

Daniele U. Santosuosso

La società per azioni



Giappichelli

PREMESSA

I tratti essenziali del presente volume, che vuole essere un manuale universitario ma offrire al tempo stesso una guida ragionata e uno stimolo alla riflessione critica anche per studiosi e pratici del diritto, ne segnano la differenza rispetto ai volumi di impronta esclusivamente manualistica ove gli autori parlano “in prima persona”, ma anche rispetto a quelli a carattere tipicamente didattico in cui la materia è illustrata in stile didascalico.

La disciplina e le fattispecie sono qui spiegate in piena aderenza al dettato normativo ma altresì in chiave sistematica ed alla luce della genesi delle norme, soprattutto delle riforme che hanno rivoluzionato il diritto societario negli ultimi vent’anni. Non mancano esempi pratici tratti dalla casistica giurisprudenziale.

L’opera riguarda esclusivamente “la società per azioni” (anche l’uso del singolare riflette l’ossequio al dato testuale), e quindi fa riferimento alle sole norme ad essa specificamente dedicate dal codice civile (artt. 2325-2451). Si è pensato in particolare ad uno strumento agile, e così di agevolare gli studenti nell’uso di un manuale adatto a corsi modulari, o a corsi monografici in cui la materia della società per azioni rappresenta la base.

Il volume così concepito a mia firma nasce da un’idea maturata (e trae origine da un comune lavoro svolto per la più ampia opera *Società di capitali*) insieme al mio Maestro Agostino Gambino appena scomparso. A Lui è dedicato.

Roma, 10 ottobre 2021

DANIELE U. SANTOSUOSSO

CAPITOLO PRIMO

CARATTERI, COSTITUZIONE E CONFERIMENTI

SOMMARIO: 1. I caratteri fondamentali. La limitazione della responsabilità. Le azioni. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. – 2. La società per azioni unipersonale. – 3. L'ammontare minimo del capitale sociale. Il problema della sottocapitalizzazione. – 4. La costituzione della società per azioni. Forma e contenuto dell'atto costitutivo. – 5. Le condizioni per la costituzione. Il controllo. L'iscrizione. La costituzione per pubblica sottoscrizione. – 6. L'iscrizione nel registro delle imprese. Gli effetti. La società per azioni prima dell'iscrizione. Le azioni prima dell'iscrizione. – 7. La nullità della società per azioni. – 8. I patti parasociali. L'incidenza sugli assetti proprietari e il governo della società. I patti di consultazione e i patti di acquisto delle azioni. – 9. La durata. Il recesso. La pubblicità. – 10. I conferimenti. I conferimenti in danaro. Il socio moroso. I conferimenti in natura e di crediti. Stima dei conferimenti in natura e dei crediti. Altre entità conferibili. – 11. Gli acquisti della società da promotori, fondatori, soci e amministratori. – 12. Le prestazioni accessorie. – *Bibliografia.*

1. *I caratteri fondamentali. La limitazione della responsabilità. Le azioni. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.*

La disciplina della società per azioni è contenuta nel codice civile (libro V, titolo V, capo V), nonché in alcune leggi speciali, come il T.U. in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.: d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e sue successive modifiche ed integrazioni) per le società con azioni quotate e per le società di investimento nei mercati finanziari e il T.U. in materia bancaria e creditizia (T.U.B.: d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e sue successive modifiche ed integrazioni) per le società autorizzate all'esercizio dell'attività bancaria. *fonti normative*

Per le società con azioni quotate e con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante il codice fa espresso rinvio alle leggi speciali per porre un criterio di sussidiarietà, per il quale, laddove la legge non disponga diversamente, si applicano le disposizioni dettate dal codice civile per le società

per azioni (art. 2325-*bis*). Tale criterio trova applicazione anche per le società per azioni di tipo speciale.

il carattere
della limita-
zione della
responsabilità

Il primo articolo del codice dedicato alla società per azioni identifica uno dei caratteri essenziali di questa, rappresentato dalla limitazione al patrimonio sociale della responsabilità per le obbligazioni sociali (art. 2325). Tale carattere tuttavia non può dirsi peculiare alle società per azioni, in quanto è presente anche nelle società a responsabilità limitata e nelle società in accomandita per azioni per gli accomandanti. Il carattere tipico e qualificante della società per azioni va individuato nelle azioni, che rappresentano le partecipazioni sociali (art. 2346), e nelle modalità di circolazione delle stesse: carattere che rende la società per azioni differente da qualsiasi altra società.

