non è concorde. La soluzione prospettata nel testo è stata proposta da F. BONELLI, *cit.*, 262, secondo il quale al CdS si applica in forza dell'art. 223-*septies* disp. att. trans. c.c. anche l'art. 2403, comma terzo, c.c. in materia di responsabilità del collegio sindacale. Di contraria opinione, M.C. BREIDA, *Sub art. 2409-terdecies, cit.*, 1192-1193, la quale ritiene che il solo soggetto legittimato a proporre l'azione di responsabilità nei confronti del CdS sia l'assemblea.

5. IL CONTROLLO CONTABILE

Nel sistema amministrazione e controllo basato su un CdG e su un CdS il controllo contabile è senza eccezioni affidato ad un revisore esterno, persona fisica o società di revisione.⁶⁷

Al riguardo è appena il caso di formulare qualche sintetica osservazione.

Analogamente al modello tradizionale, la nomina del soggetto incaricato del controllo contabile è di competenza dell'assemblea ordinaria (art. 2364-*bis*, primo comma, n. 5, c.c.). L'organo di controllo interno è chiamato ad esprimere il proprio parere in merito al conferimento dell'incarico del controllo contabile da parte dell'assemblea e, inoltre, è tenuto a scambiare tempestivamente informazioni con i soggetti incaricati del controllo contabile al fine del corretto espletamento dei rispettivi compiti.⁶⁸

Di contro, nel sistema dualistico è esclusa la possibilità – anche nel caso di società c.d. chiuse e non tenute alla redazione del bilancio consolidato – di affidare il controllo contabile all'organo di vigilanza. Ciò si desume dal dato normativo che manca di richiamare l'art. 2409-*bis*, terzo comma, c.c. ed appare del tutto coerente con la peculiare ripartizione delle funzioni di questa struttura organizzativa che rende inopportuno – e finanche inefficiente – attribuire la funzione di controllo contabile allo stesso organo cui spetta approvare il bilancio, ovvero al CdS.⁶⁹

⁶⁷ In virtù del richiamo effettuato dall'art. 2409-*quinquiesdecies* c.c. a tutte le disposizioni in materia di controllo contabile nelle s.p.a., contenute nella nuova sez. VI-*bis*, con esclusione del terzo comma dell'art. 2409-*bis* e dell'art. 2409-*septies* c.c.

⁶⁸ Al CdS sono applicabili agli artt. 2409-*quater* e 2409-*septies* c.c. per effetto dei richiami effettuati rispettivamente dagli artt. 2409-*quinquiesdecies* e 2409-*quatersdecies* c.c. Quanto alle società quotate, nonostante l'art. 154 Tuf trascuri di richiamare l'art. 2407-*septies* c.c., la medesima norma si evince chiaramente dal combinato disposto del terzo e del quinto comma dell'art. 150 Tuf.

⁶⁹ In senso conforme ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *cit.*, 184.

Stampato presso la sede della Fondazione – Maggio 2006

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

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