

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Commento agli artt. 2364-2365 c.c.

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/91188> since

Publisher:

Zanichelli

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Articolo 2364

Assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza*

- [1] Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria:
- 1) approva il bilancio;
 - 2) nomina e revoca gli amministratori; nomina i sindaci e il presidente del collegio sindacale e, quando previsto, il soggetto al quale è demandato il controllo contabile;
 - 3) determina il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto;
 - 4) delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;
 - 5) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti;
 - 6) approva l'eventuale regolamento dei lavori assembleari.
- [2] L'assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta l'anno, entro il termine stabilito dallo statuto e comunque non superiore a centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale. Lo statuto può prevedere un maggior termine, comunque non superiore a centottanta giorni, nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato e quando lo richiedono particolari esigenze relative alla struttura ed all'oggetto della società; in questi casi gli amministratori segnalano nella relazione prevista dall'articolo 2428 le ragioni della dilazione.

Articolo 2364 bis

Assemblea ordinaria nelle società con consiglio di sorveglianza**

- [1] Nelle società ove è previsto il consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria:
- 1) nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza;
 - 2) determina il compenso ad essi spettante, se non è stabilito nello statuto;
 - 3) delibera sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza;
 - 4) delibera sulla distribuzione degli utili;
 - 5) nomina il revisore.
- [2] Si applica il secondo comma dell'articolo 2364.

* Disciplina precedente: **Art. 2364. Assemblea ordinaria** [1] *L'assemblea ordinaria: 1) approva il bilancio; 2) nomina gli amministratori, i sindaci e il presidente del collegio sindacale; 3) determina il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito nell'atto costitutivo; 4) delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, nonché sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci.* / [2] *L'assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta all'anno, entro quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio sociale. L'atto costitutivo può stabilire un termine maggiore, non superiore in ogni caso a sei mesi, quando particolari esigenze lo richiedono.*

** Disciplina precedente: *assente.*

Commento di BARBARA PETRAZZINI

Sommaro

1. Premessa – 2. Le competenze dell'assemblea ordinaria nelle società prive del consiglio di sorveglianza: il nuovo art. 2364 – 2.1. Le autorizzazioni statutarie per il compimento di atti degli amministratori – 2.2. Il regolamento dei lavori assembleari – 3. Le competenze dell'assemblea ordinaria ricavabili da altre disposizioni di legge e la portata delle autorizzazioni legali al compimento di atti di gestione – 4. Le competenze dell'assemblea ordinaria nelle società con consiglio di sorveglianza – 5. L'art. 2364, 2° co., e le novità sui termini per la convocazione dell'assemblea

1. Premessa

Sebbene nessuna norma della legge delega facesse espresso riferimento alla necessità di riformare o riscrivere gli articoli del codice civile relativi alle competenze dell'assemblea ordinaria, è indubbio che tale organo sia stato profondamente trasformato dal d.lgs. 6/2003: il tema delle competenze è infatti indissolubilmente legato ai più generali problemi del ruolo dell'assemblea e del rapporto tra questa e l'organo gestorio, problemi centrali in ogni sistema di governo societario e oggetto di specifica menzione nella l. 366/2001 [art. 4, 8° co., lett. c) e d)]¹. Senza la pretesa di voler affrontare in questa sede le complesse questioni di carattere generale sul luogo di formazione della volontà sociale, si tenterà di fare una prima ricognizione sulle nuove competenze dell'assemblea, analizzando congiuntamente gli artt. 2364 e 2364 bis e limitandosi ad offrire qualche spunto di riflessione sul ruolo che «l'organo sovrano» della società per azioni viene ad assumere a seconda del sistema di amministrazione (tradizionale, monistico o dualistico) scelto dai soci.

Si procederà dunque innanzitutto ad esaminare le competenze espressamente indicate nell'art. 2364, soffermandosi in particolare sulle due principali innovazioni rispetto alla disciplina previgente, ovvero sulle previsioni dell'art. 2364, n. 5), (che ridisegna il rapporto assemblea-amministratori e le possibilità, per la prima, di intervenire nella gestione della società) e n. 6), (che assegna all'assemblea ordinaria la competenza sull'adozione del regolamento dei lavori assembleari); successivamente si cercherà di individuare le numerose competenze attribuite dalla legge all'assemblea ordinaria che non sono espressamente indicate nell'art.

¹ Sul dibattito sul ruolo dell'assemblea che ha preceduto l'emanazione del d.lgs. in commento cfr. MOSCO, *Dove si forma la volontà sociale? Il ruolo dell'assemblea nella società per azioni: considerazioni introduttive*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 143; D'ALESSANDRO, *Un nuovo ruolo per l'assemblea nella società per azioni*, *ivi*, 153; ABBADESSA, *Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni*, *ivi*, 163; LENER, *L'assemblea nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 171; LIBONATI, *Il ruolo dell'assemblea nel rapporto tra azionisti e società quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, 86; NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, *ivi*, 130.

2364. Si passerà quindi ad analizzare le competenze che la legge riserva all'assemblea ordinaria nel sistema dualistico (art. 2364 bis) e, infine, si proverà a stabilire se l'elencazione contenuta in quest'ultima norma abbia o meno carattere esaustivo e, in caso di risposta negativa, quali tra le competenze genericamente attribuite all'assemblea, senza che la legge operi ulteriori distinzioni tra i modelli di amministrazione, restino in capo all'assemblea dei soci anche nel sistema dualistico e quali siano destinate a passare al consiglio di sorveglianza.

