

Variazione del sistema di amministrazione e controllo e nomina dei primi componenti degli organi sociali

L'assemblea di società per azioni convocata per la variazione del sistema di amministrazione e controllo può procedere contestualmente alla nomina dei primi componenti dei nuovi organi sociali.

1. La fattispecie e il quesito.

Tra i problemi interpretativi sollevati dall'introduzione dei modelli alternativi di amministrazione e controllo, uno dei primi, e più rilevanti sul piano applicativo, attiene alla possibilità di procedere, contestualmente alla variazione del sistema, alla nomina dei nuovi organi sociali: e dunque, nell'ipotesi di adozione del sistema dualistico, dei consiglieri di sorveglianza e dei consiglieri di gestione; nell'ipotesi di passaggio al sistema monistico, dei consiglieri di amministrazione e, al loro interno, dei membri del comitato per il controllo della gestione; nell'ipotesi, infine, di adozione del sistema tradizionale, dei consiglieri di amministrazione e dei sindaci.

La questione assume peculiare rilievo e delicatezza con riferimento ai componenti del consiglio di gestione del sistema dualistico, la cui nomina è sottratta alla competenza assembleare ed attribuita al consiglio di sorveglianza dagli artt. 2409-*novies*, comma 3, e 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *a*), c.c.; viceversa, quest'ultimo organo è pur sempre di nomina assembleare, al pari degli organi di amministrazione e controllo del sistema tradizionale e dell'organo amministrativo del modello monistico, sistema nell'ambito del quale la legge ammette espressamente la clausola statutaria che affidi all'assemblea anche la nomina e la determinazione del numero dei membri del comitato per il controllo della gestione (art. 2409-*octiesdecies*, comma 1, c.c.).

L'interprete è dunque chiamato a verificare la sussistenza dei presupposti che legittimano l'applicazione in via estensiva o analogica ai componenti degli organi derivanti dalla adozione del nuovo sistema di amministrazione e controllo delle regole enunciate dagli artt. 2328, comma 2, n. 11, 2409-*novies*, comma 3 e 2409-*duodecies*, comma 2, c.c., i quali prevedono, con riferimento alla fase costitutiva della società azionaria, che i primi consiglieri di sorveglianza e di gestione, al pari dei primi amministratori e sindaci, siano «*nominati nell'atto costitutivo*».

2. La soluzione.

Si ritiene di poter dare al quesito risposta affermativa. Considerazioni di ordine letterale, sistematico ed assiologico inducono a ritenere applicabili tali disposizioni – riferite al caso paradigmatico, nel quale i «primi componenti» sono nominati in sede di atto costitutivo – anche alle ipotesi in cui l'atto costitutivo viene modificato, dando luogo alla necessità di nominare i «primi componenti» dei nuovi organi sociali destinati

ad entrare in vigore dal giorno in cui la deliberazione di variazione del sistema di amministrazione e controllo assume efficacia.

3. La motivazione: a) il dato letterale.

Il dato normativo è rappresentato, in primo luogo, dall'art. 2328, comma 2, n. 11, c.c., ai sensi del quale l'atto costitutivo della società per azioni deve contenere, tra l'altro, «*la nomina dei primi amministratori e sindaci ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza*».

Il principio è ribadito, per i componenti del consiglio di sorveglianza, dall'art. 2409-*duodecies* c.c., il cui secondo comma dispone: «*Fatta eccezione per i primi componenti, che sono nominati nell'atto costitutivo, e fatto salvo quanto disposto dagli artt. 2351, 2449 e 2450, la nomina dei componenti il consiglio di sorveglianza spetta all'assemblea, previa determinazione del loro numero nei limiti stabiliti dallo statuto*».