azioni

libertà di
circolazione

In particolare, la società per azioni si contraddistingue per un'*accentuata libertà di circolazione* delle partecipazioni. Il principio di libera trasferibilità delle azioni si pone come elemento primario e intorno ad esso ruotano i caratteri essenziali della fattispecie societaria. A tale principio si accompagna la limitazione della responsabilità, collegata a sua volta alla previsione di una organizzazione corporativa del soggetto. La libera trasferibilità è infatti essenziale in un assetto organizzativo nel quale il principio di maggioranza è inderogabile e quindi il socio può tipicamente trovarsi in una posizione nella quale non partecipa alla formazione delle decisioni (art. 2325-*bis*). Inoltre la libera trasferibilità è funzionale al principio di tassatività delle cause di recesso (per legge o per determinazione statutaria), operante nella società per azioni, che comporta che l'unica possibilità di uscire dalla compagine sociale al di là di queste cause è rappresentata dalla vendita delle azioni.

la società per
azioni

nella storia

provvedimenti
sovrani di
privilegio

Tale fisionomia si riscontra nella evoluzione storica dell'istituto. La limitazione della responsabilità dei soci ha infatti origini lontane, che affondano le radici nella civiltà comunale con la società in accomandita (in accomandita semplice e poi, nel tempo, anche per azioni con la possibilità di circolazione del documento rappresentativo della quota dell'accomandante). Invece nella società per azioni la limitazione della responsabilità dei soci si è affermata peraltro con carattere di generalità solo nella seconda metà del XIX secolo, con la piena affermazione dei principi di libertà di commercio e di iniziativa economica.

All'origine della società per azioni vi erano infatti provvedimenti eccezionali di concessione (*charter, octrooi, octroi*), emanati caso per caso dai sovrani, con i quali veniva attribuito ad una *compagnia* (termine tradizionale della società collettiva) un privilegio di commercio esclusivo lungo le nuove rotte di circumnavigazione dell'Africa o con le Americhe recentemente scoperte.

Nasceva così nel 1600 in Inghilterra la Compagnia delle Indie orientali (*East India Company*), all'origine associazione di mercanti, con partecipazione ulteriore limitata ad aristocratici di Corte, per le spedizioni commerciali al di là del Capo di Buona Speranza verso l'India. Nasceva nel 1602 la olandese Compagnia delle Indie Orientali (*Oost Indische Compagnie*), invece aperta ai capitali di tutti i cittadini, ingenti o modesti, con conseguente grande diffusione delle azioni nel corso del XVII secolo. Nascevano nel 1664 in Francia, con provvedimenti di Luigi XIV, *le Compagnies des Indes*: la Compagnia delle Indie orientali e la Compagnia delle Indie Occidentali (le Americhe), alle quali venivano conferite la proprietà delle terre di conquista e concesso, con l'esclusiva del commercio, l'esercizio del potere militare, di amministrazione anche giudiziaria dei territori e di emissione di moneta, esonerando i privati investitori da qualsiasi obbligazione ulteriore rispetto alle somme apportate.

la Compagnia
delle Indie

Con tale limitazione della responsabilità dei soci al capitale conferito si ponevano anche le basi per la circolazione delle partecipazioni, determinate per frazioni omogenee nei documenti certificativi rilasciati ai soci (*azioni, shares*), senza dovere convenire con tutti i soci, per ogni trasferimento della partecipazione, il mutamento soggettivo del contratto di società, come avveniva – e ancor oggi avviene – per le società collettive.

la circolazione
delle azioni
e la società
anonima

L'esigenza di consentire la più ampia circolazione delle partecipazioni, in modo da attrarre gli investimenti anche con la prospettiva di un agevole disinvestimento, ha comportato che, in linea di principio, divenisse indifferente per la società l'identità del socio e che quindi le azioni circolassero anche con clausole al portatore contenute nel documento e pertanto con il sostanziale anonimato del socio: di qui la denominazione, conservatasi in Italia sino al 1942 e in Francia sino a oggi, di *società anonima* (*société anonyme*).

Nell'ambito della società per azioni, con la riforma del 2003 è stata introdotta nel codice civile (art. 2325-*bis*) la categoria delle "*società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*" (c.d. *società aperte*), che comprendono le società emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati (disciplinate nel T.U.F.), e le società emittenti di azioni "*diffuse tra il pubblico in misura rilevante*". Per la determinazione della misura rilevante è fatto riferimento (art. 111-*bis* disp. attuat. e trans.) all'art. 116 del T.U.F., che demanda alla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) di stabilire con regolamento il relativo criterio. Questo è stato individuato nella presenza di *azionisti diversi dai soci di controllo* in numero superiore a cinquecento che detengano complessivamente una *percentuale di capitale sociale almeno pari al cinque per cento* e contestualmente nel *superamento di due dei tre limiti* indicati dall'art. 2435-*bis*, co. 1, ossia

società che
fanno appello
al mercato
del capitale
di rischio

quei limiti che, se superati per due esercizi consecutivi non consentono di redigere il bilancio in forma abbreviata (art. 2-*bis*, Regolamento Emittenti Consob 14 maggio 1999, n. 11971, come modificato con delibera Consob con delibere del 19 marzo 2009 n. 16840, del 9 maggio 2012, n. 18214 e del 10 ottobre 2018, n. 20621).