2. Le competenze dell'assemblea ordinaria nelle società prive del consiglio di sorveglianza: il nuovo art. 2364

Occorre anzitutto chiarire che l'art. 2364 individua le competenze dell'assemblea ordinaria nelle società *prive del consiglio di sorveglianza* e quindi non soltanto nelle società che abbiano optato per la struttura organizzativa tradizionale (assemblea – consiglio di amministrazione – collegio sindacale – revisore), ma anche per le società che abbiano deciso di adottare il regime di amministrazione monistico (assemblea – consiglio di amministrazione – comitato per il controllo sulla gestione – revisore).

Ciò premesso, i primi quattro numeri dell'articolo in esame non contengono innovazioni di rilievo, ma si limitano a riprodurre quanto precedentemente disposto dai numeri 1-3 del medesimo articolo (approvazione del bilancio; nomina degli amministratori, dei sindaci e del presidente del collegio sindacale; determinazione del loro compenso), integrando l'elenco con competenze che erano già attribuite all'assemblea ordinaria, ma contenute in altre norme del codice civile (revoca degli amministratori; deliberazione sulla responsabilità di amministratori e sindaci), ovvero con competenze che sono diretta conseguenza del modello di controllo scelto dai soci e dell'essere o meno società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (eventuale nomina del soggetto al quale è demandato il controllo contabile)².

² Molto schematicamente, e rinviando al commento degli articoli dedicati al collegio sindacale (artt. 2397 ss.) e al controllo contabile (artt. 2409 bis ss.), si ricorda che nelle società che optano per il regime di amministrazione tradizionale il controllo contabile spetta *di regola* a un revisore contabile o a una società di revisione iscritti nell'albo dei revisori contabili (art. 2409 bis, 1° co.), tuttavia esso è *obbligatoriamente* esercitato da una società di revisione iscritta nel registro dei revisori contabili nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409 bis, 2° co.) e *può*, infine, essere affidato al collegio sindacale nelle sole società che non fanno ricorso al capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato (art. 2409 bis, 3° co.); nelle società che optano per il regime di amministrazione monistico, invece, il controllo contabile è sempre affidato ad un revisore esterno (art. 2409 noviesdecies, 2° co.), con l'obbligo, anche in questo modello, di rivolgersi a una società di revisione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Cfr., per un primo inquadramento, MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 121 ss.

Le novità sono dunque contenute, come si accennava nel paragrafo precedente, nei numeri 5 e 6 dell'articolo in esame, i quali meritano di essere esaminati singolarmente.

2.1. Le autorizzazioni statutarie per il compimento di atti degli amministratori

L'art. 2364, n. 5), contiene due distinte disposizioni.

La prima parte della norma («l'assemblea ordinaria ... delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea») è estremamente chiara e costituisce un esplicito accoglimento dell'orientamento dottrinale, assolutamente prevalente già nel vigore della vecchia disciplina, secondo il quale tutte le volte in cui il legislatore parla di «assemblea», senza ulteriori specificazioni, intende riferirsi all'assemblea *ordinaria*, la quale è quindi stata investita di una competenza generale, rispetto all'assemblea *straordinaria*³. La precisazione del legislatore consente, tra l'altro, di risolvere definitivamente in favore dell'assemblea ordinaria la discussa questione circa l'individuazione dell'organo competente a richiedere l'ammissione alla quotazione sui mercati regolamentati dei titoli emessi dalla società⁴.

³ Cfr. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, 16, Torino, 1985, 365; ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, III, 1, Torino, 1994, 17; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1996, 428; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società*, Padova, 1999, 343; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Torino, 2002, 319. In posizione più sfumata, nel senso che l'assemblea competente avrebbe dovuto essere individuata caso per caso secondo «criteri di affinità» con le fattispecie espressamente regolate dalla legge cfr. però ZANARONE, *L'assemblea*, in AA.VV. *Diritto commerciale*, Bologna 1999, 232 e LENER e TUCCI, *L'assemblea nelle società di capitali*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 2000, 22.

Tale regola ha un'importante eccezione nel disposto dell'art. 2357 ter, 2° co., il quale attribuisce all'assemblea la possibilità di autorizzare l'esercizio totale o parziale del diritto di opzione per le azioni proprie detenute in portafoglio: pare logico che, nonostante la generica dizione della norma, tale competenza debba essere attribuita all'assemblea *straordinaria*, trattandosi di autorizzazione che deve essere data in occasione di una delibera di aumento del capitale. Sul punto cfr. *retro* il commento *sub* artt. 2357 bis e 2357 quater, ove ampi riferimenti al palese contrasto della norma con i principi della II Direttiva che vietano in modo assoluto la sottoscrizione di azioni proprie.

