

LA COLLEGIALITÀ NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI AL TEMPO DELLA PANDEMIA

di **MARIO STELLA RICHTER JR**

Articolo del 12 maggio 2020

ISSN 2420-9651

L'emergenza conseguita alla epidemia del Covid-19 non poteva non incidere anche sul normale funzionamento degli organi collegiali delle società e, in particolare, delle assemblee.

La legislazione dell'emergenza.

La emergenza conseguita alla epidemia del Covid-19 non poteva non incidere anche sul normale funzionamento degli organi collegiali delle società e, in particolare, delle assemblee. Di fronte alla stringente esigenza di evitare in ogni modo le concentrazioni di persone e limitare quanto più possibile i contatti fisici tra individui – cose che tradizionalmente caratterizzano anche le riunioni degli organi collegiali – si è provveduto in Italia con decretazione di necessità e urgenza a porre una serie di disposizioni derogatorie in materia di società di capitali e cooperative (nonché di mutue assicuratrici): ci si riferisce all'[art. 106 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18](#) [ZETZSCHE-ANKER-SØRENSEN-CONSIGLIO-YEBOAH-SMITH]. Non sono state adottate viceversa speciali disposizioni in materia di funzionamento degli altri organi collegiali delle società di capitali e cooperative e neppure norme in materia di società di persone.

Il citato art. 106:

(i) ha prorogato il termine ultimo per la convocazione dell'assemblea ordinaria per l'approvazione del bilancio (e per le eventuali ulteriori deliberazioni periodiche necessarie) (art. 106, comma 1);

(ii) ha consentito che tutte le assemblee, tanto ordinarie quanto straordinarie, se convocate entro il 31 luglio 2020 o comunque entro la data in cui sia ancora in vigore lo stato di emergenza (art. 106, comma 7) si svolgano, anche in deroga a diverse disposizioni statutarie, eventualmente solo con espressione di voto a distanza (in via elettronica o per corrispondenza) o con mezzi di telecomunicazione (che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del voto) (art. 106, comma 2);

(iii) ha permesso che il presidente dell'assemblea e il segretario verbalizzante (eventualmente il notaio) non si trovino fisicamente nel medesimo luogo a prescindere da quanto richiesto dallo statuto (art. 106, comma 2);

(iv) con riguardo alle società a responsabilità limitata, ha consentito il ricorso a decisioni dei soci attraverso la consultazione scritta o il consenso espresso per iscritto anche su materie riservate dal codice civile alla deliberazione assembleare o in presenza di una richiesta di amministratori o soci (e quindi in deroga all'[art. 2479, comma 4, cod. civ.](#)) (art. 106, comma 3);

(v) con riguardo a società quotate su di un mercato regolamentato, su un sistema multilaterale di negoziazione o comunque con azioni diffuse tra il pubblico in misura

rilevante (art. 106, comma 5), ha previsto la possibilità che le assemblee (sempre se convocate nel termine precedentemente specificato) si svolgano, anche in deroga a quanto previsto dallo statuto, tramite l'intervento – eventualmente anche esclusivo – del rappresentante designato di cui all'[art. 135-undecies TUF](#);

(vi) ha derogato al divieto (posto dall'[art. 135-undecies, comma 4, TUF](#)) che al rappresentante designato siano conferite deleghe per così dire ordinarie (e cioè diverse da quelle previste dal medesimo art. 135-undecies), così permettendo che quello stesso soggetto svolga altresì il ruolo di un rappresentante di diritto comune (art. 136, comma 4);

(vii) ha derogato alle varie disposizioni che in materia di società cooperative, banche popolari, banche di credito cooperativo e mutue assicuratrici pongono limiti al numero di deleghe conferibili a uno stesso soggetto, consentendo quindi, anche in deroga a norme statutarie, che le assemblee di codeste società si svolgano attraverso il ricorso, eventualmente anche in modo esclusivo, al rappresentante designato di cui al precitato [art. 135-undecies TUF](#) (art. 106, comma 6).

