

# Indice

*Editoriale* (O. Cagnasso - M. Irrera - G. Gelosa) 7

## **Diritto dell'impresa**

*a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera*

O. CAGNASSO, Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata	11
M. IRRERA, Contratti di assicurazione connessi all'erogazione di un mutuo	19
M. DI SARLI, Il framework dello IASB. Rilevanza giuridica e problemi di coordinamento con il principio della <i>true and fair view</i> nella sua declinazione comunitaria	31
R. RIVARO, La Società Europea	47

## **Segnalazioni**

Segnalazioni di diritto commerciale (a cura di Giulia Garesio)	121
Segnalazioni di diritto tributario (a cura di Leonardo Nesa)	127

# Index

*Editorial* (O. Cagnasso - M. Irrera - G. Gelosa) 7

## Enterprises Law

*by Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera*

O. CAGNASSO, Organizational structures within the limited liability companies	11
M. IRRERA, Insurance Contracts related to mortgages	19
M. DI SARLI, IASB Framework. Legal relevance and issues with the true and fair requirement of EU accounting legislation	31
R. RIVARO, The European company	47

## News

Commercial Law (by Giulia Garesio)	121
Tax Law (by Leonardo Nesa)	127

## Editoriale

Lo sguardo del giurista e dell'operatore, in particolare di coloro che si occupano dell'attività di impresa, non può che essere "aperto".

In primo luogo ciò vale sotto il profilo dello spazio, in quanto la globalizzazione e l'interconnessione dell'economia comporta parallelamente il confronto tra i vari ordinamenti e il formarsi di regole sovranazionali, al di là dei confini rappresentati dagli Stati e dagli stessi ordinamenti giuridici.

Inoltre occorre superare qualsiasi "steccato" costituito dai settori tradizionali del diritto: la disciplina dell'attività di impresa e in genere di quella economica implica l'intreccio tra diritto privato e pubblico, tra diritto commerciale e civile, tra diritto sostanziale e processuale, tra diritto societario e contrattuale e diritto tributario.

L'impresa deve essere esaminata nei suoi vari momenti di vita, dalle *start up* alle multinazionali, compresi anche i profili dell'eventuale crisi.

Occorre ancora tener conto della pluralità di fonti che oggi vengono in considerazione in vari ordinamenti, di carattere sovranazionale, nazionale, di natura primaria o secondaria.

Sotto altro aspetto lo studio delle regole giuridiche non può essere dissociato dalle analisi di carattere aziendalistico ed economico.

In una diversa prospettiva l'attenzione del giurista e dell'operatore deve misurarsi con l'estrema rapidità dell'evoluzione sia dei fenomeni economici, sia delle regole che li disciplinano.

In quest'ottica lo strumento *on line* assume un rilievo fondamentale per consentire di raggiungere molti lettori, anche appartenenti a luoghi lontani, in tempi rapidi.

Nell'assumere la Direzione della Rivista nel 2007 l'obiettivo che ci siamo posti era quello di offrire un contributo all'approfondimento dei temi relativi alla disciplina dell'impresa, con attenzione alle voci dei giovani e dei professionisti, nonché degli autori stranieri.

Nella prospettiva sopra richiamata intendiamo continuare con sempre maggior impegno in tale direzione con l'ausilio del nuovo Editore, che ringraziamo per la sua disponibilità.

Infatti da questo numero la Rivista sarà pubblicata da Giappichelli e avrà cadenza mensile.

Il nuovo Editore provvederà alla creazione di un sito *internet* che consentirà tempestive informazioni sulle novità di maggior rilievo.

Oreste Cagnasso  
Maurizio Irrera  
Gilberto Gelosa

---

---

# Diritto dell'impresa

---

---

*a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera*



# Gli assetti adeguati nelle società a responsabilità limitata \*

## *Organizational structures within the limited liability companies*

Oreste Cagnasso \*\*

---

---

### ABSTRACT

La relazione illustra le ragioni per cui anche nella s.r.l. debbono essere predisposti assetti adeguati e la disciplina applicabile.

**PAROLE CHIAVE:** s.r.l. – assetti adeguati.

*The paper examines the reasons why also in the limited liability companies organizational structures shall be done and which is its legal discipline.*

**KEYWORDS:** limited liability companies – organizational structures.

---

---

---

\* Lo scritto costituisce la relazione tenuta al Convegno in tema di “*Assetti societari e crisi dell’impresa*” organizzato dall’Università degli Studi del Sannio – Benevento, 7 ottobre 2016.

\*\* Professore Ordinario di Diritto Commerciale presso l’Università degli Studi di Torino.

---

## SOMMARIO

1. Premessa. – 1.1. Ieri. Gli antecedenti. – 2. Oggi. La riforma societaria e le s.r.l. – 3. S.r.l. ed assetti adeguati. – 4. Sistemi di amministrazione nella s.r.l. ed assetti adeguati. – 4.1. La cura. – 4.2. La valutazione. – 4.3. La vigilanza. – 5. Domani. La riforma Rordorf.

### 1. Premessa

Nell'affrontare il tema degli assetti adeguati nelle s.r.l. può essere opportuna una trattazione che tenga conto dell'evoluzione nel tempo, distinguendo tra "ieri", "oggi" e "domani".

#### 1.1. Ieri. Gli antecedenti

Come è noto, il d.lgs. n. 231/2001 ha previsto la creazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati presupposto come esimente rispetto alla responsabilità amministrativa – penale a carico degli enti.

L'art. 6 di tale decreto legislativo dispone che, se il reato è stato commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione o il controllo, l'ente non risponde se prova che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto di reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenirlo e che è stato affidato ad un organismo dell'ente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di tali modelli e di curarne il loro aggiornamento.

Stando al dato ricavabile da tale norma, non sussiste un obbligo per l'ente di adottare i modelli e di creare l'organo di vigilanza, ma un onere volto appunto ad evitare la responsabilità amministrativa – penale. Tuttavia ciò non esclude la sussistenza, in adempimento degli obblighi in capo agli amministratori derivanti dall'applicazione dei principi di corretta gestione, almeno in certi casi, del dovere di adottare i modelli in esame. La prima sentenza che afferma la responsabilità degli amministratori per i danni subiti dalla società a causa della mancata adozione dei modelli è Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, mentre in ordine al profilo concernente le conseguenze della violazione dei modelli si è pronunciata Cass. pen., SS.UU., 18 settembre 2009, n. 38343<sup>1</sup>, per cui *«la condotta, con la quale gli organi apicali di una società, per commettere uno o più reati, violano le prescrizioni del modello organizza-*

---

<sup>1</sup> In *Società*, 2015, 215.



*tivo, predisposto per la prevenzione dei reati rilevanti per la responsabilità amministrativa delle società, deve essere fraudolenta e consistere non nella mera violazione delle predette prescrizioni, ma in un'attività ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola per essere idonea ad esentare una società dalla responsabilità amministrativa imputabile».*

Per le società quotate e le società vigilate (banche, intermediari finanziari) sussiste un obbligo in ogni caso di adozione dei modelli. Così lo stesso discorso vale nei casi in cui la disciplina normativa preveda il dovere della creazione dei modelli a carico di società in mano pubblica.

Può essere utile sottolineare la differente prospettiva in cui si collocano gli assetti adeguati ed i modelli di organizzazione. Come è stato efficacemente rilevato da Maugeri<sup>2</sup>, *«malgrado sia consueto in dottrina istituire un nesso tra l'adozione dei modelli e il canone di adeguata organizzazione dell'impresa, non mancano precise differenze funzionali tra i due complessi disciplinari. Infatti, mentre il protocollo di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 esplica la propria efficacia esimente solo se idoneo, appunto, a prevenire reati della specie di quello verificatosi e quindi a minimizzare il relativo rischio, le scelte concernenti la conformazione e il concreto funzionamento della struttura organizzativa, amministrativa e contabile della società ai sensi dell'art. 2381 c.c. hanno per scopo la gestione del rischio finanziario, nel presupposto quindi di una sua sistematica assunzione, non invece di una sua riduzione al minimo».* In altre parole, l'idoneità del modello dev'essere valutata non quale strumento per "gestire" il rischio necessariamente assunto e connaturale all'esercizio dell'impresa, ma per ridurre al minimo il rischio del compimento di determinati reati, che dev'essere appunto evitato o quanto meno contrastato nel più efficace modo possibile. Occorre al proposito distinguere, come è stato ancora osservato da Maugeri, il rischio giuridico dal rischio economico: mentre il secondo è connaturale all'esercizio dell'attività di impresa, il primo *«costituisce un vero e proprio limite esterno»* all'agire dell'organo amministrativo. Invero il rischio economico non può che essere "accettato", mentre quello giuridico, e cioè l'eventualità *«che una condotta imputabile all'ente societario integri una violazione di norme di legge / regolamentari o una lesione di posizioni soggettive»* (così si esprime Maugeri) non può essere accettato o, se inevitabile, deve essere limitato al massimo.

In ogni caso, tuttavia, come è stato giustamente sottolineato<sup>3</sup>, l'obbligo, o

---

<sup>2</sup> MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano, 2015, 379 ss.

<sup>3</sup> IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitale*, Milano, 2005, 60 ss.

quantomeno l'onere, della creazione dei modelli organizzativi idonei ad evitare i reati presupposto costituisce un antecedente a cui il legislatore si è ispirato nell'imporre all'organo gestorio delle s.p.a. la predisposizione di assetti organizzativi adeguati. L'obbligo, o l'onere, della creazione dei modelli organizzativi si estende – occorre sottolinearlo – ad ogni “ente” e quindi anche alle s.r.l.

## 2. Oggi. La riforma societaria e le s.r.l.

Come è noto, il legislatore della riforma societaria, nel disciplinare la s.r.l., ha utilizzato spesso la tecnica del “silenzio”.

Dopo aver constatato che il legislatore della riforma non ha dettato regole con riferimento a vari e rilevanti profili della *governance* della s.r.l. e dopo aver concluso nel senso che, nonostante ciò, la delega di potere gestorio trova applicazione anche con riferimento a tale tipo di società, sia pure in presenza di alcuni soltanto dei possibili modelli di amministrazione<sup>4</sup>, pare possibile affrontare il tema relativo all'applicabilità della disciplina concernente gli assetti organizzativi adeguati prevista per la s.p.a. e, in caso affermativo, ai limiti ed alle modalità di estensione di essa.

Al proposito pare opportuno prendere le mosse dal primo interrogativo, che rappresenta il punto di partenza dell'indagine, concernente l'obbligatorietà o meno della predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili nell'ambito delle s.r.l. Come è noto, e come risulta chiaramente dal dettato dell'art. 2381 c.c., nonché dall'art. 2403 c.c., nell'ambito delle s.p.a. sussiste l'obbligo della creazione e dell'applicazione di tali assetti, anzi è lo stesso legislatore a sottolinearne il rilievo, laddove impone al collegio sindacale la vigilanza sull'osservanza non solo della legge e dello statuto, ma anche sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, individuando tra di essi, in particolare, l'adeguatezza degli assetti (art. 2403, primo comma, c.c.). Pertanto gli amministratori di s.p.a. sono tenuti ad osservare legge e statuto ed a rispet-

---

<sup>4</sup>L'opinione prevalente è nel senso dell'ammissibilità della delega gestoria anche nell'ambito della società a responsabilità limitata, pur nel silenzio del legislatore al proposito. Tale conclusione è avvalorata da concrete esigenze operative, come confermato dalla diffusione dell'istituto nella prassi. V., per tutti, di recente, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Il codice civile. Commentario*, già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. Busnelli, Milano, 2010, 976 ss.; ABU AWWAD, *La delega di funzioni nel consiglio di amministrazione*, in *S.r.l./Commentario*, dedicato a G. B. Portale, Milano, 2011, 568 ss.; CETRA, *L'amministrazione delegata nella s.r.l.*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, 2014, 1679 ss. Mi sia consentito di richiamare anche CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, 227.

tare i principi di corretta amministrazione: in posizione preminente tra essi si collocano la creazione e l'applicazione di assetti adeguati. La stessa regola vale anche per gli amministratori di s.r.l.? Oppure, con riferimento a quest'ultima, la creazione degli assetti non risulta obbligatoria?

Nell'uno e nell'altro caso (e quindi sia nell'ipotesi di obbligo di legge, come nel caso di previsione statutaria) è necessario poi individuare quali siano i soggetti tenuti alla predisposizione degli stessi. L'analisi deve essere condotta alla luce dei vari scenari ipotizzabili che la flessibilità della disciplina delle s.r.l. consente di adottare: amministratore unico; consiglio di amministrazione con applicazione della regola della collegialità piena; consiglio di amministrazione con applicazione della tecnica della collegialità attenuata; consiglio di amministrazione che si avvale della delega di potere gestorio; amministrazione disgiunta o congiunta; competenze gestorie attribuite ai soci.

Infine occorre esaminare i problemi relativi, sempre tenendo conto dei vari scenari possibili, all'attività di valutazione e di vigilanza, che, nel caso della s.p.a., sono, rispettivamente, compito del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale.

### 3. S.r.l. ed assetti adeguati

All'interrogativo concernente l'obbligatorietà o meno della predisposizione di assetti organizzativi adeguati nell'ambito della s.r.l., tenuto conto del silenzio al proposito del legislatore, è possibile fornire una delle tre seguenti risposte.

Una prima soluzione potrebbe essere nel senso dell'assenza di un simile dovere e ciò in particolare alla luce della mancanza di indicazioni espresse da parte del legislatore.

Una seconda possibile risposta, esattamente opposta alla precedente, potrebbe essere nel senso della sussistenza dell'obbligo, attraverso l'estensione, sia pure con i necessari limiti e correttivi, delle norme dettate in tema di società per azioni.

Ma sarebbe anche adottabile un'ulteriore soluzione, di carattere intermedio, che limiti l'obbligo ai casi in cui risulta necessaria la presenza di un organo di controllo o del revisore e quindi oggi all'ipotesi in cui la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato; controlli una società obbligata alla revisione legale dei conti; sia tenuta alla redazione del bilancio di esercizio in forma ordinaria. Tale soluzione potrebbe trovare un aggancio normativo nel quinto comma dell'art. 2477 c.c., in cui si prevede che, nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni.

Tra esse, come si è già osservato, vi è l'art. 2403 c.c., che dispone appunto la vigilanza sugli assetti organizzativi. Se si accogliesse tale tesi, sussisterebbe una sorta di binomio: presenza necessaria dell'organo di controllo-obbligo di creazione di assetti adeguati. Rimarrebbe il dubbio se tale obbligo sussista anche qualora venisse scelta l'opzione di nominare un revisore (o una società di revisione).

La prima soluzione non pare accoglibile in quanto, almeno con riferimento all'ipotesi della presenza obbligatoria dell'organo di controllo, il rinvio alla disciplina della s.p.a., e quindi in particolare alla norma fondamentale che elenca le competenze dei sindaci, esclude che vi sia un vero e proprio vuoto normativo e sembra per contro chiaramente presupporre la sussistenza dell'obbligo di redigere gli assetti adeguati.

Anche la soluzione per così dire intermedia, pur avendo una certa sua razionalità, crea una serie di problemi relativi alla precisa individuazione dell'area di obbligatorietà della creazione degli assetti e soprattutto pare poco persuasiva, tenuto conto della rilevanza di questi ultimi. In altre parole, se può essere comprensibile che il controllo "esterno" sia necessario solo in presenza di s.r.l. "sopra soglia", pare difficile ipotizzare che la creazione di assetti adeguati costituisca un obbligo limitato a tale ambito.

Vari argomenti sembrano, per contro, giustificare la sussistenza dell'obbligo in questione in ogni caso di s.r.l., così come tale obbligo sussiste in ogni caso di s.p.a.<sup>5</sup>. Si tratta invero, a mio avviso, di una regola non correlata ai caratteri tipologici dell'uno e dell'altro tipo societario, ma alla *governance* di una società caratterizzata dal regime della responsabilità limitata.

Pare particolarmente significativa, come si è richiamato più volte, l'enfasi data dal legislatore a tale regola nel contesto dei principi di corretta amministrazione. Ciò posto, come sembra molto difficile ipotizzare che i principi in esame non valgano per i gestori di s.r.l., così pare molto difficile ipotizzare che l'applicazione di tali principi non comprenda la regola sugli assetti.

D'altra parte sia i principi di corretta amministrazione sia conseguentemente l'obbligo di creare assetti adeguati rappresentano parametri di fondamentale rilievo al fine di individuare i presupposti della responsabilità degli amministratori di s.p.a.: tenuto conto della presenza dell'azione sociale di responsabilità anche nel contesto della s.r.l., sembra arduo ipotizzare che valgano parametri differenti.

Lo stesso legislatore stabilisce che gli assetti debbono essere adeguati tenuto conto delle dimensioni dell'impresa e quindi si tratta di procedure adattabili

---

<sup>5</sup> Mi sia consentito di rinviare a CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*. Opera diretta da M. Irrera, Bologna, 2016, 573 ss.

alle diverse realtà ed ai diversi contesti in cui la s.r.l. può essere chiamata ad operare. Il loro contenuto quindi può ridursi a regole di carattere elementare in presenza di micro imprese o assumere la portata e complessità rese necessarie dalla dimensione medio-grande dell'impresa societaria.

In conclusione, anche nella s.r.l., a mio avviso, sussiste l'obbligo della creazione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alle dimensioni ed alla natura dell'impresa. Si tratta ancora, come si è già anticipato, di ricostruirne la disciplina e quindi in particolare di verificare a chi competa predisporli e controllarli.

## **4. Sistemi di amministrazione nella s.r.l. ed assetti adeguati**

Nel disciplinare gli assetti adeguati nell'ambito delle s.p.a. il legislatore usa tre verbi: curare, valutare, vigilare. Queste tre competenze, inserite nello scenario, anzi nei possibili scenari, della s.r.l., danno luogo a vari problemi interpretativi.

### **4.1. La cura**

Quanto alla cura degli assetti si tratta di una competenza del consiglio di amministrazione, che, a mio avviso, non può essere attribuita ai soci<sup>6</sup>. Qualora questi ultimi abbiano competenze decisorie o autorizzative relative ad atti di gestione mi sembra che in ogni caso competa al consiglio (in genere all'organo amministrativo) sia la fase preliminare istruttoria, sia quella esecutiva. Se si accoglie tale opinione, a maggior ragione spetta all'organo amministrativo e solo all'organo amministrativo la predisposizione degli assetti, che rappresenta un "antecedente" rispetto all'attività istruttoria e preparatoria degli atti di gestione.

Il consiglio può poi conferire tale attività ai delegati<sup>7</sup>, applicandosi in questo modo la regola prevista per la s.p.a., naturalmente sul presupposto sostanzialmente pacifico che la delega di potere gestorio sia ammissibile anche nel caso di s.r.l.

### **4.2. La valutazione**

In tale ipotesi la valutazione degli assetti creati dai delegati spetta al consiglio e può essere attribuita alla competenza dei soci.

---

<sup>6</sup> *Contra*: CETRA, *op. cit.*

<sup>7</sup> Ad avviso di IRRERA, *op. cit.*, la cura degli assetti adeguati è affidata inderogabilmente agli organi delegati, ove esistenti, nell'ambito della disciplina della s.p.a., mentre tale vincolo non sussiste nel contesto della s.r.l., le cui regole sono dotate di maggiore flessibilità.

### 4.3. La vigilanza

La vigilanza è propria degli organi di controllo, naturalmente ove presenti.

Nel caso di s.r.l. che abbia nominato un sindaco unico o un collegio sindacale, in quanto sussistano i presupposti che ne rendono obbligatoria la previsione, spetterà a questi ultimi la vigilanza sugli assetti e sul loro adeguamento e ciò in ossequio all'art. 2403 c.c., applicabile alla s.r.l. in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2477 c.c. alla disciplina dei sindaci di società per azioni.

Più problematica è l'ipotesi in cui venga nominato un revisore. In tal caso non sussiste una norma parallela e forse la vigilanza può essere ritenuta circoscritta agli assetti contabili.

L'organo di controllo o il soggetto nominati facoltativamente hanno, ai sensi dell'art. 2477 c.c., i compiti attribuiti dall'atto costitutivo. Tra essi può essere compresa anche la vigilanza sugli assetti.

### 5. Domani. La riforma Rordorf

La lett. b) dell'art. 13 dello schema di disegno di legge Rordorf e del disegno di legge governativo prevede il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Tale dovere, stando al dato letterale della norma, viene riferito all'imprenditore e agli organi sociali, senza ulteriori specificazioni e quindi è da intendersi come facente capo quantomeno agli organi sociali delle società di capitali e pertanto anche ai gestori di s.r.l. Pare difficile ritenere che questi ultimi abbiano esclusivamente l'obbligo di istituire gli assetti adeguati aventi il contenuto ora richiamato e non, più genericamente, gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili previsti dall'art. 2381 c.c.

Con l'attuazione della riforma fallimentare, così come è prevista sia nello schema della Commissione Rordorf sia nel disegno di legge delega, gli organi della s.r.l. risultano quindi espressamente obbligati alla predisposizione degli assetti organizzativi diretti alla rilevazione tempestiva della crisi ed all'individuazione della continuità aziendale. La costruzione di essi comporta sostanzialmente la creazione di procedure che tengano conto di ogni profilo di carattere contabile e di molti aspetti di natura organizzativa e amministrativa. Una volta stabilito quest'obbligo, sembra veramente difficile, come si è già rilevato, pervenire alla conclusione che la previsione del dovere di creare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla dimensione dell'impresa non valga per la s.r.l.

# Contratti di assicurazione connessi all'erogazione di un mutuo \*

## *Insurance Contracts related to mortgages*

Maurizio Irrera \*\*

---

---

### ABSTRACT

Lo scritto esamina i problemi connessi alle polizze *Payment Protection Insurance* (PPI) o *Credit Protection Insurance* (CPI) dirette a coprire i rischi relativi ai finanziamenti connessi per l'acquisto di un immobile.

**PAROLE CHIAVE:** contratto di assicurazione – contratto di mutuo – rischio.

*The paper examines the matters related to Payment Protection Insurance (PPI) or Credit Protection Insurance (CPI) aimed at covering the risks linked to mortgages.*

**KEYWORDS:** insurance – mortgages – risk.

---

---

---

\* Il presente articolo è il testo, con l'aggiunta delle note, della relazione tenuta al Convegno del 16-17 settembre 2016, presso l'Università di Camerino, sul tema: “*Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*”.

\*\* Professore Ordinario di Diritto Commerciale presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale.

---

## SOMMARIO

1. Caratteristiche essenziali delle polizze connesse all'erogazione di mutui. – 2. I motivi del successo delle PPI. – 3. Profili critici. – 4. Gli interventi legislativi, regolamentari e di autoregolamentazione. – 5. Conclusioni.

### 1. Caratteristiche essenziali delle polizze connesse all'erogazione di mutui

Nell'ambito delle polizze connesse all'erogazione di un mutuo – le c.d. *Payment Protection Insurance* (PPI) o *Credit Protection Insurance* (CPI) – si fa rientrare l'insieme dei prodotti assicurativi finalizzati a proteggere il sottoscrittore da eventi pregiudizievoli che: *a)* danneggino gravemente l'immobile oggetto del mutuo, in caso di mutuo ipotecario (le c.d. polizze “incendio-scoppio”); *b)* incidano sulla capacità del mutuatario di far fronte al rimborso del mutuo (ad esempio, per perdita di capacità lavorativa, malattia, infortunio, decesso...) <sup>1</sup>.

Si tratta di uno dei settori in cui si manifestano in modo più evidente le interrelazioni fra ambito assicurativo e finanziario. Con una peculiarità: le polizze connesse a mutui sono prodotti autonomi e separati dal mutuo a cui accedono; in altri termini, diversamente da quanto avviene, ad esempio, con le polizze vita *United linked* – il cui rendimento è collegato a quello degli investimenti finanziari effettuati con il premio versato –, non vi è alcuna commistione fra prodotto finanziario e prodotto assicurativo, i quali peraltro sono destinati ad essere offerti contestualmente al medesimo contraente. La stipulazione di tali contratti di assicurazione è peraltro del tutto facoltativa, sebbene in passato l'art. 19, primo comma, l. n. 175/1991, prevedesse l'obbligatorietà della polizza “incendio-scoppio”; tuttavia – come si vedrà meglio nel prosieguo – è prassi comune delle banche condizionare l'erogazione del mutuo alla sotto-

---

<sup>1</sup> Sulle polizze connesse ai mutui, v. tra gli altri FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a “garanzia” dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 614 ss.; PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, in *Contratti*, 2013, 943 ss.; MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, 527 ss.; CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 906 ss.; CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui e garanzia del credito*, *ibidem*, 767 ss.; RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e “legislazione Monti”*, in *Assicurazioni*, 2012, 277 ss.; CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano 2003, *passim*.



scrizione di una o più polizze assicurative, di frequente offerte da compagnie appartenenti al medesimo gruppo della banca o comunque ad essa riferibili. Per quanto sia ovviamente possibile la sottoscrizione di polizze individuali, negoziate direttamente fra compagnia assicurativa e mutuatario/assicurato, generalmente a quest'ultimo viene offerto di aderire ad una polizza collettiva: in questo caso, è la banca ad aver sottoscritto una "polizza convenzione", di contenuto standardizzato, con l'impresa di assicurazione; il mutuatario, a propria volta, sottoscriverà una clausola di adesione a tale polizza, obbligandosi a versare il relativo premio.

Al mutuatario assicurato, inoltre, compete la scelta del beneficiario della polizza; nella pratica, peraltro, è invalso l'uso di far sottoscrivere la c.d. "appendice di vincolo", in forza della quale viene designata la banca mutuante quale beneficiaria dell'assicurazione<sup>2</sup>.

La – pur succinta – disamina delle caratteristiche essenziali delle polizze connesse a contratti di mutuo consente di mettere in luce sia le ragioni del crescente successo di tale fattispecie, sia i profili di criticità.

## 2. I motivi del successo delle PPI

Nell'ultimo decennio, i contratti assicurativi collegati ai mutui ipotecari, ed in particolare quelli volti a garantire l'assicurato dalla perdita di capacità di rimborso del finanziamento, hanno conosciuto un crescente successo, soprattutto nel settore dei mutui ipotecari. Tale successo si spiega agevolmente ove si considerino gli interessi tutelati da tali polizze. Da una parte, infatti, vi è l'interesse del mutuatario a mettersi nella condizione di poter fronteggiare eventuali situazioni di difficoltà economica, evitando di subire iniziative di carattere esecutivo da parte della banca. Dall'altra parte, dal collocamento del prodotto assicurativo la banca ricava molteplici benefici. Innanzitutto, viene rafforzata la protezione del credito mediante uno strumento più sicuro rispetto alla semplice ipoteca che, a causa delle congenite lentezza e vischiosità delle procedure esecutive, nonché della crisi del settore immobiliare – da cui derivano tanto la svalutazione degli immobili quanto la riduzione della domanda – sempre più sovente vede deteriorarsi la propria funzione di garanzia: non sono

---

<sup>2</sup> Vi è, in tal caso, fra contratto di mutuo e contratto assicurativo un «collegamento negoziale su base volontaria, mediante una stipulazione a favore di terzi secondo lo schema dell'art. 1411 c.c., che si realizza attraverso l'inserimento di una clausola (c.d. "appendice") di vincolo della somma assicurata in favore dell'istituto bancario». Così FAUSTI, *op. cit.*, 619 s., ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali (spec. in nota 11).

infrequenti, infatti, i casi in cui l'immobile pignorato non viene venduto o viene venduto per un importo tale da non soddisfare, se non in minima parte, il creditore ipotecario. Non solo; un mutuo ipotecario assistito da PPI risulta anche maggiormente appetibile nell'ipotesi di operazioni di cartolarizzazione.

Ma le maggiori tutela e negoziabilità del credito, di per se stesse, non spiegano – se non in parte – perché si sia consolidata la prassi, da parte degli istituti bancari, di condizionare la concessione dei mutui alla stipulazione di PPI, sì da rendere di fatto obbligatoria la sottoscrizione di tali polizze ai fini dell'accesso al credito.

La principale ragione del successo delle PPI si ricava agevolmente ove si consideri che da ormai molti anni i ricavi degli istituti bancari per lo svolgimento dell'attività tipica di concessione del credito – vale a dire quelli rivenienti dai margini di interesse – si sono enormemente assottigliati, mentre si sono notevolmente incrementati quelli relativi all'erogazione di servizi, fra cui in particolare proprio le polizze connesse ai mutui. Generalmente, infatti, è la stessa banca che concede il mutuo ad operare quale intermediario nella distribuzione del prodotto assicurativo (si è calcolato che le polizze distribuite attraverso la banca mutuante superino l'80% delle PPI complessivamente stipulate), lucrando in tal modo la provvigione per l'attività di intermediazione svolta. A ciò si deve aggiungere che, di frequente, il premio di polizza viene suddiviso in rate corrispondenti a quelle previste dal piano di ammortamento del mutuo, consentendo così alla banca di percepire interessi anche sul pagamento di tale premio<sup>3</sup>.

Non desta dunque stupore che la stipulazione di polizze assicurative connesse ai mutui – e soprattutto ai mutui ipotecari – sia stata tanto promossa dagli istituti bancari da divenire quasi uno *standard* di mercato.

### 3. Profili critici

Se è vero che le polizze connesse ai mutui, proprio per la loro astratta capacità di tutelare simultaneamente gli interessi del mutuante e del mutuatario, hanno conosciuto e conoscono tuttora vastissima diffusione, è altrettanto vero che la proliferazione di tali polizze è stata accompagnata da politiche commerciali non sempre limpide, favorite – almeno in un primo periodo – dal-

---

<sup>3</sup> La percezione degli interessi sul pagamento rateale del premio genera, secondo CALEO, *Le polizze assicurative*, cit., 909, una «ingiustificata locupletazione» a favore delle Banche. In merito, v. anche D'ANTONIO, *Il credito alle famiglie e le relative coperture assicurative: problemi di trasparenza e di liberalizzazione*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, 93.

l'assenza o dalla scarsa incisività della normativa di settore.

Si è già segnalato, ad esempio, che non sussiste alcun obbligo di stipulare polizze a tutela dell'immobile ipotecato a garanzia del mutuo o relative alla capacità di rimborso del mutuatario. Tuttavia, si è altresì rilevato che nella prassi la contestuale sottoscrizione di PPI, offerte da imprese assicurative riconducibili allo stesso gruppo della banca finanziatrice, viene caldeggiata ai fini del superamento dell'istruttoria, quando non addirittura posta come condizione necessaria ai fini dell'erogazione del mutuo; il che rende evidente come, pur non essendolo di diritto, l'acquisto di una polizza connessa al mutuo diventi di fatto obbligatorio ai fini della concessione del mutuo medesimo.

Per altro verso, si è osservato come le PPI siano particolarmente gradite alle banche, le quali lucrano la provvigione per l'intermediazione nel collocamento del prodotto assicurativo. Provvigione che tuttavia, secondo alcuni rilievi dell'IVASS, si attesta su una media del 50% del premio assicurativo, toccando anche punte superiori all'80%, laddove nella prassi la provvigione spettante all'intermediario è pari al 20%<sup>4</sup>. Il che, evidentemente, si traduce in maggiori costi per il cliente che intenda accedere al mutuo. Tali costi potrebbero peraltro trovare giustificazione ove vi fosse la certezza di una copertura completa contro il rischio di insolvenza.

Ma – passando al terzo profilo di criticità del mercato delle PPI – non sempre è così. Anzi, si è veduto come sia usuale che il mutuatario aderisca a polizze collettive che, avendo un contenuto standardizzato, possono non attagliarsi specificamente alle esigenze di copertura dell'assicurato. E così, a titolo esemplificativo, è possibile che in caso di assicurazione contro il rischio della perdita del posto di lavoro venga indicato il medesimo premio sia per un libero professionista, sia per un soggetto che sia titolare di un contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato. Allo stesso modo, potrebbero essere previste esclusioni che non tengano conto dell'effettiva posizione personale o lavorativa del soggetto assicurato. Dal che possono derivare, per il mutuatario, i rischi di stipulare una polizza pur non essendo concretamente assicurabile, oppure di non vedere operare la polizza, rientrando – al momento del sinistro – in una fattispecie di esclusione dell'operatività della garanzia su cui non vi era stata adeguata informazione al momento della stipula della polizza. Fino al 2011, infatti, era certamente possibile, per le banche, intermediare il collocamento di prodotti assicurativi realizzati da imprese appartenenti allo stesso Gruppo della banca, condizionando l'erogazione del mutuo all'acquisto dell'assicurazione venduta tramite la banca mutuante. Ciò si traduceva, sostan-

---

<sup>4</sup> FAUSTI, *op. cit.*, 624.

zionalmente, in un obbligo di sottoscrizione del pacchetto completo, composto da mutuo ed assicurazione, senza alcuna possibilità, per il cliente, di modificare le condizioni della polizza o, comunque, di verificarne l'adeguatezza.

La sottoscrizione delle PPI, inoltre, è frequentemente connotata dalla stipulazione dell'appendice di vincolo a favore della banca mutuante; anche in questo caso, peraltro, pur essendo formalmente rimessa alla libertà delle parti, nella prassi la sottoscrizione di tale clausola era di fatto imposta dalla banca, ai fini della concessione del mutuo. La conseguenza è che la banca assommava le qualifiche di mutuante, intermediario della PPI e beneficiario della prestazione assicurativa, assumendo un forte potere contrattuale, a scapito del mutuatario assicurato: questi, infatti, non aveva la possibilità di scegliere il beneficiario della polizza, avendo di contro l'obbligo di corrispondere un premio comprensivo di provvigioni che, oltre ad essere particolarmente elevate, almeno nell'ipotesi di collocamento di polizze di imprese appartenenti al medesimo gruppo della banca, non avevano alcuna giustificazione tecnica.

Quanto al premio, infine, si è già rilevato, da un lato, come di frequente venga calcolato sulla base delle polizze collettive, potendo perciò essere eccessivo in relazione al profilo di rischio del singolo contraente; dall'altro lato, che è sovente computato nel capitale mutuato, con conseguente pagamento rateale del medesimo. Il che tuttavia ha implicato, e tuttora implica, gravi problemi legati alla mancata o ritardata restituzione del premio relativo al periodo non più assicurato, nel caso di anticipato rimborso o di surrogazione del mutuo.

#### **4. Gli interventi legislativi, regolamentari e di autoregolamentazione**

Per cercare di arginare le distorsioni del mercato sopra evidenziate, si sono susseguiti numerosi interventi, sia da parte del legislatore, sia da parte delle Autorità di Vigilanza, sia – infine – in via di autoregolamentazione. Pur senza pretesa di esaustività, sembra opportuno ripercorrere i principali provvedimenti che si sono occupati di polizze connesse a mutui.

Un primo riferimento alle polizze connesse ai mutui è contenuto agli artt. 49, 50 e 51 del Regolamento n. 35/2010 dell'ISVAP<sup>5</sup>. L'art. 49, in particolare, ha imposto, per le polizze stipulate dopo la sua entrata in vigore, l'obbligo di rimborsare il premio residuo rispetto alla scadenza originaria, nel caso di estinzione anticipata o trasferimento del mutuo (scadenza calcolata, per il pre-

---

<sup>5</sup> Su cui v. GILI, *Regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010 sulla "trasparenza" dei prodotti assicurativi vita e danni*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, 1375 ss.

mio puro in funzione degli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura nonché del capitale assicurato residuo; per i caricamenti in proporzione agli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura). In alternativa, a scelta del debitore, si è previsto che la copertura venga fornita fino a scadenza al nuovo beneficiario. Con il decreto “Sviluppo *bis*” (d.l. n. 179/2012), gli obblighi previsti dalla norma sono stati estesi anche ai contratti stipulati prima dell’entrata in vigore del Regolamento n. 35/2010. L’art. 50 del Regolamento, inoltre, ha stabilito che i costi relativi alla stipulazione del contratto assicurativo connesso al mutuo debbano essere chiaramente indicati nella nota informativa. L’art. 52, da ultimo, ha modificato l’art. 48 del Regolamento n. 5/2006 ISVAP prevedendo per la prima volta – in un nuovo comma 1 *bis* – il divieto di cumulare la qualifica di beneficiario o vincolatario della polizza assicurativa connessa al mutuo con quella di intermediario del relativo contratto. Tale norma, peraltro, venne impugnata da ABI e ASSOFIN innanzi al T.A.R. Lazio, che – in accoglimento dei ricorsi – annullò la disposizione per violazione delle procedure previste dall’art. 191, quarto comma, Cod. Assicurazioni (per il quale l’emanazione di Regolamenti da parte dell’IVASS deve essere preceduta da una fase di consultazione aperta e trasparente, che consenta la conoscibilità della normativa in via di emanazione e che, nel caso di specie, non era stata svolta).

All’annullamento dell’art. 48, comma 1 *bis*, del Regolamento 5/2006 ISVAP fece seguito, da parte dell’Autorità, il Provvedimento n. 2946/2011, mediante il quale è stato ripristinato il divieto generale – non più solo limitato alle PPI, dunque – di rivestire simultaneamente la qualifica di intermediario del contratto assicurativo e beneficiario o vincolatario della polizza<sup>6</sup>.

Con il decreto “Salva Italia” (d.l. n. 201/2011), al fine di sanzionare la prassi consistente nel condizionare la stipula di un mutuo alla sottoscrizione della relativa PPI, è stato introdotto il comma 3 *bis* all’art. 21, Cod. cons., ai sensi del quale è sanzionata come scorretta la pratica commerciale, della banca o dell’intermediario finanziario, di imporre al soggetto finanziato di sottoscrivere una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca o istituto<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Relativamente alle modifiche operate al Regolamento 5/2006 ISVAP da parte del Provvedimento ISVAP n. 2946/2011, v. FRIGNANI, PASCETTA, *Le polizze vita abbinate ai mutui immobiliari ed al credito al consumo (il provv. ISVAP n. 2946 del 6 febbraio 2011 e l’art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27)*, in *Dir. economia assicur.*, 2012, 413 ss.; RIVA, *op. loc. cit.*

<sup>7</sup> Critico nei confronti di tale disposizione è MONTICELLI, *op. cit.*, 544, per il quale: «L’intervento legislativo depotenzia notevolmente il provvedimento ISVAP; e infatti, mentre quest’ulti-

Inoltre, sempre al fine di scongiurare la prassi di imporre al cliente pacchetti composti da mutuo e polizza offerti dallo stesso gruppo della banca finanziatrice, l'art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con modifiche dalla l. n. 27/2012, ha previsto l'obbligo per le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari, di sottoporre al cliente almeno due preventivi di due gruppi assicurativi ad essi non riconducibili, qualora vogliano condizionare l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita (ma non, per esempio, qualora lo vogliano condizionare alla stipula di polizze incendio-scoppio o legate ad infortuni o inabilità lavorativa<sup>8</sup>). La norma fa salva la facoltà del cliente di scegliere autonomamente la polizza, anche presso assicuratori diversi da quelli di cui ai preventivi, obbligando peraltro le banche a non modificare le condizioni di mutuo nell'ipotesi in cui il mutuatario stipuli una polizza diversa da quelle di cui la banca abbia fornito i preventivi.

Lo stesso art. 28 del d.l. n. 1/2012, da ultimo, imponeva che – entro trenta giorni dall'entrata in vigore – l'ISVAP avrebbe dovuto disciplinare il contenuto minimo delle polizze connesse a mutui. In ottemperanza a tale disposizione, l'Autorità di Vigilanza ha emanato il Regolamento n. 40/2012, che definisce i contenuti minimi della polizza PPI – contenuti comunque derogabili *in melius* per il mutuatario-assicurato – e ribadisce gli obblighi di informativa nonché il divieto di cumulo fra qualifica di intermediario e beneficiario della polizza.