⁴ Il dubbio interpretativo nasceva, oltre che dalla mancanza di un'esplicita norma di chiusura paragonabile all'attuale art. 2364, n. 5), dalla generica formulazione dell'art. 62, 2° co., d.lgs. 58/1998 che attribuisce al regolamento della società di gestione del mercato il compito di determinare condizioni e modalità di ammissione alla quotazione; a sua volta il *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti dalla Borsa italiana s.p.a.* (pubblicato in *Banca borsa*, 1999, I, 626) si limita a prevedere, in modo piuttosto ambiguo, che la quotazione è richiesta dall'emittente «previa delibera dell'organo competente» (art. 2.4.1) senza chiarire né di quale organo si tratti, né – una volta risolta la questione in favore dell'assemblea, in virtù di quanto disposto dai regolamenti Consob precedenti al testo unico (cfr. l'art. 14 del regolamento Consob 4088/1989 per l'ammissione dei titoli alla quotazione ufficiale nelle borse valori) – se la competenza sia da at-

La seconda parte dell'art. 2364, n. 5), («l'assemblea ordinaria ... delibera ... sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti») riformula quanto precedentemente disposto dall'art. 2364, n. 4), e rappresenta invece una delle novità di maggiore importanza – e, per alcuni aspetti, di più difficile interpretazione – di tutta la nuova disciplina in tema di competenze dell'assemblea ordinaria.

La norma previgente consentiva, come noto, l'intervento dell'assemblea ordinaria nella gestione della società in due diverse circostanze: da un lato quando ciò era previsto dall'atto costitutivo, dall'altro per iniziativa degli amministratori, i quali potevano sottoporre all'esame dei soci «oggetti attinenti alla gestione»⁵.

Il nuovo n. 5) dell'art. 2364 interviene in modo radicale sul punto e ridisegna il rapporto tra assemblea e organo gestorio attraverso un rafforzamento dell'autonomia degli amministratori e un irrigidimento della divisione dei poteri tra gli organi sociali: anzitutto non si consente più all'autonomia statutaria di riservare alla competenza assembleare materie attinenti alla gestione della società, ma soltanto di prevedere autorizzazioni per il compimento di atti degli amministratori, «ferma in ogni caso la responsabilità di

tribuire all'assemblea ordinaria o straordinaria. Per una puntuale ricostruzione del problema e delle diverse posizioni dottrinali sul punto cfr. LENER e TUCCI, *op. cit.*, 24 ss. e RUBINO DE RITIS, *sub art. 62*, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo unico della finanza. I*, Torino, 2002, 529 ss. Per il simmetrico problema della richiesta di esclusione dalle negoziazioni degli strumenti finanziari ammessi su altro mercato regolamentato italiano o di altro paese dell'Unione Europea, cfr. l'art. 133 t.u.f., nonché *infra* il commento all'art. 2365.

⁵ È altresì noto come tra gli interpreti non vi fosse concordia sulla portata della disposizione, discutendosi, in particolare, quanto al primo aspetto, su quale fosse il limite entro il quale era consentito all'autonomia statutaria di devolvere all'assemblea materie rientranti nella competenza degli amministratori e, quanto al secondo aspetto, se la sottoposizione di determinate materie attinenti alla gestione al parere dell'assemblea costituisse una mera facoltà degli amministratori, ovvero se potessero essere individuate ipotesi in cui sorgeva un vero e proprio obbligo in capo a questi ultimi di richiedere l'intervento dell'assemblea; quale corollario di entrambi i problemi si discuteva poi sulla misura in cui la decisione assembleare vincolava gli amministratori e, conseguentemente, sui riflessi che la stessa aveva in merito alla loro responsabilità. La letteratura sul punto è sterminata; per un primo inquadramento dei problemi si veda LENER e TUCCI, *op. cit.*, 28 ss. (ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza). Molto schematicamente, per la posizione che tende a rivendicare agli amministratori una competenza esclusiva e autonoma in tema di gestione cfr., seppur con diverse sfumature, CORSI, *Poteri dell'assemblea e poteri del consiglio di amministrazione in rapporto all'art. 2364, n. 4, cod. civile*, in *Foro it.*, 1974, I, 237; GALGANO, *La società per azioni*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, VII, Padova, 1988, 275; COTTINO, *op. cit.*, 334; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 85 ss.; per le tesi che tendono invece a rivalutare il ruolo dell'assemblea cfr. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 61 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985; ID., *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da) *Trattato delle s.p.a.*, IV, Torino, 1991, 107 ss.; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1992, 420 ss.

questi per gli atti compiuti»; in secondo luogo scompare dalla legge qualsiasi riferimento alla possibilità per gli amministratori di sottoporre essi stessi determinati argomenti al parere dell'assemblea.

Quanto al primo aspetto, la nuova formulazione della norma sancisce quindi non soltanto una *esclusiva competenza* in tema di gestione in capo agli amministratori (principio richiamato e ribadito anche dall'art. 2380 bis)⁶, ma anche una *esclusiva responsabilità* di questi ultimi rispetto all'atto compiuto: l'eventuale autorizzazione assembleare non è infatti idonea a esonerare gli amministratori da responsabilità né verso i terzi (punto peraltro assolutamente pacifico anche nel regime previgente) né verso la società. Proprio perché non è idonea ad esonerare gli amministratori da responsabilità, è ovvio che l'autorizzazione assembleare non può vincolare questi ultimi al compimento dell'atto; per contro, l'aver agito in assenza della prescritta autorizzazione è idoneo ad integrare una giusta causa di revoca o un presupposto per la denuncia al collegio sindacale o al tribunale *ex artt.* 2408 e 2409 o, infine, qualora l'operazione si riveli dannosa per il patrimonio sociale, un'ipotesi di responsabilità verso la società. In applicazione di quanto sancito dal novellato art. 2384 (e conformemente all'interpretazione che la dottrina prevalente dava della norma)⁷, l'atto compiuto in assenza di autorizzazione non sarà invece opponibile ai terzi, salva l'ipotesi dell'*exceptio doli*.⁸