Per i componenti del consiglio di gestione, la norma di riferimento è costituita dal terzo comma dell'art. 2409-*novies* c.c., il quale, a sua volta, dispone: «*Fatta eccezione per i primi componenti, che sono nominati nell'atto costitutivo, e fatto salvo quanto disposto dagli artt. 2351, 2449 e 2450, la nomina dei componenti il consiglio di gestione spetta al consiglio di sorveglianza, previa determinazione del loro numero nei limiti stabiliti dallo statuto*». La disposizione ora richiamata, nel colmare la lacuna (evidentemente involontaria) derivante dall'omesso riferimento ai consiglieri di gestione da parte dell'art. 2328, comma 2, n. 11, c.c., vale ad introdurre un'espressa deroga alla generale competenza del consiglio di sorveglianza in ordine alla nomina del consiglio di gestione, enunciata in termini altrimenti imperativi dall'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a), c.c., che, nell'attuale versione (risultante dal d.lgs. 4 luglio 2003, n. 153), circoscrive selettivamente la possibilità di una diversa previsione statutaria alla sola determinazione dei compensi dei consiglieri di gestione.

Meritano infine di essere richiamati, onde completare il contesto normativo di riferimento, l'art. 2364-*bis* c.c., ai sensi del quale la nomina e la revoca dei consiglieri di sorveglianza è di competenza esclusiva dell'assemblea in sede ordinaria e l'art. 2369, comma 4, c.c., per il quale lo statuto non può richiedere maggioranze più elevate per le deliberazioni da assumersi nell'assemblea ordinaria in seconda convocazione concernenti, tra l'altro, «*la nomina e la revoca delle cariche sociali*».

4. Segue. Il dato sistematico.

Ai fini della verifica della applicabilità ai componenti degli organi derivanti dalla adozione del nuovo sistema di amministrazione e controllo delle regole enunciate dalle disposizioni sopra richiamate relative alla loro indicazione *ab initio* nell'atto costitutivo, può preliminarmente osservarsi come la deliberazione di variazione del sistema di amministrazione e controllo presenti profili di forte analogia con la fase costitutiva. Indipendentemente dal momento in cui tale peculiare modificazione statutaria¹ assume efficacia – data che i soci possono liberamente anticipare rispetto al

¹ Per la qualificazione della variazione del sistema di amministrazione e controllo come modificazione statutaria v., per tutti, R. WEIGMANN, “Sistemi alternativi di amministrazione e controllo”, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di Cian, Padova, 2004, 216; V. SALAFIA, “Commento all'art. 2380”, in *Codice commentato Ipsa*, Milano, 2004, 352 ss.. A favore della competenza dell'assemblea straordinaria in ordine

termine indicato in via suppletiva dall'art. 2380, secondo comma, c.c., sino a contemplarne l'immediata operatività dalla data di iscrizione del nuovo statuto nel registro delle imprese (art. 2436, penultimo comma, c.c.) – è incontestabile che la delibera di variazione introduca un codice organizzativo, e dunque organi sociali, diversi da quelli esistenti nel momento in cui la deliberazione è stata assunta.

In questa prospettiva, la circostanza che la società proceda ad un'immediata ed esplicita indicazione dei componenti degli organi sociali riflette l'istanza di ordine pubblico economico – corrispondente a quella sottesa alle ricordate norme relative alla fase costitutiva – di non lasciare la società acefala sul piano gestorio o sprovvista di organo di controllo.

Il rischio ora segnalato è particolarmente evidente in ipotesi di adozione del sistema dualistico da parte di società originariamente strutturata secondo il modello tradizionale o monistico: pare infatti incontrovertibile che, sino all'entrata in vigore del nuovo sistema, il consiglio di sorveglianza non potrebbe costituirsi e procedere alla nomina dei consiglieri di gestione; sicché si verrebbe a determinare – per alcune ore, giorni o settimane – quella *vacatio* dell'organo amministrativo che il legislatore ha inteso prevenire attraverso le disposizioni che consentono di nominare nell'originario atto costitutivo gli organi sociali di nuova costituzione, e che si rivelerebbe tanto più grave ove si consideri che l'ente rimarrebbe in tale frangente altresì privo del legale rappresentante, non potendosi riconoscere tale veste, neppure in forma vicaria, al presidente del consiglio di sorveglianza o ad altri componenti di tale organo.

