

Orientamenti notarili in materia societaria

A cura di

Commissione massime societarie
del Consiglio Notarile di **Milano**

notaio Manuela Agostini
notaio Massimo Caspani
notaio Domenico de Stefano
notaio Carlo Marchetti
Prof. Piergaetano Marchetti
notaio Antonio Marsala
notaio Luigi Augusto Misericocchi
notaio Mario Notari
notaio Giuseppe A. Rescio
notaio Filippo Zabban

INDICE

Massima n. 123. Sindaco unico e collegio sindacale (artt. 2397, comma 3, e 2477 c.c.) [6 dicembre 2011]

Massima n. 124. Organo di controllo e revisione legale dei conti nella s.r.l. (art. 2477 c.c. modificato dal d.l. 5/2012) [3 aprile 2012]

Massima n. 125. Aumento di capitale e compensazione di crediti (artt. 2342, 2343, 2343-ter e 2465 c.c.) [5 marzo 2013]

Massima n. 126. Ripartizione non proporzionale del corrispettivo di vendita o di riscatto di partecipazioni sociali (artt. 2348 e 2468 c.c.) [5 marzo 2013]

Massima n. 127. Limiti di ammissibilità di clausole convenzionali nella s.r.l. semplificata (art. 2463-bis c.c.) [5 marzo 2013]

Massima n. 128. Requisiti soggettivi e partecipazioni in s.r.l. semplificata (art. 2463-bis c.c.) [5 marzo 2013]

Massima n. 129. Requisiti soggettivi e partecipazioni in s.r.l. a capitale ridotto (art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

Massima n. 130. Ambito di applicazione dell'obbligo di integrale versamento dei conferimenti in denaro e del divieto di conferimenti diversi dal denaro, nella s.r.l. semplificata e nella s.r.l. a capitale ridotto (art. 2463-bis c.c. e art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

Massima n. 131. La disciplina del capitale sociale in caso di perdite, nella s.r.l. semplificata e nella s.r.l. a capitale ridotto (art. 2463-bis c.c. e art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

Massima n. 132. Modificazioni statutarie e "trasformazione" di s.r.l. semplificata e s.r.l. a capitale ridotto (art. 2463-bis e art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

Massima n. 133. Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.p.a. (artt. 2368, 2369, c.c.) [17 settembre 2013]

Massima n. 134. Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.r.l. (art. 2479 bis c.c.) [17 settembre 2013]

Massima n. 135. Rilevanza delle astensioni e derogabilità del quorum consiliare nelle s.p.a. e nelle s.r.l. (artt. 2388 - 2475 c.c.) [17 settembre 2013]

Massima n. 136. Azioni a voto contingentato o scaglionato (art. 2351 c.c.) [13 maggio 2014]

Massima n. 137. Rinuncia alla situazione patrimoniale nelle fusioni di società neo-costituite, nelle fusioni con indebitamento e nelle fusioni transfrontaliere (artt. 2501-quater, comma 3, 2501-quinquies, comma 3 e 2501-bis c.c.; art. 4, comma 1, d.lgs. 108/2008) [13 maggio 2014]

Massima n. 138. Voto non proporzionale nelle s.r.l. (art. 2479, comma 5, c.c.) [13 maggio 2014]

Massima n. 139. Obbligazioni che danno diritto di acquisire ovvero sottoscrivere azioni (art. 2412, comma 5, c.c.) [28 ottobre 2014]

Massima n. 140. Fusione e scissione transfrontaliera con incorporante o beneficiaria extra UE, la cui legge non prevede l'atto di fusione o di scissione (art. 2504 c.c.; artt. 2, 4 e 12 d.lgs. 108/2008; art. 25, comma 3. l. 218/1995) [28 ottobre 2014]

Massima n. 141. Assemblea totalitaria in luogo diverso rispetto a quello previsto dalla legge o dallo statuto (artt. 2363, 2366, 2479-bis c.c.) [28 ottobre 2014]

MASSIMA N. 123 - Sindaco unico e collegio sindacale

Il nuovo testo dell'art. 2477 c.c., come modificato dall'art. 14, comma 13, della legge 183/2011, in vigore dal giorno 1 gennaio 2012, non rende illegittime le clausole statutarie - sia preesistenti che di nuova introduzione - che prevedono la natura collegiale e non unipersonale dell'organo di controllo di s.r.l.. I collegi sindacali in carica nel momento di entrata in vigore della norma ora citata, pertanto, non cessano dalla propria carica per effetto della modifica legislativa.

Le clausole statutarie di s.r.l., presenti in statuti in vigore alla data del 31 dicembre 2011, che prevedono solo la composizione collegiale dell'organo di controllo - in ossequio alla disciplina vigente sino a tale data - non impediscono la nomina del sindaco unico, ai sensi del novellato art. 2477 c.c., la cui disciplina deve intendersi integrativa delle regole statutarie che nella sostanza si limitavano a recepire le norme in vigore al momento della loro approvazione. Sono fatte salve le ipotesi in cui la composizione collegiale dell'organo, in base al complessivo contenuto dello statuto, sia il risultato di un'apposita scelta convenzionale dei soci (come è, a titolo di esempio, nel caso in cui la nomina di uno o più sindaci costituisca oggetto di un diritto particolare, ai sensi dell'art. 2468 c.c., o nelle ipotesi in cui la nomina dell'organo debba avvenire col sistema del voto di lista).

Nei casi in cui sia prevista la nomina di un sindaco unico - in forza della disciplina legale di cui al novellato art. 2477 c.c. in tema di s.r.l. ovvero in forza di apposita clausola statutaria di s.p.a. ai sensi del novellato art. 2397 c.c. - non trova applicazione la figura dei sindaci supplenti. Pertanto, non è necessario che la loro nomina sia prevista dallo statuto, né disposta dall'assemblea in sede di nomina del sindaco unico.

MOTIVAZIONE

1. - L'art. 14, comma 13, l. 183/2011 - recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)* - ha introdotto alcune significative novità in tema di collegio sindacale delle s.r.l. e delle s.p.a. In ordine alle prime, il nuovo art. 2477 c.c., ora rubricato *Sindaco e revisione legale dei conti*, così dispone: «L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, la nomina di un sindaco o di un revisore.

La nomina del sindaco è obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni.

La nomina del sindaco è altresì obbligatoria se la società:

- a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
- b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;
- c) per due esercizi consecutivi ha superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis.

L'obbligo di nomina del sindaco di cui alla lettera c) del terzo comma cessa se, per due esercizi consecutivi, i predetti limiti non vengono superati.

Nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l'atto costitutivo non dispone diversamente, la revisione legale dei conti è esercitata dal sindaco. L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al secondo e terzo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina del sindaco. Se l'assemblea non provvede, alla nomina provvede il tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato». In ordine alle seconde, invece, è stato introdotto un nuovo comma in calce all'art. 2397 c.c., del seguente tenore letterale: «Per le società aventi ricavi o patrimonio netto inferiori a 1 milione di euro lo statuto può prevedere che l'organo di controllo sia composto da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro» La massima in epigrafe prende in considerazione alcuni dei più significativi interrogativi interpretativi che riguardano, con specifico riferimento a quanto di rilevanza per l'attività notarile in sede di verifica di legittimità degli atti societari, la nuova disciplina della s.r.l. (e solo marginalmente quella della s.p.a.).

2. - La prima questione concerne la natura - dispositiva piuttosto che inderogabile - delle nuove disposizioni contenute nell'art. 2477 c.c., nella parte in cui prevedono esclusivamente il sindaco unico in luogo del collegio sindacale. Si pone in altre parole l'interrogativo se, una volta entrata in vigore la nuova disciplina, siano legittime le

clausole statutarie, sia preesistenti che di nuova introduzione, le quali prevedano il collegio sindacale anziché il sindaco unico, ovvero sia l'una che l'altra composizione dell'organo di controllo.

A favore della tesi restrittiva, nel senso della inderogabilità della nuova disposizione, milita anzitutto il tenore letterale dell'art. 2477 c.c., che non sembra lasciare alternativa alcuna all'autonomia statutaria. Nel medesimo senso, inoltre, si potrebbe ritenere che la materia della struttura e della composizione degli organi sociali con rilevanza esterna sia sottratta alla libertà negoziale delle parti, in quanto soggetta ad una sorta di riserva di legge, la quale può semmai indicare gli spazi di "manovra" concessi alle parti.

Né l'una, né l'altra argomentazione, tuttavia, paiono decisive. Non la prima, giacché sul piano letterale la disciplina delle s.r.l. mantiene ulteriori riferimenti al collegio sindacale, i quali - pur essendo evidentemente frutto di una frettolosa modifica legislativa e di un difetto di coordinamento - dimostrano comunque lo scarso peso che può essere attribuito al mero dato letterale per risolvere la questione della natura derogabile o inderogabile della nuova norma.

Nemmeno la seconda, a ben vedere, risulta pienamente convincente. Se è vero che le funzioni di controllo delle s.r.l., al pari delle altre società di capitali, non possono certo essere affidate a organi liberamente strutturati e composti in base alla libera fantasia dei soci, è pur vero che l'alternativa che qui si considera rimane comunque nel "solco" della struttura corporativa delineata dal legislatore per le società di capitali. Ciò che nella massima si afferma, infatti, è la facoltà dell'autonomia statutaria di adottare - non già una qualsiasi struttura dell'organo di controllo - bensì la struttura collegiale prevista e disciplinata per la s.p.a., al pari di quanto disponeva il codice civile per tutte le s.r.l. sino alla norma recentemente introdotta.

Per affermare la natura inderogabile della nuova disciplina, invero, occorrerebbe individuare un interesse generale, non disponibile per la compagine sociale, volto ad impedire che una s.r.l. si doti di un organo interno di controllo di gestione e di revisione contabile (ove quest'ultima non sia affidata al revisore) che sia formato da tre sindaci, anziché uno solo. E si tratta di una soluzione, che, pur in un quadro volto alla semplificazione e alla riduzione dei costi, non sembra francamente sostenibile *come scelta imperativa e cogente per i soci*, anche nei casi essi siano disposti a sopportare i costi eventualmente maggiori derivanti dalla struttura collegiale dell'organo di controllo.

Il primo corollario della qualificazione *derogabile* della norma - nella parte in cui prevede il sindaco unico anziché il collegio sindacale - concerne la sorte delle clausole che (plausibilmente) in tutti gli statuti delle s.r.l. già esistenti alla data di emanazione della legge in questione prevedono la nomina, vuoi facoltativa, vuoi obbligatoria, di un collegio sindacale a immagine e somiglianza di quello disciplinato per le s.p.a.. Tali clausole, stante quanto sopra affermato, *rimangono valide* anche dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 2477 c.c. e conseguentemente *continuano a disciplinare i collegi sindacali già in carica in tale momento*, il cui mandato dovrà pertanto ritenersi perdurante sino all'originaria durata, salva ogni eventuale legittima successiva causa di cessazione.

3. - Accertati, dunque, i motivi per i quali la novella non impedisce il mantenimento, in conformità di idonea previsione statutaria, della struttura collegiale dell'organo di controllo, appare opportuno verificare se, in presenza di tale clausola statutaria, inserita durante il regime vigente fino al 31 dicembre 2011, sia comunque possibile nominare il sindaco unico *oppure sia a tal fine necessario modificare preventivamente lo statuto*, prevedendo anche (o solo) la figura del sindaco unico, in conformità al nuovo art. 2477 c.c.

La prima soluzione appare preferibile tutte le volte in cui la clausola statutaria sia atteggiata nel senso di riprodurre o recepire le norme di legge in vigore al momento della sua approvazione. In tali circostanze, infatti, sembra potersi ritenere che la novella integri - e non abroghi, come sopra si è già indicato - un simile regime statutario, con l'effetto di consentire ai soci di esercitare una scelta fra il collegio e il sindaco unico, senza necessariamente dover intervenire in via preventiva sullo statuto. Una diversa conclusione ridurrebbe in modo drastico l'efficacia e la portata innovativa del nuovo art. 2477 c.c., e non appare supportata - come invece avviene

espressamente nella nuova stesura dell'art. 2397 c.c., in relazione alla opzione per il sindaco unico, nella s.p.a. - dalla previsione di una necessaria indicazione statutaria. Quanto sopra affermato equivale a dire che, per effetto del nuovo art. 2477 c.c., il nuovo regime dispositivo diviene quello del sindaco unico, per tutte le s.r.l. preesistenti i cui statuti non mostrino alcuna specifica volontà che possa ritenersi *contraria* al nuovo regime dispositivo. Le regole legali di *default*, pertanto, vanno ad integrare le regole che disciplinano l'organizzazione societaria, prevedendo la nuova forma unipersonale dell'organo di controllo a fianco di quella collegiale prevista dalle clausole statutarie che riproducevano tralattivamente il previgente sistema legale. Diverso appare, invece, il caso delle clausole statutarie che, nel prevedere la struttura collegiale dell'organo, rivelino l'esistenza di specifici interessi dei soci in relazione alla composizione pluripersonale, essenzialmente a ragione delle modalità di nomina dei membri del collegio. Queste modalità, di norma, si attecchiscono a diritti delle minoranze, e trovano attuazione nella previsione di diritti particolari, ai sensi dell'articolo 2468 c.c., ovvero si realizzano nella presenza di sistemi di nomina dei sindaci mediante il voto di lista, che consentono la designazione di un sindaco anche ad una parte minoritaria della compagine sociale.

L'evidente sussistenza, in questi casi, di una apposita scelta convenzionale dei soci (scelta tuttora legittima secondo quanto si è in precedenza affermato), non consente di ritenere possibile il sostanziale sacrificio, che si determinerebbe con la possibilità di nomina del sindaco unico, avuto riguardo a principi di evidente tutela delle regole di governo originariamente pattuite fra i soci. Regole di governo normalmente "protette" dalla previsione di elevati *quorum* deliberativi per la loro modifica o addirittura - nel caso dei diritti particolari - dalla previsione legale dell'unanimità dei consensi. Ne consegue, pertanto, che in siffatte ipotesi il nuovo regime dispositivo contenuto nell'art. 2477 c.c. deve ritenersi sin dall'inizio - ossia sin dalla sua entrata in vigore - derogato dalle clausole statutarie preesistenti, che evidenziano una volontà ad esso *contraria*.

4. - La massima non prende invece espressamente posizione sulla ulteriore e diversa questione, concernente la sussistenza di un *obbligo legale*, anche per le s.r.l., di dotarsi di un collegio sindacale, anziché di un sindaco unico, ogni qual volta *non* sussistano le situazioni economiche che, nella s.p.a., consentono la nomina di un sindaco unico (sempreché ciò sia previsto dallo statuto con un'apposita clausola statutaria di *opt in*). E ciò in quanto, a ben vedere, la soluzione di tale quesito interpretativo, che appare quanto meno incerta, non incide direttamente sulla legittimità delle clausole statutarie delle s.r.l., né per quanto concerne le società preesistenti (le quali, come si è detto, potranno mantenere inalterato lo statuto pur avvalendosi della facoltà di nomina di un sindaco unico, allo scadere del mandato del collegio attualmente in carica), né per quanto concerne le s.r.l. di nuova costituzione o quelle che adottano una nuova versione dello statuto su tali materie.

Infatti, se dovesse ritenersi fondata la tesi della *insussistenza* dell'obbligo del collegio sindacale (anziché del sindaco unico) per le società con ricavi e patrimonio netto superiore a un milione di euro, *nulla questio*. Se invece dovesse ritenersi corretta la tesi opposta, argomentando sul rinvio operato dall'art. 2477, comma 5, c.c. (a mente del quale: "nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni"), siffatto obbligo legale avrebbe natura imperativa e si applicherebbe direttamente e in ogni caso, anche in mancanza di espressa previsione statutaria. Né, del resto, potrebbe sindacarsi della legittimità di una clausola statutaria, introdotta nello statuto di una s.r.l. *dopo* il 31 dicembre 2011, che si limitasse a riprodurre testualmente o nella sostanza il dispositivo del nuovo art. 2477 c.c., prevedendo così unicamente il sindaco unico. Potrà semmai valutarsi l'opportunità, per tener in considerazione le eventuali diverse interpretazioni delle questioni anzidette, di far salva una eventuale diversa composizione e struttura dell'organo di controllo, nei casi previsti dalla legge tempo per tempo vigente, oppure adottare tecniche redazionali sufficientemente ampie sotto il profilo qui considerato.

5. - L'ultimo punto preso in considerazione dalla massima, infine, concerne la figura del o dei *sindaci supplenti*. Pare assolutamente convincente la tesi, qui affermata, che ritiene inapplicabili all'organo di controllo monocratico le norme dettate in relazione ai sindaci supplenti in caso di organo collegiale. La semplicità che contraddistingue la

nuova forma dell'organo di controllo - e ciò sia per la s.r.l. che per la s.p.a., ove consentito - appare incompatibile con l'applicazione analogica del complesso meccanismo di nomina preventiva e di automatica sostituzione del sindaco cessato per qualsiasi motivo. Non mancano del resto, anche nella disciplina della s.p.a. (ad esempio nel sistema monistico), fattispecie nelle quali la cessazione del o dei membri ai quali è affidata la funzione di controllo sia priva di un meccanismo di automatica sostituzione, bensì necessiti una nuova nomina da parte della compagine sociale. A maggior ragione, pertanto, ciò può considerarsi fisiologico nei modelli organizzativi più "semplici" (quali le s.r.l.) e meno rilevanti economicamente (quali le s.p.a. con ricavi o patrimonio netto inferiori a un milione di euro).

La presente Massima n. 123 è stata sostituita dalla Massima n. 124 del 3 aprile 2012, in seguito all'emanazione della legge 35/2012 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 5/2012.

MASSIMA N. 124 - Organo di controllo e revisione legale dei conti nella s.r.l. (art. 2477 c.c., modificato dal d.l. 5/2012) [3 aprile 2012]

In base all'attuale formulazione dell'art. 2477 c.c. - come da ultimo modificato dall'art. 35 d.l. 5/2012, convertito dalla legge 35/2012, in vigore dal giorno 10 febbraio 2012 - il regime legale dei controlli nella s.r.l., in mancanza di diverse previsioni statutarie, è da intendersi nel senso che sia la funzione di controllo di gestione (ex art. 2403 c.c.) sia la funzione di revisione legale dei conti (ex art. 14 d.lgs. 39/2010) sono attribuite ad un unico organo monocratico, genericamente individuato con la locuzione "organo di controllo o revisore".

Si ritiene che l'organo monocratico investito della funzione di controllo e della funzione di revisione possa essere sia un revisore legale dei conti persona fisica, sia una società di revisione legale, iscritti nell'apposito registro. E' pertanto legittima la clausola statutaria che espressamente preveda tale facoltà.

L'autonomia statutaria, rispetto a quanto disposto dal regime legale, può inoltre prevedere le seguenti "varianti" convenzionali:

(a) può prevedere che le funzioni di controllo e di revisione siano svolte anche in via facoltativa, fuori dai casi in cui esse sono obbligatorie per legge, oppure può renderle obbligatorie anche oltre a tale ambito;

(b) può prevedere che le funzioni di controllo e di revisione, anziché ad un organo monocratico, siano affidate a un organo collegiale (collegio sindacale), per la composizione e il funzionamento del quale si applicano le norme dettate in tema di s.p.a.;

(c) può prevedere che le funzioni di controllo e di revisione, anziché cumulativamente al medesimo organo, siano affidate separatamente, attribuendo, da un lato, la funzione di controllo all'organo di controllo (sindaco unico o collegio sindacale), e, dall'altro, la funzione di revisione ad un revisore (persona fisica o società di revisione);

(d) può prevedere che le scelte di cui ai due punti precedenti siano effettuate di volta in volta con decisione dei soci, senza modificazione statutaria.

La nuova formulazione del primo comma dell'art. 2477 c.c., là dove stabilisce che "Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo", impone un esame caso per caso degli statuti sociali, al fine di verificare se debba intendersi derogato il regime legale, impedendo così la nomina di un organo monocratico in mancanza di una preventiva modificazione dello statuto.

MOTIVAZIONE

1. - L'art. 35, d.l. 5/2012, convertito dalla legge 35/2012, ha modificato per la seconda volta, nello spazio di qualche mese, la disciplina del collegio sindacale e dei controlli nelle s.r.l. e nelle s.p.a., la cui novella di fine 2011 - ad opera dell'art. 14, comma 13, l. 183/2011- era stata oggetto di interpretazione nella precedente massima n. 123, che viene pertanto sostituita dalla presente.

In ordine alle s.r.l., il nuovo art. 2477 c.c., rubricato *Sindaco e revisione legale dei conti*, così dispone:

«[1] L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore. Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo.

[2] La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni.

[3] La nomina dell'organo di controllo o del revisore è altresì obbligatoria se la società:

a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

c) per due esercizi consecutivi ha superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-*bis*.

[4] L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa se, per due esercizi consecutivi, i predetti limiti non vengono superati.

[5] Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni.

[6] L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al secondo e terzo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina dell'organo di controllo o del revisore. Se l'assemblea non provvede, alla nomina provvede il tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato» (*numerazione aggiunta*).

In ordine alle s.p.a., invece, è stato abrogato l'ultimo comma dell'art. 2397 c.c., introdotto *ex novo* dalla legge 183/2011, che aveva il seguente tenore letterale: «Per le società aventi ricavi o patrimonio netto inferiori a 1 milione di euro lo statuto può prevedere che l'organo di controllo sia composto da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro». La norma, pertanto, è stata in vigore dal giorno 1 gennaio 2012 (entrata in vigore della legge 183/2011) al giorno 7 aprile 2010 (entrata in vigore della legge 35/2012, che ha convertito il d.l. 5/2012, prevedendo, in sede di conversione, l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 2397 c.c.).

2. - Il sistema dei controlli nella s.r.l. mantiene la medesima impostazione anche dopo l'ultima novella legislativa. La disciplina generale, applicabile in via di principio a tutte le s.r.l., non contempla alcuna funzione di controllo, né per quanto riguarda il controllo di cui all'art. 2403 c.c. (che per brevità chiameremo "controllo di gestione"), né per quanto riguarda la revisione legale dei conti ai sensi dell'art. 2409-*bis* c.c. e dell'art. 14 d.lgs. 39/2010. Solo per le s.r.l. che presentano le caratteristiche descritte dal secondo e dal terzo comma dell'art. 2477 c.c. - rimaste invariate anche nell'ultima versione della norma - diviene *obbligatoria* l'attivazione delle funzioni di controllo.

La novità che si riscontra nel testo attualmente in vigore dell'art. 2477 c.c. consiste invero nell'obbligo scaturente dal ricorrere delle condizioni ora ricordate, che ha ora ad oggetto "la nomina *dell'organo di controllo o del revisore*". L'obbligo della nomina è preceduto dal nuovo primo comma, in forza del quale lo statuto, nel prevedere (in via facoltativa) la nomina di un organo di controllo o di un revisore, ne determina "*le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti*", con l'ulteriore precisazione che, se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da "*un solo membro effettivo*". A ciò si aggiunge il disposto del successivo quinto comma, a mente del quale "*nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni*".

Su queste basi occorre pertanto ricostruire il *regime legale* dei controlli nella s.r.l., come tale applicabile anche in mancanza di alcuna clausola statutaria che disciplini tale aspetto.

Se possono dirsi sufficientemente chiari i *presupposti* che rendono obbligatori i controlli, altrettanto non può dirsi per le *funzioni* di controllo che devono essere svolte allorché siano verificati tali presupposti. In particolare, non è agevole stabilire con certezza quali siano i compiti dell'*organo di controllo* o del *revisore*, la cui nomina costituirebbe un'alternativa rimessa alla società anche nelle ipotesi di controllo obbligatorio. Per un verso, le funzioni dell'organo di controllo - che nel regime legale è rappresentato dal c.d. "sindaco unico" - dovrebbero ricavarci, in virtù dell'espresso

rinvio poc'anzi ricordato, dall'art. 2403 c.c., il quale stabilisce le funzioni dell'organo di controllo nella s.p.a., *senza attribuire al medesimo la revisione legale dei conti*. Per altro verso, le funzioni del revisore, pur in mancanza di alcun esplicito rinvio, dovrebbero ricavarsi dal d.lgs. 39/2010 (in particolare dall'art. 14), che contiene la disciplina generale della revisione legale dei conti.

Detto ciò, si possono astrattamente configurare (almeno) tre diverse opzioni ricostruttive: (i) la prima di esse fa leva esclusivamente sul tenore letterale delle norme sin qui richiamate: la nomina del sindaco unico o del revisore è alternativa, così come *alternative sono le loro funzioni*, nel senso che, se viene nominato un sindaco unico, ad esso compete esclusivamente il controllo di gestione di cui all'art. 2403 c.c., mentre, se viene nominato un revisore, ad esso spetta unicamente la revisione legale dei conti ai sensi del d.lgs. 39/2010; (ii) la seconda tesi interpretativa, invece, ferma restando l'alternatività della nomina, interviene sulle *funzioni del sindaco unico*, attribuendogli non solo il controllo di gestione, tramite il rinvio operato dall'art. 2477, comma 5, c.c., bensì anche la revisione legale dei conti, rendendo obbligatorio ciò che nel collegio sindacale della s.p.a. è solo eventuale, facoltativo e subordinato ad un'espressa clausola statutaria, ai sensi dell'art. 2409-bis, comma 2, c.c.; (iii) la terza opzione, infine, è nel senso di ritenere *equivalenti le funzioni del sindaco unico* (che deve necessariamente essere iscritto nel registro dei revisori) *e del revisore*, attribuendo all'uno e all'altro sia il controllo di gestione ai sensi dell'art. 2403 c.c., sia la revisione legale dei conti ai sensi del d.lgs. 39/2010.

A favore della tesi da ultimo esposta - accolta dalla massima in epigrafe, pur in un quadro di indubbia e oggettiva incertezza - militano diversi argomenti. Il tenore letterale del primo comma dell'art. 2477 c.c., anzitutto, lascia pensare ad un organo monocratico che, al di là della denominazione (in tal senso utilizzata promiscuamente anche dal legislatore), abbia e possa avere ampi poteri di controllo "*ivi compresa la revisione legale dei conti*": la norma è infatti riferita sia all'organo di controllo sia al revisore, di guisa da poter ritenere che i poteri dell'uno e dell'altro possano contemplare tanto il controllo di gestione, quanto la revisione legale dei conti (che per l'appunto è "*ivi compresa*").

Dal punto di vista funzionale, inoltre, non è facile dare una spiegazione razionale ad un sistema che - nelle ipotesi di controllo *obbligatorio* - ritenga idonea e sufficiente *l'una o l'altra funzione di controllo*, a scelta della società, sebbene esse abbiano contenuti e finalità ben diversi tra loro, certamente complementari e non già alternativi. Ciò diviene ancor più difficilmente spiegabile allorché si pone mente al fatto che tale regime alternativo e discrezionale riguarderebbe un novero comunque ristretto di s.r.l., inferiore al 5% del numero totale delle s.r.l. ed *inferiore anche al numero complessivo delle s.p.a.*

In presenza dei presupposti che rendono *obbligatori* i controlli anche nella s.r.l., in altre parole, non si giustifica la facoltà di una scelta *discrezionale* da parte della società, nel senso di attivare alternativamente l'una e non l'altra funzione di controllo, in base ad una scelta che, oltretutto, potrebbe anche essere mutevole da un triennio all'altro. Un così radicale mutamento nel sistema dei controlli obbligatori delle società di capitali, del resto, risulterebbe difficilmente argomentabile sulla base della (comunque non inequivoca) formulazione della nuova norma, dovendosi invero dar rilievo a canoni interpretativi di natura sistematica e funzionale, che inducono ad attribuirle il significato descritto nella terza delle tesi sopra esposte.

Anche la tesi *sub (ii)*, del resto, ricostruisce il regime legale dei controlli della s.r.l. in modo diverso da quanto sembrerebbe risultare dalla lettera della legge. Essa infatti finisce per attribuire all'organo di controllo - ossia al *sindaco unico*, in mancanza di diversa previsione statutaria - una funzione che dalla legge non deriva espressamente. Se infatti è vero che il collegio sindacale nel regime legale della s.p.a. esercita *solo il controllo di gestione* e se è parimenti vero che al sindaco unico della s.r.l. si applicano le norme della s.p.a., ne dovrebbe conseguire che le sue funzioni, nel regime legale della s.r.l., *non contemplano la revisione legale dei conti, bensì solo il controllo di gestione*. A favore di quest'altra lettura "ortopedica" del nuovo art. 2477 c.c. militerebbe invero la constatazione che, nelle ipotesi di controllo obbligatorio, difficilmente si può ritenere superflua e facoltativa la revisione legale dei conti, la cui funzione si colloca "al di fuori" del tipo sociale e a prescindere dal modello

organizzativo dell'impresa. In quanto disciplina "dell'impresa" e non "della società", in altre parole, la revisione rappresenterebbe un controllo *irrinunciabile*, una volta superate determinate soglie di dimensione o rilevanza dell'impresa.

Tuttavia, secondo questa interpretazione, i controlli di gestione, in quanto controlli "interni", diverrebbero *del tutto facoltativi*, anche per le s.r.l. che superano le soglie dimensionali o di rilevanza di cui all'art. 2477, commi 2 e 3, c.c., nella misura in cui esse possono farne a meno nominando un revisore o una società di revisione con l'incarico di svolgere la revisione legale dei conti. Una simile soluzione potrebbe forse essere giudicata condivisibile e magari persino auspicabile su un piano *de iure condendo*, ma non appare facilmente sostenibile sul piano dell'interpretazione dell'attuale dato normativo.

Se infatti si considera che il sindaco unico e il revisore devono essere soggetti che possiedono *i medesimi requisiti* (ossia l'iscrizione nell'apposito registro di cui al d.lgs. 39/2010, come si evince, per il primo, dall'art. 2397, comma 2, c.c., e, per il secondo, dall'art. 2 d.lgs. 39/2010), risulterebbe poco logico e coerente un sistema di controlli *obbligatori* che consente libera scelta tra le seguenti alternative: affidare a una persona fisica "revisore" la sola revisione legale dei conti oppure affidare alla medesima persona fisica "sindaco unico" sia la revisione legale dei conti, sia il controllo di gestione. Una siffatta interpretazione *non darebbe luogo, a ben vedere, ad un'alternativa tra sindaco unico e revisore*, disconoscendo pertanto quella disgiuntiva "o" su cui si baserebbe la facoltà di scelta della funzione di controllo. Essa invero equivarrebbe a dire che la revisione è l'unico controllo *sempre obbligatorio* (in caso di superamento delle soglie dimensionali o di rilevanza), mentre il controllo di gestione è un controllo *sempre facoltativo* (anche in caso di superamento delle soglie dimensionali o di rilevanza, posto che sarebbe liberamente "evitabile" attribuendo alla persona fisica incaricata della funzione di controllo la sola qualifica di revisore).

Quanto infine alla tesi *sub (iii)*, essa ha il pregio dell'aderenza al dato letterale. La società, in presenza delle condizioni di controllo obbligatorio ai sensi del secondo o del terzo comma dell'art. 2477 c.c., nomina un sindaco unico (tale essendo l'organo di controllo in mancanza di diversa previsione statutaria) *oppure* un revisore. Se la società sceglie di nominare un sindaco unico, si applicano le norme del collegio sindacale delle s.p.a. e pertanto il sindaco unico svolge *solo la funzione di controllo di gestione* (art. 2430 c.c.). Se invece la società sceglie di nominare un revisore, si applicano le norme in tema di revisione legale dei conti ed egli svolge *solo la funzione di revisione legale* (d.lgs. 39/2010).

Siffatta interpretazione, tuttavia, per quanto aderente al dato letterale, è parsa in contrasto con significative argomentazioni di carattere sia sistematico che funzionale. Nelle situazioni in cui il legislatore - in modo più o meno condivisibile - reputa *obbligatoria* l'attivazione dei sistemi di controllo anche nelle s.r.l., si fatica a comprendere come possa conciliarsi tale valutazione di obbligatorietà con la totale discrezionalità nella scelta di *quale controllo attivare* e non solo (com'era sino ad ora e come tutt'ora è per le s.p.a.) *quale soggetto o quale organo* incaricare di detto controllo. Come si è già detto, ciò risulta ancor più difficile da spiegare in considerazione della significativa differenza tra le due funzioni di controllo, sia in ordine ai *contenuti*, sia in ordine alle *finalità*.

Un così radicale mutamento del sistema dei controlli obbligatori nelle s.r.l., d'altronde, è sembrata una soluzione che richiedesse un più chiaro ed inequivocabile intervento legislativo, rispetto alla novella in questione, che in vero è parsa un mero intervento "correttivo" della precedente modifica volta all'introduzione della figura del sindaco unico. Si consideri inoltre che la tesi aderente al dato letterale renderebbe ancor più difficile il coordinamento tra il regime legale dei controlli obbligatori nelle s.r.l. e le norme dettate in tema di revisione legale delle società qualificabili come "enti di interesse pubblico", di cui all'art. 16 d.lgs. 39/2010. Infatti, qualora le s.r.l. potessero scegliere tra funzione di controllo di gestione (affidata al sindaco unico) e funzione di revisione legale (affidata al revisore), verrebbe meno l'obbligo di svolgere *in ogni caso* la revisione legale e risulterebbe di fatto inattuato (salvo valorizzarne altrimenti la connotazione di norma speciale) il precetto dell'art. 16, comma 2, d.lgs. 39/2010, ai sensi del quale "nelle società che controllano enti di interesse pubblico la revisione legale non può essere esercitata dal collegio sindacale".

In conclusione, delle tre soluzioni interpretative astrattamente ipotizzabili, è parso alla Commissione che la tesi *sub (iii)* sia sorretta da argomentazioni più convincenti. Tuttavia, l'obiettivo incertezza del quadro normativo - così rapidamente mutato in due occasioni nel volgere di qualche mese - e l'assenza di prese di posizione giurisprudenziali o di orientamenti delle autorità preposte alla vigilanza e alla regolamentazione in tema di revisione legale e di controlli non consente invero di ritenere consolidata e definitiva l'interpretazione fornita con la massima in epigrafe. Essa potrà pertanto essere riconsiderata, in presenza di elementi o spunti che debbano indurre ad una rilettura della norma nel senso descritto nelle tesi alternative *sub (i)* o *sub (ii)*.

3. - L'incertezza interpretativa sin qui esaminata concerne, a ben vedere, l'individuazione dell'effettivo contenuto delle funzioni da affidare all'organo di controllo o al revisore, *nei casi di controllo obbligatorio ed in mancanza di espresse clausole statutarie*. La presente massima, al di là di ciò, ha come scopo la valutazione della legittimità di alcune *clausole statutarie* aventi ad oggetto i controlli nella s.r.l., tema che in una certa qual misura prescinde dalla questione sin qui esaminata e concerne invero il *regime convenzionale* dei controlli nella s.r.l.. Si può pertanto procedere con l'illustrazione e la motivazione di quanto sostenuto nella seconda parte della massima, relativamente alle clausole statutarie a disposizione dell'autonomia negoziale.

(a) Tra di esse si prende anzitutto in considerazione la clausola che espressamente affermi la possibilità che il "revisore" cui fa menzione l'art. 2477 c.c. sia una *società di revisione*, iscritta nell'apposito registro. Ad avviso della Commissione, siffatta possibilità rientra in ogni caso nel regime legale dei controlli, tanto nelle ipotesi in cui essi siano obbligatori, quanto in quelle di loro attivazione "facoltativa". Ciò vale, inoltre, a prescindere dalla soluzione che dovesse essere accolta in ordine alla questione del contenuto dei controlli, esaminata nel paragrafo precedente, sebbene sia plausibile ritenere che la nomina di una società di revisione quale revisore ai sensi dell'art. 2477 c.c. sia più facilmente ipotizzabile nei casi in cui lo statuto affidi *separatamente* le funzioni di controllo di gestione ad un sindaco o collegio sindacale, come avremo modo di vedere nel prosieguo. In altre parole, la massima vuole affermare che: (i) la funzione di revisione legale dei conti, ove separatamente attribuita al revisore in forza di apposita clausola statutaria, possa essere affidata anche ad una società di revisione; (ii) è valida anche la clausola statutaria che, in modo generico o specifico, preveda la possibilità di affidare ad una società di revisione, anziché ad un revisore persona fisica, sia la revisione legale che le funzioni di controllo di gestione, ai sensi di quanto sancito dal primo comma dell'art. 2477 c.c., ai sensi del quale "L'atto costitutivo può prevedere, *determinandone le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore*".

Il che significa che non vi sono impedimenti derivanti dal diritto societario a che entrambe le funzioni di controllo siano svolte da un medesimo soggetto, vuoi persona fisica, vuoi società di revisione. In ogni caso, infatti, sia i controlli di gestione (ove affidati ad un "sindaco unico" persona fisica) sia la revisione legale (ove affidata ad un "revisore"), devono essere svolti da un soggetto *iscritto nel registro dei revisori legali* ai sensi del d.lgs. 39/2010. E se a tale soggetto, anche in quanto revisore, non è fatto divieto di svolgere entrambe le funzioni allorché si tratti di revisore persona fisica (com'è evidente dal sistema dei controlli sia della s.p.a. che della s.r.l.), non si ravvisa analogo divieto (né nella disciplina societaria, né nella disciplina del d.lgs. 39/2010) allorché si tratti di revisore persona giuridica.

Non si vuole con ciò affermare, ovviamente, che le società di revisione *siano tenute*, ove richieste dalle s.r.l., a svolgere anche la funzione di controllo, che potrebbe invero risultare in contrasto con le proprie disposizioni statutarie o con la propria *policy* di esecuzione delle attività di revisione o a principi di revisione che non derivino espressamente dal d.lgs. 39/2010. Né si vuole sostenere, *de iure condendo*, che l'affidamento di entrambe le funzioni di controllo di gestione e di revisione legale dei conti al medesimo soggetto - sia esso persona fisica o giuridica - rappresenti una soluzione coerente ed ottimale per l'attuazione del sistema dei controlli sulle società. Ci si limita, invece, come si è poc'anzi precisato, a prendere posizione sulla *validità di una clausola statutaria* che preveda quanto sopra illustrato.

(b) Viene inoltre presa in esame - affermandone la legittimità, com'era sostanzialmente pacifico in passato - la clausola che estende i controlli al di fuori dei casi in cui essi siano obbligatori per legge. Il che può consistere nella previsione *sia della facoltà* di nominare un organo di controllo o di un revisore, *sia dell'obbligo* (eventualmente in determinate circostanze) di effettuare tale nomina. Della legittimità di tale clausola, in entrambe le varianti ora ipotizzate, non sembra potersi dubitare, alla luce di quanto sancito dal primo comma dell'art. 2477 c.c.. Sebbene la massima non lo affermi espressamente, inoltre, deve ammettersi senza dubbio la possibilità che lo statuto preveda, per i casi di controllo non obbligatorio per legge, la possibilità di attivare *solo una delle funzioni di controllo* sin qui esaminate, vuoi il controllo di gestione (con i contenuti di cui all'art. 2403 c.c.), vuoi la revisione legale di conti (con i contenuti di cui al d.lgs. 39/2010).

(c) All'autonomia negoziale è inoltre attribuita la possibilità di prevedere una *diversa struttura dell'organo di controllo*, non già monocratico come prevede la norma suppletiva contenuta nel secondo periodo del primo comma dell'art. 2477 c.c.. Nella massima si sostiene che la clausola statutaria, nel prevedere ciò, sia vincolata alla *composizione collegiale* dell'organo di controllo, come previsto dalla disciplina dettata per il collegio sindacale delle s.p.a.. Si deve infatti ritenere che il rinvio operato dal quinto comma dell'art. 2477 c.c. (a mente del quale "nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni") non abbia ad oggetto la composizione dell'organo *solo qualora esso sia monocratico*. Quando la società intende prevedere un organo non monocratico, l'autonomia statutaria incontra un limite nell'art. 2397, comma 1, c.c., là dove dispone che "il collegio sindacale si compone di *tre o cinque membri effettivi*, soci o non soci." Lo stesso sembrerebbe doversi dire per la nomina di *due sindaci supplenti*, da ritenersi obbligatoria qualora la composizione dell'organo di controllo non sia monocratica, bensì collegiale.

In altre parole, per quanto concerne la struttura dell'organo di controllo, l'autonomia statutaria può scegliere tra *due soluzioni alternative*: o il sindaco unico, senza necessità di nomina di un sindaco supplente (come già affermato nella precedente Massima n. 122, da ritenersi confermata per questo aspetto); oppure il collegio sindacale di tre o cinque membri effettivi e due membri supplenti, alla stregua di quanto previsto per le s.p.a. *Tertium non datur*.

La clausola statutaria prevista alla lett. (c) della massima in epigrafe - anche prescindendo da come debba ritenersi risolta la questione delle funzioni di controllo esaminata nel paragrafo precedente - comporta un sostanziale "superamento" del regime legale previsto per i casi di controllo obbligatorio, attribuendo, da un lato, *la funzione di controllo di gestione all'organo di controllo* (sindaco unico o collegio sindacale), e, dall'altro, *la funzione di revisione ad un revisore* (persona fisica o società di revisione). Siffatta allocazione delle funzioni di controllo, ipotizzabile sia nell'ambito dei casi di controllo obbligatorio, sia in quelli di controllo facoltativo, non fa altro che replicare nella s.r.l. il sistema legale applicabile nelle s.p.a., con l'unica (possibile) variante del sindaco unico al posto del collegio sindacale.