Più difficile trovare invece la giustificazione del perché gli amministratori non possano sottoporre di loro iniziativa il compimento di un atto al parere dell'assemblea. La motivazione ricavabile dalla relazione illustrativa (secondo la quale si è voluto evitare «che, come in passato poteva accadere, nessuno risponda di una data operazione, né l'assemblea che è per definizione irresponsabile, né gli amministratori che a discarico di responsabilità abbiano sottoposto l'operazione all'assemblea») non appare infatti del tutto coerente con quanto sancito dallo stesso art. 2364, n. 5): una volta chiarito che gli amministratori assumono sempre e comunque l'esclusiva responsabilità per gli atti compiuti, non si vede perché essi non possano sentire la necessità di voler richiedere il parere dei soci in merito al compimento di una data operazione, ad esempio per verificare il perdurare del rapporto di fiducia con il gruppo di comando, ovvero per superare una situazione di *impasse* determinata da divisioni interne al consiglio. Ci sembra dunque che, nonostante l'indicazione contenuta nella relazione illustrativa, la scomparsa dall'art. 2364 della possibilità per gli amministratori di chiedere l'intervento dell'assemblea non debba necessariamente essere interpretata come divieto o come inam-

⁶ In base al quale «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori».

⁷ Per tutti cfr. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 109 ss.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 110 ss.; CALANDRA BUONAUORA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., IV, 160 ss.

⁸ Così espressamente la relazione illustrativa, che fa rientrate nella disciplina dell'art. 2384 «i casi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere di gestione».

missibilità di una spontanea sottoposizione di un atto di gestione al parere dell'assemblea⁹.

2.2. Il regolamento dei lavori assembleari

L'attribuzione all'assemblea ordinaria del compito di approvare il regolamento assembleare rappresenta la seconda novità dell'art. 2364.

L'argomento per la verità era già stato oggetto di alcuni recenti contributi dottrinali, in particolare in seguito alla pubblicazione dello «Schema-tipo di regolamento dell'assemblea degli emittenti con azioni quotate» predisposto da Assonime e ABI in attuazione di quanto previsto dall'art. 12.4 del Codice di Autodisciplina per le società quotate¹⁰. Il dibattito si era in tale occasione incentrato non tanto sull'astratta ammissibilità di un regolamento assembleare (mai discussa, anche sulla scorta delle esperienze di alcune società quotate)¹¹, quanto piuttosto sul problema relativo all'individuazione dell'organo competente ad adottarlo e, conseguentemente, sul grado e la natura della sua efficacia¹². È ovvio infatti che, qualora il regolamento sia approvato dall'assemblea straordina-

⁹ Cfr. sul punto le considerazioni di RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, relazione al convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002; COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in www.federnotizie.org/riforma; ABBADESSA, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, 1472. Escludono invece tale possibilità, interpretando il silenzio del legislatore come un divieto, GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dei pubbl. e ec.*, XXIX, cit., Padova, 2003, 203 e MELONCELLI, *sub art. 2364*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 255.

¹⁰ L'art. 12.4 del Codice di Autodisciplina delle Società Quotate (ora art. 13.4, nella versione rivisitata del Codice del luglio 2002; la prima versione può leggersi in *Riv. soc.*, 1999, 1386, la versione più recente è consultabile sul sito www.borsaitalia.it) raccomanda che il consiglio di amministrazione proponga all'assemblea l'approvazione di un «regolamento che disciplina l'ordinato e funzionale svolgimento dell'assemblea ordinaria e straordinaria della società» nel quale siano precisati, tra l'altro, «la durata massima dei singoli interventi, il loro ordine, le modalità di votazione, gli interventi degli amministratori e dei sindaci, nonché i poteri del presidente anche per comporre o impedire il verificarsi di situazioni di conflitto all'interno dell'assemblea». Lo schema di regolamento predisposto da Assonime e ABI (in *Riv. soc.*, 2001, 167) si articola in quattro sezioni, dedicate, rispettivamente, a costituzione, discussione, votazione e chiusura dell'assemblea; per un commento cfr. CARBONETTI, *Il regolamento di assemblea*, in *Riv. soc.*, 2001, 157 e BONOMO, *Il regolamento di assemblea: lo schema-tipo elaborato da Assonime e ABI. Le esperienze nelle società quotate*, in *Riv. not.*, 2001, 367.

¹¹ Cfr. il regolamento delle «Assicurazioni Generali» in *Casi e materiali di diritto commerciale. I. Società per azioni*, Milano, 1974, 413 ss. o della «Banca Popolare di Novara», in *Giur. comm.*, 1989, I, 192 ss. Sull'argomento SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da) *Trattato delle s.p.a.*, III, 1, Torino, 1994, 148, nota 52 e, più recentemente, RESCIO, *L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1998, 1366 ss.

¹² Cfr. MARCHETTI, *In tema di funzionamento dell'assemblea: problemi e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2001, 118, *ivi*, 126 ss.

ria, esso assurge al rango di norma statutaria, con la duplice conseguenza di dover essere adottato e modificato secondo il procedimento di cui all'art. 2436 e di comportare il rischio di illegittimità delle deliberazioni assembleari ogni qualvolta esse si discostino da quanto stabilito nel regolamento stesso; l'approvazione da parte dell'assemblea ordinaria, per contro, permette una maggiore «elasticità» sia per quanto attiene alla possibilità di modificare il regolamento o di discostarsi occasionalmente da quanto in esso stabilito (essendo a tal fine sufficiente una delibera assembleare adottata a maggioranza), sia per quanto attiene alla sua eventuale violazione (la quale, in quanto violazione di norme procedurali interne, non darebbe luogo a illegittimità della delibera).