In precedenza, e precisamente l'11 marzo 2020, la Commissione societaria del Consiglio notarile di Milano aveva approvato un orientamento (massima n. 187) [PALAZZO], del pari “emergenziale”, per chiarire:

- da un lato, che l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione può riguardare anche tutti i partecipanti all'assemblea, «ivi compreso il presidente, fermo restando che nel luogo indicato nell'avviso di convocazione deve trovarsi il segretario verbalizzante o il notaio, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l'accertamento di coloro che intervengono di persona (sempre che tale incarico non venga affidato al segretario verbalizzante o al notaio)»;

- dall'altro lato che nel caso di svolgimento della riunione assembleare con l'intervento di tutti i partecipanti mediante mezzi di telecomunicazione, il verbale dell'assemblea potrà essere redatto successivamente “con la sottoscrizione del presidente e del segretario, oppure con la sottoscrizione del solo notaio in caso di verbale in forma pubblica”.

Dopo la promulgazione delle disposizioni del citato [d.l. n. 18 del 2020](#), la Commissione societaria del Consiglio notarile di Milano è tornata sul tema per chiarire, con la massima n. 188, che le società per azioni “con azioni negoziate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, nonché le s.p.a. con azioni diffuse tra il

pubblico in misura rilevante” [e forse sarebbe stato più semplice parlare di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio] «che si avvalgono della facoltà concessa dall'[art. 106, comma 4, d.l. n. 18 del 2020](#), di prevedere nell'avviso di convocazione che l'intervento in assemblea si svolga esclusivamente tramite il rappresentante designato ai sensi dell'[art. 135-undecies TUF](#), possono altresì avvalersi della facoltà concessa dal comma 2 del medesimo [art. 106 d.l. n. 18 del 2020](#), di prevedere che l'assemblea si svolga, anche esclusivamente, mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto. In tali circostanze, hanno pertanto diritto di partecipare all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione tutti i componenti degli organi di amministrazione e di controllo, il rappresentante designato, il segretario o il notaio, nonché gli altri soggetti ai quali è consentita la partecipazione all'assemblea ai sensi della legge, dello statuto e del regolamento assembleare, ma non gli azionisti, i quali devono avvalersi necessariamente del rappresentante designato».

Si tratta di un orientamento condivisibilissimo che discende pianamente da quanto disposto dalle norme con forza di legge e che penseremmo migliorabile solo distinguendo tra l'*intervenire* e il *partecipare* dei soci (allora, in ipotesi, necessariamente per mezzo del rappresentante designato), da un lato, e l'*assistere* degli altri soggetti ammessi (individualmente) all'assemblea (seppure collegamenti telematici).

La prevalenza delle disposizioni dell'avviso di convocazione sulle previsioni dello statuto sociale.

Dal punto di vista teorico, l'aspetto più rilevante di questa sorta di “legislazione di guerra” (anche per i modi con cui è stata adottata) ci pare consistere in una profonda alterazione del sistema e della gerarchia delle disposizioni chiamate a regolare il funzionamento degli organi sociali. In particolare, per quanto riguarda il funzionamento delle assemblee, la legge consente (seppure solo in relazione ai particolari profili sopra elencati) che l'avviso di convocazione deroghi a quanto eventualmente previsto dallo statuto o permetta ciò che, in assenza di acconcia previsione statutaria, non era possibile realizzare.

La inversione dell'ordine gerarchico delle fonti è, dunque, evidente; così come è chiara la giustificazione e la ragionevolezza di questa deroga, la quale, in presenza di condizioni eccezionali, pone un atto dell'organo amministrativo (l'avviso di

convocazione, appunto) in una posizione sovraordinata rispetto alla stessa “carta costituzionale” della singola società (e cioè lo statuto o atto costitutivo).