(d) Nulla osta, infine, che le scelte eventualmente consentite dalle clausole statutarie sin qui esaminate siano assunte di volta in volta dai soci, in occasione della nomina dell'organo di controllo e del revisore, senza che ciò comporti alcuna modificazione statutaria, essendo tale facoltà di scelta già contenuta e consentita dallo statuto. Nel medesimo senso la Commissione si era già espressa nella massima n. 18, in data 18 marzo 2004, sostenendo che "E' legittima, sia nella s.p.a. sia nella s.r.l., la clausola statutaria che consente all'assemblea ordinaria la scelta se affidare il controllo contabile al collegio sindacale ovvero ad un revisore contabile o ad una società di revisione". Come si è già avuto modo di osservare, infatti, la clausola non comporta comunque l'attribuzione all'assemblea ordinaria (o alla decisione "ordinaria" dei soci di s.r.l.) del potere di determinare un radicale sovvertimento del modello organizzativo, in quanto non incide sul principio della separatezza strutturale tra funzione gestoria e funzione di controllo, come invece accadrebbe qualora si prevedesse analoga facoltà di scelta in ordine ai sistemi di amministrazione e controllo di cui all'art. 2380 c.c.

4. - In ultimo, la massima in epigrafe è tornata sulla questione relativa alla possibilità di nominare un sindaco unico in presenza di uno statuto che - oltre a non prevedere

espressamente tale ipotesi - contempra esclusivamente la nomina di un collegio sindacale. Rispetto alla norma previgente, silente sul punto, l'attuale testo dell'art. 2477 c.c. stabilisce che "*Se lo statuto non dispone diversamente*, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo".

Di regola, pertanto, l'organo di controllo è monocratico, ma occorre stabilire, caso per caso, se la clausola statutaria non "*dispone diversamente*". Come già sostenuto nella precedente massima n. 123, deve certamente ritenersi quale "*diversa previsione*" dello statuto ogni clausola che contenga un'*apposita scelta convenzionale* dei soci, come avviene, a titolo di esempio, nel caso in cui la nomina di uno o più sindaci costituisca oggetto di un *diritto particolare*, ai sensi dell'art. 2468 c.c., o nelle ipotesi in cui la nomina dell'organo debba avvenire col sistema del *voto di lista*. Al di fuori di tali ipotesi, occorre verificare se lo statuto non mostri alcuna specifica volontà che possa ritenersi *contraria* o comunque *diversa* rispetto al nuovo regime dispositivo del sindaco unico.

Nota bibliografica

In considerazione del fatto che la massima affronta questioni interpretative riguardanti norme di recentissima introduzione, sussistono poche pubblicazioni sui temi qui considerati, con riferimento all'ultima versione dell'art. 2477 c.c.; tra di esse si possono ricordare le seguenti: Assonime, *Il sindaco unico nelle società di capitali e altre novità in materia di società a responsabilità limitata*, Circolare n. 6 del 7 marzo 2012, inedita; Confindustria, *Società di capitali. La disciplina dei controlli nelle srl dopo la legge di stabilità e il D.L. semplificazioni*, Circolare n. 19510 del 6 aprile 2012, inedita; Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Il nuovo assetto dei controlli nelle s.p.a. e nelle s.r.l. alla luce del Decreto Semplificazioni*, Nota interpretativa, aprile 2012, inedita; E. Bozza - L. De Angelis, *Non convince il controllo di legalità alla società di revisione*, in *Eutekne.Info*, 25 aprile 2012, consultabile sul sito www.eutekne.info.

Sulla precedente versione dell'art. 2477 c.c. - introdotta dalla legge 183/2011 e poi modificata dall'ultima novella qui commentata - si vedano, senza pretesa di completezza: N. Abriani, *Collegio sindacale e sindaco unico nella s.r.l. dopo la legge di stabilità*, in corso di pubblicazione in *Società*, 2011, p. 1425; A. Ruotolo - F.G. Nardone, *Il sindaco "unico" nella s.r.l. e nella s.p.a.*, studio n. 250/2011 della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato (approvato il 16 dicembre 2011); M. Stella Richter jr, *E pluribus unum. Riflessioni sul sindaco unico delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 173.

La presente Massima n. 124 sostituisce la Massima n. 123 del 6 dicembre 2011, in seguito all'emanazione della legge 35/2012 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 5/2012.

MASSIMA N. 125 - Aumento di capitale e compensazione di crediti (artt. 2342, 2343, 2343-ter e 2465 c.c.) [5 marzo 2013]

L'obbligo di conferimento di denaro in esecuzione di un aumento di capitale di s.p.a. o s.r.l. può essere estinto mediante compensazione di un credito vantato dal sottoscrittore verso la società, anche in mancanza di espressa disposizione della deliberazione di aumento.

Tale compensazione, qualora sia legale e abbia quindi a oggetto debiti certi, liquidi ed esigibili ai sensi dell'art. 1243 c.c., non richiede il consenso della società, nemmeno nel momento in cui viene eseguita la sottoscrizione.

Qualora il sottoscrittore intenda invece avvalersi, a tali fini, di un credito certo e liquido, ma non esigibile, la compensazione richiede il consenso della società ai sensi dell'art. 1252 c.c.

La compensazione tra il debito per il conferimento in denaro e un credito vantato dal sottoscrittore nei confronti della società può avere luogo, secondo quanto sopra esposto, anche qualora tale credito sia sorto da una prestazione di natura non finanziaria (ad esempio, la vendita di un bene alla società). In tal caso - allorchè ricorra sostanziale contestualità e corrispondenza tra la prestazione eseguita a favore della società e l'aumento di capitale sottoscritto dal creditore, ovvero quando risulti che le due

operazioni sono tra loro preordinate - si reputa che la sussistenza di una relazione di stima eseguita nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 2343, 2343-ter o 2465 c.c. costituisca elemento idoneo ad assicurare l'osservanza dei principi che presiedono alla corretta formazione del capitale sociale.

MOTIVAZIONE

La massima affronta il tema dell'utilizzo, per la liberazione dell'aumento di capitale, di crediti vantati dal sottoscrittore verso l'emittente, cioè verso la società che ha deliberato l'aumento stesso.

La fattispecie, con evidenza, non coincide con la figura, disciplinata dalla legge, del conferimento di crediti, che si caratterizza per essere, il debitore, soggetto terzo, diverso dall'emittente; consiste invece nella preesistenza di un debito certo e liquido della società verso il sottoscrittore, debito che - al momento della sottoscrizione dell'aumento in denaro - forma oggetto di compensazione con il credito della società per la liberazione dell'aumento stesso.

Se il debito della società è pecuniario, liquido ed esigibile, la compensazione potrà operare, in applicazione dell'articolo 1243 c.c., a prescindere (i) da una espressa previsione, nella delibera di aumento, di tale possibilità, e (ii) da una qualsiasi forma di consenso, da parte dell'organo di gestione della società che riceve la sottoscrizione. Il modo di estinzione dell'obbligazione, infatti, opera in questa situazione in via automatica, ricorrendo tutti i presupposti della compensazione legale disciplinata dal codice civile.

Qualora il debito della società non presenti invece il carattere della esigibilità (e di ciò potrebbe aversi evidenza anche consultando lo stato patrimoniale del bilancio, a ragione della separata indicazione prevista dall'articolo 2424 c.c. per i debiti esigibili oltre l'esercizio successivo), allora la compensazione non potrà operare che in via volontaria, per effetto del consenso della società, secondo quanto previsto dall'articolo 1252 c.c..

In tale caso, il verbale assembleare che (a prescindere da conseguenze di ordine fiscale) attestasse la contestuale sottoscrizione e - quindi - la compensazione potrà opportunamente dare menzione di questo consenso, che - atteggiandosi ad atto di gestione - dovrà essere rilasciato dall'organo amministrativo.

Non appare necessario - trattandosi di atto nella discrezionalità degli amministratori - che dal verbale si evidenzino i motivi di interesse, per la società, alla compensazione di un debito "non scaduto" con un credito invece esigibile, quale è quello derivante dalla sottoscrizione dell'aumento di capitale. In termini di mero supporto professionale, peraltro, il notaio potrà evidenziare alla società l'opportunità di accertare l'effettivo interesse della società stessa, in merito; esso potrà consistere, a titolo di esempio, in formule di attualizzazione dell'importo capitale del debito, oppure - specie ove sul debito fossero pattuiti interessi - nel mero interesse alla conversione del debito stesso in patrimonio netto; il comportamento della società, per altro verso, dovrà in tali situazioni tenere conto del necessario principio di parità di trattamento dei soci, e quindi - ove ne ricorrano i presupposti - non escludere gli altri soci dall'accordo inteso alla compensazione con uno di essi.

Le considerazioni che precedono appaiono riferibili alla generalità dei debiti della società verso il sottoscrittore, prescindendo dalla natura finanziaria o meno degli stessi.

Pertanto, la compensazione potrà determinarsi - secondo le varie modalità sopra indicate - sia qualora il debito derivi da un finanziamento concesso alla società, sia qualora, ad esempio, esso costituisca l'effetto di una diversa operazione finalizzata all'acquisto, da parte della società, di beni necessari alla sua attività, ed alla quale si accompagni la dilazione del prezzo dovuto.

L'iscrizione del debito nella contabilità e quindi nel bilancio, *in una* con le cautele che assistono la formazione ed il controllo del bilancio stesso, è infatti da considerare "elemento certificativo" della sua esistenza e del suo ammontare, indipendentemente dalla causa contrattuale dalla quale il debito stesso origina.

Non può tuttavia escludersi che, allorquando il debito non abbia natura finanziaria, possa risultare evidente l'esistenza di un nesso (di natura temporale o funzionale) tra

la delibera di aumento in denaro e l'operazione (nell'esempio di cui sopra, la compravendita di beni con prezzo dilazionato) da cui il debito da compensare origina. In tali ipotesi potrà essere opportunamente valutato se i principi che regolano la corretta formazione del capitale non consiglino l'erezione di una perizia di stima, redatta ai sensi - a seconda dei casi - degli articoli 2343, 2343-ter o 2465 c.c., a presidio di interessi non dissimili da quelli tutelati dalle disposizioni sugli acquisti pericolosi di cui all'articolo 2343 bis e 2465 secondo comma c.c..

Interessi che, *mutatis mutandis*, nella valutazione di alcuni interpreti si appalesano anche oltre il limite dei due anni dalla costituzione della società, allorchè le due operazioni (compravendita a favore della società con prezzo dilazionato e sottoscrizione dell'aumento in denaro, con compensazione dei due crediti) appaiano costituire, secondo gli indici esemplificativamente richiamati nella massima, una unica operazione (assimilabile ad un conferimento in natura del bene oggetto della compravendita) ed alla quale sia possibile imputare la carenza della formazione della valutazione peritale.

MASSIMA N. 126 - Ripartizione non proporzionale del corrispettivo di vendita o di riscatto di partecipazioni sociali (artt. 2348 e 2468 c.c.) [5 marzo 2013]

Si reputano legittime le clausole statutarie che prevedono per il caso di vendita congiunta di partecipazioni da parte di più soci, specie in conseguenza dell'operare di una clausola di covendita o di riscatto, la ripartizione non proporzionale del corrispettivo previsto.

L'individuazione dei soci soggetti alla previsione statutaria ha luogo, nelle s.p.a., per il tramite di categorie speciali di azioni, nelle s.r.l. per il tramite di diritti particolari ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., o comunque in entrambi i casi mediante la predeterminazione in statuto di altri criteri oggettivi.

MOTIVAZIONE

Nel contesto di iniziative imprenditoriali che vedono la partecipazione di una pluralità di soggetti in qualità di fornitori di capitale di rischio, le parti avvertono talora l'esigenza di disciplinare alcuni profili della fase conclusiva dei rispettivi investimenti. Tipici e ormai ben noti esempi di tali profili sono rappresentati dalle pattuizioni mediante le quali le parti concordano una fuoriuscita simultanea dall'investimento societario prevedendo il diritto di un socio, tipicamente di minoranza, a partecipare alla dismissione dell'investimento decisa da parte di un altro socio, tipicamente di maggioranza, oppure il diritto di quest'ultimo a forzare anche l'altrui disinvestimento. E' altrettanto noto come sia sempre più avvertita l'esigenza di attribuire a tali assetti negoziali dignità e forza statutaria, specie al fine di poter beneficiare della protezione reale che l'inclusione nello statuto consente: di qui la diffusione, a proposito degli esempi appena richiamati, delle clausole che prevedono il diritto o l'obbligo di covendita, già esaminate nella Massima n. 88.

Tra i vari assetti negoziali che la prassi di tali transazioni conosce, vi è anche la previsione di una ripartizione non proporzionale tra i soci del corrispettivo pattuito con un soggetto terzo per la vendita congiunta di una pluralità di (o di tutte le) partecipazioni sociali. L'ipotesi è quella appunto della vendita congiunta delle partecipazioni detenute da diversi soci, vendita che generalmente è imposta o pretesa proprio per il tramite di clausole di covendita, o per il tramite di altre clausole come quelle che prevedono il diritto di riscatto di un socio nei confronti delle altrui partecipazioni. Nella prospettiva della dismissione congiunta dell'investimento partecipativo, le parti possono dunque prevedere che il corrispettivo che il terzo complessivamente riconosce sia ripartito in modo non proporzionale rispetto alle partecipazioni da ciascun socio effettivamente possedute e dunque effettivamente vendute. Le ragioni di un tale possibile assetto possono essere varie: dalla volontà di assicurare *ex ante* ad un socio investitore un ritorno minimo dell'investimento

effettuato, alla disponibilità viceversa di riconoscere ad un socio industriale un "premio" per il suo apporto alla buona riuscita dell'iniziativa, e così via.

Anche per le pattuizioni testè descritte i soggetti interessati possono ritenere preferibile beneficiare della protezione statutaria. Ed in effetti, la clausola statutaria che preveda per il caso di vendita congiunta di partecipazioni sociali una ripartizione non proporzionale del corrispettivo complessivamente offerto dall'acquirente partecipa della medesima natura propria delle altre clausole volte a disciplinare per via statutaria vicende circolatore delle azioni o delle quote. La disciplina codicistica espressamente autorizza gli statuti a disciplinare alcuni profili di tali vicende, come è il caso della prelazione, del gradimento, del divieto assoluto (ancorchè temporaneo) di vendita, e così via. La prassi e la giurisprudenza conoscono altri possibili profili, come è il caso dei più volte citati diritti ed obblighi di covendita. La clausole di ripartizione non proporzionale del corrispettivo di vendita vogliono dunque disciplinare ulteriori profili della vicenda circolatoria delle partecipazioni sociali, e come tali devono ritenersi di legittima introduzione statutaria.

La diversificazione dei reciproci diritti dei soci che deriva dalla clausola di ripartizione non proporzionale del corrispettivo di vendita deve naturalmente avvenire per il tramite dei consueti strumenti concessi, rispettivamente, dalla disciplina delle società per azioni e da quella delle società a responsabilità limitata. Pertanto, tipicamente l'individuazione dei soci soggetti alla previsione statutaria avrà luogo, nelle s.p.a., per il tramite di categorie speciali di azioni, e nelle s.r.l. per il tramite di diritti particolari ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.. Tale individuazione, peraltro, potrà anche avvenire, come deve ritenersi generalmente ammissibile, per il tramite della predeterminazione in statuto di altri criteri idonei ad identificare i soggetti coinvolti nella applicazione della disciplina in modo oggettivo e "spersonalizzato".

Rimane altrettanto pacifico che anche le clausole come quelle qui ritenute legittime devono intendersi sottoposte, nelle loro possibili concrete configurazioni, ai requisiti di legittimità che l'ordinamento societario a vario titolo contempla, come ad esempio, ove nel caso concreto dovessero assumere rilevanza, il divieto del patto leonino o la necessità di una equa valorizzazione della partecipazione del socio obbligato a dismettere la propria partecipazione.

MASSIMA N. 127 - Limiti di ammissibilità di clausole convenzionali nella s.r.l. semplificata (art. 2463-bis c.c.) [5 marzo 2013]

L'atto notarile col quale viene costituita una s.r.l. semplificata ai sensi dell'art. 2463-bis c.c. può contenere, oltre a quanto espressamente previsto nel modello standard tipizzato, adottato con D.M. Giustizia 138/2012:

(a) le dichiarazioni, le menzioni e le attestazioni di carattere formale, con particolare riguardo a quelle richieste dalla legge notarile in ordine all'intervento delle parti, alla loro capacità e ad altri aspetti della formazione dell'atto pubblico;

(b) le dichiarazioni che le parti rivolgono al notaio al fine della redazione della domanda di iscrizione della società nel registro delle imprese, quali ad esempio l'indicazione dell'indirizzo della sede sociale, ai sensi dell'art. 111-ter disp.att.c.c., o l'indicazione della data di scadenza degli esercizi sociali;

(c) le clausole meramente riproduttive di norme di legge, quand'anche redatte in documento separato, eventualmente contenente anche gli elementi non contingenti e transitori dell'atto costitutivo.

La presenza di clausole convenzionali aggiuntive - ove compatibili con la disciplina generale della s.r.l. e con la disciplina della s.r.l. a capitale ridotto - non incide sulla legittimità dell'atto costitutivo né sulla validità delle clausole stesse. Non si ritiene in ogni caso che si collochino al di fuori del perimetro del modello della s.r.l. semplificata, tenuto conto del disposto dell'art. 1, comma 2, D.M. Giustizia 138/2012, le eventuali clausole concernenti la durata della società, la scelta del modello di amministrazione (collegiale, unipersonale, pluripersonale congiunta o disgiunta) e la previsione della possibilità di decisioni non assembleari.

MOTIVAZIONE

La massima esamina la questione dei limiti di ammissibilità, nell'atto costitutivo di una s.r.l. semplificata, di clausole, menzioni e dichiarazioni *ulteriori* rispetto a quanto espressamente previsto nel modello standard adottato con D.M. Giustizia 138/2012, ai sensi dell'art. 2463-*bis*, comma 2, c.c. La questione sorge dall'esame del rapporto tra l'art. 2463-*bis*, comma 2, c.c., il quale dispone che l'atto costitutivo della s.r.l. semplificata "deve essere redatto per atto pubblico *in conformità al modello standard tipizzato* con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico" e l'articolo 1 del D.M. Giustizia 138/2012, il quale al primo comma dispone che l'atto costitutivo della s.r.l. semplificata "è redatto per atto pubblico *in conformità al modello standard riportato nella tabella A* allegata al presente decreto", ma che al secondo comma dispone anche che "[s]i applicano, per quanto non regolato dal modello standard di cui al comma 1, le disposizioni contenute nel libro V, titolo V, capo VII del codice civile, *ove non derogate dalla volontà delle parti*".

1. - Prima ancora di esaminare i limiti di clausole *convenzionali* aggiuntive, si cominci col dire che la necessaria conformità al modello standard tipizzato non incide sulla indubbia ammissibilità di elementi che non fanno parte del contenuto "sostanziale" dell'atto costitutivo della società o che comunque non trovano riscontro nei punti da 1 a 10 della Tabella A del decreto ministeriale. Ciò dicasi per le tre tipologie di clausole, dichiarazioni o menzioni enumerate nel primo comma della massima, le quali non rappresentano una deviazione dal modello standard, pur non essendo *espressamente* contemplate nel medesimo.

a) La prima tipologia è costituita dalle "*dichiarazioni, menzioni e attestazioni di carattere formale, con particolare riguardo a quelle richieste dalla legge notarile in ordine all'intervento delle parti, alla loro capacità e ad altri aspetti della formazione dell'atto pubblico*". Con riguardo ad esse si può rilevare che, in alcune parti, il testo emanato dal Ministero della giustizia sembra addirittura essere incompatibile con la legge notarile (l. 89/1913). Oltre al tema dell'assenza di ogni riferimento all'intestazione "REPUBBLICA ITALIANA", giova rilevare che la stessa disciplina dell'intervento delle parti prevista nel modello standard tipizzato risulta, da un lato, lacunosa e, dall'altro, più restrittiva di quanto previsto in materia di atti pubblici.

Sotto il primo profilo, il modello standard tipizzato non prende in considerazione l'ipotesi che socio della s.r.l. semplificata sia un incapace che non può intervenire personalmente in atto o per cui è comunque richiesta l'assistenza di un curatore o di un amministratore di sostegno. Ancora, qualora non fossero consentite modifiche al modello standard tipizzato, la s.r.l. semplificata non sarebbe accessibile a persone che non conoscono la lingua italiana, a soggetti interamente privi dell'udito, ai muti e ai sordomuti. Inoltre, e più in generale, si pone il tema della possibilità che a una persona che non sappia o non possa leggere e scrivere sia consentito prendere parte all'atto costitutivo di queste società: il combinato disposto degli artt. 47 e 48 della l. 89/1913, infatti, prevede che in questi casi sia necessario l'intervento dei testimoni che, invece, non sono contemplati nel modello ministeriale. Infine, nel modello standard tipizzato mancano i riferimenti al distretto notarile nel cui ruolo è iscritto il notaio.

Sotto il secondo profilo è necessario rilevare che il modello standard richiede che venga indicato il domicilio delle parti, mentre, con formula più ampia, l'art. 51 n. 3 della l. 89/1913 dispone che debba essere fornita indicazione, alternativamente, della residenza o del domicilio delle parti. Inoltre il modello standard impone al notaio di essere certo non solo dell'identità personale delle parti, ma anche della loro età anagrafica, cadendo, in un certo modo, in contraddizione con il disposto dell'art. 2, comma 1, del D.M. Giustizia 138/2012. Detta norma, infatti, prevede che il notaio debba accertare "con le modalità di cui all'articolo 49 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, che l'età delle persone fisiche che intendono costituire una società a responsabilità limitata semplificata è quella prevista dall'articolo 2463-*bis* del codice civile". Ora, tra le modalità con cui il notaio può raggiungere la certezza dell'identità personale delle parti ai sensi dell'art. 49 è prevista anche la possibilità di avvalersi di fidejacenti. Di conseguenza, mentre l'art. 2, comma 1, consente che la verifica dell'età possa avvenire anche mediante l'intervento in atto dei fidejacenti, il modello standard tipizzato,

qualora lo si ritenesse inderogabile in ogni sua parte, escluderebbe questa possibilità ed imporrebbe al notaio la verifica dell'identità personale e dell'età anagrafica delle parti.

In modo simile, anche il testo dell'escatocollo del modello standard non sembra immune da possibili modifiche o integrazioni: in primo luogo e, al contrario di quanto indicato nella parte finale dell'allegato al D.M. Giustizia 138/2012 nel quale è previsto che l'atto è "scritto con mezzi elettronici da persona di mia fiducia", non sembra si possa vietare al notaio di procedere personalmente alla redazione dell'atto anche senza avvalersi dell'ausilio di altre persone. Neppure sembra si possa escludere che il notaio possa redigere l'intero atto di proprio pugno, o ancora che il notaio possa ricorrere a semplici mezzi meccanici (non elettronici) per la redazione dell'atto (si pensi ad esempio a un modulo prestampato completato a mano dal notaio). Allo stesso modo, occorre rilevare che il tenore letterale dell'art. 51 n. 9 della l. 89/1913, il quale dispone che si debba fare menzione "dei fogli di cui consta l'atto e delle pagine scritte", non sembra possa essere derogato da una norma regolamentare (né sembra che questa ne abbia avuto l'intenzione). Di conseguenza, nei limiti del rispetto della legge notarile, è corretto ritenere che sarà facoltà del notaio adottare formulazioni diverse.

b) La seconda tipologia di dichiarazioni o menzioni che non fanno parte del contenuto sostanziale dell'atto costitutivo della società è rappresentata dalle "*dichiarazioni che le parti rivolgono al notaio al fine della redazione della domanda di iscrizione della società nel registro delle imprese, quali ad esempio l'indicazione dell'indirizzo della sede sociale, ai sensi dell'art. 111-ter disp.att.c.c., o l'indicazione della data di scadenza degli esercizi sociali*". In merito ai casi previsti nella massima - e senza esclusione di altre ipotesi - non sembra possibile impedire l'integrazione del modello standard con dichiarazioni che sono utili o necessarie per l'iscrizione della società nel registro delle imprese. Il silenzio del modello standard su elementi di questo genere, che normalmente sono indicati nell'atto costitutivo di s.r.l., non preclude il loro inserimento nell'atto costitutivo di una s.r.l. semplificata. D'altra parte, dal momento che la società a responsabilità limitata semplificata deve intendersi sottoposta ad un regime altamente agevolato per quanto riguarda le modalità di costituzione, sarebbe incomprensibile la ragione per cui il legislatore abbia inteso precludere a queste società la possibilità di determinare in sede di costituzione la data di chiusura del bilancio o l'indicazione dell'indirizzo in cui è posta la sede ai fini dell'iscrizione della società nel registro delle imprese. Siffatte menzioni, a ben vedere, non hanno (necessariamente) natura di "clausole" dell'atto costitutivo della società, bensì possono semplicemente assumere la veste di dichiarazioni rese dalle parti al notaio rogante - e da questi indicate nell'atto pubblico - al fine di adempiere al mandato (imposto dalla legge) di domandare l'iscrizione della società nel registro delle imprese, mediante la redazione del relativo modello informatico, contenente anche gli elementi all'uopo indicati dalle parti. Né avrebbe senso impedire l'inclusione di quelle dichiarazioni nell'atto costitutivo, per poi implicitamente imporne l'effettuazione con separati atti ed istanze all'ufficio competente, aumentando i costi e i tempi di costituzione.

c) La terza tipologia di elementi che possono essere contenuti nell'atto pubblico mediante il quale viene costituita una s.r.l. semplificata concerne le "*clausole meramente riprodotte di norme di legge, quand'anche queste siano redatte in un documento separato, eventualmente contenente anche gli elementi non contingenti e transitori dell'atto costitutivo*". Nulla sembra ostare alla redazione di uno "statuto" in un documento separato, ovviamente allegato all'atto costitutivo e facente parte integrante del medesimo ai sensi dell'art. 2328, comma 3, c.c. (ritenuto pacificamente applicabile, sotto questo aspetto, anche alle s.r.l., come testimoniato anche dalla prassi assolutamente dominante sia prima che dopo la riforma del 2003). Laddove si redigesse uno "statuto" separato, quest'ultimo potrebbe ovviamente limitarsi ad "estrarre" dal modello standard di atto costitutivo le sole clausole aventi natura di "norme durevoli" che regolano l'organizzazione societaria dopo la costituzione (così dicasi per la denominazione, la sede, l'oggetto, l'ammontare del capitale, il divieto di trasferimento a soggetti diversi da persone fisiche *under 35*, le norme in tema di organo amministrativo e di assemblea) e non le clausole dell'atto costitutivo che presentano natura "contingente" (così dicasi per i dati dei soci, la misura delle quote, l'ammontare dei singoli conferimenti, le modalità di versamento, l'esenzione da bollo,

diritti e onorari, etc.). Lo statuto potrebbe peraltro - senza che ciò possa comportare una "deviazione" rispetto al modello standard - contenere anche ulteriori clausole riproduttive di norme legali, applicabili alla s.r.l. semplificata in quanto tali, la cui presenza nello statuto potrebbe essere ritenuta opportuna a fini anche meramente informativi.

Sia nell'uno che nell'altro caso, si deve rilevare che non è possibile dedurre dal tenore del modello standard la scelta di escludere in ogni caso la separazione tra atto costitutivo e statuto, aspetto che concerne essenzialmente le *modalità formali di redazione* dell'atto, piuttosto che il suo *contenuto*. D'altronde, come già rilevato, la scelta di separare i contenuti transeunti dell'atto costitutivo da quelli destinati a regolare la vita della società risponde a esigenze di praticità, coerenti con gli obiettivi perseguiti dal legislatore, senza che possa dirsi violata o derogata alcuna legge o norma regolamentare della disciplina sostanziale della s.r.l. semplificata.

2. - La questione si pone in termini diversi per le eventuali clausole che - a differenza di quelle sino ad ora esaminate - *integrino o derogano il contenuto dell'atto costitutivo* determinato dal modello standard tipizzato di cui al D.M. Giustizia 138/2012.

Alcune di esse, pur non espressamente previste nel modello standard tipizzato, non sembrano porsi in contrasto con il modello medesimo, né al di fuori del perimetro del modello della s.r.l. semplificata. Ciò avviene allorché, sulla base del semplice silenzio del modello standard o di una sua indicazione non inequivoca, le parti esercitino un'opzione o adottino una disciplina *già presente nel regime legale* delle s.r.l. "ordinarie".

Si pensi ad esempio alla scelta del modello di amministrazione (ferma restando la necessità che la carica di amministratore sia assunta solo dai soci): il modello standard prevede espressamente che possano esservi uno o più amministratori e aggiunge (nella nota redazionale tra parentesi) la previsione circa la "*eventuale* specificazione del ruolo svolto nell'ambito del consiglio di amministrazione". Da ciò si può desumere che i soci possano liberamente scegliere non solo tra uno o più amministratori, ma anche tra modello collegiale (consiglio di amministrazione) e modello pluripersonale ai sensi dell'art. 2475, comma 3, c.c., in considerazione del fatto che la specificazione del ruolo nel consiglio di amministrazione è solo "eventuale". Altrettanto dicasi per la scelta di avvalersi anche della modalità extra-assembleare per le decisioni dei soci, tenuto conto che la disposizione contenuta nel modello standard contempla espressamente la eventualità che le decisioni non sia assunte dall'assemblea (si veda l'inciso nel punto 8: "*ove sia richiesta deliberazione assembleare* per la decisione dei soci"). Pur senza spunti testuali - ma in presenza di una chiara opzione nella disciplina legale della s.r.l., che non necessita alcuna disciplina convenzionale aggiuntiva - deve ritenersi che i soci di una s.r.l. semplificata possano scegliere tra il regime della società "contratta a tempo indeterminato" (art. 2473, comma 2, c.c.) e quello della società con un termine di durata, non espressamente previsto nel contenuto dell'atto costitutivo né della s.r.l. ordinaria (art. 2463 c.c.), né della s.r.l. semplificata (art. 2463-bis c.c.).

In altri casi, e più in generale, si pone il problema della ammissibilità di clausole dell'atto costitutivo di una s.r.l. semplificata le quali - pur essendo compatibili con la disciplina legale della s.r.l. ordinaria e con quella della s.r.l. a capitale ridotto (*ex art. 44 d.l. 83/2012*) - *derogano o integrano* il modello standard tipizzato, mediante l'*adozione di discipline convenzionali non già presenti nel regime legale*. Si pensi ad esempio alle clausole che prevedono limiti alla circolazione delle quote, ipotesi convenzionali di recesso o di esclusione, *quorum* rafforzati per le decisioni dei soci o per le decisioni dell'organo amministrativo, particolari regole in tema di distribuzione degli utili, etc.

In tutti questi casi, ferma la necessaria compatibilità poc'anzi ricordata, la massima nega che si possa giungere alla una qualificazione in termini di *illegittimità* della clausola dell'atto costitutivo o dello statuto della s.r.l. semplificata.

Da questo punto di vista si deve notare che il Ministero della giustizia con nota prot. N. 43644 del 10 dicembre 2012 ha affermato "che l'atto costitutivo e lo statuto delle società [a responsabilità limitata semplificate] ben possano essere integrati dalla volontà negoziale delle parti" e che "appare del tutto incongruo ritenere che la norma primaria abbia voluto (non espressamente) limitare l'autonomia negoziale rimettendo

ad una normativa regolamentare l'individuazione delle innumerevoli possibili opzioni concernenti l'organizzazione ed il funzionamento della società, senza peraltro che la selezione fosse dalla legge in alcun modo indirizzata con la formulazione dei criteri e principi volti a confermare il modello inderogabile di costituzione dell'ente". Nello stesso senso, diverse voci della dottrina ritengono per analoghi motivi consentite modifiche o integrazioni sostanziali al testo del modello standard tipizzato.

Si può inoltre rilevare che le figure della s.r.l. semplificata e della s.r.l. a capitale ridotto *non rappresentano autonomi tipi sociali*, caratterizzati da una disciplina che, una volta effettuata la scelta del tipo da parte di soci fondatori, assume la funzione di limite all'autonomia statutaria circoscrivendo l'ambito entro il quale essa può ritenersi legittimamente esplicata da parte dei soci. Esse costituiscono invero una variante tipologica (descrittivamente definibile come "sotto-tipo") la cui adozione comporta l'applicabilità di una disciplina legale parzialmente diversa rispetto a quella del tipo s.r.l. e che in parte condiziona la validità di alcune modifiche statutarie non conformi alla disciplina del sotto-tipo. Da questo punto di vista, ad esempio, una volta adottato il sotto-tipo della s.r.l. semplificata o della s.r.l. a capitale ridotto, non è possibile introdurre una clausola che espressamente preveda la libera circolazione delle partecipazioni a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche, se non adottando quelle modificazioni statutarie che comportino l'abbandono del sotto-tipo prescelto e il passaggio alla disciplina generale del tipo s.r.l. "ordinaria" (v. massima 132).

Così ragionando, si può altresì pervenire alla sostanziale equiparazione delle due varianti tipologiche della s.r.l. semplificata e della s.r.l. a capitale ridotto, la prima delle quali si risolve essenzialmente nella presenza di disposizioni ulteriormente "agevolative" *in sede di costituzione* (esenzione dall'imposta di bollo, dai diritti di segreteria e dagli onorari notarili), subordinate alla sussistenza di alcune "condizioni" non necessarie nella s.r.l. a capitale ridotto (età dei soci, attribuzione dell'amministrazione ai soci, adozione del modello standard), da cui deriva, durante la vita della società, l'applicabilità di limiti riferibili solo al sotto-tipo della s.r.l. semplificata (divieto di cessione a persone fisiche che abbiano compiuto 35 anni, divieto dell'attribuzione della carica di amministratori a non soci). Ne consegue, pertanto, che la mancanza di una o più di tali condizioni - ivi inclusa la deroga convenzionale rispetto al modello standard - non dà luogo alla *invalidità* delle relative clausole (sempre che esse siano compatibili con la disciplina della s.r.l. a capitale ridotto), bensì facciano semplicemente venir meno i presupposti delle disposizioni agevolative riservate alla s.r.l. semplificata, con conseguente qualificazione in termini di s.r.l. a capitale ridotto non semplificata.

Ma anche su quest'ultimo piano sembra piuttosto meritare approvazione la tesi per cui, mentre le condizioni connesse con l'età giovanile dei soci e con l'amministrazione riservata ai soci integrano presupposti indefettibili per la concessione delle agevolazioni sulle spese di costituzione, la conformità al modello standard (su aspetti diversi dai precedenti) rappresenta soltanto un presupposto per il "diritto" all'agevolazione, cioè per l'accantonamento del confliggente diritto del notaio alla giusta remunerazione del proprio incarico: sicché con il consenso di quest'ultimo la modifica e l'integrazione del modello standard non ostacolano la concessione dell'agevolazione e la qualificazione in termini di s.r.l. semplificata.

Nota bibliografica

La società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l. semplificata), regolata all'art. 2463-*bis* c.c., è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 3 d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 24 marzo 2012. Essa può essere costituita solo da persone fisiche che non abbiano compiuto i 35 anni di età, deve avere un capitale sociale inferiore a euro 10.000, ma almeno pari a un euro, e il suo atto costitutivo è redatto per atto pubblico in conformità al modello standard tipizzato emanato con d.m. n. 138 del 23 giugno 2012 dal Ministero della giustizia di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze e con quello dello sviluppo economico.

1. - I commentatori che hanno esaminato in prima lettura questo istituto si sono interrogati sulla possibilità che l'atto costitutivo redatto secondo il modello standard tipizzato possa essere integrato e, chi ritiene di rispondere in modo affermativo a questa prima domanda, si chiede anche entro quali limiti sia possibile apportare

integrazioni. Nell'affrontare la questione, è stata operata una distinzione preliminare tra interventi di carattere meramente formale, relativi alla redazione dell'atto pubblico, e integrazioni sostanziali, volte a plasmare concretamente la struttura e il funzionamento della singola s.r.l. semplificata.

Al riguardo, tra i primi si è pronunciato il Comitato triveneto dei notai, Orientamento R.A.1, settembre 2012, secondo il quale il modello standard «deve ritenersi imm modificabile per quanto riguarda la disciplina sostanziale del negozio costitutivo della società in esso prevista ma non anche in relazione alle formule dell'atto pubblico proposte (...). Nel caso concreto il notaio rogante potrà dunque utilizzare le formule dell'atto pubblico che riterrà più opportune, anche discostandosi da quelle contenute nel modello tipizzato, il tutto, ovviamente, nel pieno rispetto della disciplina legale sulla forma degli atti pubblici contenuta nella Legge Notarile e nelle altre norme speciali». Sul punto, in senso analogo, si veda anche Consiglio notarile di catania, commissione per l'aggiornamento professionale (a cura di G. Pappalardo).

Quanto alle integrazioni non strettamente formali, i primi studi e commenti si sono concentrati sull'espressione contenuta nell'art. 1, comma 2, d.m. 138/2012 che così recita: «[s]i applicano, per quanto non regolato dal modello standard di cui al comma 1, le disposizioni contenute nel libro V, titolo V, capo VII, del codice civile [relative alla s.r.l. ordinaria], ove non derogate dalla volontà delle parti».

Secondo Cnn, ufficio studi (a cura di F.G. Nardone - D. Boggiali - A. Ruotolo), *Regolamento della società a responsabilità limitata semplificata*, in *CNN Notizie*, 27 agosto 2012, «la norma non può che essere intesa nel senso che le disposizioni che integrano la disciplina degli aspetti organizzativi della società in aggiunta a quelle contenute nello statuto standard, sono le norme codicistiche che regolano le fattispecie generali. Il modello standard non dà, infatti, scelte opzionali se non in ipotesi espressamente previste (...). Per tutto ciò che non è disciplinabile nell'atto costitutivo quindi, stante la rigidità del modello standard, trova applicazione - in quanto compatibile - la corrispondente disciplina codicistica della srl»; per C. De Stefanis, C. Cicala, *Srl semplificata e a capitale ridotto*, Maggioli Ed., Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 38 «non ci sono problemi se quest'ultima espressione [art. 1, comma 2, d.m. 138/2012] si intende come meramente ripetitiva dell'ultimo comma dell'art. 2463-bis c.c. (.). Ma se invece si intendesse nel senso che l'atto costitutivo standard possa essere integrato "a piacimento", vi sarebbero almeno due problemi: da un lato il tema della derogabilità della legge da parte di un regolamento, evidentemente inammissibile; d'altro lato il fatto che questa società è stata concepita prevedendo un notevole abbattimento dei costi di costituzione e, in particolare, l'azzeramento di quelli professionali, proprio perché l'adozione di un atto costitutivo standard comprime la prestazione professionale. Sarebbe una grossa contraddizione, dunque, se si rivelasse legittima una Srls con atto costitutivo e statuto fuori dallo standard». Anche per M. Cian, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1101 ss., p. 1113-1114, è «evidente che residuano spazi modestissimi di operatività alla disposizione contenuta nell'art. 1 del decreto (...) la quale (stante, oltretutto, il rango che occupa) non può interferire con il sistema tipologico delineato dalla disciplina di livello primario: la volontà delle parti, suscettibile di determinare la disapplicazione delle norme codicistiche, non è e non può essere una volontà espressa in sede statutaria, ma può, se di per sé idonea a produrre tale effetto collocandosi al di fuori dell'atto costitutivo, certamente produrlo anche nel sub modello semplificato; in altre parole, in quanto la disciplina del tipo possa venire in generale derogata da un atto negoziale non consacrato in una clausola statutaria, la deroga è permessa anche nella s.r.l. semplificata».

Particolarmente restrittiva è anche la lettura proposta da F. Tassinari, *Società responsabilità limitata (SRL, art. 2463 ss. c.c.), società a responsabilità limitata semplificata (SRLS, art. 2463 - bis c.c.), società a responsabilità limitata a capitale ridotto (SRLCR, art. 44 d.l. 22 giugno 2012 n. 83 convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134), 30 ottobre 2012*, disponibile sul sito <http://www.consiglionotariletorino.it>, p. 20-23, per il quale, «alla luce della normativa primaria, non vi può essere alcuno spazio per l'esercizio dell'autonomia statutaria dei soci ad integrazione di quei pochi elementi per i quali la legge stessa apre all'autonomia privata», di conseguenza «deve ritenersi che l'inciso finale dell'art. 1

comma 2 del decreto, pure effettivamente aprendo ad una forma di autonomia statutaria non voluta dal legislatore primario, sia in realtà una previsione non *praeter legem*, bensì *contra legem*, e come tale invalida perché in contrasto con la norma di rango superiore»; è interessante notare che l'Autore si spinge oltre e afferma che i limiti si possano ripercuotere anche nella sfera parasociale: «[a]d avviso di chi scrive, (...) per valorizzare la scelta sistematica di fondo compiuta dal legislatore (...) si può ipotizzare che il divieto riguardi sia il "sociale" sia il "parasociale" avente un valore organizzativo, idoneo cioè a definire le regole di produzione dell'attività sociale e di imputazione dei relativi risultati, mentre non si estenda a ciò che, essendo privo di tale rilievo organizzativo, appare come meramente contrattuale, destinato cioè a produrre effetti come contratto di scambio e non alla stregua di una pattuizione modificativa, seppure con effetti soltanto tra le parti, della sostanza del contratto sociale», quindi «sembra corretto ritenere che la disciplina dettata dal legislatore in tema di SRLS limiti non solo l'autonomia statutaria, bensì, in maniera più pregnante, la stessa autonomia privata dei soci».