La scelta del legislatore delegato, che affida espressamente la competenza all'assemblea ordinaria, dimostra una chiara preferenza per un modello di regolamento come «norma interna», espressione del potere di autorganizzazione proprio degli organi collegiali; ciò non esclude, tuttavia, che i soci possano optare per una soluzione più rigorosa, decidendo di attribuire al regolamento il valore di norma statutaria (e quindi adottandolo con le forme e la pubblicità che caratterizzano le decisioni dell'assemblea straordinaria), ovvero per una situazione «intermedia», nella quale l'obbligo di adottare un regolamento è sancito dallo statuto, ma la sua approvazione è demandata all'assemblea ordinaria¹³.

Un'ultima osservazione: è probabile che l'adozione di un regolamento assembleare si rivelerà utile soprattutto nelle società ad azionariato diffuso, nelle quali l'elevato numero dei soci rende particolarmente complessa l'organizzazione dei lavori assembleari. Se ciò è vero, risulta allora di difficile comprensione il motivo per cui il legislatore non ha previsto espressamente la possibilità di approvare un regolamento assembleare anche per le società che adottano il modello di amministrazione dualistico (ovvero proprio il modello che dovrebbe risultare particolarmente appetibile per le società quotate in borsa o con titoli diffusi); ci sembra che, anche in questo caso, il silenzio del legislatore sul punto non debba essere interpretato come un divieto e che quindi anche le società con consiglio di sorveglianza possano adottare un regolamento assembleare, con deliberazione dell'assemblea ordinaria o straordinaria, con le diverse conseguenze in tema di modificabilità e possibilità di disattenderne il contenuto viste per le società prive del consiglio di sorveglianza¹⁴.

3. Le competenze dell'assemblea ordinaria ricavabili da altre disposizioni di legge e la portata delle autorizzazioni legali al compimento di atti di gestione

Come già accadeva nel regime previgente, l'elencazione dell'art. 2364 non esaurisce le competenze dell'assemblea ordinaria, ma deve essere opportuna-

¹³ Cfr., per questa tripartizione, CARBONETTI, *Il regolamento di assemblea*, cit., 161 ss.

¹⁴ In questo senso cfr. RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., e SARALE, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 40.

mente integrata con le competenze rinvenibili in altre disposizioni di legge¹⁵.

In particolare rientrano nelle competenze dell'assemblea ordinaria: il potere di ratificare gli atti compiuti in nome della società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2331, 3° co.); l'autorizzazione all'acquisto di beni o crediti dei promotori, fondatori o amministratori per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, nei due anni dalla iscrizione della società nel registro delle imprese (art. 2343 bis, 1° co.); la determinazione del numero degli amministratori, nel caso in cui lo statuto si limiti ad indicarne il numero massimo e minimo (art. 2380 bis, 3° co.); l'autorizzazione agli amministratori ad assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti o a esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi (art. 2390, 1° co.); l'eventuale nomina dei direttori generali e la deliberazione sulla loro responsabilità (art. 2396); la revoca dei sindaci (art. 2400) e del soggetto al quale è demandato il controllo contabile (art. 2409 quater, 3° co.); la deliberazione sulla distribuzione degli utili (art. 2433); la decisione in merito all'azione di responsabilità nei confronti dei liquidatori (art. 2489, 2° co.).

Un discorso a sé meritano invece alcune competenze accomunate dal fatto di assumere la veste di «autorizzazioni» all'organo amministrativo e destinate ad incidere in maniera più o meno rilevante sulla gestione sociale. Rientrano in questa categoria l'autorizzazione all'acquisto (e alla vendita) di azioni proprie (art. 2357, 2° co., e 2357 ter, 1° co.) e di azioni della controllante (art. 2359 bis, 2° co., e 2359 ter, 1° co.) e l'autorizzazione all'assunzione di partecipazioni in altre imprese che importi una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime (art. 2361, 2° co.); a queste competenze devono infine esserne aggiunte due contenute nel testo unico della finanza – e quindi specifiche delle società quotate in mercati regolamentati – riguardanti l'autorizzazione all'adozione di «tecniche difensive» in pendenza di un'offerta pubblica di acquisto (art. 104, d.lgs. 58/1998) e l'autorizzazione all'assunzione di partecipazioni reciproche in misura superiore al 2% del capitale sociale (art. 121, 2° co., d.lgs. 58/1998).

Qual è il valore di queste autorizzazioni e in che misura esse vincolano gli amministratori? Già nel vigore della precedente disciplina si sosteneva, anche se non unanimemente, che le autorizzazioni assembleari al compimento di atti di gestione non si traducevano né in uno spostamento di competenze dal consiglio all'assemblea né in un obbligo per gli amministratori di uniformarsi a quanto deciso dai soci, ma costituivano unicamente una sorta di «temperamento» dei poteri discrezionali dei primi¹⁶. Tale interpretazione

¹⁵ Sul regime previgente cfr., per tutti, ABBADESSA, *L'assemblea: competenze*, cit., 6 ss. e LENER e TUCCI, *op. cit.*, 21 ss.