L'interpretazione ora proposta permette di scongiurare tali inconvenienti, prevenendo una pur transitoria, ma comunque potenzialmente pericolosa, soluzione di continuità nell'esercizio delle funzioni amministrative (nel caso di adozione del sistema dualistico) o di controllo (nel caso di passaggio al sistema monistico) e consentendo ai soci di provvedere alla nomina degli organi sociali, allo stesso modo di quanto avviene in sede di costituzione. La soluzione esegetica alla quale si perviene vale pertanto a garantire l'osservanza anche nelle ipotesi in esame di un principio cardine e sempre presente nel sistema legislativo degli organi di amministrazione e di controllo, ossia la sussistenza e permanenza in carica, sino al limite della forza maggiore, degli organi di amministrazione e controllo.

Appurata dunque l'identità di *ratio*, si può soggiungere come la regola di cui si propone l'applicazione in via estensiva non si configuri come eccezionale rispetto ai principi generali che informano la disciplina dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Il rilievo vale certamente per la designazione dei primi consiglieri di

alla deliberazione in esame, in quanto modifica del contratto sociale che incide sull'organizzazione corporativa della s.p.a., si è espressa anche la *Massima* n. 17 del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO. Sull'ulteriore questione della sussistenza del diritto di recesso *ex art.* 2437 c.c. in caso di variazione da sistema tradizionale ovvero monistico in sistema dualistico, v., in senso negativo, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 4; V. CALANDRA BUONAURA, "Il recesso del socio di società di capitali", in *Giur. comm.*, 2005, I, 294 ss.; V. CARIELLO, *Il sistema dualistico, Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2007, 6 s., nt. 11; S. POLI, "Commento all'art. 2380", in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 639; G. BALP, "Commento all'art. 2409-octies", in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, 40; C. MALBERTI, in C.MALBERTI - F.GHEZZI - M.VENTORUZZO, "Commento all'art. 2380", in *Amministratori*, *ivi*, Milano, 2005, 66; in senso positivo, sia pur dubitativamente, SACCHI, "Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria", in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma*, cit., 168.

sorveglianza e per l'ipotesi di variazione da uno dei sistemi alternativi al sistema tradizionale, i cui organi sono di nomina assembleare; e vale altresì per i primi consiglieri di amministrazione del sistema monistico, la cui nomina spetta *ex lege* all'assemblea ordinaria. Quanto al comitato per il controllo della gestione del sistema monistico, al medesimo risultato delineato nel testo si potrà pervenire facendo ricorso alla clausola statutaria volta ad affidare all'assemblea ordinaria la nomina dei componenti (così il già richiamato art. 2409-*octiesdecies*, comma 1, c.c.): clausola che potrà essere strutturata in modo tale da attribuire tale competenza ai soci (non soltanto in termini generali, ma altresì) con esclusivo riferimento alla nomina dei primi membri indipendenti e non esecutivi destinati a far parte del comitato².

La conclusione è meno immediata, ma parimenti positiva, con riferimento alla indicazione dei primi consiglieri di gestione. La rigorosa affermazione del carattere inequivocabilmente inderogabile della competenza del consiglio di sorveglianza in ordine alla nomina del consiglio di gestione – scolpita nell'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a), c.c., e resa esplicita dalla peculiare nomogenesi, il cui testo originario è stato modificato, come già ricordato, dall' "*errata corrige*" adottato con il d.lgs. 4 luglio 2003, n. 153 – è destinata infatti ad operare dal momento in cui il sistema in esame sia divenuto efficace, e sia conseguentemente già operante – e, prima ancora, giuridicamente esistente – il consiglio di sorveglianza. E dunque: a) in caso di adozione *ab initio*, dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'originario atto costitutivo (art. 2331 c.c.); b) in caso di adozione *durante societate*, «dalla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo» (art. 2380, comma 3, c.c.), ovvero dalla diversa data indicata nella delibera di variazione, che non potrà comunque essere anteriore al giorno della sua iscrizione nel registro delle imprese (art. 2436, penultimo co., c.c.).