Si discute se le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio costituiscano un diverso tipo societario oppure un *sottotipo* della società per azioni. Per le società quotate sussiste non solo una peculiarità fisionomica (la quotazione) ma una diversità di disciplina dal tipo comune così ampia, articolata ed autonoma (pensando a tutte le norme speciali previste nel codice civile e nelle leggi speciali) da far ritenere che si tratta di tipo autonomo. Ciò consente anche di concludere, per converso, che le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante, caratterizzate dalla destinazione delle azioni al pubblico degli investitori e dalla innegabile aderenza dello statuto normativo a quello delle quotate in mercati regolamentati, non rappresentino un tipo autonomo ma una variante di queste ultime, entrambe distinte in quanto – “fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2325 *bis*)”. Analogo discorso vale per le piccole e medie imprese (PMI) con azioni quotate, che il d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 116 e poi sostituita dall’art. 1 del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 25 e infine modificata dall’art. 44-*bis* del d.l. 16 luglio 2020, coordinato con la legge di conversione dell’11 settembre 2020, n. 120), c.d. Decreto competitività, ha determinato (introducendo la lett. *w-quater.1*) dell’art. 1, co. 1, T.U.F.) come quelle con capitalizzazione di mercato fino a 500 milioni per almeno tre anni consecutivi) e per le quali introduce semplificazioni regolamentari rispetto al regime applicabile alle altre società (particolarmente in tema di OPA e di partecipazioni rilevanti e reciproche).

Entrambe le società (quotate e con titoli diffusi) si specificano comunque nella disciplina caratterizzata dal diverso grado di imperatività disposto per la tutela degli interessi coinvolti nelle società che hanno accesso al mercato del capitale di rischio. Esse si differenziano dal modello delle c.d. *società chiuse* (società per azioni non quotate o con azioni non diffuse in misura rilevante) per un minore grado di autonomia societaria e quindi per una più ridotta possibilità di personalizzazione dell’organizzazione in dipendenza del più ampio e diffuso coinvolgimento degli interessi dei risparmiatori. L’appartenenza al tipo società per azioni spiega infine perché il legislatore non abbia richiesto un’indicazione specifica nella denominazione sociale, che, in qualunque modo formata, deve contenere solo la dizione di “società per azioni” (art. 2326).

2. *La società per azioni unipersonale.*

Nella prospettiva di favorire l'impresa su base societaria è prevista, in attuazione della XII direttiva 89/667/CEE, la possibilità di costituzione, *ab initio*, al pari che per la società a responsabilità limitata (artt. 2328 e 2463), della *società per azioni unipersonale*. Si manifesta così il favore per la nascita e la crescita delle *imprese individuali a responsabilità limitata* anche nella forma della società per azioni.

società per
azioni uniper-
sonale

Peraltro, a tutela dei terzi, essendosi in presenza di una struttura dell'impresa sociale formalmente societaria ma sostanzialmente individuale, è disposto l'immediato adempimento integrale dei conferimenti, che devono essere versati per l'intero ammontare (art. 2342), nonché il deposito, per l'iscrizione nel registro delle imprese, di una dichiarazione degli amministratori contenente generalità, domicilio o sede e cittadinanza dell'unico socio. Inoltre i contratti della società con l'unico socio e le operazioni a favore di questo devono risultare dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento (art. 2362). Tali formalità non sono tuttavia richieste per la validità del contratto o dell'operazione ma per l'efficacia nei confronti dei creditori sociali, ai quali non sono opponibili in assenza delle formalità. Le norme riprendono le disposizioni dettate dalla precedente riforma che ha introdotto la società a responsabilità limitata unipersonale (d.p.r. 3 marzo 1993, n. 88), e sono identiche a quelle poste per la società a responsabilità limitata (artt. 2462, co. 2; 2464 e 2470).

versamento
integrale del
capitale

pubblicità del
socio e dei
contratti e
operazioni

La mancata osservanza delle disposizioni sull'integrale esecuzione dei conferimenti e sulla pubblicità delle dichiarazioni degli amministratori comporta *la perdita del beneficio della responsabilità limitata in caso di insolvenza della società* nel senso che l'unico azionista è illimitatamente responsabile *per le obbligazioni sorte nel periodo* in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona (art. 2325, co. 2).

3. *L'ammontare minimo del capitale sociale. Il problema della sottocapitalizzazione.*

La misura del capitale sociale è stata oggetto recentemente di vari interventi normativi.

