

**CIRCOLARE n. 1/2004**  
**RISERVATA AI CLIENTI E AI CORRISPONDENTI DELLO**  
**STUDIO GHIDINI, GIRINO & ASSOCIATI**

[www.ghidini-associati.it](http://www.ghidini-associati.it)

*(N.B. La presente circolare è meramente informativa e non costituisce parere)*

**NUOVA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ**  
**Entrata in vigore progressiva**  
**Aggiornamento della Circolare 1/2003**

***Decreto Legislativo 6 febbraio 2004 n. 37 - Modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003, recanti la riforma del diritto societario, nonché al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo n. 385 del 1° settembre 1993, e al testo unico dell'intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998.***

***(pubblicato sul Supplemento ordinario n. 24 alla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale - n. 37 del 14.02.2004)***

Il Decreto Legislativo n. 6.2.2004 n. 37, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio scorso, ha introdotto numerosi ritocchi alla disciplina delle società di capitali già modificata con il d. lgs. N.6/2003.

Le modifiche hanno per lo più riguardato ritocchi di ordine eminentemente tecnico, raccordi fra disposizioni, precisazioni e sistemazioni di precedenti sviste o inesattezze. Le nuove disposizioni sono in vigore da ieri, 29 febbraio 2004.

Per quanto attiene invece alla disciplina transitoria (su di che cfr. la Circolare dello Studio n. 1/2004), la disposizione di maggior rilievo è la modifica del secondo comma dell'art. 223/bis e l'introduzione di un terzo comma che rimpiazza il vecchio testo del precedente comma secondo. In definitiva il nuovo art. 223/bis commi 2° e 3° oggi così recita:

***Le decisioni di trasformazione delle società a responsabilità limitata in società per azioni possono essere prese entro il 30 settembre 2004, anche in deroga a clausole statutarie, con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti più della metà del capitale.***

***Le deliberazioni dell'assemblea straordinaria di mero adattamento dell'atto costitutivo e dello***

*statuto a nuove disposizioni inderogabili possono essere assunte, entro il termine di cui al primo comma, a maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata in assemblea. Con la medesima maggioranza ed entro il medesimo termine possono essere assunte le deliberazioni dell'assemblea straordinaria aventi ad oggetto l'introduzione nello statuto di clausole che escludono l'applicazione di nuove disposizioni di legge, derogabili con specifica clausola statutaria; fino alla avvenuta adozione della modifica statutaria e comunque non oltre il 30 settembre 2004, per tali società resta in vigore la relativa disciplina statutaria e di legge vigente alla data del 31 dicembre 2003*

Il nuovo testo suggerisce alcune riflessioni ed evoca qualche dubbio applicativo.

#### **A) Trasformazione di s.r.l. in S.p.A.**

Il nuovo secondo comma non pone particolari problemi interpretativi, limitandosi a sancire la trasformabilità di una s.r.l. in una S.p.A., entro il 30 settembre 2004, con un quorum deliberativo inferiore a quello usualmente richiesto per una straordinaria: è infatti sufficiente una maggioranza pari al 50% + 1 del capitale sociale.

Tale minor quorum opera “*anche in deroga a clausole statutarie*”. Tanto significa, senza veramente alcuna ombra di dubbio, che quand’anche lo statuto di una s.r.l. preveda una maggioranza qualificata per le delibere di straordinaria, la trasformazione in S.p.A. sarà possibile con il solo voto favorevole di una maggioranza semplice, calcolata tuttavia pur sempre sul capitale sociale e non già sul capitale intervenuto (50 + 1 del capitale).

La norma persegue l’evidente fine di assicurare lo svecchiamento di enti societari ormai maturi per il passaggio a forme organizzative più complesse senza obbligare le maggioranze a doversi misurare con ostruzionistiche resistenze delle minoranze. L’interesse sociale viene chiaramente privilegiato rispetto all’interesse particolare del socio.

#### **B) Mero adattamento tecnico degli statuti**

Discorso analogo vale per la prima parte del terzo comma. Vi si contemplan le modifiche, da adottarsi sempre entro il 30 settembre 2004, di mero adattamento degli statuti e degli atti costitutivi a disposizioni inderogabili dettate dalla nuova normativa. Le modifiche in tal caso possono assumersi a maggioranza semplice qualunque sia la parte di capitale intervenuta. Dunque, l’assemblea straordinaria di una società che non preveda maggioranze specifiche risulterà validamente costituita con la presenza del 50 + 1 del capitale (arg. ex art. 2368 c.c.) e la deliberazione potrà essere assunta con maggioranza semplice dei presenti, dunque 25 + 1.

Anche in questo caso è evidente l’intento del legislatore di privilegiare l’efficienza e la tempestività della modifica rispetto ad azioni di mero intralcio e disturbo da parte delle minoranze.

#### **C) Clausole che escludano disposizioni derogabili**

Discorso più complesso deve svolgersi invece per la seconda parte del terzo comma. Quest’ultima dispone infatti che con le stesse maggioranze dianzi enunciate (maggioranza semplice qualunque sia la parte di capitale intervenuta) possano adottarsi le modifiche consistenti nell’introduzione di clausole che derogano a norme di legge derogabili appunto in via statutaria.