Nell'ambito della disciplina dei contenuti minimi delle polizze collegate ai mutui particolarmente rilevanti sono: *i*) l'obbligo di rendere la durata della polizza pari a quella del mutuo; *ii*) l'indicazione chiara dei costi, con evidenza dell'ammontare della provvigione dell'intermediario; *iii*) chiara indicazione delle modalità di verifica della salute del cliente; *iv*) carenza non superiore a 90 giorni dalla stipulazione della polizza e sospensione del periodo di carenza in caso di visita medica; pagamento della prestazione in caso di decesso dovuto a infortunio, malattia infettiva acuta o shock anafilattico durante il periodo di carenza; *v*) facoltà rimessa al mutuatario di decidere i beneficiari o i vincolatari della polizza. In ogni caso la banca o l'intermediario possono essere indicati come beneficiari o vincolatari delle prestazioni assicurative solo quanto il contratto di assicurazione non sia intermediato dalla banca o dall'interme-

---

*mo, nel qualificare illegittimo il comportamento dell'intermediario che, allo stesso tempo, risulta quale distributore e beneficiario della polizza, spezza recisamente il nesso tra il contratto di finanziamento e quello assicurativo, indipendentemente, dunque, da quale sia la Compagnia emittente l'assicurazione, viceversa, nell'art. 36 bis, cit., il nesso è ricomposto in quanto l'illegittimità è circoscritta esclusivamente al caso in cui la banca obblighi il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario».*

<sup>8</sup> Evidenzia tale lacuna legislativa, stigmatizzandola, FAUSTI, *op. cit.*, 631 s.

diario finanziario stessi o da soggetti ad essi legati da rapporto di gruppo o rapporti di affari propri di società di gruppo; *vi*) in caso di pagamento di premio unico e di estinzione anticipata o trasferimento del mutuo, obbligo di restituzione del premio relativo al periodo residuo non fruito entro 30 giorni dalla comunicazione dell'estinzione o del trasferimento. Su richiesta del cliente, la polizza può proseguire a favore di nuovo beneficiario eventualmente designato; *vii*) diritto di recesso a favore del cliente, da esercitarsi in un termine comunque non inferiore a 30 giorni.

Nonostante la vasta produzione regolamentare e legislativa, sono rimaste sacche di criticità nel mercato delle polizze assicurative, soprattutto in merito alla trasparenza e correttezza in materia di offerta e di costi, nonché in merito alle esclusioni, limitazioni e carenze contrattuali, tali da svuotare di contenuto le polizze.

Per superare tali criticità è stato stipulato, nel novembre 2013, un Protocollo di intesa fra ABI-ASSOFIN e le Associazioni dei Consumatori aderenti al Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti. Punti salienti dell'intesa sono: *i*) l'esplicitazione, anche grafica (mediante l'uso del grassetto), del carattere facoltativo della polizza nell'intestazione della stessa; *ii*) indicazione del TAEG con e senza polizza; *iii*) Estensione del diritto di recesso (non meno di 60 giorni); *iv*) istituzione di un Osservatorio<sup>9</sup>.

Con la Lettera congiunta al mercato IVASS-Banca d'Italia del 26 agosto 2015, inoltre, le Autorità, preso atto delle criticità nelle offerte di polizze PPI, hanno fornito molteplici istruzioni agli operatori, invitandoli a: *i*) revisionare i prodotti multirischio a garanzie "rotanti" per renderli maggiormente calibrati rispetto alle esigenze della clientela; *ii*) riconoscere il diritto di recesso – nel termine minimo di 60 giorni – anche per le coperture del ramo danni; *iii*) revisionare il sistema di rivalse, carenze, franchigie, in modo da riequilibrare le garanzie a favore dei consumatori; *iv*) prevedere verifiche specifiche dello stato di salute dell'assicurato, senza fondarsi su mere dichiarazioni contrattuali; *v*) verificare adeguatamente la sussistenza delle condizioni di assicurabilità del cliente, rimborsando coloro che non erano assicurabili al momento della stipulazione della polizza; *vi*) rimborsare autonomamente il premio non goduto in caso di estinzione anticipata o trasferimento del finanziamento. Con riferimento alla vendita combinata di mutui e polizze assicurative (c.d. *tie in*), la Lettera chiede la revisione delle modalità di collocamento al fine di assicurare che: *i*) la documentazione precontrattuale sui due rapporti (finanziario e assicurativo) sia distinta e indichi, per ciascun rapporto, i relativi costi (eventualmente indi-

---

<sup>9</sup> Per una incisiva critica al Protocollo di Intesa, v. FAUSTI, *op. cit.*, 637 ss.

cando la rata per il premio e la rata per il rimborso separatamente); *ii*) sia indicato chiaramente il diritto di recesso a favore del cliente e i relativi termini di esercizio, con l'ulteriore indicazione che, in tal caso, il cliente ha diritto al rimborso del premio per la parte non fruita, al netto delle spese sostenute dall'impresa; *iii*) dopo la stipulazione del contratto, sia inviata al cliente una comunicazione riepilogativa.

Da ultimo, al fine di consentire maggiore trasparenza nel mercato delle PPI, il d.d.l. Concorrenza in discussione in Parlamento, prevede, all'art. 25, di modificare l'art. 28 del d.l. n. 1/2012 secondo tre direttrici: imporre l'obbligo di presentazione di due preventivi di imprese assicurative non riconducibili al gruppo bancario, non solo alle assicurazioni vita, ma a tutte le polizze connesse ad un mutuo o a un finanziamento; irrogare una sanzione pari a quanto previsto dall'art. 324 Cod. cons. in caso di violazione dell'obbligo che precede; obbligare le banche e gli intermediari ad informare il cliente della possibilità di reperire sul mercato le polizze richieste a protezione del credito nonché – in caso di stipulazione di polizza con impresa appartenente allo stesso gruppo della banca o dell'intermediario – di informare il richiedente della provvigione percepita e di quella pagata dalla compagnia assicurativa all'intermediario.

## 5. Conclusioni

Al termine dell'*excursus* normativo e regolamentare in materia di PPI, è lecito domandarsi se la produzione normativa sia sufficiente per contrastare le distorsioni che caratterizzano il mercato delle polizze connesse ai mutui. La risposta non può che essere negativa: gli interventi legislativi e regolamentari precedentemente sintetizzati non sembrano muniti dell'incisività necessaria per contrastare efficacemente le pratiche commerciali più aggressive in materia di collocamento delle PPI.

Per quanto riguarda il Protocollo di Intesa del 2013, è chiaro che esso è vincolante solo e nella misura in cui i soggetti aderenti decidano di rispettare le prescrizioni inserite nel Protocollo medesimo.

Ma anche le disposizioni di carattere legislativo e regolamentare non paiono connotate da un efficace apparato sanzionatorio. La Lettera congiunta IVASS-Banca d'Italia del 26 agosto 2015, in particolare, ha un mero contenuto per così dire "esortativo", senza in alcun modo incidere sulla validità dei contratti stipulati in contrasto con le indicazioni *ivi* contenute. Dal canto proprio, l'art. 28 del d.l. n. 1/2012 non prevede alcuna sanzione per l'eventualità in cui la banca non presenti al cliente almeno due preventivi per la stipula di polizze vita connesse all'erogazione del mutuo ed erogate da imprese non ri-



conducibili al gruppo della banca; alla luce di ciò non è peregrino affermare che la mancata presentazione dei preventivi non abbia alcun riflesso sulla validità del contratto assicurativo. Con l'ulteriore conseguenza che, al di là degli intenti perseguiti dal legislatore, per la banca potrebbe essere ancora possibile "imporre" al cliente la valida stipulazione di un contratto di assicurazione con compagnia riconducibile al gruppo della banca. Ma anche ove si ritenesse superabile tale problema, la norma lascia aperta la possibilità che la banca presenti al contraente, oltre ai preventivi delle imprese assicurative non appartenenti al gruppo, anche quello di un'impresa che invece sia riconducibile al gruppo, il quale non presenti costi o comunque abbia costi inferiori rispetto ai concorrenti, indirizzando così la scelta del contraente verso la polizza proposta dallo stesso gruppo della banca.

Né pare che tale problema possa essere risolto dal d.d.l. concorrenza, il quale si limita a sanzionare la mancata presentazione dei preventivi differenti, ma non sembra comunque idoneo a colpire la pratica di "obbligare" il contraente a sottoscrivere, contestualmente al mutuo, una PPI offerta dallo stesso gruppo della banca; pratica che, come oggi, potrebbe trovare copertura semplicemente nella presentazione di un preventivo più basso rispetto a quello delle imprese concorrenti.

Sotto diverso profilo, lo stesso art. 28 del d.l. n. 1/2012, non chiarisce in alcun modo cosa si intenda per gruppi assicurativi "non riconducibili alle banche"<sup>10</sup>: non si comprende se esso si riferisca solo all'appartenenza ad un gruppo o se, invece, possano essere considerati gruppi riconducibili anche quelli che siano legati da particolari rapporti commerciali con la banca<sup>11</sup>. Ove tale interpretazione estensiva non fosse accolta, per le banche sarebbe possibile, nel pieno rispetto della normativa, sottoporre al cliente solo preventivi di compagnie assicurative con le quali abbia accordi commerciali particolarmente remunerativi, ancorché non appartenenti allo stesso gruppo della banca; il tutto, con evidente detrimento della trasparenza nei confronti del mutuatario, che invece la norma vorrebbe tutelare.

Dal punto di vista dei contenuti delle PPI, infine, non è in alcun modo chiaro quali siano le conseguenze dell'inadempimento agli obblighi previsti dal Regolamento ISVAP n. 40/2012 in relazione al contenuto minimo delle poliz-

---

<sup>10</sup> Cfr. PIRILLI, *op. cit.*, 650 s., che sottolinea la necessità di «una stringente attività interpretativa che, pur nel rispetto delle dinamiche di mercato, non tradisca il senso di un intervento volto a tutelare equilibrio concorrenziale ed utenza, anello comunque debole della catena».

<sup>11</sup> In questo senso parrebbero FRIGNANI, PASCHETTA, *op. cit.*, 420 s., per i quali si devono intendere "non riconducibili" i gruppi assicurativi non facenti parte dello stesso gruppo bancario e con i quali non sussistano rapporti d'affari tali da creare un conflitto di interessi.

ze connesse a mutui. Sicuramente, non pare possibile affermare che le polizze prive dei requisiti minimi previsti dal Regolamento siano affette da nullità, poiché l'art. 28 del d.l. n. 1/2012 non lo ha in alcun modo esplicitato (e il Regolamento delegato non può, evidentemente, introdurre ipotesi di nullità che non siano contemplate dalla norma di rango superiore che abbia delegato l'emanazione del regolamento stesso). Conseguentemente, non si può neppure ipotizzare che le clausole eventualmente in contrasto con le disposizioni regolamentari vengano sostituite *ex art.* 1339 c.c. dalle correlative disposizioni del Regolamento ISVAP n. 40/2012<sup>12</sup>. Nel dubbio, si è ipotizzato che i contratti in contrasto con le norme regolamentari siano annullabili per violenza morale<sup>13</sup>. Mi pare peraltro che questa soluzione sia eccessivamente penalizzante per il mutuatario, il quale dovrebbe provare la sussistenza del vizio del consenso suscettibile di condurre all'annullamento del contratto. Maggiormente persuasiva mi pare la tesi di chi riconduce la negoziazione di contratti privi dei requisiti minimi previsti dal Regolamento a un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale (essendo stata proposta al contraente la stipulazione di un contratto *ab origine* privo del contenuto minimo essenziale)<sup>14</sup>, fermo restando – anche in tal caso – la difficoltà per il contraente di dimostrare la sussistenza dei requisiti legittimanti il risarcimento del danno.

---

<sup>12</sup> CALEO, *Le polizze assicurative*, cit., 923 ss., il quale tuttavia ritiene che sia possibile attivare «meccanismi rimediali adeguati a far salve le prerogative della clientela: si pensi a possibili interventi correttivi di rinegoziazione delle condizioni contrattuali non in linea con il disposto dell'Autorità o al riconoscimento, al cliente, di un vero e proprio diritto potestativo all'integrazione successiva del contratto con le clausole autoritative indebitamente omesse».

<sup>13</sup> PIRILLI, *op. cit.*, 652 ss.

<sup>14</sup> FRIGNANI, PASCHETTA, *op. loc. cit.*

# Il framework dello IASB

Rilevanza giuridica e problemi  
di coordinamento con il principio della  
*true and fair view* nella sua declinazione comunitaria

## *IASB Framework*

*Legal relevance and issues with the true and fair view  
requirement of EU accounting legislation*

Maria Di Sarli \*\*

---

---

### ABSTRACT

Il framework dello IASB non costituisce tecnicamente un principio contabile e a motivo di ciò non è stato omologato, cionondimeno la dottrina giuridica italiana riconosce allo stesso una portata vincolante ai fini della interpretazione e applicazione dei singoli IAS/IFRS. Da esso inoltre pare ritraibile il “paradigma” di riferimento rispetto al quale accertare la presunta invalidità del bilancio d’esercizio redatto sulla base degli IAS/IFRS.

**PAROLE CHIAVE:** framework – bilancio IAS/IFRS – invalidità del bilancio – clausola generale

*Technically speaking, the Conceptual Framework for Financial Reporting adopted by the International Accounting Standards Board (IASB) is not an accounting standard, thus it has not been endorsed. However, Italian legal scholars acknowledge that it has binding force with respect to the interpretation and implementation of single International Accounting Standards (IASs) and International Financial Reporting Standards (IFRSs). The IASB’s Framework also seems to provide a referential set of concepts for ascertaining whether IAS/IFRS individual financial statements can be considered null and void.*

**KEYWORDS:** framework – IAS/IFRS financial statement – overriding rule – true and fair view

---

---

---

\*\* Dottore di ricerca in diritto commerciale.

---

## SUMMARY

1. Preface. – 2. The Framework legal relevance in Italian national law. – 3. True and fair view and EU accounting postulates: their legal relevance within IAS Regulation. – 4. The new IASB's Framework accounting "paradigm". – 5. Conclusions.

## 1. Preface

The set of international accounting standards IAS/IFRS – is preceded and introduced by a Conceptual Framework for Financial Reporting<sup>1</sup>, (hereinafter, "the Framework"), which consists of a number of general principles providing the referential theoretical base for the elaboration and interpretation of single standards.

The Framework addresses the fundamental questions on the definition and the drafting of IAS/IFRS annual financial statements. In particular, it deals with: *i*) the objective of general purpose financial reporting and its users (chapter 1); *ii*) the qualitative characteristics of useful information (chapter 3); *iii*) the definitions, recognition and measurement of the elements of financial statements (chapter 4); and lastly, *iv*) the concept of capital and capital maintenance (chapter 4).

The Framework was first issued in 1989<sup>2</sup> and then revised in 2010. The 2010 document is still effective, though it is currently undergoing further revision<sup>3</sup>.

The complex ongoing debate, which characterizes the process of definition of the Framework, originates from the constant development of harmonization of international accounting which obviously requires common accounting rules, starting from shared basic accounting principles. In this perspective, in 2002 IASB signed a Memorandum of Understanding that has come to be known as the "Norwalk Agreement", with the North American standard setter, the Financial Standard Accounting Board (FASB) in order to jointly revise their respective frameworks and achieve convergence. In 2010 this harmoniza-

---

<sup>1</sup> IASB, *The Conceptual Framework for the Financial Reporting*, 2010.

<sup>2</sup> IASC, *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, 1989.

<sup>3</sup> In May 2015 the IASB published for public comment a new proposal, the *Exposure Draft ED/2015/3*, 2015. The IASB is currently evaluating comment letters. To stay current in this area, readers should monitor development on the IASB's updated work plan stages of the Conceptual Framework at <http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Conceptual-Framework/Pages/Conceptual-Framework-Summary.aspx>.

tion process reached the conclusion of the so-called Phase A, the first of seven steps<sup>4</sup>, whereby a revision was carried out of both frameworks with regards to the parts concerning the objectives and quantitative characteristics of financial statements<sup>5</sup>. In 2010, however, the IASB and the FASB suspended work on the joint conceptual framework in order to concentrate on other projects on their agenda.

In 2012 the IASB carried out a public consultation on its agenda. Many respondents to that consultations identified the Conceptual Framework as a priority project for the IASB. Consequently, the IASB reactivated its Conceptual Framework project. This project is no longer being conducted jointly with the FASB<sup>6</sup>. The two standard setters are currently revising their respective frameworks separately<sup>7</sup>.

The IASB's Framework does not have the status of an accounting standard<sup>8</sup>, nor does it have supremacy over the single standards because none of its concepts can supersede single international accounting standards. In case of conflict between the Framework and the specific provisions of an accounting standard, then the accounting standard prevails<sup>9</sup>. However, it is the conceptual framework that describes the principles underlying the recognition, measuring and presentation of financial statement's items, which constitute the entire body of IAS and IFRS standards, which, in turn, have been adopted by our ju-

---

<sup>4</sup> Cf. <https://www.iasplus.com/en/projects/completed/framework/>.

<sup>5</sup> The IASB's Framework rev.2010, on this matter shows convergence with the FASB's framework. Cf. FASB, Concepts Statement No. 8—Conceptual Framework for Financial Reporting—Chapter 1, *The Objective of General Purpose Financial Reporting*, and Chapter 3, *Qualitative Characteristics of Useful Financial Information* (a replacement of FASB Concepts Statements No. 1 and No. 2), 2010.

<sup>6</sup> This intention was announced in the IASB *Discussion Paper DP/2013/1*, which was published for public comment on 18<sup>th</sup> July 2013.

<sup>7</sup> The current progress on revision of IASB and FASB frameworks can be monitored on their respective web sites. Here it will suffice to mention that the IASB has issued an Exposure Draft proposing a revised Conceptual Framework for Financial Reporting (see: *ED/2015/3*, May 2015), and the FASB has issued for public comment an Exposure Draft proposing a revision of Chapter 7 (see: *Conceptual Framework for Financial Reporting: Chapter 7: Presentation*, August 2016). For a comparison between the two frameworks in their current versions, see K.A. KAMINSKI-J. R. CARPENTER, *Accounting Conceptual Frameworks: A Comparison of FASB and IASB approaches*, in *International Journal of Business, Accounting and Finance*, n. 1, 2011, p. 16.

<sup>8</sup> Cf. para. 2 of the Framework, which states that «*This Framework is not an International Accounting Standard and hence does not define standards for any particular measurement or disclosure issue*».

<sup>9</sup> IASB, *Conceptual Framework*, cit., p. 7.

jurisdiction since 2005. Despite the IASB's rules have "private" character, they are integrated into EU law by means of a process of endorsement<sup>10</sup>, by which they acquire the force of law<sup>11</sup>, even in our jurisdiction.

However, in order to be endorsed, IAS/IFRS application should guarantee compliance with the *true and fair view* principle, which is specified in a number of accounting postulates and is found in EU Accounting directive (Directive 34/2013/EU).

Hence, it is necessary to determine which is the framework of reference for those IAS/IFRS that have been endorsed in the EU. Is it the set of EU accounting principles and postulates or the IASB's Framework?

In this paper, after examining Italian legal scholars' established opinions on the Framework's legal relevance (para. 2), we question an hypothetical persisting legal relevance of the *true and fair view* principle and the EU postulates within the so-called IAS Regulation (para. 3). We conclude that they have been superseded by the IASB's Framework principles, which are the expression of a different "paradigm" of reference in accounting practice (para.4) and need to be taken into account by judges in any dispute on alleged nullity of IAS/IFRS financial statements (para. 5).

## 2. The Framework legal relevance in Italian national law

As the Framework is not an accounting standard, it is not susceptible of endorsement<sup>12</sup>, thus, at first view, it would seem to lack binding force.

---

<sup>10</sup>For a comprehensive picture of the different phases of the IASs endorsement process, which involves a variety of different subjects, see COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, COM(2008) 215 FINAL, Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the operation of Regulation (EC) No 1606/2002 of 19 July 2002 on the application of international accounting standards, para. 2.5. On the legal implications of the IAS/IFRS endorsement process in the Italian legal system see M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, ed. Di Cataldo, V. and Sanfilippo, P.M., Milano, 2008, pp. 447 ff.

<sup>11</sup>G. SCOGNAMIGLIO, *I nuovi modi di formazione del diritto commerciale: i principi IAS/IFRS come fonti del diritto contabile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 247; ID., *La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto commerciale*, in G. SCOGNAMIGLIO ET AL., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano 2007, pp. 40 ff.; S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, *ibid.*, pp. 181 ff.; M. DE BELLIS, *Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space. The new public law (dis) order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10, p. 36.

<sup>12</sup>Indeed, only IAS, IFRS and related SIC-IFRIC interpretations are mentioned in *Regula-*

On closer examination, however, and considering the relationship that ties IAS/ IFRS standards to their own framework, it would seem more correct to acknowledge that also the Framework has binding force, albeit only de facto.

This legal force derives indirectly from the explicit reference to the Framework, which is found in a number of accounting principles<sup>13</sup>. Let us consider, for example, IAS 1<sup>14</sup>. On the one hand, para. 15 states that the objective of “fair presentation” of financials statements must be «*in accordance with the definitions and recognition criteria for assets, liabilities, income and expenses set out in the Framework*». On the other hand, para. 19 states that, albeit in extremely rare circumstances, if compliance with a requirement in an IAS/IFRS conflicts with the objective of financial statements set out in the Framework, the entity should depart from that requirement. Another standard that gives authoritative status to the Framework is IAS 8<sup>15</sup>. Its provisions should guide any entity in preparing financial statements including elements for which no specific guidance is found either in IAS/IFRS or related interpretations or similar and related issues, thus providing adequate accounting treatment of such transactions, events or conditions (see IAS 8, para. 11)<sup>16</sup>.

In addition to that, the opinion that the legal force of the Framework is implicit in the system of international accounting principles is also supported in the accompanying Commission Staff Working Document<sup>17</sup> to Regulation

---

*tion (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards.*

<sup>13</sup> On this point see G. SCOGNAMIGLIO, *I nuovi modi*, cit., p. 283. A more cautious approach, but even in the same way, is shown in S. FORTUNATO, *Conceptual Framework e principi di redazione nel bilancio d'esercizio*, in *RDS*, 2012, p. 468.

<sup>14</sup> IASB, *IAS 1, Presentation of Financial Statements*, 2014. The paper was translated into Italian by Reg. CE n. 1126/2008, which was amended and integrated before Reg. (UE) n. 475/2012 of 5<sup>th</sup> June 2012 was published and more recently by Reg. (UE) 2406/2015 of 18<sup>th</sup> December 2015.

<sup>15</sup> See K.A. KAMINSKI-J.R. CARPENTER, *Accounting Conceptual Frameworks: a comparison of Fasb and IASB Approach*, in *International Journal of Business, Accounting and Finance*, Vol. 5, 2011, p. 24.

<sup>16</sup> For an analysis of IAS 8 provisions see S. FORTUNATO, *Conceptual framework*, cit., p. 468, whose view is that the Framework should be seen as a “last resort” tool for IASs/IFRSs interpretation.

<sup>17</sup> See the COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Comments concerning certain articles of Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and the Council of 19<sup>th</sup> July 2002 on the application of international accounting standards and the Fourth Council Directive 78/660/ECC of July 1978 and the Seventh Council Directive 83/349/ECC of 13<sup>th</sup> June 1983 on accounting*, Brussels, November 2003.

(EC) No 1606/2002, which states that the Framework «*does not need to be adopted*», but that nevertheless it should be used as an integration to fill some “holes” in the system<sup>18</sup>.

Indeed, the single accounting principles together with their Framework constitute a system based on a set of rules<sup>19</sup> that are inseparable from one another: only the implementation of the entire system can provide guidance to an entity in properly preparing financial statements based on IAS/IFRS, so that they can achieve their final aim: providing the external user with useful information for making financial decisions<sup>20</sup>.

However, two questions arise. Firstly, while on a European level this accounting model has been deemed adequate mainly for the preparation of consolidated financial statements of listed companies<sup>21</sup>, the Italian legislator has deemed necessary to require or permit the adoption of IAS/IFRS in the individual accounts of both listed and privately held companies<sup>22</sup>. Secondly, as opposed to consolidated financial statements, whose role is merely to provide information, individual financial statements are also considerably significant for the organization and management<sup>23</sup> of financial resources and are regulated by Italian national law with precise provisions on their validity (artt. 2377-2379 and 2434-*bis*, c.c.).

Therefore, in our jurisdiction there are two main issues in incorporating EU rules with national law, namely the need to overcome inconsistencies between financial reporting under IAS/IFRS and the different types of usage allowed by existing laws, and a contrast with the voidability provisions regulating financial reporting, as envisaged by our legislation.

Addressing the first issue, Italian law prevents most of the profit deriving

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 6 where it is stated that the Framework «*does provide the basis for the use of judgement in resolving accounting issue [...] In view of its importance to the resolution of accounting issue, the IASB Framework has been annexed to this paper*».

<sup>19</sup> Cf. OIC, *Guida operativa per la transizione ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS)*, in Guida 1, October, 2005, p. 6, where the Framework is seen as a fundamental part of the IAS/IFRS accounting system.

<sup>20</sup> Cf. the introduction to the Conceptual Framework.

<sup>21</sup> For a quick outline of the implementation of IASB principles in different EU member states see a table available online at [http://ec.europa.eu/finance/accounting/docs/legal\\_framework/20140718-ias-use-of-options\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/accounting/docs/legal_framework/20140718-ias-use-of-options_en.pdf).

<sup>22</sup> The scope of implementation of IASs/IFRSs as envisaged in Italian law can be found in art. 3 and art. 4 of Decree Law 38/2005.

<sup>23</sup> Cf. G. STRAMPELLI, *Art. 2423*, in *Artt. 2423-2435 bis*, in *Le società per azioni Codice civile e norme complementari*, ed. P. Abbadessa-G.B. Portale, Milano, 2016, p. 2171.



from the application of the *fair value* principle from being combined to form distributable profit by neutralising it through the requirement that certain companies set aside legal reserves not available for distribution, (art. 6 of Legislative Decree n. 38/2005)<sup>24</sup>. In particular, these measures aim at strengthening the particular function of financial statements, as tools for ascertaining distributable profit.

As for the second issue, namely, the need to determine a “paradigm” of reference for ascertaining voidability of IAS/IFRS financial statements, the Italian legislator seems to have left the question open to interpretation.

Therefore, the main question is whether an overall personal judgement on financial statements under IAS/IFRS should be based on the *true and fair view* general rule and EU general accounting concepts, or rather on the usefulness of financial statement information criteria, whereby information should meet a number of qualitative requirements as described in the Framework.

### 3. True and fair view and EU accounting postulates: their legal relevance within IAS Regulation

On a European level, IAS Regulation requires that endorsed international accounting standards supersede domestic laws on financial reporting, though with limitation as to the scope of their adoption that each member state has chosen to apply under *Regulation (EC) No.1606/2002 Of The European Parliament And Of The Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards*. It is still not completely clear, however, where exactly IAS/IFRS stand within the legislative hierarchy of EU Accounting legislation.

As the new EU directive on accounting reaffirms (Directive 2013/34/EU), legislation on financial statements has been developed on three levels: firstly, the *true and fair view* general rule (art. 4, para. 3); secondly, a series of general accounting concepts and principles (art. 6), namely “*going concern*”, “*accrual*”, “*prudence*”, “*consistency*”, “*substance over form*” and “*relevance*”; thirdly, a set of rules on assessing and structuring financial statements schemes (art. 7 ff.).

On this point, it should be noted that *Regulation (EC) No.1606/2002* at Art. 3, para. 2 sets the requirements for IAS’ endorsement, and also prescribes that IAS should not be contrary to the *true and fair view* rule<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Cf. G. STRAMPELLI, *Le riserve da fair value: profili di disciplina e riflessi sulla configurazione e la natura del patrimonio netto*, in *Riv. soc.*, 2006, pp. 243 ff.

<sup>25</sup> On the relevance of true and fair view rule with regards to IAS/IFRS endorsement see

From the above, it can be inferred that the *true and fair view* rule remains paramount also as far as IAS Regulation is concerned. Thus, it would appear that also IAS/IFRS financial statements should meet the *true and fair view* requirement in accordance with EU perspective in order for them to be valid<sup>26</sup>.

European Legislation does not provide a distinct definition of the principle of *true and fair view*, but the Court of justice has reviewed the principle in its case-law over the years (although not in cases concerning the application of IFRSs)<sup>27</sup>.

In respect of IAS/IFRS financial statements, Italian legislation at art. 5 of d.lgs. 38/2005 reaffirms the same general requirement of a «*rappresentazione chiara, veritiera e corretta*» and the related-true and fair view override (rule), which are enshrined in art. 2423 of the Civil Code, regulating Italian-GAAP financial statements. However, as far as we know, in Italy no official stance about the relevance of the European concept of true and fair view within the IAS-Regulation has been taken so far. As opposed to Great Britain, where the Financial Reporting Council (FRC) has clearly expressed its view in support of the supremacy of the *true and fair view* criteria, in the application not only of UK GAAP, but also of the IAS/IFRS<sup>28</sup>.

In addition to that, according to FRC, the concepts of *usefulness* and *true and fair view* in financial statements preparation, are inseparable: in order for the financial statement to be useful, it must give a true and fair view. Moreover, FRC regards the *fair presentation* principle, which is found in IAS 1 as equivalent to that of *true and fair view*, which is found in the EU Accounting Directive 2013/34/EU. Indeed, both principles are of higher rank compared to

---

ARC (Accounting Regulatory Committee) *Non-paper of Commission Services DG Fisma* presented at the Meeting of the Accounting Regulatory Committee, 17<sup>th</sup> September, 2015 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).

<sup>26</sup>On the interpretation of the true and fair view rule in EU legal environment see R.H. PARKER-C.W. NOBES, *An International view of True and Fair Accounting*, London, 1994; K. VAN HULLE, *The True and Fair View Override in The European Accounting Directives*, in *European Accounting Review*, 1997, p. 711. Also S. AISBITT-C. NOBES, *The true and fair view requirement in recent national implementation*, in *Accounting and business Research*, vol. 31, n. 2, 2001, pp. 83 ff.; J. WÜSTEMANN-S. KIERZEK, *True And Fair View Revisited – A Reply to Alexander and Nobes*, in *Accounting in Europe*, vol. 3, 2006, pp. 91 ff.; D. ALEXANDER-E. EBERHARTINGER, *The True and Fair View in The European Union*, in *European Accounting Review*, vol. 18, n. 3, 2009, pp. 571 ff.

<sup>27</sup>See: Case C-306/99, Banque internationale pour l’Afrique occidentale SA (BIAO) and Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg of 7<sup>th</sup> January 2003; and Case C-234/94, Waltraud Tomberg and Gebrüder von der Wettern GmbH, of 27<sup>th</sup> June 1996.

<sup>28</sup>FRC, *True and Fair*, June 2014 and ID., *True and Fair*, July, 2011.

other rules. At para. 1.19 IAS 1 clearly states that an entity should depart from a particular requirement to achieve a fair presentation.

On closer examination, however, within IAS Regulation the *true and fair view* rule has mere formal relevance: its real and concrete application in accordance with EU legislation would require compliance with EU accounting postulates too, which seems not to be the case.

If, again, we refer to art. 3, para. 2 of *Regulation (EC) No.1606/2002*, we notice that IAS/IFRS endorsement procedure requires that each standard should not be filtered through EU accounting postulates, but that it should meet a number of criteria, namely *understandability, relevance, reliability* and *comparability*. These are exactly the same qualitative characteristics that are found in the Framework, albeit in its 1989 revision.

This not only seems to confirm that the provisions contained in the Framework are binding for all entities adopting IAS/IFRS, but also seems to indicate that, in substance, the Framework and its principles have been incorporated into IAS Regulation<sup>29</sup>. In other words, EU postulates on financial statements preparation should be seen as being superseded by IAS/IFRS principles or, at least, as trying to coexist forcibly<sup>30</sup>.

In the light of the above analysis, it would seem that financial statements prepared according IAS/IFRS would achieve the objective of faithful presentation *true and fair view* through the application of the Framework postulates and the measurement and representation criteria set in each IAS/IFRS.

Indeed, the IASB itself clearly states in its Framework that the IAS/IFRS accounting system does not consider the *true and fair view* principle as the ultimate goal nor does it see it as an independent qualitative characteristic of financial statements. On the contrary, it is seen as a result of the application of the single qualitative characteristics which are identified in the Framework<sup>31</sup>.

Such a conclusion would confirm the hypothesis that the *true and fair view* rule is not an independent “concept”<sup>32</sup>. On the contrary, in order to be interpreted and applied it needs a reference model. This is provided by the EU Di-

---

<sup>29</sup> C. SACCON, *Il quadro sistematico dei principi contabili internazionali: una fonte di regolamentazione contabile in evoluzione*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 1, 2013, pp. 109 ff. ([http://virgo.unive.it/ecf-workflow/upload\\_pdf/RG\\_3\\_Definitivo\\_004\\_Saccon.pdf](http://virgo.unive.it/ecf-workflow/upload_pdf/RG_3_Definitivo_004_Saccon.pdf)).

<sup>30</sup> According to the FRC, even though the Framework does not explicitly mention the prudence rule, it is implied in the fair presentation rule and consistent with the EU neutrality criteria. See FRC, *True and Fair*, June 2014.

<sup>31</sup> Cf. IASB, *The Conceptual Framework*, cit., BC 3.44.

<sup>32</sup> L. EVANS, *The true and fair view and the “fair presentation” override of IAS 1*, in *Accounting and Business Research*, Vol. 33, Issue 4, 2003, p. 322.

rective on accounting and the national laws of each member state, which jointly regulate Financial statements under EU law. A second reference model is provided by the set of IAS/IFRS standards and their Framework, which regulate financial statements based on IAS/IFRS standards.

Thus, if compliance with *true and fair view* or *fair presentation* must be ascertained using the corresponding accounting system of reference used for the preparation of financial statements, it follows that the legal force of this clause is not static one, but a dynamic one, especially considering IAS/IFRS, which are constantly updated and modified to take into account the ever changing economic context in which they are applied and as well as the development of new accounting practices.

#### 4. The new IASB's Framework accounting "paradigm"

The principles found in the 1989 Framework which have been incorporated into EU law from 2002 onwards, have been thoroughly revised. Some have defined this revision as "revolutionary"<sup>33</sup>, seeing it as the expression of the transition from an industrial economic system to a new economy based on information which requires a different approach, also in accounting.

Differently from its previous version, the current Framework shows that, firstly, the qualitative characteristics required in financial statement information are not on the same level. They have been ordered hierarchically, according to their ability to achieve the main financial statements objective, namely to provide useful information to various types of "capital givers", such as investors, lenders and other creditors, both existing and potential ones, not just to existing capital givers only.

In this respect, some of the quantitative features have been removed, others have been downgraded.

In particular, compared to its previous Framework revision, IASB has made a distinction between *fundamental qualitative* characteristics (QC5-QC18) and *enhancing qualitative characteristics* (QC19-QC34).

To the former belong relevance and faithful representation, to the latter comparability, verifiability, timeliness and understandability.

The possibility to provide useful information through financial statements is subject to two main requirements, namely materiality (QC11) of the information provided and costs incurred for providing information (QC35-QC37).

---

<sup>33</sup>A. AMADUZZI, *Dal costo al fair value. Il nuovo approccio IASB*, Milano, 2009, p. 10.

In outlining the new system of quantitative characteristics IASB does not mention reliability of financial statements data anymore. Reliability has been replaced by faithful representation.

The fundamental reason for this choice is IASB's belief that the term "reliability" could be misinterpreted and could lead to the belief that financial statement information should require precision and objectivity<sup>34</sup>. In fact, in order for a financial statement to be useful it is sufficient that information be faithful. Faithful information, in turn, can be considered such if it is complete, free from bias and error. Moreover, the Framework clearly states that free from error does not mean perfectly accurate in all respects. This is because, as is common knowledge, economic phenomena that are object of representation in financial statements are usually measured in conditions of uncertainty which necessitates various estimate processes that are then judged by Directors (QC 15). Consequently, a piece of information is to be considered free from error when it is produced starting from appropriate inputs that faithfully represent the information available at the moment of preparing the financial statement. Thus, when developing estimates it is a director's duty to research information thoroughly, in order to better represent the uncertainty of underlying economic phenomena. All the more so now that the requirement of reliability has been removed and financial statements must present also those transactions, phenomena and goods, which did not need to be represented in financial statements before, under the previous Framework, because their value could not be determined in a reliable way.

This last point indicates that the preference given to *faithful representation* over *reliability* is not without practical consequences<sup>35</sup>.

Information, if relevant, should be disclosed in financial statements even when its collection requires the use of measurement processes that lead to uncertain results. In this case thorough additional information on collection methods employed should be clearly disclosed. In addition to this, the requirement of *verifiability* is not considered to be essential anymore because it has a limited scope, namely guaranteeing that information presented in financial statements is a fair reflection of the underlying economic circumstances.

Furthermore, the principle of *prudence* has not been included because it appears to be inconsistent with the principle of *neutrality*. IASB condemns

---

<sup>34</sup>Cf. IASB, *Exposure Draft - An Improved Conceptual Framework for Financial Reporting*, May 2008, paras. QC7-QC11 and paras. BC2.12 ff.

<sup>35</sup>Cf. the views expressed in European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), ANC, ASCG, OIC, FRC, *Getting a Better Framework – Reliability of Financial Information*, Bulletin, 11 April 2013.

any form of manipulation that can alter *earnings quality* by creating false expectations in users and, in particular, in existing and potential investors<sup>36</sup>.

To recapitulate, in this context, on the basis that *relevance* should be given priority over *reliability*, and that any measurement criteria is sufficiently reliable to allow recognition of elements in financial statements, providing adequate information is given in the footnotes, it follows that *reliability* has essentially become a problem of *disclosure*.

In the light of the above system, choosing to remove the *reliability* requirement is seen as instrumental in allowing a much wider use of *fair value* as a criteria of financial reporting measurement<sup>37</sup>. In fact, *fair value* measurements are not often fully reliable, as they are made starting from subjective estimates based on inputs that are not completely verifiable. However, removing the Qualitative Characteristic of *reliability* solves the problem and paves the way to an extensive use of the so-called *fair value accounting*<sup>38</sup>.

Moreover, even though IASB does not explicitly state this, it would appear that *fair value* relevance is of higher rank compared to other characteristics, including *faithful representation*. The former applies to the identification of the phenomenon that should be represented in financial statements in order to provide useful information, whereas the latter pertains to the method of measuring and representing that phenomenon.

Both *fair value* and *faithful representation* play a role in achieving usefulness of information, though each of them does it in a different way.

As for *comparability*, *verifiability*, *timeliness* and *understandability*, they are considered mere *enhancing qualitative characteristics*. They have a limited scope and aim at strengthening the usefulness of financial statements.

The difference between *fundamental* and *enhancing* qualitative characteristics seems to have both formal and substantial relevance. Considering that only the former are considered in order to achieve the threshold of usefulness that financial statements information should guarantee, it would appear that financial statements validity can be affected only if the information contained lacks *fundamental QCs*, not *enhancing QCs*.

On this point the IASB's *framework* has stated that «*the enhancing qualitative characteristics, either individually or as a group, cannot make information useful if that information is irrelevant or not faithfully represented*» (para. 2.36).

---

<sup>36</sup>Cf., also for further reference, C. FIORELLA, *Il principio di prudenza. Profili teorici, orientamento della prassi ed evidenze empiriche*, Torino, 2014, p. 13.

<sup>37</sup>A. AMADUZZI, *Dal costo*, cit., p. 72.

<sup>38</sup>*Ibid.*, p. 94.

Even more explicitly, in the Basis for Conclusions to the framework, the IASB defines fundamental QCs as «*most critical*» and enhancing QCs «*less critical but still highly desirable*» (BC 3.8), adding that in this respect «*financial information that is relevant and faithfully represented may still be useful even if it does not have any of the enhancing qualitative characteristics*» (BC 3.10) and that «*financial information without the two fundamental qualitative characteristics of relevance and faithful representation is not useful, and it cannot be made useful by being more comparable, verifiable, timely, or understandable*» (BC 3.10).

To recapitulate, enhancing QCs improve financial statements information usefulness, thus they should be used as extensively as possible. If present, however, they cannot make irrelevant or unfaithfully represented information useful, whereas if absent, they do not prejudice financial statements usefulness and, therefore, do not prejudice its validity.

## 5. Conclusions

Technically speaking, the Conceptual Framework for Financial Reporting adopted by the International Accounting Standards Board (IASB) is not an accounting principle, thus it has not been endorsed. However, Italian legal scholars acknowledge its binding force. Consequently, in our legal system financial statements based on International Accounting Standards should comply with both single IAS/IFRS and the IASB's Conceptual Framework general principles.

This is of particular importance, as Italian national laws require or permit the adoption of IAS/IFRS even for the preparation of individual financial statements, which due to lack of conformity with national law can be declared null under artt. 2377-2379 and 2434-*bis* of the Italian Civil Code.