¹⁶ Cfr., con riferimento alla deliberazione assembleare di autorizzazione all'acquisto di azioni proprie, GALGANO, *La manovra sulle proprie azioni nel d.p.r. 30/86*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 402; CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988, 69 ss.; PARTESOTTI, *Le operazioni*

sembra ora avvalorata dalla nuova formulazione dell'art. 2364, n. 5) e dal disposto dell'art. 2380 bis, 1° co., norme alla luce delle quali pare ragionevole interpretare anche le disposizioni sopra ricordate: da un lato, quindi, l'intervento dell'assemblea è necessario affinché gli amministratori possano compiere l'atto oggetto dell'autorizzazione senza incorrere in una giusta causa di revoca o in un'ipotesi di responsabilità verso l'assemblea, dall'altro, per contro, gli amministratori, proprio perché assumono l'esclusiva responsabilità in ordine all'atto compiuto, restano liberi di valutare in base al proprio prudente apprezzamento l'opportunità di compierlo. Detto in altri termini, se il sistema delle competenze assembleari disegnato dalla riforma è espressione del più generale principio secondo il quale la gestione della società spetta ora in modo esclusivo agli amministratori, non sembrano esservi ragioni per trattare in modo differente – sotto il profilo del rapporto tra assemblea e organo gestorio e della responsabilità degli amministratori – le autorizzazioni al compimento di atti di gestione previste dalla legge, rispetto alle autorizzazioni previste dallo *statuto* di cui all'art. 2364, n. 5)¹⁷.

4. Le competenze dell'assemblea ordinaria nelle società con consiglio di sorveglianza

L'esame delle competenze dell'assemblea ordinaria nell'ipotesi in cui la società decida di adottare il regime di amministrazione dualistico (assemblea – consiglio di sorveglianza – consiglio di gestione – revisore) è meno semplice di quanto si potrebbe a prima vista pensare. In primo luogo perché l'elencazione contenuta nell'art. 2364 bis non ha carattere esaustivo e deve essere integrata con altre competenze, la cui individuazione non è sempre lineare, ma risulta da un gioco di rinvii incrociati tra le norme del codice, in secondo luogo perché né la norma che elenca le competenze dell'assemblea, né la norma che elenca le competenze del consiglio di sorveglianza (art. 2409 terdecies)¹⁸ contengono una disposizione «di chiusura» che chiarisca la sorte di

sulle azioni, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, II, 1, Torino, 1991, 389; CAMPOBASSO, *op. cit.*, 250. Per quanto riguarda le autorizzazioni previste dalle norme del Testo Unico si rinvia ai commenti di VELLA e SANTAGATA, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo unico della finanza*. II, Torino, 2002, 899 ss. e 993 ss., nonché di MEO, *Gli incroci azionari e la riforma dell'opa*, in *Riv. soc.*, 1998, 530 e SBISÀ, *La disciplina delle partecipazioni reciproche nel d. legisl. 24 febbraio 1998, n. 58*, in *Contr. e Imp.*, 1998, 1321 (quanto alle partecipazioni reciproche) e di DESANA, *Opa e tecniche di difesa: dalle misure difensive «successive» a quelle «preventive»*, Milano, 2003, 96 ss. e 118 ss. (quanto alle tecniche difensive).

¹⁷ Altro e diverso è invece il problema della sorte dell'atto di gestione compiuto dagli amministratori *in assenza* della richiesta autorizzazione assembleare: per un esame approfondito sul punto si rinvia al commento *sub* art. 2384; per un primo inquadramento della questione cfr. CALANDRA BUONAURO, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., 170; COTTINO, 413 ss.; CAMPOBASSO, 392.

¹⁸ Per chiarezza dell'esposizione se ne riporta il testo così come risulta dopo l'emanazione

tutte quelle competenze, attribuite dal codice all'assemblea, che non sono espressamente richiamate né dall'art. 2364 bis, né dall'art. 2409 terdecies.

Ciò premesso, l'art. 2364 bis riconosce espressamente all'assemblea ordinaria il compito di nominare e revocare i consiglieri di sorveglianza, determinare il loro compenso (se non stabilito dallo statuto) e deliberare in merito alla loro responsabilità; decidere sulla distribuzione degli utili; nominare il revisore¹⁹.

A queste competenze occorre aggiungere: la determinazione del compenso spettante al revisore (art. 2409 quater, 1° co.), la deliberazione in merito alla sua revoca (art. 2409 quater, 3° co.) e all'azione di responsabilità nei suoi confronti (art. 2409 sexies), la determinazione del numero dei consiglieri di sorveglianza, nei limiti di quanto stabilito dallo statuto (art. 2409 duodecies, 2° co.) e, in concorrenza con il consiglio di sorveglianza, la deliberazione in merito all'azione di responsabilità verso i consiglieri di gestione (art. 2409 decies)²⁰. Se lo statuto lo prevede, l'assemblea ha inoltre la possibilità di approvare il bilancio (in deroga a quanto stabilito dall'art. 2409, 1° co., lett. b) qualora esso non sia approvato dal consiglio di gestione, ovvero quando ne facciano richiesta almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza (art. 2409 terdecies, 2° co.)²¹.