La legge delega di riforma societaria (legge 3 ottobre 2001, n. 366) ha richiesto di aumentare la misura del capitale minimo (rispetto al precedente limite di 200 milioni di lire) in coerenza con le caratteristiche del modello, ed è quindi stata fissata (art. 2327) la misura minima del capita-

ammontare
minimo del
capitale:

centoventimila
euro

le in un importo pari a 120.000 euro (anche se l'art. 223-ter, disp. attuaz. e trans., ha disposto che le società per azioni costituite prima del 1° gennaio 2004 con un capitale inferiore a 120.000 euro possono conservare la forma della società per azioni per la loro durata). Va notato che se si fosse applicato il coefficiente di rivalutazione monetaria dal 18 dicembre 1977 (dall'entrata in vigore della legge sul precedente ammontare minimo) il capitale di 200 milioni di lire si sarebbe dovuto aumentare di circa cinque volte.

Successivamente il d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 116), alla luce della dichiarata finalità di incentivare la nascita e lo sviluppo delle imprese con una serie di semplificazioni riguardanti sia le società per azioni che le società a responsabilità limitata anche attraverso la riduzione dei costi di avvio e di esercizio, ha abbassato ulteriormente il valore minimo del capitale necessario per la costituzione di una società per azioni ad euro 50.000.

Resta rimessa al legislatore speciale la determinazione di minimi più elevati per società operanti in singoli settori (come, ad esempio, per le società di intermediazione mobiliare e le banche: artt. 19 T.U.F. e 107 T.U.B.).

Così, da un lato non si è inteso accedere alle teorie (che traggono origine dagli ordinamenti nordamericani) sulla inutilità della nozione di capitale fisso a beneficio delle concezioni di capitale coincidente con il patrimonio; dall'altro lato si è tenuto conto del fatto che per le funzioni tradizionalmente attribuite al capitale (generica garanzia nei confronti dei creditori sociali e determinazione della misura delle partecipazioni sociali) il capitale minimo non è decisivo.

sottocapitaliz-
zazione

Non è stata comunque introdotta una regola che vieti la sostanziale sottocapitalizzazione delle società per azioni, situazione frequente nelle piccole e medie imprese in forma societaria quando il capitale sociale è notevolmente inferiore a quanto sarebbe richiesto per l'esercizio dell'attività. È stato peraltro disposto per i gruppi societari (e per la società a responsabilità limitata: art. 2467) che i finanziamenti a favore della società effettuati da chi esercita attività di direzione e coordinamento o da altri soggetti a questa sottoposti sono postergati rispetto alla soddisfazione degli altri creditori se sono stati concessi in un momento in cui vi era un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento (art. 2497-quinquies). Si è avvicinata in tal modo la natura giuridica di questi finanziamenti ai conferimenti, che vengono restituiti ai soci con la liquidazione della società solo dopo la soddisfazione di tutti i creditori sociali, così conseguendo, attraverso la

tecnica della postergazione, una indiretta capitalizzazione (patrimonializzazione) della società per azioni appartenente a un gruppo. Resta invece fermo che in fase costitutiva non può essere sindacata sul piano della legittimità la sottocapitalizzazione delle società e che pertanto la proposta dottrinale di elevare a principio la illegittimità di una società che nasce senza adeguato patrimonio ma con il minimo di capitale non è stata accolta.

4. *La costituzione della società per azioni. Forma e contenuto dell'atto costitutivo.*

L'atto costitutivo deve essere redatto *per atto pubblico* (art. 2328, co. 2). La forma solenne è richiesta a pena di nullità (art. 2332). atto pubblico

Lo statuto contiene le norme relative al funzionamento della società e, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo.

In caso di contrasto tra le norme dell'atto costitutivo e *quelle dello statuto prevalgono* le seconde (art. 2328, co. 3). La norma risponde all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici inerenti alla società. La prevalenza dello statuto dipende dal fatto che l'atto costitutivo contiene anche elementi transeunti e variabili, mentre lo statuto rappresenta i dati funzionali stabili dell'assetto societario. atto costitutivo e statuto

L'atto costitutivo deve indicare:

1) Il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza dei soci e degli eventuali promotori, nonché il numero delle azioni assegnate a ciascuno di essi. indicazioni nell'atto costitutivo

La previsione dell'indicazione della denominazione, della data e del luogo della costituzione dipende dal fatto che i soci possono essere società (anche cooperative: v. art. 18, legge 19 marzo 1983, n. 72) o altri enti.

L'indicazione dello Stato è necessaria in applicazione dell'art. 25, legge 31 maggio 1995, n. 218, per l'identificazione dell'ordinamento di appartenenza dei soci, anche in previsione della possibilità che la partecipazione alla società di soggetti appartenenti a Stati non comunitari determini l'applicazione di regole peculiari relativamente all'investimento in Italia.

2) La denominazione e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie.

La sede è il luogo dove si svolge l'attività amministrativa e direttiva della società. Le sedi secondarie, pur non essendo il luogo dove si svolge tale attività in via principale, sono dotate di rappresentanza stabile (art. 2299).