Therefore, when assessing the validity of IAS/IFRS financial statements, Italian courts refer to a framework of reference, which is composed of the single IAS/IFRS standards and their application in accordance with the IASB's Conceptual Framework provisions.

Indeed, in the light of the observations made in the above paragraphs, it would appear that despite both the IASB's Framework and the accounting postulates of EU national legal frameworks share a common overlapping point, namely the *true and fair view* rule, the validity of financial statements should be assessed according to the former.

In other words, it is the qualitative characteristics stated in the Framework, not EU accounting postulates, that give meaning to the *true and fair view* principle underlying IAS/IFRS.

Moreover, in case of dispute it would seem necessary to take into account the circumstance that the two sets of rules, the IAS/IFRS and the set of EU and national laws, may aim at achieving slightly different objectives (which do not coincide perfectly)<sup>39</sup>.

On the one hand, Civil Code laws aim at providing unbiased information on the position of companies in respect of assets, finance and income, but above all it aims at quantifying distributable profit. Therefore, all provisions and principles contained in Civil Codes should be interpreted and applied with a view to establishing companies' net working capital.

On the other hand, IASs/IFRSs have been designed to represent the current financial position of an entity. Thus, they do not include any rules on the determination of distributable profit, which would fall outside the scope of the evaluation system. As they pertain to company law, distributable profit rules are set up by national legislation<sup>40</sup>.

As the supremacy of the *relevance* rule shows, the purpose of all IAS/IFRS based financial statements, including individual ones, is to provide useful information to support users' economic decisions. This function should not be considered as abstract, but as a means to an end. Indeed, IAS/IFRS financial statements should be seen by existing and potential external users, such as investors, lenders and other creditors, as a useful tool for making informed and conscious decisions. In this perspective, the Framework sets out the fundamental requirement that all information given in financial statements be relevant and faithfully represented, whereas it considers only "desirable" that it also be comparable, timely, verifiable and comprehensible.

Thus, it would appear that in case of IAS/IFRS financial statements flaws related to those desirable qualities, they should not be considered as grounds for annulment.

Indeed, notwithstanding their lesser weight, such flaws should be weighted in an overall assessment of a given financial statement, to ascertain whether

---

<sup>39</sup> On this point see G. STRAMPELLI, *Art. 2423*, in *Del bilancio*, cit., p. 2172. The Author underlines that «*la veridicità dei conti annuali non può essere apprezzata in termini assoluti bensì in relazione alle funzioni del bilancio d'esercizio*».

<sup>40</sup> Cf. European Commission, COM (2015) 310 final, Report from the Commission to the European Parliament and the Council. Evaluation of Regulation (EC) n° 1606/2002 of 19 July 2002 on the Application of International Accounting Standards, Brussels, 18 June 2015, where it's explicitly clarified «*Capital maintenance and dividend distribution rules have also been cited as a source of legal challenge which can arise in certain jurisdictions where Member States permit or require the use of IFRS for individual annual financial statements on which distributable profits are based. Each Member State considers how to address such issues in their national legislation within the framework of the EU capital maintenance requirements*».



they have, by their “nature” or by “measure”, altered the report’s *faithful representation* quality. If so, the financial statement would be null, on the grounds it has not performed the informative function it purports to perform.

However, if one considers the Framework, it is true that hypothetical financial statements flaws are not all equally important, nor do they produce the same legal consequences.

It is clear that a distinction should be made between flaws that actually cause information to be incomplete, and flaws that can be regarded as mere irregularities, which do not cause any damage to financial statements external users.

Even Italian law on financial reporting, at art. 2423 of the Civil Code, sets out the general principle of clear, truthful and correct information, endowing it with a higher ranking position compared to other accounting rules, such as going concern, prudence, accrual, consistency, substance over form that are provided in art. 2423-*bis* of the Civil Code. The latter, however, are all equally binding<sup>41</sup>, except for the consistency rule, which may be derogated from, under art. 2423-*bis*, para. 2 of the Civil Code. In addition to this, our legal framework does not explicitly define any qualitative characteristics of financial statements as “desirable” but not essential for assessing its validity.

Nevertheless, even financial statements that are prepared in compliance with domestic laws are not necessarily declared void and null, just because they contain some irregularities. It is the Court that has the power to assess, judging case by case, whether those violations should be sanctioned by annulment or not. This is usually done by using two criteria: the relevance of the violation<sup>42</sup> and the actual existence of a duty to act<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 2190. For interpretation purposes, two rules, going concern and prudence, are given higher ranking force, as they integrate the true and fair value general rule. Indeed, they help to clarify that separate financial statements aim at representing companies “working value”.

<sup>42</sup> As to which irregularities can be seen as relevant for annulment, Italian courts have ruled that they can be considered such «*only those irregularities which prevent financial statements from providing thorough and truthful information, whereas no consequence can legally derive from violations that are merely formal or lacking concrete relevance in the representation given in a financial report. As for the assessment of the effect of the violation, reference should be made to the economic phenomena/ environment it represents, the type of business, its total assets and liabilities, as reported in the financial statement*» (Civil Court in Rome, Judgement of 14<sup>th</sup> April 2014 available online at [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it)). Similarly, see the Italian Court of Cassation, Judgement n. 890 of 12<sup>th</sup> November 2015, where the highest instance in the Italian court system court ruled that «*only essential information should be consistent with the idea of [providing] adequate and truly effective representation, especially as this should be its main objective*».

In conclusion, no matter which is the adopted accounting system, the reason for annulling and “destroying” a flawed financial statement should always be the protection of specific and concrete rights. Therefore, financial statements should not be declared void and null if their flaw is *«irrelevant in its substance, deprived of real consistency, merely formal, immediately perceivable and easily correctable»*<sup>44</sup>.

However, in this respect, Italian courts usually apply judiciary discretion in their rulings on financial statements prepared under Civil Law, whereas they should refer to the Framework when judging financial statements based on IAS/IFRS standards.

---

<sup>43</sup> *«The right which legitimates legal action should not coincide with an abstract and general duty to comply with the law, nor should it refer to mere compliance with the law. On the contrary, it should be regarded as a concrete right to obtain all necessary information on the company economic position and its income»*, Civil Court in Rome, *ibid*.

<sup>44</sup> See the ruling issued by the Italian Court of Cassation in Cass. Sez. Un., 21<sup>st</sup> February 2000, n. 27. The judgment has also been reported in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 29, commented by P.G. Jaeger.

# La Società Europea \*

## *The European company*

Rossella Rivaro \*\*

---

---

### ABSTRACT

Il reg. n. 2157/2001 ha istituito la Società Europea con il dichiarato intento di offrire agli operatori economici dell'Unione europea un modello uniforme di società per azioni, che permetta la costituzione e la gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione. Il contributo si propone di verificare se tale obiettivo di unificazione normativa possa dirsi o meno conseguito.

**PAROLE CHIAVE:** società – Società Europea.

*Regulation no. 2157/2001 on the Statute for a European company aims at offering a new type of company which facilitates the creation and the management of companies with a European dimension, free from the obstacles arising from the disparity and the limited territorial application of national company law. This paper verifies whether such goal can be considered as accomplished.*

**KEYWORDS:** company – Societas Europea.

---

---

---

\* Il presente lavoro è destinato alla pubblicazione nel *Trattato di diritto societario europeo*, diretto da Paolo Montalenti, per i tipi Giappichelli.

\*\* Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Torino.

---

## SOMMARIO

1. Dal Trattato di Roma al Regolamento 2157/2001. La parabola della Società Europea nel diritto societario comunitario. – 2. (*Segue*). Un istituto ancora di diritto materiale uniforme? Luci e ombre della SE. – 3. Il trasferimento della sede sociale. – 4. La costituzione. – 4.1. La costituzione mediante fusione. – 4.2. La costituzione di una SE *holding* o affiliata comune. – 4.3. La costituzione mediante trasformazione. – 5. La struttura della SE. La libera scelta fra sistema dualistico e sistema monistico e la sua implementazione negli ordinamenti nazionali. – 6. Il sistema dualistico. L'organo di direzione – 7. (*Segue*). L'organo di vigilanza. – 8. Il sistema monistico. L'organo di amministrazione. – 9. Le norme comuni ai due sistemi di amministrazione e controllo. – 10. L'assemblea generale. – 11. Il coinvolgimento dei lavoratori nell'attività della SE.

### 1. Dal Trattato di Roma al Regolamento 2157/2001. La parabola della Società Europea nel diritto societario comunitario

L'idea di una società per azioni transnazionale disciplinata da una legislazione uniforme precede addirittura l'istituzione della Comunità Economica Europea. Già in una proposizione del 1949 il Consiglio d'Europa suggerì la creazione di uno statuto unico da applicare ad un numero limitato di «Compagnie Europee» impegnate nella produzione di beni o servizi di necessità generale. L'iniziativa non ebbe però seguito perché non riscosse il consenso delle classi politiche nazionali, contrarie agli eccessivi privilegi riconosciuti all'organismo europeo rispetto al trattamento allora riservato alle società di diritto interno<sup>1</sup>.

L'idea di una società trascendente i singoli ordinamenti nazionali acquistò nuovo vigore con la stipulazione del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea nel marzo del 1957.

Come noto, il Trattato di Roma mirava alla creazione di uno spazio economico avente le caratteristiche di un mercato comune. Questa costruzione richiedeva tra l'altro una profonda ristrutturazione dei fattori produttivi, anche in vista della ulteriore internazionalizzazione dei rapporti concorrenziali. In particolare, obbligava a prevedere degli strumenti che consentissero alle società commerciali nazionali di riorganizzare e razionalizzare le loro attività, se del caso attraverso integrazioni imprenditoriali.

Diverse norme del Trattato tenevano conto di queste necessità e a tal fine fissavano alcuni principi che avrebbero dovuto favorire la valorizzazione su

---

<sup>1</sup> Già evidenziava le antiche origini delle riflessioni sull'opportunità di una società commerciale europea VASSEUR, *Per una società di tipo europeo*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 83 ss.

scala europea del potenziale imprenditoriale esistente a livello dei singoli Stati.

Gli artt. 52 e 58 Tr. CE (oggi, rispettivamente, artt. 49 e 54 TFUE) garantivano alle persone giuridiche, e anzitutto alle società, la libertà di stabilimento, nelle due forme di stabilimento primario e secondario. Le società dovevano essere libere di trasferire la sede sociale in uno Stato differente da quello di origine (c.d. diritto di stabilimento primario) così come di istituire sedi secondarie in uno o più Stati diversi da quello della sede principale o di creare ramificazioni societarie attraverso filiali autonome o affiliate comuni (c.d. diritto di stabilimento secondario)<sup>2</sup>.

All'adeguamento dimensionale per vie diverse dalla c.d. crescita interna provvedeva poi l'art. 220 Tr. CEE (art. 293 Tr. CE, oggi abrogato) nella parte in cui esortava gli Stati membri ad avviare fra loro «*negoziati intesi a garantire [...] la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse*».

Allo stesso tempo, il Trattato prendeva atto che le imprese erano legate ad ordinamenti giuridici assai diversi tra loro e che queste differenze avrebbero potuto ostacolare (anche dal punto di vista psicologico) l'attuazione della libertà di stabilimento. E, d'altro canto, neppure sottovalutava la possibilità che la coesistenza di regole eterogenee del fenomeno societario potesse alterare la concorrenza all'interno del mercato comune. Di qui traeva indicazione per promuovere il ravvicinamento delle discipline nazionali e a questo fine incaricava il Consiglio di coordinare mediante direttive «*le garanzie [...] richieste, negli Stati membri, alle società [...] per proteggere gli interessi tanto dei soci, come dei terzi*» (art. 44 Tratt. CE, oggi art. 50, § 2, lett. g), TFUE).

Ben presto il processo di armonizzazione – comunitario e pattizio<sup>3</sup> – parve tuttavia macchinoso, complicato ed inevitabilmente foriero di risultati parziali. Il desiderio di realizzare quanto prima l'unione economica voluta dal Trattato diede così nuovo impulso ai lavori sulla società commerciale europea. La creazione di un istituto di diritto uniforme slegato dagli ordinamenti nazionali avrebbe infatti eliminato in radice le complicazioni derivanti dal concorso di discipline diverse ancorché (eventualmente) armonizzate; ed avrebbe così agevolato tanto l'esercizio della libertà di stabilimento quanto la realizzazione di

---

<sup>2</sup> Cfr., in argomento, CASSOTTANA-NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, 17 ss.

<sup>3</sup> Per armonizzazione pattizia si intende quella che gli stessi Stati aderenti alla Comunità erano chiamati dal Trattato CE – ed in specie dall'art. 220 – ad attuare «*avvalendosi del tradizionale strumento con il quale [erano] soliti eliminare le differenziazioni esistenti fra i propri diritti: l'accordo internazionale*»: così, CARUSO, voce *Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella Comunità Europea*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma, 2000, 3.

operazioni di concentrazione. Al contempo, coloro che si fossero trovati a trattare con una società a struttura uniforme e vocazione sovranazionale avrebbero potuto godere non soltanto di garanzie equivalenti, ma addirittura dei medesimi diritti in tutti gli Stati della Comunità.

Nel giugno del 1970 la Commissione presentò al Consiglio una prima proposta di statuto di Società Europea<sup>4</sup>. I ben duecentottantaquattro articoli del regolamento<sup>5</sup> disciplinavano – ispirandosi fortemente all’esperienza tedesca – ogni aspetto della vita della società: dalle modalità di costituzione (individuate nella fusione oppure nella creazione di una società *holding*, di una affiliata comune o di una filiale autonoma) a quelle di scioglimento e liquidazione, dal funzionamento degli organi sociali alla partecipazione dei lavoratori alla gestione sociale, dalla materia tributaria a quella penale, senza tralasciare il trasferimento della sede da uno Stato membro ad un altro ed il fenomeno dei gruppi. La chiusura del sistema era poi assicurata dall’art. 7, che escludeva l’applicazione degli ordinamenti nazionali in caso di eventuali lacune nella disciplina delle materie oggetto del regolamento e affidava invece alla Corte di Giustizia CE il compito di colmarle secondo i principi cui s’informava lo statuto o, in mancanza, secondo i principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

Questa proposta rimase tuttavia in sospenso per diversi anni. L’*iter* legislativo riprese soltanto nel 1975 con la presentazione di un’ulteriore proposta modificata<sup>6</sup>, e subito si interruppe nuovamente. Quando l’adozione definitiva

---

<sup>4</sup> *Proposta di regolamento CEE del Consiglio relativo allo Statuto di una società per azioni europea*, presentata dalla Commissione al Consiglio il 30 giugno 1970, in *G.U.C.E.*, 10 ottobre 1970, n. C 124, 1 ss. Per un commento si veda ALLEGRI, *Una proposta della Commissione della Comunità Economica Europea al Consiglio dei Ministri della Comunità in tema di società anonime europee*, in *Riv. soc.*, 1970, 1248 ss.; DE MARTINI, *Lo statuto della «società europea» in relazione all’ordinamento italiano*, in *Dir. fall.*, 1970, I, 334 ss.; PINTUS, *La società per azioni europea*, in *Riv. dir. eur.*, 1972, 251 ss.; L. BIAMONTI-P.L. BIAMONTI-CORAPI-DI BRINA, *La riforma delle società per azioni in Italia e le iniziative comunitarie in materia di armonizzazione delle legislazioni societarie nei Paesi membri della CEE*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, 247 ss.; LUZZATTO, *Verso un diritto comunitario delle società commerciali*, in *Riv. not.*, 1974, 603 ss.

<sup>5</sup> La Commissione individuava infatti nel regolamento la fonte normativa più adatta allo scopo e nell’art. 235 Tr. CEE (art. 308 Tr. CE e oggi art. 352 TFUE) la disposizione che ne avrebbe legittimato l’uso. Secondo questa norma il Consiglio può deliberare «quando un’azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il [...] trattato abbia previsto i poteri d’azione a tal uopo richiesti». Ed a giudizio della Commissione l’obiettivo di adattare il diritto applicabile alle imprese alle nuove esigenze del mercato comune rientrava tra gli scopi della Comunità, giustificando quindi l’adozione di disposizioni regolamentari.

<sup>6</sup> La proposta di regolamento del 1975 (*Proposta modificata di regolamento del Consiglio*

sembrava ormai alle porte, la scelta di configurare la SE come una società necessariamente di secondo grado fu oggetto di ampie critiche che determinarono un deciso rallentamento dei lavori. La costituzione di SE *holding* ovvero di una SE affiliata comune comportava infatti l'automatica formazione di un gruppo di società e poneva il problema del rapporto tra la Società Europea e le altre appartenenti al gruppo. L'adozione definitiva del regolamento venne quindi subordinata alla presentazione di una proposta di direttiva di armonizzazione del diritto degli Stati membri in materia di gruppi. Trascorsi diversi anni senza che si arrivasse a formulare progetti di ravvicinamento suscettibili di concreto sviluppo, nel 1982 gli studi sulla Società Europea furono bruscamente interrotti.

Svanita l'illusione di stimolare la mobilità e la cooperazione transnazionale delle imprese attraverso la tempestiva introduzione di un tipo societario uniforme di diritto europeo, le istituzioni comunitarie rimisero mano all'antico programma di armonizzazione del diritto delle società degli Stati membri. Nel periodo compreso tra il 1976 ed il 1984 il Piano generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento<sup>7</sup> – rimasto pressoché inattuato per oltre un decennio<sup>8</sup> – registrò una forte accelerazione con l'approvazione di ben sei delle dodici<sup>9</sup> direttive societarie sino ad oggi adottate dal Consiglio<sup>10</sup>.

---

*relativo allo Statuto delle società per azioni europee* presentata dalla Commissione al Consiglio il 13 maggio 1975, in *Suppl. Boll. CE*, 4/1975, 11 ss.) innovava in svariati punti di diritto sostanziale la precedente stesura senza però incidere significativamente sulla filosofia che ispirava il progetto. In argomento, COLOMBO, *Il parere del Parlamento Europeo sulla proposta di regolamento relativo allo statuto della società per azioni europea*, in *Riv. soc.*, 1975, 363 ss.; MIATIELLO, *Considerazioni sulla società per azioni europea*, in *Dir. fall.*, 1975, I, 181 ss.; M. SPADA, *La società per azioni europea sulla base della proposta modificata presentata dalla Commissione al Consiglio il 13 maggio del 1975*, in *Riv. dir. eur.*, 1975, 325 ss.; PUGLIESE, *La società europea (il progetto della commissione del 13 maggio 1975)*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 344 ss.; PIRAS, *La società europea come modello tipo di impresa comunitaria*, in *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di Verrucoli, Milano, 1977, 187 ss.

<sup>7</sup> *G.U.C.E.*, 15 gennaio 1962, 36 ss.

<sup>8</sup> Faceva eccezione l'approvazione della direttiva 68/151/CEE del 9 marzo 1968 (Prima direttiva societaria) intesa a coordinare le legislazioni degli Stati membri in materia di pubblicità, validità degli obblighi e nullità delle società di capitali, in *G.U.C.E.*, 14 marzo 1968, n. L 65, 8 ss.

<sup>9</sup> Nel numero complessivo di dodici non si tiene volutamente conto di quelle direttive volte soltanto a puntualizzare o modificare le precedenti sui conti annuali e consolidati, e precisamente: le direttive 90/604 CEE e 90/605 CEE, ambedue dell'8 novembre 1990; la direttiva 2001/65/CE del 27 settembre 2001; la direttiva 2003/51/CE del 18 giugno 2003. Si può quindi ben notare la penuria normativa che ha segnato l'ultimo ventennio dell'opera di armonizzazione del diritto europeo delle società, portando all'adozione di cinque sole nuove direttive in *subiecta materia*: la direttiva 89/666/CE del 21 dicembre 1989 «relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato

Parallelamente proseguiva incessante lo studio di misure, alternative allo statuto di Società Europea, capaci di rimuovere gli ostacoli di natura giuridica che si frapponavano al fenomeno della concentrazione economica e al contempo idonee ad evitare la compartimentazione dei mercati nazionali all'interno della Comunità. Tale era la prospettiva in cui la Commissione guardava alla proposta modificata di Quinta direttiva sulla struttura delle società per azioni<sup>11</sup>, a quella di Decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere<sup>12</sup> ed al nuovo progetto di Nona direttiva sui gruppi di società<sup>13</sup>. I negoziati in seno al Consiglio non procedevano tuttavia con la speditezza auspicata. Nonostante i ripetuti sforzi di conciliare le opposte tradizioni esistenti all'interno della Comunità in materia di partecipazione dei lavoratori alla gestione socia-

---

membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato» (Undicesima direttiva); la direttiva 89/667/CE del 21 dicembre 1989 «relativa alle società a responsabilità limitata con unico socio» (Dodicesima direttiva); la direttiva 2004/25/CE del 21 aprile 2004 «concernente le offerte pubbliche di acquisto» (Tredicesima direttiva); la direttiva 2005/56/CE del 26 ottobre 2005 «relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali»; e da ultimo la direttiva 2007/36/CE dell'11 luglio 2007 «relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate».

<sup>10</sup> Formavano oggetto del coordinamento prescritto dall'art. 54, § 2, lett. g), Tr. CE le disposizioni nazionali volte a disciplinare la costituzione, la salvaguardia e le modificazioni del capitale delle società per azioni (direttiva 77/91/CEE del 13 dicembre 1976), le operazioni di fusione e di scissione (direttive 78/855/CEE del 9 ottobre 1978 e 82/891/CEE del 17 dicembre 1982), i conti annuali e consolidati delle società di capitali (direttive 78/660/CEE del 25 luglio 1978 e 83/349/CEE del 13 giugno 1983) nonché l'incarico di revisione dei documenti contabili (direttiva 84/253/CEE del 10 aprile 1984, abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/43/CE del 17 maggio 2006 «relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati»).

<sup>11</sup> La prima proposta di Quinta direttiva del 9 ottobre 1972 e la successiva proposta modificata del 19 agosto 1983 si trovano pubblicate in *Giur. comm.*, 1983, I, 960 ss.

<sup>12</sup> *G.U.C.E.*, 25 gennaio 1985, n. C 23, 11 ss. Ostacoli di varia natura rendevano problematica la realizzazione della fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, con l'effetto di favorire l'utilizzo di uno strumento concentrativo di natura esclusivamente economica quale era il gruppo di società. Oltre a mancare una norma comunitaria di diritto internazionale privato che assoggettasse l'istituto ad un'autonoma legge regolatrice, in taluni Stati membri la fusione internazionale non era ammessa (Olanda) o era drasticamente limitata (Germania). Sotto il profilo sostanziale, ulteriori intralci derivavano dalle differenze esistenti nei diritti societari e dal non identico trattamento fiscale riservato alle operazioni di fusione nei diversi Stati della Comunità. Alla necessità di superare tali difficoltà i governi nazionali avevano tentato di far seguito nel 1967 e nel 1973 con due distinti progetti preliminari di convenzione sulle fusioni internazionali (rispettivamente in *Riv. soc.*, 1968, 737 ss. e in *Suppl. Boll. CE*, 13/1973), prima che fossero le istituzioni comunitarie ad assumere direttamente l'iniziativa con la proposta di decima direttiva. Al riguardo SANTA MARIA, *La fusione di società soggette a leggi regolatrici diverse nel progetto preliminare di convenzione della Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1968, 581 ss.

<sup>13</sup> Il progetto preliminare si legge in *Riv. soc.*, 1985, 1071 ss.



le, la Quinta e la Decima direttiva restavano bloccate allo stadio di proposte, mentre il progetto di Nona direttiva si era arrestato ancor prima.

La Commissione decise allora di rilanciare il discorso sulla Società Europea, e lo fece, nel luglio del 1988, con un *memorandum* indirizzato al Consiglio, al Parlamento e alle parti sociali<sup>14</sup>. All'origine del rinato interesse risiedeva la convinzione che lo spinoso problema della cogestione avrebbe trovato più agile soluzione all'interno di uno statuto societario opzionale che in sede di elaborazione di una normativa – quali erano la Quinta e la Decima direttiva – destinata ad incidere direttamente sulla disciplina interna delle società azionarie. Sempre ferma era poi la volontà di rimediare alla vischiosità e alla parzialità del processo di armonizzazione<sup>15</sup>.

Nell'agosto del 1989 gli intendimenti comunitari si concretarono in un progetto di statuto di Società Europea radicalmente innovativo rispetto alle precedenti versioni degli anni Settanta<sup>16</sup>. La Commissione rinunciava alle antiche quanto ambiziose pretese di esaustività e di autosufficienza dello statuto di SE per concentrarsi sull'essenziale. Ridisegnava, in primo luogo, la gerarchia delle fonti di disciplina della Società Europea, demandando il compito di colmare i silenzi del testo regolamentare non più ai principi generali comuni agli ordinamenti nazionali, bensì direttamente alla legislazione dello Stato membro in cui la società avesse posto la sua sede. E, forte di questa costruzione, decideva di tacere sul fenomeno dei gruppi, sul trattamento fiscale e sulle sanzioni penali applicabili alle infrazioni della SE.

Quanto poi alle materie oggetto di espressa disciplina, ampi spazi erano lasciati all'autonomia statutaria. In particolare, relativamente alla struttura della società, il legislatore comunitario attribuiva allo statuto la facoltà di configurare il sistema di gestione secondo il modello dualistico, caratterizzato dalla scomposizione dell'organo amministrativo in organo di direzione e organo di vigilanza, ovvero secondo quello monistico, fondato su di un organo ammini-

---

<sup>14</sup> *Memorandum* della Commissione della Comunità Economica Europea del 15 luglio 1988, in *Società*, 1988, 1302 ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 1311.

<sup>16</sup> La *Proposta di regolamento CEE del Consiglio relativo allo Statuto di una società per azioni europea* del 25 agosto 1989 è pubblicata in *G.U.C.E.*, 16 ottobre 1989, n. C 263, 41 ss. e si può altresì leggere in *Soc.*, 1989, 332 ss.: in argomento, *ex multis*, MARZIALE, *Nasce un nuovo modello: la Società Europea*, *ivi*, 1990, 7 ss.; SANTOSUOSSO, *La società europea*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 837; MONTALENTI, *Lo statuto della Società europea*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 571 ss.; G. MINERVINI, *Note in tema di Statuto della Società Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 7 ss.; FIMMANÒ, *Società europea: ultimo atto*, in *Riv. soc.*, 1994, 994 ss.; MORERA-NUZZO, *Lo statuto di Società Europea: un modello uniforme per le imprese internazionali*, in *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, 3 ss.

strativo unitario. Ma, pur rinunciando all'imposizione di un paradigma organizzativo uniforme, la proposta di regolamento ancora non desisteva – al pari di una vera misura di ravvicinamento – dall'intento di rendere (almeno) equivalenti i due sistemi gestori<sup>17</sup>. A questo scopo ricalcava la disciplina del modello monistico su quella, ritenuta più efficace, del sistema dualistico; e precisamente, alla bipartizione tra organi propria dello schema dualistico sostituiva, all'interno dell'organo di amministrazione unico del sistema monistico, una ripartizione fissa di competenze tra membri dirigenti, adibiti a compiti gestori, e membri non dirigenti, deputati ad assolvere il controllo sulla gestione<sup>18</sup>.

D'altro canto, sul versante del ruolo dei lavoratori nella gestione dell'impresa, la proposta di direttiva (abbinata a quella di regolamento sulla costituzione e sul funzionamento della società) abbandonava la previsione di un unico rigido modello partecipativo e lasciava che fosse un accordo stipulato tra le parti sociali interessate (e, quindi, tra l'organo amministrativo e i rappresentanti dei lavoratori) a scegliere una delle tre soluzioni alternative prospettate<sup>19</sup>: la presenza di partecipanti dei lavoratori negli organi direttivi della società (modello tedesco); la partecipazione dei lavoratori attraverso un organo di rappresentanza esterno agli organi sociali dotato di diritti di informazione e di consultazione (modello di partecipazione esterna); oppure una forma partecipativa diversa dalle prime due precedentemente individuata da un contratto collettivo e da quest'ultimo disciplinata nel rispetto di alcuni standard minimi fissati dalla direttiva.

La flessibilità e la deregolamentazione che avevano ispirato il progetto del 1989 trovarono un riscontro ancora più importante nelle due proposte modificate di regolamento e di direttiva presentate dalla Commissione nel maggio del 1991<sup>20</sup>. Nel nuovo articolato lo spazio assegnato all'opera integrativa delle

---

<sup>17</sup> Non doveva pertanto ritenersi una coincidenza che le scelte effettuate nella proposta di regolamento in tema di gestione sociale ricalcassero quelle operate dalla Commissione nella proposta di Quinta direttiva, sulla quale si veda, in particolare, RICOLFI-MONTALENTI, *La proposta modificata di V direttiva sulla s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 256 ss.

<sup>18</sup> Soltanto così sarebbe stato possibile operare in entrambi i sistemi di amministrazione quella «chiara delimitazione tra la responsabilità delle persone incaricate della gestione e quelle incaricate della vigilanza» la cui opportunità era sottolineata nell'undicesimo considerando della proposta di regolamento.

<sup>19</sup> Sul punto, approfonditamente, BARALIS, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa nella nuova proposta di statuto della Società Europea*, in *Riv. not.*, 1990, 1017; BONELL, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione ed alla vigilanza della Società Europea*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, 25 ss.; MONTALENTI, *Lo statuto della Società europea*, cit., 574.

<sup>20</sup> Le proposte modificate di regolamento e di direttiva del 16 maggio 1991 si possono leggere rispettivamente in *G.U.C.E.*, 8 luglio 1991, n. C 176,1 ss. e in *G.U.C.E.*, 29 maggio 1991, n. C 138,1 ss., nonché congiuntamente in *Soc.*, 1991,1417 ss.

legislazioni nazionali giungeva a coprire aspetti cruciali della vita della società: il conflitto di interessi nella gestione, l'azione di responsabilità dei creditori sociali, la rinuncia alle azioni di responsabilità, lo svolgimento dell'assemblea, il regime di invalidità delle relative delibere, l'acquisto di azioni proprie, l'emissione di obbligazioni e di altri strumenti finanziari, l'insolvenza e la liquidazione della società.

Quanto poi al sistema di gestione della società, il nuovo testo della proposta di regolamento accordava a ciascuno Stato membro, prim'ancora che allo statuto, la possibilità di imporre alle SE residenti nel proprio territorio l'adozione della soluzione dualistica o di quella monistica. In ciò differiva dunque dalla precedente versione che rimetteva invece la scelta all'autonomia statutaria. Tale differenza si spiegava alla luce di un'ulteriore correzione apportata al testo del 1989: la proposta del 1991 abbandonava l'artificiosa distinzione, all'interno dell'organo amministrativo unitario, tra consiglieri incaricati dell'amministrazione attiva e consiglieri responsabili del controllo sulla gestione ed investiva invece l'organo collegiale della facoltà di delegare ad uno o più dei suoi membri il potere di gestione della società.

Anche l'ultimo tentativo di uniformazione dell'assetto organizzativo della Società Europea cedeva così innanzi all'esigenza di accelerare l'*iter* di approvazione del progetto comunitario. Un progetto che iniziava tuttavia a vedere frustrate le sue originarie aspirazioni<sup>21</sup>: il suo successo, infatti, in ragione dei frequenti rinvii alle legislazioni nazionali, presupponeva l'intensificarsi dei lavori di armonizzazione del diritto societario degli Stati membri e, di conseguenza, postulava relativamente alla struttura della società la soluzione di quegli stessi problemi ai quali invece il regolamento avrebbe dovuto porre rimedio.

Questo nuovo approccio consentì agli Stati di raggiungere un'intesa su gran parte del testo regolamentare, ma non sulla disciplina della partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa sociale contenuta nella proposta di direttiva collaterale<sup>22</sup>. La delegazione tedesca continuava a nutrire forti perplessità sulla prospettazione alternativa di tre diversi modelli partecipativi. La nuova proposta accordava agli Stati membri la possibilità di uniformare il regime partecipativo della SE a quello previsto per le società di diritto interno così da azzerare il rischio che gli operatori economici locali ricorressero alla

---

<sup>21</sup> Si veda G. MINERVINI, *Note in tema di Statuto della Società Europea*, cit., 7, ove l'Autore sottolinea peraltro la straordinaria "magrezza" della proposta di regolamento che vedeva ridotti al numero di centosette i centotrentasette articoli della precedente versione del 1989.

<sup>22</sup> Sul punto, FIMMANÒ, *Società Europea: ultimo atto*, cit., 1034 ss. e BIANCA, *La Società Europea: considerazioni introduttive*, in *Contr. impr. Eur.*, 2002, 453 ss., spec. 466.

Società Europea soltanto per eludere il sistema partecipativo più rigido eventualmente imposto alle società nazionali. Questa soluzione, tuttavia, avrebbe incentivato gli operatori economici a radicare la SE nel Paese che avesse scelto la regolamentazione più favorevole tra quelle ammesse dal legislatore comunitario. Ed in specie avrebbe incentivato questa condotta nei cittadini degli Stati membri che avessero optato per l'adozione del modello partecipativo più oneroso. Sul versante opposto, era invece la stessa obbligatorietà della partecipazione dei lavoratori alla gestione della Società Europea ad incontrare la ferma opposizione di quegli Stati (Inghilterra, Italia e Spagna in testa) in cui le relazioni industriali erano incentrate più su una logica conflittuale di scontro<sup>23</sup>.

A questo riguardo un accordo politico fu raggiunto soltanto al vertice di Nizza del dicembre 2000: il livello di partecipazione esistente anteriormente alla fusione o alla trasformazione avrebbe dovuto essere garantito anche in epoca successiva; nel caso in cui, viceversa, nessuna delle società interessate fosse stata in precedenza soggetta a norme sulla partecipazione dei lavoratori non vi sarebbe stata la necessità di alcun accordo, né si sarebbero applicate le regole standard della direttiva.

Di qui, il definitivo rilancio del progetto comunitario e l'approvazione, l'8 ottobre 2001, del regolamento istitutivo della Società Europea<sup>24</sup> e della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori<sup>25</sup> che ne costituisce complemento indisociabile<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> BONELL, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa nella nuova proposta di statuto della Società Europea*, cit., 27; FIMMANÒ, *Il ruolo dei lavoratori nello statuto della Società Europea*, in *Riv. not.*, 1993, 771 ss., 777.

<sup>24</sup> *Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE)*, pubblicato in *G.U.C.E.*, 10 novembre 2001, n. L 294, 1 ss.: di qui, anche, reg. SE.

<sup>25</sup> *Direttiva n. 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della Società cooperativa europea relativamente al ruolo dei lavoratori*, pubblicata in *G.U.C.E.*, 10 novembre 2001, n. L 294, 21 ss.: di qui, anche, direttiva SE.

<sup>26</sup> In dottrina, *ex multis*: ESTEBAN VELASCO, *El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea*, in *Rev. sociedades*, 2001, 41 ss.; PACIELLO, *La società europea*, in *Riv. dir. impr.*, 2001, 317 ss.; CARBONE, *La corporate governance della 'Società Europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 133 ss.; CATERINO, *Il regolamento sulla Società europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 479 ss.; DRAETTA-POCAR (a cura di), *La società europea*, Egea, Milano, 2002; MENJUCQ, *La société européenne*, in *Rev. soc.*, 2002, 225; HIRTE, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, in *NZG*, 2002, 1 ss.; LUTTER, *Europäische Aktiengesellschaft: Rechtsfigur mit Zukunft*, in *BB*, 2002, 1 ss.; PRINCIPE (a cura di), *Lo statuto*

## 2. (Segue). Un istituto ancora di diritto materiale uniforme? Luci e ombre della SE

Stando a quanto affermato nel preambolo del reg. SE, l'iter legislativo più che trentennale sembrerebbe aver lasciato immutate le originarie mire del legislatore comunitario: consentire alle imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali di progettare e attuare la riorganizzazione delle loro attività su scala comunitaria mediante operazioni di fusione e concentrazione con imprese di Stati membri diversi, sì da promuovere una ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle della Comunità<sup>27</sup>. E ciò, offrendo un tipo sociale dotato di uno statuto uniforme slegato dal territorio in cui è radicata la società, e, per questo, atto a permettere

---

*legale di Società Europea*, Napoli, 2002; TEICHMANN, *Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft*, in *ZGR*, 2002, 383; EDWARDS, *The European Company – essential tool or eviscerated dream?*, in *CMLR*, 2003, 443 ss.; ENRIQUES, *Silence is golden: The European Company Statute As a Catalyst for Company Law Arbitrage*, ECGI-Law Working Paper, 2003, in [www.ssrn.com/ID.](http://www.ssrn.com/ID/), *Capitale, azioni e finanziamento della Società Europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, 375 ss.; FIORIO, *Lo statuto della società europea: la struttura della società ed il coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2003, 828 ss.; HOPT-MENJUCQ-WYMEERSCH (a cura di), *La société européenne*, Paris, 2003; MIOLA, *Lo statuto di Società Europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, 322 ss.; RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, *ibid.*, 2003, 965 ss.; ESTEBAN VELASCO-FERNANDEZ DEL POZO, *La Sociedad Anònima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, 2004; MENJUCQ, *Implementation in France of the Regulation on the European Company: a Strategic Interpretation*, in *Eur. Comp. Law*, 2004, 117 ss.; OPLUSTIL-TEICHMANN, *The European Company – all over Europe*, De Gruyter, Berlin, 2004; RAAIJMMAKERS, *The Statute for a European Company: Its Impact on Board Structures and Corporate Governance in the European Union*, in *EBOR*, 2004, 159 segg.; SERRANI, *La società europea*, in *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., 201 ss.; MENJUCQ, *Premier pas et premier bilan de la société européenne en France*, in *Rev. soc.*, 2007, 253 ss.; BACHMANN, *Die Societas Europaea und das europäische Privatrecht*, in *ZEuP*, 2008, 32 ss.; CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova disciplina della Società Europea*, Cedam, Padova, 2008; LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008; MENJUCQ-FAGES-VUIDARD, *The European Company under French Law: Main Features*, in *EBOR*, 2008, 137 ss.; CASPER, *Erfahrungen und reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge*, in *ZHR*, 2009, 179 ss.; EIDENMÜLLER-ENGERT-HORNUF, *How does the market react to the Societas Europaea?*, in *EBOR*, 2010, 35 ss.; M. BIANCA-ZANARDO, *La Società Europea (SE)*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, a cura di Pederzini, Torino, 2011, 127 ss.; CORAPI-PERNAZZA (a cura di), *La Società Europea. Fonti comunitarie e modelli nazionali*, Torino, 2011; LAMANDINI, voce *Società Europea*, in *Enc. dir. Ann. dal 2007*, Milano, 2011, 1114 ss.; GHETTI, *Il problema delle forme societarie europee tra unificazione, armonizzazione e concorrenza*, in *Riv. soc.*, 2016, 521 ss.

<sup>27</sup> Si vedano il primo ed il secondo considerando del reg. SE.

tanto «*la costituzione*» quanto la «*gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione*»<sup>28</sup>.

L'obiettivo parrebbe per lo più raggiunto se si guarda alla disciplina delle modalità costitutive della Società Europea.

Il regolamento prevede che alla costituzione della SE si possa addivenire attraverso il compimento di tipiche operazioni intracomunitarie di ristrutturazione aziendale oggetto di specifica disciplina: la fusione di società per azioni soggette alla legge di Stati membri differenti; la creazione di una *holding* o di un'affiliata comune da parte di società azionarie o a responsabilità limitata soggette alla legge Stati membri diversi o che almeno da due anni abbiano una succursale situata in un altro Stato comunitario o un'affiliata soggetta alla legge di altro Stato membro; e infine, la trasformazione di una società azionaria nazionale che abbia almeno da due anni un'affiliata soggetta all'ordinamento di un altro paese della Comunità.

La volontà di creare una società a statuto uniforme sembra invece, a prima vista, patire un sensibile ridimensionamento sul piano del regime giuridico della struttura organizzativa della società.