In condizioni di necessità e urgenza sono sempre i titolari delle funzioni di direzione a potere e dovere fronteggiare l'emergenza sostituendosi agli organi parlamentari e assembleari, posto che le modalità di funzionamento di questi secondi non si conciliano con la esigenza di provvedere con immediatezza. Nel caso di specie, poi, era di palmare evidenza che, se il pericolo per la salute pubblica consisteva e consiste proprio nel riunire in modi tradizionali le assemblee, non si poteva in alcun modo pensare che le forme di funzionamento dell'organo assembleare a distanza presupponesse la modificazione delle regole statutarie (da deliberarsi, a sua volta, in secondo le regole comuni).

Ovviamente, anche altre sarebbero potute essere le soluzioni a un problema tanto grave quanto urgente, almeno nella contingenza: e così, tanto per fare un esempio, si sarebbe ben potuto rinviare, sempre con decreto legge, la scadenza dell'esercizio sociale e consentire la distribuzione di acconti sul dividendo (anche in deroga a quanto previsto dal diritto comune e anche in assenza di conformi previsioni statutarie). Ma ovviamente non è qui il caso e non è questo il momento per svolgere simili esercizi *de lege ferenda*. Più utile è sottolineare alcune implicazioni pratiche della legislazione emergenziale.

La primazia dell'organo di amministrazione.

Si è già detto del ruolo centrale che assume l'*avviso di convocazione* nella disciplina delle assemblee convocate durante lo stato di emergenza. Ne discende che tutte le scelte che attengono al loro svolgimento dovranno essere attentamente vagliate dall'organo competente alla convocazione dell'assemblea. Ed è bene che di questa responsabilità siano pienamente avvertiti e consapevoli gli amministratori tutti delle società, specialmente se quotate (posto il maggior numero di persone che la loro riunione tipicamente coinvolge).

In vero, un atto, fino ad oggi vissuto come poco più di un semplice adempimento burocratico, diviene ora un momento gravido di implicazioni pratiche di gradissimo momento. La definizione della convocazione presuppone l'attenta considerazione e ponderazione di tanti interessi alcuni dei quali pubblici ed essenziali, a iniziare proprio da quello relativo alla difesa della salute; e la valutazione di questa pluralità di interessi (talora configgenti) dovrà essere tenuta presente non solo nel determinare quando far

svolgere l'assemblea (eventualmente sfruttando i più larghi termini concessi), ma anche nel definire:

- quali argomenti (oltre quelli necessitati, a iniziare dalla approvazione del bilancio e dalla destinazione dell'eventuale utile di esercizio) trattare in queste riunioni, tenendo presente che si tratta di occasioni di deliberazione pur sempre connotate da un elevato grado di anomalia;
- quali dei vari sistemi a disposizione per eliminare o fortemente ridurre il contatto fisico tra individui utilizzare e se utilizzarne uno a esclusione di altri o se consentire il contemporaneo concorso di una pluralità di sistemi (voto per corrispondenza, voto a distanza, intervento in assemblea con mezzi di telecomunicazione, rappresentante designato; etc.);
- su quali argomenti fornire, sempre da parte dell'organo amministrativo, una proposta di deliberazione preconstituita e formalizzata rispetto al momento dello svolgimento dell'assemblea (sempre che ovviamente non si tratti di temi su cui la proposta predefinita sia necessaria in forza delle regole di diritto comune);
- e anche dove tenere l'assemblea (seppure è chiaro che in quel luogo fisico possano finire per convergere anche solo pochissimi individui o, al limite, forse anche uno solo).

Alcune questioni applicative.

Molte delle questioni di ordine pratico che si pongono agli operatori devono dunque, a nostro avviso, essere risolte alla luce dei principi ora enunciati.

Gli avvisi di convocazione dovranno essere studiati con cura e, se già diffusi, adeguatamente rivalutati e integrati. Le integrazioni dovranno essere fatte con tempistica sufficiente a consentire ai soci di riorganizzare la loro partecipazione all'assemblea alla luce delle nuove modalità imposte dalle eccezionali circostanze e poi concretamente adottate dalla singola società.