Non deve essere invece indicato, così superandosi un dibattito sorto prima della riforma del 2003, l'indirizzo nel senso della via e del numero civico: il cambiamento di tali elementi senza cambiamento

del comune non importa modificazione dell'atto costitutivo. Conferma si ha nelle disposizioni di attuazione, che richiedono l'indicazione dell'indirizzo nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese ma, in caso di mutamento dell'indirizzo, richiedono solo il deposito di una dichiarazione degli amministratori (art. 111-*ter* disp. attuz. e trans.). Tale disciplina garantisce, senza dover ricorrere a modifiche statutarie, la piena identificabilità e il costante aggiornamento in funzione della certezza dei rapporti con i terzi.

In questa prospettiva semplificatrice è disposto anche che la competenza per il trasferimento della sede sociale nell'ambito del territorio nazionale (da un comune all'altro) può essere attribuita dallo statuto all'organo amministrativo o al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione (art. 2365, co. 2).

In merito al problema se la istituzione e la soppressione della sede secondaria costituiscano modificazione dell'atto costitutivo, è stata confermata l'interpretazione che veniva data alla precedente normativa nel senso della competenza dell'assemblea straordinaria, ma consentendosi di delegare per statuto tali deliberazioni agli organi amministrativi (art. 2365, co. 2). In ogni caso la deliberazione deve rispettare le regole di forma e pubblicità previste per le modifiche dell'atto costitutivo e cioè la verbalizzazione del notaio e l'iscrizione nel registro delle imprese (a norma dell'art. 2436).

3) L'attività che costituisce l'oggetto sociale.

L'oggetto sociale rappresenta l'attività che la società si propone di svolgere. La formula è parzialmente mutata rispetto al testo precedente, essendo stata aggiunta la precisazione di "attività". Si è così evidenziato non soltanto che l'attività è caratteristica essenziale dell'impresa sociale (art. 2082), che non può consistere in atti isolati, ma soprattutto l'esigenza, avvertita da tempo dalla giurisprudenza, di una indicazione non generica o omnicomprensiva (per es. "la società potrà compiere ogni altra attività commerciale"), ma precisa, con l'enunciazione chiara dell'attività principale ed eventualmente delle attività strumentali specificate per settori economici e merceologici (ad esempio commercio di generi alimentari), nonché, se necessario, delle modalità di svolgimento dell'attività (ad esempio *e-commerce*).

4) L'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato.

Ai fini di una precisa rappresentazione è stato chiarito che devono indicarsi distintamente nell'atto costitutivo sia l'ammontare del capitale sottoscritto che l'ammontare del capitale versato.

5) Il numero e l'eventuale valore nominale delle azioni, le loro caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione.

La previsione è coerente con l'ampia tipologia di azioni introdotta dalla riforma e con la possibile emissione di azioni anche senza valore nominale.

6) Il valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura.

In entrambi i casi si tratta di beni diversi dal denaro, di cui si deve quindi rendere noto il valore.

7) Le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti.

8) I benefici eventualmente accordati ai promotori o ai soci fondatori.

9) Il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società.

Il sistema di amministrazione deve essere peraltro inderogabilmente scelto tra quello tradizionale, quello dualistico e quello monistico.

10) Il numero dei componenti il collegio sindacale.

11) La nomina dei primi amministratori e sindaci ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e, quando previsto, del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti.

La norma è funzionale alla informazione sui soggetti immediatamente operanti nell'organizzazione.

12) L'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società.

La norma è posta al fine di mettere in condizione i terzi di conoscere le spese per la costituzione della società, che possono essere particolarmente onerose per l'avvio dell'attività ed assorbire anche significativa parte del patrimonio sociale.

13) La durata della società ovvero, se la società è costituita a tempo indeterminato, il periodo di tempo, comunque non superiore ad un anno, decorso il quale il socio potrà recedere.

In risposta all'esigenza di non vincolare i soci ad una durata determinata della società si è consentito di prevedere una durata indeterminata (in armonia con l'art. 2, co. 1, lett. e) della II Direttiva CEE), ma con la previsione del diritto di recesso del socio, che può essere limitato al massimo per un anno al fine di consentire una certa coesione nella fase iniziale della vita della società ma insieme non vincolare per un tempo eccessivamente lungo i soci che intendano esercitare il diritto all'exit.

5. *Le condizioni per la costituzione. Il controllo. L'iscrizione. La costituzione per pubblica sottoscrizione.*

A tutela dei terzi vengono previste (art. 2329) alcune condizioni per la costituzione, che devono preesistere alla redazione dell'atto costitutivo da parte del notaio, il quale deve accertarne la ricorrenza (in applicazione dell'art. 28, n. 1, legge notarile 16 febbraio 1913, n. 89).