Un'interpretazione più liberale del dato normativo è stata proposta invece da Assonime, *La società a responsabilità limitata con capitale ridotto*, Circolare n. 29/2012, p. 18, la quale, prendendo atto che «l'obiezione che viene sollevata è che si tratta di una specificazione contenuta in un atto normativo di rango inferiore alla legge che prevede, invece, la conformità dello statuto al modello standard», replica che «[t]ale rilievo però, corretto sotto il profilo formale, non sembra tener conto della reale volontà del legislatore, che è intervenuto sulla materia quasi in pari data (22 e 23 giugno 2012) sia con un atto normativo primario, sia con il suddetto decreto. Inoltre, l'interpretazione restrittiva dell'obbligo di conformità al modello, come divieto di inserire clausole ulteriori, snaturerebbe completamente le caratteristiche e le funzioni proprie del tipo sociale a responsabilità limitata che si caratterizza per una sostanziale apertura alla pluralità di varianti organizzative. Si deve dunque ritenere preferibile la tesi che considera legittimo, per quanto non regolato dal modello, inserire clausole statutarie ulteriori e usufruire degli spazi di autonomia propri della società a responsabilità limitata, a condizione di non porsi in contrasto con le previsioni del modello e le finalità specifiche della s.r.l.s.». In senso liberale si è espresso anche P. Reviglio, *La società a responsabilità limitata semplificata*, in M. Bione - R. Guidotti - E. Pederzini (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, Cedam, Padova, 2012, p. 637 ss., p. 658, il quale ritiene che «la *ratio* della tipizzazione dello statuto "è quella di ridurre al minimo l'intervento e la prestazione notarile nella configurazione delle regole statutarie, allo scopo di poter stabilire (e giustificare) la regola della gratuità della prestazione», di conseguenza, «[s]e questa (e solo questa) è la *ratio* della standardizzazione dello statuto, da un lato, viene ulteriormente confermata la possibilità, per i soci di integrare ed ampliare il contenuto dello statuto *standard*, d'altro lato, tale possibilità risulta necessariamente subordinata al fatto che il profilo relativo alla gratuità della prestazione notarile venga negoziato e risolto dalle parti interessate, ovvero i soci costituenti ed il notaio». M. Rescigno, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata (art. 2463 bis c.c.; art. 44 d.l. n. 83/12; d.m. giustizia 23 giugno 2012, n. 138)*, in *NLCC*, 2013, p. 65 ss., p. 76-78 reputa che le «parti possano in sede di costituzione integrare il modello purché le integrazioni non siano in contrasto con quanto stabilito dalla legge in modo non derogabile e dalle previsioni del modello» e, più specificamente, ritiene ammissibili clausole in materia di durata della società, circolazione delle quote, diritti particolari *ex art.* 2468 relativi all'amministrazione, e decisioni dei soci, con l'eccezione però delle regole in materia di presidenza dell'assemblea.

È opportuno ricordare che anche O. Cagnasso, *Nel limbo gli effetti del superamento della soglia*, in *Italia Oggi*, 30 agosto 2012, commentando le novità normative sulla stampa quotidiana e interrogandosi sul se, per quanto concerne le norme dispositive relative alla s.r.l., «dovrà ritenersi che esse siano di applicazione necessaria, oppure i soci potranno modificarle, così come previsto per le srl», giunge alla conclusione che «la "trasformazione" delle norme derogabili in norme di applicazione necessaria richiederebbe (...) la presenza di un dato normativo in tal senso (...). Il regolamento sembra essere nella direzione opposta, là dove, per quanto non previsto dal modello, rinvia alle regole della srl "ove non derogate dalla volontà delle parti"». Sotto un diverso

profilo, l'Autore aggiunge che «[i]rrigidendo la disciplina e impedendo tutta una serie di opzioni può sorgere il rischio di rendere inutilizzabile o scarsamente fruibile il nuovo istituto, che deve già scontare i problemi relativi alla sostanziale mancanza del capitale sociale»; in senso analogo, sempre in sede di primo commento L. De Angelis, *Srl semplificata al debutto. Si può risparmiare fino a 800 ?*, in *Italia Oggi Sette*, 27 agosto 2012.

È infine opportuno segnalare, infine, la tesi di G. Ferri jr, *Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *CNN Notizie*, 10 aprile 2013, il quale non esclude che i soci possano avvalersi di un'ampia autonomia statutaria, ma invita a riflettere su quali possano essere le conseguenze di questa scelta: per questo Autore, infatti, i soci infatti potrebbero inserire «attraverso una "ordinaria" modificazione dell'atto costitutivo, integralmente soggetta cioè alla relativa disciplina (e non anche a quella della trasformazione, che in vero non risulta in tal caso applicabile nemmeno in via analogica), regole che, per quanto incompatibili con il loro contenuto, devono ritenersi perfettamente legittime: salvo con ciò perdere, o non essere in grado di ottenere, quei benefici che la legge mostra appunto di subordinare al rispetto di determinate condizioni; né, del resto, la circostanza che alcune di esse si risolvano nella previsione, o nella mancata previsione, di specifiche clausole dell'atto costitutivo sembra potersi ritenere di per sé sufficiente a ricollegare alle discipline in esame una qualche limitazione dell'ambito di operatività dell'autonomia statutaria: per la ragione, decisiva, che il mancato rispetto di tali condizioni, lungi dal riflettersi sulla validità delle corrispondenti deliberazioni, vale pur sempre, e soltanto, a precludere ai soci la possibilità di conseguire i relativi benefici».

2. - Sulla base di tali premesse, alcuni commentatori hanno analizzato ipotesi specifiche di integrazione dell'atto costitutivo, per valutarne l'eventuale ammissibilità. Tra queste sono state oggetto di esame le clausole relative (a) alla durata dell'esercizio sociale della s.r.l. semplificata, con particolare riguardo al problema delle indicazioni concernenti la chiusura del primo esercizio sociale, (b) alla durata della società e (c) alle regole di funzionamento degli organi sociali.

3. - Incominciando dalle clausole relative alla durata degli esercizi sociali, la questione posta dai primi interpreti è se, nel silenzio del modello standard tipizzato, il primo esercizio sociale debba necessariamente avere la durata di un anno e, quindi, se il primo esercizio della s.r.l. semplificata debba necessariamente avere termine con il decorso di un anno dalla costituzione della società. Secondo F.G. Nardone - A. Ruotolo, *Società a responsabilità limitata semplificata. Questioni applicative*, in *CNN Notizie*, 5 novembre 2012, «l'unica regola codicistica applicabile è quella della durata annuale dell'esercizio, ricavabile dall'art. 2364, comma 2, c.c., richiamato dall'art. 2478-bis, comma 1, c.c. (.). Fermo restando che sul punto nessuna indicazione appare consentita nel modello standard, le indubbie difficoltà che ne deriverebbero per la società ove si ritenesse che il primo esercizio si chiuda decorso l'anno dalla costituzione sembrano poter essere ridimensionate tenendo conto di quanto dispone l'art. 76 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 [ai sensi del quale "se la durata dell'esercizio (...) non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo (...) il periodo d'imposta è costituito dall'anno solare"]»; siccome «[n]el caso della società a responsabilità limitata semplificata da un lato la legge non determina la durata dell'esercizio (...) , e dall'altro lato non è data possibilità, per i soci, di stabilire tale durata nell'atto costitutivo (...) l'applicazione del disposto dell'art. 76 TUIR imporrebbe alla s.r.l.s. la redazione, di un bilancio, ai fini dell'imposta, parametrato all'anno solare». Secondo questa impostazione, quindi, «[i]l principio di economia dei mezzi giuridici e l'istanza di semplificazione sottesa a queste disposizioni potrebbero allora portare a ritenere che essendo comunque tenuta la società alla redazione del bilancio ai fini IRES per l'anno solare, tale periodo possa valere anche a fini civilistici, pur nel silenzio dell'atto costitutivo»; nello stesso senso anche A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)*, in *Società*, 2012, p. 1305 ss., p. 1313, secondo i quali «pare potersi legittimamente obiettare che l'eventuale introduzione nell'atto costitutivo della s.r.l.s. di una clausola che ragguagli all'anno solare la scadenza del primo esercizio non sembra attentare al principio in base al quale la

s.r.l.s. può essere costituita solo e soltanto in base al *wording* dell'atto costitutivo "standard".

È importante rilevare però che il Consiglio notarile di Catania, cit., p. 6-7, è giunto a conclusioni diverse: facendo riferimento ad alcuni passi della massima VII dell'8 maggio 2001 della Commissione per l'elaborazione dei principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano, per la quale «può ritenersi principio ormai acquisito in dottrina e in giurisprudenza che il principio della annualità degli esercizi sociali e del conseguente obbligo di redigere il bilancio di esercizio su base annuale debba essere temperato con il diritto della società di scegliere la data di inizio dell'esercizio sociale che non deve necessariamente coincidere con il momento in cui la società è venuta a giuridica esistenza», sostiene che «se ciò è vero (...) la regola generale, in mancanza di diversa pattuizione, sembra essere (...) che la data di inizio dell'esercizio sociale debba coincidere con il momento in cui la società è venuta a giuridica esistenza (...) Per cui, in definitiva, sembra potersi affermare (...) che, non potendo essere modificato né integrato a tal fine il modello standard, la SRL semplificata avrà sempre e necessariamente gli esercizi sociali (tutti, anche il primo) della durata di un anno: annualità che avrà inizio dal giorno dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese e conclusione, di anno in anno, nel giorno di calendario immediatamente precedente a quello iniziale». In modo simile sembra orientato anche F. Tassinari, cit., p. 20, per il quale «in una SRLS l'atto costitutivo non può neppure prevedere quella clausola che nelle SRL ordinarie è diventata una clausola immancabile, secondo cui la durata del primo esercizio scade ad una data infrannuale, normalmente corrispondente con il 31 dicembre dell'anno in corso al momento della costituzione».

4. - Sempre sotto il profilo temporale, ma con riferimento alla durata della società, gli interpreti sono divisi tra la tesi per cui la durata della s.r.l. semplificata è, nel silenzio della disciplina normativa e regolamentare, necessariamente indeterminata e la tesi per cui, invece, tale durata può essere stabilita dai soci, dovendosi applicare la regola di *default* della durata indeterminata soltanto in mancanza di un'espressa previsione delle parti.

A sostegno della prima tesi, si vedano A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1312, i quali argomentano che «non prevedendosi nulla nel modello "standard" varrebbe la «regola secondo la quale, ove non sia diversamente disposto nell'atto costitutivo, la durata deve intendersi indeterminata (arg. ex artt. 2463 e 2473, comma 2, c.c.), con la conseguenza (...) della facoltà di recesso *ad nutum* di qualsiasi socio in qualsiasi momento della vita della società, con preavviso "rigido" (cioè non statutariamente modificabile, come invece è possibile nella s.r.l.o.) di 180 giorni»; in senso analogo, Consiglio notarile di Catania, cit., p. 6; F.G. Nardone - A. Ruotolo, *Questioni applicative*, cit.

Propende per la seconda tesi, in sede di primo commento sulla stampa quotidiana, L. De Angelis, *Srl semplificata al debutto*, cit., per il quale, con riferimento alla s.r.l. ordinaria, «[d]ottrina e giurisprudenza ritengono giustamente che nel caso in cui nulla fosse previsto la società è considerata contratta a tempo indeterminato. Tale regola si ritiene varrà anche per chi adotterà lo statuto standard, salvo, anche in questo caso inserire la durata nelle disposizioni "integrative"; sul punto si veda anche, sempre in sede di primo commento, L. De Angelis - G. Ventura, *Srls, lo statuto rigido le affossa*, in *Italia Oggi*, 8 novembre 2012, i quali ritengono ammissibile l'inserimento di un termine di durata della società «per evitare il recesso *ad nutum* dei soci (...). Situazione questa che costituirebbe un limite fortissimo alla stessa costituzione della società».

5. - Per quanto riguarda le clausole concernenti il funzionamento degli organi sociali, giova rammentare che la clausola n. 8 del modello standard tipizzato prevede che «l'assemblea dei soci, ove sia richiesta deliberazione assembleare per la decisione dei soci, è presieduta dall'amministratore unico o dal presidente del consiglio di amministrazione». In relazione a detta formulazione gli interpreti si sono posti principalmente due questioni: (i) se i soci si debbano sempre riunire in assemblea o se siano ammissibili modalità alternative per l'assunzione delle decisioni da parte dei soci, quali la consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto; (ii) se, oltre all'amministratore unico e al consiglio di amministrazione, siano ammissibili anche modelli di amministrazione pluripersonale congiunta o disgiunta.

Relativamente alla prima questione, A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1312, ritengono che l'espressione utilizzata nel decreto ministeriale, sia «frutto evidentemente di un'impurità redazionale, in quanto (...) non possono ammettersi nella s.r.l.s. ambiti decisionali dei soci diversi da quello assembleare (non potendosi dar corso a decisioni dei soci assunte mediante "consultazione scritta" oppure "consenso espresso per iscritto"), mentre la norma in questione sembra evocare scenari nei quali le decisioni dei soci vengano adottate al di fuori di una assemblea».

Secondo F.G. Nardone - A. Ruotolo, *Questioni applicative*, cit., la formula utilizzata nel modello va invece «letta nel senso che il ricorso al metodo assembleare è inderogabile solo nei casi previsti dall'art. 2479, comma 4 (...). Ne deriva, quindi, che al di fuori di tale ipotesi, saranno gli amministratori della società a responsabilità limitata semplificata a stabilire di volta in volta se ricorrere al metodo assembleare, a quello della consultazione scritta o al consenso espresso per iscritto»; anche secondo O. Cagnasso, *Nel limbo*, cit., che ha esaminato il problema sulla stampa quotidiana, «alcune scelte sembrano in effetti ammesse dallo stesso modello standard ove si prevede espressamente la possibilità di decisioni assembleari dei soci e quindi anche di decisioni extra assembleari»; nello stesso senso sono orientati A. Baudino, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 12, p. 21 ss., p. 42.; L. De Angelis, *Srl semplificata al debutto*, cit., in sede di commento sulla stampa quotidiana.

Con riferimento alla seconda tematica, relativa alla possibilità di prevedere modelli di amministrazione diversi da quelli indicati nel modello standard tipizzato - e diversamente da quanto appena indicato in relazione alla possibilità di adottare modalità alternative per le decisioni dei soci - F.G. Nardone - A. Ruotolo, *Questioni applicative*, cit., ritengono inammissibile il ricorso a modelli di amministrazione pluripersonale disgiunta o congiunta, in quanto una simile opzione «dovrebbe risultare da una espressa previsione dell'atto costitutivo che il modello tipizzato (...) non consente». L'inammissibilità di modelli di amministrazione pluripersonale disgiunta o congiunta è stata sostenuta anche dal Consiglio notarile di Catania, cit., p. 5, e, in modo simile, si sono pronunciati in sede di prima lettura sulla stampa quotidiana anche O. Cagnasso, *Nel limbo*, cit. e A. Busani, *Nuova società se l'under 35 esce*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 agosto 2012. Sempre in senso negativo, ma lasciando qualche spazio per una diversa interpretazione, A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1311, secondo i quali «non paiono introducibili le modalità dell'amministrazione pluripersonale congiuntiva o disgiuntiva, anche se un argomento - che peraltro sembra assai debole - nel senso della malleabilità su questo punto del modello "standard" di atto costitutivo potrebbe essere tratto dal rilievo secondo cui quando l'art. 2463 *bis*, comma 2, n. 4), c.c., rimanda all'art. 2463, comma 2, n. 7), c.c., con ciò si consentirebbe un intervento additivo rispetto al modello "standard", al fine appunto di rendere possibile, nel caso di nomina di una pluralità di amministratori, un approdo diverso dal fatto che essi vadano di necessità a comporre un organo invariabilmente collegiale; anche perché (...) non pare il modello "standard" essere alieno dal permettere un intervento additivo riferito a clausole destinate a regolare la vita societaria non strutturalmente ma solo temporaneamente». Per completezza, si deve segnalare che questa impostazione non coincide completamente con quella precedentemente proposta, in sede di primo commento sulla stampa quotidiana da uno dei due Autori appena citati: C.A. Busi, *Srl semplificata, riserva dei notai*, in *Italia Oggi*, 11 settembre 2012, infatti, commentando l'apparente contraddizione tra l'asserita immutabilità del modello standard di cui al d.m. 138/2012 e l'espressione utilizzata dall'art. 1, comma 2, del citato decreto ai sensi del quale si applicano alla s.r.l. semplificata le norme del codice civile sulla s.r.l., «ove non derogate dalla volontà delle parti», aveva sostenuto che «forse non c'è conflitto fra l'articolo del c.c. e il regolamento se si ritiene che la derogabilità si riferisca ai soli tratteggi da completare consentiti dallo stesso s.s. e riguardanti soprattutto la scelta del sistema di amministrazione, consentendo anche l'opzione per l'amministrazione congiunta o disgiunta».

A favore dell'introduzione di diversi modelli di amministrazione si segnalano A. Baudino, cit., p. 42, per il quale «[l]art. 2475 c.c., sicuramente applicabile alla

fattispecie, consente inoltre ai soci ampia libertà di scelta circa il sistema di amministrazione della società, ammettendo accanto alle forme tradizionali (organo amministrativo uninominale, organo pluripersonale collegiale), le forme di amministrazione disgiuntiva oppure congiuntiva, regolate dalle disposizioni previste in tema di società di persone»; F. Attanasio, *S.r.l. semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?*, in *Società*, 2012, p. 894 ss., p. 899.

Sulla questione dell'integrabilità in generale del modello standard tipizzato è infine intervenuto direttamente il Ministero della giustizia, il quale, con un'inusuale nota interpretativa (prot. n. 43644, 10 dicembre 2012) della legislazione vigente, afferma che «l'atto costitutivo e lo statuto della società in questione ben possano essere integrati dalla volontà delle parti» e che «in un sistema che delinea il paradigma delle società a responsabilità limitata in chiave di ampia derogabilità da parte dei soci, appare del tutto incongruo ritenere che la norma primaria abbia voluto (non espressamente) limitare l'autonomia negoziale rimettendo ad una normativa regolamentare l'individuazione delle innumerevoli possibili opzioni concernenti l'organizzazione ed il funzionamento della società, senza peraltro che la selezione fosse dalla legge in alcun modo indirizzata con la formulazione di criteri e principi volti a conformare il modello inderogabile di costituzione dell'ente».

6. - L'analisi comparatistica mette in luce che anche in altri paesi comunitari sono state introdotte figure societarie a responsabilità limitata caratterizzate (a) da un capitale minimo molto basso o irrisorio, (b) da un procedimento costitutivo talvolta agevolato e (c) da regole sulla formazione e il mantenimento del capitale sociale adattate, almeno in minima parte, alle peculiarità di queste società. Con particolare riguardo alla fase costitutiva si rileva che in Germania, in forza della riforma delle società a responsabilità limitata del 2008 (in breve "MoMiG"), è stata creata la *Unternehmergesellschaft* (UG), una variante della società a responsabilità limitata ordinaria (GmbH) regolata al § 5a *GmbH Gesetz*, avente un capitale sociale inferiore a euro 25.000, interamente versato in denaro all'atto della costituzione, di cui possono essere soci sia persone fisiche sia persone giuridiche. I fondatori di una UG non devono seguire una procedura di costituzione specifica ma, al pari dei soci di una GmbH, possono scegliere tra la procedura ordinaria e la procedura semplificata, che si distingue dalla prima perché è attivabile solo qualora vi partecipino al massimo tre soci e un amministratore e per il fatto che l'atto costitutivo, redatto dal notaio, deve rispecchiare il protocollo tipo (*Mustertprotokoll*) predisposto dal legislatore (con una conseguente riduzione degli oneri notarili). Sotto questo profilo, quindi, il modello di atto costitutivo non è né obbligatorio per coloro che costituiscono una UG, né specificamente improntato su di essa, ma è destinato a chi volesse costituire una GmbH o una UG con una struttura semplificata. In ogni caso, optando per l'adozione del modello standard, «the founders have to agree on certain standardized terms attached to the statute without any amendment or modification» (così U. Noach - M. Beurskens, *Of tradition and change - The modernization of the German GmbH in the face of European competition*, in McCathey et al., *Private Company Law Reform*, 2010, TMC Asser Press, The Hague, 2010, p. 157 ss., p. 164); detto modello, infatti, come riportato da R. Weigmann, *La riforma tedesca della disciplina della s.r.l.*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, n. 3, p. 6 ss., p. 7, può essere validamente adottato solo «qualora non si prevedano clausole in deroga alla disciplina dispositiva della legge».

La Spagna presenta un sistema più variegato, dovuto anche agli interventi normativi che si sono susseguiti nel corso del tempo. Nello specifico, con la *Ley 7/2003* è stata creata la *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (SLNE), definita come una «*especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*» (art. 130 *Ley 7/2003*), che si distingue rispetto al tipo generale principalmente per le peculiarità che connotano il suo procedimento di costituzione: i soci fondatori, infatti, devono adottare uno statuto, predisposto dal notaio, rigorosamente conforme ai c.d. «*estatutos orientativos*», i quali contengono, tra gli altri, una lista di attività già predefinite costituenti l'oggetto sociale tra cui i soci possono scegliere, ma che, tendenzialmente, non possono variare (nel complesso una sorta di «*check-the-box form*», utilizzando le parole di U. Noach - M. Beurskens, cit., p. 165). Non è ammessa alcuna modifica dell'atto costitutivo se non per il cambiamento della sede sociale, della misura del capitale sociale (compreso tra Euro 3.000 e 120.202) e della denominazione sociale, che comunque non è libera e

consiste in un codice alfanumerico ricavato dai dati anagrafici dei soci. Probabilmente un simile approccio deve essere valutato anche alla luce della circostanza che uno dei fattori di lentezza nel procedimento di costituzione delle società spagnole era rappresentato dalla verifica operata dal «*registrador mercantil*», con funzioni assimilabili a quelle del nostro Registro delle imprese, sugli atti costitutivi della società. Dato un simile presupposto, «[l]a única razón de ser de estos estatutos (...) radica en la necesidad de facilitar la labor del registrador (...). Puesto que para el legislador era esencial acortar el plazo de inscripción, se optó por una solución una tanto peculiar: la aprobación por el Ministerio de Justicia de unos estatutos orientativos cuya utilización facilita enormemente la labor del registrador, puesto que ésta se limita, en cuanto a los estatutos, a la tarea de comprobar si efectivamente han sido utilizados los aprobados por el Ministerio de Justicia» (così F.A. Madrideo, *El régimen jurídico de la sociedad nueva empresa*, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2003, n. 39, p. 161 ss., p. 210-211); anche per R. De Elias-Ostua Ripol, *La nueva ley de la sociedad limitada nueva empresa: oportunidad de la norma y principios en que se inspira*, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2003, n. 39, p. 11 ss., p. 25, «La propia Orden [Orden JUS/1445/2003, che ha introdotto gli *Estatutos Orientativos*] reconoce implícitamente que su objeto no es, en realidad, orientar a los fundadores en la tarea de redactar los estatutos, sino conseguir que la calificación del registrador sea positiva y pueda ser realizada en el plazo de veinticuatro horas»; in senso conforme anche J.M.E. Irujo, *A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada*, in *RDS*, 2007, n. 2, p. 9 ss., p. 19-20; J.A. Águila-Real, *Lowering legal barriers to entry through technology without touching vested interests: the Spanish Sociedad Limitada - Nueva Empresa*, in *European Business Organization Law Review*, 2004, p. 449 ss.

La SLNE costituisce quindi un sotto-tipo della *sociedad de responsabilidad limitada*, per la cui costituzione, a differenza che in Germania, è obbligatoria l'adozione dello statuto standard, senza la possibilità di apportare ulteriori modifiche. Nel 2010, tuttavia, il sistema spagnolo è stato nuovamente innovato mediante l'introduzione di un procedimento telematico di costituzione, ammissibile, a certe condizioni, per tutte le società a responsabilità limitata. Più precisamente, l'art. 5^{dos} del *Real Decreto-ley 13/2010* prevede la possibilità di costituire una *sociedad de responsabilidad limitada* c.d. *Exprés* entro ventiquattro ore a patto che il capitale sociale sia inferiore a 3.100 euro, i soci siano persone fisiche e che venga adottato lo statuto tipo predisposto dal Ministero della Giustizia (con *Orden JUS/3185/2010*). Anche in questo caso i soci fondatori dovranno scegliere come oggetto sociale una o più delle attività elencate all'art. 2 dell'*Orden* e il capitale sociale dovrà essere interamente versato in denaro al momento della stipula dell'atto di costituzione.

In sintesi, alla luce di quanto sopra, il legislatore spagnolo ha perseguito gli obiettivi di semplificazione e velocizzazione del procedimento costitutivo concependo, da un lato, un sotto-tipo della *sociedad limitada*, la *sociedad limitada nueva empresa*, soggetta a rigorosi limiti sostanziali e procedurali e, dall'altro, consentendo in un secondo tempo a tutte le società a responsabilità limitata (*sociedad limitada exprés*) l'accesso a dette facilitazioni, senza però abbandonare il carattere inderogabile del modello standard dell'atto costitutivo, realizzando pertanto tali obiettivi soltanto a fronte di un significativo sacrificio dell'autonomia privata. [Nota bibliografica a cura di Aurora Crucil - Corrado Malberti]

MASSIMA N. 128 - Requisiti soggettivi e partecipazioni in s.r.l. semplificata (art. 2463-bis c.c.) [5 marzo 2013]

La circostanza che i soci fondatori della s.r.l. semplificata debbano essere persone fisiche di età inferiore a 35 anni non costituisce un requisito soggettivo di carattere permanente per l'assunzione e la detenzione di partecipazioni in s.r.l. semplificate. Il superamento dell'età di 35 anni da parte di uno o anche tutti i soci di tale modello societario non comporta pertanto alcuna conseguenza né in capo al socio (che mantiene i propri diritti e non può essere per ciò solo escluso, salva apposita clausola in tal senso), né in capo alla società (che permane ad essere una s.r.l. semplificata).

Si deve ritenere che il divieto di "cessione delle quote a soci non aventi i requisiti di età" (art. 2463, comma 4, c.c.):

(a) sia applicabile a tutti gli atti tra vivi che comportino, a qualsiasi titolo il trasferimento delle partecipazioni sociali;

(b) abbia ad oggetto, oltre che il trasferimento della piena proprietà della partecipazione, anche il trasferimento o la costituzione di diritti parziali di godimento o il trasferimento della nuda proprietà da essi gravata;

(c) comporti anche il divieto di porre in essere operazioni societarie (aumenti di capitale, fusioni, scissioni, etc.) in esito alle quali una o più partecipazioni della s.r.l. semplificata venga attribuita a persone fisiche che abbiano compiuto i 35 anni o a soggetti diverse dalle persone fisiche.

MOTIVAZIONE

La massima affronta il tema del "requisito soggettivo" dei soci di s.r.l. semplificate, posto dall'art. 2463-bis, comma 1, c.c. relativamente alle persone fisiche che non abbiano compiuto i 35 anni di età, prendendo in esame in particolare due distinte questioni: (a) anzitutto quella della natura di tale "requisito" e delle conseguenze dell'assunzione o della detenzione di partecipazioni da parte di soggetti che ne siano privi; (b) in secondo luogo, la questione del significato e della portata del divieto di "cessione delle quote a soci non aventi i requisiti di età", ai sensi dell'art. 2463-bis, comma 4, c.c.

In relazione al primo punto si deve rilevare che - anche alla luce del testo attuale dell'art. 2463-bis c.c., al contrario di quanto espressamente previsto nel testo originario del d.l. 1/2012 - non si può ritenere che la natura del soggetto (persona fisica) e la sua età (non superiore a 34 anni) rappresentino in senso proprio un *requisito soggettivo* per la partecipazione a una s.r.l. semplificata, bensì solo un requisito per la partecipazione *all'atto costitutivo* e per l'acquisizione *per atto tra vivi* di una partecipazione in tale sotto-tipo di s.r.l. Per un verso, infatti, non sembra potersi desumere un impedimento a che la partecipazione venga trasferita a una persona giuridica o a una persona fisica che abbia compiuto 35 anni, allorquando ciò avvenga *mortis causa*, vuoi a titolo universale, vuoi a titolo particolare. Per altro verso, l'evoluzione del testo di legge, prima della sua versione definitiva, impedisce di far conseguire alcun effetto al superamento dei 35 anni da parte di una persona fisica che abbia acquisito la partecipazione prima del compimento dei 35 anni.

Non si pongono quindi ostacoli al mantenimento, in capo al soggetto che ha superato detta soglia di età, della partecipazione in una s.r.l. semplificata, essendo unicamente vietati la costituzione di una tale società da soggetti che hanno già compiuto i trentacinque anni e la cessione delle quote a soggetti non aventi i medesimi requisiti di età. La presenza esclusiva di soci che non hanno compiuto i trentacinque anni di età, in altre parole, non costituisce un carattere distintivo della s.r.l. semplificata durante la sua esistenza, bensì essenzialmente al momento della sua costituzione. Il superamento della soglia di età da parte di un socio non è quindi causa di esclusione *ex lege*, né comporta lo scioglimento della società, né impone il passaggio da s.r.l. semplificata, a s.r.l. a capitale ridotto, oppure a s.r.l. o ad altro tipo sociale.

Dubbi maggiori potrebbero sorgere per quanto riguarda la portata del divieto di cessione a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche *under 35*. La norma ha anzitutto una finalità antielusiva del disposto del primo comma dell'art. 2463-bis c.c. e delle connesse "agevolazioni" di cui beneficia la s.r.l. in sede di costituzione. Essa inoltre è volta ad impedire - più in generale e anche a distanza di tempo dalla costituzione - che al sotto-tipo della s.r.l. semplificata possa essere dato volontariamente accesso a soggetti diversi dalle persone fisiche *under 35*. Sembra pertanto logico dedurre che il divieto è applicabile a *qualsiasi atto tra vivi* che possa comportare il trasferimento delle partecipazioni sociali, inclusi, pertanto, anche gli atti a titolo gratuito. Per la stessa ragione anche la concessione di diritti parziali di godimento, o, simmetricamente, della nuda proprietà delle quote, rientrano nell'ambito del divieto, in quanto, come già è stato rilevato, è preclusa a qualsiasi soggetto che abbia compiuto trentacinque anni la partecipazione *a qualsiasi titolo* all'atto costitutivo, con l'assunzione di quei diritti in quella sede.

Le stesse ragioni portano anche a escludere la legittimità di un aumento di capitale che comporti l'ingresso di un *nuovo socio* che ha già superato detta soglia di età, così come tutte le altre operazioni (quali fusioni e scissioni) che possano, al loro esito, risultare nell'attribuzione di una partecipazione ad un soggetto con un'età superiore a trentacinque anni. Siffatta applicazione estensiva del divieto, tuttavia, non impedisce l'attribuzione, a qualsiasi titolo, di nuove partecipazioni *ai vecchi soci*, che sono diventati tali quando avevano meno di 35 anni ma che hanno poi superato tale soglia di età. Così, in via esemplificativa, si devono ritenere ammissibili: (i) i trasferimenti di partecipazioni *tra soci*, anche quando il socio acquirente ha compiuto i 35 anni; (ii) gli aumenti gratuiti di capitale, che comportano un incremento (peraltro solo nominale) della partecipazione dei soci, anche quando i soci che ne beneficiano hanno compiuto 35 anni; (iii) gli aumenti di capitale a pagamento mediante i quali vengono sottoscritte nuove partecipazioni da vecchi soci che nel frattempo hanno compiuto 35 anni.

Nota bibliografica

La s.r.l. semplificata si distingue dalle altre società di capitali non solo per la necessaria adozione da parte dei fondatori di un atto costitutivo standard, ma anche perché questi ultimi devono essere «giovani», ovvero devono avere meno di 35 anni di età. Infatti, come indicato nella Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. 1/2012, l'art. 2463-*bis* c.c. «tende a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro (...) mediante la loro partecipazione a strutture associative prive dei rigorosi limiti previsti fino ad ora per le società di capitali, che di fatto impediscono l'accesso a tale tipo di struttura da parte degli imprenditori più giovani e meno abbienti». Ciò detto, si deve rilevare che la messa in opera del requisito anagrafico ha posto diversi interrogativi agli interpreti, anche in considerazione delle rilevanti modifiche che sono state apportate al testo dell'art. 2463-*bis* c.c. in sede di conversione del d.l. 1/2012.

1. - La versione originaria dell'art. 2463-*bis* c.c. prevedeva che, in caso di compimento del trentacinquesimo anno di età da parte di uno dei soci, «se l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori non [avesse deliberato] la trasformazione della società, [il socio sarebbe stato] escluso di diritto e si [sarebbe applicato] in quanto compatibile l'articolo 2473-*bis*». Se invece il requisito dell'età fosse venuto meno in capo a tutti i soci «gli amministratori [avrebbero dovuto], senza indugio, convocare l'assemblea per deliberare la trasformazione della società, in mancanza si [sarebbe applicato] l'articolo 2484». L'attuale formulazione dell'art. 2463-*bis* c.c., invece, non reca più alcun riferimento alle conseguenze, per i singoli soci e per la società, in caso di superamento del limite d'età.

Alla luce di questa modifica, la maggior parte dei primi commentatori è concorde nel ritenere che il requisito dell'età sia ora richiesto solo in sede di costituzione o di ingresso di un nuovo socio nella compagine sociale. In proposito si vedano Assonime, cit., p. 15, «il requisito dell'età è un elemento che deve sussistere al momento della costituzione della società, oppure al momento dell'ingresso di nuovi soci (poiché è questo il momento dell'avvio per il soggetto che subentra), ma non deve necessariamente permanere nel corso dell'intera vita sociale»; M. Cian, cit., p. 1117, per il quale «[i]l compimento del trentacinquesimo anno non provoca dunque alcuna conseguenza sulla società, né sulla partecipazione del socio interessato dall'evento»; Comitato triveneto dei notai, Orientamento R.A.3, settembre 2012, il quale specifica che «[t]ale vicenda non può dunque integrare una causa di esclusione del socio o una causa di scioglimento della società, e nemmeno produrre la perdita *ex lege* della qualifica di s.r.l. semplificata»; F. Attanasio, cit., p. 899, il quale aggiunge che «[i]l silenzio della legge in merito può essere però anche interpretato, prevedendo l'esclusione volontaria o decisa dalla società del socio che supera i 35 anni di età o anche la trasformazione in un'altra forma societaria (s.r.l., ordinaria oppure s.r.l. a capitale ridotto)»; in modo simile anche F. Tassinari, cit., p. 14, per il quale «[n]el silenzio della legge, non sembra che l'interprete possa ricondurre a tale circostanza alcuna conseguenza giuridica, si tratti dello scioglimento della società (da escludere anche in base all'argomento della c.d. intenzione del legislatore, desumibile dalla soppressione dell'art. 2484 comma 2 c.c. introdotto dal decreto legge in sede di conversione del medesimo), dell'esclusione *ex lege* del socio di cui si tratta (non riconducibile tra l'altro in alcun modo alla nozione di giusta causa prevista per le cause convenzionali di esclusione dall'art. 2473 - bis c.c.), del dovere dei soci di

modificare l'atto costitutivo per assumere la veste di SRL ordinaria (che sarebbe del tutto fuori sistema, dal momento che questo, se non ci si inganna, non conosce alcuna situazione in cui è attribuito ai soci di una società come tali l'obbligo di deliberare una modificazione dell'atto costitutivo) o del dovere degli amministratori di convocare una deliberazione assembleare per deliberare la citata modificazione (che risulterebbe a sua volta inefficace al fine di garantire l'esito in ipotesi auspicato, dal momento che la successiva mancata deliberazione assembleare resterebbe comunque priva di conseguenze)». M. Rescigno, cit., p. 79, nt. 32, afferma che per le s.r.l. semplificate «l'invecchiamento non è « sanzionato » dalla norma».

In senso più dubitativo, A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)* cit., p. 1315, i quali, da un lato, osservano che, «se si ritiene che una s.r.l.s. costituita da soci *infra* 35enni possa evolversi, per il naturale avanzamento dell'età, in una s.r.l.s. i cui soci siano tutti *ultra* 34enni, non si capirebbe il senso della norma che dispone la nullità della cessione di quota a un soggetto *over* 34enne» e, dall'altro, rilevano che «la legge non dice nulla sul punto in esame, con ciò legittimandosi l'impressione che la s.r.l.s. degli *infra* 35enni possa evolvere in una s.r.l.s. formata da (uno, più, tutti i) soci (divenuti) *ultra* 34enni, anche perché i "rimedi" alla presenza di un *ultra* 34enne in una s.r.l.s. (ove tale presenza non si ritenesse consentita) non paiono facili da costruire»; sul punto si vedano anche R. Guidotti, E. Pederzini, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in M. Bione - R. Guidotti - E. Pederzini (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, Cedam, Padova, 2012, p. 659 ss., p. 661, i quali, incidentalmente, esaminando le differenze esistenti tra la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto, affermano che per le s.r.l. a capitale ridotto «[l]a scelta normativa comporta, com'è ovvio, l'inapplicabilità del divieto previsto per la s.r.l.s. (art. 2463 *bis*, comma 4°, c.c.) di cessione delle quote a persone fisiche di età superiore ai trentacinque anni o l'esclusione di diritto, con conseguente obbligo di liquidazione della quota, del socio che abbia raggiunto l'età "soglia"».

Contrario alla tesi per cui il requisito di età debba essere soddisfatto soltanto al momento della costituzione della società è, invece, P. Reviglio, *La società a responsabilità*, cit., p. 644, per il quale «[l]'assenza di una disciplina specifica non può, in alcun modo, legittimare l'interpretazione secondo cui la limitazione relativa all'età riguarderebbe esclusivamente il momento della costituzione e non già le fasi successive» e, quindi, «[u]na volta riconosciuta l'essenzialità del requisito dell'età, sia in sede di costituzione, sia nel corso dell'attività sociale, si deve necessariamente affermare che la perdita di quel requisito da parte di un socio comporta l'automatica "estromissione di quest'ultimo dalla compagine sociale"».

Un approccio per certi versi meno restrittivo è invece quello proposto da C. De Stefanis - C. Cicala, cit., p. 33, i quali, al contrario, sostengono che «[è] vietato nelle società a responsabilità limitata semplificata il trasferimento delle quote a persone che abbiano compiuto i 35 anni di età alla data della cessione trasferimento e l'eventuale atto è conseguentemente nullo. Le cessioni di quote societarie devono essere compiute solo a favore di persone fisiche che non abbiano compiuto 35 anni: [i] nelle Srl semplificate unipersonali il compimento del 35° anno di età comporta la scioglimento della società oppure la trasformazione in normale Srl ovvero Srl a capitale ridotto; [ii] nel caso di Srl semplificate pluripersonali il compimento dei 35 anni da parte dei singoli soci comporta la trasformazione in normale Srl ovvero Srl a capitale ridotto. Alternativamente è possibile cedere la quota del socio *over* 35 ai soci *under* 35 o a taluno di essi».

2. - In relazione al trasferimento delle quote, vietato *ex lege* a persone fisiche che abbiano compiuto trentacinque anni, i primi interpreti sono sostanzialmente concordi nel ritenere che alla cessione propriamente detta vadano assimilate anche operazioni che possono avere i medesimi effetti in merito al trasferimento della titolarità della quota. Secondo A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1314, «se un *ultra* 34enne non può entrare nella s.r.l.s. mediante una cessione di quote, pare che nemmeno egli possa entrarvi mediante un'altra operazione che, seppur di diversa natura, abbia la medesima conseguenza (anche se la legge non ne sancisca espressamente il divieto): si pensi a un'operazione di aumento di capitale sociale della s.r.l.s. oppure a un'operazione di fusione o di scissione che abbia una s.r.l.s. come incorporante o come beneficiaria della scissione»; in modo simile anche F. Magliulo,

Trasformazione, fusione e scissione nelle nuove srl, in *Riv. not.*, 2012, p. 1419 ss., p. 1424, per il quale «la norma proibitiva in esame deve estendersi non solo alla collocazione dell'inoptato, in caso di aumento di capitale, presso terzi non muniti dei requisiti di legge, ma ad ogni altro atto volontario che faccia in modo che divenga socio della SRLS un soggetto sprovvisto di siffatti requisiti»; sul punto si veda anche Assonime, cit., p. 27-28.