Sino a tale momento, il principio desumibile dall'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a), prima parte, c.c., non può essere invocato per la dirimente considerazione che la società, allorché viene assunta la deliberazione di variazione del modello, non è ancora soggetta alle norme proprie del sistema dualistico, continuando per contro ad essere retta dalla disciplina del sistema tradizionale, con riferimento al quale l'assemblea è l'unico organo inderogabilmente titolare del potere decisionale: come conferma l'interpretazione dominante che tende correttamente a negare la legittimità della clausola statutaria diretta a contemplare e regolare più sistemi alternativi di

² Tale agevole soluzione statutaria riduce sensibilmente il rilievo pratico della (pur astrattamente delicata) questione relativa alla possibilità di una immediata designazione del comitato per il controllo interno, in assenza della clausola sopra descritta. Al riguardo merita di essere segnalato il difetto di un dato normativo in ordine all'indicazione nell'atto costitutivo degli iniziali componenti del comitato per il controllo interno, sia nelle disposizioni relative al sistema monistico, sia nell'art. 2328 c.c.; il che lascerebbe desumere che debbano essere nominati nell'atto costitutivo unicamente i primi amministratori, e, dunque, i primi componenti del consiglio di gestione. Il modello monistico sembra pertanto caratterizzarsi istituzionalmente per la posposizione della nomina dell'organo di controllo rispetto all'organo amministrativo e per la conseguente mancanza del primo nel periodo intercorrente tra la nomina – e l'accettazione – degli amministratori e la prima riunione del consiglio di amministrazione (in argomento, v. per tutti N. ABRIANI, "Sistema monistico", in *Il diritto, Enc. giur. del Sole 24 Ore*, Milano, 2008, 14, 584 ss.; C. MOSCA, "I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo", in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, a cura di P. Abbadessa - G.B. Portale, Torino, 2006, 735 ss.). Si tratterebbe dunque di una caratteristica congenita al sistema in esame, i cui effetti negativi – in termini di transitoria soluzione di continuità nell'esercizio dei poteri di controllo sulla gestione – ben potranno essere prevenuti mediante l'opportuno intervento statutario sopra descritto.

amministrazione e controllo, abilitando gli azionisti in sede ordinaria (o, addirittura, l'organo amministrativo) ad optare a favore di uno di essi³. In questa prospettiva, non si vede per quale ragione – e a tutela di quali interessi – si debba precludere la possibilità per l'organo competente a deliberare la modificazione del sistema di amministrazione e controllo di «condizionare» la propria scelta ad una precisa composizione degli iniziali organi sociali, e, dunque, anche del consiglio di gestione⁴.

5. Conclusioni.

Tali indicazioni di ordine letterale e sistematico sembrano pertanto convergere verso un riconoscimento della piena legittimità della designazione dei primi componenti dei nuovi organi sociali ad opera dei soci nell'atto costitutivo, ogni qualvolta l'organo normalmente competente alla loro nomina manchi giuridicamente, o non sia comunque ancora in grado di esercitare le funzioni assegnategli dalla legge. Con particolare riferimento al modello dualistico, l'attribuzione della competenza a nominare i nuovi organi (e dunque anche i consiglieri di gestione) in capo all'assemblea che modifica l'atto costitutivo variando il sistema di amministrazione e controllo, rappresenta una soluzione simmetrica e coerente con quanto espressamente previsto dalla legge nell'ipotesi di s.p.a. che nasce sin dall'origine con tale sistema: alla compagine azionaria – e non agli organi di nuova nomina (e nemmeno in carica in tale momento) – viene infatti attribuito il compito di designare i componenti dei consigli (di sorveglianza e di gestione) che connotano il nuovo assetto organizzativo, il cui rinnovo sarà poi affidato all'ordinario funzionamento degli organi medesimi, con la competenza alla nomina del consiglio di gestione in capo al consiglio di sorveglianza.