Oltre a dover essere *sottoscritto per intero* il capitale sociale (n. 1), è stata espressamente prescritta (n. 2) l'osservanza delle disposizioni sui conferimenti: il *deposito del quarto dei conferimenti in denaro*, nonché il rispetto delle norme sul *conferimento dei beni in natura e dei crediti* (artt. 2342, 2343 e 2343-ter).

versamento del
25% in denaro

stima dei beni
in natura e
di crediti

È inoltre necessario (n. 3) che sussistano le *autorizzazioni e le altre condizioni* richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società in relazione al suo particolare oggetto (ad esempio, società bancarie ed assicurative). Tali autorizzazioni, se la legge lo prevede, possono essere rilasciate successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo o, rispettivamente, alla deliberazione. In tali casi i termini per il deposito e l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2330: v. *infra*) decorrono dal giorno in cui l'originale o la copia autentica del provvedimento di autorizzazione è stato consegnato al notaio (art. 223-*quater*, co. 1, disp. attuaz. e trans.).

autorizzazioni
e condizioni
per leggi
speciali

L'autorità competente al rilascio delle autorizzazioni è legittimata, qualora l'iscrizione sia avvenuta nonostante la mancanza o invalidità delle autorizzazioni, a proporre istanza per la cancellazione della società. In tal caso il tribunale provvede, sentita la società e, nel caso di accoglimento dell'istanza, si applica la disciplina della nullità della società, e quindi la società è dichiarata nulla con le relative conseguenze di legge (art. 223-*quater*, co. 2, disp. attuaz. e trans.).

deposito
dell'atto costi-
tutivo e richie-
sta di iscrizione
nel registro
delle imprese

controllo di
legalità

verifica di rego-
larità formale
della docu-
mentazione

Accertato il rispetto delle condizioni si procede alla costituzione della società con la stipula dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico davanti al notaio e con il deposito dell'atto costitutivo da parte del notaio o degli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese (da parte dei soci in caso di inerzia del notaio o degli amministratori, a spese della società) con la contestuale richiesta di iscrizione nel registro. È pertanto confermata la soppressione dell'omologazione del tribunale, che complicava la fase di costituzione della società allungandone i tempi: il controllo sulla legalità dell'atto spetta al notaio in base alla legge notarile, mentre l'ufficio del registro è competente solo per la verifica della "regolarità formale della documentazione" (art. 2330, co. 3).

Quanto al controllo notarile di legalità la legge notarile sanziona il notaio che riceva atti contrari alla legge, manifestamente contrari all'ordine pubblico, o quando siano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge (artt. 28 e 138-*bis*, legge 16 febbraio 1913, n. 89).

In risposta alle esigenze di celerità è stato anche previsto un termine breve, non più di venti giorni ma di dieci, entro il quale il notaio deve chiedere il deposito e l'iscrizione (art. 2330, co. 1 come modificato dal d.l. 14 ottobre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12; v. art. 223-*quater*, disp. attuaz. e trans.).

costituzione
per pubblica
sottoscrizione

In alternativa a tale procedimento di costituzione della società per azioni (c.d. *costituzione simultanea*), è prevista la *costituzione per pubblica sottoscrizione* (art. 2333 ss.).

Questo secondo procedimento era piuttosto desueto in quanto complesso e costoso ed in quanto le medesime finalità sono conseguibili con altri strumenti (come con un successivo aumento di capitale anche con delega agli amministratori o mediante i sindacati di collocamento), ma ha avuto più ampia applicazione dopo che la Consob ha chiarito che la costituzione di società cooperative con notevole numero di soci (come nelle banche di credito cooperativo) integra sollecitazione all'investimento e quindi è sottoposta a questa disciplina.

Se si adotta tale forma di costituzione si giunge alla stipulazione dell'atto costitutivo al termine di un procedimento articolato in fasi successive:

programma

a) *i promotori redigono un programma* di adesione che, con le loro fir-

me autenticate, deve contenere “l’oggetto e il capitale, le principali disposizioni dell’atto costitutivo e dello statuto, l’eventuale partecipazione che i promotori si riservano agli utili e il termine entro il quale deve essere stipulato l’atto costitutivo” (art. 2333, co. 1);

b) il programma viene *depositato* dal notaio e *reso pubblico* (art. 2333), secondo le formalità e procedure previste per il collocamento di strumenti finanziari mediante offerte pubbliche di sottoscrizione e quindi con la preventiva pubblicazione di un prospetto informativo redatto secondo le disposizioni in tema di offerta al pubblico di prodotti finanziari (artt. 93-*bis* ss. T.U.F.); pubblicità

c) si effettuano quindi le *adesioni al programma* (sottoscrivendo le azioni per atto pubblico o per scrittura privata autenticata contenente le generalità del sottoscrittore, il numero delle azioni e la data della sottoscrizione); dall’ultima sottoscrizione decorre un mese entro il quale i promotori assegnano il termine per il versamento dei conferimenti, il cui mancato rispetto dà facoltà ai promotori di agire contro i sottoscrittori o scioglierli dall’obbligazione, collocando in tal caso le loro azioni (art. 2334); adesioni

d) i promotori devono quindi *convocare l’assemblea dei sottoscrittori* (mediante raccomandata inviata a ciascun sottoscrittore; art. 2334, ult. co.). assemblea dei sottoscrittori

L’assemblea dei sottoscrittori (c.d. assemblea costituente): 1) accerta l’esistenza delle condizioni richieste per la costituzione della società; 2) delibera sul contenuto dell’atto costitutivo e dello statuto; 3) delibera sulla riserva di partecipazione agli utili fatta a proprio favore dai promotori; 4) nomina gli amministratori, i membri del collegio sindacale e, quando previsto, il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti (art. 2335).