Il tema è sviluppato ulteriormente, sotto una diversa prospettiva, da M. Cian, cit., p. 1119, il quale argomenta che «pur risultando vietata la sola "cessione" della quota (di "trasferimento" parla invece il testo ministeriale standard), gli atti preclusi non appaiono solo quelli traslativi della titolarità, ma anche quelli costitutivi di un diritto di usufrutto (...) l'invalidità dovrebbe colpire l'atto genetico dell'usufrutto a prescindere dall'allocazione del diritto di voto»; nello stesso senso è orientato anche il Comitato triveneto dei notai, Orientamento R.A.5, settembre 2012, secondo il quale «[p]oiché il divieto di cessione delle quote di s.r.l.s. a soggetti non aventi i requisiti di età (...) è formulato in maniera generica, senza prevedere alcuna limitazione, si ritiene che lo stesso comprenda anche gli atti di cessione o costituzione dei diritti di usufrutto o di nuda proprietà sulle partecipazioni sociali, ciò anche nell'ipotesi in cui l'atto di cessione o di costituzione preveda che il diritto di voto sia mantenuto in capo al socio infratrentacinquenne cedente o costituente»; sul punto si veda anche A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1313.

I commentatori sembrano più divisi, prevalendo la soluzione negativa, sulla questione relativa alla possibilità di ricomprendere nel termine cessione anche i casi in cui il trasferimento della quota si verifichi in forza di successione *mortis causa*. Per l'esclusione delle successioni a causa di morte dal campo di applicazione del divieto previsto dall'art. 2463-bis, comma 4, c.c. si pronuncia, M. Cian, cit., p. 1117-1118, secondo il quale il divieto di cessione delle quote a soggetti di età superiore ai 35 anni «si palesa come disposizione finalizzata ad evitare aggiramenti del limite prescritto nel primo comma del medesimo articolo e lascia impregiudicata la questione della trasmissibilità della quota per effetto di vicende non negoziali e non dipendenti dalla volontà dell'alienante. La successione *mortis causa* appare conseguentemente possibile anche a favore di persone fisiche ultratrentacinquenni; il che, d'altra parte, risulta in qualche misura confermato dalla puntualizzazione, contenuta nel modello statutario ministeriale, che riferisce il divieto di trasferimento agli atti tra vivi»; analogamente, Comitato triveneto dei notai, Orientamento R.A.2, settembre 2012, per il quale non solo è possibile la successione di persone fisiche che abbiano compiuto i 35 anni di età, ma anche quella di «altri soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche, compreso lo Stato». Favorevole è anche F. Tassinari, cit., p. 26, per il quale «[n]essun limite (...) è rinvenibile per la trasmissione delle partecipazioni sociali per causa di morte, dove si deve ammettere non solo il subentro in società di un erede o legatario ultratrentacinquenne, ma anche un erede testamentario o un legatario diverso dalla persona fisica». Nello stesso senso sembrava orientato in sede di primo commento sulla stampa quotidiana anche C.A. Busi, *Srl semplificata, riserva dei notai*, cit. «poiché il divieto è previsto per il solo caso di cessione *inter vivos* a fini chiaramente elusivi». Successivamente questo Autore ha manifestato maggiori dubbi in merito alla correttezza di questa impostazione A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1314, ove si sostiene che «se la regola è che nella s.r.l.s. non vi possono essere soci *ultra* 34enni né soci diversi dalle persone fisiche, non pare esservi ragione di distinguere tra l'ingresso di nuovi soci per effetto di un atto *inter vivos* e l'ingresso di nuovi soci per effetto di una successione *mortis causa*». Pertanto, «appare invero preferibile ritenere che (l'atto costitutivo della s.r.l.s. contenga una implicita clausola disponente che) la successione a causa di morte di un socio provochi lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente alla quota del socio defunto, se tale rapporto non possa continuare - a causa della successione a causa di morte - con una persona fisica *infra* 34enne».

3. - Dall'analisi comparatistica emerge che l'accesso alle società assimilabili alla s.r.l. semplificata è, almeno in taluni paesi (Belgio e Spagna), precluso alle persone giuridiche; non si riscontra invece l'imposizione di alcun requisito anagrafico in capo ai soci persone fisiche.

Il legislatore belga, valorizzando la vocazione della SPRL-STARTER, variante della società a responsabilità limitata (SPRL), ad essere uno strumento di sviluppo dell'imprenditoria giovanile con risorse economiche verosimilmente limitate, ha operato su due fronti: da un lato, ha introdotto un requisito in merito alla durata della società, l'art. 214 § 3 *Code des sociétés* dispone infatti che la SPRL-STARTER è tenuta ad aumentare il capitale sociale fino a raggiungere il minimo previsto per le SPRL (18.550 euro) entro 5 anni dalla sua costituzione (o, comunque quando abbia assunto 5 lavoratori a tempo pieno); dall'altro, la SPRL-STARTER può essere costituita solo da persone fisiche che non detengono una partecipazione superiore al 5% del capitale sociale con diritto di voto in un'altra SPRL (art. 211bis § 1er *Code des sociétés*), con ciò rimarcando che «le groupe-cible de cette réforme est l'entrepreneur débutant et non pas une personne possédant déjà des participations importantes dans d'autres sociétés à responsabilité limitée» (così B. Bada, *La société privée à responsabilité limitée starter: c'est parti!*, in *Journal des Tribunaux*, 2010, n. 6400, f. 24, p. 418). [Nota bibliografica a cura di Aurora Crucil - Corrado Malberti]

MASSIMA N. 129 - Requisiti soggettivi e partecipazioni in s.r.l. a capitale ridotto (art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

I soci fondatori di una s.r.l. a capitale ridotto devono necessariamente essere persone fisiche, aventi un'età sia superiore che inferiore ai 35 anni.

Pur in mancanza di un espresso divieto di "cessione delle quote a soci non aventi i requisiti" - al pari di quanto disposto dall'art. 2463, comma 4, c.c., per le s.r.l. semplificate - si deve ritenere che detta norma trovi applicazione analogica, mutatis mutandis, anche nella s.r.l. a capitale ridotto. Ne consegue che:

(a) sono vietati tutti gli atti tra vivi che comportino, a qualsiasi titolo, il trasferimento delle partecipazioni sociali di una s.r.l. a capitale ridotto a favore di un soggetto diverso da una persona fisica;

(b) sono altresì vietati i medesimi atti qualora abbiano ad oggetto, oltre che il trasferimento della piena proprietà della partecipazione, anche il trasferimento o la costituzione di diritti parziali di godimento o il trasferimento della nuda proprietà da essi gravata;

(c) sono parimenti vietate le operazioni societarie (aumenti di capitale, fusioni, scissioni, etc.) in esito alle quali una o più partecipazioni della s.r.l. a capitale ridotto venga attribuita a soggetti diverse dalle persone fisiche.

MOTIVAZIONE

La massima esamina alcuni possibili dubbi interpretativi in relazione ai profili soggettivi delle partecipazioni nelle s.r.l. a capitale ridotto.

In primo luogo, si affronta il tema della possibilità che anche persone con età inferiore ai trentacinque anni possano essere soci fondatori di una s.r.l. a capitale ridotto non semplificata, sebbene il tenore letterale dell'art. 44, comma 1, d.l. 83/2012 sembri deporre in senso contrario. Al fine di estendere l'ambito dei soggetti che possono avvalersi di questa società è necessario procedere quindi ad una interpretazione sistematica e funzionale della norma, basata essenzialmente su un duplice ordine di ragioni. Da un lato, la possibilità che una s.r.l. a capitale ridotto venga costituita da soggetti che hanno meno di trentacinque anni è coerente con la disposizione introdotta nel comma 4-bis dell'art. 44 (a seguito della conversione del d.l. 83/2012 operata dalla l. 134/2012) nella parte in cui si fa riferimento "ai giovani di età inferiore a trentacinque anni, che intraprendono attività imprenditoriale attraverso la costituzione di società a responsabilità limitata a capitale ridotto". Dall'altro lato, le finalità perseguite dal legislatore nel disciplinare la s.r.l. a capitale ridotto paiono comunque orientate in tal senso, dal momento che si è voluta aggiungere una ulteriore opportunità di avvalersi del modello organizzativo della s.r.l., con un inferiore impegno iniziale di capitale, senza che a tal fine risulti necessario aver compiuto una determinata età.

In secondo luogo la massima affronta il tema degli eventuali limiti alla circolazione delle quote imposte dalla disciplina della s.r.l. a capitale ridotto. A tal proposito, si deve rilevare che non viene espressamente sancita per ogni s.r.l. a capitale ridotto una regola simile a quella prevista per la s.r.l. semplificata dall'art. 2463-*bis*, comma 4, c.c., che prescrive il divieto di "cessione delle quote a soci non aventi i requisiti di età". Premesso che per le s.r.l. a capitale ridotto il problema non può essere posto in termini identici a quelli delle s.r.l. semplificate, proprio alla luce del fatto che per le s.r.l. a capitale ridotto i soci non sono soggetti a limiti di età, occorre però verificare se sia quantomeno esclusa la possibilità che le quote siano cedute a soggetti che non siano persone fisiche. Per risolvere la questione non assume rilevanza decisiva il rinvio operato dall'art. 44, comma 4, d.l. 83/2012 alle disposizioni del libro V, titolo V, capo VII del codice civile, che a ben vedere ha ad oggetto sia le disposizioni relative alla s.r.l. ordinaria, sia quelle concernenti la s.r.l. semplificata.

Si pone quindi il problema se il divieto di cessione previsto dall'art. 2463-*bis* c.c. debba trovare applicazione nell'ambito della s.r.l. a capitale ridotto, beninteso senza il limite di età dei 35 anni, non presente nelle s.r.l. a capitale ridotto non semplificate. Si consideri infatti che il principale "beneficio" riconosciuto alle s.r.l. a capitale ridotto - ossia la possibilità di stabilire un capitale sociale di importo pari ad un *minimo legale inferiore* (1 euro anziché 10.000 euro) rispetto a quello vigente per le s.r.l. ordinarie - viene concesso a fronte della "condizione" fondamentale che tutti i soci siano *persone fisiche*.

La soluzione affermativa sembra doversi sostenere, stante la sussistenza di quegli stessi interessi che giustificano il divieto nelle s.r.l. semplificate e considerata la contorta genesi storica delle norme, che ha portato in un primo tempo alla normazione della srl a capitale ridotto semplificata, nella quale ha trovato collocazione la norma di divieto, e in un secondo tempo alla previsione estesa della srl a capitale ridotto come srl tra persone fisiche: in questo secondo intervento l'omesso richiamo della citata norma di divieto invero condurrebbe al problema, più radicale, della nullità di ogni partecipazione di soggetto diverso da una persona fisica in una srl a capitale ridotto (quale che sia l'atto o la vicenda giuridica che la produca). Ragioni di coerenza del sistema inducono però a scartare la conclusione totalmente negativa (nullità della partecipazione) e a preferire un'interpretazione estensiva del divieto contenuto nell'art. 2463-*bis*, là dove essa "si limita" ad affermare la nullità dei soli atti di cessione tra vivi a soggetti non legittimati come norma espressamente riferita ad una sub-fattispecie di srl a capitale ridotto, quella semplificata, ma implicitamente riferibile all'intera fattispecie di srl a capitale ridotto, quindi anche a quella non semplificata: poiché non sarebbe coerente un sistema che nel primo caso (s.r.l. semplificata), ad es., accettasse come valida la partecipazione pervenuta *mortis causa* ad una persona giuridica e nel secondo caso (s.r.l. a capitale ridotto) colpisse di nullità la partecipazione così pervenuta.

La situazione presenta pertanto un evidente parallelismo, sia sistematico che funzionale, con le disposizioni dettate in tema di s.r.l. semplificata, laddove l'esigenza di evitare che i limiti di accesso al "beneficio" del capitale sociale ridotto siano elusi da successivi trasferimenti delle partecipazioni sociali giustifica la presenza del divieto legale di cessione a favore di soggetti privi dei medesimi requisiti. In sostanza, se è proibita nelle s.r.l. semplificate la cessione delle quote a soggetti diversi dalle persone fisiche aventi un'età superiore a trentacinque anni e a soggetti diversi dalle persone fisiche, nelle s.r.l. a capitale ridotto vige il medesimo divieto di cessione a soggetti diversi dalle persone fisiche.

Ne consegue altresì che gli stessi principi interpretativi indicati nella precedente massima 128, in relazione al significato e alla portata del divieto, sono applicabili anche alle s.r.l. a capitale ridotto. Di conseguenza si devono considerare vietati gli atti che comportino, a qualsiasi titolo, il trasferimento delle partecipazioni sociali di una s.r.l. a capitale ridotto a favore di un soggetto diverso da una persona fisica, gli atti che abbiano ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti parziali di godimento o il trasferimento della nuda proprietà da essi gravata, nonché le operazioni societarie quali gli aumenti di capitale, le fusioni, e le scissioni in esito alle quali una o più partecipazioni della s.r.l. a capitale ridotto venga attribuita a soggetti diversi dalle persone fisiche.

Nota bibliografica

1. - In occasione dell'introduzione della s.r.l. a capitale ridotto, l'imposizione del limite anagrafico ha suscitato perplessità tra i primi commentatori. Tra questi è possibile annoverare P. Reviglione, *La società a responsabilità*, cit. p. 642; Id., *La società semplificata a responsabilità limitata: un "buco nero" nel sistema delle società di capitali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 4, p. 7 ss., p. 13, per il quale «ci si potrebbe domandare se la limitazione fondata sull'età anagrafica possa essere ritenuta compatibile con la rilevanza costituzionale della libertà di iniziativa economica (...). Non si può che auspicare un ripensamento del legislatore nel senso di una eliminazione del requisito dell'età, sia al fine di consentire una più soddisfacente realizzazione delle esigenze per cui è stata introdotta la società semplificata a r.l., sia al fine di evitare possibili e, probabilmente, fondate censure di incostituzionalità»; è interessante notare che anche nel rapporto Banca Mondiale - International Finance Corporation, *Doing Business in Italia 2013*, Washington, 2013, p. 26, si ricorda che è vietato a persone che hanno compiuto trentacinque anni di età assumere la qualità di soci di una s.r.l. semplificata: «[p]urtroppo, il Decreto "Cresci Italia" e la successiva legge di conversione precludono l'accesso alle società a responsabilità limitata semplificate ai soggetti che hanno compiuto 35 anni di età. A prescindere dal suo carattere discriminatorio, tale restrizione non serve alcuno scopo ben definito. Un nuovo decreto, il cosiddetto "Decreto Sviluppo", attualmente in discussione, dovrebbe affrontare il problema. Il mondo dell'impresa dovrebbe essere accessibile a chiunque abbia una buona idea, indipendentemente dalla sua età anagrafica».

Il problema sembra in parte risolto grazie al «Decreto Sviluppo» (d.l. n. 83 del 22 giugno 2012), il quale ha ulteriormente innovato il sistema, introducendo nel nostro ordinamento la s.r.l. a capitale ridotto che, ai sensi del primo comma dell'art. 44 del citato decreto, convertito con modifiche, può essere costituita «da persone fisiche che abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla data della costituzione». Prendendo in considerazione anche le osservazioni sul requisito dell'età anagrafica, la Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. 83/2012 ha riconosciuto che, nella classifica stilata nel report *Doing Business*, alla voce «Avvio d'impresa» in Italia, «la fattispecie srl semplificata (...) non viene presa in considerazione in quanto limitata ai soli soggetti di età non superiore a 35 anni. La sola rimozione del vincolo anagrafico consentirebbe di uniformarsi al *benchmark* dei nostri competitori europei (...). La srl a capitale ridotto può essere costituita con contratto o atto unilaterale da persone fisiche che abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla data della costituzione». Anche alla luce di un dato normativo non chiarissimo e prima della conversione del d.l. 83/2012, si rilevava, quindi, che la disciplina della s.r.l. semplificata e quella della s.r.l. a capitale ridotto «si connotavano (...) per un requisito anagrafico ma, se così si può dire, "opposto", essendo l'una riservata a soggetti persone fisiche *under 35*, l'altra, nel testo originario, a soggetti persone fisiche *over 35*», come sintetizzato da Cnn, ufficio studi (a cura di F.G. Nardone - D. Boggiali - A. Ruotolo), *Società a responsabilità limitata a capitale ridotto (art. 44 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83)*, in *CNN Notizie*, 10 agosto 2012.

In questo contesto, la legge di conversione (l. n. 134 del 7 agosto 2012) ha aggiunto un ulteriore comma 4-*bis* all'art. 44 d.l. 83/2012, in forza del quale il Ministro dell'economia e delle finanze promuove un accordo con l'ABI «per favorire credito a condizioni agevolate ai giovani di età inferiore a trentacinque anni, che intraprendono attività imprenditoriale attraverso la costituzione di una società a responsabilità limitata a capitale ridotto». Gli interpreti si sono conseguentemente chiesti se, in virtù del nuovo comma 4-*bis*, la s.r.l. a capitale ridotto sia accessibile anche a soggetti che non abbiano compiuto i 35 anni di età. A tal riguardo, la maggioranza dei commentatori ha optato per il riconoscimento a tutte le persone fisiche, indipendentemente dalla loro età, della possibilità di prendere parte all'atto costitutivo di una s.r.l. a capitale ridotto. Lo stesso Ministero dello sviluppo economico, in una nota indirizzata a seguito di una richiesta di parere pervenuta dalla Camera di commercio di Cosenza (prot. n. 182223, 30 agosto 2012), si è espresso in tal senso: «sembra doversene dedurre che il primo comma, seppure attraverso una formulazione francamente decettiva, intende esprimere il concetto che la s.r.l. a capitale ridotto può

essere costituita sia da persone fisiche di età inferiore, sia da persone fisiche di età superiore ai 35 anni». Sulla questione si vedano anche M. Cian, cit., p. 1116, il quale afferma che «la tesi della (ormai) libera accessibilità alla variante a c.r. è senza dubbio la più persuasiva, sia perché riduce il *deficit* di funzionalità del sistema (i soci più maturi restano sì inopinatamente esclusi dai benefici economici offerti dalla semplificazione dell'*iter* costitutivo, ma, almeno, ai più giovani rimane possibile confezionare un modello meno elementare, sostenendone i costi), sia perché dà conto dell'assenza, all'interno dell'art. 44 d.l. 83/2012, di una norma corrispondente all'art. 2463-*bis*, comma 4»; R. Guidotti - E. Pederzini, cit., p. 660, per i quali «[n]on è invece corretto ritenere che possano utilizzare questa società solo le persone fisiche *over trentacinque*»; F. Tassinari, cit., p. 15-16, per il quale «[l]a questione pare ora risolta dalla legge di conversione n. 134/2012, nella parte in cui ha inserito nel citato art. 44 un nuovo comma 4-*bis*» e quindi dovrebbe ritenersi che «non vi siano ostacoli ad ipotizzare che in una SRLCR si perfezionino atti di cessione della partecipazione sociale da persone infratrentacinquenni a persone ultratrentacinquenni e viceversa»; G. Ferri jr, cit., il quale afferma che «la possibilità che a costituire una società a responsabilità limitata a capitale ridotto siano (...) soci che non hanno ancora compiuto trentacinque anni (...) risulta espressamente prevista nel comma 4-*bis* del medesimo art. 44, ove si prende in considerazione l'eventualità che a costituire una società a capitale ridotto siano "giovani di età inferiore a trentacinque anni"»; G. Laurini, *Lettera del presidente Giancarlo Laurini sulla s.r.l. semplificata e s.r.l. a capitale ridotto*, in *CNN Notizie*, 27 agosto 2012; G. Petrelli, *Società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, 26 giugno 2012, disponibile sul sito www.gaetanopetrelli.it. Una diversa lettura del comma 4-*bis* dell'art. 44 d.l. 83/2012 è stata invece proposta dal Consiglio notarile di Catania, cit., p. 11-12, secondo il quale la citata disposizione «lungi dal riferirsi alla società di cui al primo comma, non fa invece altro che implicitamente inscrivere nel sottoinsieme societario costituito dalle "SRL a capitale ridotto" (in senso lato) anche le SRL semplificate di cui all'art. 2463-*bis* c.c. (.) e solo per i soci (naturalmente *under 35* anni) di tali ultime società prevede l'accordo con l'ABI per favorire il credito (...). Dunque, e ricapitolando (...) il tipo sociale che possiamo chiamare "a responsabilità limitata" costituisce ormai un grande insieme (...) all'interno del quale convivono diversi sotto-insiemi: [i] il primo costituito dalla SRL ordinaria; [ii] il secondo costituito dalla SRL a (ovvero, con) capitale ridotto e che all'interno di questo secondo sotto-insieme possiamo e dobbiamo riconoscere due diverse realtà (...) destinate a soggetti diversi: [x] la SRL semplificata di cui all'art. 2463-*bis* c.c. (che può essere costituita solo da persone fisiche infra-trentacinquenni); [y] e la SRL a capitale ridotto (in senso stretto) di cui all'art. 44 D.L. 83/2012 (che può essere costituita solo da persone fisiche ultra-trentacinquenni), società entrambe principalmente qualificate (...) dall'aver un capitale ridotto rispetto a quello della SRL ordinaria». Pertanto, in tale prospettiva i soci di una s.r.l. a capitale ridotto dovrebbero, sia al momento della costituzione della società, sia successivamente, avere un'età superiore a trentacinque anni.

È importante segnalare, infine, la diversa posizione assunta da Assonime, cit., p. 6, per la quale «si ritiene preferibile (...) ritenere che nell'ordinamento sia stata introdotta una figura generale di società a capitale ridotto, che, laddove la compagine societaria sia composta da soggetti con età inferiore ai 35 anni, si possa beneficiare di un regime agevolato e che al superamento dei 35 anni di età da parte dei soci la disciplina si uniformi a quella generale della società a capitale ridotto».

2. - A prescindere dall'adesione all'una o all'altra delle impostazioni sopra riportate, nella s.r.l. a capitale ridotto, al pari che nella s.r.l. semplificata, è vietato l'ingresso a soggetti diversi dalle persone fisiche e, pertanto, anche per questo sotto-tipo si pone «il tema della disciplina relativa alla cessione di quote a terzi diversi dalle persone fisiche», così Assonime, cit., p. 28, secondo cui «[l]a soluzione di tale questione passa dalla considerazione che la limitazione alle persone fisiche della possibilità di partecipare a questa figura societaria con capitale sociale simbolico è un elemento essenziale e imprescindibile del loro statuto normativo. Se questa ricostruzione della *ratio* della disciplina in tema di s.r.l.c.r. è corretta, si apre lo spazio per un'applicazione analogica del divieto di cessione rispetto ai negozi di cessione di quote a terzi diversi dalle persone fisiche contenuto nell'art. 2463 *bis*. Si tratta infatti di una

situazione non regolata dal legislatore, ma simile a quella disciplinata dallo stesso articolo 2463 *bis*. Di conseguenza, nelle s.r.l.c.r. la cessione di quote a terzi non persone fisiche deve considerarsi vietato». Nello stesso senso sono orientati anche R. Guidotti - E. Pederzini, cit., p. 661, per i quali «[è] sicuramente vietato il trasferimento di quote a favore di persone giuridiche, ritenendo che la sorte cui va soggetto il relativo contratto sia quella delle inefficacia assoluta», nonché F. Magliulo, cit., p. 1424, il quale afferma che l'ingresso in società di fonte volontaria da parte di soggetti diversi dalle persone fisiche deve ritenersi vietato».

3. - Sotto il profilo comparatistico è interessante rilevare che anche in Belgio è preclusa la partecipazione delle persone giuridiche a una SPRL-STARTER e la relativa cessione di quote è, per espresso dettato legislativo, nulla (art. 249 § 2 *Code des sociétés*: «[d]ans le cas visé à l'article 211bis, les parts d'un associé ne peuvent être cédées à une personne morale, à peine de nullité de l'opération»). Tuttavia, sempre ai sensi dell'art. 249 § 2 *Code des sociétés*, «[d]es personnes morales ne peuvent être admises que par la voie d'une augmentation de capital qui porte le capital social au moins à hauteur du montant prévu à l'article 214, § 1er». Ne deriva che, come sintetizzato da C. Brocal, *La SPRL-S et sa demi-soeur allemande l'Unternehmergeellschaft (UG), une concurrence timide pour la "Limited" anglaise?*, in *Daor*, 2010, n. 95, p. 240 ss., p. 255-256, «[l]es personnes morales peuvent toutefois faire une courte incursion dans la «starter» pour lui permettre de quitter ce statut par le biais d'une augmentation du capital social, portant ce dernier an montant minimal de 18.550 EUR [ovvero il capitale minimo previsto per le SPRL]». [Nota bibliografica a cura di Aurora Crucil - Corrado Malberti]

MASSIMA N. 130 - Ambito di applicazione dell'obbligo di integrale versamento dei conferimenti in denaro e del divieto di conferimenti diversi dal denaro, nella s.r.l. semplificata e nella s.r.l. a capitale ridotto (art. 2463-bis c.c. e art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

L'obbligo di integrale versamento dei conferimenti in denaro e il divieto di conferimenti diversi dal denaro si applicano in tutti i casi di costituzione sia di s.r.l. semplificate che di s.r.l. a capitale ridotto.

Tale obbligo e tale divieto, tuttavia, non si applicano ai conferimenti da eseguire in sede di aumento di capitale di s.r.l. semplificate o s.r.l. a capitale ridotto, nemmeno nelle ipotesi in cui il capitale non venga aumentato a un importo pari o superiore a euro 10.000 e la società mantenga la forma di s.r.l. semplificata o s.r.l. a capitale ridotto.

Le operazioni di aumento di capitale in tali sotto-tipi di s.r.l., pertanto, sono interamente disciplinate dalle norme dettate per la s.r.l. "ordinaria".

MOTIVAZIONE

La disciplina dei conferimenti da effettuare in sede di costituzione di s.r.l. semplificate prevede che il "conferimento deve farsi in denaro versato all'organo amministrativo" e il capitale deve essere interamente versato (art. 2463-*bis*, comma 2, c.c.). Le due deroghe rispetto alla disciplina generale dei conferimenti applicabile alla s.r.l. - divieto di conferimenti diversi dal denaro e obbligo di integrale versamento al momento della sottoscrizione - sono espressamente dettate *solo* per le s.r.l. semplificate e *solo* per i conferimenti in sede di costituzione.

Quanto al primo aspetto, si deve senz'altro ritenere che le medesime deroghe trovino applicazione in sede di costituzione di ogni s.r.l. a capitale ridotto. Il rinvio contenuto nell'art. 44, comma 2, d.l. 83/2012, nei confronti dell'art. 2463-*bis*, comma 2, c.c., non è invero ineccepibile: la norma stabilisce infatti che "l'atto costitutivo (.) deve indicare gli elementi di cui al secondo comma dell'articolo 2463-*bis* del codice civile", senza estendere espressamente l'intera disciplina ivi contenuta. Tuttavia, al di là del tenore letterale tecnicamente discutibile, sembra chiara la volontà di rendere

applicabili tutte le disposizioni contenute nel citato secondo comma, e non già solo quelle che enumerano gli "elementi da indicare" nell'atto costitutivo.

In ordine al secondo aspetto, si pone il dubbio se le regole dettate per i conferimenti in sede di costituzione - ossia il divieto di conferimenti diversi dal denaro e l'obbligo di integrale versamento al momento della sottoscrizione - debbano intendersi applicabili *anche* alle operazioni di aumento di capitale a pagamento. Ciò vale, è appena il caso di precisarlo, sia per gli aumenti di capitale che non comportano il passaggio alla forma di s.r.l. "ordinaria" (allorché cioè l'ammontare del capitale *post* aumento continui ad essere inferiore a euro 10.000), sia per le ipotesi in cui l'aumento coincida con il passaggio dal sotto-tipo di s.r.l. semplificata o di s.r.l. a capitale ridotto a quello della s.r.l. ordinaria (quando il capitale *post* aumento raggiunga o superi la soglia dei 10.000 euro), ipotesi quest'ultima che costituisce oggetto di esame nella massima n. 132.

Tra le diverse soluzioni prospettabili, quella adottata nella presente massima, limitando il campo di applicazione dei limiti in oggetto ai soli conferimenti che vengono effettuati in sede di costituzione della società, è anzitutto più rispettosa del tenore letterale dell'art. 2463-*bis*, comma 2, c.c., disposizione relativa al solo atto costitutivo. Se nulla, quindi, è previsto dal legislatore in relazione alla disciplina dell'aumento di capitale sia per le s.r.l. semplificate, sia per le altre s.r.l. a capitale ridotto, si dovrà fare riferimento, rispettivamente, al disposto dell'art. 2463, ult. comma, c.c., e a quello dell'art. 44, comma 2, d.l. 83/2012, i quali rinviano alle norme del libro V, titolo V, capo VII del codice civile.

Anche dal punto di vista delle funzioni e delle finalità perseguite dalla norma, l'interpretazione sopra esposta sembra adeguatamente motivata. In sede di aumento di capitale, infatti, vengono meno le esigenze di speditezza, di semplificazione e di immediata disponibilità di un capitale iniziale "liquido", che caratterizzano l'atto costitutivo delle s.r.l. semplificate e di quelle a capitale ridotto, e che giustificano quindi la limitazione dell'autonomia negoziale imposta ai soci fondatori. Tali esigenze, a dire il vero, sono maggiormente evidenti in caso di costituzione di s.r.l. semplificata, nella quale la presenza del modello standard di atto costitutivo si accompagna alla necessità di ridurre al minimo il controllo di legalità del notaio, anche in considerazione della gratuità della sua prestazione. Tuttavia, proprio a ragione del fatto che è la norma dettata in tema di s.r.l. semplificata a prevedere i limiti sui conferimenti, è essenzialmente sulle ragioni di essa che occorre basarsi per coglierne il significato e l'ampiezza dell'ambito di applicazione.

Un terzo ordine di ragioni, di carattere sistematico, contribuisce ad argomentare la soluzione qui accolta. La norma in questione costituisce a ben vedere una *eccezione* rispetto alla disciplina generale dei conferimenti applicabile alla s.r.l., eccezione che muove oltretutto nel senso della limitazione dell'autonomia negoziale, che a sua volta rappresenta uno dei principi informativi della riforma in tema di s.r.l. Di fronte a una siffatta norma, pertanto, mal si giustificerebbe una sua interpretazione estensiva, volta a renderla applicabile anche al di fuori dei casi cui essa espressamente si riferisce.

Né d'altronde pare che possa ravvisarsi un ostacolo all'interpretazione sostenuta nella massima - in relazione alla possibilità di effettuare conferimenti in natura in sede di aumento del capitale sociale - il fatto che l'art. art. 2464, comma 3, c.c., dispone che "se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in denaro". Si potrebbe cioè essere indotti a ritenere che, poiché l'atto costitutivo non può contenere una simile disposizione, dovendo essere conforme al modello standard tipizzato, sia del tutto preclusa la possibilità di una successiva deliberazione di aumento del capitale da liberare mediante conferimenti in natura. L'obiezione, tuttavia, non coglierebbe nel segno. Il significato della norma ora richiamata, infatti, non può essere banalizzato nel senso di imporre una formalistica presenza di una clausola statutaria che, in via generale e preventiva, facoltizzi l'assemblea (straordinaria, nella s.p.a., ove identica disposizione risiede nell'art. 2342, comma 1, c.c.) a deliberare un aumento di capitale con conferimenti in natura. La stessa assemblea, infatti, potrebbe contestualmente provvedere ad introdurre la clausola in questione e quindi ad aumentare il capitale con un conferimento in natura, vanificando la portata della norma. La disposizione poc'anzi richiamata, significa

invero che senza un'apposita volontà dei soci in sede di stipulazione dell'atto costitutivo o di una sua successiva modifica è esclusa la possibilità che l'obbligo di eseguire il conferimento derivante dalla sottoscrizione del capitale sia assolto mediante il trasferimento di beni o diritti diversi dal denaro, ponendo quindi un divieto in tal senso anche agli amministratori, i quali, nella fase di esecuzione del conferimento, non possono accettare una prestazione diversa da quella dovuta (denaro), a titolo di *datio in solutum*.

Per tutti i motivi sopra esposti, si deve in conclusione ritenere che in occasione di qualsiasi aumento di capitale trova applicazione l'intera disciplina dettata in tema di conferimenti in s.r.l., che solo eccezionalmente soffre una limitazione in sede di costituzione della società. Da un lato, pertanto, non è necessario che i conferimenti siano effettuati unicamente in denaro e, dall'altro, non è neppure necessario che i conferimenti in denaro siano interamente versati al momento della sottoscrizione del capitale.

Nota bibliografica

La s.r.l. semplificata e la s.r.l. a capitale ridotto sono accumulate dal fatto di avere un capitale sociale almeno pari ad un euro, ma comunque inferiore a 10.000 euro, che deve essere interamente versato in denaro all'atto della costituzione, senza che siano ammessi conferimenti in natura. Per entrambi i sotto-tipi non sono però previste regole *ad hoc* in materia di operazioni sul capitale sociale che possano intervenire nel corso della vita della società.

Più in dettaglio, in relazione all'aumento di capitale si distingue tra l'ipotesi in cui, nonostante l'aumento, il capitale sociale rimanga al di sotto della soglia minima prevista per la s.r.l. (10.000 euro) e quella in cui tale soglia venga superata e la s.r.l. semplificata o la s.r.l. a capitale ridotto diventi una s.r.l. ordinaria. Con riguardo al primo scenario, secondo Assonime, cit., p. 21, «il divieto di conferimenti in natura è una regola immanente alle nuove figure societarie e ne dovrebbe derivare che tale divieto valga anche in sede di aumento di capitale. Se però (...) la *ratio* dell'obbligo di conferimenti in natura va rinvenuta nelle esigenze di semplificazione della fattispecie costitutiva della società, in un momento successivo alla costituzione queste esigenze potrebbero essere venute meno e conseguentemente anche il divieto di conferimenti in natura». Sempre secondo Assonime, cit., p. 21, l'obbligo di liberazione del conferimento in denaro senz'altro non è applicabile quando «l'aumento porti il capitale ad eguagliare o superare la soglia dei 10.000 euro». Sullo stesso punto, M. Cian, cit., p. 1109, riferendosi al corrispondente modello della s.r.l. semplificata in Germania, ovvero la UG, ricorda che in effetti «[q]ualche dubbio si è (...) profilato, in Germania, nell'ipotesi di aumento a pagamento, a proposito dell'obbligo di liberazione integrale e immediata delle quote, nonché dell'inammissibilità stessa di una loro liberazione mediante conferimenti in natura, stanti le previsioni colà contenute nel § 5a, Abs. 2, GmbHG, e corrispondenti a quanto disposto senza riserve anche dal nostro art. 2463-bis, comma 2, n. 3, c.c. (valevole anche per la s.r.l.c.r., giusta il richiamo di cui all'art. 44, comma 2, d.l. 83/2012): sull'iniziale orientamento secondo cui, posto che la società è, nel momento in cui l'operazione viene posta in essere, ancora una UG, ad essa dovrebbe ritenersi tuttora applicabile, da un canto, l'obbligo di versamento integrale del denaro conferito e, dall'altro, il divieto di apporti in natura, sembra andare prevalendo la soluzione opposta, che ha dalla sua il merito di evitare disparità di trattamento tra le s.r.l. (GmbH) ordinarie di nuova costituzione (per le quali i limiti evidentemente non operano) e quelle derivate da una variante minore preesistente». Dà atto del dibattito in corso tra gli Autori tedeschi anche G.D. Von Der Laage, *La "Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)": il nuovo modello di GmbH (s.r.l.) nella recente riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 410-411, la quale segnala che «la regola del conferimento intero in sede di costituzione della UG [c.d. «*Volleinzahlungsgebot*»] si pone come eccezione rispetto al § 7, Abs. 2, GmbHG, secondo cui l'obbligo di versamento si limita alla metà del capitale sociale (c.d. *Halbeinzahlungsgebot*). La prima domanda che si pone è se questo «*Volleinzahlungsgebot*» concerna unicamente la costituzione della società, oppure anche gli aumenti formali del capitale sociale».

Per concludere rivolgendo di nuovo l'attenzione al panorama italiano, anche A. Baudino, cit., p. 23 sostiene che «non è precluso che conferimenti in natura possano essere effettuati in un secondo tempo, successivamente alla costituzione», mentre in senso contrario sono orientati A. Busani - C.A. Busi, cit., p. 1310, secondo i quali «[i]n sede di costituzione della società (ma - si ritiene, seppure in mancanza di una espressa previsione di legge in tal senso - anche in sede di aumento del capitale sociale), il capitale deve essere per intero sottoscritto e versato in denaro contante». [Nota bibliografica a cura di Aurora Crucil - Corrado Malberti]

MASSIMA N. 131 - La disciplina del capitale sociale in caso di perdite, nella s.r.l. semplificata e nella s.r.l. a capitale ridotto (art. 2463-bis c.c. e art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

La disciplina degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. trova piena applicazione anche nelle s.r.l. semplificate e nelle s.r.l. a capitale ridotto, con riferimento al diverso limite legale minimo del capitale sociale, pari a euro 1, anziché euro 10.000.

MOTIVAZIONE

Sia per s.r.l. semplificate sia per le s.r.l. a capitale ridotto si pone l'interrogativo dell'applicabilità della disciplina prevista nelle s.r.l. "ordinarie" della riduzione obbligatoria del capitale per perdite superiori a un terzo (art. 2482-*bis* c.c.) e della c.d. alternativa "ricapitalizza, liquida o trasforma" in caso di perdite che riducono il capitale al di sotto del minimo legale (art. 2482-*ter* c.c.). Ci si chiede cioè se il richiamo alle disposizioni in materia di s.r.l. "in quanto compatibili" prevista dall'art. 2463-*bis*, ult. comma, c.c., e dall'art. 44, comma 4, d.l. 83/2012, possa essere riferita anche agli articoli ora richiamati. Tra i primi commentatori, infatti, si è revocata in dubbio la possibilità di applicare anche a questi sotto-tipi di s.r.l., che possono avere un capitale esiguo e anche pari a un solo euro, le regole relative alla riduzione del capitale sociale per perdite e alla riduzione del capitale al disotto del limite legale.

Da un punto di vista pratico, non si può negare che l'applicazione degli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. alle s.r.l. semplificate e a capitale ridotto possa portare ad effetti paradossali e probabilmente contrari alle finalità perseguite dal legislatore. Vero è che l'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese (delle sole s.r.l. semplificate) sono esenti da diritto di bollo e di segreteria e da onorari notarili, e che le (altre) spese di costituzione possono essere poste a carico dei soci e non della società, o comunque possono essere "capitalizzate" (senza quindi incidere sul patrimonio netto della società neo-costituita). E' tuttavia plausibile che soprattutto nella fase iniziale vi siano spese non capitalizzabili che riducano immediatamente il patrimonio netto ad un ammontare inferiore ai due terzi del capitale e al minimo legale del capitale sociale. Siffatte considerazioni, del resto, hanno indotto il legislatore - in un contesto differente ma non dissimile - a procrastinare nel tempo l'applicabilità delle predette regole degli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. (si allude alla disciplina delle *start-up* innovative, di cui agli artt. 25 ss. d.l. 179/2012, ed in particolare all'art. 26, comma 1).

Questi argomenti *ad inconveniens*, tuttavia, non possono condurre alla disapplicazione della disciplina del capitale nei casi in cui la legge riduce, anche significativamente, l'ammontare del minimo legale, senza però derogare espressamente al sistema delle regole che da esso derivano. Se, da un lato, è vero che nella s.r.l. semplificata e in quella a capitale ridotto il capitale sociale sembra avere un'importanza minore, non si può da questo solo fatto dedurre che l'insieme dei principi posti a tutela del capitale sociale sia incompatibile con i nuovi sotto-tipi introdotti dal legislatore.

Si deve anzitutto ricordare che le norme in materia di riduzione del capitale al disotto del limite legale giocano un ruolo importante anche (e soprattutto) per determinare il momento dello scioglimento della società. Da questo punto di vista, la circostanza che la soglia del minimo legale sia fissata a 10.000 euro piuttosto che a 1 euro, poco cambia: nell'uno e nell'altro caso, infatti, la regola del "ricapitalizza, liquida o trasforma" è finalizzata a non consentire la prosecuzione dell'impresa sociale allorché

il patrimonio netto abbia un valore prossimo (se non addirittura inferiore) all'ammontare complessivo dei debiti della società. Il "margine di sicurezza" costituito dal minimo legale può essere più o meno elevato - e del resto anche 10.000 non rappresentano un ammontare economicamente molto significativo - ma ciò che rileva è l'impedimento alla prosecuzione dell'impresa, con il modello organizzativo della società di capitali, quando il valore degli attivi patrimoniali si sia ridotto sotto la soglia minima.