del Decreto di coordinamento e modifica: «Art. 2409 terdecies. *Competenza del consiglio di sorveglianza*. Il Consiglio di sorveglianza: a) nomina e revoca i componenti del consiglio di gestione e ne determina il compenso, salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea; b) approva il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato; c) esercita le funzioni di cui all'articolo 2403, primo comma; d) promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione; e) presenta la denuncia di cui all'art. 2409; f) riferisce per iscritto almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati; f bis) se previsto dallo statuto, delibera in ordine 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». Si noti, a tale proposito, che con l'attribuzione al consiglio di sorveglianza della competenza di cui alla lettera f bis) (introdotta soltanto con il succitato Decreto di coordinamento e modifica) il legislatore italiano sembra aver voluto operare un riavvicinamento del modello dualistico italiano con l'analogo sistema tedesco, nel quale lo statuto può attribuire al consiglio di sorveglianza la competenza ad autorizzare il compimento di particolari categorie di atti di gestione (§ 111 AktG); cfr., sul punto, i rilievi di S. AMBROSINI, *L'amministratore e i controlli nella società per azioni*, in S. AMBROSINI (a cura di) *La riforma delle società*. Torino, 2003, 78.

¹⁹ Il rinvio dell'art. 2409 quinquiesdecies ai soli 1° e 2° co. dell'art. 2409 bis esclude che nel sistema dualistico il controllo contabile possa essere affidato all'organo di controllo interno, con la conseguenza che in tale modello (così come in quello monistico, cfr. *supra* nota 2) ci si dovrà obbligatoriamente rivolgere a un revisore contabile o ad una società di revisione iscritti nell'albo dei revisori contabili ovvero, nel caso di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, necessariamente ad una società di revisione. Per una puntuale critica della precedente versione del decreto, che lasciava aperta la possibilità di affidare il controllo al revisore interno cfr., per tutti, MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Soc.*, 2002, 1449 e 1453 e FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2003, 313 ss.

²⁰ È probabile che tale competenza «concorrente» di assemblea e consiglio di sorveglianza debba essere estesa anche all'ipotesi dell'azione di responsabilità nei confronti dei liquidatori, la quale, ex art. 2489, 2° co., «è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori».

²¹ La possibilità di riattribuire statutariamente all'assemblea ordinaria la competenza ad ap-

Lo statuto può infine riservare all'assemblea la facoltà di determinare il compenso dei consiglieri di gestione [competenza altrimenti attribuita al consiglio di sorveglianza: art. 2409 terdecies, lett. a)]²². Tale facoltà è stata con ogni probabilità prevista dal legislatore con la specifica finalità di non sottrarre all'assemblea una decisione che può influire sulla destinazione degli utili: occorre infatti ricordare che il compenso degli amministratori può essere costituito «in tutto o in parte da partecipazioni agli utili o dall'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo determinato azioni di futura emissione» (art. 2389). Se dunque la *ratio* della norma è quella di riservare all'assemblea il compito di determinare il compenso dei consiglieri di gestione quando questo sia rappresentato da una partecipazione agli utili [in applicazione di quanto previsto dall'art. 2364 bis, n. 4)], ne discende quale corollario che deve imputarsi ad un mero difetto di coordinamento tra le norme del codice il fatto che l'art. 2409 undecies non richiami tra le disposizioni applicabili al consiglio di gestione l'art. 2389; si noti, a questo proposito, che una soluzione restrittiva (che interpreti cioè il mancato richiamo in modo letterale, come un divieto di ancorare nel sistema dualistico la remunerazione dei consiglieri di gestione ai risultati dell'impresa sociale) si porrebbe, tra l'altro, in controtendenza rispetto a quanto previsto dal citato Codice di Autodisciplina dettato per le società quotate²³, ovvero, come si è già avuto modo di osservare, proprio per quelle società per le quali il modello dualistico è stato pensato.

Resta infine da sciogliere l'interrogativo, prospettato all'inizio di questo paragrafo, relativo alla sorte di tutte quelle competenze che la legge affida all'assemblea ordinaria senza operare distinzioni tra i possibili modelli di amministrazione: ci sembra tuttavia che dal sistema delineato dal legislatore non possano trarsi elementi utili a sostenere che nel sistema dualistico sono trasferite al consiglio di sorveglianza competenze *ulteriori* rispetto a quelle indicate nell'art. 2409 terdecies. L'autorizzazione all'acquisto di azioni proprie e di azioni della controllante, al compimento di «acquisti pericolosi», all'assunzione di partecipazioni in altre imprese che comporti una responsabilità illimitata

provare il bilancio (se pure nei soli casi ricordati nel testo) non era originariamente prevista nella bozza di decreto del 30 settembre ed è stata inserita solo nel testo definitivo: probabilmente a tale «correzione» (che ricalca il disposto dei §§ 172 e 173 dell'*AktG*) non sono estranei i suggerimenti avanzati da parte della dottrina: cfr. in particolare PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 709 e ABBADESSA, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano*, cit., 1473 s. Si noti, inoltre, che il testo della legge sembra riferirsi al solo bilancio di esercizio e non anche al bilancio consolidato, la cui approvazione resterebbe in ogni caso affidata al consiglio di sorveglianza [art. 2409 terdecies, 1° co., lett. b)].

²² Per una puntuale ricostruzione delle travagliate vicende della competenza *de quo* e dei dubbi interpretativi che precedenti versioni del decreto avevano sollevato tra gli interpreti cfr. RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., e SARALE, *op. cit.*, 44 ss.