Il *quorum* costitutivo di tale assemblea è dato dalla metà dei sottoscrittori, qualunque sia la parte di capitale rappresentata, e ciascuno ha diritto a *un voto, qualunque sia il numero delle azioni sottoscritte*. Il *quorum* deliberativo è dato dal voto favorevole della maggioranza dei presenti.

Il principio contrattuale del consenso opera invece se si intendono modificare le condizioni stabilite nel programma: in tal caso è necessaria la volontà di tutti i sottoscrittori.

L’atto costitutivo viene quindi *stipulato per atto pubblico* dagli intervenuti all’assemblea in rappresentanza anche dei sottoscrittori assenti e *depositato per l’iscrizione* nel registro delle imprese (artt. 2336 e 2328, co. 1). stipula dell’atto costitutivo
atto costitutivo per atto pubblico
deposito per iscrizione nel registro delle imprese

È prevista una *responsabilità dei promotori* a salvaguardia della costituzione nel rispetto del procedimento e al minor costo. I promotori sono solidalmente responsabili verso i terzi *per le obbligazioni assunte per costituire la società*, ma la società è *tenuta a rilevarli* delle obbligazioni e a *rimborsare le spese* sostenute *se necessarie* per la costituzione della società o ap- responsabilità dei promotori

provate dalla stessa. In ogni caso i promotori non possono rivalersi sui sottoscrittori se la società non si costituisce (art. 2338).

Inoltre i promotori – e coloro per conto dei quali i promotori hanno agito – hanno una responsabilità solidale *verso la società e verso i terzi*: 1) per l'integrale sottoscrizione del capitale sociale e per i versamenti richiesti per la costituzione della società; 2) per l'esistenza dei conferimenti in natura in conformità della relazione giurata di cui all'art. 2343; 3) per la veridicità delle comunicazioni da essi fatte al pubblico per la costituzione della società (art. 2339).

Dal sistema così delineato può, per certi aspetti, assimilarsi la posizione dei promotori a quella dei *mediatori*, che in questo caso mettono in relazione i sottoscrittori senza alcun rapporto con gli stessi. Come i mediatori, che hanno diritto ad una provvigione da ciascuna delle parti se l'affare si è concluso (art. 1755), ai promotori possono essere riservati i benefici nell'atto costitutivo indipendentemente dalla loro qualità di soci se la società si costituisce, ma nei limiti di una partecipazione agli utili non superiore complessivamente a un decimo degli utili netti risultanti dal bilancio e per un periodo massimo di cinque anni (art. 2340).

Non è escluso che i promotori possano divenire sottoscrittori e quindi soci: in tal caso assumono anche la veste di soci fondatori.

Ai fondatori, sia nella costituzione per pubblica sottoscrizione che nella costituzione simultanea, possono essere attribuiti non solo il beneficio della partecipazione agli utili riconoscibile ai promotori non soci, ma anche altri benefici, come la possibilità di sottoscrivere azioni o strumenti finanziari a condizioni predeterminate ovvero di usufruire dei prodotti e servizi della società (art. 2341).

6. *L'iscrizione nel registro delle imprese. Gli effetti. La società per azioni prima dell'iscrizione. Le azioni prima dell'iscrizione.*

Con *l'iscrizione termina l'iter del procedimento costitutivo* della società. È quindi disposto che “con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica” (art. 2331, co. 1).

Per le *operazioni* compiute *in nome* della società *prima dell'iscrizione* è disposta la responsabilità *solidale e illimitata di coloro che hanno agito* in nome della società. Si aggiunge la responsabilità solidale e illimitata del *socio unico fondatore*, ed altresì “dei soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno *deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione*”. La *società* è tenuta a rilevare coloro che hanno agito, qualora *abbia approvato* l'operazione (art. 2331, co. 2 e 3).

Pertanto, quando siano state compiute operazioni in nome della società, la responsabilità si imputa anche ai soci che non hanno agito se hanno concorso o consentito al compimento dell'operazione: i soci potrebbero, ad esempio, aver conferito un'azienda ed avere implicitamente autorizzato l'inizio o la continuazione dell'attività prima dell'iscrizione, in tal caso divenendo responsabili illimitatamente per le obbligazioni sorte nel periodo antecedente l'iscrizione.

i soci che hanno deciso, autorizzato o consentito l'operazione

la società se ha approvato

Inoltre, per le *spese necessarie* per la costituzione della società si ritiene applicabile analogicamente la disposizione dettata per la costituzione mediante pubblica sottoscrizione, per la quale la società è tenuta a rilevare i promotori (art. 2338, co. 2).