Rispetto alla precedente versione del comma 2° dell’art. 223/bis – che ammetteva la

sufficienza di una maggioranza semplice per l'adeguamento a norme anche non inderogabili – il tenore del comma attuale restringe sensibilmente l'ambito di applicazione del regime deliberativo agevolato. In concreto, la norma sembra voler stabilire che con la maggioranza semplice possano approvarsi solo quelle modifiche che assicurino la non applicazione di una disposizione di legge derogabile, mentre l'antecedente versione, alludendo genericamente agli adattamenti a disposizioni anche non inderogabili, poteva consentire il ricorso alla maggioranza semplificata per tutte quelle variazioni che potessero comportare anche una modifica in positivo della disciplina legislativa. Oggi invece tale ricorso è ammesso solo per le clausole che escludano puramente e semplicemente l'applicazione di norme di legge derogabili. Viceversa, l'adozione di modifiche che escludano l'applicazione di norme derogabili ma nel contempo dettino una disciplina positiva alternativa, sembrerebbe potersi deliberare solo con le ordinarie maggioranze di straordinaria ovvero, se esistenti, con le più elevate maggioranze qualificate previste dallo statuto.

Il fine della norma sembrerebbe coincidere con l'obiettivo di impedire che l'adeguamento statutario possa tradursi anche in un veicolo improprio di alterazione del precedente assetto societario.

#### **D) “Doppia velocità” della nuova disciplina**

Ancor più complessa si rivela poi la portata dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 223/bis, là dove si stabilisce che, sino all'adozione della modifica ma comunque non oltre il 30 settembre 2004, resti in vigore la precedente disciplina statutaria nonché la legge vigente al 31 dicembre 2003, ossia la legge anteriore alla riforma del codice.

In altri termini, sino all'intervenuta modifica e comunque sino al 30 settembre 2004, le società che non abbiano adeguato i loro statuti vedranno non solo applicarsi la disciplina statutaria pregressa ma anche la disciplina legislativa anteriore.

Ci si può domandare se tanto equivalga ad ammettere che, nella sostanza, le società possano ritardare di otto mesi l'applicazione del nuovo codice.

Secondo le interpretazioni che vanno formandosi in questi giorni, non parrebbe questa la soluzione. In effetti l'ultima parte del comma in parola è separata da un punto e virgola dalla prima parte (cfr. *supra* § C). Dunque, in realtà, la “doppia velocità” varrebbe solo per quelle disposizioni statutarie non ancora modificate e la cui modifica possa portare all'esclusione di una norma di legge derogabile. Ciò implicherebbe dunque di ridefinire la disciplina transitoria nei seguenti termini:

- a) le norme di legge inderogabili (dunque non soggette all'autonomia statutaria) troverebbero comunque applicazione immediata (per l'esattezza dal 1 gennaio 2004) indipendentemente dall'adozione nello statuto;
- b) le norme di legge derogabili sostitutive delle anteriori norme, di cui gli statuti attuali escludessero l'applicazione, non troverebbero applicazione, applicandosi invece le norme del codice anteriore e operando l'esclusione statutaria attuale;
- c) le norme di legge che regolamentino aspetti anteriormente non disciplinati né dal codice né dagli statuti, troverebbero comunque applicazione.

A nostro avviso, tale interpretazione, oltre ad introdurre una seria complicazione dal punto di vista applicativo, sembra tuttavia incoerente con il disposto del 1° comma dell'art. 223/bis (non modificato dal decreto correttivo 37/2004). Tale comma prevede

infatti che l'adeguamento alle disposizioni inderogabili deve aver luogo entro il 30 settembre 2004. A sua volta, il (già 4°, ora) 5° comma dello stesso articolo aggiunge si premura di precisa che, fino alla stessa data, *“le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto”*. Ma se la legge consente per tale via un adeguamento ritardato sino a tale data delle disposizioni inderogabili, allora non avrebbe senso ammettere che le norme inderogabili cui lo statuto non si sia adeguato entro quel termine si applichino comunque. Coerente diverrebbe invece il quadro ove il riferimento contenuto nell'ultima parte del nuovo terzo comma dell'art. 223/bis venisse esteso, malgrado l'infelice punteggiatura impiegata, a tutte le disposizioni, inderogabili o derogabili previste dalla nuova disciplina. Il quadro, a nostro avviso, dovrebbe essere così ridisegnato:

- a) le nuove norme, derogabili o inderogabili, contrastate dagli statuti attuali non si applicheranno sino al 30 settembre 2004, salva la facoltà delle società di adottarli anticipatamente;
- b) le nuove norme inderogabili, relative a temi che non trovano disciplina negli statuti attuali e che di per sé non necessitano di un adeguamento specifico (caso tipico il recesso ex artt. 2437 e 2473 c.c.), si applicano invece con efficacia dal 1 gennaio scorso.

Milano, 1 marzo 2004

**STUDIO GHIDINI, GIRINO E ASSOCIATI**

Via S. Sofia 12 - 20122 Milano (Italia)

Tel. 0258300433 Fax 0258301508

URL: [www.ghidini-associati.it](http://www.ghidini-associati.it)