Ne è, in qualche modo, conferma la circostanza che per le società cooperative -ossia per un tipo sociale privo di capitale minimo - l'art. 2545-*duodecies* c.c. qualifica come causa di scioglimento anche "la perdita del capitale sociale". Il che val quanto dire che la regola del "ricapitalizza, liquida o trasforma" trova piena applicazione anche quando la soglia del capitale sociale minimo è pari a zero. Non si può pertanto ritenere che l'aver reso irrisorio l'importo del capitale minimo previsto per le s.r.l. semplificate e a capitale ridotto faccia *per ciò solo* venir meno ogni presidio a tutela del capitale sociale di queste società. Se anche per società istituzionalmente prive di un capitale minimo quali le cooperative sono previsti alcuni presidi tesi a garantire l'esistenza del capitale sociale, non si capirebbe per quali ragioni, per le s.r.l. semplificate e a capitale ridotto, che, è opportuno ribadire, non sono del tutto prive di un capitale minimo, non si debba ritenere applicabile l'art. 2482-*ter* c.c., che impone la ricapitalizzazione della società o, in alternativa, la sua trasformazione o ancora il suo scioglimento.

Se ciò è vero, si deve riconoscere anche che la tesi che ritiene inapplicabile l'art. 2482-*bis* c.c. alle s.r.l. semplificate e a capitale ridotto perde la propria forza persuasiva. La ridotta rilevanza pratica della regola della riduzione obbligatoria del capitale sociale in presenza di perdite superiori a un terzo - in tutti i casi in cui capitale sia di 1 euro o poco più - non fa venir meno la sua applicabilità e i suoi effetti. Sebbene ciò possa dar luogo a condivisibili considerazioni critiche sul piano *de iure condendo* (al pari quanto avveniva quando il minimo legale delle s.r.l. divenne poco rilevante a causa del fenomeno inflattivo, prima della modifica apportata dalla legge 904/1977), non costituisce d'altro canto argomento idoneo per ritenere derogate le ordinarie regole dettate dalla disciplina generale delle s.r.l. (e delle s.p.a.). Per queste ragioni è corretto ritenere che il rinvio operato per le s.r.l. semplificate e a capitale ridotto alle disposizioni previste per la s.r.l. "ordinaria", in quanto compatibili, debba essere inteso in modo tale da ritenere applicabili ai nuovi sotto-tipi quanto previsto agli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.

Nota bibliografica

La s.r.l. semplificata e la s.r.l. a capitale ridotto sono prive di una disciplina specifica anche per quanto riguarda la riduzione del capitale sociale. A questo proposito, il dubbio postosi tra gli interpreti è, come rilevato da G. Gavelli - F.R.Vitali, *Rischio ricapitalizzazione per le Srl "semplificate"*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 aprile 2012, p. 22, quello di determinare se «[m]ancando, tendenzialmente, un capitale, si può concretamente sostenere che queste norme [artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.] non siano applicabili alle società da "un euro"».

1. - L'orientamento finora minoritario propende per l'inapplicabilità delle previsioni codicistiche in caso di perdite, trattandosi di «una disciplina che non sembra possa essere ritenuta "compatibile" con le peculiarità della società semplificata a r.l. e, in particolare, con le finalità che hanno giustificato l'introduzione di essa nel nostro ordinamento. L'applicazione di quella disciplina condurrebbe infatti al risultato che, in un numero significativo di casi, quantomeno in quelli in cui il capitale viene fissato a 1 euro, la società si troverebbe verosimilmente, sin dal momento della sua costituzione, in una situazione patrimoniale tale da determinare la necessità dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2482-*ter*» (così P. Reviglione, *La società semplificata*, cit., p. 23-24; Id., *La società a responsabilità*, cit., p. 644); in senso analogo, A. Baudino, cit., p. 29, per il quale «se si considera che la fase di start up dell'impresa è destinata a generare perdite, per il naturale sfasamento tra costi e ricavi, la previsione di un capitale minimo simbolico di un euro comporta l'accettazione del principio che la società possa costituirsi ed operare con un patrimonio netto anche significativamente negativo. Occorre quindi concludere che, nel nuovo quadro normativo, il capitale

sociale della s.r.l. semplificata conserva essenzialmente una funzione organizzativa e contabile».

Sullo stesso punto, ma giungendo a conclusioni opposte, si vedano invece A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1318, per i quali «non sembra si possa ritenere che la funzione del capitale in queste s.r.l. a capitalizzazione ridotta possa essere degradata a quella di mera quantificazione dei conferimenti iniziali, in quanto tale conclusione è incompatibile con la responsabilità limitata dei soci». Invero, secondo questi Autori, «la s.r.l.s. e la s.r.l.c.r. restano pur sempre società di capitali con responsabilità limitata dei soci e quindi non pare ammissibile il permanere di detta responsabilità limitata in una situazione di deficit del capitale sociale causata dalle perdite subite, e ciò anche se la linea di galleggiamento sia posizionata, nel caso delle s.r.l.s. e delle s.r.l.c.r., ad un livello inferiore rispetto a quello della s.r.l.o. Cosicché, se, nella s.r.l.o., il concetto di perdita rilevante (...) matura partendo dal presupposto che la s.r.l. in questione abbia il proprio capitale sociale stabilito in un dato valore nominale e che il minimo di legge sia fissato in 10mila euro, nel caso della s.r.l.s. e della s.r.l.c.r. si dovrà semplicemente partire dal presupposto che si tratta di società con capitale compreso tra 1 e 9.999,99 euro e che il minimo di legge è, appunto, stabilito in un solo euro»; tra i fautori della tesi maggioritaria, che non mette in dubbio l'applicabilità degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. alla s.r.l. semplificata e alla s.r.l. a capitale ridotto si devono annoverare anche F.G. Nardone, A. Ruotolo, *Questioni applicative*, cit. e M. Cian, cit., p. 1122-1123, per il quale, da un lato, «s.r.l.s. e s.r.l.c.r. non possono definirsi società a capitale assente» e, dall'altro, nel sistema italiano si riscontra l'assenza di disposizioni mirate ad adattare la disciplina ordinaria ai nuovi sotto-tipi, e pertanto «[l]'operatività del sistema normativo dedicato al capitale sociale non subisce conseguentemente restrizioni» e vi è «piena equiparazione dei submodelli, sotto questo profilo, al modello ordinario». Nello stesso senso anche F. Tassinari, cit., p. 24-25, il quale riferendosi agli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c., afferma che «si deve concludere nel senso della piena applicabilità anche ai due nuovi sottotipi dei citati articoli del codice civile», in quanto «[l]a funzione di tale norme, anche per la SRLS e per la SRLCR, resta quella di evitare che tali società possano operare in una zona franca da norma imperativa anche qualora il patrimonio netto, lungi dall'essere pari a zero, finisca con l'andare in deficit, ovvero anche di molto sotto lo zero, impedendo, dove non è in gioco la responsabilità illimitata di uno o più soci, che la società, che a quel punto opera con risorse di terzi, possa proseguire senza problemi la propria attività». Infine, favorevole all'applicazione delle regole in materia di riduzione del capitale è anche M. Rescigno, cit., p. 80-81, per il quale, facendo anche riferimento alla diversa soluzione adottata per le s.r.l. innovative, «sembra che il legislatore, consapevolmente, abbia voluto fermarsi un passo prima della scelta più radicale e cioè quella dell'abolizione della necessità di un capitale sociale e abbia comunque voluto mantenerne in pieno l'applicabilità della disciplina [della riduzione del capitale per perdite], non tanto come un feticcio, quanto come elemento ancora coesistente per delineare il sistema dell'esercizio informale societaria dell'attività di impresa».

2. - La questione dell'applicabilità della disciplina prevista in materia di riduzione del capitale sociale è stata posta anche in altri paesi dell'Unione Europea. Sul tema si veda ad esempio C. Brocal, cit., p. 258-259, la quale, mettendo a confronto il sistema belga con quello tedesco illustra che «[l]'obligation de convoquer l'assemblée générale en cas de réduction de l'actif net à la moitié du capital social prévue à l'article 332 du Code des sociétés, n'est pas applicable à la "starter" (...). Cette solution peut se comprendre en raison du montant réduit du capital de la "starter". Le législateur allemand connaissant une obligation analogue pour la GmbH a quant à lui adapté cette obligation pour l'UG à la convocation de l'assemblée des associés en cas de risque d'insolvabilité». Infatti, in Germania, come rilevato da G.D. Von Der Laage, cit., p. 412, il § 5a, Abs. 4, GmbHG, dedicato alla UG, prevede «in caso di *drohender Zahlungsunfähigkeit* (imminente incapacità di pagamento), la convocazione dell'assemblea dei soci. Tuttavia, si noti che tale obbligo di convocazione non si aggiunge a quello previsto dal § 49, Abs. 3, GmbHG per la GmbH "normale" in caso di perdita della metà del capitale sociale (*Verlust der Hälfte des Stammkapitals*), bensì lo sostituisce. È stato ritenuto che il fondamento di questa scelta riposi nell'insensatezza di una convocazione legata al capitale sociale della UG, considerando che esso può

essere stabilito ad una cifra molto bassa». Il punto però non è del tutto pacifico in quanto «[p]arte della dottrina obietta, tuttavia, che in questo modo sussiste l'obbligo di convocazione dell'assemblea unicamente nell'ipotesi della *drohenden Zahlungsunfähigkeit*. Si osserva, in primo luogo, come un obbligo in tal senso sia previsto dal disposto del § 49, Abs. 2, GmbHG in quanto "necessario nell'interesse della società" ("*im Interesse des Gesellschaft erforderlich*"). In secondo luogo, viene rilevato che la convocazione dell'assemblea in caso di perdita di metà del capitale sociale (§ 49, Abs. 3, GmbHG) potrebbe rendersi utile (complementarmente), quanto meno, per le *Unternehmergesellschaften* che dispongono di un capitale sociale relativamente alto».

Ritornando alla normativa belga, G.B. Portale, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1237 ss., p. 1242, ha osservato che, nonostante l'abbattimento del capitale sociale e l'inapplicabilità delle regole sulla riduzione del capitale sociale, «è da ricordare che, fra tutti i paesi dell'Unione, solo in Belgio (...) *da un canto*, esiste l'obbligo per i soci fondatori di predisporre un "piano finanziario"(...) nel quale deve essere giustificata l'entità del capitale della costituenda società (...) *dall'altro*, è stabilito che gli stessi soci fondatori - se la società è dichiarata fallita nel triennio successivo alla costituzione - rispondono in solido con questa, "in una proporzione fissata dal giudice"(...) se il capitale sociale, al momento della costituzione, era "manifestamente insufficiente per assicurare l'esercizio normale dell'attività progettata per un periodo di almeno due anni" (rispettivamente: art. 456, n. 4, e art. 229, al. 1, n. 5, cod. soc.); secondo questo Autore, il quale cita, E.-J. Navez, M. Coipel, *La société privée à responsabilité limitée starter: initiative salutaire ou miroir aux alouettes?*, in *Revue de Droit Commercial Belge*, 2010, n. 4, p. 299 ss., p. 302, la disposizione di cui al citato art. 229, al. 1, n. 5, cod. soc. «ora stabilisce che pure i fondatori di una SPRL-S, in caso di fallimento, rispondono solidalmente verso i terzi se - dal piano finanziario che anche essi sono tenuti a redigere e a depositare - risulti che "le fonds propre et les moyens subordonnés, étaient, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins". E di fronte a una siffatta previsione appare difficilmente contestabile la notazione che "il compromesso finale testimonia così la gravidanza, nel pensiero giuridico belga, della concezione classica del capitale sociale"». Con riguardo alla Francia, va premesso che non esiste in questo paese un sotto-tipo paragonabile alla UG, alla SLNE, alla SPRL-STARTER, o alle nostre s.r.l. semplificata o a capitale ridotto, ma è la stessa società a responsabilità limitata (SARL) a non avere un capitale sociale minimo: infatti, con la *Loi 2003-721* del 1 agosto 2003, il legislatore francese ha eliminato il requisito del capitale sociale minimo per le SARL, pari all'epoca a euro 7.500. Ciononostante, come evidenziato da C. Cincotti, *La disciplina della SARL di diritto francese nell'ambito del dibattito europeo sul capitale sociale*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 600 ss., p. 603-604, «la disciplina della SARL non ha affatto accantonato la nozione di capitale sociale, giacché restano vigenti, pur dopo l'eliminazione del capitale sociale minimo, tutte le regole che tutelano l'effettività del capitale sociale secondo i criteri indicati dalla Seconda Direttiva. La novità attiene pertanto esclusivamente al momento genetico della società, laddove la funzione di garanzia del capitale viene sacrificata - sotto un profilo sostanziale - a favore della semplificazione del procedimento costitutivo, giacché non si richiede più ai soci fondatori un investimento minimo. Viceversa, nel momento funzionale restano valide ed efficaci tutte le norme tradizionalmente dettate a tutela dell'integrità del capitale sociale. In particolare, resta applicabile a tutte le SARL, anche a quelle "con capitale di un euro", la regola di cui all'art. L. 223-42 Cod. com., che dispone l'obbligo di ricostituire il capitale in presenza di perdite pari o superiori alla metà del medesimo(...). Al riguardo, è stato peraltro evidenziato come il meccanismo di riduzione obbligatoria del capitale per perdite di cui all'art. L. 223-42 Cod. com., dinanzi ad un capitale di un euro, determinerebbe una moltiplicazione degli interventi obbligatori dell'assemblea mediante quell'operazione denominata *coup d'accordéon*, essendo sufficiente una perdita di 50 centesimi per superare la soglia d'allerta, che resta inderogabile. Quella che appare come una semplificazione nel procedimento costitutivo della SARL, rischia così di trasformarsi in un notevole aggravio burocratico

allorquando la società effettivamente operi sul mercato con un capitale insufficiente; ma ciò, ovviamente, non è un limite della riforma, quanto piuttosto un suo effetto naturale».

L'eliminazione della soglia minima di capitale ancor prima che in Germania, Belgio e Spagna ha condotto la dottrina francese ad approfondire il tema degli strumenti a tutela dei creditori nel caso in cui una società con bassissima capitalizzazione si trovi in dissesto: il relativo dibattito si è incentrato sulla figura dei «*gérants*» e, in particolare, sulla disposizione (L223-33 *Code de commerce*) che prevede la responsabilità degli amministratori nei confronti della società e dei terzi «soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion». Come sostenuto da S. De Vendeuil, *Les dispositions de droit des sociétés de la Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique*, in *La semaine juridique*, 2003, p. 1401 ss., p. 1402, «[c]réer une SARL avec un capital insignifiant si elle n'est pas suivie très rapidement d'augmentations de capital peut s'avérer très dangereux sur le plan de la responsabilité (...) le tribunal peut décider que les dettes de la personne morale seront supportées (...) par tous les dirigeants de droit ou de fait (...) une double exigence devant cependant être satisfaite: la preuve d'une faute de gestion et la démonstration d'une causalité entre ce comportement fautif et l'insuffisance d'actif».

La rilevanza del dibattito concernente le società a responsabilità limitata con bassissima capitalizzazione è riconosciuta anche da M. Miola, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 237 ss., p. 253-254, per il quale «le soluzioni a favore dell'eliminazione del capitale minimo vanno inquadrate in prevalenza nello specifico dibattito sulle esigenze di semplificazione e di differenziazione delle società corrispondenti al modello della *limited liability company*, rispetto alle società azionarie, e nella possibilità che potrebbe essere loro offerta di usufruire, in considerazione della ridotta compagine sociale e dell'attenuata struttura organizzativa, di forme differenziate di tutela dei creditori». Lo stesso Autore prevede che vi sarà, con riferimento a queste società, «un'accentuazione delle tecniche di prevenzione del rischio di insolvenza riconducibili ai doveri previsionali degli amministratori, in particolare attraverso la redazione di *solvency tests*». [Nota bibliografica a cura di Aurora Crucil - Corrado Malberti]

MASSIMA N. 132 - Modificazioni statutarie e "trasformazione" di s.r.l. semplificata e s.r.l. a capitale ridotto (art. 2463-bis c.c. e art. 44 d.l. 83/2012) [5 marzo 2013]

L'assemblea dei soci di s.r.l. semplificate e di s.r.l. a capitale ridotto può legittimamente deliberare, mantenendo la propria "forma" giuridica originaria, tutte le modificazioni dell'atto costitutivo che siano compatibili con l'insieme delle regole e dei limiti che caratterizzano l'uno o l'altro sotto-tipo. Siffatte modificazioni sono assoggettate alla medesima disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo delle s.r.l. "ordinarie".

Si reputa altresì ammissibile l'adozione di modificazioni statutarie che comportino il passaggio da un sotto-tipo all'altro (da s.r.l. semplificata a s.r.l. a capitale ridotto e vice versa) o il passaggio da uno di tali sotto-tipi alla forma giuridica della s.r.l. "ordinaria" ovvero ancora il passaggio inverso, da s.r.l. "ordinaria" a uno di tali sotto-tipi. A tal fine è necessario che: (i) l'atto costitutivo (o lo statuto, ove sussistente) risultante da siffatte modificazioni sia conforme alla disciplina del modello di destinazione; (ii) siano rispettati i requisiti soggettivi dei soci, richiesti dalla legge in sede di costituzione del modello di destinazione.

Il passaggio da s.r.l. semplificata o da s.r.l. a capitale ridotto alla forma di s.r.l. ordinaria richiede necessariamente il contestuale aumento del capitale sociale sino a un ammontare di almeno euro 10.000 - a titolo gratuito o a pagamento - con modalità analoghe a quanto avviene in caso di trasformazione di una s.r.l. (con capitale inferiore a euro 120.000) in s.p.a., senza che a tal fine risulti necessario accertare il valore del patrimonio sociale mediante una relazione di stima.

Nel caso inverso di passaggio da s.r.l. "ordinaria" a uno dei due sotto-tipi, è d'altro canto necessario ridurre il capitale sociale a un importo inferiore a euro 10.000. Ne consegue che il passaggio al sotto-tipo prescelto può essere deliberato: (a) con efficacia immediata (salva l'iscrizione nel registro delle imprese) in caso di riduzione del capitale sociale per perdite, anche ai sensi dell'art. 2482-ter c.c.; (b) con efficacia subordinata al decorso del termine di novanta giorni di cui all'art. 2482, comma 2, c.c. (e alle altre condizioni ivi previste), qualora alla riduzione del capitale sociale risulti applicabile la disciplina dettata dal citato art. 2482 c.c.

MOTIVAZIONE

La massima affronta due diversi temi: da un lato, la questione della possibilità e delle modalità con cui possano essere deliberate le *modificazioni dell'atto costitutivo* di una società appartenente ai sotto-tipi delle s.r.l. semplificate e delle s.r.l. a capitale ridotto; dall'altro, la questione del "*cambiamento del sotto-tipo*", nelle diverse direzioni astrattamente ipotizzabili.

1. - In merito al primo punto, non dovrebbero esservi dubbi tanto sulla possibilità che entrambi i sotto-tipi di s.r.l. semplificata e s.r.l. a capitale ridotto *possano* assumere modificazioni dell'atto costitutivo *mantenendo* la loro "forma" originaria, quanto sul fatto che tali modificazioni siano *soggette alle medesime regole* dettate per tutte le modificazioni dell'atto costitutivo di una s.r.l. "ordinaria".

Sotto il primo profilo, la premessa concettuale consiste nella individuazione di un insieme di regole legali applicabili a ciascun sottotipo *anche dopo la sua costituzione*, cui la società continua quindi ad essere assoggettata anche qualora dovesse modificare alcuni elementi del proprio atto costitutivo, *purché mantenga le caratteristiche* del sotto-tipo inizialmente prescelto. Siffatto presupposto sussiste per entrambi i sotto-tipi. (i) La s.r.l. semplificata, da un lato, continua ad essere assoggettata alle regole del capitale minimo di un euro, del capitale "massimo" di euro 9.999,99, del divieto di far assumere la carica di amministratore a persone diverse dai soci, del divieto di trasferire le partecipazioni a soggetti diversi da persone fisiche di età superiore a 35 anni, e dell'obbligo di specificazione dell'attributo "semplificata" nella denominazione sociale. (ii) La s.r.l. a capitale ridotto, d'altro canto, è assoggettata anche dopo la sua costituzione ad alcune di tali regole, con particolare riferimento al capitale minimo di un euro, al capitale "massimo" di euro 9.999,99, al divieto di far assumere la carica di amministratore a soggetti diversi da persone fisiche, al divieto di trasferire le partecipazioni a soggetti diversi da persone fisiche, e all'obbligo di specificazione della locuzione "a capitale ridotto" nella denominazione sociale.

Ciò detto, sono astrattamente configurabili in entrambi i sotto-tipi tutte le modificazioni statutarie (*rectius*, tutte le modificazioni di elementi durevoli e non contingenti dell'atto costitutivo) che non facciano venir meno i requisiti previsti dalla legge per ciascuno di essi. Così, in via meramente esemplificativa, le modificazioni possono avere ad oggetto la denominazione sociale, l'oggetto sociale, il capitale sociale (sia in aumento che in riduzione, nel rispetto degli anzidetti limiti), il numero minimo e massimo degli amministratori, il modello di amministrazione, la durata, nonché ogni altra regola circa il funzionamento della società e i diritti dei soci.

Siffatte modificazioni, che non comportano quindi l'abbandono del rispettivo sotto-tipo, sono senza dubbio assoggettate alle regole previste per la s.r.l. "ordinaria", in virtù del rinvio previsto per i due nuovi sotto-tipi alle disposizioni contenute nel libro V, titolo V, capo VII del codice civile, non potendosi ravvisare alcuna incompatibilità con le regole specifiche previste per i due nuovi sotto-tipi, né alcuna deroga espressamente prevista dal legislatore. Esse devono pertanto essere deliberate dall'assemblea dei soci, secondo il metodo assembleare, in forma di atto pubblico (art. 2480, comma 1, c.c.), e sono soggette a controllo di legittimità e a pubblicità legale a norma dell'art. 2436 c.c.

2. - Per quanto riguarda la questione relativa al "*cambiamento del sotto-tipo*", conviene preliminarmente esaminare il profilo della *qualificazione della vicenda*. Si concorda infatti con l'interpretazione dominante, secondo la quale le s.r.l. semplificate e le s.r.l. a capitale ridotto *non costituiscono autonomi tipi* di società, bensì mere "varianti tipologiche" o "sotto-tipi" del tipo s.r.l., individuato e disciplinato dagli artt. 2462 ss.

c.c. Di conseguenza, il passaggio da un sotto-tipo all'altro *non dà luogo a una trasformazione* in senso proprio, quale disciplinata dagli artt. 2498 ss. c.c.. Esso consiste invero in una "normale" modificazione statutaria, tramite la quale vengono assunte le caratteristiche distintive del diverso sotto-tipo o del tipo della s.r.l. "ordinaria". Da questo punto di vista, la definizione di tali figure in termini di "sotto-tipi" o "varianti tipologiche" o altra analoga terminologia, assume un valore essenzialmente descrittivo: ciò che rileva è la presenza di un insieme di regole *diverse* rispetto alla disciplina generale, la cui applicabilità deriva dalla presenza di alcuni diversi elementi dell'atto costitutivo, essenzialmente riconducibili alla scelta di fissare un capitale sociale di ammontare pari o superiore a 1 euro e inferiore a 10.000 euro. Siffatto elemento, sinché sussiste, funge altresì da limite di legittimità delle modificazioni statutarie apportate dai soci (così, ad esempio, permanendo il capitale sociale inferiore a 10.000 euro, non è conforme alla legge l'introduzione nell'atto costitutivo di una s.r.l. a capitale ridotto di una clausola che preveda il trasferimento delle partecipazioni a soggetti diversi dalle persone fisiche oppure l'eliminazione della locuzione "a capitale ridotto" dalla denominazione sociale).

Con ciò si spiega quanto affermato nella massima in ordine al passaggio "evolutivo" *da* s.r.l. semplificata o s.r.l. a capitale ridotto *a* s.r.l. ordinaria, nonché a quello "regressivo" *da* s.r.l. ordinaria a s.r.l. semplificata o s.r.l. a capitale ridotto.

Nel primo caso, è necessario che il capitale risulti contestualmente aumentato a un importo almeno pari a euro 10.000. A tal fine, si precisa che l'aumento (oltre che a poter aver luogo a titolo gratuito, nel qual caso non si pongono particolari problemi, fermo restando che non occorrerà alcuna relazione di stima per verificare che il valore del patrimonio sia almeno pari all'ammontare del capitale sociale *post* aumento) deve avvenire *con modalità analoghe* a quanto avviene in caso di aumento del capitale a servizio della trasformazione in s.p.a. di una s.r.l. avente un capitale inferiore a euro 120.000. Escluso ogni riferimento all'applicabilità delle norme sulla trasformazione - per i motivi anzidetti - si intende cioè precisare che l'aumento a pagamento *deve essere sottoscritto* (contestualmente all'adozione delle modificazioni statutarie compatibili solo con il tipo s.r.l. ordinaria) almeno sino all'ammontare di euro 10.000 e *deve essere liberato nella misura resa necessaria dal tipo di conferimento prescelto*. Il che val quanto dire che, in caso di conferimenti in denaro, è necessario e sufficiente che l'aumento sia sottoscritto almeno sino all'importo di 10.000 euro e sia versato per i venticinque centesimi dell'ammontare sottoscritto (a meno che, ovviamente, si tratti di società con unico socio).

Nel secondo caso, il capitale sociale deve essere contestualmente ridotto a meno di euro 10.000. Questa riduzione può essere sicuramente adottata sia nel caso di perdite inferiori al terzo del capitale sociale, sia nei casi previsti dall'art. 2482-*bis* c.c., qualora il capitale esistente si riduca a meno di euro 10.000; e lo stesso dicasi per i casi in cui la società versi nella situazione prevista dall'art. 2482-*ter* c.c. Non si ravvisano ragioni per escludere che siffatta riduzione - con contestuale adozione della disciplina delle s.r.l. a capitale ridotto - non possa costituire un adeguato rimedio alla presenza di perdite che abbiano ridotto il patrimonio netto di una s.r.l. ordinaria ad un valore inferiore a euro 10.000. Come si è rilevato poco sopra, infatti, la disciplina delle s.r.l. a capitale ridotto *non rappresenta una mera facilitazione alla costituzione* di una s.r.l. con inferiori requisiti di capitalizzazione, bensì una "variante tipologica" che (subordinatamente al rispetto di taluni requisiti e all'adozione di regole parzialmente diverse rispetto a quelle ordinarie) consente di determinare il capitale in un ammontare variabile tra 1 e 9.999,99 euro. Ne consegue che, anche quando tali condizioni sussistano *durante* la vita della società e non al momento della sua nascita, si realizzano tutti i presupposti per l'adozione della variante tipologica che il legislatore ha messo a disposizione dell'autonomia negoziale.

La medesima deliberazione di passaggio "regressivo" e contestuale riduzione del capitale sociale, infine, potrà essere assunta anche qualora la società non abbia perdite tali da portare il capitale a meno di euro 10.000, rendendosi quindi necessario procedere ad una riduzione di capitale ai sensi dell'art. 2482 c.c. In tal evenienza, tuttavia, non sembra possibile che la delibera di cambiamento del sotto-tipo venga adottata con effetto immediato, dovendosi attendere il decorso del termine di novanta giorni di cui all'art. 2482, comma 2, c.c., nonché il verificarsi delle altre condizioni

previste da questa disposizione. Una conferma di questa impostazione può essere ricavata dalle "Prassi del registro delle imprese" elaborate dall'Osservatorio sulla riforma del diritto societario, composto dai Conservatori dei registri delle imprese della Lombardia e dai notai designati dal Comitato regionale notarile lombardo costituito con la finalità di adottare principi e soluzioni uniformi in materia di iscrizione degli atti nel registro delle imprese. La massima n. 6 di queste prassi dispone infatti che, in relazione alle delibere assunte ai sensi dell'art. 2482, soltanto "decorsi 90 giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di riduzione del capitale sociale, un amministratore o il notaio procedono alla presentazione della comunicazione relativa al prodursi dell'effetto della deliberazione stessa".

Occorre peraltro precisare che, a ben vedere, il passaggio a s.r.l. semplificata va esclusivamente inteso come adozione della variante della s.r.l. a capitale ridotto con applicazione delle ulteriori limitazioni tipiche della s.r.l. semplificata (circolazione della quota per atto tra vivi a persone fisiche di età inferiore a 35 anni e riserva dell'amministrazione della società in capo ai soci). Resta peraltro fermo che a tale società non è stata concessa - né può essere concessa in sede di modificazione dell'atto costitutivo - l'agevolazione sui costi che la legge prevede unicamente in sede di costituzione *ex novo* di una s.r.l. semplificata. In ossequio al principio di autonomia negoziale, comunque, non sembra che possa negarsi la possibilità che la società si assoggetti alle medesime regole che caratterizzano la variante tipologica della s.r.l. semplificata *anche dopo* la sua costituzione, pur senza poter beneficiare delle agevolazioni applicabili solo in fase genetica.

Nota bibliografica

L'indagine sulla s.r.l. semplificata e sulla s.r.l. a capitale ridotto non può prescindere dal loro inquadramento sistematico nell'ambito dei tipi di società presenti nel nostro ordinamento e, in particolare, per quanto riguarda il posizionamento di queste nuove società rispetto al tipo s.r.l. Nello specifico, gli Autori che hanno esaminato la questione paiono sostanzialmente concordi nel ritenere che la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto costituiscano dei sotto-tipi della s.r.l. e non delle nuove figure e del tutto autonome rispetto alla s.r.l. "ordinaria". Tale conclusione, ovviamente, ha ripercussioni significative in diversi sotto diversi profili i quali cui ha assunto una certa rilevanza in questa fase di prima interpretazione del dato normativo il tema del passaggio da s.r.l. semplificata a o capitale ridotto a una s.r.l. "ordinaria" e viceversa.

1. - Secondo l'orientamento prevalente, l'inquadramento della s.r.l. semplificata e di quella a capitale ridotto quali sotto-tipi della s.r.l. impedisce di qualificare il passaggio tra le tre varianti del tipo s.r.l. come una «trasformazione» in senso tecnico. Per questa soluzione propende, il Comitato triveneto dei notai, Orientamento R.A.4, settembre 2012, secondo il quale «qualora il mutamento del modello s.r.l. semplificata avvenga con l'adozione di quello di s.r.l. a capitale ridotto o di s.r.l. ordinaria non si ponga in essere una "trasformazione" in senso tecnico, in quanto la s.r.l. semplificata e la s.r.l. a capitale ridotto costituiscono dei sotto tipi della s.r.l. ordinaria, e non dei tipi autonomi, essendo le stesse soggette, per quanto non espressamente derogato, alla disciplina legale di quest'ultima. A quanto sopra consegue che il mutamento del modello di s.r.l. semplificata in quello di s.r.l. a capitale ridotto o di s.r.l. ordinaria avviene senza che trovino applicazione le regole di cui agli artt. 2498 e ss. c.c., mentre in tutti gli altri casi di mutamento del tipo troverà sempre applicazione la disciplina legale sulle trasformazioni»; in modo simile, A. Busani - C.A. Busi, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.)*, cit., p. 1307, sostengono che «l'evoluzione di una s.r.l.s. in una s.r.l.c.r. o in una s.r.l.o. non dovrebbe risultare qualificabile in termini di "cambiamento (...) del tipo di società" (art. 2473, comma 1, c.c.) e così non dovrebbe legittimare il socio assente o non consenziente all'esercizio del recesso dalla società «trasformata»»; propende per la stessa soluzione anche F. Magliulo, cit., p. 1420, il quale, in relazione alla s.r.l. semplificata e a quella a capitale ridotto, afferma che «[a] prima vista sembrerebbe deporre nel senso che non si tratti di autonomi tipi sociali la circostanza che l'art 2463-bis c.c., ultimo comma, in materia di SRLS (...) dispone che "Salvo quanto previsto dal presente articolo, si applicano alla società a responsabilità limitata semplificata le disposizioni del presente capo in quanto compatibili"», precisando, a p.

1421-1422, che «[n]el caso delle SRLS e delle SRLCR le caratteristiche dettate dalla legge per siffatti fenomeni societari non sembrano alterare in modo significativo lo schema strutturale della srl ordinaria, limitandosi il legislatore a prescrivere determinati requisiti soggettivi dei soci e degli amministratori o determinati requisiti dei conferimenti, a fronte di talune semplificazioni»; così argomentando, lo stesso Autore, in relazione alla trasformazione di s.r.l. semplificata o a capitale ridotto in s.r.l. ordinaria, a p. 1426, sostiene che, «trattandosi di operazione che non comporta l'assunzione di una forma ascrivibile ad un diverso tipo societario, non si è in presenza di una trasformazione in senso tecnico» e, pertanto, conclude che «non saranno applicabili all'operazione in esame le norme proprie della trasformazione»; in modo simile anche M. Rescigno, cit., p. 68-69, al quale sembra che «- al di là della pericolosità della indicata fascinazione e della scarsa significatività in concreto della nozione ds sottotipo - il legislatore non abbia inteso creare nuovi tipi sociali», anche perché la riduzione della soglia minima del capitale sociale ad «una cifra simbolica - o la sua sostanziale vanificazione - non sembra poter rappresentate una deviazione tipologica dalla s.r.l. e la nascita di un nuovo tipo di società», ciò porta l'Autore a concludere quindi che «[s]e questa ricostruzione è corretta i « passaggi » fra le varie forme di s.r.l. non possono essere ricostruite in termini di trasformazione di tipo sociale né richiedere una delibera di trasformazione»; escludono che la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto possano essere considerate tipi distinti di società anche A. Ruotolo - D. Boggiali, *Trasformazione di s.n.c. in s.r.l. a capitale ridotto*, in *CNN Notizie*, 10 aprile 2013, dal momento che «entrambe mutuano pressoché integralmente, salve appunto le regole espressamente contenute rispettivamente nell'art. 44 e nell'art. 2463-bis, la propria disciplina dalle regole di default della S.r.l.», conseguenza di questo inquadramento sarebbe quindi che «la fuoriuscita dalle due varianti per approdare al modello ordinario non dovrebbe esser intesa quale trasformazione, bensì come mera modificazione dell'atto costitutivo»; anche per Assonime, cit., p. 30 «il passaggio al regime ordinario non può essere qualificato in termini di trasformazione in senso proprio»; in modo simile anche C.A. Busi, *Srl semplificata, riserva dei notai*, cit; F.G. Nardone - A. Ruotolo, *Questioni applicative*, cit.; G. Petrelli, *Società a responsabilità limitata semplificata*, 26 giugno 2012, disponibile sul sito www.gaetanopetrelli.it; Id., *Società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, 26 giugno 2012 disponibile sul sito www.gaetanopetrelli.it. Particolarmente interessante è poi la tesi avanzata da G. Ferri jr, cit., il quale, in relazione alla s.r.l. semplificata e a quella a capitale ridotto, ritiene, da un lato, che «dalla legge non sembrano in realtà potersi ricavare elementi sufficienti a qualificare le figure in esame come altrettanti tipi di società», e dall'altro che non sia neppure possibile ravvisare in queste società «sotto-tipi o varianti tipologiche della società a responsabilità limitata», giungendo alla conclusione per cui in questi casi si sarebbe in presenza di «altrettante discipline eccezionali e derogatorie, rispetto, si noti, non già all'intero sistema di regole in cui articola la disciplina della società a responsabilità limitata, ma esclusivamente a quella specifica disposizione, dettata dall'art. 2463, 2° comma, n. 4, cod. civ., che fissa nella misura di diecimila euro il limite minimo del capitale nominale: come pure, ma limitatamente alla società a responsabilità limitata semplificata, alle regole, estranee alla disciplina societaria, che richiedono il pagamento dei diritti di bollo e di segreteria e la corresponsione dell'onorario al notaio».

Si veda anche P. Reviglione, *La società a responsabilità*, cit., il quale, pur sostenendo a p. 640, che «[p]iù in generale si può osservare come la tendenziale applicabilità delle norme dettate in relazione alla s.r.l. "ordinaria", seppure filtrata dalla valutazione di compatibilità, sembrerebbe deporre - in conformità a quanto emerge dalla stessa denominazione utilizzata dal legislatore (società a responsabilità limitata semplificata) - nel senso della riconducibilità della società in oggetto nell'ambito del tipo "società a responsabilità limitata" e di quello di una sua configurazione quale "sottotipo", esattamente al pari di quanto, come si è accennato, si afferma in relazione alla *Unternehmegesellschaft*», afferma invece, a p. 645-646, che «si potrebbe porre l'interrogativo se tale passaggio costituisca una vera e propria trasformazione o se possa essere considerato come un mero adattamento dell'assetto statutario al fine di renderlo conforme alle regole proprie del tipo s.r.l. analogamente a quanto viene stabilito, in particolare, nell'ordinamento spagnolo con riferimento alla *sociedad Nueva*

Empresa», giungendo alla conclusione che «[l]’interrogativo deve, a mio avviso essere risolto nel primo senso». In modo simile si vedano anche R. Guidotti - E. Pederzini, cit., p. 664, per i quali «in ragione delle plurime differenze, sul versante della struttura organizzativa, amministrativa e patrimoniale, deve ritenersi tuttavia che per entrambe [s.r.l.s. e s.r.l.c.r.] il passaggio al tipo "primario" debba avvenire mediante vera e propria delibera di trasformazione», specificando inoltre che la delibera assembleare con cui viene adottato il nuovo sotto-tipo «dovrà avvenire mediante redazione di atto pubblico e dovrà essere predisposta la relazione di stima di cui all'art. 2500 *ter* c.c. al fine di accertare che il valore del patrimonio netto della società equivalga almeno all'ammontare del capitale nominale minimo (10.000 euro)», precisando, infine, che «[r]imane dubbia, per converso, la qualificazione del passaggio da società a capitale ridotto a società semplificata e viceversa».

Ancor più articolata è, invece, la posizione di M. Cian, cit., p. 1107, il quale, pur aderendo all'impostazione maggioritaria secondo cui «[i]l passaggio dall'una all'altra delle tre varianti interne al tipo-generale s.r.l. non costituisce una trasformazione in senso tecnico della società», sostiene che «[q]uesto non significa (...) che il mutamento di veste sia libero in ogni direzione» ed in particolare, reputa che «[l]a conversione da s.r.l. comune a s.r.l.c.r. non appare (...) compatibile con la disciplina del capitale, (...) almeno non con la riduzione per perdite al di sotto del minimo legale, stante l'effetto risolutivo che essa produce, in assenza delle operazioni di cui all'art. 2482-*ter*». Per inciso, è utile segnalare che Assonime, cit., p. 30, non pare condividere una simile interpretazione del disposto dell'art. 2482-*ter* c.c. ed afferma, invece, che «[s]i potrebbe (...) ipotizzare che gli amministratori possano convocare l'assemblea, oltre che per deliberare una riduzione del capitale e il contemporaneo aumento al minimo legale, ai sensi dell'art. 2482 *ter* c.c., anche, in alternativa, per dichiarare il passaggio ad una delle figure di società a responsabilità limitata a capitale ridotto». Sempre M. Cian, cit., p. 1108, valorizzando il «rispetto dell'autonomia privata (...) e la logica compresenza di società con capitali diversi», appare invece più possibilista per quanto riguarda il passaggio da s.r.l. "ordinaria" a s.r.l. a capitale ridotto in caso di riduzione effettiva del capitale sociale. Lo stesso Autore (M. Cian, cit., p. 1108), infine, esclude il passaggio da s.r.l. "ordinaria" a s.r.l. semplificata, dal momento che quest'ultima sarebbe «marcatamente caratterizzata come forma di *start up*» e quindi «irrecuperabile per iniziative già in essere»; inoltre, per la medesima ragione, anche il passaggio da s.r.l. a capitale ridotto a s.r.l. semplificata sarebbe precluso, ma non l'operazione inversa (da s.r.l. semplificata a s.r.l. a capitale ridotto, la quale richiederebbe «il solo mutamento della denominazione (...) attesa la piena compatibilità con (...) la società a capitale ridotto delle prescrizioni e del *format* statutario» previsti per la s.r.l. semplificata. In modo simile anche M. Rescigno, cit., p. 69-71, ritiene che sia possibile per la s.r.l. semplificata e per quella a capitale ridotto «uscire» dal modello prescelto deliberando un aumento del capitale portandolo, con apposita delibera in misura pari o superiore a 10.000 euro, restando così assoggettate alla disciplina ordinaria della s.r.l. e in tal modo recuperare piena libertà per quanto riguarda le caratteristiche dei soci e degli amministratori e in genere per quanto riguarda l'organizzazione della società» senza che queste operazioni implicino un diritto di recesso dei soci, mentre esclude «la possibilità di «passare» da una s.r.l. a una s.r.l.c.r. o s.r.l.s.», in tal modo, infatti, «si consentirebbe l'accesso al «beneficio» del capitale ridotto in una fattispecie diversa da quella della costituzione *ex novo* della società - e così dell'avvio di una nuova impresa»; per questo Autore detta soluzione dovrebbe applicarsi «sia all'ipotesi della trasformazione c.d. regressiva (per chi ritenga che si tratti di un mutamento di tipo), sia all'ipotesi di adottare tramite modifica un capitale ridotto; e dovrebbe anche rendere inammissibile - come già si diceva - la liceità di una delibera *ex art. 2482 bis o ter* che si limiti a prendere atto di una perdita che abbia intaccato il capitale sociale minimo e che, tramite trasformazione o meno, riduca il capitale al di sotto di tale soglia modificando la denominazione sociale in s.r.l.c.r. o s.r.l.s, ovvero azzeri il capitale, copra le perdite e deliberi un aumento di capitale inferiore a 10.000 euro».