Il regolamento si limita infatti a dettare una disciplina minima del funzionamento della società, che si riduce in sostanza alla prescrizione di un capitale sociale minimo pari a centoventimila euro (art. 4, § 2, reg. SE)<sup>29</sup> e ad alcune disposizioni – di una certa analiticità, ma pur sempre non esaustive – in tema di governo societario. Per il resto, esso rinvia ora a norme che gli Stati membri sono autorizzati ad adottare con specifico riferimento alla SE ora direttamente alle disposizioni applicabili alle società per azioni di diritto interno. Ed è quest'ultima, in particolare, la strada scelta per la disciplina: del capitale sociale, della sua salvaguardia e delle relative modificazioni così come delle azioni, delle obbligazioni e degli altri titoli assimilabili (art. 5 reg. SE); degli obblighi di pubblicità degli atti e delle indicazioni riguardanti la SE (art. 13 reg. SE); della redazione, del controllo e della pubblicità dei conti annuali e consolidati (art. 61 reg. SE); nonché, infine, dello scioglimento, della liquidazione, dell'insolvenza, della cessazione dei pagamenti e delle procedure analoghe (art. 63 reg. SE). Con il risultato, in definitiva, di

---

<sup>28</sup> Così il settimo considerando del reg. SE.

<sup>29</sup> Prescrizione, questa, che è stata peraltro oggetto di forti critiche da parte degli operatori economici, sul presupposto che introdurrebbe un «*requisito patrimoniale minimo eccessivamente elevato*»: *Relazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio "Applicazione del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE)"*, del 17 novembre 2010, COM(2010) 676, 7.

dar vita – invece che ad un unico tipo sociale fruibile alle medesime condizioni in tutta l’Unione Europea – a tante SE quanti sono gli Stati in cui il regolamento è applicabile<sup>30</sup> e di privare così questa nuova fattispecie di gran parte della sua appetibilità<sup>31</sup>.

I vantaggi derivanti dall’immagine europea della SE, dal suo carattere sovranazionale e dalla maggiore mobilità intracomunitaria che le deriva dalla possibilità di trasferire la sede da uno Stato membro ad un altro senza passare attraverso lo scioglimento<sup>32</sup> non sembrano infatti in grado di compensare gli inconvenienti connessi all’incertezza giuridica risultante dall’intricata trama di diritto comunitario e diritto nazionale intessuta dall’art. 9 reg. SE: incertezza che, oltre a tradursi in elevatissimi costi di costituzione<sup>33</sup>, è destinata a incom-

---

<sup>30</sup> Si tratta dei ventotto Stati membri dell’Unione Europea ai quali si aggiungono i tre Stati membri dello Spazio Economico Europeo (Islanda, Lichtenstein e Norvegia) in virtù della Decisione del Comitato misto SEE n. 93/2002 del 25 giugno 2002 modificativa dell’allegato XXII (Diritto societario) dell’accordo SEE del 2 maggio 1992, allegato che obbliga gli Stati aderenti ad attuare le normative comunitarie di diritto societario emanate sino alla data di stipula dell’accordo nonché quelle di volta in volta indicate con successive decisioni del Comitato misto. Affermano l’esistenza – non di uno, ma – di molteplici statuti di SE LUTTER, *Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?*, in *Betriebs Berater*, 2002, 1 ss.; ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società Europea: quando meno è meglio*, cit., 376; RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 974; LAMANDINI, voce *Società Europea*, cit. 1119 s.

<sup>31</sup> In verità, la scelta del legislatore comunitario potrebbe anche non tradire il dichiarato intento di «*permettere la gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione*», se solo rispecchiasse la precisa volontà di intervenire unicamente su quegli aspetti di disciplina ancora non armonizzati né interessati da uno spontaneo ravvicinamento delle normative nazionali: così come lascerebbe intendere il nono considerando, allorché afferma che «*da quando la Commissione ha presentato, nel 1970, la proposta di regolamento relativo allo statuto di società europea, modificata nel 1975, i lavori di ravvicinamento del diritto nazionale delle società hanno fatto notevoli progressi, cosicché nei settori in cui il funzionamento della SE non esige norme comunitarie uniformi è possibile operare un rinvio alla legislazione sulle società per azioni dello Stato membro in cui essa ha la sede sociale*». Non sembra però essere questo il caso, considerato che gli aspetti non espressamente disciplinati dal regolamento restano soggetti a norme statali che, quand’anche armonizzate, ancora mostrano un significativo tasso di eterogeneità: basti pensare alle peculiarità che ancora oggi contraddistinguono le disposizioni dei diversi Stati europei in tema di potere di rappresentanza e di responsabilità dei componenti dell’organo gestorio, per un esame delle quali sia consentito rinviare a RIVARO, *La struttura della Società Europea*, in *Giur. it.*, 2009, 1297 ss.

<sup>32</sup> Cfr. *Relazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio “Applicazione del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell’8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE)”*, cit., 3.

<sup>33</sup> *Ibidem*, 4 s.

bere sul funzionamento e sull'attività della società per l'intera durata della sua vita.

L'art. 9 reg. SE, precisamente, dopo aver affermato che la Società Europea è disciplinata dal regolamento e, negli spazi da questo concessi, dalle norme statutarie, stabilisce che «*per le materie non disciplinate dal [...] regolamento o, qualora una materia lo sia parzialmente, per gli aspetti ai quali [esso] non si applica [...]*» la SE è invece regolata nell'ordine: «*i) dalle disposizioni di legge degli Stati membri in applicazione di misure comunitarie concernenti specificamente la SE; ii) dalle disposizioni di legge degli Stati membri che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale; iii) dalle disposizioni dello statuto della SE, alle stesse condizioni previste per una società per azioni costituita conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale*». Nonostante il sistema gerarchico delle fonti così delineato appaia a prima vista assolutamente nitido, non è poi però per nulla semplice tracciare con esattezza i confini tra le aree di applicazione del diritto comunitario e quelle dei diritti nazionali<sup>34</sup>.

Per chiarire se il legislatore europeo abbia regolato una materia solo parzialmente o se invece abbia inteso dettare una disciplina esaustiva spesso bisogna ricorrere a complesse operazioni ermeneutiche.

L'esistenza di una lacuna nel regolamento non può dedursi infatti dal semplice confronto con le normative dei singoli Stati membri. E non solo per la facile considerazione che quella stessa disposizione regolamentare che appare completa rispetto a un ordinamento nazionale potrebbe non esserlo rispetto ad un altro; ma, più in generale, perché – come ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia della Comunità europea<sup>35</sup> – l'interpretazione dei testi comunitari non deve in alcun modo dipendere dall'appartenenza dell'interprete ad un dato sistema giuridico. Il reg. SE promana da un ordinamento indipendente, non derivato dai diritti dei singoli Stati membri; e in quanto tale – come del resto qualsiasi altra fonte normativa comunitaria – va apprezzato autonomamente, astraendo il più possibile dalle culture e dai modelli giuridici nazionali nonché, in vista della creazione di un sistema concettuale europeo (appunto) autonomo, valorizzandone specialmente i rapporti con il diritto comunitario

---

<sup>34</sup> Cfr., in particolare, RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 266 ss. e LUTTER, *Einl. SE-VO*, in *SE Kommentar*, cit., 60.

<sup>35</sup> Si vedano, *ex multis*, CGE 8 marzo 1990, *Schwedler c. Parlement*, T-41/89; CGE 19 settembre 2000, *Granducato di Lussemburgo c. Listner*, C-287/98, e ancora da ultimo CGE 3 luglio 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, C-128/11, tutte pubblicate sul sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).



primario e secondario e allo stesso tempo lo scopo perseguito (c.d. interpretazione autonoma europea)<sup>36</sup>.

Lo sforzo interpretativo richiesto è dunque massimo. E neppure le difficoltà si fermano qui.

Quand'anche il reg. SE manchi del tutto di disciplinare una materia e quindi, stando alla gerarchia delle fonti tratteggiata dall'art. 9 reg. SE, debba direttamente trovare applicazione il diritto dello Stato membro in cui la Società Europea ha la sede sociale, resta pur sempre da osservare il principio di prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale. Ciò che impone di verificare puntualmente la compatibilità delle norme di diritto interno che di volta in volta vengono in rilievo con ciascuna delle disposizioni regolamentari, pur se dettate ad altro riguardo, e di disapplicare quelle che vi risultino in contrasto.

Si è ritenuto, ad esempio, che il problema si ponga in relazione alla disciplina tedesca dei gruppi<sup>37</sup>. A questo proposito, infatti, il regolamento resta in silenzio, sicché dovrebbe intervenire il diritto nazionale. Diritto nazionale che in Germania, in particolare, ammette la costituzione di gruppi contrattuali attraverso la stipulazione di contratti di dominio o di trasmissione degli utili; e che in tali casi consente all'impresa dominante di impartire direttive anche pregiudizievoli per la società dipendente (§ 308, *Abs. 1, AktG*) e, correlativamente, obbliga il *Vorstand* di quest'ultima a darvi attuazione (§ 308, *Abs. 2, AktG*), esonerandolo nel contempo dalla responsabilità risarcitoria in cui potrebbe così incorrere (§ 310, *Abs. 3, AktG*). Con lo spogliare gli amministratori della società figlia di un potere decisionale autonomo ed il sottrarli alla normale responsabilità gestoria, i §§ 308 e 310 *AktG* introducono una vistosa deroga alla regola, fissata dal § 76 *AktG*, secondo cui il *Vorstand* amministra la società sotto la propria responsabilità, impermeabile a qualsivoglia ingerenza esterna e sempre esposto al rischio di essere chiamato a rispondere dei danni che abbia arrecato al patrimonio sociale con la propria condotta negligente. Senonché si è osservato che questa disciplina – nonostante il rinvio apparentemente incondizionato che l'art. 9, § 1, lett. *ii*), reg. SE opera alle normative nazionali per i casi in cui il regolamento ometta del tutto di disciplinare una certa materia – non può trovare integrale applicazione alla SE con sede in Germania, perché incompatibile con l'art. 39 reg. SE.

---

<sup>36</sup> Sul tema, in dottrina, cfr. E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008, 275 ss.

<sup>37</sup> Cfr. HOMMELHOFF-TEICHMANN, *Art. 9 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 162 s.; EBERT, *Das anwendbare Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft*, in *BB*, 2003, 1854 ss.; HABERSACK, *Das Konzernrecht der "deutschen" SE*, in *ZGR*, 2003, 724 ss.

L'art. 39 reg. SE, infatti, nel prevedere che l'organo di direzione gestisce la SE sotto la propria responsabilità, intenderebbe – proprio come il § 76 *AktG* (del quale riprende l'esatto tenore letterale) – sia affermare l'esclusiva competenza degli amministratori in materia gestoria e la loro conseguente impermeabilità a direttive provenienti tanto da organi interni alla società (l'organo di vigilanza o l'assemblea) quanto da soggetti diversi (singoli azionisti o finanziatori), sia sancire la loro responsabilità risarcitoria per tutti gli eventuali danni da *mala gestio* derivanti alla società. A differenza del § 76 *AktG*, tuttavia, esso rappresenterebbe una disposizione sovraordinata rispetto ai §§ 308 e 310 *AktG* e perciò, in virtù del principio di prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, insensibile alla loro portata derogatoria.

Val però la pena di osservare che quella proposta dagli interpreti tedeschi non sembra, in realtà, l'unica interpretazione possibile dell'art. 39 reg. SE.

E precisamente, se, da un lato, pare condivisibile una lettura che assegni al termine «responsabilità» il duplice significato di competenza esclusiva e di responsabilità in termini giuridici, dall'altro, il principio di esclusività della funzione gestoria potrebbe essere piuttosto inteso – così come si è prospettato in Italia –, anziché come «regola di impenetrabilità completa della gestione della singola società da parte di elementi esterni», «come mera regola finium regundorum tra amministratori e soci relativamente agli atti di gestione», che vieta l'ingerenza dell'organo assembleare (o di vigilanza) nelle decisioni gestorie, senza però impedire che «il singolo atto amministrativo, così come l'attività di amministrazione [possa] essere «conformato», orientato, indirizzato nel quadro delle linee generali di direzione strategica di gruppo»<sup>38</sup>.

L'accoglimento di questa interpretazione certo non sovvertirebbe il giudizio di incompatibilità rispetto all'art. 39 reg. SE della disciplina tedesca del *Vertragskonzern*: sebbene in tal modo si potrebbe argomentare la non contraddittorietà del potere di direzione strategica dell'impresa dominante con il principio regolamentare dell'esclusività della competenza amministrativa, continuerebbe infatti a contrastare con l'art. 39 reg. SE l'esonero da responsabilità gestoria di cui beneficiano per diritto interno gli amministratori della società dipendente. La lettura proposta consentirebbe però forse di ritenere che, così come le s.p.a. italiane<sup>39</sup>, anche le SE possano concludere contratti c.d. di

---

<sup>38</sup> Così, MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss., 334; e cfr. altresì TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 106 ss.

<sup>39</sup> In questo senso cfr. MONTALENTI, *I gruppi di società*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASO-MONTALENTI, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2010, 1031 ss., spec. 1048; LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico «semplice» e*

dominio debole: contratti che legittimano la società capogruppo all'esercizio di una attività di direzione unitaria e obbligano gli amministratori delle società figlie a osservare le direttive loro impartite, ma solo in quanto rispettose dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, senza dunque sottrarli alla responsabilità risarcitoria per gli atti di *mala gestio*.

Detto (di alcune) delle ragioni che sembrano rendere la Società Europea uno strumento poco attraente agli occhi degli operatori economici, d'altro canto non paiono però da sottovalutare le pur rare regole realmente uniformi introdotte dal legislatore comunitario: in primo luogo, quella che accorda direttamente allo statuto la possibilità di scegliere tra un sistema di amministrazione dualistico e uno monistico (art. 38 reg. SE). Non è infatti del tutto escluso che la Società Europea possa stimolare, quantomeno sotto questo profilo, una convergenza spontanea delle legislazioni nazionali: soprattutto se si considera che la prassi (ormai diffusa) delle c.d. *shelf SE* – società costituite ad opera di imprese specializzate per il tramite di fusioni o trasformazioni artificiose e messe in vendita ad un prezzo pari al capitale sociale versato maggiorato del costo del servizio<sup>40</sup> – consente agli interessati (eventualmente anche persone fisiche) di “accedere” alla Società Europea come ad un qualsiasi tipo sociale di diritto interno, finendo così per mettere l'una in diretta competizione con gli altri.

Invero, un primo passo in questa direzione è già stato mosso. E a compierlo è stato, precisamente, il legislatore italiano quando nel 2003, dichiarando espressamente di ispirarsi allo Statuto di Società Europea<sup>41</sup>, ha riconosciuto alle stesse società per azioni di diritto interno la possibilità di scegliere fra tre diversi sistemi di amministrazione e controllo: il modello tradizionale, il dualistico ed il monistico. Ma neppure è da ritenersi remota l'ipotesi che una simi-

---

«qualificato» (bancario). *Prime riflessioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa e Portale, t. 4, Torino, 2007, 1103 ss.; TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 739; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., t. 3, 833 ss.; *contra* GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 86 ss.

<sup>40</sup> In argomento, cfr. MCCAHERY-VERMEULEN, *Understanding Corporate Mobility in the EU Towards the Foundations of a European 'Internal Affairs Doctrine'*, Working Paper, 2007, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), spec. 19 ss.; ROELOFS, *Shelf SEs and Employee Participation*, in *European Company Law*, 2007, v. 7, 120 ss.; RINGE, *The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment*, Working Paper, 2007, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

<sup>41</sup> Si veda la *Relazione ministeriale al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Gazz. Uff. n. 17 del 22 gennaio 2003 – Supplemento ordinario n. 8*, § 6.

le alternativa venga in futuro introdotta anche in Germania, atteso che quasi la metà delle SE “tedesche”<sup>42</sup> ha optato per il modello monistico, dando così prova, se non di un certo malcontento rispetto al tradizionale schema fondato sulla rigida distinzione tra *Vorstand* e *Aufsichtsrat*, perlomeno della concreta esistenza di esigenze alle quali si confà maggiormente la presenza di un unico organo gestorio, composto di amministratori esecutivi e non<sup>43</sup>.

In questa prospettiva, la Società Europea potrebbe, in definitiva, preparare il terreno all’approvazione di una direttiva che introduca la possibilità per tutte le società azionarie con sede negli Stati membri di scegliere tra due modelli di governo societario, la cui necessità, dopo il fallimento della proposta di Quinta direttiva, è stata di nuovo rilevata dalla Commissione Europea in una comunicazione del maggio 2003<sup>44</sup>, ribadita nel 2006 da una risoluzione del Parlamento Europeo<sup>45</sup> e ancora di recente prospettata alla Commissione dal *Reflection*

---

<sup>42</sup> Si tratta precisamente di 152 delle 334 SE costituite in Germania al 20 dicembre 2016: cfr. SCHUBERTH, *Zehn Jahre “deutsche SE” – Eine Bestandsaufnahme*, in *AG*, 2014, 439 ss., 442.

<sup>43</sup> LUTTER, *Einl. SE-VO*, in *SE Kommentar*, cit., 62 s. ritiene che il sistema monistico porti con sé molteplici vantaggi, e segnatamente: (i) che consenta un miglior flusso informativo tra soggetti deputati all’amministrazione e soggetti incaricati del controllo; (ii) che, distinguendo tra *geschäftsführenden* e *nicht-geschäftsführenden Gesellschaftungs- ratsmitgliedern* (§ 40 *SEAG*), avvicini la Società Europea a struttura monistica alla *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* e così offra la possibilità di disporre di un tipo sociale che associa alla struttura personalistica delle s.r.l. i vantaggi della società azionaria, possibilità particolarmente allettante per le imprese a carattere familiare (come dimostra, peraltro, l’adozione del modello monistico da parte della CONRAD Holding SE e della Benckiser SE, ambedue medie imprese familiari, che hanno investito della carica di *geschäftsführend Direktor* proprio un membro della famiglia: cfr. REICHERT, *Experience with the SE in Germany*, in *Utrecht Law Review*, 2008, 22 ss., spec. 30); (iii) che permetta di adottare il c.d. *CEO-Modell* di stampo americano e dunque di prevedere che una sola persona ricopra le cariche di presidente dell’organo amministrativo (*chairman of the board*) e di amministratore delegato (*chief executive officer*): ciò che consente evidentemente una maggiore concentrazione del potere, opportunità, questa come la precedente, che potrebbe risultare particolarmente utile alle società familiari; (iv) che consenta di ridurre il numero dei membri dell’organo gestorio, e pertanto di facilitare la conduzione dell’impresa nonché di risparmiare sui costi di gestione. E si veda altresì SCHUBERTH, *Zehn Jahre “deutsche SE” – Eine Bestandsaufnahme*, cit., 439 s., secondo il quale la facoltà di adottare il sistema monistico rappresenterebbe addirittura la principale ragione del (relativa) successo della SE in Germania, prima ancora della possibilità di introdurre un sistema di *Mitbestimmung* più flessibile rispetto a quello di diritto interno e di avvalersi della c.d. “*European corporate identity*”.

<sup>44</sup> *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 21 maggio 2003. – Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell’Unione Europea. Un piano per progredire*, in *Riv. soc.*, 2004, 568 ss.

<sup>45</sup> *Risoluzione del Parlamento Europeo sui recenti sviluppi e le prospettive in materia di di-*

*Group On the Future of EU Company Law*<sup>46</sup> e da ultimo, di nuovo, dallo stesso Parlamento<sup>47</sup>. In sede legislativa, potrebbero essere recuperate anche quelle che – come si vedrà nel corso di questo lavoro – parrebbero le poche altre regole uniformi dettate dal regolamento SE.

### 3. Il trasferimento della sede sociale

L'art. 8 reg. SE consente alla Società Europea di trasferire la propria sede statutaria<sup>48</sup> da uno Stato membro ad un altro senza passare attraverso lo scioglimento e la costituzione di una nuova persona giuridica. E così facendo, la dota di un grado di mobilità transfrontaliera superiore a quello di cui beneficiano le società di diritto interno. Per queste, infatti, il trasferimento della sede all'estero è operazione ancora assai onerosa atteso che i legislatori nazionali, timorosi di perdere materia imponibile, vi associano generalmente la necessità di procedere alla liquidazione della società e alla sua ricostituzione nel Paese di destinazione<sup>49</sup>.

Val però la pena di osservare che siffatta disparità di trattamento sembrerebbe destinata a venir meno dopo che la Corte di giustizia CE ha affermato che la libertà di stabilimento di cui all'art. 54 TFUE autorizza le società nazionali a trasferire la sede legale da uno Stato dell'Unione ad un altro e ad assoggettarsi al relativo diritto senza che i legislatori degli Stati membri possano imporre loro lo scioglimento<sup>50</sup> e che, dopo la decisione del Commissario

---

ritto societario n. 2006/2051 (INI), in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0295+0+DOC+XML+V0//IT>.

<sup>46</sup> *Reflection Group On the Future of EU Company Law*, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf), 55 ss.

<sup>47</sup> *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 giugno 2012 sul futuro del diritto societario europeo – 2012/2669 (RSP)*, consultabile al link [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0259+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0259+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT).

<sup>48</sup> La versione italiana parla genericamente di sede sociale, la tedesca di sede («Sitz») ma è pacifico che, come risulta dalla versione francese («siège statutaire»), il regolamento si riferisca alla sede statutaria, e cioè al luogo che risulta dallo statuto e che individua l'ufficio del registro delle imprese presso il quale deve avvenire l'iscrizione della società: cfr. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, 74 e ZIMMER – RINGE, *Art. 7 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 124.

<sup>49</sup> Sul punto, per tutti, MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 61 ss.

<sup>50</sup> CGE 16 dicembre 2008, caso «Cartesio», C-210/06, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), nonché in

McCreevy di abbandonare i lavori della Quattordicesima direttiva<sup>51</sup>, il Parlamento europeo ancora di recente ha rinnovato con vigore «*il proprio invito alla Commissione affinché presenti una proposta legislativa in cui si definiscano misure intese a facilitare la mobilità transfrontaliera delle società all'interno dell'Unione europea (quattordicesima direttiva sul diritto societario relativa al trasferimento transfrontaliero della sede di una società)*»<sup>52</sup>: esortazione alla quale la Commissione ha risposto nel 2012 preannunciando l'avvio di una consultazione pubblica per l'aggiornamento di quella valutazione d'impatto che nel 2007 aveva dissuaso McCreevy dal procedere con un'iniziativa legislativa<sup>53</sup>.

Di converso, a differenza di quanto ammettono taluni legislatori europei<sup>54</sup>, il reg. 2157/2001 non consente alla SE di trasferire la sola sede amministrativa e restare soggetta – seppur sempre soltanto in via sussidiaria – alla legge dello Stato in cui ancora si trovi la sede statutaria. L'art. 7 reg. SE stabilisce che la sede statutaria deve essere posta nel medesimo Stato membro dell'amministrazione centrale. E per il caso in cui venga meno tale coincidenza l'art. 64 reg. SE obbliga la SE a regolarizzare tempestivamente la sua posizione ristabilendo l'amministrazione centrale nello Stato membro della sede statutaria oppure procedendo al trasferimento formale di quest'ultima, pena la liquidazione della società. Già spogliata della veste di istituto di diritto materiale uniforme, la Società Europea sembra così perdere, all'opposto, anche l'occasione di servire agli operatori economici da agile veicolo di arbitraggio normativo<sup>55</sup>. Per-

---

*Giur. it.*, 2009, 1169, (solo massima) con nota redazionale e in *Giur. comm.*, 2009, II, 597 (solo massima), con commento di MANZINI-F.M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, 614 ss., punto 113.

<sup>51</sup> Cfr. *Speech by Commissioner McCreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee*, del 3 ottobre 2007, SPEECH/07/592, consultabile al link <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/592> e, in proposito, VOSSESTEIN, *Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive*, in *Utrecht Law Review*, 2008, 53 ss.

<sup>52</sup> *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 giugno 2012 sul futuro del diritto societario europeo – 2012/2669(RSP)*, cit., punto 7.

<sup>53</sup> V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni “*Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*” del 12 dicembre 2012, COM(2012)740, 13.

<sup>54</sup> Fra cui, anzitutto, il legislatore britannico: cfr. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 66 ss.

<sup>55</sup> Per la nozione di arbitraggio normativo si veda L. ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società Europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, 375 ss., 376 e nota 8,

ché se è vero che la possibilità di trasferire la sede statutaria senza passare attraverso lo scioglimento e la ricostituzione della società nello Stato di destinazione agevola il mutamento dello statuto legale sussidiario, la necessaria coincidenza di sede statutaria e amministrazione centrale impone che al trasferimento della prima si accompagni quello della seconda: operazione che parrebbe implicare costi tali da scoraggiare l'impiego della SE come strumento di selezione dell'ordinamento societario ritenuto più vantaggioso. Così, per lo meno, se si ritiene – in linea con gli interpreti tedeschi – che il luogo dell'amministrazione centrale coincida con quello in cui le decisioni fondamentali di direzione dell'impresa sono tradotte in atti di gestione corrente<sup>56</sup> e non semplicemente con quello in cui l'organo amministrativo si riunisce e fissa le linee essenziali di direzione strategica: invero, se intesa in questa seconda accezione, la sede amministrativa, grazie alle moderne tecniche di telecomunicazione, potrebbe essere stabilita in un qualsiasi Stato membro senza particolari costi o difficoltà operative.

La stessa *ratio* della disposizione che vuole la sede statutaria e l'amministrazione centrale ubicate nel medesimo Stato sembrerebbe però deporre a favore della prima delle due letture prospettate.

A ben vedere, infatti, la previsione di cui all'art. 7 reg. SE fa sì che lo statuto legale sussidiario della Società Europea sia definito dalla legge del Paese in cui ne è posta la sede amministrativa, nonostante l'art. 9 reg. SE disponga che agli aspetti non disciplinati dal regolamento si applichi la legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale. In altre parole, l'art. 7 reg. SE sopravanza la formale adozione del criterio internazionalprivatistico dell'incorporazione e conduce ad un risultato affatto analogo a quello che si trarrebbe dall'applicazione della teoria della sede reale, con la quale dovrebbe allora con-

---

ove l'Autore rinvia a S. WOOLCOCK, *Competition among rules in the single European market*, in W. BRATTON-J. MCCAHERY-S. PICCIOTTO-C. SCOTT, *International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Oxford, 1996, 298, secondo il quale per arbitraggio normativo deve intendersi «*the action taken by market operators in selecting the best location for investment or economic activity depending on the local regulatory environment*» nonché sul tema, da ultimo, ENRIQUES-ZORZI, *Armonizzazione e arbitraggio normativo nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2016, 775 ss.

<sup>56</sup> È la c.d. *Sandrock'sche Formel* per la prima volta teorizzata in SANDROCK, *Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen*, in *Festschrift Beitzke*, Berlin, 1979, 669 ss., 683 e oggi condivisa da dottrina e giurisprudenza: cfr. *BGH*, 21 marzo 1986 – V ZR 10/85, in *BGHZ* 97, 1986, 269 e in *BB*, 1986, 2154; EHRIKKE, § 45, in *Großkomm AktG*, Berlin, 2003, 128 ss.; ZIMMER-RINGE, *Art. 7 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 125; ZIMMER, *Einleitung GesR*, in K. SCHMIDT-LUTTER (a cura di), *AktG*, Köln, 2008, 134 ss. nonché, in Italia, F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 56.

dividere anche l'obiettivo: offrire maggiore tutela a coloro che entrano in contatto con la società (in particolare: azionisti di minoranza, creditori e lavoratori) attraverso il rinvio al diritto loro più "vicino"<sup>57</sup>. Obiettivo che sembrerebbe però potersi invertere soltanto a condizione che s'identifichi la sede amministrativa con il luogo in cui si dà corso al *day to day management* e risiede dunque la gran parte degli interessi coinvolti dall'attività sociale.

D'altra parte, l'esigenza di tutela degli azionisti di minoranza, dei creditori e dei lavoratori anima l'intera disciplina della procedura di trasferimento della sede della Società Europea.

Questa ha inizio con la predisposizione da parte dell'organo gestorio di un progetto di trasferimento e di una relazione che illustri gli aspetti giuridici ed economici dell'operazione e ne spieghi, in particolare, le conseguenze per azionisti, creditori e lavoratori.

Almeno due mesi prima della delibera dell'assemblea, la proposta di trasferimento e la relazione devono essere pubblicate secondo le modalità previste dalla legge dello Stato in cui la SE ha ancora sede in conformità alla direttiva 68/151/CEE nonché, almeno un mese prima di quella stessa data, depositate presso la sede sociale: durante questo periodo gli azionisti e i creditori possono esaminarle e chiederne copia (gratuita).

Il trasferimento deve essere deciso dall'assemblea con la maggioranza rafforzata prescritta dall'art. 59 reg. SE.

Il § 5 dell'art. 8 prevede inoltre che gli Stati possano adottare provvedimenti volti a garantire un'adeguata protezione degli interessi degli azionisti di minoranza che si siano pronunciati contro il trasferimento: possibilità che non è stata sfruttata dal Regno Unito, ma di cui la Germania (§ 12 *SEAG*<sup>58</sup>) e la Francia (*art. L229-2 cod.comm.*<sup>59</sup>), in particolare, hanno approfittato per riconoscere agli azionisti dissenzienti il diritto di recedere dalla società. In ciò il reg. SE differisce dunque dal reg. SCE, dove è direttamente il legislatore comunitario ad assegnare ai soci contrari al trasferimento della sede il diritto di recedere dalla società (art. 7, § 5), lasciando così trasparire di considerare non delegabile ai legislatori nazionali la valutazione circa la sussistenza o meno in

---

<sup>57</sup> EHRICKE, § 45, in *Großkomm AktG*, cit., 127 s.; ZIMMER, *Einleitung GesR*, in K. SCHMIDT-LUTTER (a cura di), *AktG*, cit., 134; ZIMMER-RINGE, *Art. 7 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 134; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 55.

<sup>58</sup> *SE-Ausführungsgesetz*, e precisamente *Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)* del 22 dicembre 2004.

<sup>59</sup> In Francia la Società Europea è disciplinata in un *chapitre* dello stesso *code de commerce* introdotto dalla *Loi n. 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie*.



capo ai soci di minoranza di interessi meritevoli di tutela. Tale il reg. SE mostra invece di ritenere soltanto l'apprezzamento della necessità di garantire ai creditori sociali una specifica protezione: al § 7 stabilisce infatti che «*la SE deve fare in modo che, per quanto riguarda le passività che possono essere sorte prima della pubblicazione del progetto di trasferimento, gli interessi dei creditori e dei titolari di altri diritti nei confronti della SE (inclusi quelli degli enti pubblici) siano stati adeguatamente tutelati*» e agli Stati membri demanda la sola definizione delle modalità di attuazione della tutela.

A questo compito i legislatori francese, tedesco e britannico hanno ottemperato con previsioni che parrebbero riflettere in modo paradigmatico la diversità delle rispettive culture giuridiche. E precisamente, se l'*art. L229-2, al. 6, cod. comm.* assegna ai creditori anteriori al trasferimento la facoltà di opporsi all'operazione così da ottenere dal tribunale la condanna della società al pagamento del debito o alla costituzione di garanzie in loro favore e, in modo non così dissimile, il § 13, *Abs. 1, SEAG* riconosce loro il diritto di pretendere dalla società l'immediato soddisfacimento della pretesa o, qualora questa non sia ancora esigibile, la prestazione di un'adeguata garanzia, a patto che dimostrino che il trasferimento della sede mette in pericolo la loro posizione creditoria, l'*art. 72 EPLLCR 2004*<sup>60</sup> – in linea con la valorizzazione della trasparenza informativa tipicamente anglosassone – si accontenta di obbligare i componenti dell'organo gestorio alla redazione di uno *statement of solvency* in cui dichiarino, da un lato, di ritenere che, alla luce della situazione finanziaria della società immediatamente successiva alla data in cui il trasferimento è stato proposto, non sussistono ragioni per cui la SE potrebbe non essere capace di pagare i suoi debiti e, dall'altro, che la società sarà in grado di esercitare l'attività anche l'anno successivo all'operazione.

Prima che il trasferimento della sede sociale possa essere attuato è però necessario, ai sensi del § 8, che nello Stato membro in cui la SE ha ancora sede un organo giurisdizionale, un notaio o altra autorità competente rilasci un certificato attestante l'adempimento di tutti gli atti e le formalità preliminari al trasferimento: questa incombenza spetta al notaio in Francia (*art. L229-2, Al. 7, cod. comm.*), al *Secretary of State* nel Regno Unito (*art. 11 EPLLCR 2004*) e all'ufficio del registro in Germania (§ 13, *Abs. 3, SEAG*).

In seguito alla presentazione di tale certificato e all'espletamento delle necessarie formalità può dunque aver luogo l'iscrizione della Società Europea nel registro dello Stato in cui è situata la nuova sede sociale. Da questo momento il trasferimento della sede diventa efficace. Tuttavia, finché l'ufficio del

---

<sup>60</sup> *Statutory Instrument "European Public Limited-Liability Company Regulations"*, n. 2326 del 6 settembre 2004.

registro presso il quale è stata effettuata la nuova iscrizione non la notifica al corrispondente ufficio dello Stato di provenienza e quest'ultimo non provvede a cancellare la precedente iscrizione e a darvi pubblicità, i terzi possono continuare a riferirsi alla vecchia sede, se la società non dimostra che essi erano comunque a conoscenza dell'avvenuto trasferimento<sup>61</sup>.

Il § 16 stabilisce, infine, che «una SE che abbia trasferito la sede sociale in un altro Stato membro è considerata, rispetto a qualsiasi controversia anteriore al trasferimento [...], come avente la sede sociale nello Stato membro in cui la SE era iscritta prima del trasferimento, anche se essa è chiamata in giudizio dopo quest'ultimo». E ciò, a prima vista, con il risultato di introdurre un correttivo alla regola fissata dal reg. 44/2001 secondo cui il potere di decidere le cause in cui sia convenuta una società spetta al giudice dello Stato membro in cui essa abbia la propria sede statutaria, l'amministrazione centrale o il suo centro d'attività principale (artt. 2, § 1, e 60, § 1). La portata di questo correttivo non è tuttavia chiara, perché non perspicuo è il significato dell'espressione «*controversia anteriore al trasferimento*».

In primo luogo, potrebbe ipotizzarsi che il legislatore comunitario abbia inteso riferirsi a tutte (e soltanto) quelle controversie instaurate innanzi all'autorità giudiziaria prima del trasferimento della sede al solo scopo di ribadire l'applicazione alle cause attivate contro una SE del principio di economia processuale in base al quale il mutamento di sede successivo alla proposizione della domanda è irrilevante ai fini dell'individuazione del giudice provvisto di potestà giurisdizionale (c.d. *perpetuatio iurisdictionis*). Sennonché a smentire questa interpretazione parrebbe la stessa lettera del § 16 quando prevede l'operatività della *fiction iuris* anche nel caso in cui la società sia chiamata in giudizio dopo l'operazione di trasferimento della sede<sup>62</sup>.

Due sembrano allora restare le possibili letture: una che qualifichi come anteriori al trasferimento della sede le controversie fondate su pretese che, prima di quella data, siano state oggetto di contestazione tra le parti<sup>63</sup>; ed un'altra

---

<sup>61</sup> Il § 14 prevede inoltre che «la legge di uno Stato membro può prevedere, per le SE registrate in quest'ultimo, che un trasferimento di sede sociale che comporti un cambiamento della legge applicabile non abbia effetto se un'autorità competente dello Stato suddetto vi fa opposizione nel termine di due mesi di cui al § 6 [dalla pubblicazione del progetto]», con la precisazione che «l'opposizione può essere promossa soltanto per motivi di interesse pubblico»: di tale facoltà ha fatto uso soltanto il legislatore inglese all'art. 58 EPLLCR 2004.

<sup>62</sup> Cfr. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 130 s.

<sup>63</sup> M. COLANGELO, *La «Società Europea» alla prova del mercato comunitario delle regole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 147 ss., 163 s.

che faccia invece dipendere l' anteriorità della controversia dal semplice verificarsi dei fatti costitutivi della pretesa in un momento antecedente al trasferimento della sede. Entrambe, peraltro, parrebbero supportate dal dato letterale: le versioni italiana e francese, con l'impiego dei sostantivi «controversia» e «litige», sembrerebbero invero suggerire la necessità che prima del trasferimento della sede si sia già in qualche modo manifestato – magari con la messa in mora della società debitrice – il disaccordo delle parti, inducendo quindi a preferire la prima soluzione<sup>64</sup>; mentre i testi tedesco ed inglese parrebbero indicare la seconda alternativa, allorché si riferiscono ad «*alle Forderungen, die vor dem Zeitpunkt der Verlegung [...], entstanden sind*» e ad «*any cause of action arising prior to the transfer*».

La scelta dell'una o dell'altra interpretazione sembrerebbe così, in definitiva, dipendere dalla *ratio* che si scorga a fondamento della previsione del § 16.

Potrebbe infatti ritenersi che con questa disposizione il legislatore comunitario abbia inteso tutelare l'affidamento di azionisti e creditori nella permanenza di ogni eventuale futura controversia con la SE sotto la giurisdizione del giudice che ne è provvisto al tempo della nascita del rapporto a monte; ed allora credere che la *factio iuris* debba applicarsi a tutte le controversie fondate su pretese i cui fatti costitutivi si siano verificati prima del trasferimento della sede<sup>65</sup>. Oppure, in alternativa, potrebbe assegnarsi alla norma in esame il più limitato obiettivo di proteggere soci e creditori da eventuali abusi della società, e in particolare dal rischio che questa, approfittando della relativa facilità della procedura di trasferimento della sede, vi ricorra al solo scopo di assoggettarsi alla giurisdizione di un altro Stato membro e di rendere in tal modo più difficile e onerosa la tutela giurisdizionale delle pretese vantate nei suoi confronti. Obiettivo per il cui raggiungimento potrebbe, invece, considerarsi sufficiente l'inclusione nel campo applicativo della norma delle sole controversie fondate su pretese (quantomeno) contestate alla società prima del trasferimento della sede.

#### 4. La costituzione. Disposizioni generali

Se si eccettua il caso – ammesso dall'art. 3, § 2, reg. SE – in cui sia una Società Europea a dar vita ad un'altra SE sotto forma di affiliata, il regolamen-

---

<sup>64</sup> Nel senso, invece, che anche il tenore letterale del testo francese, insieme all'inglese e alla tedesca, induce a credere che «*la norma abbraccia tutte le pretese sorte (secondo le allegazioni dell'attore) in base a fatti antecedenti al trasferimento di sede [...]*» F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 131.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

to 2157/2001 prevede che una Società Europea possa essere costituita esclusivamente attraverso il compimento da parte di società già esistenti, create secondo il diritto di uno Stato membro<sup>66</sup>, di tipiche operazioni intracomunitarie di ristrutturazione aziendale: la fusione, la creazione di una *holding* o di un'affiliata comune, la trasformazione (art. 2 reg. SE).

Una Società Europea non può, quindi, vedere la luce per mano diretta di una o più persone fisiche. Scelta, questa, che si spiega con la volontà degli Stati membri di impedire agli operatori economici nazionali di poter immediatamente disporre dei vantaggi propri del tipo sociale comunitario, e soprattutto della sua spiccata mobilità transfrontaliera<sup>67</sup>; ma che, in verità, sembrerebbe già vanificata dal proliferare delle *shelf* SE: si pensi che, in base agli ultimi dati disponibili, al 21 marzo 2014 circa i tre quarti delle 2125 SE esistenti erano rappresentati da SE di tale origine<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> In particolare, può trattarsi di società costituite in Stati che accolgono la teoria della sede reale e che quindi devono avere la sede amministrativa nel medesimo Stato di quella statutaria oppure di società create in Stati che accolgono la teoria dell'incorporazione e dunque legittimate a porre l'amministrazione centrale tanto nell'ordinamento natale quanto in uno straniero. In questa seconda ipotesi, se la sede amministrativa è posta in un altro Stato dell'Unione, la natura intracomunitaria dell'operazione di costituzione della SE resta intatta (sebbene, a ben vedere, qualora l'amministrazione centrale di una società partecipante alla costituzione della SE si trovasse nel medesimo Stato della sede amministrativa dell'altra società partecipante, la natura transfrontaliera dell'operazione non potrebbe in realtà che dirsi meramente formale). La dimensione comunitaria dell'operazione di costituzione della SE parrebbe, viceversa, inevitabilmente intaccata nella sostanza allorché la sede amministrativa di una delle società coinvolte si trovi in uno Stato extracomunitario. Ciò nondimeno, il legislatore comunitario non arriva a vietare ad una società "cittadina" dell'Unione ma "residente" in territorio extracomunitario di partecipare alla creazione di una SE, né provvede ad introdurre direttamente dei limiti. All'art. 2, § 5, autorizza però i legislatori nazionali (interessati) a condizionare tale partecipazione alla circostanza che la società «*presenti un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro*»: legame che, in base al considerando 23, deve ritenersi esistente quando la società abbia in uno Stato membro una succursale per il cui tramite compia effettivamente operazioni. È interessante notare che fra gli Stati membri che accolgono la teoria dell'incorporazione gli unici a non aver esercitato l'opzione regolamentare parrebbero l'Olanda e l'Estonia; ne hanno usufruito invece la Gran Bretagna (art. 55 *EPLLCR*), Cipro (sec. 14 *SE Regulations* 98/2006), la Danimarca (art. 4 *Consolidated SE Act* 654/2006), la Finlandia (art. 3 *European Companies Act* 624/2006) e la Svezia (§ 4 *Log om Europabolag* 575/2004). Per una panoramica delle diverse norme di conflitto accolte negli Stati membri in tema di società cfr. RAMMELOO, *Corporations in private international law*, Oxford, 2001, 95 ss.