La conclusione ora proposta pone le premesse per un'armoniosa ed unitaria transizione al nuovo assetto organizzativo, garantendo la contemporanea entrata in carica degli organi di amministrazione e di controllo, e consentendo dunque alla società che adotta il nuovo sistema di funzionare in base al nuovo regime sin dal momento nel quale la variazione «ha effetto».

La soluzione ora proposta non esclude, naturalmente, la legittimità di un diverso, e più complesso, procedimento che contempri distinte deliberazioni: a) di variazione del sistema di amministrazione e controllo, da parte dell'assemblea in sede straordinaria; b) di nomina dei consiglieri di sorveglianza, da parte dell'assemblea in sede ordinaria; c) infine, di nomina dei consiglieri di gestione, da parte del consiglio di sorveglianza. La

³ Così, puntualmente, la già citata *Massima* n. 17 del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO. In senso conforme, in dottrina v., *ex multis*, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri, Presti e Vella, Bologna, 2006, 167; V. CARIELLO, (*supra*, 1), 5 s., nt. 10; F. GALGANO - P. ZANELLI, "Commento all'art. 2328", in F. GALGANO - P. ZANELLI - G. SBISÀ, *Società per azioni*, I, *Disposizioni generali-Costituzione società per pubblica sottoscrizione-Patti parasociali, Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2006, 85; M. NOTARI, "Costituzione e conferimenti nella s.p.a.", in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2004, 13 s.; V. DONATIVI, "Appunti in tema di variazione dei sistemi di amministrazione e di controllo nelle società per azioni", *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 68 ss.; S. POLI, (*supra*, 1), 634 ss.; G. BALP, (*supra*, 1), 38 s.; C. MALBERTI, (*supra*, 1), 61 ss.

⁴ Una simile conclusione, oltre che meno efficiente sul piano operativo, appare anche ingiustamente penalizzante per la scelta stessa del sistema dualistico, essendo realistico ipotizzare che una scelta convinta presupporrà quasi sempre che tutti i tasselli che caratterizzano la prima applicazione del nuovo sistema siano già stati oggetto di contrattazione e di accordo in fase di vigenza del sistema tradizionale di amministrazione e controllo.

deliberazione sub *b*) ben può essere assunta dagli azionisti, sin dalla medesima assise assembleare nella quale si sia proceduto alla variazione del modello, o anche in data successiva, pur sempre anteriore al momento in cui la variazione abbia prodotto i suoi effetti, e condizionatamente al prodursi degli stessi: data che potrà coincidere con (ma al contempo non potrà mai anticipare) la data di iscrizione del nuovo statuto nel registro delle imprese⁵.

Il meccanismo sopra descritto – per quanto certamente conforme alla legge – risulta tuttavia inappagante rispetto all’esigenza di predeterminazione dei componenti dell’organo gestorio e di prevenzione *in radice* dei paventati rischi di soluzione di continuità nell’esercizio delle funzioni amministrative conseguenti ad una non tempestiva adozione della deliberazione di nomina degli stessi (ad esempio, per il mancato raggiungimento dei quozienti richiesti dallo statuto al riguardo): deliberazione che, come si è osservato, non potrebbe essere assunta dal consiglio di sorveglianza anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo sistema; e dunque non potrebbe essere adottata nella fase che precede l’iscrizione della delibera modificativa del sistema nel registro delle imprese, durante la quale la società è inevitabilmente destinata ad operare in base al sistema tradizionale⁶. Com’è stato stato puntualmente posto in rilievo dalla dottrina che ha maggiormente approfondito l’esame del sistema dualistico, la variazione implica, unitamente alla «cessazione» del sistema abbandonato, quella anticipata dei suoi organi e componenti: per il collegio sindacale, in dipendenza delle parzialmente diverse funzioni legali acquisite dal consiglio di sorveglianza (e senza approvazione giudiziale *ex art. 2400, comma 2, c.c.*, non trattandosi di revoca); per l’organo amministrativo, in ragione della differente competenza alla sua nomina⁷.