Cautamente è anche F. Tassinari, cit., p. 4, per il quale «[i]n primo luogo, il passaggio tra SRL, SRLS e SRLCR non configura in alcun caso una trasformazione in senso tecnico ex artt. 2498 ss. c.c., limitandosi a determinare una modificazione dell'atto costitutivo, secondo le norme generali proprie, nella SRL, di quest'ultimo istituto (artt. 2480 ss.

c.c.): gli artt. 2498 ss. c.c., a loro volta, al pari di ogni eventuale prescrizione dell'atto costitutivo riferita alla trasformazione della società, non saranno applicabili relativamente a ciascuno di tali passaggi né in via diretta, né in via analogica». L'Autore, infatti, a p. 27, precisa che «[p]oiché (...) i vantaggi di SRLS e SRLCR sono limitati alla fase costitutiva, non ha alcun senso ipotizzare un "passaggio" da SRL a SRLS o SRLCR successivo alla costituzione della SRL medesima» e che «[p]arimenti inammissibile deve ritenersi un "passaggio" da SRLS a SRLCR o viceversa, per la medesima ragione della natura "*one bullet*" limitatamente all'atto costitutivo della disciplina speciale concernente i due ultimi sottotipi, oltre che, laddove il sottotipo *a quo* sia la SRLS, per l'inapplicabilità del modello standard», mentre «[p]erfettamente ammissibile, e, anzi, oggetto di un chiaro *favor legis*, deve invece ritenersi il "passaggio" da SRLS o SRLCR a SRL, previa adozione di uno statuto conforme alle norme di cui all'art. 2463 c.c., ivi incluso il capitale legale minimo di euro 10.000,00», tale operazione, infine, «non comporterà applicazione, come si è già visto, delle norme di cui agli artt. 2498 ss. c.c. in tema di trasformazioni omogenee, dal momento che nessuna delle vicende in oggetto comporta modificazione del tipo sociale di riferimento».

Più possibilista è, invece, G. Ferri *jr*, cit., il quale, pur esprimendo dubbi in merito all'utilità per un ente di assumere la forma di s.r.l. semplificata, dal momento che non sarebbe possibile conseguire l'unico ulteriore beneficio ricavabile per questa società rispetto alla s.r.l. a capitale ridotto, vale a dire la riduzione delle spese di costituzione, ritiene che «[n]ulla, al contrario, sembra ostacolare la possibilità di avvalersi (...) della disciplina della *società a responsabilità limitata a capitale ridotto* anche successivamente alla costituzione della società, all'esito, a seconda dei casi, di una modificazione dell'atto costitutivo di una preesistente società a responsabilità limitata (ordinaria, ma anche, come si dirà, semplificata), ovvero di una trasformazione di una società di altro tipo, tanto di persone (...), quanto per azioni, al fine, in particolare, di scongiurare le conseguenze che la legge ricollega all'emersione di perdite che, oltre a superare il terzo del capitale, lo abbiano ridotto al di sotto del rispettivo minimo legale: sempre che, deve precisarsi, il patrimonio netto raggiunga la misura di un euro, che in vero rappresenta pur sempre il minimo di capitale, per quanto assai esiguo, richiesto per la società a responsabilità limitata a capitale ridotto»; per conclusioni simili si vedano anche A. Ruotolo - D. Boggiali, cit., per i quali «[m]entre per la società semplificata la funzione di start up di una "nuova impresa" pare facilmente desumibile anche da una serie di indici normativi, compresa la riduzione dei costi, che ben si spiega con riguardo all'avvio dell'impresa, sì che la variante s.r.l.s. non sembra effettivamente poter fungere da modello di approdo; ben diverso è il discorso per la s.r.l. a capitale ridotto, nella quale le vere differenze rispetto alla s.r.l. ordinaria attengono esclusivamente all'ammontare del capitale ed al regime dei conferimenti e dei versamenti, poiché per il resto vi è la medesima libertà di definire le regole organizzative negli spazi concessi dal legislatore».

Ritiene invece ammissibile un passaggio da s.r.l. semplificata a s.r.l. a capitale ridotto F. Magliulo, cit., p. 1431-1433, nonché, più in generale, il passaggio ai sotto-tipi s.r.l. semplificata o s.r.l. a capitale ridotto, dal momento che (Id., p. 1442) «solo le agevolazioni fiscali e notarili (non applicabili al caso di specie per quanto detto sopra) [sono] ascrivibili all'intento di agevolare la fase di *start-up*». A questo riguardo, lo stesso Autore (Id., p. 1440) sottolinea che «l'assunzione della forma di SRLS o SRLCR può essere deliberata solo ove la società risultante dall'operazione rispetti tutti gli altri requisiti prescritti per tali forme sociali» e che qualora si renda necessaria una delibera di riduzione del capitale sociale ai sensi dell'art. 2482 c.c. a meno di euro 10.000 (Id., p. 1437) «la delibera di "trasformazione" dovrebbe essere sospensivamente condizionata alla mancata opposizione dei creditori sociali alla riduzione reale del capitale sociale».

2. - Le medesime considerazioni sviluppate dalla dottrina italiana si ritrovano anche nell'esperienza di altri paesi dell'Unione Europea. In Germania, come segnalato da G.D. Von Der Laage, cit., p. 408, «[p]er poter utilizzare la *Unternehmensgesellschaft* come accesso facilitato alla GmbH «normale», il § 5a, Abs. 5, GmbHG prevede la possibilità per la UG di commutarsi, in qualsiasi momento, in una GmbH "normale"(...). Si noti, tuttavia, che questa operazione non configura una

trasformazione (*Formwechsel*) secondo l'accezione data dal Codice delle operazioni straordinarie (*Umwandlungsgesetz*), in quanto la UG (...) non costituisce un altro tipo rispetto alla GmbH; questo mutamento, infatti, altro non è che un mero aumento formale del capitale sociale ad una cifra pari o superiore ai 25.000 euro [il capitale sociale minimo per una GmbH]». Anche in Spagna, all'epoca dell'introduzione della SLNE, R.R. De Elias-Ostua, cit., p. 23, ha sostenuto che: «[l]a Ley (...) crea un subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada, a la que define como una especialidad. No se ha pretendido dotarla de un regime totalmente autónomo. La Sociedad Limitada Nueva Empresa no deja de ser una sociedad de responsabilidad limitada, lo demuestra el hecho de que la continuidad de sus operaciones como una SRL, que pudiéramos denominar de regimen normal, no constituye transformación». [Nota bibliografica a cura di Aurora Crucil - Corrado Malberti]

MASSIMA N. 133 - Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.p.a. (artt. 2368, 2369, c.c.)

E' legittimo prevedere nello statuto di una spa che nel calcolo del quorum deliberativo dell'assemblea ordinaria, nella prima e nelle successive convocazioni, non si tenga conto delle astensioni anche al di fuori dell'ipotesi contemplata dall'art. 2368, comma 3, c.c. (astensione per conflitto d'interessi).

Motivazione

Al fine di valutare la legittimità di clausole statutarie che regolino il valore dell'astensione nell'assemblea delle società azionarie occorre ricordare che dopo la riforma del 2003: (i) ai sensi del terzo comma dell'art. 2368 le azioni per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del soggetto cui spetta di astenersi per conflitto di interessi (cd. "astensione legale") non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione; (ii) è opinione prevalente che l'astensione cd. "volontaria" (cioè non motivata dall'esistenza di un conflitto di interessi) vada viceversa computata nel *quorum* deliberativo, considerati il suo effettivo impatto sull'esito della decisione assembleare, la limitazione della portata della norma alla sola astensione legale e l'esplicita attribuzione della legittimazione all'esercizio del diritto di recesso (art. 2473, comma 1) e all'impugnativa delle deliberazioni (art. 2377, comma 2) ai soci astenuti.

Il legislatore, recependo un indirizzo consolidato nella giurisprudenza anteriore alla riforma, ha scelto di neutralizzare gli effetti dell'astensione per conflitto di interessi attraverso l'esclusione degli astenuti dal computo del *quorum* deliberativo. Si consente così, ma solo in questo caso, l'assunzione delle delibere sociali anche quando, a causa delle astensioni dei soci in conflitto, non si raggiungerebbe il *quorum* deliberativo legale o statutario. Conseguenza del mancato computo delle astensioni nel *quorum* deliberativo è infatti l'abbassamento di quest'ultimo anche ad esigue frazioni del capitale, in deroga al principio per il quale i *quorum* deliberativi legali rappresentano il limite minimo indispensabile di coinvolgimento dei soci nelle deliberazioni assembleari. Principio altrimenti inderogabile, secondo l'orientamento dominante, in virtù dell'assenza negli artt. 2368 e 2369 di qualsiasi riferimento alla riducibilità dei *quorum*, mentre ne è espressamente concessa l'elevabilità. In questo senso depongono inoltre il comma 7, lett. d, dell'art. 4 della legge delega di riforma delle società di capitali (366/2001), che conferma la necessità di "bilanciare la tutela degli azionisti e le esigenze di funzionamento dell'organo assembleare", e il precedente comma 2, n. 3, che, con riferimento alle società "aperte", precisa che occorre "fissare congrui *quorum* a tutela delle minoranze".

In definitiva, a tutela della cd. "istanza partecipativa", i *quorum* non possono scendere al di sotto della soglia indicata dal legislatore e il punto di equilibrio con la cd. "istanza efficientistica" è inderogabilmente individuato dal legislatore nei *quorum* deliberativi minimi fissati dalle norme.

L'esclusione statutaria delle astensioni dal calcolo dei *quorum* deliberativi avrebbe invece l'effetto di sterilizzarle al di fuori delle ipotesi espressamente regolate dal terzo comma dell'art. 2368 (azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto e azioni di chi si è astenuto per conflitto di interessi), attenuando sensibilmente il valore attribuito dal legislatore al coinvolgimento dei soci nel processo decisionale dell'assemblea attraverso l'imposizione di specifici *quorum* costitutivi e deliberativi.

Si consideri infine che, in un sistema in cui il processo di formazione del consenso non si fonda sulla prevalenza dei voti favorevoli dei votanti, bensì sulla prevalenza dei voti favorevoli dei presenti o sul raggiungimento di determinate aliquote del capitale sociale, l'astensione, da atteggiamento oggettivamente neutrale, finisce con l'assumere spesso valenza contraria all'approvazione della deliberazione assembleare.

Si può tuttavia ritenere ammissibile una clausola statutaria che escluda gli astenuti dal calcolo del *quorum* deliberativo limitatamente all'assemblea ordinaria, se si considera che nelle convocazioni successive alla prima o, ove ammessa, in unica convocazione, essa delibera a maggioranza, qualunque sia la parte di capitale rappresentata. Non essendo imposto alcun *quorum* costitutivo né alcun *quorum* deliberativo rapportato al numero totale delle azioni, prevedere che il consenso assembleare si formi sulla maggioranza dei voti espressi, e dunque al netto delle astensioni, non appare pertanto in contrasto con la *ratio* della norma, improntata alla totale prevalenza dell'istanza efficientistica almeno nella seconda o nell'unica convocazione.

Non mancano peraltro argomenti per estendere il giudizio di ammissibilità della clausola anche all'astensione in sede di prima convocazione dell'assemblea ordinaria.

Lo statuto, infatti, potrebbe avvalorare il significato dell'astensione in termini di neutrale accettazione della posizione che riceverà le maggiori adesioni dai votanti, sia essa favorevole o contraria alla proposta di decisione. E ciò sarebbe in linea con una soluzione già presente nella regolamentazione legale dell'organo assembleare di una società azionaria operante nel nostro sistema per effetto del diritto comunitario: gli articoli 57 e 58 del Regolamento (CE) 2157/2001, relativo allo statuto della Società Europea, rispettivamente stabiliscono che l'assemblea delibera a maggioranza dei voti validamente espressi e che gli astenuti sono esclusi da tale calcolo. Altri riscontri, sia pure fuori dalla materia delle società azionarie, si rinvengono in casi in cui la formazione del consenso non è organizzata sulla base del rapporto tra partecipanti e voti favorevoli o su aliquote minime prefissate, ma sul computo dei voti effettivamente espressi: in questo senso, ad esempio, si vedano i regolamenti di alcune assemblee politiche come la Camera dei Deputati e vari Consigli Regionali.

Se è vero che in prima convocazione l'assemblea ordinaria è regolarmente costituita con la presenza di almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta, pure vero è che ciò non equivale a porre un *quorum* deliberativo consistente nel raggiungimento di una soglia di consenso direttamente parametrata sul capitale sociale, e che allora il significato attribuito dallo statuto all'astensione - in termini di neutrale accettazione della posizione che risulterà prevalente nel confronto tra voti favorevoli e contrari - sembra del tutto rispettoso delle linee inderogabili del procedimento assembleare.

Del resto, anche considerando l'assenza di *quorum* minimi costitutivi e/o deliberativi per la seconda convocazione di queste assemblee, l'imposizione di un *quorum* costitutivo nella prima convocazione sembra essere diretta a tutelare l'interesse di ciascun socio a che, almeno in quella seduta, non vengano assunte in sua assenza decisioni da parte di esigue maggioranze (ma il socio astenuto, non essendo assente, non corre questo rischio), piuttosto che essere tesa ad assicurare che le decisioni dell'assemblea ordinaria non vengano assunte senza il coinvolgimento di un numero minimo inderogabile di azioni.

Nota Bibliografica

Prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario operata dal legislatore nel 2003, era assai discusso in dottrina e giurisprudenza, nel silenzio della legge, quale fosse il valore da attribuire all'astensione volontaria. Ci si domandava, in altre parole, se le partecipazioni degli astenuti dovessero essere computate, o meno, nel

quorum deliberativo necessario al fine dell'assunzione delle delibere assembleari nelle società di capitali. Un dubbio peraltro non privo di importanti implicazioni pratiche: è facilmente intuibile, infatti, che l'inclusione nel *quorum* deliberativo dei voti espressi dagli astenuti equivalga di fatto ad un innalzamento delle maggioranze assembleari, che va a vantaggio dell'istanza cd. partecipativa, mentre l'esclusione produce l'effetto opposto, indirettamente consentendo, però, una più facile e veloce assunzione delle delibere (in tal senso si veda P. Benazzo, *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Cedam, Padova, 1999, p. 70-72).

L'orientamento che sembrava maggioritario sul punto - sia pure con qualche incertezza e con autorevoli voci contrarie - era quello di ritenere prevalente l'istanza efficientistica e di favore verso la rapidità decisionale, la quale conduceva appunto ad optare per l'esclusione del computo delle astensioni dal *quorum* deliberativo (in tal senso si vedano, in giurisprudenza: Tribunale Livorno, 1 febbraio 1957, in *Giur. It.*, 1957, I, 2, p. 986-988; Tribunale Milano, 26 febbraio 1973, in *Dir. Fall.*, 1974, II, p. 151-155; Tribunale Milano, 8 febbraio 1988, in *Società*, 1988, p. 707-713; Tribunale Milano, 11 aprile 1988, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, p. 305-307; in dottrina, S. Rossi, *L'astensione dal voto nell'assemblea di società per azioni* (Panorami di giurisprudenza), in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 543-544, e, sia pure con riferimento all'assemblea ordinaria, R. Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. - Profili procedurali*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1994, 3*, p. 284-287. Quest'ultimo autore riteneva infatti che le azioni dei soci volontariamente astenutisi, nel silenzio dell'atto costitutivo, potessero essere escluse dalla base di riferimento del *quorum* deliberativo dell'assemblea ordinaria, ma andassero viceversa incluse in quella della assemblea straordinaria, in quanto in quest'ultimo caso l'esclusione trovava un ostacolo nella circostanza che i *quorum* deliberativi fossero stati determinati dal legislatore in relazione a percentuali del capitale sociale: ammetteva inoltre la possibilità di regolare diversamente in statuto la materia con clausole *ad hoc*, valide però nel solo caso di assemblea ordinaria).

Contra, sempre in dottrina, A. Serra, *L'assemblea: il procedimento*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1994, 3*, p. 135-136, secondo cui: "L'argomentazione per cui le azioni degli astenuti non vanno computate nel *quorum* deliberativo perché, altrimenti, si finirebbe per dare all'astensione il valore di un voto contrario, sembra contraddetta dalla stessa lettera della legge che richiede, per l'approvazione della deliberazione, la maggioranza assoluta ovvero il conseguimento del *quorum* prefissato dalla legge. D'altro canto, anche a concedere che l'astensione non è tecnicamente un voto contrario, è certo che la relativa dichiarazione non è espressione di consenso, sicché non può essere consentito che il risultato positivo dell'approvazione - nel silenzio della legge - possa essere raggiunto nonostante l'atteggiamento agnostico assunto da taluni soci".

Entrata in vigore la riforma del diritto societario del 2003, la dottrina rilevò già in sede di primissimi commenti come il legislatore avesse perso l'occasione di intervenire espressamente sul punto. In materia di società per azioni, infatti, il novellato art. 2368 c.c., al terzo comma, ora dispone che: "Salvo diversa disposizione di legge le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea. Le medesime azioni e quelle per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del soggetto al quale spetta il diritto di voto di astenersi per conflitto di interessi, non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione".

La norma, così formulata, si presta in astratto, ancora una volta, a due possibili interpretazioni: da un lato, infatti, privilegiando l'istanza partecipativa a scapito di quella efficientistica ed argomentando *a contrario*, si potrebbe sostenere che se non sono da computarsi ai fini del calcolo della maggioranza le azioni dei soli soci astenutisi per conflitto di interessi, viceversa lo sono quelle dei soci astenutisi per ragioni diverse; dall'altro, privilegiando l'esigenza deliberativa, si potrebbe equiparare il valore dell'astensione cd. volontaria al valore dell'astensione cd. legale, ritenendo quindi quello espresso in materia di conflitto di interessi un principio generale.

La dottrina ampiamente prevalente si è presto orientata verso la prima soluzione, abbracciando quindi la tesi secondo cui coloro che si sono volontariamente astenuti devono essere inclusi nel computo del *quorum* deliberativo, con la conseguenza pratica che il loro voto assume, in sostanza, lo stesso peso di un voto contrario. Sul punto è stato osservato (F. Magliulo, F. Tassinari, *Il funzionamento dell'assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 195-197) che il nuovo precetto dell'art. 2368, comma 3, c.c. pone, di fatto, una regola generale (al denominatore della relativa frazione andrà posto il capitale sociale rappresentato in assemblea, a prescindere dalla circostanza che tutti gli azionisti intervenuti abbiano o meno espresso il proprio voto) e due eccezioni (le "azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto", e le "azioni per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del socio di astenersi per conflitto di interessi"). Secondo l'autore, nessun'altra eccezione si potrebbe ricavare in via interpretativa, osservando che il riconosciuto rilievo dell'astensione ai fini dell'abbattimento del quoziente deliberativo nella sola ipotesi in cui la stessa sia motivata da un conflitto di interessi, depone in favore della conclusione secondo cui l'astensione non motivata per tale ragione non può determinare alcun abbattimento del quoziente deliberativo.

In senso analogo si sono espressi, tra gli altri, anche F. Galgano, *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2003, p. 214-215; B. Petrazzini, *Commento agli articoli 2368-2369 c.c.*, in G. Cottino *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2, 2004, p. 531-532; G. Campobasso, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, 2, Utet, Torino, 2012, p. 322 e F. Laurini, *Commento all'art. 2368 c.c.*, in P. Marchetti *et al.* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società. Assemblea*, Egea-Giuffrè, Milano, 2008, p. 97-99, che trova ulteriore conferma della bontà della tesi che qui si ripercorre nel fatto che: i) da un lato, il legislatore include espressamente i soci astenuti tra coloro che possono impugnare le deliberazioni assembleari ai sensi nel nuovo testo dell'art. 2377 c.c. e tra coloro cui spetta il diritto di recesso in quanto non hanno concorso alle deliberazioni che lo legittimano ai sensi del nuovo testo dell'art. 2437 c.c.; ii) dall'altro, con la riforma nella maggior parte delle ipotesi il *quorum* deliberativo è riferito al capitale rappresentato in assemblea, con la conseguenza che l'effetto dell'astensione è quello di un voto contrario, contribuendo al rifiuto di approvare quanto posto all'ordine del giorno.

Contra, si segnalano le opinioni di M. Sarale, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in S. Ambrosiani (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 53-54); G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, *Commento all'art. 2368 c.c.*, in G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe (diretto da), *Codice commentato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2007, II, p. 405), secondo cui, pur nel silenzio della norma, sembra ragionevole presumere che il legislatore abbia inteso escludere dal computo dei *quorum* deliberativi le azioni di coloro che si astengono volontariamente dalla votazione e ciò per facilitare lo svolgimento dell'attività deliberativa (obiettivo di efficienza che il legislatore si è prefisso nel riformare il procedimento assembleare); sul punto anche C.A. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in E. Picozza e E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, 2008, Cedam, Padova, p. 846-849, il quale osserva che bisogna privilegiare in materia un meccanismo favorevole all'adozione delle deliberazioni (il quale trova conferma nell'art. 2377, quinto comma, n. 2, c.c., laddove il legislatore ha previsto che la deliberazione non può essere annullata per l'invalidità di singoli voti o per errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinati ai fini del raggiungimento della maggioranza) e che quindi, nell'ipotesi di astensione volontaria dal voto vada confermata la regola, ritenuta preferibile ante riforma, secondo la quale il socio astenuto deve essere computato nel *quorum* costitutivo ma non in quello deliberativo.

Se molto è stato scritto, sia prima che dopo la riforma, in merito al valore che il legislatore ha inteso attribuire all'astensione cd. volontaria, quasi nulla si è detto in merito alla questione affrontata dalla massima in oggetto, ossia se e in che limiti sia legittimo, nello statuto di s.p.a., inserire una clausola che preveda che nel calcolo dei *quorum* dell'assemblea non si tenga conto dei voti espressi dai soci astenuti (per la tesi positiva, si veda, prima della riforma, S. Zunarelli, *L'organizzazione dell'assemblea*

nella prassi statutaria delle piccole e medie società di capitali, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, p. 202), e, dopo la riforma A. Maffei Alberti, *Commento all'art. 2368 c.c.*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, Padova, 2011, p. 495); F. Galgano, R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, Cedam, Padova, 2006, II, p. 371). Tali clausole, qualora inserite in statuto, produrrebbero quale effetto diretto quello di disciplinare la materia *de qua* in deroga a quello che, nell'assenza di una specifica regolamentazione legislativa, è stato individuato dalla dottrina prevalente come principio generale e, quale effetto indiretto, per i motivi sopra precisati, quello di "abbassare" i *quorum* richiesti dal legislatore per l'assunzione delle delibere nelle società per azioni.

Strumentale alla soluzione del problema è dunque la risposta al quesito, parimenti controverso in dottrina, se i *quorum* legali possano essere derogati ad opera dell'autonomia privata, ed entro quali limiti. L'orientamento che appare prevalere (si vedano, tra gli altri, C. Montagnani, *Commento agli articoli 2368-2369 c.c.*, in G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Jovene, Napoli, I, 2004, p. 487-490; G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, *op. cit.*, p. 405; F. Galgano, *op.cit.*, p. 215), è quello secondo il quale lo statuto può derogare i *quorum* deliberativi legali modificandoli solo in aumento (ovviamente salvo il caso delle nomina alle cariche sociali) e non in diminuzione, in virtù dell'assenza negli artt. 2368 e 2369 c.c. di qualsiasi riferimento alla riducibilità dei *quorum*, mentre ne è espressamente ammessa l'elevabilità. In questo senso depongono inoltre il comma 7, lett. d, dell'art. 4 della legge delega di riforma delle società di capitali (366/2001), che conferma la necessità di "bilanciare la tutela degli azionisti e le esigenze di funzionamento dell'organo assembleare", e il precedente comma 2, n. 3, che, con riferimento alle società "aperte", precisa che occorre "fissare congrui *quorum* a tutela delle minoranze". Secondo una diversa ricostruzione, invece, sarebbe ammissibile - sia pure entro certi limiti - prevedere statutariamente *quorum* deliberativi più bassi di quelli previsti dal legislatore. In particolare, secondo F. Tassinari, *op. cit.*, p. 212 ss., dalla formulazione delle norme del codice sul punto, non sembra potersi ricavare alcun implicito divieto di riduzione dei quozienti, in quanto la previsione legislativa limitata alla facoltà di elevare gli stessi potrebbe avere il diverso significato di legittimare quest'ultima facoltà in tutti i casi, sottoponendo invece la facoltà di diminuzione ed una disciplina differenziata, a seconda che si tratti di società aperte (per le quali tale possibilità è da negarsi), oppure di società chiuse (dove il legislatore non si pronuncia, rimettendo la soluzione del problema all'interprete).

Sempre secondo questo autore, qualora si interpretino gli artt. 2368 e 2369 c.c. alla luce del ruolo che l'intera riforma ha inteso conferire all'autonomia statutaria anche all'interno delle società per azioni, soprattutto laddove le stesse non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, oltre che alla luce dell'esigenza di "perseguire l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese", non può che concludersi che dagli stessi non possono, nel caso di diminuzione dei quozienti, ricavarsi divieti per l'autonomia statutaria e che viceversa: "(i) l'unico limite che l'autonomia statutaria incontra nella riduzione dei quozienti assembleari legali si deve rinvenire, per le specifiche deliberazioni quivi indicate, nel rispetto del quoziente deliberativo minimo di cui all'art. 2369, comma 5, c.c. (più di un terzo del capitale sociale), come emerge sul piano letterale, dall'impiego dell'espressione 'è necessario' da parte del legislatore, sul piano logico, dalla ritenuta esigenza, limitatamente a tali deliberazioni particolarmente insidiose per la minoranza assembleare, che quest'ultima continui a fruire, *ratione materiae*, di una normativa di carattere imperativo; (ii) non si ravvisano difficoltà, invece, ad ipotizzare che la clausola statutaria possa prevedere per le società cc.dd. chiuse un quoziente inferiore a quello che la legge configura per le società cc.dd. aperte come minimo inderogabile, non ritenendosi che, in senso contrario, possa addursi il disincentivo che la rinuncia a tali quozienti minimi potrebbe comportare per la decisione di richiedere la quotazione, bensì al fatto (più oggettivo) del ricorso al mercato del capitale di rischio, in secondo luogo, il limite all'autonomia privata per le società aperte sembra giustificarsi proprio esclusivamente in considerazione di tale ricorso al mercato; (iii) resta inteso, in ogni caso, che la deliberazione, qualsiasi sia il quoziente introdotto dallo statuto, potrà

ritenersi approvata solo se i voti favorevoli superano i voti contrari". [Nota bibliografica a cura di C. Clerici]

MASSIMA N. 134 - Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.r.l. (art. 2479-bis c.c.)

E' legittimo prevedere nello statuto di una srl che nel calcolo del quorum deliberativo dell'assemblea non si tenga conto delle astensioni volontarie, fatti salvi i casi in cui la legge prescriva quorum deliberativi minimi inderogabili rapportati ad aliquote del capitale sociale.

Motivazione

L'art. 2479-bis nel fissare i *quorum* costitutivi e deliberativi dell'assemblea dei soci fa salva la diversa previsione statutaria, il che lascia intendere che essi siano liberamente derogabili sia verso l'alto che verso il basso, coerentemente con la natura piuttosto elastica della struttura organizzativa delle s.r.l. e con la tendenziale maggior partecipazione dei soci alla vita sociale che rende meno avvertita l'esigenza di dettare norme cogenti in materia di *quorum* a tutela della cd. "istanza partecipativa".

Ciò ha determinato maggiore incertezza rispetto a quanto avvenuto per le s.p.a. negli orientamenti emersi dopo la riforma delle società di capitali del 2003 circa il valore da attribuire all'astensione, tanto da indurre parte della dottrina a consigliare di farne oggetto di specifica regolamentazione negli statuti sociali.

Il legislatore non ha inoltre replicato la disposizione contenuta dall'art. 2368, comma 3, circa la non computabilità nel *quorum* deliberativo degli astenuti per conflitto di interessi, tuttavia, la necessità di consentire l'adozione di determinate deliberazioni, anche in presenza della fisiologica astensione per conflitto di interessi della maggioranza dei soci, può ragionevolmente far ritenere, così come sostenuto dalla prevalente dottrina dopo la riforma, che il principio sia di carattere generale e dunque non influenzato dal diverso tipo sociale.

Per quanto concerne invece l'astensione volontaria, sembra avere una certa prevalenza l'opinione (fondata sulle medesime considerazioni di carattere sistematico ricordate in materia di s.p.a.) per la quale anche nelle s.r.l. è preferibile computare gli astenuti per cause diverse dal conflitto d'interessi nel *quorum* deliberativo; l'autonomia statutaria, peraltro, appare qui più libera di modulare il funzionamento dell'organo assembleare sulla base degli interessi espressi dalla singola compagine sociale, anche in relazione al valore dell'astensione. L'assenza di limitazioni sulla riducibilità dei *quorum* consente pertanto di fissare liberamente, con specifica disposizione statutaria, il valore da attribuire all'astensione volontaria, escludendola dal calcolo del *quorum* deliberativo.

Analogamente a quanto concluso in materia di s.p.a., si dovranno fare salve le fattispecie in cui disposizioni di legge prevedano *quorum* deliberativi minimi inderogabili rapportati ad aliquote del capitale sociale (ad esempio l'art. 34, comma 6, del D.Lgs. 5/2003 che prescrive il *quorum* deliberativo di almeno i due terzi del capitale sociale per l'introduzione o soppressione di clausole compromissorie).

Nota Bibliografica

Prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, nel silenzio del legislatore sul punto, anche in materia di società a responsabilità limitata si poneva per gli operatori del diritto il problema di stabilire se nel computo del *quorum* deliberativo andasse considerata la quota appartenente al socio astenuto (oltre che, sempre nel silenzio della legge, la quota appartenente al socio moroso ed in conflitto di interessi).

Il terzo comma dell'art. 2479-bis c.c., nell'attuale formulazione, tace ancora sul punto limitandosi a fare salva, nella regolamentazione dei *quorum* costitutivo e deliberativo, una diversa previsione statutaria. Il legislatore non ha inoltre riprodotto nella disciplina della società a responsabilità limitata la disposizione contenuta dall'art. 2368, comma 3, c.c. circa la non computabilità nel *quorum* deliberativo degli astenuti per conflitto di interessi.

La prevalente dottrina ha comunque ritenuto che detto principio sia di carattere generale e dunque possa essere applicato per analogia anche alle società a responsabilità limitata (in tal senso si veda F. Magliulo, *Le maggioranze*, in Aa.Vv. *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 376-377).

Per quanto concerne invece l'astensione volontaria, sembra prevalere la tesi (fondata sulle medesime considerazioni esposte nella nota bibliografica alla massima in materia di rilevanza delle astensioni e derogabilità dei *quorum* assembleari nella società per azioni) per la quale anche nelle s.r.l. è preferibile computare gli astenuti per cause diverse dal conflitto d'interessi nel *quorum* deliberativo (in tal senso si veda F. Magliulo, *op.cit.*, p. 377; R. Rosapepe, *Commento art. 2479-bis c.c.*, in M. Sandulli e V. Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, vol. 3, p. 178; *contra*, però, si è espresso G. Sandrelli, *Commento all'art. 2479-bis c.c.*, in P. Marchetti *et al.* (diretto da), *Commentario alla riforma delle società. Società a responsabilità limitata*, Egea-Giuffrè, Milano, 2008, p. 1020-1023, secondo cui alla conclusione di computare i voti espressi dagli astenuti nel *quorum* deliberativo si potrebbe senz'altro pervenire, in presenza di astensioni di carattere strumentale o in funzione "deresponsabilizzante", specie in presenza di compagini sociali ristrette. Negli altri casi, le partecipazioni degli astenuti dovrebbero essere escluse dal computo dei *quorum*, valorizzando così al meglio, sul piano pratico, la differenza tra l'espressione di un voto negativo e la mancata espressione di un voto).

Anche in materia di società a responsabilità limitata, praticamente nulla è stato scritto in merito alla questione se sia possibile inserire nello statuto una clausola che preveda che nel calcolo dei *quorum* dell'assemblea non si tenga conto dei voti espressi dai soci astenuti. La circostanza che l'art. 2479-bis c.c. consenta all'autonomia statutaria di prevedere una diversa regolamentazione dei *quorum*, lasciandola di fatto libera di plasmare il funzionamento dell'organo assembleare sulla base degli specifici interessi dei soci, ha comunque indotto la dottrina a ritenere - fatte salve naturalmente le fattispecie in cui disposizioni di legge prevedano *quorum* deliberativi minimi inderogabili rapportati ad aliquote del capitale sociale - che gli stessi siano liberamente derogabili sia verso l'alto che verso il basso (si vedano in tal senso N. Abriani, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in Aa. Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 300, che osserva come l'illimitata riserva di ogni diversa previsione lascia all'autonomia contrattuale i più ampi spazi d'intervento; F. Fico, B. Gori, *L'assemblea nelle società di capitali*, Pirola - Sole24Ore, 2003, p. 36-44; G. Sandrelli, *op.cit.*, p. 1021, secondo cui l'affermazione della piena derogabilità di tutti i quozienti stabiliti dal comma 3 dell'art. 2479-bis c.c. non discende soltanto dalla chiara lettera della norma, ma costituisce anche elemento di continuità con la disciplina abrogata, che già ammetteva variazione dei *quorum* tanto in aumento quanto in diminuzione. Pertanto, secondo l'autore, di là del necessario rispetto del principio maggioritario in fase deliberativa, non sussistono oggi altri limiti a una piena modulazione statutaria dei quozienti).

Più specificamente, non sembra che un limite alla derogabilità in aumento dei quozienti possa essere ravvisato nella presenza dell'art. 2369, comma 4, c.c. - che nelle società per azioni impedisce l'aumento dei *quorum* per l'approvazione del bilancio e per la nomina e revoca delle cariche sociali - in quanto la *ratio* di tale norma è assai lontana dall'ordinamento delle società a responsabilità limitata, che sono piuttosto caratterizzate per natura dalla tendenziale maggior partecipazione dei soci alla vita sociale, la quale rende meno stringente l'esigenza di dettare norme cogenti in materia di *quorum* a tutela della cd. istanza partecipativa. [Nota bibliografica a cura di C. Clerici]

MASSIMA N. 135 - Rilevanza delle astensioni e derogabilità del quorum consiliare nelle s.p.a. e nelle s.r.l. (artt. 2388-2475 c.c.)

E' legittimo prevedere nello statuto di una spa o di una srl che nel calcolo del quorum deliberativo del consiglio di amministrazione non si tenga conto anche delle astensioni volontarie.

Motivazione

L'art. 2388, comma 1, richiede per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Viene così replicata la disposizione precedente alla riforma delle società di capitali del 2003, imponendo un *quorum* costitutivo non riducibile statutariamente.

Il comma 2 prevede quale *quorum* deliberativo la maggioranza assoluta, precisando, rispetto alla precedente formulazione, che essa deve essere computata sui presenti. Viene altresì fatta salva, come già in passato, la possibilità di una diversa previsione statutaria senza alcuna limitazione, il che consente l'innalzamento, ma anche la riduzione del *quorum* deliberativo.

Il fatto che la norma stabilisca ora espressamente che per il calcolo del *quorum* deliberativo si debba fare riferimento ai presenti e non ai votanti rafforza l'opinione, già prevalente prima della riforma, che si debba tener conto degli astenuti.

Resta però valido il principio, già affermatosi in dottrina prima della riforma anche se non espresso dalla norma, per il quale non vanno computati nel *quorum* deliberativo gli amministratori astenuti per conflitto di interessi, consentendosi così l'assunzione di deliberare nelle quali la maggioranza di essi si trovi in tale posizione e preferisca non esprimere il proprio voto.

Tuttavia se è ammissibile, considerata la libertà concessa dall'art. 2388, comma 3, ridurre il *quorum* deliberativo, appare legittimo prevedere con specifica clausola statutaria che anche le astensioni "volontarie", aventi cioè causa diversa dal conflitto di interessi, non debbano essere calcolate tra i voti contrari con l'effetto di agire indirettamente appunto sul *quorum* deliberativo riducendolo.

Nessuna previsione in materia di *quorum* costitutivi e deliberativi del consiglio di amministrazione è stata dettata per le s.r.l. dall'art. 2475. Nel silenzio del legislatore risulta pertanto possibile il ricorso all'applicazione analogica delle norme della s.p.a.; il che consente di confermare, anche per questo tipo sociale, le conclusioni raggiunte circa la libera determinabilità statutaria del valore delle astensioni.

Può solo ricordarsi che la più ampia libertà riconosciuta all'autonomia privata nella s.r.l. ha indotto la dottrina successiva alla riforma a valutare positivamente anche l'opzione per l'abbassamento del *quorum* costitutivo del consiglio, che appare invece preclusa nella s.p.a., stante la lettera dell'art. 2388, comma 1. Tale apertura non incide, tuttavia, sulla soluzione della questione affrontata legata all'incidenza dell'astensione sul *quorum* deliberativo.

Nota bibliografica

In materia di società per azioni, l'attuale formulazione dell'art. 2388, comma 1, c.c. richiede, per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richieda un maggior numero di presenti. Il comma 2 prevede poi quale *quorum* deliberativo la maggioranza assoluta, precisando, rispetto alla precedente formulazione, che essa deve essere computata sui presenti, salvo diversa disposizione dello statuto.

La norma quindi sancisce ora espressamente il principio in forza del quale per il calcolo del *quorum* deliberativo si deve fare riferimento ai presenti e non ai votanti; circostanza che ha indotto la dottrina quasi unanime a ritenere che nel computo del *quorum* deliberativo si debba conseguentemente tener conto anche degli astenuti (in tal senso si vedano M. Ventoruzzo, *Commento all'art. 2388 c.c.*, in P. Marchetti (diretto da), *Commentario alla riforma delle società. Amministratori*, Egea-Giuffrè, Milano, 2005, p. 306-307; D. Magno, *Commento all'art. 2388 c.c.*, in G. Bonfante *et al.*, *Codice commentato delle nuove società*, Ipsoa, Milano, 2011, p. 846-847, ove leggesi che: "Nel calcolo del *quorum* si computano i consiglieri che si astengono in quanto la dottrina prevalente considera l'astensione come votazione contro").

Tale opinione era peraltro prevalente anche prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario del 2003 (si veda, per tutti O. Cagnasso, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1991, 4, p. 263-264, per cui: "Più problematica è la soluzione del problema concernente la rilevanza del numero degli amministratori astenuti al fine

della determinazione del *quorum* deliberativo. Si è osservato al proposito che sembra doversi tener conto degli stessi, sul riflesso che l'astensione può essere equiparata al voto contrario. Occorre aggiungere che non rilevano, al fine della determinazione del *quorum*, deliberativo, i voti invalidi (che costituiscono 'non voti'). In conclusione, il termine di riferimento per il computo della maggioranza assoluta, nel caso in esame, sembra potersi individuare in relazione ai voti validi").

Inoltre, stante la possibilità, concessa dal comma secondo dell'art. 2388 c.c., di ridurre il *quorum* deliberativo per l'assunzione delle delibere del consiglio di amministrazione, appare legittimo anche l'inserimento in statuto di una specifica clausola che regoli il valore delle astensioni "volontarie", aventi cioè causa diversa dal conflitto di interessi, prevedendo che esse non debbano essere calcolate tra i voti contrari (per la legittimità di tale tipo di clausola, che avrebbe l'effetto di ridurre il *quorum* deliberativo, si è espresso M. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato. Le Società*, Utet, Torino, 2002, p. 223, il quale osserva che: "per l'attività deliberativa non ritengo che la previsione di una maggioranza semplice possa contrastare con qualche principio di ordine pubblico; se è così, il voto degli astenuti non si somma con quello dei contrari"). Nel senso che il *quorum* deliberativo possa essere ridotto si vedano M. Irrera, *Commento all'art. 2388 c.c.*, in G. Cottino (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2, 2008, p. 727); M. Ventoruzzo, *op.cit.*, p. 307.

Secondo la dottrina che ha affrontato il problema dopo la riforma resta comunque fermo il principio, anche se non espresso dalla norma, per il quale non vanno computati nel *quorum* deliberativo gli amministratori astenuti per conflitto di interessi (in tal senso C. Sandei, *Commento all'art. 2388 c.c.*, in M. Cian, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, 2011, Cedam, Padova, p. 2837; M. Ventoruzzo, *op.cit.*, p. 306).

In materia di società a responsabilità limitata, l'art. 2475 c.c. non detta invece alcuna previsione relativa ai *quorum* costitutivi e deliberativi del consiglio di amministrazione: si è osservato in dottrina (C. Caccavale, *L'esercizio congiunto della funzione amministrativa e il consiglio di amministrazione: il metodo collegiale nelle decisioni consiliari*, in C. Caccavale et al., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 475; G. Carcano, *Commento all'art. 2475 c.c.*, in P. Marchetti (diretto da), *Commentario alla riforma delle società. Società a responsabilità limitata*, Egea-Giuffrè, Milano, 2008, p. 576) che in questo caso risulta comunque possibile il ricorso all'applicazione delle norme dettate dal legislatore in materia di s.p.a., con la conseguenza che possono essere confermate anche per questo tipo sociale le conclusioni raggiunte circa la libera determinabilità statutaria del valore delle astensioni. [Nota bibliografica a cura di C. Clerici]

MASSIMA N. 136 - Azioni a voto contingentato o scaglionato (art. 2351 c.c.)