<sup>67</sup> WERLAUFF, *The law of the European Company*, in *EBLR*, 2003, 85 ss., 91; CASPER, *Erfahrungen und reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge*, cit., 191; GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 2011, 632.

<sup>68</sup> I dati si trovano in CARLSON-KELEMEN-STOLLT, *Overview of current state of SE foun-*

Le ragioni di questo fenomeno possono facilmente comprendersi se si considera che il legislatore comunitario, non accontentandosi di precludere alle sole persone fisiche la costituzione di una Società Europea, accorda questa possibilità unicamente a società riconducibili a limitati tipi sociali e caratterizzate da un certo grado di “internazionalità”, con il risultato di complicarne a dismisura il concreto esercizio. E in particolare, per un verso, l’art. 2 reg. SE prevede che la costituzione di una SE *holding* possa essere promossa soltanto da società per azioni e a responsabilità limitata mentre quella mediante fusione e trasformazione addirittura esclusivamente da società per azioni: unica eccezione è data dalla costituzione di una SE affiliata comune, consentita a qualsiasi società commerciale o ad altra entità giuridica di diritto pubblico o privato. Per altro verso, poi, lo stesso articolo aggiunge che le società partecipanti alla fusione debbano essere soggette alle leggi di (almeno due) Stati membri diversi; che quelle promotrici della nascita di SE *holding* o affiliate comuni che non siano soggette alla legge di Stati membri differenti debbano avere da almeno due anni un’affiliata o (perlomeno) una succursale situata in un altro Stato membro; e, infine, che le società intenzionate a trasformarsi in SE debbano avere da almeno due anni un’affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro<sup>69</sup>.

---

*ding in Europe*, in <http://ecdb.worker-participation.eu>. Merita peraltro osservare che all’ampia diffusione di queste SE “ready-made” ha senz’altro contribuito in misura considerevole la nascita di “negozi” online, quali il tedesco [www.foratis.com](http://www.foratis.com) ed il ceco [www.smartcompanies.cz](http://www.smartcompanies.cz), facilmente accessibili anche da parte di quegli investitori extracomunitari desiderosi di entrare nel mercato europeo avvalendosi di un’immagine (per così dire) domestica.

<sup>69</sup> I molteplici limiti frapposti alla costituzione della Società Europea hanno formato oggetto di aspre critiche: cfr., in particolare, CASPER, *Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge*, cit., 219, che auspica una riforma del regolamento 2157/2001 che consenta la costituzione *ex nihilo* della SE e, in Italia, LAMANDINI, voce *Società Europea*, cit., 1118, il quale osserva che tali limitazioni, oltre a presentare «una ratio discutibile sul piano della politica del diritto», «prestano [...] il fianco a facili elusioni», tenuto conto che «non è richiesto che le società partecipanti alla costituzione della SE siano tra loro indipendenti [...], di modo che, nel quadro di una razionale strategia di gruppo, la società nazionale che intenda avvalersi dello statuto della società europea sia in grado di programmare, con modesto anticipo temporale, l’adozione dello stesso, facendolo precedere, nei tempi richiesti dal regolamento, dalla mera costituzione di una controllata all’estero». A quelle degli studiosi si sono aggiunte peraltro anche le censure degli operatori economici, come risulta dagli esiti della consultazione pubblica lanciata il 23 marzo 2010 dalla Direzione Generale Mercato Interno e Servizi della Commissione UE, che fra i principali ostacoli alla creazione di una SE ha evidenziato l’impossibilità per le società a responsabilità limitata di dare direttamente vita ad una Società Europea mediante fusione o trasformazione, l’irrealizzabilità di una SE tramite scissione transfrontaliera nonché l’eccessivo rigore del requisito in base al quale le società che intendono costituire una SE devono aver avuto un’affiliata o una succursale per almeno due anni prima dell’operazione (*Relazione della commissione al parlamento europeo e*

La disciplina analitica di ciascuna di queste modalità costitutive è contenuta nel titolo II del regolamento. Essa è però preceduta da alcune regole generali, (curiosamente) sparse tra la fine del primo titolo e l'inizio del secondo, riguardanti la pubblicità dell'atto costitutivo ed i suoi effetti. Si tratta di regole che richiamano in larga misura le disposizioni nazionali attuative della direttiva 68/151/CEE (c.d. prima direttiva societaria), ma che nondimeno presentano talune peculiarità.

Così, l'art. 12 reg. SE, dopo aver previsto al § 1 che la SE – al pari di qualsiasi società di diritto interno – deve essere iscritta nel registro designato dalla legge dello Stato della sede conformemente all'art. 3 direttiva 68/151/CEE, nel successivo § 2 condiziona l'iscrizione all'osservanza delle disposizioni specificamente dettate dalla direttiva 2001/86/CE a tutela dei diritti dei lavoratori. E ancora, se gli artt. 13 e 15, § 2 reg. SE prescrivono che dell'iscrizione dell'atto costitutivo debba essere data pubblicità secondo le medesime modalità indicate dalla legislazione dello Stato in cui la SE ha la sede in attuazione della direttiva 68/151/CEE, l'art. 14 reg. SE aggiunge che tale iscrizione deve altresì formare oggetto di comunicazione pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. In ogni caso, però, tanto questa forma pubblicitaria quanto quella nazionale hanno valenza esclusivamente informativa. Ai sensi dell'art. 16, § 1, reg. SE, infatti, la Società Europea acquista personalità giuridica con l'iscrizione nel registro *ex art. 3, § 1, direttiva 68/151/CEE*: sicché, qualora prima di tale adempimento siano compiuti atti in nome della società e questa, una volta nata, non assuma gli obblighi che vi derivino, ne restano solidalmente e illimitatamente responsabili, salvo convenzione contraria, le persone fisiche, le società o le altre entità giuridiche che li hanno compiuti (art. 16, § 2, reg. SE).

#### **4.1. La costituzione mediante fusione.**

La disciplina regolamentare della costituzione della SE mediante fusione può essere idealmente scomposta in due gruppi di norme: uno che ricalca per lo più il contenuto della direttiva 78/855/CEE «relativa alle fusioni delle società per azioni» (c.d. terza direttiva societaria); ed un altro che procede dal carattere transfrontaliero della fusione e detta una serie di regole (in larga parte di conflitto) che anticipano quelle poi accolte nella direttiva 2005/56/CE «relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali» (c.d. decima direttiva societaria)<sup>70</sup>.

Al secondo gruppo di norme citato sono invece riconducibili – come detto –

---

*al consiglio “Applicazione del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell’8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE)”*, cit., 7).

<sup>70</sup> Cfr. GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., 632.

alcune disposizioni di matrice internazionalprivatistica: l'art. 24 reg. SE, ai sensi del quale in relazione alla tutela degli interessi dei creditori, degli obbligazionisti e dei portatori di altri titoli diversi dalle azioni delle società che si fondono trova applicazione la legge dello Stato membro cui è soggetta ciascuna società; nonché gli artt. 25 e 26 reg. SE, ove è previsto che il controllo di legittimità della fusione sia effettuato *«per quanto attiene alla procedura relativa a ciascuna società che si fonde conformemente alla legislazione applicabile in caso di fusione di società per azioni nello Stato membro cui la società che partecipa alla fusione è soggetta»* mentre, *«per quanto attiene alla procedura relativa alla fusione e alla costituzione della SE, da un organo giurisdizionale, da un notaio o altra autorità competente nello Stato membro della futura sede della SE a cui compete il controllo di questo aspetto della legittimità della fusione delle società per azioni»*.

Resta invece ai margini di questa ricostruzione l'art. 30 reg. SE, secondo cui la fusione non può più essere dichiarata nulla una volta divenuta efficace. È questa, infatti, una disposizione che introduce un regime di nullità più restrittivo di quello previsto dalla terza direttiva, senza però che tale scostamento – benché replicato dalla decima direttiva – possa dirsi specificamente dipendere dalla natura transfrontaliera della fusione: esso, invero, parrebbe piuttosto da correlare ad un'accresciuta sensibilità del legislatore comunitario alle istanze di certezza del diritto – in linea, del resto, con l'atteggiamento già assunto in proposito da taluni legislatori nazionali, come l'italiano ed il tedesco (art. 2504 *quater*, primo comma, c.c. e § 20, *Abs. 2, UmwG*).

L'art. 30 reg. SE, peraltro, diversamente sia dalla terza che dalla decima direttiva, stabilisce al § 2 che *«la mancanza di un controllo di legittimità della fusione ai sensi degli artt. 25 e 26 può essere annoverata tra i motivi di scioglimento della SE»*. Questa previsione dà tuttavia adito ad almeno due questioni interpretative.

La prima attiene al fatto che dal tenore letterale dell'art. 30 reg. SE non è dato capire se ai fini dell'operatività della causa di scioglimento sia necessario che difettino ambedue i controlli considerati dagli artt. 25 e 26 reg. SE ovvero sia sufficiente il mancato compimento di uno solo dei due.

La seconda riguarda invece il significato della locuzione verbale «può essere annoverata». La vaghezza di questa espressione non consente infatti di dire con certezza se il legislatore comunitario abbia inteso condizionare l'inclusione della mancanza di tali controlli fra le cause di scioglimento della SE alla circostanza che così sia stabilito (*i*) dai legislatori nazionali con disposizione specificamente dettata per la SE, (*ii*) dalla legge applicabile alle società di diritto interno dello Stato della sede della SE o, piuttosto, (*iii*) direttamente dall'autonomia statutaria. Anche se, in realtà, a sconsigliare le prime due inter-

pretazioni sembrerebbero comunque concorrere ragioni di ordine sistematico, se si considera, per un verso, che il regolamento, ogni qualvolta ha inteso demandare agli Stati membri la scelta in merito all'adozione di una certa regola, lo ha fatto indicandoli esplicitamente come destinatari dell'autorizzazione e, per altro verso, che alla conclusione prospettata *sub (ii)* ugualmente si perverrebbe in base al solo art. 63 reg. SE, il quale già prevede che in tema di scioglimento la Società Europea sia «*soggetta alle disposizioni legislative che sarebbero applicabili se essa fosse una società per azioni costituita conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SE ha sede sociale*»<sup>71</sup>.

#### **4.2. La costituzione di una SE holding o affiliata comune.**

La procedura di costituzione di una SE *holding*, almeno per quanto riguarda la fase decisoria, è analoga a quella della costituzione per fusione. Come quest'ultima, infatti, essa implica: la predisposizione da parte degli organi amministrativi delle società promotrici di un progetto di costituzione da pubblicare secondo le modalità previste dalla legge di ciascuno Stato membro conformemente all'art. 3 direttiva 68/151/CEE (art. 32, § 2, reg. SE); la redazione ad opera di uno o più esperti indipendenti di una relazione scritta destinata agli azionisti (art. 32, § 4, reg. SE); ed infine l'approvazione dell'operazione con delibera degli organi assembleari delle società promotrici (art. 32, § 6, reg. SE).

La mancanza di una normativa – come la terza direttiva societaria – alla quale il legislatore potesse rinviare per le regole di maggiore dettaglio ha fatto però sì che la disciplina sia più analitica di quella dettata in tema di fusione. Così, si precisa che il progetto di costituzione deve essere pubblicato almeno un mese prima della data della riunione dell'assemblea generale e comprendere una relazione scritta atta a chiarire gli aspetti giuridici ed economici della costituzione, con indicazione di quali siano per gli azionisti e i lavoratori le conseguenze dell'adozione della forma di SE (art. 32, §§ 2 e 3, reg. SE); ed altresì specifica il contenuto della relazione degli esperti, che deve riportare «*le difficoltà particolari di valutazione e dichiarare se il rapporto di cambio delle azioni o delle quote è o non è pertinente o ragionevole, nonché indicare*

---

<sup>71</sup> Osserva che «*quella che nella fase precedente alla costituzione della SE era una causa di nullità della fusione diviene in seguito un motivo di scioglimento della SE, non obbligatoriamente, ma solo se previsto espressamente dalla legge nazionale o dallo statuto sociale*» DE DONNO, *Art. 30*, in CORAPI-PERNAZZA (a cura di), *La Società Europea*, cit., 129, mentre BAYER, *Art. 30 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 302, ritiene che la mancanza di tali controlli possa essere causa di scioglimento solo se tale anche per le società nazionali dello Stato membro della sede della SE.



*imetodi seguiti per stabilirlo e se tali metodi sono adeguati nella fattispecie»* (art. 32, § 5, reg. SE).

Affatto peculiare è invece la disciplina della fase attuativa dell'operazione.

La costituzione di una SE *holding* presuppone infatti che i titolari di azioni o quote che attribuiscono più del 50% dei diritti di voto permanente conferiscano la loro partecipazione e ottengano in cambio azioni della Società Europea. In particolare, i soci delle società promotrici dispongono di tre mesi per comunicare l'intenzione di conferire le loro azioni o quote (art. 33, § 1, reg. SE); per l'eventualità in cui la quota minima del 50% sia raggiunta, l'art. 33, § 3, reg. SE riconosce però a coloro che in prima battuta non hanno aderito alla procedura un ulteriore termine di un mese per ripensarci, con l'obiettivo (verosimilmente) di consentire alla futura SE *holding* di detenere la più ampia partecipazione possibile nelle società promotrici.

Scaduto anche questo termine, si procede alla costituzione della Società Europea, nelle medesime forme previste dallo Stato della sede per le società di diritto interno, ed alla relativa iscrizione nel registro, previa dimostrazione dell'espletamento di tutti gli adempimenti prescritti dal regolamento (art. 33, § 5, reg. SE).

L'art. 34 reg. SE autorizza infine i legislatori nazionali ad adottare disposizioni intese a garantire la tutela degli azionisti di minoranza contrari all'operazione, dei creditori e dei lavoratori: ad approfittare almeno parzialmente di questa possibilità – fra gli Stati qui presi in esame – è stata però soltanto la Germania, prevedendo, da un lato, l'obbligo delle società azionarie promotrici di acquistare le azioni dei soci che si siano dichiarati contrari ad un'operazione che comporti la costituzione di una SE *holding* con sede in un altro Stato membro o soggetta a sua volta all'influenza dominante di altra impresa e, dall'altro, il diritto di ciascun socio di chiedere in giudizio la revisione del rapporto di cambio ed eventualmente un proporzionale conguaglio in denaro (§§ 9 e 11 *SEAG*).

In tema di costituzione di una SE affiliata comune, l'art. 36 reg. SE si limita invece a stabilire che *«alle società o altre entità giuridiche che partecipano all'operazione si applicano le disposizioni che disciplinano la loro partecipazione alla costituzione di un'affiliata nella forma di società per azioni nazionali»*; manca però nel regolamento una definizione di «affiliata». V'è allora chi richiama l'art. 2, § 1, lett. c), direttiva 2001/86/CE, secondo cui è affiliata un'impresa sulla quale una società esercita un'influenza dominante ai sensi dell'art. 3, §§ 2-7, direttiva 94/45/CE, e quindi un'impresa di cui *«una società, direttamente o indirettamente [...], detiene la maggioranza del capitale sottoscritto, ovvero può nominare più della metà dei membri del consiglio di am-*

*ministrazione, di direzione o di vigilanza [...]»<sup>72</sup>. Sennonché lo stesso art. 2 direttiva 2001/86/CE limita espressamente l'efficacia di tale definizione agli scopi perseguiti dalla direttiva: ciò che ha indotto altra parte della dottrina a riferirsi – forse più correttamente – alla fattispecie di impresa figlia tratteggiata all'art. 1, § 1, direttiva 83/349/CEE relativa ai conti consolidati (settima direttiva societaria) e così a ricomprendere nella nozione di affiliata anche la società che è assoggettata all'influenza di un'altra in virtù di un contratto o di una clausola dello statuto (seppur soltanto «quando il diritto da cui è regolata l'impresa figlia permette che la stessa sia soggetta a tali contratti o clausole statuarie»)<sup>73</sup>.*

### 4.3. La costituzione mediante trasformazione

La trasformazione è stata inclusa tra le modalità di costituzione della SE solo a partire dal progetto del 1991, poiché per lungo tempo è prevalso il timore che le società nazionali la potessero utilizzare per eludere l'applicazione delle norme in materia di cogestione vigenti in taluni ordinamenti Stati membri. Tale timore è stato superato solo grazie all'introduzione di specifiche misure volte ad evitare un depotenziamento della partecipazione dei lavoratori alla gestione della SE rispetto alla misura precedentemente assicurata nelle società di diritto interno partecipanti alla costituzione<sup>74</sup>. A questa finalità, in particolare, rispondono: il divieto di trasferire la sede della SE in occasione della trasformazione (art. 37, § 3, reg. SE); la facoltà degli Stati membri di subordinare la trasformazione al voto unanime o della maggioranza qualificata dei membri dell'organo della società da trasformare presso cui è organizzata la partecipazione dei lavoratori (art. 37, § 8, reg. SE); l'automatico trasferimento alla SE per effetto della sua iscrizione di tutti i diritti e gli obblighi delle società da trasformare in materia di condizioni e modalità di occupazione derivanti dalla legge nazionale, dalla prassi e dai contratti di lavoro individuali o dai rapporti di lavoro esistenti alla data dell'iscrizione (art. 37, § 9, reg. SE); e, soprattutto, la previsione secondo cui, nel caso di costituzione di un SE mediante trasformazione, l'accordo sulle modalità di partecipazione dei lavorato-

---

<sup>72</sup> OPLUSTIL, *Selected problems concerning formation of a holding SE (societas europaea)*, in *German Law Journal*, 2003, 110; SCARCHILLO, *Artt. 35 e 36*, in CORAPI-PERNAZZA (a cura di), *La Società Europea*, cit., 145 s.

<sup>73</sup> Così, la dottrina tedesca prevalente, tra cui, *ex multis*, BAYER, *Art. 2 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 88.

<sup>74</sup> Cfr. SEIBT, *Art 37 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 375; GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit., 634.

ri alla gestione, alla cui conclusione è subordinata la nascita della SE, deve prevedere che tale coinvolgimento sia «*in tutti i suoi elementi quantomeno identico a quello che esisteva nelle società da trasformare in SE*» (art. 4, § 4, direttiva 2001/86/CE).

La presenza di simili cautele non ha però scoraggiato l'impiego di questa modalità di costituzione. Anzi, ad essa spesso hanno fatto ricorso società non bisognose di una crescita esterna, ma comunque desiderose di un'immagine europea e, non di rado, intenzionate ad approfittare di talune opportunità offerte dalla disciplina regolamentare in tema di *corporate governance*, come la libertà di scegliere fra sistema dualistico e monistico, la possibilità di estendere il regime di cogestione ai lavoratori delle affiliate o dipendenze site in altri Stati membri o, ancora, quella di contenere il numero dei componenti dell'organo di vigilanza<sup>75</sup>.

Il procedimento decisorio della trasformazione per lo più ricalca quello previsto per la fusione e la costituzione di una SE *holding*.

Anche in questo caso, infatti, l'organo gestorio deve anzitutto redigere un progetto accompagnato da una relazione che chiarisca e giustifichi gli aspetti giuridici ed economici dell'operazione e che indichi analiticamente le ricadute che l'adozione della forma di SE è destinata ad avere sulla posizione degli azionisti e dei lavoratori. Diversamente però da come provvede in relazione alle altre due modalità costitutive, il regolamento omette qui di precisare quale debba essere il contenuto minimo del progetto di trasformazione; ed apre così all'interrogativo se per colmare tale silenzio sia necessario richiamare le legislazioni nazionali (peraltro non sempre esplicite sul punto) o piuttosto – come pare preferibile, siccome più in linea con il canone dell'interpretazione autonoma comunitaria – sia sufficiente riferirsi alla funzione del progetto, e precisamente alla sua natura di documento preparatorio dell'assemblea chiamata ad approvare l'operazione, e di qui concludere per la necessità di tutte quelle informazioni essenziali ad una adozione informata della delibera assembleare ed alla sua relativa attuazione.

Ai sensi dell'art. 37, § 5, reg. SE del progetto di trasformazione deve essere

---

<sup>75</sup> Come risulta anche dai comunicati stampa pubblicati sui rispettivi siti web, hanno inteso approfittare della trasformazione in SE per mutare, tra l'altro, il sistema gestorio da dualistico in monistico, ad esempio, le società austriache *Allpar Conwert Immobilien Invest SE* e *Plansee SE* e le tedesche *AbatusInvest SE*, *Deichmann SE*, *Eins European Invest SE*, *Mensch und Maschine Software SE*, *Sevis Systems SE*, mentre hanno dichiaratamente scelto il tipo SE per limitare a 12 i componenti dell'organo di vigilanza *BasfFresenius SE*, *Porsche SE*, e *Wacker Neuson SE*. Sul punto anche J. REICHERT, *Experience with the SE in Germany*, in *European Company Law*, 2008, 5, 297 ss., 300 ss.

poi data pubblicità, conformemente all'art. 3 direttiva 68/151/CEE, almeno un mese prima del giorno dell'assemblea generale convocata per pronunciarsi sulla trasformazione. Prima di questa data è inoltre necessario, a tutela dei futuri creditori della SE, che uno o più esperti indipendenti (nominati da un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro da cui dipende la società che si trasforma in SE) attestino, «*in conformità della direttiva 771/91/CE, che la società dispone di attivi netti corrispondenti almeno al capitale p[più]*<sup>76</sup> *le riserve che non devono essere distribuite ai sensi di legge o di statuto*» (art. 37, § 6, reg. SE). Segue, infine, l'approvazione del progetto di trasformazione da parte dell'assemblea della società (art. 37, § 7, reg. SE); ma – benché l'art. 37, diversamente da quanto prevede l'art. 27 reg. SE in tema di fusione, nulla disponga al riguardo – deve credersi che la trasformazione acquisti efficacia, e dunque la SE nasca, solo a far data dall'iscrizione della SE nel registro di cui all'art. 3 direttiva 68/151/CEE.

## **5. La struttura della SE. La libera scelta fra sistema dualistico e sistema monistico e la sua implementazione negli ordinamenti nazionali**

Il regolamento SE accorda direttamente all'autonomia statutaria la facoltà di configurare il sistema di gestione della Società Europea secondo il modello dualistico, che affianca all'organo di direzione un organo di vigilanza, ovvero secondo quello monistico, fondato su di un organo amministrativo unitario. E vi provvede con una disposizione, l'art. 38 reg. SE, che pur non avendo corrispondenti nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, non sembra essere semplicemente il frutto della presa d'atto del legislatore comunitario-dell'impossibilità di conciliare, attraverso l'imposizione di un unico paradigma organizzativo, le diverse tradizioni giuridiche europee<sup>77</sup>: del resto, se così fosse, non si capirebbe perché nella versione definitiva del regolamento SE non sia stata mantenuta ferma in capo agli stessi Stati membri la possibilità – contemplata viceversa nella stesura del 1991 – di imporre l'uno o l'altro schema gestorio alle SE residenti nel proprio territorio. Tale previsione, piuttosto, parrebbe rispecchiare la precisa *voluntas legis* di lasciare che sia il mer-

---

<sup>76</sup> A causa (verosimilmente) di un errore di stampa, nella versione italiana si legge «per» e non «più», come invece, ad esempio, in quelle britannica («plus»), tedesca («zuzüglich») e francese («augmenté»).

<sup>77</sup> Parrebbe così orientato invece PERNAZZA, *Art. 38*, in CORAPI-PERNAZZA (a cura di), *La Società Europea*, cit., 160.

cato a selezionare tra differenti regole in concorrenza tra loro quelle ritenute più efficienti per la conduzione degli affari sociali e, dunque, di consentire ai soci di adottare il modello amministrativo più confacente alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa indipendentemente dallo Stato di costituzione della Società Europea.

Proprio in questa prospettiva sembrerebbero quindi da leggere gli artt. 39, § 5 e 43, § 4, reg. SE, ove il legislatore comunitario, consapevole del fatto che non tutti gli ordinamenti nazionali contemplano ambedue i modelli di amministrazione e controllo e che, da parte sua, il regolamento SE non detta una disciplina esaustiva, suggerisce agli Stati membri che non prevedono l'uno o l'altro schema gestorio per le società di diritto interno di adottare misure appropriate relativamente alla SE.

Vale però rilevare che il tenore letterale delle disposizioni citate – «*uno Stato membro [...] può adottare misure appropriate*» – offre incontrovertibile indicazione dell'assoluta libertà dei legislatori statali di non far seguito alla raccomandazione regolamentare. In tal caso per le materie e per gli aspetti di queste non disciplinati dal regolamento troveranno applicazione *ex art.* 9, § 1, lett. *c)*, *ii)*, reg. SE le norme che regolano le imprese azionarie dello Stato in cui la SE ha la sede sociale. Ciò che parrebbe però, se non impedire tecnicamente il libero esercizio dell'opzione consentita dall'art. 38 reg. SE<sup>78</sup>, quantomeno scoraggiarlo fortemente, considerato l'elevato costo di regolamentazione che l'assenza di una disciplina specifica comporta.

La formula potestativa è stata introdotta – e mantenuta nella redazione definitiva<sup>79</sup> – dietro forti pressioni della delegazione britannica: questa ha sempre affermato la superfluità di un intervento del *regulator* statale diretto ad integrare la disciplina regolamentare del regime dualistico, argomentando che l'assenza nel *Companies Act* di una norma che definisca puntualmente la struttura delle *public limited-liability companies* rende le prescrizioni della legge societaria del tutto neutre rispetto al modello di *governance* prescelto<sup>80</sup>. Coe-

---

<sup>78</sup> Cfr. RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 984; PERNAZZA, *Art. 38*, in CORAPI-PERNAZZA (a cura di), *La Società Europea*, cit., 162.

<sup>79</sup> Il Parlamento Europeo nella risoluzione legislativa 14886/2000 – C5 – 000092/ 2001 (che si legge in PRINCIPE, *Lo statuto legale di Società Europea*, Napoli, 2002, 217) aveva infatti proposto di introdurre in luogo della formula potestativa «può adottare» quella imperativa «deve adottare».

<sup>80</sup> Al § 14 dell'*Explanatory memorandum dell'EPLLCR 2004* si legge segnatamente: «*the principal option in the EU Regulation, as far as GB is concerned, is that set out in Article 39(5). Under this option, a Member State may adopt appropriate measures in relation to SEs where no provision for a two-tier system is made in its plc law. While the Companies Act 1985 dictates*

rentemente il legislatore d'oltremarina, all'atto di adottare *ex art. 68, § 1, reg. SE «le disposizioni appropriate per assicurare un'attuazione efficace del regolamento»*, non ha ritenuto opportuna l'inclusione nell'*EPLLCR 2004* di misure specifiche relativamente al modello dualistico, giudicate anzi deleterie per la flessibilità di cui tradizionalmente godono le società costituite nel Regno Unito, e si è quindi unicamente preoccupato di esercitare alcune delle opzioni normative lasciate aperte dal titolo III e di rinviare per il resto alle disposizioni applicabili alle società per azioni di diritto interno.

Differente è stata invece la scelta del legislatore tedesco che, a fronte dell'indubbia incompatibilità delle regole che presiedono al funzionamento del modello dualistico imposto dall'*Aktiengesetz* con il sistema monistico trattenuto dal reg. SE, ha dedicato un'intera sezione del *SEAG* alla regolamentazione degli aspetti del regime monistico trascurati dalla normativa comunitaria, richiamando le disposizioni destinate alle imprese azionarie nazionali soltanto per le SE a struttura dualistica.

L'attuazione del regolamento SE, per il profilo che qui interessa, è stata invece senz'altro più agevole in Francia, dove alle *sociétés anonymes* sin dal 1966<sup>81</sup> è riconosciuta la facoltà di scegliere se investire dei compiti di gestione e controllo il solo *conseil d'administration* ovvero due organi distinti, il *directoire* e il *conseil de surveillance*: cosicché l'*art. 11 della loi pour la confiance et la modernisation de l'économie n. 2005-842*, salva l'introduzione di talune disposizioni specificatamente riguardanti la SE, ha potuto limitarsi a colmare le lacune presenti nella disciplina regolamentare della struttura della Società Europea rinviando alle disposizioni del *code de com-*

---

*neither a one-tier or two-tier board, its provisions generally assume that all powers to run the company are vested in a single board of directors. However, there is nothing in law that presently prevents PLCs incorporated in GB from adopting articles under which the powers that are granted are divided between two tiers of directors, one exercising management functions and the other exercising a supervisory role in relation to those functions. Special provision for two-tier boards might create greater certainty in respect of what the law required of SEs since less consideration would need to be given to the interaction between the EU Regulation, existing company law and the new Regulations. However, creating special provision for the board structure of SEs would be prescriptive and less flexible. Following consultation the Regulations have been amended to make clear how the references to directors which appear in legislation called up by the EU Regulation will apply to members of two-tier SEs. These amendments are made by virtue of Article 68 of the EU Regulation as provision appropriate to ensure the effective application of the EU Regulation. They do not seek to provide a new and comprehensive code for the regulation of two-tier boards».* Del pari afferma la compatibilità di cui nel testo DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 399 s.

<sup>81</sup> *Loin. 537 du 24 juillet 1966*, abrogata con l'*ordonnance n. 2000-912 du 18 septembre 2000* e così confluita nel *code de commerce*.

*merce* applicabili alle società per azioni di diritto interno.

Come per le SE "francesi", anche la disciplina della struttura organizzativa di una Società Europea con sede in Italia risulterà dal concorso della normativa comunitaria con quella nazionale, ma senza che alcuna norma interna disponga in tal senso: il legislatore italiano si è infatti astenuto dal dettare qualsivoglia misura specificatamente riguardante la struttura organizzativa della SE; e ciò, verosimilmente, sul presupposto che l'immediata precettività della gerarchia delle fonti di disciplina della SE di cui all'art. 9, reg. SE rendesse superflua una disposizione *ad hoc* che prevedesse l'applicazione della legge societaria italiana per gli aspetti non contemplati dal regolamento, tanto più dopo che la legge di riforma del diritto societario del gennaio 2003 ha introdotto per le stesse società per azioni di diritto interno la possibilità di scegliere, oltre al modello tradizionale di amministrazione e controllo, due ulteriori modelli di *governance*, il sistema dualistico e quello monistico, entrambi dichiaratamente ispirati allo statuto di SE.

## 6. Il sistema dualistico. L'organo di direzione

Dopo aver disposto all'art. 38 che «*la SE comprende: a) un'assemblea generale degli azionisti e b) un organo di direzione affiancato da un organo di vigilanza (sistema dualistico) o un organo di amministrazione (sistema monistico) a seconda della scelta dello statuto*», all'art. 39 il regolamento SE inizia a disciplinare il sistema dualistico, muovendo dalla definizione (i) della funzione, (ii) della struttura e (iii) della composizione dell'organo di direzione.

(i) L'art. 39, § 1, reg. SE assegna anzitutto all'organo di direzione il compito di gestire la SE. Non fornisce tuttavia indicazioni specifiche sul contenuto e sull'estensione di tale potere né determina univocamente il grado di autonomia del relativo esercizio.

Qualche indizio utile a chiarire (perlomeno) quest'ultimo profilo può però forse trarsi dalla precisazione secondo cui l'organo di direzione gestisce la SE «sotto la propria responsabilità». La circostanza che sia l'organo di direzione a dover rispondere della gestione sociale sembrerebbe infatti autorizzare a concludere che l'organo di direzione sia altresì il solo soggetto competente ad assumere le relative decisioni; e di qui, in particolare, a ritenere esclusa dall'attività amministrativa l'assemblea generale dei soci<sup>82</sup> e, corrispondentemente, li-

---

<sup>82</sup> Forse non è allora un caso che la formulazione secondo cui l'organo di direzione gestisce la SE «sotto la propria responsabilità» sia stata introdotta all'art. 39 reg. SE proprio in coinci-

mitato nella sua portata il rinvio che in relazione alla competenza dell'organo assembleare l'art. 52, § 2, reg. SE opera ai diritti societari nazionali<sup>83</sup>. Anche se l'esclusiva spettanza del potere gestorio all'organo di direzione non sembrerebbe comunque condurre a una completa estromissione degli altri organi sociali dall'attività amministrativa. Ed invero, da un lato, il regolamento mostra di ritenere addirittura indispensabile una certa immistione dell'organo di vigilanza nella gestione della SE, quando all'art. 48 sancisce l'obbligo dello statuto di individuare le categorie di operazioni soggette alla preventiva approvazione dell'organo di controllo<sup>84</sup>. Dall'altro, pur non facendone espressa menzione, non parrebbe escludere la possibilità di un intervento autorizzatorio dell'assemblea rispetto a singoli atti gestori allorché ciò sia previsto, conformemente all'art. 52, § 2, reg. SE, dalla legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale o dallo statuto a norma della stessa legge.

(ii) L'art. 39, § 1, reg. SE procede poi stabilendo che «*uno Stato membro può prevedere che l'amministratore o gli amministratori delegati siano responsabili della gestione corrente alle medesime condizioni stabilite per le società per azioni aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro*»; e così legittima i legislatori nazionali a contemplare la facoltà – o l'obbligo – dell'organo gestorio di assegnare anche in via esclusiva<sup>85</sup>, proprie mansioni

---

denza della scomparsa di una disposizione – quale era, nella proposta del 1989, l'art. 81 – che conteneva un elenco tassativo delle competenze assembleari dal quale risultavano escluse le decisioni di singoli atti di gestione.

<sup>83</sup> Ritiene invece che il rinvio alle legislazioni nazionali in tema di competenze dell'assemblea operi senza limitazioni e che pertanto l'assemblea possa avere compiti gestori quando ciò sia ammesso, innanzitutto, dalla legge SEIBT, Art. 39 SE-VO, in LUTTER- HOMMELHOFF (a cura di), SE-Kommentar, cit., 427 s., che di qui arriva ad affermare l'applicabilità alle SE con sede in Germania dei §§ 93, Abs. 4, e 119, Abs. 2, AktG, ai sensi dei quali il Vorstand può demandare all'organo assembleare la decisione di singoli atti di amministrazione e per questi andare corrispondentemente esente da responsabilità (sul punto cfr., in particolare, SPINDLER, § 119, in K. SCHMIDT-LUTTER (a cura di), AktG, cit., 1295).

<sup>84</sup> L'esatta misura in cui l'organo di vigilanza, facendo uso del diritto di veto riconosciutogli all'art. 48 reg. SE, può incidere sul concreto esercizio della direzione sociale dipende naturalmente dal numero e dalla portata degli atti di gestione soggetti alla sua preventiva approvazione. Il legislatore comunitario demanda la determinazione di entrambi questi elementi all'autonomia statutaria, ma prevede che uno Stato membro possa sia «*determinare le categorie di operazioni che devono figurare come minimo nello statuto delle SE iscritte nel suo territorio*» sia accordare all'organo di vigilanza la facoltà di «*subordinare di per sé ad autorizzazione determinate categorie di operazioni*». Di ciò si dirà però più diffusamente nel trattare delle disposizioni comuni ai sistemi amministrativi dualistico e monistico, tra le quali appunto rientra l'art. 48 reg. SE.

<sup>85</sup> In assenza di una più precisa indicazione, pare infatti doversi ritenere che nell'autorizzazione regolamentare rientri altresì la possibilità dei legislatori statali di riconoscere all'organo



ad una o più persone soltanto non necessariamente suoi componenti<sup>86</sup> e quindi, in definitiva, ad ammettere la derogabilità della medesima norma (contenuta nella prima parte del paragrafo) che affida al *plenum* – e non ai singoli – la gestione della Società Europea.

Dal tenore letterale di questa disposizione non emerge però chiaramente quali Stati siano destinatari dell'autorizzazione, e precisamente se lo siano: (i) soltanto gli Stati membri che ammettono la figura dell'amministratore delegato nelle s.p.a. nazionali a struttura dualistica; (ii) anche quelli che, prevedendo il solo modello monistico, disciplinano la delega di poteri gestori, seppur con esclusivo riferimento ad esso; oppure, più in generale, (iii) tutti gli Stati membri, indipendentemente da quanto stabiliscono per le società di diritto interno.

A favore della prima soluzione si è argomentato che, con il consentire a ciascuno Stato membro di prevedere che uno o più amministratori delegati siano responsabili della gestione corrente della SE «*alle medesime condizioni stabilite per le società per azioni aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro*», il legislatore comunitario avrebbe inteso garantire, in linea con il principio sancito all'art. 10 reg. SE, la parità di trattamento fra Società Europea e società nazionali e, in particolare, impedire agli Stati membri di rendere la SE più attraente delle società di diritto interno, vietando loro di

---

di direzione di una SE a struttura dualistica la facoltà o l'obbligo di attribuire la competenza esclusiva di talune decisioni ad uno o più amministratori delegati, così come è previsto, ad esempio, per le società azionarie a struttura monistica di diritto francese e britannico. Tanto più che, come si vedrà più avanti, detta autorizzazione è riproposta nei medesimi termini dall'art. 43, § 1, reg. SE con riguardo alla SE a struttura monistica.

<sup>86</sup> Merita sin d'ora sottolineare che il fatto che il testo regolamentare nelle diverse versioni linguistiche impieghi le locuzioni “amministratori delegati”, “*managing directors*”, “*directeurs générales*”, “*geschäftsführende Direktoren*” non deve automaticamente portare a ravvisare nell'appartenenza all'organo di direzione una condizione necessaria all'assunzione dell'ufficio di amministratore delegato. Ed invero, se nell'ordinamento societario italiano il termine “amministratore” è sinonimo di componente del consiglio di amministrazione, in quello britannico, francese e tedesco è tale chi svolge funzioni gestorie, sia o meno egli altresì componente dell'organo direttivo. A ben vedere, quindi, il legislatore comunitario tace sui requisiti per l'assunzione della carica di amministratore delegato. Di qui, l'applicazione dell'art. 9 reg. SE, con la conseguenza che gli Stati che già prevedono il sistema dualistico per le società aventi la sede sociale nel loro territorio, nell'esercitare l'opzione regolamentare, saranno tenuti ad uniformare sul punto la disciplina della SE a quella delle s.p.a. di diritto interno, mentre gli altri, ai sensi dell'art. 39, § 5, reg. SE, saranno liberi di adottare relativamente alla Società Europea misure appropriate, non necessariamente coincidenti con quelle che presidono al funzionamento della delega di potere amministrativo nelle imprese azionarie nazionali.

ammettere la delega gestoria nella prima quando questa non sia parimenti permessa nelle seconde<sup>87</sup>.

Questa lettura non sembra però del tutto convincente.

In primo luogo, perché non pare che obiettivo dell'art. 10 reg. SE sia quello di evitare discriminazioni sotto il profilo del diritto societario della Società Europea rispetto alle società nazionali, e viceversa. Di assoggettare le SE alle medesime regole societarie applicabili alle società nazionali, infatti, si preoccupa già l'art. 9, § 1, lett. c), ii), reg. SE, che – val la pena di osservare – comunque vi provvede sempre soltanto limitatamente a quegli aspetti ai quali non si applica il regolamento, tenuto conto che ambizione del regolamento SE resta pur sempre, così come afferma il settimo considerando, *«la costituzione e la gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione»*. Per altro verso, poi, di impedire che le società nazionali risultino agli occhi degli operatori meno allettanti di una Società Europea il legislatore comunitario non sembra interessarsi affatto. Piuttosto il regolamento, dopo essersi occupato all'art. 9 della disciplina di quegli aspetti del funzionamento della SE non trattati pur astrattamente rientranti nel suo campo d'azione (il diritto societario), all'art. 10 parrebbe preoccuparsi di impedire che gli Stati membri introducano discriminazioni della Società Europea rispetto alle società per azioni nazionali in quei settori sui quali esso dichiaratamente (cfr. il ventesimo considerando) non verte, quali ad esempio il diritto fallimentare, il diritto della concorrenza, il diritto della proprietà intellettuale o il diritto tributario.