Se si adotta un sistema che non consente ai soci di partecipare seppure a distanza al dibattito e dunque di avanzare durante l'assemblea proposte deliberative, allora è bene che a ciò provveda il consiglio di amministrazione in via previa (senza per questo impedire che altre proposte siano avanzate dai soci e che il presidente dell'assemblea le consideri nel mettere il punto in votazione). Ciò diremmo che vale anche e soprattutto per quelle deliberazioni in merito alle quali, in condizioni normali, il consiglio per prassi tende ad astenersi dal formulare una sua proposta (o a quelle che lo statuto riserva

all'assemblea). Si pensi, per esempio, alle deliberazioni in punto di numero dei componenti del consiglio di amministrazione da eleggersi, di loro durata nella carica o, ancora più tipicamente, di remunerazione dei componenti dei diversi organi sociali.

Anche sotto questo riguardo risulta doverosamente esaltato il ruolo centrale del consiglio, il quale, d'altro lato, è quello che comunque dispone degli elementi per formulare proposte nell'interesse della società (alla valutazioni e autovalutazioni sulla composizione del consiglio; alle riflessioni sulla adeguatezza del sistema organizzativo; al fatto di avere elaborato una politica di remunerazione degli amministratori; ecc.).

D'altra parte, pure qualora l'assemblea si svolga esclusivamente attraverso interventi, partecipazione e assistenza da remoto (nel senso che ciò sia imposto con scelta del consiglio di amministrazione), è chiaro che un luogo di convocazione debba risultare dall'avviso di convocazione, prima, e comunque dal verbale, poi. Il luogo di convocazione e, se si vuole più in generale, *la localizzazione della assemblea* restano dunque *elementi indefettibili* per tutte le adunanze, comprese quelle in forma esclusivamente virtuale (le c.dd. *virtual-only*). La idea – talora adombrata in ambienti notarili [BUSANI] – secondo cui per l'assemblea che si svolga necessariamente «del tutto online [...] il luogo di convocazione è [...] un fattore irrilevante» (che quindi potrebbe non essere indicato) è, all'evidenza, errata. Non è infatti vero che, in quei casi, non «abbia senso porsi il tema del luogo di convocazione (e di chi vi si trovi, beninteso, collegato agli altri partecipanti via audio/video conferenza)» [BUSANI] e, non a caso, in diverso senso si sono subito espressi il Consiglio notarile di Milano (nella già citata massima n. 187) e l'Assonime [ASSONIME].

In vero, tutto quando accade (in sostanza, ciò che viene detto) durante l'assemblea, seppure da remoto, deve potere essere ricondotto ad un luogo specifico, perché ha per tantissimi motivi rilevanza giuridica. Una rilevanza che può andare al di là degli effetti propri dei singoli momenti del procedimento assembleare (La rilevanza tipicamente assembleare dei diversi atti del procedimento, infatti, troverebbe come tale comunque il suo momento di emersione della localizzazione nel criterio che fissa la competenza territoriale della impugnazione della deliberazione nel tribunale delle imprese luogo dove la società ha sede: [art. 2378, comma 1, c.c.](#)): si pensi, solo per fare un esempio, all'esigenza di localizzare l'assemblea onde potere agire in giudizio per vedersi risarciti i danni derivanti da dichiarazioni diffamatorie, offensive o altrimenti lesive contenute durante un intervento assembleare. Di qui la predetta esigenza di esatta localizzazione di

ogni assemblea, del «luogo di convocazione dell'assemblea», al quale, non a caso, è dedicata addirittura la intitolazione del primo articolo del codice civile sull'assemblea: il che forse dovrebbe indurre a diversa cautela nello scrivere articoli (seppure di giornale).

Oltre la pandemia: l'assemblea come organo di teatro.