²³ Il quale all'art. 8.2 stabilisce che nel determinare i compensi complessivi degli amministratori delegati, si preveda che una parte di questi sia legata ai risultati economici conseguiti dalla società.

per le obbligazioni delle medesime (per citare solo alcune delle competenze analizzate nel paragrafo 3 di questo commento) dovrebbero dunque rimanere di competenza dell'assemblea ordinaria *anche nel sistema dualistico*, né ci pare che, sotto questo profilo, tali competenze possano essere attribuite al consiglio di sorveglianza da una norma statutaria, posto che, come è stato osservato, «nessun elemento autorizza a ritenere che le norme citate siano disponibili dalle parti»²⁴.

5. L'art. 2364, 2° co., e le novità sui termini per la convocazione dell'assemblea

Il secondo comma dell'art. 2364, applicabile anche alle società con consiglio di sorveglianza (cfr. art. 2364 bis, 2° co.), sancisce anzitutto che l'assemblea deve essere convocata almeno una volta l'anno entro il termine stabilito dallo statuto e comunque entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale; prosegue quindi stabilendo che lo statuto possa prevedere un termine maggiore – non superiore in ogni caso a centottanta – in due ipotesi: nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato e nel caso in cui la dilazione del termine dipenda da particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società; conclude, infine, imponendo agli amministratori di segnalare le ragioni della dilazione nella relazione sulla gestione che accompagna il bilancio (art. 2428).

È noto come la precedente (e più laconica) formulazione della norma («l'atto costitutivo può stabilire un termine maggiore, non superiore in ogni caso a sei mesi, quando particolari esigenze lo richiedono») avesse dato luogo a vivaci contrasti sia dottrinali sia, soprattutto, giurisprudenziali tra quanti ritenevano che le «particolari esigenze» dovessero essere espressamente e specificamente enunciate nello statuto (con la conseguenza di ritenere inammissibile una clausola statutaria che si fosse limitata a riprodurre pedissequamente la formula dell'art. 2364, 2° co.) e quanti ritenevano invece sufficiente che lo statuto prevedesse astrattamente la possibilità di dilazione dei termini per l'approvazione del bilancio, riservando agli amministratori il compito di individuare, valutare e motivare le ragioni che giustificavano il rinvio²⁵.

²⁴ Così SARALE, *op. cit.*, 46. Per analoghe conclusioni cfr. anche COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit.

²⁵ Cfr., per la prima e più rigida posizione, Trib. Roma, 12 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1685; App. Roma, 12 novembre 1998, *ivi*, 1999, 1251; Id., 22 maggio 1997, *ivi*, 1998, 106; App. Napoli, 19 maggio 1995, in *Riv. not.*, 1995, 1015; Trib. Bologna, 11 aprile 1995, in *Soc.*, 1995, 1227; Trib. Cassino, 16 luglio 1993, *ivi*, 1994, 68. Per l'opposta posizione cfr. invece App. Milano, 12 ottobre 2001, in *Giur. it.*, 2002, 557, con nota di LUONI, *Proroga del termine di approvazione del bilancio: annotazioni sul tema*; Trib. Como, 6 giugno 1998, in *Soc.*, 1999, 450; App. Bologna, 8 gennaio 1996, in *Notariato*, 1996, 449; App. Napoli, 21 luglio 1995, in *Riv. not.*, 1995, 1538; App. Genova, 21 giugno 1994, in *Soc.*, 1995, 67. In dottrina per la prima tesi cfr. COTTINO, *op. cit.*, 346; per la seconda CAMPOBASSO, *op. cit.*, 320, nota 2; ANGELICI, *In tema di distribuzione*

La nuova formulazione del secondo comma dell'articolo in esame sembra ora prospettare una soluzione articolata del problema, legittimando sia una clausola che preveda il rinvio *sistematico* dell'approvazione del bilancio entro il termine di centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio quando la società è tenuta a redigere il bilancio consolidato, sia una clausola che consenta *occasionalmente* il rinvio in presenza di particolari circostanze²⁶; in entrambe le ipotesi le ragioni che giustificano la proroga del termine dovranno essere illustrate e motivate dagli amministratori nella relazione sulla gestione che accompagna il bilancio, tuttavia, proprio perché esiste un obbligo di motivare il rinvio, sembra ragionevole ritenere che le «particolari esigenze relative alla struttura ed all'oggetto della società» non debbano essere predeterminate dallo statuto, ma possano essere individuate caso per caso dagli amministratori.

di utili senza espressa deliberazione assembleare; convocazione dell'assemblea in luogo diverso dalla sede sociale; termine di convocazione dell'assemblea che approva il bilancio, in *Riv. not.*, 1992, 1025.

²⁶ Si pensi all'ipotesi di una società che, pur non essendo tenuta alla redazione del bilancio consolidato, debba procedere alla valutazione delle partecipazioni in altre società (circostanza idonea ad integrare una particolare esigenza relativa *all'oggetto* della società) o all'ipotesi di una società che abbia adottato il regime di amministrazione dualistico e il cui statuto contenga una clausola che riserva l'approvazione del bilancio all'assemblea in caso di mancata approvazione da parte del consiglio di sorveglianza (circostanza idonea ad integrare una particolare esigenza relativa *alla struttura* della società); per ulteriori esemplificazioni delle particolari esigenze che possono giustificare la proroga dal quadrimestre al semestre cfr. LUONI, *op. ult. cit.*, 558. Su posizioni analoghe, già prima della riforma, cfr. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., Torino, 1994, 392 e TASSINARI, *La proroga del termine di convocazione dell'assemblea di bilancio tra prassi statutaria e giurisprudenza onoraria*, in *Notariato*, 1996, 450.