In secondo luogo, non può sottacersi che per evitare differenze di trattamento fra tipo sociale comunitario e tipi sociali nazionali la lettura qui in discussione finisce per introdurre una disparità – questa sì apparentemente ingiustificata – fra gli ordinamenti dei diversi Stati membri: ritenere che la parità di trattamento fra Società Europea e società di diritto interno sia garantita solo a condizione di consentire la previsione della delega gestoria esclusivamente agli Stati che già la disciplinano in relazione al modello dualistico conduce infatti ad affermare l'assoluta inderogabilità della regola che prescrive l'esercizio collettivo della gestione da parte di quegli Stati il cui diritto societario non contempla altro sistema di *governance* che quello monistico.

Del resto, proprio considerazioni simili a queste hanno indotto taluno a correggere il tiro e a precisare che gli Stati che per le società per azioni residenti

---

<sup>87</sup> Cfr. SEIBT, *Art. 39 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 432; TEICHMANN, *Art. 43 SE-VO*, *ivi*, 479.

nel loro territorio contemplano soltanto il modello monistico nondimeno potrebbero ammettere e disciplinare la figura dell'amministratore delegato in relazione alle SE organizzate secondo lo schema dualistico avvalendosi della facoltà loro accordata all'art. 39, § 5, reg. SE, ai sensi del quale «*uno Stato membro in cui non sia previsto un sistema dualistico per le società per azioni aventi la sede sociale nel suo territorio può adottare misure appropriate relativamente alle SE*»<sup>88</sup>.

Anche questa interpretazione solleva tuttavia qualche perplessità.

Non sembra invero un'operazione interpretativa ammessa dal regolamento, dapprima, escludere che siano destinatari della norma che ammette la possibilità di introdurre una deroga all'esercizio collettivo della gestione quegli Stati che per le società nazionali regolano solo il modello monistico, salvo poi aggiungere che a ciò questi sono nondimeno facoltizzati dall'art. 39, § 5, reg. SE. A ben vedere, infatti, ragionare in questi termini equivale a riconoscere sempre e comunque la derogabilità di una norma regolamentare – nel caso di specie, l'art. 39, § 1, frase prima, reg. SE – da parte di disposizioni nazionali, possibilità, questa, negata dall'art. 9, § 1, lett. c), i), reg. SE, ai sensi del quale «*la SE è disciplinata [...] dalle disposizioni di legge adottate dagli Stati membri in applicazione di misure comunitarie concernenti specificamente la SE*» solo «*per le materie non disciplinate dal [...] regolamento o, qualora una materia lo sia parzialmente, per gli aspetti ai quali il regolamento non si applica*».

In definitiva, parrebbe quindi preferibile ritenere che l'art. 39, § 1, reg. SE autorizzi a regolamentare l'istituto della delega gestoria tutti gli Stati membri, indipendentemente dalle loro scelte normative interne. Questa lettura, peraltro, non sarebbe solo più coerente con le mire del regolamento, ma anche più aderente alla stessa lettera della disposizione: con lo statuire che «*uno Stato membro può prevedere che l'amministratore o gli amministratori delegati siano responsabili della gestione corrente alle medesime condizioni stabilite per le società per azioni aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro*», il legislatore comunitario sembra infatti soltanto voler puntualizzare che delle mansioni loro assegnate i delegati rispondono «*secondo le disposizioni dello Stato membro della sede della SE applicabili alla società per azioni*», al pari di quanto previsto dall'art. 51 reg. SE con più generale riguardo ai membri di ciascun organo sociale: e ciò allo scopo di estendere l'operatività dell'art. 51 reg. SE all'ipotesi in cui gli amministratori delegati non siano anche membri dell'organo di direzione.

---

<sup>88</sup> Così ESTEBAN VELASCO, *El sistema dual*, in *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, cit., 547 ss.

Va detto, infine, che l'art. 39, § 1, reg. SE neppure è perspicuo nel definire la possibile ampiezza della delega. Esso richiama il concetto di «gestione corrente» – e lascia così intendere di voler evitare il confino del *plenum* ai margini dell'amministrazione – ma non ne specifica il contenuto. Né tale nozione è comunemente adoperata dai legislatori nazionali per delimitare le attribuzioni delegabili, sicché non è nemmeno plausibile che il legislatore comunitario ne abbia omesso la definizione per essersi limitato a richiamare un concetto già presente e uniformemente inteso negli ordinamenti societari nazionali.

A questo riguardo v'è chi ritiene che l'art. 39, § 1, reg. SE impiegherebbe l'espressione «gestione corrente» in funzione della più nota «amministrazione ordinaria». Ne seguirebbe, pertanto, l'indelegabilità dell'amministrazione straordinaria, per tale dovendosi intendere quel complesso di decisioni che esula dalla normale gestione dell'impresa<sup>89</sup>. Questa lettura pare tuttavia contrastare non solo con le soluzioni normative generalmente accolte nelle legislazioni nazionali che ammettono la delega gestoria<sup>90</sup> e con la funzione di strumento di concentrazione di potere tipicamente assegnata all'istituto<sup>91</sup>, ma altresì con lo stesso tenore letterale della disposizione, che piuttosto sembrerebbe fare riferimento alla nozione di «gestione corrente» nell'accezione in cui questa è adoperata dalla dottrina aziendalistica, che ad essa non contrappone quella di amministrazione straordinaria, bensì quella di direzione strategica, rispetto alla quale la prima si pone in un rapporto di mezzo a fine. In altre pa-

---

<sup>89</sup> In questo senso, QUIJANO GONZÁLEZ, *El sistema monista*, in *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, cit., 614 s.

<sup>90</sup> Si pensi, ad esempio, alla regola operante nell'ordinamento britannico ove l'art. 5.1 dei *Model articles for public companies*, norma applicabile alle *public companies* in mancanza di diversa disposizione dello statuto, prevede che «*subject to the articles, the directors may delegate any of the powers which are conferred on them under the articles (a) to such person or committee; (b) by such means (including by power of attorney); (c) to such an extent; (d) in relation to such matters or territories; and (e) on such terms and conditions; as they think fit*», od ancora alla soluzione accolta dal *code de commerce* francese, il quale, dopo aver statuito all'art. L225-35, Al. 1 che «*le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en oeuvre*», all'art. L225-56, Al. 1 dispone che «*le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société*». Relativamente alle s.p.a. di diritto italiano, infine, gli artt. 2381, secondo comma e 2409 *novies*, primo comma, c.c. prevedono, rispettivamente, che il consiglio di amministrazione o quello di gestione possano delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei loro componenti, con la sola eccezione di quelle concernenti l'emissione di obbligazioni convertibili, la redazione del bilancio, l'aumento di capitale, la riduzione del capitale per perdite o al di sotto del limite legale, i progetti di fusione e di scissione.

<sup>91</sup> Così, per tutti, CAGNASSO, *Gli organi delegati nelle società per azioni. Profili funzionali*, Torino, 1976, 30 s.

role, il legislatore comunitario sembrerebbe aver reputato sufficiente a impedire la riduzione dell'organo di direzione a mero simulacro l'indelegabilità delle sole decisioni afferenti la definizione degli obiettivi e degli indirizzi programmatici della gestione: con una soluzione che, del resto, non è nuova agli operatori del settore. I codici di autodisciplina europei<sup>92</sup>, proprio allo scopo di impedire la concentrazione di tutto il potere amministrativo in organi ristretti o addirittura unipersonali, generalmente raccomandano infatti di assegnare al *plenum* non soltanto il dovere di vigilare sull'operato dei delegati, ma altresì il potere-dovere di determinare gli obiettivi strategici della società deputati ad orientare l'azione dei delegati. Cosicché, in realtà, il reg. SE non sembrerebbe aver fatto altro che recepire ed elevare al rango di norma primaria una regola la cui adozione è già da tempo considerata in sede di autoregolamentazione funzionale ad un più efficiente governo dell'impresa.

Non può tuttavia trascurarsi che nessuno degli Stati membri qui considerati ha fatto uso dell'autorizzazione di cui all'art. 39, § 1, reg. SE.

Una simile scelta può forse comprendersi in relazione agli ordinamenti francese e tedesco, dove essa sembra infatti sottintendere la precisa volontà del legislatore di equiparare il regime organizzativo della SE a quello delle società azionarie nazionali, al cui organo amministrativo non è in alcun modo riconosciuta la facoltà di delegare proprie attribuzioni ad uno o più soggetti soltanto, tanto meno in via esclusiva. Occorre però rilevare che – stando alle riflessioni elaborate dapprima dalla dottrina tedesca in relazione alle *Aktiengesellschaften*<sup>93</sup>, positivizzate poi dal legislatore francese in tema di *sociétés-a-*

---

<sup>92</sup> Cfr., in particolare, l'art. 1.C.1, lett. a), del Codice di Autodisciplina, la *Section A* dello *UK Corporate Governance Code* nonché l'art. 1.2 del *Code du gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*.

<sup>93</sup> Occorre considerare che l'*Aktiengesetz*, dopo aver statuito al § 76, *Abs. 1* che il *Vorstand* dirige la società sotto la propria responsabilità, al § 77, *Abs. 1* dispone che se esso comprende più persone queste devono esercitare l'amministrazione congiuntamente, salvo una diversa disposizione dello statuto o del regolamento interno dello stesso organo amministrativo. La dottrina si è interrogata a lungo sulla misura in cui l'autonomia privata possa avvalersi della libertà accordata dal § 77, *Abs. 1*, *AktG* senza che ciò conduca ad una sostanziale negazione del principio che vuole l'intero organo di direzione responsabile della gestione sociale ed è giunta, infine, ad affermare la compatibilità con detto principio della previsione di meccanismi atti a ripartire l'amministrazione per aree funzionali, per settori di attività, per aree geografiche ovvero secondo criteri combinati, a condizione però che ciascun amministratore mantenga una competenza concorrente nelle materie ripartite e che resti prerogativa del *plenum* la *Leitung*, vale a dire la pianificazione strategica, industriale e finanziaria, la predisposizione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, l'approntamento di un sistema di controllo interno e la preparazione dei resoconti informativi attinenti la gestione. Sul punto, SEIBT, § 77, in K. SCHMIDT-LUTTER (a cura di), *AktG*, cit., 892 s.; HÜFFER, § 77, *Aktiengesetz*, cit., 401.

*nonymes*<sup>94</sup> e da ultimo ritenute in entrambi gli ordinamenti valide anche per le SE ivi costituite<sup>95</sup> – la circostanza che tutti i componenti dell'organo di direzione della Società Europea debbano essere esecutivi non comporta in realtà che qualsivoglia decisione debba essere necessariamente discussa e assunta da tutti i componenti dell'organo gestorio: si afferma invero che «*l'essentiel est de parvenir à un tout homogène*»<sup>96</sup> e che può pertanto ritenersi compatibile con la regola che prescrive l'esercizio collettivo della gestione altresì la previsione di un meccanismo atto a ripartire la medesima tra i diversi consiglieri, a patto che (quantomeno) la definizione dell'orientamento strategico dell'impresa resti prerogativa del *plenum* e che quest'ultimo conservi in ogni caso il potere di intervenire nelle materie di competenza dei singoli.

La decisione di non approfittare dell'opzione regolamentare risulta viceversa più sorprendente se riferita ai legislatori britannico e italiano, i quali finiscono così, senza ragione apparente, per precludere alle SE con sede nei loro territori una possibilità invece largamente impiegata dalle loro società nazionali. A meno di ritenere, però, che il principio che vuole l'intero organo responsabile della gestione resti salvo ogniqualvolta il *plenum*, oltre a decidere dell'indirizzo strategico dell'impresa, mantenga una competenza concorrente rispetto a quelle dei singoli amministratori, quand'anche le attribuzioni dell'organo di direzione non siano semplicemente ripartite fra tutti membri – come previsto in Francia e Germania –, ma delegate ad uno o più soltanto di essi. In questa prospettiva, l'esercizio dell'autorizzazione di cui all'art. 39, § 1, reg. SE servirebbe quindi unicamente a consentire la delega di poteri gestori *i*) in via esclusiva e *ii*) anche a persone esterne all'organo di direzione.

(*iii*) Quanto alla composizione dell'organo di direzione, l'art. 39, § 4, reg.

---

<sup>94</sup> L'art. R225-39 *cod. comm.* statuisce infatti che «*sauf clause contraire des statuts, le membres du directoire peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance, répartir entre eux les tâches de la direction*», ma che «*cette répartition ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégalement la direction de la société*». Di qui, dunque, la facoltà del *directoire* di ripartire le proprie funzioni, a patto però che tale meccanismo non ne intacchi la collegialità: il che, come hanno rilevato gli interpreti, implica, per un verso, che il *plenum* conservi il potere di intervenire nelle materie di spettanza dei singoli e, per altro verso, che non siano oggetto di ripartizione la scelta e la formulazione degli indirizzi strategici e programmatici della gestione sociale (*administration*), ma soltanto l'assunzione delle decisioni tattiche funzionali all'esecuzione di tali scelte (*direction*). In argomento, LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, cit., 65 ss.; RIPERT-ROBLLOT, *Les sociétés commerciales*, in *Traité de droit commercial*, diretto da Germain, Paris, 2002, 465.

<sup>95</sup> Cfr. SEIBT, *Art. 39 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 429.

<sup>96</sup> Così, LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, Paris, 1979, 66.

SE in prima battuta assegna allo statuto il compito di stabilire il numero dei membri dell'organo di direzione o, quantomeno, di fissare le regole per determinarlo. Esso può quindi indicare il numero esatto di persone chiamate a comporre l'organo gestorio, ma anche limitarsi a definire un numero minimo e/o massimo di membri, nel qual caso competerà all'organo incaricato della nomina individuare – nei limiti statutari – il numero di componenti che di volta in volta ritenga più congruo per l'esercizio della funzione amministrativa.

L'art. 39, § 4, reg. SE prosegue poi però autorizzando gli Stati membri a comprimere la discrezionalità organizzativa dei soci attraverso la prescrizione legislativa di un limite minimo e/o massimo al numero dei membri dell'organo direttivo della SE. Il nostro legislatore non si è avvalso di questa facoltà e non ha dunque introdotto alcun limite. L'opzione opposta è stata invece preferita in Germania, nel Regno Unito e in Francia, al presumibile scopo di allineare la disciplina della Società Europea a quella delle società azionarie di diritto interno. Da questo punto di vista l'autonomia statutaria acquista pertanto uno spazio di manovra diverso a seconda del luogo in cui viene stabilita la sede della SE. Così, se il § 15 *SEAG* – replicando il § 76 *AktG* – lascia libero l'atto costitutivo di affidare la gestione sociale ad una o a più persone, fatto salvo soltanto il caso in cui la legge imponga la cogestione e quindi la presenza nel *Leitungsorgan* di un *Arbeitsdirektor*, l'art. 61 *EPLLCR* estende alle SE con sede nel Regno Unito la regola già affermata dalla *Sec. 154.2 C.A.* con riguardo al *board of directors* delle *public companies* e proibisce quindi del tutto la previsione statutaria di un organo direttivo monocratico. L'art. L229-7 del *code de commerce* francese, infine, assoggetta anche lo statuto di Società Europea all'osservanza dei due limiti imposti dall'art. L225-58 *cod. comm.* ai soci di *sociétés anonymes* con azioni quotate sui mercati regolamentati, dettando quindi un limite massimo (sette membri) di applicazione generale, ma aggiungendo che il *directoire* non può essere formato da una sola persona se il capitale sociale supera centocinquantamila euro.

L'art. 39, § 2, reg. SE individua nell'organo di vigilanza il soggetto in via di principio competente alla nomina e alla revoca dei membri dell'organo gestorio, ma al tempo stesso fa salva la possibilità dei singoli Stati di «*stabilire o permettere che lo statuto preveda che il membro o i membri dell'organo di direzione siano nominati e revocati dall'assemblea generale alle stesse condizioni previste per le società per azioni aventi la sede sociale nel loro territorio*».

Se dunque è innegabile che «*l'art. 39 segna così un ulteriore smussamento di quel corpo normativo comune che nelle precedenti proposte non si era allontanato dal modello dualistico alla tedesca, caratterizzato dall'attribuzione del*

*potere di nomina e revoca dei membri dell'organo di amministrazione al consiglio di sorveglianza»*<sup>97</sup>, non sembra tuttavia – come invece si osservato<sup>98</sup> – che il legislatore comunitario abbia assegnato ai legislatori statali la facoltà di stabilire (o ammettere) che sia l'assemblea a nominare e revocare gli amministratori all'esclusivo scopo di consentire agli Stati che per legge interna disciplinano soltanto il sistema monistico di offrire alle SE insediate nel loro territorio un modello di amministrazione bipartita il più vicino possibile a quello previsto per le imprese azionarie nazionali.

Non sembra infatti potersi trascurare che, proprio con riguardo alle *sociétés anonymes à directoire*, l'art. L225-61 del *code de commerce* francese, da un lato, individua nel *conseil de surveillance* l'organo competente a designare i *directeurs*, ma, dall'altro, lascia decidere allo statuto se attribuire all'assemblea generale o all'organo di vigilanza il potere di rimuovere i gestori dal loro incarico<sup>99</sup>. E ciò sul presupposto che corrisponda all'interesse della singola impresa scegliere tra uno schema amministrativo che, investendo del potere di revoca direttamente i soci, impedisca al consiglio di sorveglianza di operare un controllo di merito esteso a qualsivoglia decisione gestionale e che dunque, ad un tempo, salvaguardi l'indipendenza del *directoire* e rafforzi il ruolo dell'assemblea come arbitro di eventuali conflitti tra controllati e controllori, ed uno, come quello che assegna la relativa competenza all'organo di vigilanza, che viceversa, in ragione della maggiore semplicità e tempestività con la quale i consiglieri di sorveglianza possono revocare gli amministratori, accentui l'esposizione di questi ultimi alla volontà (e ai condizionamenti) dei controllori<sup>100</sup>. Ed allora parrebbe che all'art. 39, § 2, con a mente l'esperienza d'oltralpe, il regolamento abbia inteso, in primo luogo, consentire al legislatore francese di uniformare la disciplina della SE a quella dettata per le società di diritto interno e, in secondo luogo, accordare la medesima possibilità a tutti gli Stati membri, nella convinzione che l'attribuzione all'assemblea del potere di nomina e revoca dei componenti dell'organo direttivo non valga da sé a vanificare la specificità del sistema dualisti-

---

<sup>97</sup> Così, FIORIO, *Lo statuto della società europea: la struttura della società ed il coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2003, 828 ss., spec. 831.

<sup>98</sup> In questo senso, SCHIUMA, *sub art. 2409-novies c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, v. II, t. I, Torino, 2003, 679.

<sup>99</sup> Segnatamente, l'art. L225-61, *Al. 1, cod. comm.* dispone che «*les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance*» e che «*si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts*».

<sup>100</sup> Cfr. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, 2002, 457 ss.



co e che anzi tale regola figuri tra gli strumenti di cui gli ordinamenti nazionali (o gli stessi statuti) possono avvalersi per allentare il rapporto di dipendenza tra organo gestorio ed organo di vigilanza e quindi per assicurare al primo una maggiore stabilità ed autonomia.

Dell'opzione regolamentare, naturalmente, ha fatto uso il legislatore francese, che all'art. L229-7 *cod. comm.* stabilisce che «*la direction et l'administration de la société européenne sont régies par les dispositions de la section 2 du chapitre V du présent titre*», disposizioni tra le quali rientra il citato art. L225-61 *cod. comm.* Di essa non si è viceversa avvalso il SEAG, sicché i membri dell'organo direttivo di una Società Europea con sede in Germania possono essere nominati e revocati esclusivamente dall'organo di vigilanza. Deve però credersi che a ciò non segua una pressoché totale soggezione dell'organo di direzione alle direttive dell'organo di vigilanza. Il § 84, Abs. 3, AktG, applicabile anche alle SE ex art 9, § 1, lett. c), ii), reg. SE, condiziona invero la legittimità della revoca alla ricorrenza di gravi motivi<sup>101</sup>, così conciliando l'esigenza di garantire che i *Vorstandsmitglieder* siano espressione tanto dei soci quanto dei lavoratori con quella di impedire che l'*Aufsichtsrat*, attraverso un uso ricattatorio del potere di revoca, si ingerisca eccessivamente nella conduzione degli affari sociali, con l'indesiderabile effetto di privare l'organo di direzione di quella stabilità e indipendenza che gli sono necessarie per assolvere il proprio incarico nell'interesse dell'impresa e non solo degli azionisti di comando<sup>102</sup>.

Come il legislatore tedesco, anche il britannico e (di fatto) l'italiano hanno mantenuto ferma in capo all'organo di vigilanza la competenza a designare e revocare i componenti dell'organo di direzione delle SE. Essi, tuttavia, diversamente dal primo, non si sono preoccupati di salvaguardare l'autonomia e la stabilità dell'organo gestorio. In assenza di norme che la riguardino specificamente, una SE con sede in Italia o nel Regno Unito resta infatti soggetta alle disposizioni destinate alle società per azioni nazionali, che ammettono la revoca dei gestori in qualunque tempo, salvo soltanto il risarcimento qualora manchi una giusta causa<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Più precisamente, ai sensi del § 84, Abs. 3, AktG «*il consiglio di sorveglianza può revocare un membro o il presidente dell'organo amministrativo solo per gravi motivi. Gravi motivi sono in particolare la grave violazione dei propri doveri, l'incapacità di provvedere a una regolare amministrazione, o una mozione di sfiducia approvata dall'assemblea generale, a meno che tale mozione sia stata presa sulla base di un giudizio manifestamente non obbiettivo*».

<sup>102</sup> Al riguardo, *ex multis*, SEIBT, § 84, in K. SCHMIDT-LUTTER (a cura di), AktG, cit., 964 ss.; MÄNTYSAARI, *Comparative Corporate Governance*, Berlin-Heidelberg, 2005, 255.

<sup>103</sup> Per il Regno Unito, si veda la *Sec. 168.1 CA 2006*, su cui, per tutti, DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, cit., 389 ss.

Merita, infine, osservare che nel limitarsi ad autorizzare gli Stati membri a stabilire – o ad ammettere che lo statuto preveda – che sia l'assemblea, in luogo dell'organo di vigilanza, a nominare e revocare gli amministratori l'art. 39, § 2, reg. SE sembra al contempo precludere ogni ulteriore deviazione dalla regola che assegna all'organo di vigilanza il potere di designare e rimuovere i soggetti incaricati della gestione. Ciò che parrebbe implicare, anzitutto, che anche la nomina dei primi componenti dell'organo di direzione resti di competenza dell'organo di vigilanza, come peraltro sembra ricavarsi *a contrario* anche dal raffronto dell'art. 39, § 2, reg. SE con gli artt. 40, § 2 e 43, § 3, reg. SE, ove invece si legge che i membri, rispettivamente, del primo organo di vigilanza e del primo organo di amministrazione possono essere designati dall'atto costitutivo della SE<sup>104</sup>. In secondo luogo, parrebbe poi preclusa anche l'eventualità che sia lo stesso organo di direzione a provvedere alla sostituzione dei membri venuti *medio tempore* a mancare. Soluzione di cui è offerta indiretta conferma anche dall'art. 39, § 3, reg. SE, il quale, dopo aver stabilito che «nessuno può esercitare simultaneamente la funzione di membro dell'organo di direzione e quella del membro dell'organo di vigilanza della SE», aggiunge infatti, in linea con le soluzioni accolte in Francia e in Germania<sup>105</sup>, che «l'organo di vigilanza può tuttavia, in caso di vacanza, designare uno dei suoi membri per esercitare le funzioni di membro dell'organo di direzione» e che «nel corso di tale periodo le funzioni dell'interessato in qualità di membro dell'organo di vigilanza sono sospese»<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> In questo senso, ESTEBAN VELASCO, *El sistema dual*, in *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, cit., 556 s.

<sup>105</sup> I legislatori francese e tedesco prevedono che il consiglio di sorveglianza possa designare propri componenti quali sostituti di membri dell'organo amministrativo mancanti o impediti, ma con una differenza di non poco conto: se infatti l'art. R225-37 *cod comm.* a tale evenienza fa seguire la definitiva cessazione del consigliere di sorveglianza dal suo ufficio (cfr. RIPERT-ROBLLOT, *Les sociétés commerciales*, cit., 459; COZIAN-VIANDIER-DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, 2011, 284), il § 105, *Abs. 2*, *AktG* dispone che la sostituzione non può protrarsi oltre un anno, trascorso il quale l'interessato può nondimeno tornare alle sue originarie mansioni.

<sup>106</sup> La soluzione del reg. SE è stata poi seguita anche dal legislatore italiano: ed infatti, se gli artt. 2386 e 2409 *noviesdecies* c.c. ammettono, in relazione alle s.p.a. di diritto italiano, rispettivamente, a struttura tradizionale e monistica, la nomina per cooptazione degli amministratori venuti *medio tempore* a mancare, l'art. 2409 *novies*, sesto comma, c.c. con riguardo alle società azionarie che abbiano optato per lo schema dualistico statuisce, viceversa, che «se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più componenti del consiglio di gestione, il consiglio di sorveglianza provvede senza indugio alla loro sostituzione».

## 7. (Segue). L'organo di vigilanza

Delineati all'art. 39 i tratti principali delle funzioni e della struttura dell'organo direttivo, il legislatore comunitario dedica i successivi tre articoli del regolamento alla disciplina dell'organo di vigilanza.

L'art. 40, § 1, reg. SE provvede anzitutto a chiarirne la funzione, stabilendo che «*l'organo di vigilanza controlla la gestione assicurata dall'organo di direzione*». Esso però, di là dall'escludere che il controllo possa sconfinare nel compimento di atti gestori e dal confermare così in negativo il principio (sancto all'art. 39, § 1, reg. SE) che vuole il potere amministrativo dell'organo di direzione sottratto a immistioni degli altri organi sociali, non fornisce specifiche indicazioni sull'ampiezza e la natura dell'azione dell'organo di vigilanza, per la cui definizione occorre quindi riferirsi, ai sensi dell'art. 9, § 1, lett. c), ii), reg. SE, alle legislazioni nazionali.

Consapevole però del fatto che l'esercizio del controllo non può prescindere da un'adeguata conoscenza di ciò che ne forma oggetto, il legislatore comunitario all'art. 41 reg. SE ha cura di istituire un fisiologico e stabile flusso (minimo) di informazioni dirette all'organo di vigilanza, imponendo all'organo di direzione non solo di riferire almeno ogni tre mesi sull'andamento degli affari sociali della SE e sulla loro probabile evoluzione (art. 41, § 1, reg. SE), ma altresì di comunicare in tempo utile le informazioni su avvenimenti che possono avere ripercussioni sensibili sulla situazione della SE (art. 41, § 2, reg. SE). In base alla lettera del dettato regolamentare, destinatario di entrambe le prescrizioni è l'«organo di direzione»: il testo delle relazioni informative deve quindi essere discusso e approvato da tutti i componenti dell'organo gestorio<sup>107</sup>. Ciò che assicura una più attenta ponderazione dell'informativa nonché un maggiore coinvolgimento degli amministratori non esecutivi, implicando tra l'altro una cadenza (perlomeno) trimestrale delle consultazioni in-

---

<sup>107</sup> Il regolamento replica qui le soluzioni accolte negli ordinamenti tedesco e francese, dove il § 90, Abs. 1, AktG e l'art. L225-68, Al. 5, cod. comm. assegnano, rispettivamente, al *Vorstand* («*der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten über [...]*») e al *directoire* («*une fois par trimestre au moins le directoire présente un rapport au conseil de surveillance*») il compito di tenere informato l'organo di vigilanza, sul presupposto che soltanto il *plenum* sia in grado di avere una visione d'insieme sull'andamento della gestione in tutti i settori dell'impresa, tanto più quando le funzioni gestorie siano ripartite fra tutti i componenti dell'organo. Considerazioni uguali e contrarie (cfr., in particolare, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2004, 49) sono invece sottese alla scelta del legislatore italiano di prevedere (attraverso il rinvio all'art. 2381, quinto comma, c.c. operato dall'art. 2409 *novies*, primo comma, c.c.) che anche nelle società a struttura dualistica siano gli organi delegati a riferire sia al *plenum* sia al consiglio di sorveglianza.

terne dell'organo di direzione, al pari di quanto l'art. 44 reg. SE stabilisce *expressis verbis* con riferimento all'organo di amministrazione delle SE che abbiano optato per il sistema monistico. Correlativamente, destinatario di tali informazioni parrebbe essere l'organo di vigilanza nel suo complesso, in persona del suo presidente, e non i singoli componenti, tenuto conto che l'art. 41, § 5, reg. SE si preoccupa di precisare che «*ciascun membro dell'organo di vigilanza può prendere conoscenza di tutte le informazioni comunicate a tale organo*».

Nell'intento di garantire all'azione di controllo la massima effettività, il regolamento accorda inoltre allo stesso organo di vigilanza ampi poteri istruttori ed ispettivi slegati da tempistiche predefinite.

L'art. 41, § 3, reg. SE lo autorizza, anzitutto, a chiedere all'organo di direzione ragguagli di qualsiasi genere necessari all'esercizio delle sue funzioni, così completando la disciplina dei flussi informativi tra organo di direzione e organo di controllo, che – come si è visto – ha il suo cardine negli obblighi di *reporting* posti a carico dei gestori dall'art. 41, §§ 1 e 2, reg. SE. Titolare di siffatto potere è, in principio, l'organo di vigilanza; gli Stati membri sono tuttavia liberi di prevedere che ogni singolo consigliere possa farne uso. Di questa facoltà si sono avvalsi sia il legislatore tedesco (§ 18 *SEAG*), che ha così allineato il regime della SE a quello delle *Aktiengesellschaften* interne (cfr. § 90, *Abs. 3, AktG*), sia quello britannico (*Sec. 63 EPLLCR*). Non ne hanno invece approfittato la Francia e l'Italia: nelle SE ivi costituite l'assunzione di informazioni funzionali all'esercizio del controllo implica quindi necessariamente una previa delibera del *plenum*, in linea con quanto lasciano intendere con riguardo alle società per azioni di diritto interno l'art. L225-68, *Al. 3, cod comm.* e l'art. 2403 *bis*, secondo comma, c.c.

Complementare alla facoltà di chiedere agli amministratori informazioni ulteriori rispetto a quelle dovute *ex art.* 41, §§ 1 e 2, reg. SE è poi il potere dell'organo di vigilanza di «*procedere o far procedere alle verifiche necessarie all'espletamento delle sue mansioni*» sancito dall'art. 41, § 4, reg. SE. Si tratta, questo, di un potere che sembra includere la possibilità di accedere a qualsiasi documento sociale e, più in generale, di dare corso ad atti ispettivi indipendentemente dalla collaborazione degli amministratori; e, dunque, di uno strumento tanto essenziale all'assolvimento del controllo sulla gestione, quanto invasivo, e come tale bisognoso di una disciplina attenta a renderne l'esercizio il più snello ed efficace possibile, ma anche ad impedire che i controllori per il tramite di continui atti ispettivi finiscano per intralciare l'attività gestoria sino a provocarne la paralisi. Al contemperamento di queste esigenze il legislatore comunitario ha provveduto con una soluzione analoga a quella accolta negli ordinamenti tedesco e francese, dove, rispetti-

vamente, il § 111, *Abs. 2, AktG* e l'art. R225-56 *cod. comm.* assegnano il potere di ispezione al consiglio di sorveglianza, salvo prevedere la facoltà di quest'ultimo di affidarne il (solo) concreto espletamento a singoli membri: anche l'art. 41, § 4, reg. SE, con il prevedere che «*l'organo di vigilanza può procedere o far procedere alle verifiche necessarie all'espletamento delle sue mansioni*», pare infatti escludere che tale potere ispettivo possa far capo *iure proprio* a ciascun consigliere di sorveglianza ed ammettere invece che l'organo di vigilanza della Società Europea, una volta deliberata l'opportunità di una verifica, ne deleghi l'esecuzione materiale ad uno o più persone soltanto. Vale la pena di osservare che sotto questo profilo, quindi, una SE con sede in Italia si differenzerebbe dalle società per azioni nazionali, i cui sindaci e consiglieri di sorveglianza sono invece legittimati a compiere gli atti di ispezione e controllo che ritengano opportuni indipendentemente da una delibera dell'organo di appartenenza<sup>108</sup>.

Quanto, infine, alla composizione dell'organo di vigilanza, l'art. 40, § 3, reg. SE assegna allo statuto il compito di stabilire il numero dei suoi membri o, perlomeno, di fissare le regole per determinarlo. Questo può perciò indicare il numero esatto di persone chiamate a comporre l'organo di controllo, ma anche limitarsi a definire un numero minimo e/o massimo di membri, nel qual caso competerà all'organo incaricato della nomina individuare – nei limiti statutari – il numero dei componenti che di volta in volta ritenga più congruo per l'assolvimento del controllo sulla gestione.

Allo stesso tempo, però, la norma comunitaria consente agli Stati membri di limitare l'autonomia dei soci attraverso la prescrizione legislativa del numero preciso ovvero di un limite minimo e/o massimo al numero dei membri dell'organo di vigilanza della SE. Il nostro legislatore non si è avvalso di questa facoltà, sicché nelle SE con sede sociale in Italia la definizione della composizione numerica dell'organo di vigilanza resta nella piena disponibilità del-

---

<sup>108</sup> In realtà, se ci si fermasse al dato letterale dell'art. 2409-*quaterdecies*, primo comma, c.c. i consiglieri di sorveglianza delle s.p.a. a struttura dualistica sarebbero all'opposto del tutto privi di qualsivoglia potere ispettivo, tenuto conto che tale disposizione, nell'indicare le norme applicabili alle società azionarie che abbiano optato per il sistema dualistico, si dimentica di richiamare proprio la norma – l'art. 2403 *bis*, primo comma, c.c. – che investe ciascun sindaco del potere di compiere atti di ispezione e controllo. Questa incongruenza sembra però poter essere risolta in via interpretativa mediante l'applicazione dell'art. 223*septies* disp. att. c.c., il quale statuisce infatti che «*se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza per le società che abbiano adottato il sistema dualistico [...]*». In questo senso, FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 865 ss., 878.

lo statuto<sup>109</sup>. L'opzione opposta è stata invece preferita in Germania e in Francia per uniformare la disciplina della Società Europea a quella delle società azionarie domestiche. Da questo punto di vista, l'autonomia dello statuto della SE assume dunque ampiezza diversa a seconda del luogo in cui la società venga costituita. Ad esempio, se l'art. L225-69, *Al. 1, cod. comm.* – reso, *ex multis*, applicabile alle SE francesi dall'art. L229-7, *Al. 1, cod. comm.* – prevede che il numero dei consiglieri di sorveglianza non può essere inferiore a tre e superiore a diciotto, il § 17, *Abs. 1, SEAG*, da un lato, al pari della norma francese, stabilisce che l'*Aufsichtsorgan* deve essere composto da almeno tre persone, ma, dall'altro, a differenza della prima, ammette che esso possa contare anche più di diciotto componenti, disponendo, precisamente, che l'atto costitutivo può fissare anche un numero superiore a tre purché si tratti di un suo multiplo e, comunque, non sia superiore a nove, quindici o ventuno a seconda che, rispettivamente, il capitale sociale sia inferiore o pari a un milione e cinquecentomila euro, superi tale cifra ovvero sia superiore a dieci milioni di euro. Anche il legislatore britannico ha fatto uso dell'opzione regolamentare, ma a differenza del tedesco e del francese non si è preoccupato né di introdurre un limite massimo al numero dei membri dell'organo di vigilanza, né di consentire in ogni caso la formazione della maggioranza, limitandosi a precludere l'adozione di un organo di vigilanza unipersonale (*Sec. 62 EPLLCR*).

La disciplina applicabile alle SE non sembra dotata di un elevato grado di uniformità neppure in relazione ai soggetti deputati alla nomina dei consiglieri di sorveglianza. Così, se è vero che l'art. 40, § 2, reg. SE statuisce in via generale che «*i membri dell'organo di vigilanza sono nominati dall'assemblea generale*», questa regola, tuttavia, per stessa ammissione del legislatore comunitario, non va esente da eccezioni: l'art. 40, § 2, reg. SE, oltre a prevedere che i membri del primo organo di vigilanza possano essere designati direttamente dallo statuto, dispone infatti che la regola della nomina assembleare lasci impregiudicato tanto l'art. 47, § 4, reg. SE – che a sua volta fa salve «*le disposizioni nazionali che permettono ad una minoranza di azionisti o ad altre persone od autorità di designare una parte dei membri degli organi sociali, inclusi quindi quelli dell'organo di vigilanza*» – quanto «*le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori determinate conformemente alla direttiva 2001/86/CE*».

La disciplina del sistema dualistico si chiude con l'art. 42 reg. SE, che pre-

---

<sup>109</sup> Sotto questo profilo, quindi, una SE con sede sociale in Italia si distinguerà da una s.p.a. di diritto interno, posto che, con riguardo a queste ultime, l'art. 2409 *duodecies*, primo comma, c.c. si preoccupa invece di stabilire che «*salvo lo statuto non preveda un maggior numero di componenti, il consiglio di sorveglianza si compone di un numero di componenti, anche non soci, non inferiore a tre*».

vede l'obbligo dell'organo di vigilanza di nominare tra i suoi membri un presidente<sup>110</sup>, con la sola precisazione che, qualora la metà dei consiglieri sia stata designata dai lavoratori, tale può essere eletto unicamente un membro nominato dall'assemblea.

## 8. Il sistema monistico. L'organo di amministrazione

L'art. 43, § 1, reg. SE, similmente a quanto stabilisce l'art. 39, § 1 in relazione alle SE a struttura dualistica, assegna all'organo di amministrazione delle SE che abbiano adottato il modello monistico il compito di gestire la società, salvo poi aggiungere, come già l'art. 39, § 1, reg. SE, che «*uno Stato membro può prevedere che l'amministratore o gli amministratori delegati siano responsabili della gestione corrente alle medesime condizioni previste per le società per azioni aventi sede nel suo territorio*». Valgono qui le medesime considerazioni svolte relativamente all'organo di direzione. Deve quindi credersi che il legislatore comunitario in questo modo abbia inteso legittimare i legislatori nazionali a contemplare la facoltà (o l'obbligo) dell'organo amministrativo di assegnare, anche in via esclusiva, proprie mansioni ad una o più persone soltanto non necessariamente appartenenti all'organo, non senza però rinunciare ad introdurre alcuni limiti alla loro discrezionalità normativa. Limiti consistenti nell'impossibilità di includere la direzione strategica nel novero delle materie delegabili e nel necessario assoggettamento dei delegati alle medesime regole di responsabilità applicabili ai membri dell'organo di amministrazione delle società per azioni dello Stato in cui la SE ha sede.

Quanto, in particolare, all'indelegabilità delle decisioni afferenti la definizione dei piani strategici merita però aggiungere che la soluzione regolamentare non è soltanto – come già si è detto a proposito dell'art. 39 reg. SE – la medesima raccomandata dai codici di autodisciplina delle società quotate nelle principali borse europee, ma è altresì quella storicamente imposta dal legislatore francese alle *sociétés anonymes à conseil d'administration*. Più precisamente, il *code de commerce*, proprio allo scopo di impedire la concentrazione di tutto il potere gestorio in organi ristretti o addirittura unipersonali, distingue

---

<sup>110</sup> Sotto questo profilo, dunque, una Società Europea con sede sociale in Italia si differenzierà da una s.p.a. di diritto interno, atteso che l'art. 2409 *duodecies*, comma ottavo, c.c. rimette la nomina del presidente del consiglio di sorveglianza all'assemblea dei soci. La disposizione comunitaria trova invece piena corrispondenza negli ordinamenti tedesco e francese, ove, rispettivamente, il § 107, *Abs. 1, AktG* e l'art. L225-81, *Al. 2, cod. comm.*, stabiliscono che è il consiglio di sorveglianza a dover designare tra i suoi membri un presidente.

tra *administration* e *direction* dell'impresa: la prima è affidata al consiglio di amministrazione, che ai sensi dell'art. L225-35, *Al. 1, cod comm.* «*détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en oeuvre*»; la seconda, viceversa, compete in via esclusiva al presidente dell'organo amministrativo ovvero ad un *directeur général*<sup>111</sup>, non necessariamente *administrateur*, il quale provvede ad assumere le opportune decisioni attuative della politica prefissata dal consiglio nonché a darvi esecuzione munito «*des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société*»<sup>112</sup>.