Ma, avviati a soluzione i vari piccoli problemi pratici, resta la sensazione che questa eccezionale esperienza emergenziale non potrà non lasciare un segno nel pur sempre creduto e comunque fortemente auspicato momento in cui la pandemia potrà dirsi passata. E questo segno ci pare non possa che essere nel senso di rafforzare e definitivamente affermare quella tendenza a rendere l'assemblea delle società per azioni sempre più un *organo di teatro*, per usare una delle tante straordinarie espressioni inventate da Massimo Severo Giannini; un luogo, cioè, dove si ratificano e si formalizzano scelte prese altrove e non più, dunque, un collegio nel cui seno si possano effettivamente maturare, ponderare e assumere decisioni. E ciò per la semplice ragione che chi normalmente vi partecipa (sia da lontano che da vicino), e cioè la tipologia comune di socio (che normalmente è un investitore professionale o istituzionale e comunque un soggetto che interviene per il tramite di un rappresentante... designato o meno) non ha comunque la possibilità di maturare *hic et nunc* le proprie scelte, di assumere nella immediatezza della riunione le sue decisioni di voto, che infatti, a loro volta, non sono che il frutto di una più o meno complessa e articolata procedura che presuppone che tutto (a iniziare dalle stesse proposte di voto prima ancora del voto stesso) sia deciso ben prima dell'avvio della riunione assembleare: non foss'altro perché ben spesso il socio non dispone, votando, di propri interessi, ma esercita un “diritto” in funzione della cura di interessi altrui.

D'altra parte, l'esperienza storica ci indica come istituti e regole, anche di diritto privato, adottati di fronte alla eccezionalità di eventi straordinari tendano poi comunque ad assumere carattere ordinario: e così ad esempio accadde dopo la prima guerra mondiale quando la legislazione di guerra non solo rimase di fatto in vigore, ma anzi servì a fondare molti nuovi principi generali di diritto comune.

Riferimenti bibliografici.

Misure non troppo dissimili sono state adottate in altri ordinamenti. Per una rassegna si

v. D. ZETZSCHE-L. ANKER-SØRENSEN-R. CONSIGLIO-M. YEBOAH-SMITH, *Covid-19-Crisis and Company Law. Towards virtual shareholder meetings*, in *Law Working Paper*, n. 7, 2020, Université de Luxembourg, in <http://ssrn.com/abstract=3576707>, spec. 9 ss., i quali classificano le diverse forme di intervento normativo in misure volte a procrastinare i termini per la convocazione delle assemblee e in misure atte a consentire, a prescindere da quanto statutariamente previsto, che si possa fare ricorso a modalità di partecipazione o di votazione a distanza, ivi compresa la possibilità che l'assemblea si tenga esclusivamente e necessariamente in forma virtuale (*virtual shareholder meeting*); e soprattutto M.L. PASSADOR, *Peculiarità e problematiche della legislazione emergenziale*, in corso di pubblicazione su *Riv. soc.*, 2020, in https://www.academia.edu/42989240/Peculiarit%C3%A0_e_problematich_e_comparate_della_legislazione_emergenziale?email_work_card=view-paper, dove tra l'altro approfondita rappresentazione della disciplina generale e speciale delle assemblee c.dd. *virtual-only* negli Stati Uniti d'America.

Considerata da M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius*. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società, in *Giustizia civile.com* (7 aprile 2020), come l'anticipazione delle previsioni normative del d.l. n. 18 del 2020, nel senso che il legislatore avrebbe fatto propria la interpretazione dei notai (il che non mi sentirei di condividere considerando quali e quante siano le previsioni normative del citato d.l. che nella massima notarile non trovano nessuna eco).

Si v., ad es., A. BUSANI, *Assemblee online, il «luogo» non serve e non va indicato*, in *Il Sole-24 Ore*, 27 aprile 2020, 17.

Così di nuovo A. BUSANI, *Assemblee online, il «luogo» non serve e non va indicato*, cit.

ASSONIME, *FAQ: Luogo dell'assemblea e partecipazione*, in http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/QeA_luogo-dell%27assemblea-e-partecipazione.aspx.

Riferimenti bibliografici