La disciplina statutaria, consentita dall'art. 2351, comma 3, c.c., volta a prevedere che in relazione alla quantità di azioni possedute da uno stesso soggetto il diritto di voto sia limitato ad una misura massima o sia soggetto a scaglionamenti può riferirsi non solo alla generalità delle azioni che rappresentano il capitale sociale, ma anche a una o più categorie di azioni.

Nel caso in cui il voto contingentato o scaglionato si riferisca alla generalità delle azioni, il limite previsto dall'art. 2351, comma 2, c.c. non trova applicazione.

Nel caso in cui invece il voto contingentato o scaglionato si riferisca ad una o più categorie di azioni, il limite previsto dall'art. 2351, comma 2, c.c. è rispettato non solo quando le azioni di categoria speciale non eccedano la metà del capitale sociale, ma anche quando il numero complessivo dei voti esprimibili dalla totalità delle azioni sia almeno pari alla metà delle azioni complessivamente emesse.

Motivazione

Nel disciplinare il diritto di voto spettante alle azioni, l'articolo 2351 c.c. introduce, al terzo comma, la facoltà di prevedere che in relazione alla quantità di azioni possedute da uno stesso soggetto il diritto di voto sia limitato ad una misura massima o disponere scaglionamenti. Si tratta di due diverse possibili clausole statutarie volte a limitare il principio generale (espresso dal primo comma dell'articolo in questione) secondo cui alla titolarità di un'azione corrisponde il diritto di un esercitare un voto. La prima delle due possibili clausole impone un c.d. tetto massimo all'esercizio del voto: superata una certa soglia di partecipazione, il voto del socio si sterilizza per le azioni eccedenti. La seconda delle clausole prese in considerazione dall'art. 2351, terzo comma, c.c. è invece la c.d. clausola di voto a scalare o clausola di scaglionamento, la quale peraltro può a sua volta atteggiarsi in diversi modi. Il principio di fondo delle clausole di scaglionamento è comunque l'introduzione di un depotenziamento del diritto di voto progressivo al crescere della partecipazione azionaria: con tali clausole, dunque, il peso in termini di voto del singolo azionista diviene proporzionalmente inferiore mano a mano che aumenta il numero di azioni possedute.

La Massima vuole chiarire alcuni profili problematici che si pongono con l'introduzione di clausole di voto massimo (o voto contingentato) e di voto a scalare, e che in particolare possono porsi quando lo statuto introduca una tale tipologia di limitazione al diritto di voto non già a tutte le azioni in circolazione, ma ad una categoria di esse.

Il primo paragrafo della Massima, in effetti, vuol in via preliminare chiarire che l'imposizione di un limite massimo o di scaglionamenti può ben configurarsi come un diritto particolare proprio di una categoria azionaria. Lo statuto pertanto può sia prevedere, ad esempio, che nessun socio possa esercitare il diritto di voto per le azioni che eccedano una predeterminata soglia del capitale sociale, sia introdurre una tale limitazione soltanto per i soci che siano titolari di una determinata categoria azionaria e solo per le azioni di detta categoria. Ciò deve ritenersi senz'altro consentito alla luce dell'ampio e pacifico approccio interpretativo del disposto dell'art. 2348 c.c. e della nozione di "particolari diritti" in esso contenuta.

L'applicazione del tetto massimo o dello scaglionamento a una categoria di azioni piuttosto che alla generalità delle stesse comporta peraltro differenti implicazioni con riferimento all'operatività del limite previsto dal secondo comma dell'art. 2351, c.c., secondo cui il valore delle azioni a voto limitato non può complessivamente superare la metà del capitale sociale. Il secondo ed il terzo paragrafo della Massima indagano tali implicazioni.

Si ritiene anzitutto che quando il voto contingentato o scaglionato venga dallo statuto riferito alla generalità delle azioni, il limite previsto dall'art. 2351, comma 2, c.c. non trovi applicazione. La conclusione si giustifica sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, la regola che impedisce che le azioni a voto limitato superino la metà del capitale sociale presuppone, per il suo operare, che vi siano azioni a voto pieno e azioni, appunto, a voto limitato. Ciò non accade quando il voto contingentato o il voto scaglionato siano riferiti a qualunque socio, e dunque a qualunque azione (o meglio: a qualunque pacchetto azionario): in tali ipotesi, quindi, non sembra sussistere il presupposto affinché il limite previsto dall'art. 2351, secondo comma, c.c. possa concretamente operare. In secondo luogo, quando il tetto massimo o lo scaglionamento si configurano come regola generale viene meno anche la *ratio* della limitazione in parola. Con essa, infatti, si vuole evitare che il comando della società si concentri nelle mani di chi detiene (e dunque investe in) una porzione eccessivamente ridotta di capitale. Ma questa è una distorsione che non ha luogo quando tutte le, e non solo parte delle, azioni siano destinate a subire in modo eguale il contingentamento o lo scaglionamento del voto.

Lo scenario invece cambia quando tali limitazioni al diritto di voto vengano dallo statuto riferite a speciali categorie di azioni, perché in tali circostanze esistono, appunto, azioni a voto limitato e azioni a voto pieno, e conseguentemente sussistono i presupposti potenziali per l'applicazione del divieto dell'art. 2351, secondo comma, c.c.. Il terzo ed ultimo paragrafo della Massima vuole dunque indicare come si debba applicare tale divieto in presenza di categorie speciali di azioni a voto contingentato o scaglionato.

Si ritiene, sul punto, che il divieto possa considerarsi osservato, alternativamente, almeno mediante due possibili assetti. Una prima possibilità è che il numero delle

azioni di categoria speciale (quella cui viene imposto il contingentamento o lo scaglionamento) non superi la metà delle azioni che compongono il capitale sociale. In tale ipotesi, infatti, il requisito dell'art. 2351, secondo comma, c.c. viene certamente e testualmente rispettato perché appunto le azioni colpite dalla limitazione di voto (sia pure solo potenziale come è il contingentamento o lo scaglionamento) non superano la metà del capitale.

La limitazione del voto tipica del contingentamento e dello scaglionamento, si è appena osservato, è una limitazione potenziale, perché sterilizza o depotenzia il voto dell'azione solo se il socio supera una certa soglia di possesso. Proprio la natura potenziale della limitazione conduce a ritenere che rispetti il divieto dell'art. 2351, secondo comma, c.c. anche quell'assetto in cui il numero delle azioni che compongono la categoria speciale di azioni a voto contingentato o scaglionato sia anche superiore rispetto alla metà del capitale, ma il numero delle azioni - di qualunque categoria esse siano - a voto pieno rimanga in concreto almeno pari alla metà delle azioni complessivamente in circolazione. Ben potrebbe accadere, ad esempio, che nessun socio di categoria speciale superi la soglia oltre la quale si attiva il depotenziamento o la sterilizzazione del voto, circostanza nella quale in realtà nessuna azione potrebbe considerarsi a voto limitato, non trovando così applicazione né i presupposti testuali né la *ratio* dell'art. 2351, secondo comma, c.c.. La Massima, dunque, invita a guardare non solo e non necessariamente l'ampiezza della categoria speciale, ma anche il numero concreto di voti esercitabili. In via esemplificativa, si segnala che ciò potrà ad esempio suggerire una clausola statutaria che in presenza di azioni speciali a voto contingentato o scaglionato preveda, per il caso in cui in concreto i voti pieni siano inferiore alla metà delle azioni in circolazione, un meccanismo di automatica limitazione del "depotenziamento" delle azioni a voto contingentato o scaglionato, oppure un meccanismo di automatica conversione delle stesse.

Nota bibliografica

1. - In relazione al primo paragrafo della Massima, la possibilità che le limitazioni in oggetto possano riferirsi ad una categoria di azioni è prevalentemente riconosciuta dalla (non frequente) dottrina che ha indagato i rapporti tra i due istituti: cfr. M. Notari, *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 1, Assago, 2007, pp. 591 ss., il quale chiarisce che, sebbene l'imposizione di un limite massimo o di scaglionamenti non dia vita *necessariamente* ad una categoria di azioni, nulla impedisce che tali limiti si applichino solo ad una parte delle azioni, mediante appunto il ricordo alla creazione di una speciale categoria azionaria. La medesima posizione è espressa *inter alios* da A. Angelillis - M.L. Vitali, *Art. 2351*, in *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, p. 446 (i quali tra l'altro correttamente segnalano che tale caratteristica può rappresentare "l'unico diritto diverso che caratterizza una categoria speciale di azioni"); G.P. La Sala, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, Torino, 2011, p. 82 (il quale precisa che il ricorso ad una autonoma categoria azionaria costituisce "la tecnica esclusiva che è possibile impiegare qualora si vogliano applicare delle limitazioni di voto in modo non uniforme tra i soci"), U. Tombari, *Le categorie speciali di azioni nella società quotata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 971, M. Libertini - A. Mirone - P.M. Sanfilippo, *Art. 2351*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Padova, 2010, p. 274.

Decisamente minoritaria appare invece la tesi secondo cui le limitazioni in oggetto debbano necessariamente riferirsi a tutte le azioni: cfr. F.S. Costantino, *Le azioni e gli strumenti finanziari partecipativi*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, vol. *, Bologna, 2010, p. 377 (secondo il quale diversamente si "determinerebbe di fatto l'attribuzione del voto plurimo alle azioni a voto pieno") e, in senso dubitativo, N. Abriani, *Art. 2351*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, vol. *, Bologna, 2004, p. 330.

2. - In relazione al secondo paragrafo della Massima, la non applicabilità del limite quantitativo di cui all'art. 2351, secondo comma, c.c. alle fattispecie di cui al terzo comma della disposizione medesima costituisce una considerazione ricorrente nella dottrina societaria successiva alla riforma: cfr. V. Santoro, *Art. 2351*, in *La riforma*

delle società , a cura di M. Sandulli e V. Santoro, tomo 2/I, Torino, 2003, p. 150, F. Dimundo, Art. 2348, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, vol. 4, Milano, 2003, p. 51, A. Angelillis - M.L. Vitali, *cit.*, p. 444, M. Libertini - A. Mirone - P.M. Sanfilippo, *cit.*, p. 274.

3. - In relazione al terzo paragrafo della Massima, non constano specifiche prese di posizione sulla problematica delle modalità di calcolo del limite quantitativo di cui all'art. 2351, secondo comma, c.c.; più in generale, per la tesi secondo sarebbe *in ogni caso* necessario rispettare tale limite quantitativo qualora il voto contingentato o scaglionato sia veicolato mediante categorie di azioni, cfr. M. Libertini - A. Mirone - P.M. Sanfilippo, *cit.*, p. 274 (i quali rilevano che "in tal caso la clausola si trasforma di fatto in una limitazione del diritto di voto per le azioni in questione e pertanto entra in gioco il tetto della metà del capitale sociale") e G.P. La Sala, *cit.*, p. 84 (il quale sottolinea che "una diversa interpretazione non potrebbe d'altronde fondarsi sull'omessa riproduzione del limite quantitativo della metà del capitale nell'art. 2351, comma 3°, c.c., giacchè questa norma disciplina le clausole di voto valide a parità di condizioni per l'intero capitale e non la creazione di categorie di azioni, regolate dal comma precedente"). Accolgono invece la tesi di un possibile attenuamento del limite quantitativo in oggetto in caso di imposizione di un limite massimo o di scaglionamenti ad una categoria di azioni M. Notari, *cit.*, per il quale il numero di azioni di tale categoria "può superare la metà, non applicandosi il limite dell'art. 2351, comma 2°, ult. frase, c.c." ed A. Angelillis - M.L. Vitali, *cit.*, p. 446 (nt. 224).

MASSIMA N. 137 - Rinuncia alla situazione patrimoniale nelle fusioni di società neo-costituite, nelle fusioni con indebitamento e nelle fusioni transfrontaliere (artt. 2501-quater, comma 3, 2501-quinquies, comma 3 e 2501-bis c.c.; art. 4, comma 1, d.lgs. 108/2008)

Si reputa legittima la rinuncia alla situazione patrimoniale ai sensi dell'art. 2501-quater, comma 3, c.c., quindi con il consenso di tutti i soci e di tutti i possessori di strumenti finanziari aventi diritto di voto nelle società coinvolte, anche quando alla fusione partecipano una o più società per le quali non sia stato ancora approvato il primo bilancio di esercizio: con riferimento a tali società la segnalazione degli amministratori di cui all'art. 2501-quinquies, comma 3, c.c. va riferita al periodo intercorrente tra la costituzione della società e la data della decisione di fusione.

Tale rinuncia unanime è legittima anche in caso di fusione con indebitamento ai sensi dell'art. 2501-bis c.c. e, almeno per quanto alla società italiana, in ipotesi di fusione transfrontaliera.

Motivazione

L'art. 2501-*quater* c.c. non pone eccezioni alla regola dell'ammissibilità della rinuncia unanime dei soci alla situazione patrimoniale di fusione. Essa, pertanto, si riferisce sia alla rinuncia ad una situazione patrimoniale più aggiornata rispetto all'ultimo bilancio (o rispetto ad una situazione patrimoniale successiva all'ultimo bilancio, ma riferita a data anteriore a più di quattro mesi), sia alla situazione patrimoniale che fosse la prima in assoluto (cioè, non preceduta da alcun bilancio di esercizio o situazione patrimoniale redatta ad altri fini).

Con riguardo a quest'ultima ipotesi qualche dubbio potrebbe sorgere per effetto dell'art. 11 della Terza Direttiva. Tale disposizione dapprima prescrive la redazione e il deposito di "una *situazione contabile* riferita a una data che non deve essere anteriore al primo giorno del terzo mese precedente la data del progetto di fusione, *qualora gli ultimi conti annuali si riferiscano ad un esercizio chiuso oltre sei mesi prima di tale data*". E poi aggiunge che "tuttavia la legislazione di uno Stato membro può prevedere: (a) che *non è necessario procedere ad un nuovo inventario reale*; (b) che le *valutazioni* contenute nell'ultimo stato patrimoniale sono *modificate soltanto in ragione dei movimenti delle scritture contabili*; occorre peraltro tener conto: degli ammortamenti

degli e accantonamenti provvisori; delle modificazioni sostanziali del valore reale che non appaiono nelle scritture contabili."

L'autorizzazione, rivolta agli Stati membri, a non prescrivere la redazione di un "nuovo inventario reale", potrebbe a prima vista far ritenere che quell'autorizzazione sia data per i soli casi in cui la società abbia già approvato un bilancio, rispetto al quale la situazione patrimoniale di cui trattasi possa dirsi "nuova". Sicché la norma italiana potrebbe dover essere letta come non estesa all'ipotesi di fusione con società neo costituita.

In contrario si può però rilevare che:

(i) la norma comunitaria rileva l'ipotesi più frequente (preesistenza di un bilancio già approvato riferito a data non recente), poiché mira ad affrontare il problema della inattendibilità e degli inganni che possono derivare dall'osservazione dell'ultimo bilancio, se i relativi risultati sono largamente superati da eventi successivi: essa non sembra, perciò, aver intenzionalmente precluso l'estensione dell'essenzione anche all'ipotesi meno frequente nella quale nessun bilancio è stato ancora approvato e, quindi, nessun possibile inganno può derivare al suo lettore;

(ii) come la norma comunitaria ammette che sia sufficiente tener conto, oltre che "dei valori reali", "dei movimenti delle scritture contabili" successivi alla redazione dell'ultimo inventario, senza redigerne uno nuovo, non si vede perché in relazione ad una società neo costituita non si possa, almeno in linea di principio, tenere conto delle sole risultanze delle scritture contabili, in difetto di un inventario da aggiornare, e dei valori reali dei vari elementi patrimoniali;

(iii) la norma comunitaria intende autorizzare lo Stato membro ad esentare *tout court* dalla redazione della situazione patrimoniale, stabilendone le condizioni, mentre la norma italiana in esame non esenta affatto, ma ammette soltanto la rinuncia unanime: il che comporta il necessario assenso di tutti i soci, quali soggetti il cui interesse alla situazione patrimoniale è normativamente protetto a livello comunitario (l'interesse dei creditori alla redazione della situazione patrimoniale non è normativamente protetto, poiché l'art. 28 della Terza Direttiva permette agli Stati membri di non applicare l'art. 11 alle fusioni semplificate).

Questa conclusione può rimanere ferma anche nella fusione con indebitamento, perché per un verso l'art. 2501-*bis* c.c. non contiene alcuna prescrizione relativa alla situazione patrimoniale e perché per altro verso le prescrizioni ivi contenute nei commi 2, 3, 4 e 5, possono, almeno in linea di principio, essere ottemperate anche in assenza della redazione della situazione patrimoniale da fusione.

Quanto al pericolo che la situazione patrimoniale sia mutata in modo rilevante rispetto a quella iniziale e quanto ai controlli sull'integrità del capitale *post* fusione, sembra sufficiente richiamare in applicazione estensiva ciò che prescrive l'art. 2501-*quinquies*, comma 3, c.c.: gli amministratori devono segnalare sotto la propria responsabilità le modifiche rilevanti degli elementi dell'attivo e del passivo eventualmente intervenute tra la data di costituzione e la data della decisione sull'approvazione del progetto, così come in ipotesi di situazioni patrimoniali precedenti devono segnalare le modifiche rilevanti successivamente intervenute.

Ciò che vale per la fusione interna vale anche per la (situazione patrimoniale della società italiana coinvolta nella) fusione transfrontaliera, perché in ordine alla situazione patrimoniale di fusione non vi sono norme specifiche né nella Decima Direttiva né nel d.lgs. 108/2008, e ciò comporta, in base al principio di parità di trattamento con la fusione domestica ove non diversamente stabilito (art. 4, comma 1, d.lgs. 108/2008), l'applicazione della medesima norma (da interpretarsi allo stesso modo) destinata alla fusione interna. Va da sé che occorre il consenso alla rinuncia della situazione patrimoniale anche di tutti i soci della società straniera e che la norma italiana non si applica alla situazione patrimoniale della società straniera, la cui necessità o rinunciabilità sarà da valutarsi alla stregua della legge cui quella società è soggetta.

Nota bibliografica

Il problema affrontato dalla massima deriva dalle modifiche all'art. 2501-*quinquies* introdotte dal d.lgs. 123/2012 e non risulta affrontato in studi editi, ma viene trattato

in modo coerente con quanto affermato nella massima e nella relativa motivazione in G.A. Rescio, *Fusione e scissione*, in corso di ultimazione e di futura pubblicazione nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, Cedam. Sul nuovo testo dell'art. 2501-*quinquies* c.c. e sull'estensione dell'obbligo di segnalazione di eventi rilevanti onde ricomprendere anche quelli verificatisi prima del deposito della situazione patrimoniale presso la sede sociale, in conformità ad un orientamento interpretativo consolidato anteriore alla revisione della norma (cfr., per tutti, F. Fimmanò, *Fusione semplificata e situazione patrimoniale aggiornata*, in *Società*, 1996, 823; S. Cacchi Pessani, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di L. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2006, *sub artt.* 2501-*quater*, 568 ss.), v. ora I. Demuro, *Le recenti semplificazioni in materia di fusione e scissione*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, par. 2.2., il quale scrive che: "A sostegno del superamento della formulazione letterale si potrebbe ritenere che, in ogni caso, dovrebbe sussistere in capo agli amministratori uno specifico dovere, non aggirabile con la rinuncia unanime alla predisposizione della situazione patrimoniale, consistente nell'illustrare, quanto meno in assemblea, la reale (e aggiornata) situazione patrimoniale della società."

MASSIMA N. 138 - Voto non proporzionale nelle s.r.l. (art. 2479, comma 5, c.c.)

L'atto costitutivo delle s.r.l. può derogare, per tutte o alcune delle decisioni di competenza dei soci, al principio di proporzionalità del diritto di voto sancito dall'art. 2479, comma 5, c.c.

Ciò può avvenire: (i) con clausole applicabili in via generale e astratta a tutti i soci (ad esempio: tetto massimo di voto, voto scalare, voto scaglionato, voto capitaro, etc.), nonché (ii) con clausole che attribuiscono a taluni soci particolari diritti che comportano una "maggiorazione" del diritto di voto (ad esempio: voto plurimo, casting vote, voto determinante, etc.) o che lo limitano (ad esempio: voto limitato, voto condizionato, etc.); non trovando in ogni caso applicazione il limite e il divieto di cui all'art. 2351, comma 2, ultimo periodo, e comma 4, c.c.

Le clausole sub (i), applicabili in via generale e astratta a tutti i soci, costituiscono normali clausole "statutarie", la cui introduzione, modificazione e soppressione può essere decisa, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, con la maggioranza richiesta dall'art. 2479-bis, comma 3, c.c. Le clausole sub (ii), invece, danno luogo a diritti particolari ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., e possono essere introdotte, modificate e soppresse, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, solo con il consenso unanime di tutti i soci.

Motivazione

Le disposizioni normative in tema di diritto di voto nelle s.r.l. potrebbero indurre a ritenere, ad una prima lettura, che viga un principio inderogabile di spettanza *proporzionale* del diritto di voto a tutti i soci per tutte le decisioni di loro competenza. Da un lato, l'art. 2479, comma 5, c.c., afferma che "ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo ed il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione", senza fare espressamente salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo. Dall'altro lato, l'art. 2468 c.c., dopo aver sancito in via generale lo stesso principio di proporzionalità dei diritti dei soci ("salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta"), ne contempla una deroga stabilendo che "resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili".

L'affermazione della regola della proporzionalità del diritto di voto e la mancanza di una norma che espressamente ne consente la deroga hanno condotto una parte dei primi commentatori a sostenerne l'inderogabilità.

Siffatta interpretazione, tuttavia, non convince e non ha del resto convinto la dottrina più attenta che ha approfonditamente esaminato la questione negli anni successivi alla riforma del 2003. Numerose argomentazioni inducono quindi a sostenere che il principio dettato dall'art. 2479, comma 5, c.c., costituisca in vero una regola *dispositiva*, al pari della corrispondente norma dettata in tema di s.p.a., là dove l'art. 2351, comma 1, c.c., dispone che "ogni azione attribuisce il diritto di voto".

In primo luogo, non si può ritenere che la disciplina della s.r.l. *post* riforma sia caratterizzata dal generale dogma della inderogabilità di tutte le disposizioni per le quali il legislatore non ha espressamente fatto salva la possibilità di deroga da parte dell'atto costitutivo. Pur non potendosi affermare con certezza il contrario - ossia che tutte le norme debbono intendersi suppletive ove il legislatore non faccia chiaramente intendere la loro imperatività - occorre discernere la natura derogabile o inderogabile delle disposizioni in tema di s.r.l. sulla base dell'insieme degli elementi interpretativi e in coerenza con le caratteristiche del tipo, con il quadro sistematico delle norme della s.r.l. e degli altri tipi sociali, nonché della loro dimensione funzionale e degli interessi da esse tutelati.

In questa prospettiva, assume grande rilevanza il canone interpretativo rinvenibile nella legge delega da cui origina la riforma del 2003, con precipuo riferimento all'art. 3, comma 1, lett. b), l. 366/2001, là dove imponeva di "prevedere un'ampia autonomia statutaria" e al comma 2, lett. f), dello stesso art. 3, che richiedeva di "ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del *contenuto* e del trasferimento della partecipazione sociale". Il che val quanto dire che l'interprete, di fronte a una regola dettata in tema di "*contenuto della partecipazione*", senza chiari segni circa la natura imperativa della regola stessa, deve tendenzialmente orientarsi verso la sua natura derogabile.

In terzo luogo, lungi dall'essere un impedimento alla derogabilità del principio della proporzionalità del diritto di voto, il citato art. 2468 c.c. fornisce in realtà un'importante conferma circa la possibilità di derogarvi. E' infatti pacifico che tra i "particolari diritti riguardanti l'amministrazione" previsti dall'art. 2468, comma 3, c.c., possano essere annoverati casi in cui viene concesso a uno o più soci il potere di assumere decisioni che altrimenti sarebbero rimessi alla competenza collettiva dei soci (si pensi alla nomina del o degli amministratori o a determinate operazioni gestorie). Ne consegue altrettanto evidentemente che in tutti questi casi l'attribuzione di un siffatto diritto particolare comporta *anche* una deroga al principio di proporzionalità del diritto di voto, giacché il voto degli altri soci in queste materie viene del tutto escluso o comunque limitato in misura corrispondente al diritto spettante al socio cui spetta il diritto particolare.

Per questa via, il discorso si presta ad essere ampliato, sino a giungere all'interpretazione sostenuta nella massima in epigrafe. E' stato infatti ampiamente e convincentemente sostenuto che la locuzione "particolari diritti riguardanti l'amministrazione" vada in realtà riferita ai "diritti concernenti i *poteri* nella società" (come espressamente affermava la *Relazione* al d.lgs. 6/2006) e dunque virtualmente anche al *voto* in tutte le decisioni di competenza dei soci. In una simile prospettiva è stato altresì sostenuto - anche da questa Commissione, con la massima n. 39 - che il novero dei diritti particolari di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., non può essere inteso in senso tassativo, bensì esemplificativo. Essi possono cioè avere ad oggetto materie non strettamente "riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili", cui espressamente si riferisce la norma, bensì ulteriori "diritti diversi", dovendosi ritenere concessa all'autonomia negoziale, al pari di quanto dispone l'art. 2348 c.c. per la s.p.a., la facoltà di "liberamente determinare il contenuto" delle partecipazioni sociali, "nei limiti imposti dalla legge". Il che porta con sé, quale inevitabile corollario, la possibilità di attribuire a uno o più soci diritti particolari comportanti una maggiorazione del diritto di voto, che a sua volta altro non è che una deroga al principio di proporzionalità stabilito dall'art. 2479, comma 5, c.c.

Se a una siffatta conclusione si perviene in relazione alla previsione di diritti particolari spettanti a singoli soci, a maggior ragione si deve ammettere la derogabilità del principio di proporzionalità del diritto di voto allorché ciò derivi da una regola organizzativa applicabile *in via generale e astratta* a tutti i soci. Costituiscono un esempio di clausole di questo tipo quelle che disciplinano - per tutte o solo per alcune

decisioni - il c.d. "tetto massimo" dei voti spettanti a ciascun socio, il voto scalare, il voto scaglionato o anche il voto capitario. Quest'ultimo - soprattutto nella s.r.l., normalmente caratterizzata da un numero contenuto di soci - di poco si discosta, sul piano fattuale ed effettuale, da una clausola di mera rideterminazione quantitativa del diritto di voto: un po' come dire che una società con 5 soci, aventi le seguenti quote: 33%, 23%, 21%, 14% e 9%, attribuisce a tutti soci il diritto di voto in misura pari al 20% del capitale, che equivale appunto al voto capitario.

Le clausole applicabili in via generale e astratta a tutti i soci, da un lato, e quelle che attribuiscono a taluni soci particolari diritti che comportano una maggioranza o una limitazione del diritto di voto, dall'altro, possono d'altronde anche combinarsi tra loro nell'ambito della medesima società. Così, ad esempio, le clausole del tetto massimo, del voto scalare, del voto scaglionato o del voto capitario, potrebbero essere destinate solo ad alcuni determinati soci oppure a tutti soci con esclusione di taluni di essi.

Non costituiscono del resto un reale ostacolo all'interpretazione sin qui sostenuta le disposizioni speciali contenute nell'art. 26 d.l. 179/2012 (convertito nella l. 221/2012), in materia di *start-up* innovative. Ciò vale anzitutto per il comma 2, che in via generale prevede che lo statuto delle *start-up* innovative "può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie *anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 2468*, commi secondo e terzo, del codice civile". E lo stesso dicasi per il comma 3, che con riferimento al diritto di voto prevede che lo statuto delle medesime società "*anche in deroga all'articolo 2479, quinto comma, del codice civile*, può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative".

Si tratta infatti di disposizioni speciali che mirano esclusivamente a consentire il conseguimento del risultato voluto per le *start-up* innovative, anche qualora esso dovesse essere ritenuto precluso alle s.r.l. non qualificabili come tali. La stessa formulazione della norma lascia intendere la voluta "neutralità" dell'intervento normativo: il contenuto dei diritti particolari e le quote a voto non proporzionale possono essere previste "*anche in deroga*" alle norme generali, se e qualora il loro significato e la loro portata non dovesse consentire simili pattuizioni nell'atto costitutivo di una s.r.l. non rientrante nella categoria delle *start-up* innovative. La norma speciale, in altre parole, lascia impregiudicato l'interrogativo circa la natura tassativa dell'art. 2468, comma 3, c.c. (contenuto dei diritti particolari) e circa la natura inderogabile dell'art. 2479, comma 5, c.c. (voto proporzionale alla partecipazione), limitandosi a disciplinare la materia, espressamente in senso permissivo, per le sole *start-up* innovative.

Un altro profilo assai rilevante concerne il limite e il divieto previsti per le s.p.a. dall'art. 2351, comma 2, ultimo periodo, c.c. (almeno la metà delle azioni a voto pieno) e dall'art. 2351, comma 4, c.c. (divieto di azioni a voto plurimo). A tal riguardo - prescindendo in questa sede da ogni considerazione critica di tali norme sul piano *de iure condendo* per le s.p.a. - se ne deve senz'altro negare l'applicabilità *analogica* alla s.r.l. Si tratta infatti di norme, certamente inderogabili nelle s.p.a., che tuttavia pongono un *limite di carattere eccezionale* all'autonomia statutaria: i due divieti, infatti, rappresentano un'eccezione al principio della libera determinabilità dei diritti diversi delle categorie di azioni, ai sensi dell'art. 2348 c.c. (ove dispone che "la società, nei limiti imposti dalla legge, può *liberamente* determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie"). Siffatto limite viene giustificato dall'esigenza di evitare che sussista un eccessivo squilibrio tra *rischio* (di perdere il valore delle partecipazioni) e *potere* (di determinare le sorti dell'impresa sociale).

Tuttavia tale *ratio* non costituisce principio riconducibile a tutti i tipi sociali, essendo in vero presente solo nelle s.p.a., la cui (tendenziale) dimensione e idoneità a coinvolgere interessi più estesi, anche di altre tipologie di *stakeholders*, rende maggiormente rilevanti gli effetti potenzialmente negativi dello squilibrio tra rischio e potere. Non solo il medesimo principio non è presente negli altri tipi sociali, bensì esso è espressamente contraddetto, sia nelle società personali, sia nelle s.r.l. Nelle prime il codice civile prevede infatti che il potere di amministrare la società e di determinare

quindi le sorti dell'impresa sociale possa essere liberamente affidato in via esclusiva ad uno o più soci, a prescindere dall'entità della loro partecipazione. Nelle seconde è ritenuto pacifico, come già rilevato, che un singolo socio, detentore di una partecipazione anche del tutto minoritaria, abbia il potere di nominare gli amministratori o di essere egli stesso l'unico amministratore, anche per l'intera durata della società. Il che conferma, in modo decisivo, che le regole volte ad assicurare il tendenziale equilibrio tra rischio e potere: (i) non solo rappresentano limiti eccezionali che derogano alla regola della libera determinabilità del contenuto delle partecipazioni sociali, limiti rispetto ai quali non sussiste nelle società non azionarie l'*eadem ratio* che ne consente l'applicazione analogica; (ii) bensì sono addirittura incompatibili con il quadro normativo dei tipi non azionari, ponendosi in contrasto con norme e principi che disciplinano le società personali e la s.r.l.

La massima, infine, affronta espressamente la questione delle modalità e delle regole riguardanti l'introduzione e la soppressione delle clausole che derogano alla proporzionalità del diritto di voto di cui all'art. 2479, comma 5, c.c. In sede di costituzione, ovviamente, non si pone problema alcuno. Successivamente ad essa, sarà necessario il consenso unanime per l'introduzione, modificazione e soppressione di tutte le clausole che danno luogo a diritti particolari ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., mentre sarà in linea di principio sufficiente la maggioranza richiesta dalla legge e/o dallo statuto per le clausole applicabili in via generale e astratta a tutti i soci. Tale ultima regola - di per sé non revocabile in dubbio sul piano generale e astratto - va ovviamente applicata nel rispetto dei principi generali di buona fede e di correttezza nell'esecuzione del contratto sociale, oltre che di parità di trattamento dei soci, in dipendenza delle situazioni di ciascun caso concreto.

Nota bibliografica

1. - In linea generale, dopo la riforma del 2003, la questione della derogabilità del principio di proporzionalità del diritto di voto ha dato luogo a tre diverse interpretazioni: una contraria (prevalente soprattutto nei primi commenti), una intermedia e una favorevole.

1.1 - La tesi contraria (già in passato sostenuta da G. Santini, *Della società a responsabilità limitata, artt. 2472-2497 bis*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 196) trova oggi le proprie principali argomentazioni: (i) nella considerazione che il quinto comma dell'art. 2479 c.c. non contempla espressamente la possibilità di una diversa previsione statutaria (contrariamente a quanto avviene nei commi 4 e 6 del medesimo articolo); (ii) nella circostanza che la lettera dell'art. 2468 c.c. limita l'attribuzione di diritti particolari alla sfera dell'amministrazione e degli utili e «l'attribuzione di particolari diritti nell'amministrazione, consentita dal 3° comma dell'art. 2468 c.c., [...] non [riguarda] anche il diritto di voto» (R. Rosapepe, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 482).

Condividono questa linea interpretativa, in particolare: P. Rainelli, *commento sub art. 2479 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol **, Bologna, 2004, p. 1917; A. Santus - G. De Marchi, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 89; M.C. Lupetti, *Deroga al criterio di proporzionalità tra partecipazione sociale e diritto di voto nelle s.r.l. tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 1552; L. Salvatore, *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 239; G.A. Rescio, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali, Suppl. al fasc. 1/2004, Milano, 2004, p. 375.

Pare, infine, opportuno segnalare un autore (E. Fazzutti, *commento sub art. 2468 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 3, p. 57), il quale afferma che l'ostacolo alla deroga della rigida proporzionalità fra partecipazione al capitale e diritti di voto andrebbe riscontrato nell'istituto dell'aumento di capitale ex art. 2481-bis, c.c., il quale «non avrebbe ragion d'essere» ove ad una variazione della quota di partecipazione non susseguisse una

corrispondente e proporzionale variazione nella quota di partecipazione agli utili e ai diritti di voto. In senso negativo, cfr. anche Uff. Reg. Imprese di Perugia del 2 aprile 2004, in *Riv. Not.*, 2004, p. 1542.

1.2. - Parte della dottrina ritiene che il voto non proporzionale sia ammissibile, a certe condizioni. In particolare si afferma che il voto non proporzionale è legittimo quando esso afferisce a materie che possono formare oggetto di diritti particolari ex art. 2468, comma 3, c.c. Secondo questa impostazione, quindi, sulla base del tenore letterale degli artt. 2468, comma 2, c.c. e dell'art. 2479, comma 5 c.c., ai soci potrebbe essere riconosciuto (quale diritto particolare) un diritto di voto non proporzionale unicamente in relazione alle deliberazioni concernenti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (in questo senso, G. Guerrieri, *commento agli artt. 2479 - 2479-ter c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A.M. Alberti, III, Padova, 2005, p. 2035; A. Daccò, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 2007, vol. 3, p. 405; A. Blandini, *Categorie di quote, categorie di soci*, in *Collana della Rivista delle Società*, Milano, 2009, p. 69; M. Notari, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, p. 331).

In tali materie, infatti, il possibile riconoscimento di una posizione esclusiva in favore di singoli soci, rende ammissibile anche la «facoltà alternativa di lasciare la decisione alla collettività, distribuendo la forza di voto in misura non proporzionale» (così G.P. La Sala, *Art. 2479. I principi comuni all'assemblea e agli altri metodi decisionali. Le materie riservate.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, p. 801). Concorda con tale lettura anche M. Maltoni, *art. 2468 c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate. Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 1833, il quale ritiene che la deroga al principio del voto proporzionale debba essere (i) «circoscritta tassativamente ai diritti in tema di amministrazione, intesa quale gestione della società, senza poter coinvolgere altri profili gestionali» e (ii) non possa giungere sino ad attribuire un diritto particolare «inteso uti singuli e con esclusione della restante compagine associativa, [...] in merito alle decisioni di approvazione del bilancio e di distribuzione degli utili, di nomina dei sindaci o del revisore, di modifica dei patti sociali o di compimento di particolari operazioni che comportano una sostanziale modificazione dei diritti dei soci [...]. Infatti, il diritto di ogni socio di partecipare alle decisioni elencate nell'art. 2479 c.c. soffre un limite testuale solo con riferimento alla nomina degli amministratori, per la quale si ammette una diversa previsione pattizia, in conformità alla norma di cui al comma 1° dell'art. 2475 c.c. [...]».

1.3. - Secondo L.A. Bianchi e A. Feller, *art. 2468 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, p. 324. Lo stesso dicasi per G. Iaccarino, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, in *Soc.*, 2008, p. 36, la pretesa illegittimità di clausole volte a riconoscere diritti di voto più che proporzionali alla partecipazione non apparirebbe né fondata né condivisibile. Sulla stessa linea interpretativa, M. Maugeri, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. Soc.*, 2004, p. 1503, afferma che l'assunzione come "norma imperativa" della regola di proporzionalità contenuta nell'art. 2479, comma 5, c.c., «più che su solidi argomenti interpretativi, appa[ia] fondata sul *Rechtgefühl*, sulla sensazione cioè di dover rintracciare un qualche limite all'autonomia privata nella definizione del contenuto della partecipazione sociale».

In particolare, per argomentare la legittimità delle clausole volte a riconoscere il voto non proporzionale, si afferma che: (i) la s.r.l. è un tipo sociale caratterizzato da estrema elasticità e duttilità, nel quale viene al massimo esaltata l'autonomia contrattuale. Negare l'attribuzione del voto in misura non proporzionale caratterizzerebbe il tipo sociale con una rigidità estrema, in aperto contrasto con lo spirito del legislatore e con le regole che disciplinano altri tipi sociali del nostro ordinamento (società per azioni e società di persone); così R. Guglielmo, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 614 e R. Guglielmo e P. Silva, *I diritti particolari del socio. Ambito oggettivo di applicazione e fattispecie*, Studio n. 242-2011/I, Commissione studi d'impresa, p. 15. Rileva inoltre come il diritto di voto non sia mai stato considerato uno dei diritti irrinunciabili o

assolutamente indisponibili del socio M. Speranzin, *Partecipazioni senza diritto di voto nella s.r.l.*, in *La struttura finanziaria ed i bilanci delle società di capitali*, Studi in onore di G.E. Colombo, Torino, 2011, p. 217; (ii) l'art. 2468, comma 3, c.c., esprime il principio di proporzionalità fra misura della partecipazione e diritti sociali e l'art. 2468, comma 4, c.c., fornisce una deroga espressa a tale principio di proporzionalità; in questo senso si veda A. Nuzzo, *sub. art. 2479*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1629. Tale lettura risulta confortata e condivisa anche da G. Zanarone, *art. 2479*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1302, secondo il quale «nulla dovrebbe [...] escludere la possibilità che al principio di proporzionalità fra voto e partecipazione enunciato dall'art. 2479, comma 5°, si possa statutariamente derogare facendo, ad esempio, di un eventuale voto plurimo il contenuto di un diritto particolare da attribuirsi al singolo socio in quanto tale, ai sensi e con la disciplina di cui all'art. 2468, anche perché [...] la maggiorazione del voto potrebbe rientrare fra i "diritti riguardanti l'amministrazione della società" [...]»; (iii) manca un divieto analogo a quello relativo all'emissione di azioni a voto plurimo (previsto per le s.p.a. all'art. 2351, comma 4, c.c.); tale omissione è notata da R. Guglielmo, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 612.

Viene infine rilevato da R. Guglielmo, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 614, da R. Guglielmo e P. Silva, *I diritti particolari del socio. Ambito oggettivo di applicazione e fattispecie*, Studio n. 242-2011/I, Commissione studi d'impresa, p. 15, e da M. Cavanna, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, in *Le nuove s.r.l.*, a cura di M. Sarale, Bologna, 2008, p. 135, come l'ammissibilità dell'attribuzione del voto non proporzionale possa essere argomentata anche dalla circostanza che un risultato analogo potrebbe essere conseguito mediante la contemporanea previsione di (a) assegnazione della partecipazione in misura non proporzionale al conferimento e di (b) diritti particolari in relazione alla distribuzione di utili e riserve.

2. - Nell'ambito delle tesi favorevoli, in tutto o in parte, alla derogabilità della regola della proporzionalità, alcuni autori prendono posizione su alcune specifiche modalità di deroga.