Non può allora meravigliare che il legislatore francese si sia avvalso dell'autorizzazione di cui all'art. 43, § 1, frase seconda, reg. SE rinviando *tout court* alle disposizioni destinate alle società azionarie di diritto interno, né deve sorprendere la scelta di quello tedesco di istituire per le SE monistiche con sede in Germania la figura dell'amministratore delegato, modellandola su quella del *directeur général* delle *sociétés anonymes*. Ed infatti, il *SEAG*, da un lato, assegna al *Verwaltungsrat* il compito di dirigere la società (*Leitung der Gesellschaft*), di definirne le linee strategiche e di vigilare sulla loro applicazione (§ 22, *Abs. 1, SEAG*); dall'altro, impone al *plenum* la nomina di uno o più *Geschäftsführende Direktoren* ai quali attribuisce in via esclusiva la *Geschäftsführung*, vale a dire il potere-dovere di gestire l'impresa, dando attuazione alle direttive programmatiche definite dal consiglio e rappresentandola nei confronti dei terzi (§ 40 *SEAG*). Dell'opzione regolamentare non si sono invece avvalsi i legislatori italiano e britannico. Decisione, questa, che – come già si è osservato a proposito dell'art. 39, § 1, reg. SE – sembrerebbe non obbligare tutti gli amministratori a prendere parte a qualsiasi decisione gestoria soltanto a condizione di ritenere (non senza qualche forzatura) che la norma che affida la gestione all'intero organo di amministrazione sia derogata uni-

---

<sup>111</sup> La possibilità per il *conseil d'administration* di scegliere se prevedere il cumulo ovvero la dissociazione delle funzioni del presidente dell'organo e del *directeur général* è stata introdotta di recente dalla *loin. 2001/420* sul presupposto che questa seconda soluzione sia idonea a consentire una ripartizione più equilibrata delle competenze tra i soggetti incaricati della gestione e, dunque, un più efficiente funzionamento dell'organo amministrativo. In argomento COZIAN-VIANDIER-DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., 334 ss.; RIPERT-ROBLLOT, *Le sociétés commerciales*, cit., 442 s.; LE CANNU-DONDERO, *Droit des sociétés*, in LGDJ, Paris, 2013, 479 ss.; nonché BALZARINI, *La modernizzazione del diritto societario francese*, in *Riv. soc.*, 2005, 216 ss., 231 ss.

<sup>112</sup> Sulla distinzione tra *direction* e *administration*, v. ABBADESSA, *Organizzazione della funzione amministrativa nella società per azioni: esperienze straniere e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1970, 1238 ss.; DAIGRE, *Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes*, in *Rev. soc.*, 1981, 497 ss.; LE CANNU-DONDERO, *Droit des sociétés*, cit., 490 e 511 s.



camente quando questa funzione venga devoluta in via esclusiva ad uno o più soggetti, anche estranei all'organo. In tal caso la decisione del *plenum* di una SE di delegare proprie attribuzioni ad uno o più amministratori potrebbe infatti reputarsi compatibile con l'art. 43, § 1, reg. SE se i delegati fossero necessariamente membri dell'organo e quest'ultimo conservasse in ogni caso il potere di intervenire nelle materie di competenza dei singoli, oltre a quello di fissare l'orientamento strategico dell'impresa<sup>113</sup>.

Dopo aver detto al § 1 della funzione dell'organo di amministrazione, l'art. 43 reg. SE prosegue con il disciplinarne la composizione numerica e la nomina. In particolare, al § 2 esso demanda allo statuto il compito di precisare il numero dei membri dell'organo di amministrazione o, quantomeno, di fissare i criteri per determinarlo, consentendo però agli Stati membri di stabilire un numero minimo e, se del caso, massimo. A ciò i legislatori francese e britannico hanno provveduto allineando la disciplina della Società Europea a quelle delle società azionarie domestiche: così, da un lato, l'art. L229-7, *Al. 1, cod. comm.* rinvia all'art. L225-17, *Al. 1, cod. comm.*, ai sensi del quale il *conseil d'administration* deve essere composto da un numero di membri non inferiore a tre e non superiore a diciotto; dall'altro, la *Sec. 64 EPLLCR* estende alle SE con sede nel Regno Unito la regola già affermata dalla *Sec. 154.2 C.A.* con riguardo al *board of directors* delle *public companies* stabilendo che «*the minimum number of the members of the administrative organ of an SE is two*». Anche il legislatore tedesco si è avvalso dell'opzione regolamentare per equiparare il tipo SE alle società di diritto interno; tuttavia il *SEAG*, a differenza delle leggi attuative del regolamento adottate in Francia ed in Gran Bretagna, assoggetta lo statuto delle SE costituite in Germania all'osservanza dei limiti prescritti per la composizione numerica – non dell'organo di direzione, ma – del consiglio di sorveglianza delle *Aktiengesellschaften*: al pari del § 95, *Abs. 1, AktG*, il § 23 *SEAG* stabilisce infatti che il *Verwaltungsrat* deve essere composto da almeno tre persone, salva la facoltà dell'atto costitutivo di fissare anche un numero superiore a tre purché si tratti di un suo multiplo e, comunque, non sia superiore a nove, quindici o ventuno a seconda che, rispettivamente, il capitale sociale sia inferiore o pari a

---

<sup>113</sup> Sotto questo profilo dunque le SE costituite nel Regno Unito si differenzieranno sensibilmente dalle *public companies* nazionali, atteso che gli *articles* di queste ultime sono invece liberi, nel silenzio del *Companies Act*, di accordare al *board* la facoltà di delegare in via esclusiva tutte come alcune soltanto delle proprie competenze ad uno o più *directors*, non necessariamente membri dell'organo. E del pari, sul punto si distinguerà dalle società per azioni di diritto interno una SE con sede in Italia, se si considera che l'art. 2381 c.c., da un lato, dota il *plenum* di una competenza concorrente rispetto a quella dei delegati, ma, dall'altro, si limita a riservare ad esso il potere di esaminare e non anche di definire ed approvare i piani strategici, come invece si ricava dal dettato regolamentare.

un milione e cinquecentomila euro, oltrepassi tale cifra ovvero sia superiore a dieci milioni di euro. Dell'autorizzazione di cui all'art. 43, § 2, reg. SE non ha invece fatto uso il legislatore italiano, con la conseguenza che nelle SE aventi sede sociale nel nostro Paese la definizione della composizione numerica dell'organo di amministrazione resterà nella piena disponibilità dello statuto. Ma con un limite. L'art. 43, § 2, reg. SE statuisce, infatti, che in ogni caso l'organo amministrativo «*deve essere composto da almeno tre membri qualora il coinvolgimento dei lavoratori nella SE sia organizzato conformemente alla direttiva 2001/86/CEE*»<sup>114</sup>.

Quanto invece alla nomina dei membri dell'organo di amministrazione, l'art. 43, § 3, reg. SE, con disposizione del tutto analoga a quella dettata con riferimento all'organo di vigilanza dall'art. 40, § 2, reg. SE, individua nell'assemblea generale degli azionisti il soggetto competente, salvo, per un verso, ammettere la possibilità che i primi amministratori siano designati dallo stesso statuto della SE e, per altro verso, precisare che resta impregiudicato «*l'articolo 47, paragrafo 4 o, se del caso, le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori determinate conformemente alla direttiva 2001/86/CE*».

---

<sup>114</sup> La *ratio* di questa norma appare piuttosto oscura. V'è chi sostiene che con essa il legislatore abbia inteso «*assicurare che le scelte gestionali rispondano alla volontà degli azionisti*». Così, precisamente, FIORIO, *Lo statuto della società europea: la struttura della società ed il coinvolgimento dei lavoratori*, cit., 828 ss., 832. Tale interpretazione solleva tuttavia qualche perplessità, se si considera che il regolamento provvede a garantire in ogni caso il predominio della volontà dei soci quando stabilisce, per un verso, che nell'eventualità in cui «*la metà degli amministratori è stata designata dai lavoratori solo un membro designato dall'assemblea generale degli azionisti può essere eletto presidente*» (art. 45 reg. SE) e, per altro verso, che in caso di parità prevale il voto del presidente (art. 50, § 2, reg. SE). Potrebbe allora ipotizzarsi che il legislatore comunitario all'art. 43, § 2, frase seconda, reg. SE abbia inteso impedire che la previsione statutaria di un organo amministrativo formato da una o due persone soltanto precluda la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori all'interno dello stesso nel particolare caso in cui, vuoi perché così accordatasi la delegazione speciale di negoziazione con gli organo amministrativi delle società partecipanti alla costituzione della SE, vuoi perché in tal senso depongono le disposizioni di riferimento allegate alla direttiva 2001/86/CEE, un terzo dei membri dell'organo di amministrazione debba essere scelto dai lavoratori conformemente quanto statuito dal *Betriebsverfassungsgesetz*. È appena il caso di rilevare infatti che la praticabilità di una simile soluzione implicherebbe la presenza di almeno tre amministratori (e in questo senso cfr. TEICHMANN, *Art. 43 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 481). A dire il vero, però, anche questa lettura non sembra in grado di dissipare ogni dubbio e, in particolare, di spiegare la scelta del legislatore comunitario di non introdurre un analogo limite minimo alla composizione numerica dell'organo di vigilanza, posto che non v'è motivo per credere che il medesimo problema alla cui risoluzione parrebbe rivolto l'art. 43, § 2, frase seconda, reg. SE non possa prodursi nelle SE a struttura dualistica in cui sia prevista la partecipazione dei lavoratori alla gestione sociale.

Del funzionamento dell'organo amministrativo il regolamento si occupa infine agli artt. 44 e 50.

Per la valida adozione delle decisioni gestorie l'art. 50, § 1, reg. SE richiede che almeno la metà dei membri dell'organo sia presente o rappresentata e, in second'ordine, che esse siano assunte con il voto favorevole della maggioranza degli stessi membri presenti o rappresentati, non senza però far salve diverse disposizioni (del regolamento e) dello statuto. Quest'ultimo è quindi libero – come si dirà più diffusamente al § 9<sup>115</sup> – di prevedere la necessaria assunzione collegiale delle decisioni gestionali così come di autorizzare gli amministratori a deliberare tramite lo scambio di comunicazioni scritte, e dunque senza una riunione collegiale simultanea. Ma con un limite. Il legislatore comunitario all'art. 44, § 1, reg. SE prevede infatti che *«l'organo di amministrazione si riunisc[a] almeno ogni tre mesi, secondo una periodicità stabilita dallo statuto, per deliberare sull'andamento degli affari della SE e sulla loro prevedibile evoluzione»*, con l'apparente risultato di escludere che su questi temi sia sufficiente una semplice consultazione scritta degli amministratori, e lasciando quindi intendere che un attento esame dell'attività svolta dall'impresa, la verifica dei risultati conseguiti ed il loro confronto con gli obiettivi prefissati necessitano di una ponderazione che soltanto l'interazione simultanea e reciproca tra gli amministratori è in grado di assicurare. Ciò che pare tanto più vero quando la gestione corrente sia delegata ad una o più persone soltanto. Non è un caso, del resto, che l'obbligo dell'organo amministrativo di riunirsi con cadenza (almeno) trimestrale sia comparso per la prima volta nel progetto di regolamento del 1989 in concomitanza con la previsione di un organo di amministrazione necessariamente scomposto in membri dirigenti, con funzioni gestorie, e membri non dirigenti, con compiti di supervisione e controllo, salvo poi sopravvivere all'eliminazione di quest'ultima e approdare nel testo definitivo del regolamento, dove la riunione trimestrale *ex art. 44, § 1*, rappresenta a ben vedere la sola occasione (espressamente prevista) in cui gli (eventuali) amministratori delegati sono chiamati a rendere conto della gestione al *plenum*. L'art. 44 reg. SE nel successivo § 2 riconosce invero che *«ciascun membro dell'organo di amministrazione può prendere conoscenza di qualsiasi informazione comunicata a tale organo»*, ma omette di indicare in quale modo l'organo amministrativo possa apprendere tali informazioni, lasciandone perciò la definizione alle normative nazionali.

---

<sup>115</sup> L'art. 50 reg. SE rientra fra le disposizioni che si applicano alla Società Europea quale che sia la sua struttura amministrativa, sicché al suo esame si procederà nel paragrafo appositamente dedicato allo studio delle norme comuni ai sistemi dualistico e monistico.

## 9. Le norme comuni ai due sistemi di amministrazione e controllo

Dopo aver delineato i tratti principali dei sistemi dualistico e monistico, il regolamento detta una serie di disposizioni indistintamente applicabili alle SE a prescindere del modello di *governance* prescelto.

Alcune di queste, in realtà, si limitano a rinviare alle regole valide per le società per azioni nazionali con un risultato non dissimile a quello dell'art. 9, § 1, lett. c), ii) e iii), reg. SE, sicché la loro presenza in una sezione del regolamento appositamente dedicata alle norme comuni ai due sistemi di amministrazione e controllo sembrerebbe spiegarsi solo considerando che si tratta di disposizioni che nelle intenzioni originarie del legislatore avrebbero dovuto avere un proprio contenuto precettivo in grado di soddisfare esigenze ricorrenti in egual modo in tutti e due gli schemi organizzativi, ma che con il passare degli anni sono state oggetto di progressive amputazioni sino a tramutarsi in mere norme di rinvio e ad essere sostanzialmente “dimenticate” dal legislatore nel testo definitivo del regolamento. L'art. 47 reg. SE, ad esempio, oggi rinvia la definizione dei presupposti di eleggibilità alle cariche sociali pressoché totalmente alla disciplina applicabile alle società per azioni dello Stato membro della sede della SE. Ma a questo proposito il legislatore non si è sempre limitato a richiamare le normative nazionali. In particolare, con riguardo alla designazione di una persona giuridica a membro dell'organo di direzione, di vigilanza o di amministrazione, dapprima le proposte del 1970 e del 1975 – ispirandosi all'esperienza tedesca – stabilivano che soltanto persone fisiche avrebbero potuto entrare a far parte del comitato di direzione o del consiglio di vigilanza<sup>116</sup>, soluzione poi rovesciata dal progetto del 1989, che – uniformandosi invece alla tradizione anglosassone – assegnava direttamente allo statuto la libertà di ammettere o meno la nomina di una persona giuridica quale amministratore o consigliere di sorveglianza della SE<sup>117</sup>. Soltanto a partire dal 1991 è

---

<sup>116</sup> In particolare, le proposte di regolamento del 1970 e del 1975 statuivano, rispettivamente, agli artt. 63, § 2 e 63, § 3 che «*membri del comitato di direzione [avrebbero potuto] essere soltanto persone fisiche*» ed agli artt. 74, § 1 e 74 § 2 che «*soltanto le persone fisiche [avrebbero potuto] essere membri del consiglio di vigilanza*».

<sup>117</sup> L'art. 69, § 1 recitava: «*se lo statuto della SE prevede che una società o un'altra persona giuridica può essere membro di un organo, questa deve designare una persona fisica come proprio rappresentante ai fini dell'esercizio delle proprie funzioni nell'organo in questione. Tale rappresentante è soggetto alle stesse condizioni e agli stessi obblighi che gli sarebbero imposti se fosse personalmente membro dell'organo. Le disposizioni dell'art. 9 in materia di pubblicità riguardano il rappresentante nonché la persona giuridica o la società rappresentata. Quest'ultima risponde in solido e illimitatamente degli obblighi derivanti dalla responsabilità civile del suo rappresentante*».

quindi prevalsa l'idea, verosimilmente di carattere compromissorio, di allineare la disciplina della Società Europea a quella delle società di diritto interno<sup>118</sup>. E lo stesso è a dirsi per la disciplina della responsabilità dei membri degli organi sociali, relativamente alla quale solo nel 1991 il regolamento ha rinunciato a dettare un regime uniforme, introducendo la previsione secondo cui i componenti dell'organo di direzione, di vigilanza o di amministrazione sono responsabili dell'inosservanza dei loro doveri «secondo le disposizioni dello Stato membro della sede sociale della SE applicabili alle società per azioni» (art. 51 reg. SE).

Le altre norme contenute nella sezione introducono viceversa vere e proprie regole comuni ai due sistemi di amministrazione e controllo; e vi provvedono, in particolare, in materia di: (i) durata dell'incarico dei componenti degli organi di gestione e controllo (art. 46 reg. SE); (ii) competenze degli organi di vigilanza e di amministrazione (art. 48 reg. SE); (iii) riservatezza dei componenti degli organi sociali (art. 49 reg. SE); e (iv) formazione della volontà degli organi di direzione, di vigilanza e di amministrazione (art. 50 reg. SE).

(i) In primo luogo, l'art. 46 reg. SE stabilisce che sia lo stesso statuto a determinare il periodo di durata in carica sia dei membri dell'organo di gestione sia dei componenti dell'eventuale organo di vigilanza, con l'unica precisazione che tale periodo non può essere superiore a sei anni, ma che l'incarico, salvo restrizioni statutarie, può essere rinnovato una o più volte.

(ii) Ai sensi dell'art. 48 reg. SE, allo statuto della Società Europea spetta inoltre il compito di precisare «*le categorie di operazioni soggette ad autorizzazione concessa all'organo di direzione dall'organo di vigilanza, nel sistema dualistico, o ad esplicita decisione dell'organo di amministrazione, nel sistema monistico*». Questa obbligatoria<sup>119</sup> riserva di competenza, a seconda dei casi, autorizzatoria o decisionale rappresenta forse lo strumento più incisivo di cui tali organi dispongono per l'esercizio della loro funzione di vigilanza, nella misura in cui, quantomeno in relazione alle materie individuate nello statu-

---

<sup>118</sup> All'art. 69, § 1 del progetto di regolamento del 1991 si leggeva: «*lo statuto può prevedere che una società o altro ente giuridico sia membro di un organo salvo se altrimenti disposto dalla legislazione dello Stato della sede della SE applicabile alla società per azioni. La società o altro ente giuridico deve designare un rappresentante, persona fisica, ai fini dell'esercizio dei poteri nell'organo in questione. Tale rappresentante è soggetto alle stesse condizioni e agli stessi obblighi che gli sarebbero imposti se fosse personalmente membro dell'organo*».

<sup>119</sup> Induce a credere di essere innanzi ad un vero e proprio obbligo dello statuto la stessa lettera della disposizione, e precisamente la coniugazione all'indicativo del verbo «precisare». In questo senso anche ESTEBAN VELASCO, *Disposiciones comunes a ambos sistemas de administracion y control*, in *La Sociedad Anònima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, cit., 664.

to, sembrerebbe impedire che l'azione di *monitoring* dei membri dell'organo di vigilanza e di quelli (non delegati)<sup>120</sup> dell'organo di amministrazione si risolva in un'attività puramente dissuasiva o, addirittura, di mero riscontro di fatti già accaduti e consentire invece un «controllo concomitante»<sup>121</sup>, capace realmente di prevenire il compimento da parte degli amministratori di atti di *mala gestio* o finanche di operazioni ritenute sconvenienti. Peraltro, proprio sulla base della convinzione che in molte società azionarie l'*Aufsichtsrat* non fosse in grado di esercitare adeguatamente la vigilanza siccome non tempestivamente coinvolto nell'assunzione di decisioni di primaria importanza per il futuro dell'impresa<sup>122</sup>, nel 2002<sup>123</sup> il legislatore tedesco ha trasposto nel diritto interno il regime dell'art. 48, § 1, reg. SE trasformando la previsione di un *Katalog* di operazioni soggette alla preventiva approvazione del consiglio di sorveglianza da mera facoltà a vero e proprio obbligo dello statuto (o, in alternativa, dell'*Aufsichtsrat*: § 111, *Abs.* 4, *S.* 2, *AktG*)<sup>124</sup>.

L'esatta misura del coinvolgimento dell'organo di vigilanza e dei membri non delegati dell'organo di amministrazione è destinata tuttavia a dipendere da svariati fattori. In primo luogo, essa infatti dipenderà dall'ampiezza e dalla significatività delle materie sottoposte ad autorizzazione dell'organo di vigilanza o a esplicita decisione dell'organo amministrativo dallo statuto di ciascuna SE; anche se in proposito la discrezionalità dei soci non parrebbe essere assoluta. L'art. 48, reg. SE, impiegando l'espressione «categorie di operazioni»,

---

<sup>120</sup> È curioso notare che questa norma, imponendo una riserva decisionale a favore dell'organo di amministrazione, implicitamente presuppone che tale organo non si occupi dell'intera gestione della società – come previsto dall'art. 43 reg. SE –, ma che questa sia affidata ad uno o più amministratori delegati: cfr. TEICHMANN, *Art. 48 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 651.

<sup>121</sup> Impiega l'espressione «controllo concomitante» per indicare l'attività di vigilanza consultiva e preventiva che l'*Aufsichtsrat*, anche prima dell'entrata in vigore del *TransPuG*, era chiamata svolgere in misura sempre maggiore dagli statuti delle *Aktiengesellschaften* tedesche LUTTER, *Il sistema del Consiglio di sorveglianza nel diritto societario tedesco*, in *Riv. soc.*, 1988, 95 ss., spec. 104. Sul punto, cfr. TEICHMANN, *Art. 48 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 651, che definisce il diritto di veto dell'organo di vigilanza come parte – non semplicemente retrospettiva, ma orientata al futuro – dell'azione di vigilanza sulla direzione dell'impresa.

<sup>122</sup> Cfr. la *Begründung* all'*Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)* del 6 febbraio 2002, reperibile al sito [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de), 38.

<sup>123</sup> § 1, Nm. 9, *Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG)* del 29 luglio 2002.

<sup>124</sup> Sul punto, HÜFFER, § 111, *Aktiengesetz*, cit., 598 ss.

sembra infatti escludere la legittimità tanto della clausole statutarie che facciano riferimento a singoli affari precisamente individuati sotto il profilo soggettivo e/o oggettivo, quanto di quelle che introducano una riserva autorizzatoria o decisionale estesa a qualsivoglia operazione, finendo per mettere in discussione l'esercizio effettivo della gestione da parte dell'organo di direzione. A condizionare l'effettiva portata del controllo concomitante dell'organo di vigilanza e di amministrazione saranno poi anche il numero e la rilevanza degli atti che siano sottoposti ad autorizzazione o decisione dalla legge dello Stato in cui la SE abbia sede o direttamente dai membri dell'organo di vigilanza a norma della stessa legge. L'art. 48, § 2, reg. SE autorizza invero gli Stati membri, per un verso, «a prevedere che, nel sistema dualistico, l'organo di vigilanza possa di per sé subordinare ad autorizzazione determinate categorie di operazioni» e, per altro verso, a «determinare le categorie di operazioni che devono figurare come minimo nello statuto» delle SE iscritte nel loro territorio. Di queste facoltà non hanno però fatto uso tutti i legislatori nazionali. Il legislatore tedesco, ad esempio, si è unicamente avvalso della prima, con l'effetto di uniformare il regime delle SE dualistiche costituite in Germania a quello delle società per azioni nazionali, mentre quello francese parrebbe essersi implicitamente servito soltanto della seconda quando all'art. L229-7, *Al. 1, cod comm.* rinvia alle disposizioni destinate alle *sociétés anonymes* di diritto interno, tra le quali figurano appunto sia l'art. L225-68, *Al. 2, cod comm.*, secondo cui «[...] la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties[...] font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat»<sup>125</sup>, sia l'art.

---

<sup>125</sup> Se si ritiene che il legislatore comunitario, per il tramite dell'art. 48 reg. SE, abbia inteso garantire all'organo di vigilanza di SE un potere di "controllo concomitante" rispetto a determinate categorie di operazioni gestorie considerate – dallo statuto o dalla legge – di particolare criticità, va da sé che il mancato esercizio dell'opzione di cui all'art. 48, § 2, reg. SE non inciderà sulla soggezione dell'organo di vigilanza delle SE, in particolare, italiane e tedesche alle disposizioni nazionali che assegnano ai consiglieri di sorveglianza delle società per azioni di diritto interno prerogative decisionali ultronee rispetto a tale obiettivo. Ne deriva che nelle SE con sede in Germania, come nelle *Aktiengesellschaften*, resterà compito dell'*Aufsichtsorgan*, *ex multis*, approvare i conti sociali (§ 172 *AktG*), determinare il compenso dei *Vorstandsmitglieder* (§ 87 *AktG*), autorizzare questi ultimi ad esercitare attività in concorrenza con la società (§ 88 *AktG*), decidere per conto della società di far credito agli amministratori (§ 89 *AktG*), fissare le condizioni di emissione delle azioni qualora lo statuto abbia legittimato il *Vorstand* a procedere ad un aumento di capitale entro i primi cinque anni dalla costituzione della società (§ 204 *AktG*), decidere in tal caso l'eventuale esclusione del diritto di opzione (§ 203, *Abs. 2, AktG*), acconsentire al trasferimento di azioni la cui circolazione sia limitata dallo statuto (§ 68, *Abs. 2, S. 2, AktG*), esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori nonché concludere le operazioni gestorie in

L225-35, Al. 4, *cod comm.*, ove è disposto che «*les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat*».

(iii) Si è osservato poc'anzi che in tema di responsabilità dei membri dell'organo di direzione, di vigilanza e di amministrazione il regolamento SE all'art. 51 rinvia alle disposizioni applicabili alle società per azioni dello Stato membro della sede della SE, per quanto riguarda sia il contenuto di tale responsabilità sia gli strumenti per farla valere. A ciò fa tuttavia eccezione l'art. 49 reg. SE, ove si legge che «*i membri degli organi della SE sono tenuti a non divulgare, nemmeno dopo la cessazione dalle funzioni, le informazioni in loro possesso riguardanti la SE, la cui divulgazione potrebbe arrecare pregiudizio agli interessi della società*». L'obbligo di riservatezza è infatti uno dei vincoli in cui gli ordinamenti societari nazionali tipicamente traducono il dovere dei membri degli organi di amministrazione e controllo di agire nell'esclusivo interesse della società: anche se non sempre in termini così espliciti come quelli del regolamento. Solo il legislatore tedesco si esprime infatti altrettanto chiaramente, statuendo ai §§ 93, *Abs.* 1, 116 e 131 *AktG* che i componenti del *Vorstand* e dell'*Aufsichtsrat* non possono rivelare le notizie apprese nell'esercizio delle loro funzioni la cui rivelazione appare ragionevolmente idonea ad arrecare un pregiudizio alla società; negli ordinamenti britannico e italiano una regola analoga si ricava soltanto in via interpretativa<sup>126</sup> mentre in Francia gli artt.

---

cui uno di essi sia diretta controparte della società (§ 112 *AktG*). All'organo di vigilanza delle SE costituite nel territorio italiano spetterà invece, a norma dell'art. 2409 *terdecies*, primo comma, c.c., approvare il bilancio d'esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato, determinare il compenso dei consiglieri di gestione, promuovere l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei medesimi ed infine denunciare al tribunale il compimento di gravi irregolarità nella gestione ex art. 2409, ult. comma, c.c.

<sup>126</sup> Precisamente nel Regno Unito il *duty of confidentiality* degli amministratori è ricavato dal più generale dovere dei *directors* di agire in buona fede: cfr. MÄNTYSAARI, *Comparative Corporate Governance*, cit., 152; CAHN-DONALD, *Comparative company law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 455. Nel nostro ordinamento, invece, prima dell'entrata in vigore del d.lgs.n. 61/2002, il dovere di riservatezza degli amministratori di società per azioni si ricavava estendendo ad essi l'obbligo di conservare il segreto sui fatti e sui documenti conosciuti in ragione dell'ufficio previsto per i sindaci dall'art. 2407 c.c., norma a sua volta letta alla luce dell'art. 2622 c.c., che prevedeva, a condizione che il fatto avesse potuto arrecare pregiudizio alla società, la punibilità con la reclusione sino ad un anno degli amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori che avessero dato comunicazione di notizie apprese nel corso del mandato. In proposito, G. MINERVINI, *Sul divieto per gli amministratori di comunicare notizie sociali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, 64 ss. Il d.lgs. n. 61/2002 ha abrogato il reato di «divulgazione di notizie sociali riservate» contemplato dall'art. 2622 c.c. ritenendolo



L225-37, Al. 5 e L225-92 *cod. comm.* si limitano a stabilire che i membri del *conseil d'administration*, del *directoire* e del *conseil de surveillance* (così come le persone autorizzate a partecipare alle riunioni di tali organi) «*sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président*»<sup>127</sup>.

(iv) Quanto infine al procedimento di formazione della volontà degli organi di amministrazione e controllo della SE, l'art. 50 reg. SE delinea un modello derogabile *toutcourt* dall'autonomia statutaria, ma – parrebbe – in nessun modo dalle disposizioni applicabili alle società per azioni di diritto interno né da quelle appositamente dettate con riguardo alla SE. Più precisamente, l'art. 50, § 1, reg. SE richiede per la valida adozione delle decisioni degli organi sociali diversi dall'assemblea che almeno la metà dei membri sia presente o rappresentata e, in second'ordine, che esse siano assunte con il voto favorevole della maggioranza degli stessi membri presenti o rappresentati, ma fa al contempo salve diverse disposizioni dello statuto. Quest'ultimo, indipendentemente dallo Stato di costituzione della SE, parrebbe quindi libero di prevedere la necessaria assunzione collegiale di qualsiasi decisione e, in tal caso, di ammettere o meno il voto per rappresentanza, così come di autorizzare gli organi di gestione e/o controllo della società a deliberare tramite scambio di comunicazioni scritte<sup>128</sup>, ferma in

---

già punibile, ai sensi dell'art. 622 c.p., quale violazione del segreto professionale; ciò non sembra tuttavia incidere sulle conclusioni tratte anteriormente alla riforma, posto che l'art. 622 c.p., del tutto similmente all'art. 2622 c.c. previgente, stabilisce che «*chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516*», con l'ulteriore precisazione che «*la pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società*».

<sup>127</sup> Cfr. in particolare RIPERT-ROBLLOT, *Le sociétés commerciales*, cit., 435.

<sup>128</sup> Ritiene, per converso, che l'autonomia statutaria non possa introdurre tale possibilità, ma che, piuttosto, nel silenzio del regolamento, debbano trovare applicazione le disposizioni destinate alle società per azioni dello Stato membro in cui abbia sede la SE, ESTEBAN VELASCO, *Disposiciones comunes a ambos sistemas de administracion y control (I)*, in *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, cit., 682. In realtà, così era in base alla proposta del 1991, che proprio allo scopo di lasciare la materia ai diritti nazionali aveva abrogato il § 4 dell'art. 76 della proposta del 1989, ove si leggeva: «*Alle condizioni previste dallo statuto della SE, ogni organo può deliberare anche in base ad un voto espresso per iscritto, telex, telegramma, telefono o con ogni altro mezzo di telecomunicazione, se tutti i membri sono informati della procedura di voto prevista e se nessuno di essi si oppone all'adozione di tale procedura*». L'attuale lettera dell'art. 50 reg. SE, nel disciplinare «*le norme inter-*

ogni caso la possibilità di elevare o ridurre i *quorum* costitutivo e deliberativo.

Con il dar così prova di non considerare l'interazione personale e simultanea della maggioranza dei gestori e dei sorveglianti di SE presupposto indispensabile dell'efficiente funzionamento dei relativi organi, l'art. 50, § 1, reg. SE rappresenta forse la norma regolamentare che più si discosta dalle corrispondenti nazionali. Il riconoscimento allo statuto della libertà di consentire l'adozione delle decisioni per iscritto non è infatti regola usuale nelle normative societarie degli Stati membri. Tra gli ordinamenti oggetto di indagine, ad esempio, solo quelli tedesco e britannico ammettono una simile eventualità: il primo, senza particolari restrizioni<sup>129</sup>; il secondo, invece, a condizione che alla decisione abbiano preso parte tutti i *directors*<sup>130</sup>. D'altro canto, poi, unicamente nel diritto societario francese è espressamente accordata all'autonomia statutaria la facoltà di legittimare i membri del *conseil d'administration* (art. R225-19 *cod. comm.*), del *directoire* (art. L225-64, *Al. 4, cod. comm.*)<sup>131</sup> e del *conseil de surveillance* (art. R225-46 *cod. comm.*) a farsi rappresentare alle riunioni del rispettivo organo da un altro componente. Ed infine, eccezione fatta per la Gran Bretagna<sup>132</sup>, in nessuno degli Stati membri considerati la legge lascia nella piena disponibilità dello statuto la determinazione, oltre che del

---

*ne in materia di quorum e di presa di decisioni da parte degli organi della SE»* facendo salvi i casi in cui lo statuto disponga diversamente, non sembra però più offrire alcun appiglio alla penetrazione dei diritti societari nazionali: cfr. TEICHMANN, *Art. 50 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF, *SE-Kommentar*, cit., 668.

<sup>129</sup> Più precisamente, la possibilità del *Vorstand* di deliberare tramite scambio di comunicazioni scritte si ricava per implicito dalla circostanza che il § 77, *Abs. 2, AktG* demanda la definizione delle regole di funzionamento dell'organo ad un regolamento interno adottato all'unanimità dagli stessi *Vorstandsmitglieder*, «*a meno che l'atto costitutivo non conferisca il potere di stabilire tale regolamento al consiglio di sorveglianza*». Per quanto riguarda l'*Aufsichtsrat*, invece, detta facoltà è prevista *expressis verbis* dal § 108, *Abs. 3 e 4, AktG*: sul punto, DRYGALA, § 108, in K. SCHMIDT-LUTTER (a cura di), *AktG*, cit., 1183.

<sup>130</sup> Cfr. DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, cit., 2003, 320 nonché PENNINGTON, *Company Law*, London, 2001, 699.

<sup>131</sup> La facoltà dei *directeurs* di farsi rappresentare alle sedute dell'organo da un altro membro può essere infatti prevista dallo statuto, posto che a norma dell'art. L225-64, *Al. 4, cod. comm.* «*le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts*». In questo senso, RIPERT-ROBLLOT, *Le sociétés commerciales*, cit., 464.

<sup>132</sup> Cfr. PENNINGTON, *Company Law*, cit., 700, ove si legge: «*a board meeting cannot proceed to business unless a quorum of directors is present. The quorum is usually fixed by the articles, but if it is not, the number of directors who usually attend board meetings constitutes a quorum*»; ANDENAS-WOOLDRIDGE, *European comparative company law*, Cambridge, 2009, 270.

*quorum* deliberativo, anche di quello costitutivo<sup>133</sup>, come viceversa parrebbe fare il regolamento quando stabilisce «*le norme interne in materia di quorum e di presa di decisioni da parte degli organi della SE*», facendo però salvi i casi in cui il testo regolamentare e lo statuto dispongano altrimenti. E ciò, in particolare, con l'effetto di legittimare, tra le altre, sia le clausole statutarie che ai fini della valida costituzione del collegio ritengano sufficiente la partecipazione di un numero di componenti dell'organo anche inferiore alla metà sia quelle che a tal fine, viceversa, esigano la presenza di un numero superiore.

Parimenti demandata alla volontà dei soci è inoltre, a norma dell'art. 50, § 2, reg. SE, la possibilità di prevedere che in caso di parità dei voti prevalga quello del presidente dell'organo, possibilità che però, affinché possa in ogni caso prevalere il volere degli azionisti, assurge a regola inderogabile qualora gli organi di vigilanza e di amministrazione delle SE, a struttura rispettivamente, dualistica e monistica siano composti per metà dai rappresentanti dai lavoratori.

## 10. L'assemblea generale

Diversamente dalle precedenti proposte, il testo definitivo del reg. SE disciplina appena le competenze dell'assemblea, limitandosi a riservare a tale organo le decisioni relative alle modifiche dell'atto costitutivo e alla nomina dei componenti dell'organo di vigilanza, nelle SE a struttura dualistica, e dell'organo di amministrazione, nelle SE a struttura monistica. Addirittura nulla più dice neppure in merito alla revoca degli stessi membri degli organi di am-

---

<sup>133</sup> Segnatamente, gli artt. L225-37, Al. 1 e L225-82, Al. 1, *cod. comm.* per la valida costituzione, rispettivamente, del *conseil d'administration* e del *conseil de surveillance* e dell'*Aufsichtsrat* richiedono la presenza di almeno la metà dei membri e parimenti pretendono sia la giurisprudenza francese con riguardo al *directoire* (cfr. RIPERT-ROBLOT, *Le sociétés commerciales*, cit., 464) sia il § 108, Abs. 2, *AktG* in relazione alla capacità deliberativa dell'*Aufsichtsrat*, a meno che non sia diversamente disposto dalla legge o dallo statuto negli spazi concessi dalla stessa legge. L'adozione delle decisioni dell'organo gestorio delle *Aktiengesellschaften* tedesche è invece soggetta ad una disciplina affatto peculiare: ferma la necessità – salva diversa disposizione statutaria – dell'unanimità dei consensi dei *Vorstandsmitglieder*, si afferma che la regola dell'unanimità esige il consenso di tutti i componenti dell'organo e quindi anche di quelli non presenti alla riunione, ai quali però è consentito votare in un momento successivo, momento in cui la delibera diventa efficace: sul punto cfr., in particolare, KORT, § 77, in *Großkomm AktG*, cit., 2002, 175 s. Nel diritto societario italiano, infine, l'art. 2388, primo comma, c.c., applicabile altresì al consiglio di gestione, al consiglio di sorveglianza ed al consiglio di amministrazione delle s.p.a. monistiche, esige per la valida costituzione del c.d.a. delle imprese a struttura tradizionale la presenza della maggioranza degli amministratori.

ministrazione e di vigilanza. In questa come in ogni altra materia non espressamente considerata dal regolamento la competenza dell'assemblea di una Società Europea dipenderà quindi, in linea con il disposto dell'art. 52, § 2, reg. SE, da quanto previsto dalla legge applicabile alle società per azioni dello Stato della sede della SE o dallo statuto a norma della stessa legge: ferma però restando l'inapplicabilità di quelle previsioni legali o statutarie che affidino all'organo assembleare una competenza gestoria, se è vero – come parrebbe – che gli artt. 39 e 43 reg. SE riservano agli amministratori il potere di gestire la SE. Merita peraltro osservare che il legislatore comunitario all'art. 52, § 2, reg. SE neppure annovera tra le fonti del potere deliberativo dell'assemblea la spontanea devoluzione di singoli atti di gestione ad opera dell'organo gestorio, come invece ad esempio fa il legislatore tedesco al § 119, *Abs. 2, AktG* – salvo poi esonerare da responsabilità nei confronti della società gli amministratori che si siano limitati a dare esecuzione ad una decisione assembleare (§ 93, *Abs. 4, AktG*). Silenzio, questo, che pare allora perfettamente coerente con la regola, desumibile dagli artt. 39 e 43 reg. SE, che vuole l'organo amministrativo (esclusivamente) responsabile della gestione sociale<sup>134</sup>.

Quanto all'organizzazione ed al funzionamento dell'assemblea, il regolamento SE rinuncia a dettare una disciplina esaustiva, stabilendo solo poche regole in tema di periodicità minima delle riunioni assembleari e relativa convocazione, integrazione dell'ordine del giorno e *quorum* assembleari e rinviando per il resto (art. 53 reg. SE) alla legge applicabile alle società per azioni dello Stato membro in cui ha sede la Società Europea.

L'art. 54, § 1, reg. SE prevede che l'assemblea generale debba riunirsi almeno una volta l'anno e, riprendendo la regola francese e britannica<sup>135</sup>, precisa che tale riunione debba avvenire entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, a meno che la legge dello Stato della sede della SE applicabile alle società per azioni che esercitano lo stesso tipo di attività non fissi una frequenza superiore e fatta comunque salva la possibilità per gli Stati membri di stabilire che la prima assemblea generale possa aver luogo entro diciotto mesi dalla costituzione della

---

<sup>134</sup> *Contra* SEIBT, *Art. 39 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 428, secondo cui il rinvio che l'art. 52, § 2, reg. SE effettua ai diritti societari nazionali includerebbe per le SE “tedesche” anche il § 119, *Abs. 2, AktG*, e ESTEBAN VELASCO, *El sistema dual*, in *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, cit., 562, che scorge invece nel silenzio regolamentare null'altro che una lacuna normativa presupposto per l'applicazione *ex art. 9, § 1, lett. c), ii)*, reg. SE delle disposizioni di legge destinate alle società per azioni soggette al diritto dello Stato membro in cui ha sede la SE, fra cui appunto il § 119, *Abs. 2, AktG*.

<sup>135</sup> Si vedano, rispettivamente, l'*art. L225-100 cod. comm.* e la *Sec. 336.1 CA2006*.

SE. Facoltà, questa, esercitata soltanto dal Regno Unito per allineare la disciplina della SE a quella all'epoca applicabile alle *public companies* nazionali<sup>136</sup>.

Legittimati a convocare l'assemblea sono in qualsiasi tempo l'organo gestorio, l'organo di vigilanza e qualsiasi altro organo o autorità competente in conformità alla legislazione nazionale dello Stato membro della sede della SE applicabile alle società per azioni (art. 54, § 2, reg. SE). Ai sensi del successivo art. 55, § 1, reg. SE possono inoltre richiedere la convocazione «*uno o più azionisti che dispongano congiuntamente di azioni pari almeno al 10% del capitale sottoscritto*». Qualora la richiesta non sia esaudita dagli amministratori o, eventualmente, dall'organo di vigilanza, e l'assemblea non si riunisca entro due mesi dalla domanda, «*l'autorità giudiziaria o amministrativa competente della sede sociale della SE può ordinare la convocazione entro un termine prestabilito, oppure autorizzare la convocazione da parte degli azionisti che ne hanno fatto richiesta o da parte di un loro mandatario*» (art. 55, § 3, reg. SE).

Gli interrogativi lasciati aperti da questa norma sono molteplici<sup>137</sup>. Non è stabilito un periodo minimo di titolarità delle azioni, a differenza di quanto prescrive, ad esempio, il legislatore tedesco<sup>138</sup>; non si chiarisce se la titolarità delle frazioni di capitale richiesta debba persistere sino alla convocazione; né si precisa se sia necessario o meno giustificare la richiesta, spiegando – come pretende la legge azionaria tedesca (§ 122, Abs. 1, S. 1, *AktG*) – le ragioni per le quali non si può attendere la successiva assemblea generale<sup>139</sup>; né, infine, si dice se la

---

<sup>136</sup> Così infatti dispone l'art. 65 *EPLCR* in conformità a quanto previsto, all'epoca, dalla *Sec. 366.2 CA 1985*. Oggi la *Sec. 391.5* prevede però che «*a company's first accounting reference period is the period of more than six months, but not more than 18 months, beginning with the date of its incorporation and ending with its accounting reference date*». E ciò con la conseguenza che, rispetto ad una società di diritto britannico, una SE con sede nel Regno Unito potrebbe essere soggetta ora ad una disciplina più restrittiva, nella misura in cui è obbligata a convocare l'assemblea sempre entro 18 mesi dalla costituzione, quando una società nazionale inglese, qualora fissi il primo *accounting reference period* (ARP) in 18 mesi, sarebbe tenuta a convocare la prima assemblea entro 6 mesi dalla fine dell'ARP e dunque entro 24 mesi dalla costituzione; ora ad una disciplina più lasca, se decidesse di fissare la durata del primo ARP in 6 mesi, dal momento che se fosse una società nazionale sarebbe tenuta a convocare l'assemblea entro 12 (6 mesi dalla fine dell'ARP) e non 18 mesi dalla costituzione.

<sup>137</sup> Cfr. SPINDLER, *Art. 55 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 732.

<sup>138</sup> I §§ 122 e 142, Abs. 2, S. 2, *AktG* subordinano la legittimità della convocazione dei soci alla circostanza che questi siano titolari delle azioni almeno da tre mesi.

<sup>139</sup> Sulla base di un'interpretazione storica della norma comunitaria che ne constata la progressiva erosione ritengono che non sia necessario motivare la richiesta HOMMELHOFF-TEICHMANN, *Art. 9 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 170 s.; *contra* però SPINDLER, *Art. 55 SE-VO*, *ivi*, 732.

convocazione possa riguardare qualsiasi materia, come ammesso in Germania, in Francia e in Gran Bretagna, o se invece, come dispone l'art. 2367, comma terzo, del nostro c.c., essa non sia consentita per argomenti sui quali l'assemblea delibera su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta. E ciò con il risultato di lasciare ancora una volta l'interprete nell'incertezza tra il considerare il silenzio espressione di una precisa volontà del legislatore comunitario di escludere la necessità di condizioni non previste ovvero sintomo di una lacuna regolamentare da colmare attraverso l'applicazione delle disposizioni nazionali *ex art. 9, § 1, lett. c), ii)*, reg. SE.

Analoghe incertezze potrebbero poi derivare anche dall'art. 56 reg. SE, il quale riconosce ad uno o più azionisti che dispongano complessivamente almeno del 10% del capitale sottoscritto il diritto di chiedere l'iscrizione di uno o più nuovi punti all'ordine del giorno di un'assemblea generale.

A dire il vero, questa disposizione sembrerebbe a prima vista risparmiare simili questioni interpretative quando rimette la definizione delle procedure e dei termini applicabili alla richiesta di integrazione dell'ordine del giorno direttamente alle legislazioni nazionali o, in subordine, agli statuti di SE. Sennonché fra gli interpreti è diffusa la convinzione che l'art. 56 reg. SE, in realtà, demandi agli Stati membri (o, eventualmente, allo statuto della SE) la disciplina del solo trattamento della domanda successivo alla presentazione della stessa<sup>140</sup>. Il che finisce allora per far riemergere anche in relazione ai requisiti e ai tempi di presentazione della richiesta il problema di chiarire se la scarna disciplina dettata dal legislatore comunitario sia esaustiva o meno. Tant'è vero che gli stessi autori che sostengono la lettura restrittiva del rinvio ai diritti nazionali si domandano poi se, nel silenzio del legislatore comunitario, debba ritenersi sussistente o meno l'obbligo di motivazione della domanda di integrazione dell'ordine del giorno ed altresì s'interrogano sui tempi della richiesta, chiedendosi, in particolare, se, in assenza di specificazioni sul punto, questa possa essere presentata solo dopo che l'assemblea sia stata convocata o, come ammesso dal legislatore britannico<sup>141</sup> e dallo stesso art. 6 direttiva CE 2007/36 per le società quotate, anche prima della convocazione, con l'obbligo dell'organo amministrativo di tenerne conto nella definizione dell'ordine del giorno della prima assemblea utile<sup>142</sup>.

Gli artt. 57, 58 e 59 reg. SE si occupano infine dei *quorum* necessari per la valida adozione delle delibere assembleari.

---

<sup>140</sup> Sul punto SPINDLER, *Art.55 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 745 s., ove ampi richiami alla dottrina tedesca.

<sup>141</sup> Seppur in relazione soltanto all'*annual general meeting*: cfr. *Sec. 338 CA 2006*.

<sup>142</sup> SPINDLER, *Art.55 SE-VO*, in LUTTER-HOMMELHOFF (a cura di), *SE-Kommentar*, cit., 745 s.

L'art. 57 reg. SE stabilisce che «*le deliberazioni dell'assemblea generale richiedono la maggioranza dei voti validamente espressi, a meno che il presente regolamento o, in mancanza, la legislazione applicabile alle società per azioni nello Stato membro della sede sociale della SE richiedano una maggioranza più elevata*».

Una maggioranza più elevata è imposta dallo stesso regolamento al successivo art. 59, che per l'adozione delle delibere modificative dello statuto esige il voto favorevole di almeno i due terzi dei voti espressi, sempre salva l'eventuale maggioranza più elevata prevista o permessa dalla legge dello Stato della sede della SE.

Meno semplice è invece individuare i casi in cui ad introdurre maggioranze più elevate, ai sensi dell'art. 57 o dell'art. 59 reg. SE, sono le normative nazionali.

Il dubbio riguarda in particolare la previsione di *quorum* costitutivi, atteso che il tenore letterale degli artt. 57, § 1, e 59, § 1, reg. SE, nel riferirsi alle maggioranze richieste per le deliberazioni dell'assemblea, sembrerebbe richiamare esclusivamente il concetto di *quorum* deliberativo.

D'altro canto, gli eventuali *quorum* costitutivi stabiliti dalle legislazioni nazionali non sembrerebbero applicabili alla SE neppure in forza del rinvio che l'art.9, § 1, lett. c), ii), reg. SE opera al diritto dello Stato della sede della SE per l'eventualità in cui una materia sia disciplinata dal regolamento solo parzialmente. Sotto questo profilo, infatti, entrambe le disposizioni appaiono esaustive, se si considera che l'art. 59 reg. SE contempla la possibilità di prevedere un *quorum* costitutivo ma soltanto come condizione per la riduzione del *quorum* deliberativo delle assemblee chiamate a decidere modificazioni statutarie e che in questo modo il legislatore sembrerebbe dimostrare di avere piena contezza del fatto che la presenza di un *quorum* costitutivo consente di evitare che una decisione possa essere assunta da una ristretta minoranza, ma di ritenere allo stesso tempo necessario l'impiego di questo accorgimento solo qualora si tratti di delibere modificative dello statuto e di preferire nelle altre ipotesi facilitare l'adozione delle deliberazioni, lasciando che siano gli stessi soci a tutelare il proprio interesse a concorrere alla formazione della volontà assembleare attraverso l'intervento e il voto in assemblea<sup>143</sup>. Del resto, l'istan-

---

<sup>143</sup> D'altro canto – merita osservare – che i legislatori tedesco e britannico in nessun caso stabiliscono la necessità di un *quorum* costitutivo. Al più l'*AktG* dispone che talune delibere devono essere adottate dalla maggioranza del capitale presente in assemblea: necessità che non si manifesta quando ciascuna azione dispone di un voto, ma che emerge nel caso di emissione di azioni a voto plurimo così come in quello di clausole statutarie di voto massimo o scalare. Nella prima ipotesi la previsione di una *Kapitalmehrheit* impedisce che ai fini dell'adozione

za efficientistica prevale su quella rappresentativa anche all'art. 58 reg. SE, dove il legislatore comunitario – in linea con le soluzioni tedesca<sup>144</sup> e britannica<sup>145</sup>, ma diversamente dalla francese<sup>146</sup> e da quella prevalentemente accolta in Italia<sup>147</sup> – precisa che «*i voti espressi non comprendono quelli connessi con le azioni per le quali l'azionista non ha partecipato al voto o si è astenuto o ha votato scheda bianca o nulla*».

## 11. Il coinvolgimento dei lavoratori nell'attività della SE

L'art. 12, § 2, reg. SE subordina la valida costituzione della Società Europea (anzitutto) alla previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori nella gestione sociale, lasciando alla direttiva 2001/86/CE sia l'individuazione delle parti di tale accordo sia la definizione del suo contenuto e delle conseguenze dell'eventuale mancata stipulazione. Obiettivo della direttiva è di garantire che la costituzione di una SE non comporti la riduzione delle prassi del coinvolgimento dei lavoratori esistenti nelle società partecipanti (c.d. principio "prima/dopo")<sup>148</sup>.

Essa, dopo aver sancito all'art. 3, § 1, l'obbligo degli organi amministrativi delle società che intendono dar vita ad una Società Europea di convocare una delegazione speciale di negoziazione composta di rappresentanti dei lavoratori

---

della delibera possa essere determinante la semplice maggioranza dei voti; nella seconda essa mira invece ad evitare che possa di per sé risultare decisiva la maggioranza di voti del grande azionista: così, in particolare, WIEDEMANN, § 179, in *Großkomm AktG*, cit., 1994, 112 nonché HÜFFER, § 179, *Aktiengesetz*, cit., 930.

<sup>144</sup> Cfr. il § 133, *Abs. 1, AktG*, dove si legge che «*le deliberazioni dell'assemblea necessitano della maggioranza dei voti espressi*».

<sup>145</sup> DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, cit., 437.

<sup>146</sup> L'art. L225-96, *Al. 3, code comm.* fa riferimento alla maggioranza dei voti dei soci presenti o rappresentati, includendo quindi nella base di calcolo anche gli astenuti.

<sup>147</sup> Cfr. BENAZZO, *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999, 567; A. SERRA, *Il procedimento assembleare*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., t. 2, 64; LAURINI, *Artt. 2367-2368*, in *Assemblea*, a cura di Picciau, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, 97 s.; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011, 336; GRIPPO-BOLOGNESI, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 16, III, Torino, 2011, 75; *contra*, S. ROSSI, *L'astensione dal voto nell'assemblea di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 540; PUPO, *Quorum assembleari e diritto d'intervento nella nuova società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2005, 838.

<sup>148</sup> Si vedano il terzo ed il diciottesimo considerando.



in proporzione al numero dei lavoratori impiegati in ciascuno Stato membro<sup>149</sup>, all'art. 5, § 1, dispone che, «subito dopo» la costituzione di siffatta delegazione, deve aprirsi il negoziato sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

In base all'art. 4 direttiva SE le parti possono sostanzialmente scegliere fra tre diversi modelli: possono optare per la creazione di un organo di rappresentanza dei lavoratori dotato di poteri di informazione e consultazione, ovvero decidere di istituire per l'informazione e la consultazione, in luogo di detto organo, una o più procedure, o, ancora, stabilire vere e proprie forme di partecipazione alla gestione sociale, assegnando ai lavoratori il diritto di designare, raccomandare od opporsi alla nomina di un certo numero di membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza.

Tale autonomia negoziale incontra però due temperamenti.

Da un lato, l'art. 4, § 4, direttiva SE stabilisce che nel caso di costituzione della SE mediante trasformazione, l'accordo deve prevedere che il coinvolgimento dei lavoratori sia in tutti i suoi elementi di livello quantomeno identico a quello che esisteva nella società da trasformare in SE. Dall'altro, l'art. 3, § 4, direttiva SE prevede che negli altri casi, *«qualora i risultati dei negoziati portino ad una riduzione dei diritti di partecipazione, la maggioranza richiesta per decidere di approvare tale accordo è composta dai voti dei due terzi dei membri della delegazione speciale di negoziazione che rappresentino almeno due terzi dei lavoratori, compresi i voti dei membri che rappresentano i lavoratori occupati in almeno due Stati membri, nel caso di una SE da costituire mediante fusione, se la partecipazione comprende almeno il 25% del numero complessivo dei lavoratori delle società partecipanti, o nel caso di una SE da costituire mediante creazione di una holding o costituzione di una affiliata, se la partecipazione comprende almeno il 50% del numero complessivo dei lavoratori delle società partecipanti»*.

---

<sup>149</sup> Più precisamente, all'art. 3, § 2, lett. a), i) e ii) è stabilito che i membri della delegazione speciale «siano eletti e designati in proporzione al numero dei lavoratori impiegati in ciascuno Stato membro dalle società partecipanti e dalle affiliate o dipendenze interessate, assegnando a ciascuno Stato membro un seggio per ogni quota, pari al 10% o sua frazione, del numero dei lavoratori impiegati dalle società partecipanti e dalle affiliate o dipendenze interessate nell'insieme degli Stati membri» e che «nel caso di una SE costituita mediante fusione siano presenti altri membri supplenti per ogni Stato membro in misura tale da assicurare che la delegazione speciale di negoziazione annoveri almeno un rappresentante per ogni società partecipante che è iscritta e ha lavorato in tale Stato membro e della quale si propone la cessazione come entità giuridica distinta in seguito all'iscrizione della SE se: il numero di detti membri supplementari non supera il 20% del numero di membri designati in virtù del punto i); e la composizione della delegazione di negoziazione non comporta una doppia rappresentanza dei lavoratori interessati».

Se il negoziato volto a definire le forme di coinvolgimento nella SE non conduce alla stipula di un accordo, o se le parti decidono in tal senso, si applicano alla SE le modalità scelte dalla legge dello Stato membro in cui ha sede la Società Europea fra quelle definite nelle disposizioni di riferimento allegate alla direttiva. Queste sono strutturate in tre parti: le prime due riguardano la composizione dell'organo di rappresentanza dei lavoratori ed i relativi poteri e competenze; la terza attiene invece alla partecipazione dei dipendenti alla gestione sociale. Quest'ultima, in particolare, ispirandosi al principio "prima/dopo", stabilisce che nel caso di una Società Europea costituita per trasformazione le norme a cui era soggetta la società anteriormente all'iscrizione continuano ad applicarsi alla SE, mentre nelle altre ipotesi *«i lavoratori della SE e delle sue affiliate e dipendenze e/o il loro organo di rappresentanza sono autorizzati ad eleggere, designare, raccomandare o ad opporsi alla designazione di un numero di membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza della SE pari alla più alta quota applicabile nelle società partecipanti prima dell'iscrizione della SE»*. Se nessuna delle società partecipanti era soggetta a disposizioni di cogestione prima dell'iscrizione della SE non vi è invece alcun obbligo di introdurre disposizioni in proposito.

---

---

# Segnalazioni

---

---



# Segnalazioni di diritto commerciale

a cura di Giulia Garesio

## NORMATIVA

**D.Lgs. 30 dicembre 2016, n. 254** – È stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 10 gennaio 2017, n. 7, il D.Lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, avente ad oggetto la «Attuazione della Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni» (v. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 22/2014 e 10/2016 di questa Rivista).

Le disposizioni del D.Lgs. n. 254/2016, come prevede l'art. 12, «si applicano, con riferimento alle dichiarazioni e relazioni relative, agli esercizi finanziari aventi inizio a partire dal 1° gennaio 2017».

**D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3** – Sulla *Gazzetta Ufficiale* del 19 gennaio 2017, n. 15, è stato pubblicato il D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, recante la «Attuazione della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea».

## INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

### Ministero dello Sviluppo Economico

**Società tra professionisti** – Il Ministero dello Sviluppo Economico ha chiarito che «la disciplina inerente le società tra professionisti costituisce, allo stato attuale, l'unico contesto nel cui ambito è possibile "l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai Titoli V e VI del Libro V del Codice Civile"», allorché l'attività professionale protetta rappresenti l'oggetto sociale esclusivo.

La conclusione poggia sulla constatazione che solamente «tale cornice normativa

fornisce, infatti, puntuali parametri volti ad equilibrare e contemperare i contrastanti interessi (l'interesse all'efficienza e allo sviluppo della concorrenza, da una parte; l'interesse a tutelare l'affidamento del cliente nel momento in cui riceve servizi connotati da particolare delicatezza e "sensibilità" dall'altra) che nella fattispecie si confrontano». Viceversa, non sarebbe garantito analogo equilibrio dalle "generiche" società commerciali, le quali possono essere «società "di mezzi", oppure società in cui l'aspetto organizzativo e capitalistico risulti del tutto prevalente rispetto allo svolgimento (pur presente) di attività professionali "protette"». Il Parere n. 415099 del 23 dicembre 2016 è consultabile sul sito [www.sviluppo-economico.gov.it](http://www.sviluppo-economico.gov.it).

## **Abi-Assonime-Assosim**

**Aumenti di capitale diluitivi** – Sono state emanate le «Istruzioni operative per la gestione degli aumenti di capitale fortemente diluitivi», elaborate congiuntamente da Abi, Assonime e Assosim, per l'attuazione del cd. modello *rolling*, adottato dalla Consob (v. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 9 e 19 del 2016 di questa *Rivista*). Nel documento sono illustrate, inoltre, le «modalità di gestione degli aumenti di capitale fortemente diluitivi in caso di azioni iscritte nell'elenco per il voto maggiorato».

Le *Istruzioni*, rese note il 20 gennaio 2017, sono disponibili sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

## **Assonime**

**Aumento di capitale e tutela degli azionisti** – Il *Caso n. 1* del 2017 concerne la decisione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C 41/2015, concernente la ricapitalizzazione di una banca irlandese in mancanza dell'approvazione da parte dei soci. Nel caso di specie, la Corte ha statuito che «l'articolo 8, paragrafo 1, nonché gli articoli 25 e 29 della Seconda Direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo [54, 2° co., TFUE], per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una misura, come l'ordinanza ingiuntiva controversa nel procedimento principale, adottata in una situazione di grave perturbamento dell'economia e del sistema finanziario di uno Stato membro che minacci la stabilità finanziaria dell'Unione, e avente come effetto un aumento del capitale di una società per azioni, senza il consenso dell'assemblea generale di quest'ultima, mediante l'emissione di nuove azioni per un importo inferiore al loro valore nominale e senza un diritto di opzione a favore degli azionisti esistenti». Il *Caso n. 1/2017*, dal titolo "Tutela degli azionisti e stabilità del sistema finanzia-

rio: la pronuncia della Corte di Giustizia”, è reperibile sul sito dell’Assonime: [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

**Diritti di controllo del socio di s.r.l.** – Nel *Caso n. 2* del 2017, l’Assonime ha esaminato un provvedimento d’urgenza del Tribunale di Milano con il quale è stata accolta la richiesta di un socio di una s.r.l. in liquidazione di consultare ed estrarre copia dei libri sociali e della documentazione relativa all’amministrazione della società – anche tramite professionisti di fiducia – ai sensi dell’art. 2476, 2° co., c.c. Il *Caso n. 2/2017*, avente ad oggetto “I diritti di controllo del socio nella società a responsabilità limitata”, è consultabile sul sito dell’Assonime: [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

## Cndcec

**Approvazione bilanci 2016** – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha diramato un comunicato stampa nel quale si precisa che «*l’applicazione delle nuove disposizioni del D.Lgs. n. 139/2015, che dà attuazione alla Direttiva 34/2013/UE può rappresentare [...] una delle cause di differimento per l’approvazione del bilancio 2016 da parte dell’assemblea dei soci, in presenza di espressa previsione di statuto*», così come ammesso dagli artt. 2364, 2° co., c.c. (per le s.p.a.) e 2478 *bis*, 1° co., c.c. (per le s.r.l.).

Il *Comunicato* del 16 gennaio 2017 è pubblicato sul sito ufficiale del Cndcec, [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it).

**IPSAS** – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha ultimato la traduzione dei principi contabili internazionali per il settore pubblico emanati dall’*International Public Sector Accounting Standards Board*, all’esito della pubblica consultazione conclusasi il 22 dicembre 2016 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 22/2016 di questa *Rivista*).

Inoltre, con l’occasione, sono state aggiornate le traduzioni dei principi *IPSAS* risalenti al marzo 2015 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 6/2015 di questa *Rivista*) ed un glossario di termini tecnici adottati negli *IPSAS*.

I principi *IPSAS* tradotti, diffusi il 23 gennaio 2017, sono integralmente disponibili sul sito ufficiale del Cndcec, [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it).

## Consiglio Nazionale del Notariato

**Società a responsabilità limitata** – Il Consiglio Nazionale del Notariato, in adempimento alle disposizioni di cui all’art. 3 del D.L. n. 1/2012, ha diffuso i dati – suddivisi per regione – relativi alle s.r.l. semplificate ed alle s.r.l. a capitale ridotto iscritte al 31 dicembre 2016 presso il Registro delle imprese, complessivamente pari a 129.551, a fronte delle 89.458 rilevate nel 2015 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 3/2016 di questa *Rivista*).

Le informazioni sono reperibili sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

## Fondazione nazionale dei commercialisti

**Trasformazione eterogenea** – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha divulgato un documento su «*La trasformazione delle Associazioni Sportive Dilettantistiche in Società di Capitali tra normativa previgente e nuova disciplina*», in cui sono esaminati i rapporti sussistenti tra le disposizioni anteriori alla riforma del 2003 – contenute, segnatamente, nella L. 23 marzo 1981, n. 91, e nella L. 27 dicembre 2002, n. 289 – e l’art. 2500 *octies* c.c.

Il testo, reso in data 15 gennaio 2017, è consultabile sul sito [www.fondazione.nazionalecommercialisti.it](http://www.fondazione.nazionalecommercialisti.it).

**Società a partecipazione pubblica** – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha pubblicato uno studio su “Il nuovo Testo Unico sulle società partecipate: obblighi di modifiche statutarie e nuovi aspetti operativi”, allo scopo di «*approfondire alcuni degli aspetti più rilevanti ed incisivi per le società partecipate, ponendo particolare attenzione agli obblighi di modifiche statutarie introdotti dalla nuova norma e alle problematiche connesse all’affidamento in house di alcuni servizi, rispetto ai quali sussistono anche esigenze di interpretazione e coordinamento rispetto al nuovo Codice relativo ad appalti e concessioni*».

Il documento, datato 15 gennaio 2017, è disponibile sul sito [www.fondazione.nazionalecommercialisti.it](http://www.fondazione.nazionalecommercialisti.it).

**Disponibilità e distribuibilità delle riserve** – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha predisposto un approfondimento sul tema «*La disponibilità e la distribuibilità delle riserve del patrimonio netto: aspetti civilistici e contabili*», fornendo «*una ricostruzione basata sia sulle disposizioni civilistiche dettate per alcune tipologie di riserve, alcune di recente introduzione [...] sia sugli orientamenti più diffusi in dottrina, nonché sui Principi Contabili Nazionali di riferimento recentemente aggiornati in seguito alle novità introdotte dal D.Lgs. n. 139/2015*» (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2017 di questa *Rivista*).

Lo studio, diffuso il 15 gennaio 2017, è reperibile sul sito [www.fondazione.nazionalecommercialisti.it](http://www.fondazione.nazionalecommercialisti.it).

## International Accounting Standards Board

**Annual Improvements to IFRS Standards** – L’International Accounting Standards Board (IASB) ha pubblicato l’*Exposure Draft ED/2017/1* concernente gli *Annual Improvements to IFRS Standards 2015-2017 Cycle*, che interessano, in particolare, i principi IAS 12 (“Imposte sul reddito”), IAS 23 (“Oneri finanziari”) e IAS 28 (“Partecipazioni in imprese collegate e joint ventures”).

Il testo dell’*Exposure Draft*, in pubblica consultazione sino al 12 aprile 2017, è ac-



cessibile al link <http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Annual-Improvements/Documents/ED-Annual-Improvements-2015-2017.pdf>.

## GIURISPRUDENZA

**Società di mero godimento** – Il Giudice del Registro delle imprese di Roma ha ritenuto legittima la costituzione di società semplici di mero godimento – che devono essere, conseguentemente, iscritte nella sezione speciale del Registro delle imprese – sul riflesso che *«la catena nel tempo di norme fiscali che legittimano la società semplice di mero godimento importa l'ammissibilità, sotto il profilo civilistico, di tali società»*.

Di talché, *«la società semplice diviene, non solo il regime residuale di esercizio di attività economiche collettive non commerciali, ma anche un regime societario facoltativo, rispetto a quello della comunione, del godimento collettivo»*.

Ad analoghe conclusioni si perviene, inoltre, in una prospettiva sistematica, considerando che *«ciò che è ammesso in sede di trasformazione deve esserlo anche in sede di costituzione ex novo della società»*.

Il provvedimento del Giudice del Registro delle imprese di Roma dell'8 novembre 2016 è consultabile sul sito [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

**Chiusura del fallimento in pendenza di giudizi** – Il Giudice del Registro delle imprese di Bergamo ha ordinato la cancellazione, ai sensi dell'art. 2191 c.c., dell'iscrizione del provvedimento di cancellazione di una società, richiesta dal curatore a seguito della chiusura della procedura fallimentare, avvenuta in pendenza di giudizi (art. 118, 2° co., L.F.). *«In presenza di giudizi pendenti attivi o passivi, quanto ricavato dall'esito vittorioso entra a far parte della massa ed è soggetto ad ulteriore riparto»*, senza che vi sia alcuna restituzione al fallito. Sull'altro versante, *«l'eventuale passività accantonata [...] andrà attribuita alla controparte vittoriosa, così sottraendo il relativo importo alla massa»*.

Sicché, in situazioni di tal fatta, come stabilito dal Giudice del Registro, non sussistono i presupposti per la cancellazione dell'ente, atteso che non si è al cospetto della *«effettiva estinzione del soggetto fallito, di cui il curatore non può evidentemente disporre»*.

La pronuncia del Giudice del Registro delle imprese di Bergamo del 23 novembre 2016 è disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Dichiarazione di fallimento** – La Corte di Cassazione ha ribadito che *«le variazioni nella rappresentanza della persona giuridica o della sede non sono opponibili ai terzi se non iscritte nel Registro delle imprese»*, con decorrenza dalla loro data di iscrizione. Ragion per cui è stata ritenuta valida la notifica dell'istanza per la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 140 c.p.c. effettuata nei confronti del

legale rappresentante risultante dal Registro delle imprese, ancorché fosse già stata data comunicazione al Registro della sua cessazione dall'incarico.

La decisione della Corte di Cassazione del 19 dicembre 2016, n. 26130, è reperibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Fallimento del socio occulto di s.a.s.** – La Suprema Corte ha statuito che l'ammissione al passivo, in via definitiva, per i crediti vantati nei confronti della società non impedisce la successiva dichiarazione del fallimento in estensione ai sensi dell'art. 147 L.F., allorquando sia accertata, in seguito, la veste di socio occulto illimitatamente responsabile in capo al creditore.

Inoltre, la Cassazione ha precisato che *«la situazione di socio occulto di una società in accomandita semplice [...] non è idonea, anche qualora una tale società sia irregolare, a far presumere la qualità di accomandatario, essendo all'uopo necessario accertare, di volta in volta, la posizione in concreto assunta dal socio»*, il quale sarà illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali solamente *“ove contravvenga al divieto di compiere atti di amministrazione o di trattare o concludere affari in nome della società»* ai sensi dell'art. 2320 c.c.

La sentenza della Corte di Cassazione del 23 dicembre 2016, n. 26944, è consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Invalidità delibere assembleari** – La Corte di Cassazione – muovendo dalla constatazione che *«l'art. 2377, 5° co., n. 3, c.c., stabilisce che la deliberazione non possa essere annullata per l'incompletezza o inesattezza del verbale, salvo che tali mancanze impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della delibera»* – ha deciso che *«l'indicazione dei partecipanti e dei votanti è necessaria per ricostruire la genesi del processo deliberativo e accertare la validità delle determinazioni assunte, sicché la mancanza della relativa documentazione (anche in “allegato” al verbale) giustifica l'annullamento della delibera»*. Corte di Cassazione, 12 gennaio 2017, n. 603.

# Segnalazioni di diritto tributario

a cura di Leonardo Nesa

## INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

### Studi di settore all'insegna della semplificazione, debuttano i nuovi modelli

Sono Online i nuovi modelli, 193, da utilizzare per la comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore, relativi alle attività economiche nel settore delle manifatture, dei servizi, del commercio e alle attività professionali approvati definitivamente da un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

Per far fronte ad esigenze di semplificazione si è dato corso ad una significativa attività volta a diminuire e comprimere le informazioni richieste nei modelli degli studi di settore, riducendole, fundamentalmente, solo a quelle necessarie per l'applicazione degli stessi e a quelle individuate per l'elaborazione dei nuovi indici di affidabilità. Tale operazione ha comportato, nella quasi totalità dei casi, una consistente riduzione delle informazioni, circa 5.300 righe in meno nei modelli di quest'anno, con un evidente beneficio in termini di riduzione degli adempimenti per i contribuenti. In generale, infatti, si rileva una contrazione rispetto alla precedente annualità di più del 25% delle informazioni.

Nel dettaglio, i modelli riguardano 50 studi per il settore delle manifatture, 53 studi per il settore dei servizi, 24 studi per i professionisti e 66 studi per il settore del commercio.

Al fine di semplificare ulteriormente la struttura della modulistica degli studi di settore, ed evitare possibili errori di compilazione, è proseguito il processo di omogeneizzazione delle informazioni presenti nei quadri A – Personale addetto all'attività – dei diversi studi. In particolare, per il periodo d'imposta 2016 sono state predisposte due sole strutture di quadro A: una per le attività esercitate in forma di impresa; una per le attività esercitate in forma di lavoro autonomo. Naturalmente, entrambe le strutture sono state previste negli studi relativi ad attività che possono essere esercitate sia in forma di impresa che di lavoro autonomo (cosiddetti studi con "doppio quadro contabile").

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 31 Gennaio 2017)*

## **Fatture Online primi chiarimenti dall’Agenzia delle Entrate**

Fino al 31 marzo 2017, sarà possibile esercitare l’opzione per trasmettere telematicamente all’Agenzia delle Entrate i dati di tutte le fatture, emesse e ricevute, e delle eventuali variazioni. I termini di trasmissione dei dati delle fatture sarà identico tanto per chi eserciterà l’opzione quanto per chi non lo farà: l’Agenzia delle Entrate, infatti, adeguerà i termini stabiliti dal Provvedimento del 28 ottobre scorso allineandoli a quelli fissati dal decreto legge 193/2016, anche nel caso in cui le comunicazioni dovessero essere modificate.

Con la Circolare 1/E vengono forniti i primi chiarimenti sui dati da riportare nella comunicazione e sulla modalità di compilazione della stessa. Il documento di prassi ribadisce che i chiarimenti forniti riguardano anche la comunicazione obbligatoria dei dati delle fatture ai sensi del decreto fiscale n. 193 dello scorso anno e precisa quali contribuenti non sono tenuti all’adempimento.

*(Agenzia delle entrate, Circolare n. 1/E del 7 febbraio 2017)*

## **Liquidazione dell’Iva di gruppo, per il 2017 ok anche la comunicazione col modello Iva 26**

Per il 2017 è ancora possibile comunicare l’opzione per la liquidazione dell’Iva di gruppo inviando l’apposito modello già utilizzato in passato (modello Iva 26), in alternativa all’indicazione nella dichiarazione annuale Iva 2017. Dal 2018, invece, gli enti o le società commerciali potranno esercitare l’opzione esclusivamente nella dichiarazione annuale Iva, come previsto dall’articolo 73 del Dpr n. 633/1972, modificato dalla legge di Bilancio 2017.

Il modello Iva 26 resterà utilizzabile per comunicare (ai sensi dell’articolo 3, comma 4, del decreto ministeriale del 13 dicembre 1979) le variazioni intervenute nel corso dell’anno relative ai dati indicati in sede di adesione al regime.

*(Agenzia delle entrate, Comunicato stampa del 10 febbraio 2017)*

## **Agevolazione prima casa, chiarimenti su come evitare la decadenza**

Il contribuente che vende entro cinque anni l’immobile acquistato con i benefici “prima casa”, ed entro un anno dalla cessione costruisce un altro immobile ad uso abitativo su un terreno di cui il contribuente sia già proprietario al momento della cessione dell’immobile agevolato, non perde l’agevolazione. Questo il chiarimento contenuto nella risoluzione n. 13/E con cui l’Agenzia delle Entrate recepisce alcuni principi emersi alla luce di recenti pronunce della Corte di Cassazione.

Il documento di prassi, alla luce della recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità, precisa ulteriormente che la decadenza dall’agevolazione è impedita anche se la costruzione del nuovo fabbricato da adibire ad abitazione principale venga effettuata su un terreno di cui il contribuente sia già proprietario al momento della cessione dell’immobile agevolato.

*(Agenzia delle entrate, Risoluzione n. 13/E del 26 gennaio 2017)*

## **Investimenti in attività di ricerca e sviluppo, ok al cumulo tra credito d'imposta e incentivi comunitari**

Con la risoluzione n. 12/E, l'Agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti sulla fruibilità dell'agevolazione per gli investimenti in attività di ricerca e sviluppo e delle sovvenzioni erogate dall'Unione Europea specificando, in particolare, le modalità di calcolo per verificare gli importi in relazione ai quali è possibile beneficiare del credito. La legge di Stabilità 2015, modificando la misura introdotta dall'art. 3 del DL 145/2013, ha riconosciuto un credito d'imposta a tutte le imprese che effettuano investimenti in attività di ricerca e sviluppo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014 e fino a quello in corso al 31 dicembre 2019. La legge di bilancio 2017 ha recentemente prorogato di un anno il periodo di tempo nel quale possono essere effettuati gli investimenti ammissibili (fino al periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2020) e ne ha potenziato il beneficio.

Il documento di prassi chiarisce che la cumulabilità tra credito d'imposta e contributi comunitari va verificata in relazione ai costi ammessi ad entrambe le discipline agevolative. Se la somma degli incentivi comunitari correlati ai costi ammissibili e del credito di imposta risulta minore o uguale alla spesa ammissibile complessivamente sostenuta nel periodo di imposta per il quale l'istante intende accedere all'agevolazione, si potrà beneficiare del credito di imposta per l'intero importo calcolato. Nel caso, invece, di superamento del limite massimo (cioè il 100% dei costi sostenuti) bisognerà ridurre corrispondentemente il credito di imposta, in modo da garantire che tutti gli incentivi ricevuti per sovvenzionare gli investimenti in attività di ricerca e sviluppo non eccedano i costi complessivamente sostenuti eleggibili al credito di imposta.

*(Agenzia delle entrate, Risoluzione n. 12/E del 25 gennaio 2017)*

## **GIURISPRUDENZA**

### **Sanzione senza alternative se manca il versamento**

La Corte di Cassazione con sentenza ha statuito che non può essere invocata l'applicazione del cumulo giuridico e della continuazione dal contribuente che omette o ritarda il versamento dell'imposta liquidata in dichiarazione. Il debito con l'erario, infatti, in tal caso, non è potenziale o incidentale, ma certo e quantificabile. Di conseguenza, è corretto, da parte dell'Agenzia delle Entrate, irrogare una sanzione per ogni violazione, di questo tipo, commessa (pari al 30% dell'importo omesso).

*(Corte di cassazione, sentenza 1540 del 20 gennaio 2017)*

### **Notifica degli atti nel periodo di giacenza**

La Commissione tributaria regionale della Lombardia con propria sentenza ha stabilito che la notificazione dell'atto tributario, spedito in via diretta a mezzo del servizio postale, si perfeziona, anche in caso di mancato ritiro del piego in giacenza.

cenza, decorsi dieci giorni dal rilascio del relativo avviso o dalla spedizione dell'apposita raccomandata "informativa".

*(Commissione tributaria regionale della Lombardia, sentenza n. 6728/2016)*

### **Dichiarazione congiunta, stop alla prescrizione dalla data di notifica al marito**

La Corte di cassazione ha statuito che se i coniugi presentano la dichiarazione in forma congiunta, la tempestiva notifica di una cartella di pagamento nei confronti del "coniuge dichiarante" comporta la validità dell'atto notificato al "coniuge co-dichiarante", anche se quest'ultima notifica è avvenuta oltre i termini prescrizionali previsti dalla legge.

Inoltre, la responsabilità solidale sancita dal legislatore implica la legittimità della pretesa erariale anche nel caso in cui il "coniuge co-dichiarante" sia estraneo alla produzione dei redditi accertati nei confronti del "coniuge dichiarante".

*(Corte di Cassazione, sentenza 2071 del 27 gennaio 2017)*

## **VARIE**

### **Conservatorie dei registri immobiliari, dal 1° febbraio cambiano gli orari di apertura al pubblico**

Nuovi orari per i servizi di pubblicità immobiliare. Dal 1° febbraio, infatti, le Conservatorie dei registri immobiliari saranno aperte al pubblico dalle 8.30 alle 13 dei giorni feriali, escluso il sabato. Lo prevede l'articolo 7-quater, comma 38, del decreto legge n. 193/2016, inserito dalla legge di conversione n. 225/2016.

Resta ferma la chiusura alle 11 nell'ultimo giorno del mese.

Il nuovo orario, posticipato di mezz'ora rispetto a quello attuale (8-12.30), si riflette anche sulle formalità integralmente trasmesse per via telematica, che quindi si considereranno presentate:

- nello stesso giorno di trasmissione, di seguito a tutte le formalità presentate fisicamente allo sportello, se la trasmissione viene effettuata entro le ore 13;
- nel giorno successivo a quello di trasmissione, di seguito a tutte le formalità presentate fisicamente allo sportello, se la trasmissione viene effettuata dopo le ore 13.

La nuova normativa prevede anche la possibilità di ampliare l'orario di svolgimento dei servizi di ispezione ipotecaria e di rilascio di copie e certificazioni oltre la fascia oraria 8.30-13. Questo ampliamento sarà reso operativo successivamente, una volta definiti i necessari aspetti organizzativi.

*(Agenzia delle entrate, comunicato stampa del 30 gennaio 2017)*

---

---

## Il prossimo numero

---

---

**P. MONTALENTI**, La nuova disciplina del bilancio

**E. BOCCHINI**, Le nuove frontiere del diritto contabile

**O. CAGNASSO**, I principi generali in tema di bilancio di esercizio

**G. RACUGNO**, Contabilità e bilancio delle imprese

**A. CAIAFA**, Società di fatto tra persone fisiche e società di capitali

**R. RUSSO**, Gli amministratori delle società anonime in Spagna