6. *Variazione del sistema di amministrazione e controllo in occasione di fusione e trasformazione.*

Le conclusioni alle quali si è pervenuti trovano invero conferma – ed assumono una peculiare pregnanza – nell’ipotesi di variazione del sistema deliberata nell’ambito di una operazione di trasformazione ovvero a di fusione alla quale partecipino società originariamente strutturate secondo un diverso modello di amministrazione e controllo.

Partendo da quest’ultima operazione straordinaria, può osservarsi come l’applicazione in via estensiva dei precetti enunciati per la nomina dei «*primi amministratori e sindaci ovvero dei primi consiglieri di sorveglianza*» dagli artt. 2328, comma 2, n. 11 e 2409-*duodecies*, comma 2, c.c. e dei «*primi consiglieri di gestione*» dall’art. 2409-*novies*, comma 3, c.c. trovi ulteriore conforto nel dato testuale di cui

⁵ In tal senso S. POLI (*supra*, n. 1), 638, n. 39; C. MALBERTI (*supra*, n. 1), p. 61 ss.; e v. già N. ATLANTE, “I tre modelli di gestione della s.p.a.: la prospettiva del notaio”, in *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 89 s.

⁶ In concreto, è presumibile che il consiglio di sorveglianza chiamato a nominare il consiglio di gestione si tenga immediatamente dopo la data di entrata in vigore del nuovo sistema; tuttavia, si tratta di un espediente operativamente efficace solo in quanto non sorgano ostacoli ai fini di una tempestiva riunione dell’organo o alla formazione dei quozienti richiesti dalla legge o dallo statuto con riferimento alle deliberazioni del consiglio di sorveglianza.

⁷ In questi termini, V. CARIELLO, (*supra*, 1), 6, nt. 10. Nel senso che la variazione del sistema non determina la (e non soggiace dunque alla disciplina della) revoca dei componenti degli organi sociali preesistenti, v. altresì S. POLI, (*supra*, 1), 640; C. MALBERTI, (*supra*, 1), 61 s.

all'art. 2501-ter c.c., a norma del quale dal progetto di fusione deve risultare, tra l'altro, «l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione»: espressione, quest'ultima, che consente di indicare – a fianco degli elementi strutturali e non “effimeri” del nuovo statuto, che rappresentano sotto questo profilo il contenuto indefettibile del progetto di fusione – anche altri elementi riferibili all'atto costitutivo in senso stretto, tra i quali vanno senz'altro annoverati i primi componenti dei nuovi organi sociali destinati a sostituire quelli in carica anteriormente alla fusione. Nella fusione propria con costituzione di nuova società, la dimensione genetica della vicenda potrebbe anzi indurre a ritenere applicabili *in via diretta* i precetti normativi riferiti ai primi organi sociali.

In ipotesi di trasformazione, l'interpretazione estensiva trova infine un significativo elemento di supporto nel disposto dell'art. 2500, comma, 1 c.c., secondo cui «la trasformazione in società per azioni (...) deve risultare da atto pubblico, contenente le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato»; e, quindi, oltre alla nomina del consiglio di sorveglianza, anche la nomina dei «primi amministratori» (*ex art. 2328, comma 2, n. 11*), e dunque dei «*primi consiglieri di gestione*» (come espressamente fatto salvo dall'art. 2409-novies, comma 3, c.c.).