2.1. - Nelle deliberazioni che possono essere oggetto di diritti particolari, sono da ritenersi ammissibili le forme di voto «sovraproporzionale», rientranti nell'ampia nozione del *voto plurimo*. in quanto le stesse hanno comunque una portata inferiore rispetto all'attribuzione a singoli soci della facoltà di decidere in merito ad una singola materia indicate nell'art. 2468, comma 3, c.c. Così, G.P. La Sala, *Art. 2479. I principi comuni all'assemblea e agli altri metodi decisionali. Le materie riservate*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. Dolmetta G. Presti, Milano, 2011, p. 801. Di contrario avviso, M.C. Lupetti, *Deroga al criterio di proporzionalità tra partecipazione sociale e diritto di voto nelle s.r.l. tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 1553, secondo il quale, se il legislatore non ha consentito il voto plurimo nelle s.p.a., ove si riscontra la compresenza di soci "capitalisti" e soci "risparmiatori", allora *a fortiori* tale previsione non sarà legittima nelle s.r.l. dove ogni socio assume una posizione rilevante all'interno della società.

2.2. - Ritiene, in linea di massima, ammissibili le clausole che subordinano l'esercizio del diritto di voto alla presenza di condizioni ulteriori, G. Zanarone, *art. 2479*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1299. Anche M. Cian, *Le decisioni assembleari*, in *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba - G. Marasà, IV, Padova, 2009, p. 86 ritiene legittime le clausole che prevedono limiti massimi al valore del voto esprimibile o che dispongono scaglionamenti: «non risulterebbe diversamente affatto giustificabile la conclamata ammissibilità di simili previsioni statutarie nella società per azioni (non facente ricorso al mercato del capitale di rischio), a fronte di un divieto di operare in tal senso in quella a responsabilità limitata». È concorde con questa ricostruzione anche G.P. La Sala, *Art. 2479. I principi comuni all'assemblea e agli altri metodi decisionali. Le materie riservate.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, p. 801, secondo il quale sono da

ritenersi ammissibili le forme di voto «sottoproporzionale» nelle materie concernenti i diritti particolari di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., dal momento che esse implicano una compressione del potere della collegialità minore rispetto all'affidamento della medesima materia alla potestà decisionale di un solo socio o di solo alcuni di essi.

Di contrario avviso P. Rainelli, *Commento sub art. 2479 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol **, Bologna, 2004, p. 1917 e G.A. Rescio, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali, Suppl. al fasc. 1/2004, Milano, 2004, p. 375, i quali dubitano dell'ammissibilità di una clausola volta ad introdurre, per tutte o solo per alcune materie, il voto per teste.

2.3. - Ritengono ormai definitivamente superate le diffuse perplessità che circondavano la previsione di quote a voto limitato, essendo stata eliminata la correlazione tra voto e (numero di) quote (come risultava dal previgente art. 2485 c.c.), L.A. Bianchi e A. Feller, *art. 2468 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, p. 324. Parimenti favorevole alla creazione di quote con diritto di voto limitato, M. Speranzin, *Partecipazioni senza diritto di voto nella s.r.l.*, in *La struttura finanziaria ed i bilanci delle società di capitali, Studi in onore di G.E. Colombo*, Torino, 2011, p. 215, il quale sottolinea che «le quote senza diritto di voto escludono quest'ultimo, non, invece, il diritto a partecipare ad ogni decisione (ed eventualmente impugnarla); non eliminano il diritto del socio, in certi casi, ad esprimere il suo (necessario) consenso per la (efficace o valida) assunzione di determinare decisioni che incidono su diritti indisponibili». L'autore, inoltre, rifiuta l'automatica applicazione analogica alla s.r.l. del limite del doppio del capitale sociale prevista dall'art. 2351 c.c. in relazione alle azioni senza di diritto di voto o con voto limitato.

È, invece, apertamente contrario alla previsione di quote a voto limitato, M.C. Lupetti, *Deroga al criterio di proporzionalità tra partecipazione sociale e diritto di voto nelle s.r.l. tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 1553. Confermando l'orientamento emerso a commento del previgente art. 2485 c.c., l'autore ritiene che la *ratio* che ha indotto il legislatore a consentire la creazione di azioni a voto limitato nelle s.p.a. a norma dell'art. 2351, comma 2, c.c., ossia la compresenza di soci "imprenditori" e soci "finanziatori", sia assente nelle s.r.l. dove «il modello di socio avuto presente dal legislatore è quello di un soggetto interessato a partecipare direttamente alla formazione della volontà collettiva». Concorda con tale impostazione G. Zanarone, *art. 2479*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1297, il quale ritiene che «l'incomprimibilità del diritto di voto vada [...] affermata [...] facendo leva sull'indubbia appartenenza della s.r.l. al *genus* delle società, così come definite dall'art. 2247 c.c.: appartenenza la quale comporta che pure l'atto costitutivo, in mancanza di contraria disposizione di legge, non potrà contenere clausole volte ad escludere uno o più soci dall'"esercizio in comune" dell'attività economica, e quindi da quella forma minima di partecipazione alle decisioni collettive che è rappresentata appunto dal voto». Lo stesso dicasi per L. Restaino, *art. 2479 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, p. 165 e per P. Benazzo, *L'organizzazione della nuova s.r.l. fra modelli legali e modelli statutari*, in *Le Società*, 2003, p. 1070, i quali ritengono che la norma in commento escluda la validità di clausole che neghino a determinate partecipazioni sociali il voto nelle decisioni relative alla competenza dei soci.

2.4. - Ritiene ammissibile la previsione del voto non proporzionale nelle decisioni riguardanti le scelte relative all'amministrazione della società, R. Guglielmo, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 611: «se è legittimo e possibile che l'amministratore venga nominato (o revocato) direttamente da un socio a maggior ragione nessun ostacolo può essere individuato nell'ipotesi in cui ad un socio sia specificamente attribuito un diritto di voto non proporzionale nella delibera di nomina (o di revoca) dello stesso».

La soluzione interpretativa è condivisa da molti altri autori già in precedenza citati, fra i quali si ricordano: A. Daccò, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale,

Torino, 2007, vol. 3, p. 405 e M. Notari, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, p. 331.

2.5. - Secondo G.P. La Sala, Art. 2479. *I principi comuni all'assemblea e agli altri metodi decisionali. Le materie riservate.*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale* a cura di A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, p. 801, nelle materie attribuite dalla legge alla competenza dell'assemblea, la previsione di un voto non proporzionale non sarebbe ammissibile in quanto: «[l]'imposizione della collegialità piena e la previsione per tali argomenti di quorum deliberativi più elevati [...] denotano un grado di tutela della minoranza in contrasto con l'esautoramento della volontà del gruppo susseguente all'assegnazione della potestà decisionale in capo a singoli soci». Risulta invece favorevole alla previsione di un voto non proporzionale anche nelle materie necessariamente rimesse alla competenza dell'assemblea, R. Guglielmo, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 611, il quale ritiene che tale previsione non «svuoterebbe di significato» il metodo collegiale. Infatti, il principio di collegialità non sarebbe violato dalla previsione del voto non proporzionale (mentre lo sarebbe dalla previsione di un diritto particolare consistente nel potere di decidere unilateralmente una modifica dell'atto costitutivo). M. Speranzin, *Partecipazioni senza diritto di voto nella s.r.l.*, in *La struttura finanziaria ed i bilanci delle società di capitali*, Studi in onore di G.E. Colombo, Torino, 2011, p. 215 sembra condividere quest'ultima impostazione [nota bibliografica a cura di F. Mottola Lucano].

MASSIMA N. 139 - Obbligazioni che danno diritto di acquisire ovvero sottoscrivere azioni

L'esenzione dal limite quantitativo all'emissione di obbligazioni contemplata dall'art. 2412, comma 5, secondo periodo, c.c. (come modificato dall'articolo 32 del D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, in L. 7 agosto 2012 n. 134), con riferimento alle "obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero sottoscrivere azioni", è applicabile a tutte le seguenti fattispecie:

a) obbligazioni convertibili, tali intendendosi le obbligazioni che attribuiscono all'obbligazionista il diritto di convertire le proprie obbligazioni: (i) sia in azioni di nuova emissione sia in azioni già emesse; (ii) sia in azioni della stessa società emittente sia in azioni di altra società;

b) obbligazioni cum warrant, tali intendendosi le obbligazioni che attribuiscono all'obbligazionista, fermo restando il diritto al rimborso delle obbligazioni stesse, il diritto: (i) di sottoscrivere azioni di nuova emissione, sia della stessa società emittente sia di altra società, mediante l'esecuzione di nuovi conferimenti; (ii) di acquistare azioni già emesse, sia della stessa società emittente sia di altra società, mediante il versamento di un ulteriore corrispettivo;

c) obbligazioni c.d. "convertende", tali intendendosi le obbligazioni che attribuiscono alla società emittente (e/o a soggetti diversi dagli obbligazionisti) il diritto di convertire le obbligazioni in azioni oppure che prevedono la conversione delle obbligazioni in azioni al verificarsi di eventi o situazioni predeterminate, sia che la conversione possa avvenire: (i) in azioni di nuova emissione o in azioni già emesse; ovvero (ii) in azioni della stessa società emittente o in azioni di altra società.

MOTIVAZIONE

L'art. 32 del D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, in L. 7 agosto 2012 n. 134, ha modificato il quinto comma dell'art. 2412 c.c., la cui formulazione è divenuta la seguente: "I commi primo e secondo non si applicano alle emissioni di obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione ovvero di obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni". La massima ha ad oggetto la seconda fattispecie considerata dalla norma (ossia le "obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni"), introdotta *ex novo* dalla novella, che ha del resto anche ampliato la prima delle due fattispecie, già in parte presente nella versione previgente.

La lettera della disposizione può ingenerare qualche dubbio interpretativo in merito all'individuazione dell'esatto ambito di applicazione dell'esenzione dal limite. Essa menziona le ipotesi di "acquisto" e di "sottoscrizione" di azioni, senza riferirsi espressamente alla "conversione", che a ben vedere differisce sia dall'acquisto sia dalla sottoscrizione. Essa inoltre contempla solo l'ipotesi in cui l'acquisto o la sottoscrizione di azione costituisca oggetto di un diritto dell'obbligazionista, senza prevedere in modo esplicito i casi in cui la conversione dipenda da una scelta della società o dal verificarsi di determinate circostanze.

A fronte di questi possibili dubbi, la massima adotta un'interpretazione estensiva della portata della norma, tale da comprendere tutte le ipotesi di obbligazioni convertibili, di obbligazioni *cum warrant* e di obbligazioni "convertende", nelle diverse declinazioni conosciute sia nella prassi che nelle trattazioni teoriche (dirette o indirette, proprie o improprie).

Ciò vale, *in primis*, per le obbligazioni convertibili (per le quali cioè l'obbligazionista non è tenuto, in sede di conversione, ad alcun nuovo versamento, né a titolo di nuovi conferimenti, né a titolo di corrispettivo). Sebbene la lettera della norma non si riferisca espressamente a questa fattispecie, non sembrano esservi dubbi che fosse effettivamente questo l'intento del legislatore. Ciò viene del resto confermato, in chiave sistematica, dalla constatazione che tra tutte le ipotesi in considerazione sono proprio le obbligazioni convertibili ad essere l'unica fattispecie tipica, disciplinata dalle norme del codice civile in tema di s.p.a. L'inclusione delle obbligazioni convertibili nel campo di applicazione della norma in commento, in ogni caso, deve riguardare non solo quelle disciplinate dall'art. 2420-*bis* c.c. (ossia le c.d. obbligazioni convertibili *dirette*, aventi ad oggetto azioni della stessa società emittente, con metodo c.d. *proprio*, ossia mediante emissione di azioni di nuova emissione, di compendio di un aumento di capitale appositamente deliberato a servizio della conversione), ma anche quelle *indirette* (aventi ad oggetto azioni di società terze), e quelle da convertire con metodo c.d. *improprio* (vale a dire mediante l'assegnazione di azioni già precedentemente emesse, senza che venga quindi aumentato il capitale sociale a servizio della conversione).

In tutte le varianti ora considerate - nell'ambito del *genus* obbligazioni convertibili - risulta infatti realizzata la *ratio* della norma, volta essenzialmente ad eliminare il limite quantitativo di emissione delle azioni ogni qual volta l'operazione sia finalizzata alla realizzazione di un investimento non di mero "prestito", bensì potenzialmente anche di *equity*. Ciò avviene, a ben vedere, pur con modalità diverse, in ciascuna delle ipotesi ora contemplate, quand'anche la conversione non dia luogo all'emissione di azioni di nuova emissione o non abbia ad oggetto azioni della stessa emittente. La circostanza che le azioni nelle quali avviene la conversione non siano azioni di nuova emissione, del resto, non fa venir meno lo scopo perseguito dalla norma, com'è dimostrato dal fatto che la norma stessa include tra le esenzioni le emissioni di obbligazioni che danno il diritto di "acquistare" azioni, alludendo chiaramente a ipotesi in cui l'obbligazionista non ottiene azioni di nuova emissione, di compendio di un aumento di capitale, bensì azioni già precedentemente emesse.

Oltre alle obbligazioni convertibili, devono ritenersi comprese nell'ambito della norma anche tutte le ipotesi di obbligazioni *cum warrant*, le quali, a differenza delle prime, attribuiscono al titolare il diritto di acquistare o sottoscrivere azioni *mantenendo il diritto al rimborso* dell'obbligazione e quindi imponendo, in caso di esercizio del *warrant*, l'esecuzione di un ulteriore versamento, vuoi a titolo di corrispettivo (*warrant* di acquisto), vuoi a titolo di conferimento (*warrant* di sottoscrizione). L'inclusione di tali fattispecie nell'ambito dell'esenzione dell'art. 2412, comma 5, c.c., è in questo caso testuale, giacché è proprio l'abbinamento del *warrant* che conferisce all'obbligazionista il "diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni" contemplato dalla norma in questione. Non sembra che, neppure in questo ambito, debbano farsi distinzioni tra azioni della stessa emittente o azioni di altre società, sovente dello stesso gruppo dell'emittente. Parimenti, non sembra doversi ritenere necessario, affinché il prestito obbligazionario sia svincolato dal limite quantitativo, che il *warrant* debba rimanere indissolubilmente legato all'obbligazione con la quale viene emesso, posto che la *ratio* della norma risulta comunque realizzata anche se le due posizioni giuridiche

(dell'obbligazione e del *warrant*), una volta venute alla luce, siano suscettibile di circolazione separata.

In ultimo, vengono ritenute incluse nell'esenzione in parola anche le obbligazioni "convertende", caratterizzate dal fatto che la conversione - da intendersi anche qui in senso lato, al pari di quanto affermato nell'ipotesi *sub a)* - non costituisca oggetto di un "diritto" di ogni singolo obbligazionista, bensì della stessa società emittente (c.d. *reverse convertible*) o della maggioranza degli obbligazionisti, oppure rappresenti la conseguenza di circostanze esterne, riguardanti ad esempio l'andamento economico della società emittente o della sua capogruppo. Si consideri infatti che, se è vero che la norma svincola dal limite quantitativo le ipotesi di emissioni obbligazionarie che potenzialmente possono "trasformarsi" in operazioni di raccolta di *equity*, è a maggior ragione vero che siffatta potenzialità è ravvisabile nei prestiti "convertendo", per i quali tale trasformazione non è subordinata alla volontà dell'obbligazionista, bensì rimessa alla stessa società emittente, che può quindi decidere, più o meno liberamente, di ridurre il proprio debito ed incrementare il patrimonio netto.

Nota bibliografica

Prima della modifica operata dal D.L. 83/2012, «la dottrina, in maniera pressoché unanime, non riteneva sussistessero dubbi circa la piena applicabilità alle obbligazioni convertibili (*recte* al limite quantitativo alla loro emissione) dei limiti fissati dall'art. 2412, atteso che, al momento dell'emissione e fino alla conversione, si tratta a tutti gli effetti di obbligazioni rappresentative di capitale di debito» (V. Cimmino, *L'emissione di obbligazioni convertibili in azioni*, in *Le Società*, Assago, 2014, p. 400).

A seguito della novella del 2012, quasi tutti gli autori concordano nel ritenere che l'attuale formulazione del quinto comma dell'art. 2412 c.c. costituisca «una deroga evidente rispetto alla disciplina propria delle obbligazioni ordinarie [.]. Il quinto comma dell'articolo in parola, infatti, così come recentemente modificato, sottraendo le «obbligazioni che danno il diritto di acquistare ovvero di sottoscrivere azioni» dall'assoggettabilità ai commi primo e secondo dell'art. 2412, ha eliminato ogni limite quantitativo alla emissione di obbligazioni convertibili. [.]. Pertanto, alla luce delle recenti modifiche legislative, deve necessariamente ritenersi legittima l'emissione di obbligazioni convertibili oltre il doppio del capitale sociale sottoscritto e delle riserve, secondo l'ultimo bilancio approvato. [.].» (ex alii, si veda V. Cimmino, *L'emissione di obbligazioni convertibili in azioni*, in *Le Società*, Assago, 2014, p. 400).

Sono stati tuttavia ravvisati dubbi sull'applicabilità del quinto comma in parola all'ipotesi di obbligazioni con conversione c.d. "indiretta", ossia in azioni di un ente diverso dall'emittente stesso (in senso contrario cfr. Assonime, Circolare n. 39 del 16 dicembre 2013, *Le innovazioni sulla finanza d'impresa: cambiali finanziarie. obbligazioni subordinate e partecipative*, in *Riv. Not.*, Milano, 2014, p. 158-159), pur prevalendo l'opinione favorevole: «tra i titoli ricompresi nella norma ci sono le obbligazioni convertibili, tanto in azioni dell'emittente, quanto in azioni di società terze nonché le obbligazioni con warrant per la sottoscrizione di azioni emesse da soggetti diversi dall'emittente le obbligazioni. E se si tiene conto dello scopo che si è prefissato il legislatore con il "Decreto Sviluppo", quale emerge anche dalla relazione, vale a dire di superare le difficoltà di accesso al credito da parte delle imprese ampliando la loro possibilità di accedere direttamente ai mercati dei capitali, vanno ricomprese anche quelle obbligazioni che prevedono l'accesso al capitale azionario in virtù di congegni diversi dall'esercizio di un diritto dell'investitore: si pensi ai titoli a "conversione forzata" tanto nel caso in cui il titolo si converte automaticamente in azioni al verificarsi di determinate condizioni, quanto in quello in cui la conversione è discrezionale ma frutto dell'esercizio di un'opzione in favore della società. [.].» (S. Luoni, *Le obbligazioni convertibili*, in *Società per azioni. Costituzione e finanziamento, Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale Bigiavi*, Torino, 2013, p. 578-579.). Concorda con quest'ultima lettura anche il Consiglio Nazionale del Notariato (N. Atlante, A. Ruotolo, *Le modifiche ai limiti all'emissione del prestito obbligazionario (il nuovo comma 5 dell'art. 2412 c.c.)*, Studio d'Impresa n. 143-2014/I, in *CNN Notizie* del 15 luglio 2014).

Solo marginalmente è stata inoltre presa in considerazione l'ipotesi di emissione di obbligazioni «con warrant di acquisto o sottoscrizione di azioni», affermandosi che «potranno essere emesse senza dover rispettare vincoli legati alle dimensioni del

patrimonio, chiunque sia l'emittente e prescindendo dalla circostanza che siano o meno negoziate in mercati regolamentati [.]» (A. Paolini, A. Ruotolo, *Emissione di obbligazioni convertibili per importo superiore al limite quantitativo previsto dal comma 1 dell'art. 2412*, Quesito d'Impresa n. 71-2013/I, in CNN Notizie del 31 maggio 2013).

Parte della dottrina ha infine affermato, interpretando in chiave "estensiva" il disposto dell'art. 2412, comma 5, c.c., che la deroga ai limiti all'emissione si applichi anche alle obbligazioni "convertende" (anche dette *reverse convertible*) ossia di obbligazioni che «si caratterizzano per il fatto che la conversione in azioni [.] è frutto dell'esercizio di un'opzione da parte della società emittente (e non già del portatore) ovvero avviene in via automatica alla scadenza del prestito per effetto del superamento di parametri o indici di riferimento predeterminati nel regolamento dei titoli» (in questo senso N. Atlante, A. Ruotolo, *Le modifiche ai limiti all'emissione del prestito obbligazionario (il nuovo comma 5 dell'art. 2412 c.c.)*, Studio d'Impresa n. 143-2014/I, in CNN Notizie del 15 luglio 2014). [Nota bibliografica a cura di F. Mottola Lucano]

MASSIMA N. 140 - Fusione e scissione transfrontaliera con incorporante o beneficiaria extra UE, la cui legge non prevede l'atto di fusione o scissione (art. 2504 c.c.; artt. 2, 4 e 12 d.lgs. 108/2008; art. 25, comma 3, l. 218/1995)

La fusione per incorporazione in una società soggetta a legge diversa da quella italiana, ancorché soggetta alla legge di uno Stato non membro dell'UE la quale non richieda l'atto di fusione, si perfeziona e ha effetti per l'ordinamento italiano solo in forza di un atto di fusione avente i requisiti di cui agli artt. 2504 c.c. e 12 d.lgs. 108/2008.

MOTIVAZIONE

L'atto pubblico di fusione rappresenta una fase essenziale del procedimento di fusione di una società italiana anche quando questa partecipi ad una fusione transfrontaliera da cui risulti (come nuova società o come incorporante) una società straniera: se la legge della società risultante dalla fusione richiede l'atto pubblico di fusione, questo verrà redatto dall'autorità competente secondo quella legge e poi depositato (in copia) presso un notaio italiano affinché se ne possa curare il deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese (insieme al certificato di cui all'art. 14 d.lgs. 108/2008); se la legge della società risultante dalla fusione *non* richiede l'atto pubblico di fusione ai fini del perfezionamento dell'operazione, l'atto deve essere redatto dal notaio italiano (art. 12, comma 3, d.lgs. 108/2008) e rappresenta una condizione per il rilascio del certificato preliminare avente il contenuto di cui all'art. 11 d.lgs. 108/2008, in quanto con tale certificato il notaio attesta (a beneficio dell'autorità competente al controllo finale di legittimità) il regolare adempimento di tutti gli atti e le formalità richiesti dalla legge italiana e l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione per quanto attiene alla società italiana.

In altri termini, mentre nelle fusioni transfrontaliere *con risultante italiana*, il certificato preliminare richiesto dall'art. 11 d.lgs. 108/2008 precede l'atto di fusione poiché questo verrà certamente redatto in linea con la legge italiana in contemporanea con l'espletamento del controllo finale di legittimità a cura dello stesso notaio rogante, nelle fusioni transfrontaliere *con risultante straniera* il certificato preliminare in linea di principio segue l'atto di fusione poiché la mancanza di quest'ultimo non consente di poter affermare che è stato compiuto tutto quanto richiesto dalla legge italiana per il perfezionamento dell'operazione da parte della società che vi è soggetta: senza l'atto, il procedimento, per parte italiana, non è completo. Tuttavia, quando si è certi che in base alla legge della risultante l'atto pubblico di fusione ad opera dell'autorità competente non potrà mancare e - va aggiunta la seguente implicita condizione - non potrà che soddisfare i requisiti richiesti dalla legge italiana, il certificato preliminare viene rilasciato prima dell'atto per poterne consentire la stipula: la legge straniera potrebbe infatti, come la nostra, far coincidere la redazione dell'atto con l'espletamento

del controllo finale di legittimità, allora subordinando la ricevibilità dell'atto all'ottenimento dei certificati preliminari delle società partecipanti.

Tale conclusione vale *a fortiori* per le operazioni transfrontaliere a cui partecipino, anche in posizione di società incorporante o beneficiaria, società non comunitarie o non rientranti tra quelle a cui si applica in via diretta la Decima Direttiva e la legge italiana di attuazione: quand'anche la legge applicabile a tali società non prevedesse l'atto di fusione o di scissione, tale atto rimane una fase imprescindibile del procedimento che, tanto ai sensi dell'art. 25 l. 218/1995 quanto in applicazione analogica dell'art. 12, comma 3, d.lgs. 108/2008, la società italiana deve rispettare per poter perfezionare l'operazione validamente e con i dovuti controlli.

Ne consegue che in caso di incorporazione di una società di diritto italiano in una società di uno Stato extra UE che non richiede l'atto di fusione non può affermarsi che l'atto di fusione non sia dovuto neanche per la legge italiana. Non si potrebbe infatti affermare che un siffatto caso non rientri direttamente nella sfera di applicazione del d.lgs. 108/2008 e che un certificato di fusione rilasciato dall'autorità straniera in applicazione della legge dell'incorporante soddisfi ad ogni esigenza richiesta dalla legge italiana per addivenire alla cancellazione della società italiana incorporata dal registro delle imprese.

Diversamente opinando, si trascurerebbe il tema dell'applicabilità analogica delle disposizioni contenute nel d.lgs. 108/2008 e si fraintenderebbe la corretta interpretazione dell'art. 25 l. 218/1995. Sotto il primo profilo, è evidente che, se nella fusione la cui incorporante è una società di altro Stato membro non è ammissibile omettere l'atto pubblico di fusione sebbene non richiesto dalla legge dell'incorporante, a maggior ragione non si può prescindere da quell'atto ove l'incorporante sia extra UE, e in quanto tale nemmeno soggetta ad una legge armonizzata con la legge italiana tramite le direttive in materia: si darebbe altrimenti luogo ad una discriminazione al rovescio rispetto alle fusioni intracomunitarie (vi sarebbero, infatti, minore rigore e minori controlli nelle fusioni extracomunitarie, ove finirebbe per mancare il controllo del notaio, o di altra autorità a ciò autorizzata dalla legge italiana, sull'assenza di opposizioni e sul ricorrere di ogni altra circostanza e condizione attinente alla fase successiva alla delibera di approvazione del progetto, senza le quali l'operazione non potrebbe validamente perfezionarsi), discriminazione del tutto ingiustificata e tale da porre il sistema in conflitto con l'art. 3, comma 1, Cost.. Sotto il secondo profilo, si dimenticherebbe che l'art. 25 l. 218/1995 - la cui applicazione alle fusioni extracomunitarie è confermata dall'art. 3, comma 3, d.lgs. 108/2008 - prescrive l'integrazione delle normative nazionali in concorso, e non già la disapplicazione della legge italiana dell'incorporata a favore della legge dell'incorporante straniera, specie quando quest'ultima non pretende di impedire la realizzazione degli atti richiesti dalla legge dell'incorporata.

Nota bibliografica

Anteriormente al d.lgs. 108/2008, la disciplina delle fusioni e delle scissioni transfrontaliere era contenuta unicamente nell'art. 25 l. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, dedicato alla legge regolatrice delle persone giuridiche. Con riferimento al terzo comma del citato articolo, la dottrina internazionalprivatistica chiarisce anzitutto che «la disposizione in esame (.) non costituisce una norma di conflitto avente la funzione di individuare, in generale, la legge regolatrice di detti fenomeni, ma piuttosto una norma di diritto internazionale privato "materiale" (.) che limita la portata del richiamo internazionalprivatistico fissando una regola *ad hoc* in tema di trasferimenti di sede e di fusioni internazionali, e precisamente stabilendo un requisito che tali vicende societarie devono *comunque* soddisfare per poter essere riconosciute come efficaci all'interno dell'ordinamento italiano» (M.V. Benedettelli, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 96). Ciò premesso, nell'eventualità che le leggi degli Stati interessati disciplinino l'operazione in modo difforme, «prima di giungere alla conclusione che la fusione non sia attuabile, o riconoscibile, nell'ordinamento italiano (.) ci si dovrà però interrogare sul se tali difformità si traducano in valutazioni effettivamente confliggenti, e se tale conflitto non

sia superabile facendo ricorso a tecniche internazionalprivatistiche volte a favorire il contemperamento tra le diverse leggi che concorrono nella disciplina di una stessa fattispecie concreta di fusione», fermo restando che «un "vero" conflitto di leggi andrà escluso quando rispetto ad uno stesso atto le leggi in concorso pongano requisiti diversi ma "omogenei", e quindi "graduabili", giacché in questo caso l'applicazione della legge più rigorosa dovrà ritenersi, sia pure indirettamente, soddisfare il disposto dell'altra legge: così, prevarrà la disposizione che richiede la forma solenne per l'atto di fusione (rispetto a quella che consente che lo stesso venga concluso in forma di scrittura privata)» (così lo stesso M.V. Benedettelli, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, 4, Torino, 2007, p. 380, il quale sempre a proposito dell'atto di fusione ulteriormente precisa che "nell'ipotesi, in vero assai teorica, in cui l'altra *lex societatis* vietasse espressamente tale adempimento, o ponesse previsioni con lo stesso inconciliabili, dovrebbe concludersi per l'impossibilità di dar corso alla fusione" (M.V. Benedettelli, *Profili di diritto internazionale e europeo delle società*, di prossima pubblicazione in *Codice commentato* a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, § 8).

In seguito all'emanazione del d.lgs. 108/2008, attuativo della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, il quadro normativo in materia si è notevolmente ampliato. In particolare, il citato decreto «si applica alle fusioni tra una o più società costituite in conformità della legge italiana (.) e una o più società costituite in conformità della legge di altro Stato membro (.) dalle quali risultino una società italiana o di altro Stato membro», laddove «non si applica alle fusioni che coinvolgono almeno una società non riconducibile alle predette categorie (.). In tali casi, peraltro, l'art. 2 par. 3 del decreto dispone l'applicazione di un *noyau dur* delle sue disposizioni» (P. Bertoli, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, pp. 39 s.). D'altro canto, come è stato osservato, il delineato ambito di applicazione non esclude il ricorso all'analogia: in effetti, «anche lo Stato terzo (come lo Stato membro con riguardo a società di capitali non beneficiarie della libertà di stabilimento) potrebbe essersi dotato di norme sulle fusioni transfrontaliere del tutto compatibili con le norme del Decreto che non rientrano nel predetto "nucleo duro" (.) e la cui disapplicazione potrebbe dare origine ad una disparità di trattamento tra fattispecie simili di difficile giustificazione. A questi problemi si potrà verosimilmente ovviare con lo strumento dell'analogia, facendo prevalere le norme del Decreto non direttamente applicabili su quelle eventualmente diverse dettate per le fusioni domestiche» (M.V. Benedettelli-G.A. Rescio, *Il Decreto Legislativo n. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere (alla luce dello Schema di legge di recepimento della X Direttiva elaborato per conto del Consiglio Nazionale del Notariato e delle massime del Consiglio Notarile di Milano)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 745).

Del tutto minoritaria (e in contrasto con la massima di cui sopra) è la diversa impostazione prospettata in una risposta a quesito indirizzato al Consiglio Nazionale del Notariato, concernente l'incorporazione di una società di diritto italiano in una società di diritto del *Delaware*, ove - appurata la non necessità dell'atto di fusione da parte della legge dell'incorporante e il rifiuto dei rappresentanti della società statunitense ad intervenire nell'atto di fusione, certamente non richiesto ma nemmeno vietato dalla legge del *Delaware* - gli estensori della risposta ritengono che «non occorre la redazione di un apposito atto di fusione in forma pubblica, in quanto la fusione diviene efficace ed è resa pubblica attraverso la compilazione del *certificate of incorporation* da parte del *Secretary of State*», sul presupposto che il caso non rientri direttamente nella sfera di applicazione del d.lgs. 108/2008 e il *certificate of incorporation* rilasciato dal *Secretary of State* in applicazione della legge del *Delaware* soddisfi ad ogni esigenza richiesta dalla legge italiana per addivenire alla cancellazione della società italiana incorporata dal registro delle imprese (si veda Quesito di impresa n. 266-2012/I del 17 dicembre 2012, estensori A. Ruotolo-D. Boggiali). Per la critica a questa posizione v. G.A. Rescio, *Fusioni e scissioni*, di prossima pubblicazione in *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. VII, cap. III, § 6. [Nota bibliografica a cura di M. Borio]

MASSIMA N. 141 - Assemblea totalitaria in luogo diverso rispetto a quello previsto dalla legge o dallo statuto (artt. 2363, 2366, 2479-bis c.c.)

In presenza delle condizioni previste dall'art. 2366, comma 4, c.c. (per le s.p.a.) e dall'art. 2479-bis, comma 5, c.c. (per le s.r.l.), si deve ritenere che l'assemblea cosiddetta "totalitaria" sia validamente costituita anche qualora si svolga in luogo diverso da quello previsto, in via generale, dalla legge (ai sensi degli artt. 2363 e 2479-bis c.c.) o dallo statuto.

MOTIVAZIONE

Le condizioni minime per l'integrazione dell'assemblea cosiddetta "totalitaria" sono costituite dalla rappresentazione dell'intero capitale sociale e dalla partecipazione all'assemblea della maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo *ex art.* 2366, comma 4, c.c. (per la s.p.a.); e dalla partecipazione dell'intero capitale sociale e dalla presenza o dall'informazione della riunione di tutti gli amministratori e i sindaci *ex art.* 2479-bis, comma 5, c.c. (per la s.r.l.).

Prescindendo il legislatore da *condizioni minime ulteriori* rispetto a quelle prescritte dall'art. 2366, comma 4, c.c. (per le s.p.a.) e dall'art. 2479-bis, comma 5, c.c. (per le s.r.l.), il luogo di svolgimento dell'assemblea totalitaria - a differenza del luogo di convocazione dell'assemblea, secondo le modalità previste dal combinato disposto degli artt. 2363, comma 1, e 2366, comma 1, c.c. (per le s.p.a.) nonché dall'art. 2479-bis, comma 3, c.c. (per le s.r.l.) - appare quindi del tutto svincolato dal limite geografico entro cui deve essere convocata l'assemblea, vuoi ai sensi di legge, vuoi in virtù di una più ampia previsione statutaria.

Sembra deporre in tal senso l'utilizzo, nella disciplina della società per azioni, dell'espressione "*In mancanza delle formalità previste dalla convocazione*" (tra cui, appunto, la convocazione nel Comune del luogo ove ha sede la società *ex art.* 2363, comma 1, c.c., nonché l'indicazione nell'avviso di convocazione del luogo dell'adunanza *ex art.* 2366, comma 1, c.c.), nonché, nella disciplina della società a responsabilità limitata, dell'espressione "*In ogni caso*" (vale a dire, appunto, a prescindere dalla riunione dell'assemblea presso la sede sociale *ex art.* 2479-bis, comma 3, c.c.), sintagmi testuali da cui pertanto può farsi conseguire l'irrilevanza, ai fini della configurazione dell'assemblea totalitaria, del luogo di riunione della stessa.

Alla medesima conclusione, inoltre, sembra doversi pervenire se si tiene conto, come evidenziato anche in giurisprudenza, che il luogo dell'adunanza assembleare nonché la sua indicazione nel contratto sociale e nell'avviso di convocazione sono meramente strumentali a tutelare l'*interesse dei soci* a essere informati della riunione assembleare e a intervenirevi. Poiché tale interesse è per definizione garantito dalla condizione della partecipazione dell'intero capitale sociale, normativamente prescritta dall'art. 2366, comma 4, c.c. (per le s.p.a.) e dall'art. 2479-bis, comma 5, c.c. (per le s.r.l.), ne consegue che, nell'ambito dell'assemblea totalitaria non assume rilievo, ai fini del suo integrarsi e della legittima adozione delle relative deliberazioni da parte della stessa, il luogo dell'adunanza.

L'unica ipotesi in cui il luogo dell'adunanza potrebbe invero assumere rilievo nell'ambito dell'assemblea totalitaria è quella in cui una specifica clausola statutaria aggiunga un determinato limite geografico quale presupposto ulteriore rispetto alle condizioni minime normativamente sancite *proprio per l'assemblea totalitaria*. Una simile clausola, ben poco frequente nella prassi, potrebbe essere dettata dall'esigenza di garantire la massima partecipazione degli organi sociali, ossia dei soli soggetti di cui, nelle assemblee totalitarie, potrebbe ipotizzarsi l'assenza, in diversa misura a seconda del tipo sociale.

Se quindi una simile clausola mira a garantire la partecipazione degli organi sociali, essendo già certamente presente l'intero capitale sociale, si ritiene che sia possibile ovviare a tale previsione statutaria, senza determinare una "non conformità" sanzionabile a norma degli artt. 2377 e 2379-ter, comma 1, c.c., qualora tutti i soggetti che sarebbero legittimati all'impugnazione della deliberazione dichiarino di

non volersi opporre alla trattazione degli argomenti: tale consenso, in tale caso, non varrà unicamente per il contenuto degli argomenti da trattare ma anche per il luogo in cui l'assemblea si riunirà per trattarli.

Nota Bibliografica

La questione giuridica oggetto della massima è affrontata - pur spesso solo incidentalmente - sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, entrambe favorevoli ad ammettere che, pur in assenza di un'espressa previsione statutaria, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 2366, comma 4, c.c. (per le s.p.a.) e dall'art. 2479-bis, comma 5, c.c. (per le s.r.l.), l'assemblea cosiddetta "totalitaria" possa tenersi in luogo diverso da quello previsto dalla legge o dallo statuto.

Dal punto di vista letterale, in particolare, si argomenta in dottrina soprattutto sulla base dell'espressione "*In ogni caso*" contenuta nella disciplina della società a responsabilità limitata (art. 2479-bis, comma 3, c.c.). Al riguardo, si veda F. Salerno Cardillo, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Studi e Materiali*, Suppl. 1/2004, p. 345 (secondo il quale, «[q]uanto al luogo di svolgimento dell'assemblea totalitaria deve ritenersi che - a differenza dell'assemblea convocata (art. 2479-bis, comma 3) - esso sia del tutto svincolato dalla sede sociale, anche in mancanza di espressa previsione statutaria (in ciò argomentando dalla espressione «In ogni caso» che introduce l'ultimo comma dell'art. 2479-bis»); e G. Sandrelli-L. Cocca, *Sub art. 2479-bis c.c.*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, p. 1011 (secondo i quali, «[i]l luogo di svolgimento dell'assemblea totalitaria - a differenza del luogo di convocazione dell'assemblea secondo le modalità previste dall'art. 2479-bis, comma 3 - è svincolato da quello della sede sociale, anche in mancanza di espressa previsione statutaria». In particolare, secondo i medesimi Autori, «[a] tale conclusione si può pervenire facendo riferimento all'espressione «[i]n ogni caso» che introduce l'ultimo comma dell'art. 2479-bis». In argomento, si vedano anche A. Ferrucci-C. Ferrentino, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, Tomo I, Milano, 2012, p. 1006, nt. 1051 (secondo i quali «[g]iova precisare che la locuzione «mancanza delle formalità previste per la convocazione» si riferisce . ai casi di convocazione irrituale (*rectius*: non a norma di legge o di statuto) . in un luogo diverso da quello stabilito nello statuto per la convocazione»); F. Tassinari, *Sub artt. 2368-2369*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, Volume II, Tomo 1, Padova, 2010, p. 439; e C.A. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2008, p. 397-399; nonché Id., *Il luogo di convocazione dell'assemblea*, in *Studi e Materiali*, 2/2013, pp. 502-504.

Dal punto di vista teleologico, si argomenta in giurisprudenza sulla base della tutela dell'*interesse dei soci* che, in ogni caso, viene assicurata dalla disciplina dell'assemblea totalitaria. Sul punto, si veda Trib. Bologna, ord., 2 giugno 1992, in *Vita not.*, 1992, p. 1071, con nota di F. Gradassi, *Sulla modificabilità una tantum dello statuto di s.p.a. e sulla prova dell'esistenza di fondi da imputare a capitale sociale* (in cui si afferma che «[i] soci di una società per azioni possono in assemblea totalitaria validamente deliberare in deroga allo statuto della società (nella specie è stata giudicata valida ed omologata una deliberazione di assemblea straordinaria tenuta all'estero nonostante la clausola statutaria che imponeva lo svolgimento dell'assemblea nel territorio dello Stato italiano)». In particolare, nel provvedimento giudiziale si afferma che «rilevato che la norma statutaria che prevede che l'assemblea non possa essere tenuta in territorio estero è dettata a tutela dei soci e degli altri organi societari; che nel caso di specie l'assemblea è totalitaria, con l'intervento di tutti i soci, dell'amministratore unico e del collegio sindacale e che pertanto non può ritenersi illegittima; . non ricorrono motivi per revocare d'ufficio la decretata omologazione»).

Al riguardo, si veda anche Trib. Genova, decr., 11 luglio 1987, in *Riv. not.*, 1988, pp. 452-453 (in cui, pur con riferimento a un caso di assemblea convocata, si afferma che «le regole relative al funzionamento dell'assemblea devono essere valutate rispetto alla tutela che danno all'interesse dei soci: la legge stabilisce una serie di modalità affinché si realizzi lo scopo di porre tutti i soci in condizioni di partecipare alla riunione e di

essere informati sugli argomenti che in essa si tratteranno. In questa cornice, la violazione delle predette regole assume rilevanza giuridica soltanto se produce la lesione dell'interesse dei soci, mentre, nel caso in cui nessuna lesione ne derivi, essa assume i caratteri di una semplice irregolarità, che può eventualmente farsi valere come causa di responsabilità del soggetto che l'ha commessa. La convocazione dei soci in un luogo diverso dalla sede sociale, purché compreso in un territorio il cui accesso non provochi per i soci maggiori costi o difficoltà di quelli che sarebbero stati necessari per accedere alla sede sociale, non comporta, pertanto, alcun vizio della deliberazione». [Nota bibliografica a cura di Alberto Piantelli]