Nel caso di *mancata iscrizione*, il sistema si ispira alle esigenze di *accelerazione* impresses alla fase di costituzione e di *certezza* dei rapporti giuridici. È significativamente breve il periodo (*novanta giorni*) decorso il quale la mancanza di iscrizione implica il diritto del sottoscrittore di ottenere il *rimborso* dei conferimenti in denaro dalla banca e l'*atto costitutivo perde efficacia* (art. 2331).

mancata iscrizione

in novanta giorni

rimborso dei conferimenti

Se la società non si costituisce la società non viene ad esistenza (arg. ex art. 2331, co. 1) e si producono solo gli effetti giuridici disposti in merito alla restituzione dei conferimenti versati e alla responsabilità verso i terzi di coloro che hanno agito in nome della società, nonché in merito al pagamento delle (iniziali) spese di costituzione con i conferimenti versati (art. 2328, n. 12). Si potrebbe ritenere esistente un diverso tipo societario e precisamente una società in nome collettivo (o società semplice in caso di attività agricola) solo nel caso in cui si sia di fatto esercitata un'attività sociale (c.d. società di fatto) imputandosi quindi le obbligazioni assunte alla società, che è responsabile con il proprio patrimonio rappresentato dai conferimenti effettuati, con la responsabilità solidale e sussidiaria di tutti i soci propria delle società di persone.

Prima dell'iscrizione nel registro è vietata l'emissione delle azioni ed esse, salvo l'offerta pubblica di sottoscrizione ai sensi dell'art. 2333, non possono costituire oggetto di una offerta al pubblico di prodotti finanziari. Ciò in quanto si è ritenuto incompatibile la partecipazione a un mercato prima che la società sia operante.

divieto di emissione delle azioni prima dell'iscrizione

7. La nullità della società per azioni.

Avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese nasce la società con l'acquisto della personalità giuridica.

Nel caso di vizi del contratto o dell'atto unilaterale di costituzione del-

la società per azioni, a tutela dei terzi con i quali la società ha operato non è applicabile la disciplina della nullità o dell'annullamento del contratto o dell'atto costitutivo.

dopo
l'iscrizione

Dopo l'iscrizione la disciplina è infatti orientata a limitare la rilevanza dei vizi della fase costitutiva in dipendenza del principio di conservazione dell'impresa sociale e di certezza dei rapporti giuridici ad essa riferibili, per tutelare l'affidamento dei terzi in relazione ai rapporti instaurati con la società.

Le cause di nullità sono quindi estremamente circoscritte e danno luogo non alla nullità con effetti retroattivi, ma allo *scioglimento della società* (art. 2332).

nullità:

La *nullità della società per azioni* può essere dichiarata solo per le seguenti cause:

mancanza di
atto pubblico;
illiceità
dell'oggetto e
mancanza di
denominazio-
ne, conferi-
menti, capitale
o oggetto

1) *mancata* stipulazione dell'atto costitutivo nella *forma dell'atto pubblico*; 2) *illiceità dell'oggetto sociale*; 3) *mancanza* nell'atto costitutivo di *ogni indicazione* riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale.

Tale rigorosa limitazione delle cause di nullità comporta che l'invalidità parziale del contratto e quindi della partecipazione sociale (ad esempio, per violenza fisica; annullabilità per incapacità o per vizi della volontà) non comporta nullità della società, quand'anche sia stata essenziale.

Dei principi della nullità restano ferme solo la imprescrittibilità dell'azione (art. 1422) e la possibilità che questa sia fatta valere da chiunque vi abbia interesse e sia rilevata di ufficio dal giudice (art. 1421).

eliminazione
della causa
di nullità

Diversamente che per la nullità contrattuale e in coerenza con le finalità di conservazione dell'ente è prevista la *sanatoria* della nullità: la nullità non può essere dichiarata *quando la causa* di essa è *stata eliminata* e di tale eliminazione è stata data pubblicità attraverso l'iscrizione *nel registro delle imprese*.

conversione
della nullità in
scioglimento
della società

Inoltre, ai fini della tutela dei terzi che abbiano avuto rapporti con la società, la nullità si converte nello *scioglimento della società*. Questa, con il passaggio in cosa giudicata della sentenza che dichiara la nullità, entra in fase di *liquidazione*. Quindi la dichiarazione di nullità *non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti* in nome della società iscritta. La protezione dei terzi è significativa, in quanto essi sono tutelati anche se fossero a conoscenza della causa di nullità della società.

efficacia degli
atti compiuti

non liberazione
dai conferi-
menti

Nella medesima prospettiva, la dichiarazione di nullità *non libera i soci dall'obbligo dei conferimenti* fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali.