

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*

1

I CONFERIMENTI E LA PARTECIPAZIONE SOCIALE NELLA NUOVA SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA

a cura di Federico Tassinari .

1. Considerazioni generali

E' noto che uno dei principali obiettivi perseguiti dalla legge delega di riforma del diritto societario, a proposito della società a responsabilità limitata in generale e dell'argomento oggetto delle presenti note in particolare, è costituito dalla previsione di un corpo normativo che consenta di distinguere in maniera netta tale tipo di società rispetto alle società azionarie.

Tale obiettivo, d'altra parte, si pone perfettamente in linea con le scelte compiute dalle istituzioni comunitarie, le quali, per quanto concerne i temi della formazione del capitale sociale e della tutela dei terzi, hanno previsto, con l'emanazione nel 1976 della Seconda Direttiva in materia societaria (1), una normativa vincolante unicamente per i tipi azionari, rimettendo ai legislatori nazionali ogni decisione per quanto concerne le società a responsabilità limitata.

A differenza di quanto è accaduto nell'originario testo del codice civile del 1942, pertanto, la legge di delega al Governo (l. 3 ottobre 2001, n. 366) ha inteso porre una distinzione netta tra i diversi tipi delle società di capitali, prevedendo, per le società a responsabilità limitata, "un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci" (art. 3 comma 1 lettera a), in grado di limitare all'essenziale i richiami alle norme dettate non solo per le società azionarie, ma anche per gli altri tipi sociali.

In particolare, il legislatore delegante, nel concepire il contenuto della riforma, ha richiesto al legislatore delegato, tra le altre cose, di:

- 1) dettare una disciplina dei conferimenti tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale (art. 3 comma 2 lettera c, prima parte);
- 2) consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali (art. 3 comma 2 lettera c, seconda parte);
- 3) semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi (art. 3 comma 2 lettera d);
- 4) ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale (art. 3 comma 2 lettera f, prima parte).

In ottemperanza e nei limiti così fissati, lo schema di legge delegata di riforma del codice civile sul tema, licenziato dalla commissione ministeriale all'uopo costituita ed approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, ha dettato le norme destinate a confluire nel nuovo art. 2464 c.c. (in applicazione del principio sopra riportato sub 1), nel nuovo art. 2468 commi 1-2-3

.Notaio in Bologna

1) Direttiva 77/91/CEE del Consiglio del 13 dicembre 1976, pubblicata in G.U.C.E. n. L 26 del 31 gennaio 1977, p. 1.

c.c. (in applicazione del principio sopra riportato sub 2), nel nuovo art. 2465 (in applicazione del principio sopra riportato sub 3) e nei nuovi artt. 2468 commi 4-5-6, 2469 e 2470 c.c. (in applicazione del principio sopra riportato sub 4).

La presente relazione si propone di dare una prima lettura di tale insieme di norme, pure nella consapevolezza della loro provvisorietà e modificabilità, e di suggerire alcune sintetiche indicazioni operative dalle stesse ricavabili.

Per tale scopo, la trattazione seguirà l'ordine desumibile dal nuovo testo del codice civile, anziché l'ordine desumibile dall'elencazione dei principi operata dal legislatore delegante.

Essa, per ragioni di economia espositiva, si limiterà, pure nella consapevolezza delle strette connessioni delle norme contenute in tali articoli con altre norme proposte per la legge delegata, al testo dei nuovi artt. 2464, 2465, 2468, 2469 e 2470 c.c. .

Per le stesse ragioni, ma anche per una più generale opzione di metodo, la trattazione che segue non conterrà alcun cenno, neppure per prospettare qualche chiave di lettura conclusiva a beneficio dell'interprete, al problema, tradizionalmente dibattuto e mai risolto in maniera appagante o pacifica, della natura giuridica della quota di società a responsabilità limitata.

Essa non si soffermerà neppure sul mutamento di terminologia fatto proprio dal legislatore, che in più norme ha sostituito al termine "quota" il termine "partecipazione".

In una prospettiva operativa, infatti, la stessa proposizione del tema, per non dire ogni sua proposta di soluzione, richiederebbe una preliminare precisa individuazione della sua residua rilevanza normativa, che, a sua volta, può giustificarsi solo nel momento in cui il testo delle riforma sarà definitivamente approvato e la sua interpretazione già in qualche modo sedimentata.

Non saranno pochi, del resto, i problemi fino ad oggi aperti ai quali il legislatore cerca, e - ad avviso di chi scrive - riesce, a dare una risposta sufficientemente chiara senza bisogno di ricorrere, con una sensibilità più aperta al nuovo diritto europeo che al vecchio diritto nazionale, al "medio logico" della natura giuridica.

2. I conferimenti e la formazione del capitale sociale

In tema di conferimenti, il nuovo art. 2464 c.c. detta, nei suoi primi due commi, due principi generali, rivolti il primo ("Il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale") a tutela dei terzi, il secondo ("Possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica") a tutela dell'autonomia dei soci contraenti. Il significato della norma contenuta nel primo comma può cogliersi attraverso un'opportuna valorizzazione dell'avverbio "complessivamente" e dell'aggettivo "globale".

Dal momento che la norma è posta a presidio esclusivamente dell'interesse dei terzi all'integrità del capitale sociale, e non intende condizionare in alcun modo l'autonomia contrattuale dei soci in sede di stipulazione dell'atto costitutivo, è necessario concludere, proprio grazie agli anzidetti elementi lessicali, che nella nuova società a responsabilità limitata non sussiste un principio analogo a quello

esistente oggi per le società azionarie e codificato nell'attuale art. 2346 c.c.(2), secondo cui ciascun conferimento deve coprire almeno il valore della parte di

capitale sottoscritta dal conferente (il solo nuovo testo dell'art. 2468 comma 2 c.c., come si vedrà in seguito, non consentirebbe di per sé di ritenere derogabile l'attuale regola di cui all'art. 2346 c.c.).

L'apertura all'autonomia privata appare assolutamente significativa, potendosi ipotizzare, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, la piena legittimità di sovrapprezzi non proporzionali, di sovrapprezzi utilizzati per coprire parte del capitale attribuito ad un altro socio il cui conferimento non risulta all'uopo capiente e, ancora, di contratti di società stipulati secondo lo schema dell'art. 1411 c.c. (contratto a favore di terzo), in cui solo uno o più soci eseguono il conferimento necessario per la formazione dell'intero capitale sociale (3).

Inoltre, il legislatore della riforma, consapevole dell'inapplicabilità dei vincoli dettati dagli artt. 7 e 9 della Seconda Direttiva comunitaria in materia societaria (4), ha inteso fare coincidere l'ambito delle entità suscettibili di conferimento nella società a responsabilità limitata con l'ambito delle entità conferibili secondo la definizione generale dettata per ogni società lucrativa dall'art. 2247 c.c.

L'ampia portata permissiva del secondo comma dell'art. 2464 c.c., pure dovendo essere coordinata con la prescrizione del secondo periodo del quarto comma dello stesso articolo, testualmente identica alla prescrizione dettata dall'art. 2342 comma 2 secondo periodo per le società azionarie, secondo cui le quote emesse a fronte dei conferimenti in natura e di crediti "devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione", non può essere in alcun modo vanificata da quest'ultima norma; anzi, la disciplina complessivamente dettata in tema di conferimenti per le società a responsabilità limitata consente forse di rendere più precisa la portata dell'art. 2342 comma 2 secondo periodo per le società azionarie

2) La modifica, nello schema di legge delegata, viene estesa anche alle società azionarie: cfr. art. 2346 comma 5 c.c. nuovo testo.

3) Non vale in contrario desumere argomenti dall'art. 2247 c.c. per affermare che ciascun socio deve comunque eseguire un proprio conferimento di beni o servizi, dal momento che la figura del contratto a favore di terzo ha portata generale, e vale ad integrare la definizione di ogni contratto, ivi incluso il contratto di società. Una significativa apertura nella direzione indicata dalla riforma nel vigore dell'attuale testo normativo si trova in Cass. 1 agosto 1994 n. 7160, in *Le Società*, 1995, p. 54 ss. (con nota di A. Montesano), secondo cui il negozio di sottoscrizione di un aumento di capitale di una Spa può costituire, come nel concreto caso all'esame, contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c.

4) L'art. 7 di tale direttiva (Direttiva 77/91/CEE del Consiglio) recita quanto segue: "Il capitale sottoscritto può essere costituito unicamente da elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. Tali elementi dell'attivo non possono tuttavia essere costituiti da impegni di esecuzione di lavori o di prestazione di servizi."

L'art. 9 della stessa direttiva recita invece quanto segue: "1. Le azioni emesse come corrispettivo di conferimenti devono essere liberate al momento della costituzione della società o quando la società ottiene l'atto autorizzante l'inizio della propria attività, in misura non inferiore al 25% del valore nominale o in mancanza di un valore nominale, del valore contabile.

2. Tuttavia, le azioni emesse come corrispettivo di conferimenti non in contanti della costituzione della società o quando la società ottiene l'atto autorizzante l'inizio della propria attività devono essere interamente liberate entro cinque anni dalla costituzione della società o da quando essa ha ottenuto l'atto autorizzante."

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

4

stesse, dovendosi ritenere che tale norma non disciplini il tipo di entità conferibile, ma limiti esclusivamente la sua concreta modalità.

Ne consegue che, in linea di principio, tutto ciò che è suscettibile di conferimento nelle società personali è altresì suscettibile di conferimento nella società a responsabilità limitata (5); la previsione della limitazione di responsabilità in capo

al socio consente addirittura, per quest'ultima, di ipotizzare la legittimità del conferimento da parte del socio stesso di una "responsabilità personale illimitata" (oppure limitata, ma con un massimale più elevato rispetto al valore del conferimento eseguito) in termini più ampi di quanto si ammetta per le società di persone, dove tale responsabilità costituisce normalmente un effetto legale inderogabile da parte dell'autonomia privata (6).

L'art. 2464 comma 3, il quale testualmente prevede che "se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in denaro", pone un precetto che risulta invariato rispetto alla normativa vigente (7).

Anche a seguito dell'entrata in vigore della riforma, sarà pertanto opportuno che, in sede di stipulazione dell'atto costitutivo, venga inserita la clausola che autorizza i soci a conferire, anche per le ipotesi di futuri aumenti di capitale sociale, "tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica", così come consente il nuovo testo dell'art. 2464 comma 2.

L'art. 2464 c.c., nei commi successivi al terzo, disciplina le modalità di esecuzione dei conferimenti in denaro (comma 4) e in natura o di crediti (commi 5 e 6).

Per quanto concerne i conferimenti in denaro, si assiste innanzitutto al superamento della regola attualmente vigente secondo cui per tali conferimenti occorre procedere, contestualmente alla sottoscrizione, al versamento di almeno i tre decimi del relativo ammontare presso una banca, divenendo sufficiente il versamento del venticinque per cento di tale ammontare.

La modificazione nasce da considerazioni di "competitività" tra ordinamenti e tipi sociali.

Trattandosi di un vincolo per l'autonomia privata a tutela di un interesse generale, il legislatore delegato, consapevole che il venticinque per cento dell'ammontare costituisce il limite minimo invalicabile per le società azionarie in base alla Seconda Direttiva comunitaria, dispone, con una vera e propria "race to the bottom", l'abbassamento del limite dei tre decimi attualmente esistente per le società azionarie allo scopo di non penalizzare l'ordinamento italiano rispetto agli

5) Anche per le s.r.l. si porranno gli stessi problemi prospettati in dottrina per le società personali (es. conferibilità del proprio nome, di una posizione contrattuale in tutto o in parte ineseguita, di un know-how aziendale, etc.).

6) Nelle società di persone diverse dalla società semplice e regolarmente iscritte nel registro delle imprese, si può al più ipotizzare, pure con non poche perplessità, la legittimità di un conferimento di responsabilità personale illimitata a titolo solidale, senza beneficio di preventiva escussione; nelle s.r.l., invece, si può ipotizzare anche il conferimento di una responsabilità personale illimitata a titolo sussidiario.

7) L'unica portata operativa attribuibile alla norma consiste nel richiedere una formale modificazione dell'atto costitutivo, inserendo sul piano generale ed astratto la possibilità di aumenti del capitale con conferimenti non in danaro, prima che sia in concreto adottata la singola deliberazione di aumento con conferimenti in natura o di crediti.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

5

ordinamenti nazionali comunitari già allineati su tale percentuale; per non penalizzare o premiare il tipo della società a responsabilità limitata rispetto ai tipi azionari, lo stesso legislatore delegato, pure in assenza di qualsiasi vincolo comunitario per le società non azionarie, allinea poi la disciplina in tema per tutte le società di capitali.

Resta ferma, previa opportuna ricollocazione sistematica del precetto, in caso di società con un solo socio fondatore, l'attuale disciplina che prescrive il versamento, contestualmente alla sottoscrizione, dell'intero ammontare del

conferimento .

Razionalizzando un'indicazione legislativa recentemente introdotta nell'ordinamento (9), non ancora operativa per mancata emanazione della prescritta normativa di attuazione, e superando in gran parte le gravi oscurità ad essa connesse (10), l'art. 2464 comma 4 secondo periodo consente, per evitare ai soci un'immobilizzazione anche solo temporanea di denaro liquido, che il versamento contestuale alla sottoscrizione e presso banca del venticinque per cento dell'ammontare dei conferimenti in denaro sia sostituito "dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri".

La scelta del legislatore, così ricondotta la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria nel proprio corretto ambito, sostitutivo del versamento e non anche della sottoscrizione o, addirittura, del capitale, appare pienamente condivisibile, anche in un contesto, quale quello emergente complessivamente dalla riforma, in cui tra momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo e momento dell'iscrizione della società nel registro delle imprese è destinato a trascorrere uno spazio temporale di pochi giorni soltanto; sostituendo l'immobilizzazione delle somme di denaro, si elimina infatti uno degli ostacoli per una corretta capitalizzazione formale delle società a responsabilità limitata e si allinea la materia societaria al dinamismo e alle attuali caratteristiche del mercato dei capitali.

La polizza (11) o la fideiussione garantiscono il corretto adempimento dell'obbligazione pecuniaria assunta dal socio a titolo di conferimento, e, quindi,

8) La prescrizione dell'obbligo di versamento di almeno un quarto del conferimento in denaro (Geldeinlage) contestualmente alla sottoscrizione è dettata, per le società azionarie tedesche (Aktiengesellschaften), dal par. 36a Absatz 1 della legge azionaria tedesca (AktG, del 6 settembre 1965 e successive modificazioni).

9) Si tratta dell'art. 6 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, il cui testo è il seguente: "La sottoscrizione del capitale delle società per azioni, delle società in accomandita per azioni e delle società a responsabilità limitata può essere, in tutto o in parte, sostituita dalla stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria. Le forme di equivalenza tra polizza o fideiussione stipulate e capitale sottoscritto, in quanto fondo di garanzia e parametro operativo sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Sono esclusi da questa facoltà le banche e gli altri enti e società finanziari indicati nell'articolo 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87, e successive modificazioni, nonché le imprese di assicurazione".

10) La principale perplessità consiste nella facoltà, testualmente ammessa dalla disposizione, di sostituire non solo il "versamento", ma la stessa "sottoscrizione del capitale sociale".

11) Per un approfondimento sulla polizza fideiussoria, cfr. N. CIACCIA, *Le polizze fideiussorie*, in NGCC N. 4/2002, pt. II, p. 329 ss.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

6

devono avere una durata determinata in relazione al termine di adempimento dell'obbligazione pecuniaria stessa (12).

Ne consegue che "il socio può in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in denaro", presso banca ove la società non sia ancora iscritta nel registro delle imprese, presso le casse sociali negli altri casi (è presumibile che, nella pratica, tale versamento avverrà esclusivamente nel momento in cui scadrà la fideiussione o la polizza oppure il denaro liquido deve essere utilizzato per le esigenze di spesa della società).

Come si è accennato, anche i successivi commi 5 e 6 dell'art. 2464 c.c., al pari del comma 4, disciplinano le modalità dei conferimenti, dettando, per i conferimenti

in natura e di crediti, una disciplina generale identica a quella dettata dall'art. 2342 comma 2 per le società azionarie.

Se la riforma non porta alcuna novità in merito alle garanzie cui è tenuto, in forza del richiamo agli artt. 2254 e 2255 c.c., il socio conferente e alla divisione del rischio di perimento della cosa tra socio e società, non altrettanto può dirsi per quanto riguarda il precetto secondo cui le quote emesse a fronte di tali conferimenti “devono essere integralmente liberate la momento della sottoscrizione”.

Dal momento che tale precetto viene ora testualmente a convivere con la regola posta dal secondo comma dello stesso art. 2464 c.c., secondo cui “possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica”, sembra necessario, per non svuotare di significato, in termini pratici, quest'ultima norma, privilegiare un'interpretazione della prima di tipo non estensivo.

In particolare, e più precisamente, sembra che non sia più sostenibile quella tesi rigorosa, pure autorevolmente prospettata in dottrina (13), secondo cui per soddisfare il precetto legislativo occorre che, eseguita la sottoscrizione, il socio non sia più in alcun modo obbligato nei confronti della società, perché, diversamente opinando, si renderebbe possibile un annacquamento del capitale sociale per l'eventualità di un inadempimento da parte del socio (senza possibilità di applicare in tale caso, a tutela dell'interesse generale, la norma eccezionale in tema di esclusione del socio moroso nei versamenti pecuniari).

Una siffatta rigorosa lettura, infatti, oltre che risultare già oggi scarsamente organica al sistema (si pensi che il rischio di inadempimento del socio, e di conseguente annacquamento del capitale, è testualmente ipotizzabile per il caso di attivazione della garanzia per vizi o per evizione, a cui è per legge tenuto il socio conferente beni in natura, o della garanzia della solvenza in caso di inadempimento del debitore ceduto, a cui è pure per legge tenuto il socio che abbia conferito un credito), finirebbe con lo svuotare, nella sostanza, l'ampia apertura all' “atipico” operata dal richiamato art. 2464 comma 2 c.c., dal momento che difficilmente tali conferimenti atipici potrebbero essere utilizzati laddove non

¹²) In caso di prestazione da parte di un socio di tale polizza o fideiussione, sarà pertanto opportuno che l'atto costitutivo preveda espressamente un termine dell'obbligazione pecuniaria di conferimento compatibile, ovvero non superiore, alla durata della garanzia offerta.

¹³) Cfr., per tutti, F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, Torino, 2001.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

si renda legittima l'assunzione *a latere*, da parte del socio conferente, di una serie di obbligazioni strumentali e attuative.

Il precetto al vaglio, allora, assume un significato più circoscritto, oscillante, secondo la sensibilità dell'interprete, da un minimo (occorre che il diritto conferito sia trasferito alla società fin dal momento della sottoscrizione, rendendosi imperativa l'applicazione, in tema di conferimenti, del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., essendo inammissibili conferimenti c.d. obbligatori, a termine o sotto condizione) ad un massimo (oltre al trasferimento immediato della titolarità, occorre che contestualmente alla sottoscrizione avvenga anche la consegna del bene, ovvero, in caso di entità immateriali o di beni detenuti da terzi, l'immediata “messa a disposizione” dell'entità stessa a favore della società, da intendersi come possibilità di un immediato impiego economico da parte della stessa).

Ne consegue ancora che non si devono ravvisare ostacoli, attraverso la norma in

esame, alla piena legittimità del conferimento in una società a responsabilità limitata (e di capitali in genere), nonostante possano sorgere in capo al socio obbligazioni – attuali o meramente eventuali – non adempiute *uno actu* al momento della sottoscrizione, di diritti reali di godimento e di garanzia diversi dalla proprietà, di diritti personali di godimento, di diritti su beni immateriali, di diritti di esclusiva, anche fondati sulla privativa derivante da una concessione amministrativa o da un altro atto della pubblica autorità, di conoscenze tecniche o *know-how*, di obbligazioni di non fare, di prestazioni d'opera e di servizi in generale.

La preoccupazione di garantire l'integrità del capitale sociale ha indotto il legislatore, nel comma 6 dell'art. 2464 c.c., a dettare una norma imperativa a tutela dei terzi limitatamente a quell'ipotesi di conferimento in natura o di crediti, definita come prestazione d'opera o di servizi, in cui l'obbligazione personale del socio non costituisce soltanto un elemento strumentale per garantire la proficua utilizzazione da parte della società dell'utilità conferita, ma costituisce, per la sua natura, una prestazione suscettibile di divenire impossibile per causa non imputabile al socio, per esempio in caso di morte o sopravvenuta incapacità. Solo nel caso di conferimento avente per oggetto una prestazione d'opera o di servizi (14), infatti, l'inerzia del socio, a seguito dell'avvenuta acquisizione del diritto di credito da parte della società, risulta idonea a compromettere definitivamente il valore del conferimento stesso e, quindi, l'integrità del capitale sociale.

Negli altri casi, pure permanendo, in termini attuali (es. conferimento di un'obbligazione di non fare, di un diritto personale di godimento, ecc.) o soltanto eventuali (es. conferimento di un diritto reale di usufrutto, di un credito con garanzia della solvenza del debitore ceduto, di un conferimento di piena proprietà di un immobile o di un brevetto in caso di evizione, ecc.), un'obbligazione in senso tecnico in capo al socio conferente, la legge non richiede la prestazione della polizza o fideiussione, in quanto il rischio per la società si riduce

14) Sorge il dubbio, da risolvere sulla base delle concrete caratteristiche del singolo caso ed alla luce della finalità legislativa prospettata, che la garanzia sia dovuta anche in caso di conferimento di c.d. *know-how*.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

8

all'inadempimento, per effetto del quale la società stessa potrebbe sempre iscrivere nel proprio bilancio il conseguente credito risarcitorio, e non si estende all'impossibilità oggettiva sopravvenuta (artt 1256 ss. c.c.), per effetto della quale la società non potrebbe invece iscrivere alcun credito sostitutivo.

Nei casi contemplati dal sesto comma dell'art. 2464, dunque, la polizza di assicurazione o la fideiussione bancaria sono richieste dal legislatore per il diverso rilievo che la prestazione del socio viene qui ad assumere ai fini dell'effettiva definitiva acquisizione da parte della società dell'entità conferita, stante la già rilevata "caducità" della prestazione dedotta in obbligazione (la prestazione di fare in oggetto, infatti, essendo normalmente destinata a durare nel tempo, non comporta solo il rischio di inadempimento, ma anche quello di estinzione per impossibilità oggettiva sopravvenuta non imputabile al debitore).

Dal punto di vista sistematico, è importante sottolineare che il conferimento mediante prestazione d'opera o di servizi non costituisce un conferimento ulteriore rispetto ai conferimenti in natura e di crediti considerati, in via generale, nel precedente comma 5, ma costituisce una specie appartenente al medesimo

genere.

Diversamente opinando, infatti, si dovrebbe accettare l'assurda conseguenza che, una volta adempiuta completamente la prestazione d'opera o di servizi e restituita, quindi, la polizza o la fideiussione, il conferimento resti capitalizzato per quell'importo che è stato liberamente determinato dai soci in sede di sottoscrizione, anche laddove esso non corrisponda all'effettivo valore della prestazione eseguita.

A loro volta, dall'impostazione accolta, derivano, sul piano operativo e sistematico, due precise conseguenze:

a) anche il conferimento in oggetto è assoggettato, a tutela della posizione dei terzi e dell'integrità del capitale sociale, alla prescrizione generale del successivo art. 2465 c.c., che richiede per tutti i conferimenti diversi dal denaro (non in contanti, secondo il testo della Seconda Direttiva dettata per le società per azioni) la relazione giurata di un esperto qualificato;

b) anche al conferimento in oggetto si applica la prescrizione dell'art. 2464 comma 5 secondo periodo, ai sensi della quale le quote emesse devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

Questa seconda conseguenza, che pare inevitabile alla luce delle premesse poste, costituisce una decisiva conferma della tesi sopra prospettata, secondo cui, per soddisfare il precetto imperativo posto dal legislatore nella norma da ultimo citata, è sufficiente che la società acquisisca immediatamente la titolarità del diritto conferito e, eventualmente, la sua disponibilità, non occorrendo altresì che il socio conferente sia liberato nei confronti della società stessa, fin dal momento della sottoscrizione, da ogni obbligazione avente fonte nel conferimento.

La polizza e la fideiussione devono quindi operare a garanzia non tanto dell'adempimento in senso tecnico dell'obbligazione, quanto dell'acquisizione da parte della società del valore economico della prestazione dedotta in obbligazione (esse, in altre parole, devono garantire, per l'intero valore assegnato loro in sede di relazione giurata di stima, l'esatta esecuzione della prestazione anche in caso di

Convegno Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002

9

estinzione dell'obbligazione per causa diversa dall'inadempimento, purchè si tratti di estinzione "non satisfattiva").

Trattandosi di fideiussione, quindi, il relativo regolamento negoziale dovrà conseguentemente essere adeguato a tale specifica caratteristica, anche in deroga alle norme suppletive dettate in tema dal legislatore, in particolare, negli artt. 1939 e 1944 c.c.

La polizza e la fideiussione a garanzia dell'esecuzione delle prestazioni assunte a titolo di conferimento d'opera o di servizi possono essere utilizzate fin dall'entrata in vigore della riforma, senza necessità di attendere il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 2464 comma 4 c.c., non apparendo estensibile al caso in esame la prescrizione contenuta nel precedente art. 2464 comma 4 nuovo testo.

Esse potranno essere ridotte mano a mano che la prestazione risulta eseguita dal socio conferente, seguendo la prassi della garanzia c.d. "a scalare", solo nei limiti in cui il valore della prestazione del socio sia frazionabile in base al criterio temporale e, a tutela della certezza dei rapporti, tale circostanza sia attestata dalla relazione giurata di stima.

Tale polizza o fideiussione non sembrano necessarie laddove la prestazione d'opera o di servizi conferita sia stata già completamente eseguita al momento

della sottoscrizione da parte del socio, nei limiti in cui ciò appare compatibile con la disciplina dettata per la fase di costituzione della società di capitali.

Esse, per contro, sembrano richieste anche nell'ipotesi di conferimento da parte del socio di un credito avente per oggetto la prestazione a suo favore di un obbligo di fare (fungibile *ex latere creditoris*) da parte del terzo debitore ceduto.

In ogni momento, se l'atto costitutivo lo prevede, tale polizza o fideiussione possono essere sostituite dal socio, sia in sede di sottoscrizione sia in sede di esecuzione del rapporto, "con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in denaro presso la società". La necessità a tale fine di una previsione dell'atto costitutivo, non del tutto chiara nella sua *ratio*, sembra posta a tutela della reciproca posizione patrimoniale dei soci (l'interesse di un determinato socio a vincolare denaro per sottrarsi ai costi e alle conseguenze della garanzia assicurativa o bancaria soccombe rispetto all'interesse degli altri soci di conservare la *par condicio* tra tutti coloro che si sono impegnati a titolo d'opera o di servizio).

Pure nella consapevolezza, come si è cercato di indicare, della complessità delle questioni giuridiche sollevate dalla norma contenuta nel comma in esame, è ragionevole ipotizzare una certa diffusione operativa dell'istituto, dal momento che lo stesso interessa e si applica in prospettiva di una trasformazione in società a responsabilità limitata (cfr. art. 2500-quater, comma 2, c.c., nuovo testo proposto) non solo a quelle (poche) società di persone in cui taluno dei soci ha conferito esclusivamente la propria opera (c.d. socio d'opera "puro"), ma anche a quelle (numerose) società di persone in cui taluno dei soci o tutti i soci hanno conferito la propria opera unitamente ad una somma di danaro (c.d. socio d'opera c.d. "spurio").

Tuttavia, in considerazione della disciplina dettata dal comma sesto in esame, non ci si può nascondere che l'effettiva ampia utilizzazione dell'istituto del socio
Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*
10

d'opera nella società a responsabilità limitata richiederà, stante il costo della garanzia dovuta e, per converso, il carattere duraturo che il conferimento d'opera ha oggi assunto della prassi delle società di persone e nell'economia stessa del contratto sociale, la soluzione di ulteriori problemi applicativi della normativa, quali, soprattutto, la possibilità di imputare a capitale (e di garantire) soltanto una parte del valore attribuito alla prestazione d'opera (15) e la sorte di quest'ultima in caso di cessione a terzi della partecipazione sociale (16).

L'art. 2464, nel suo settimo ed ultimo comma, riprende, con una più adeguata collocazione sistematica, la regola a tutt'oggi esistente (art. 2476 comma 3 c.c.) per il caso del venire meno, nella società a responsabilità limitata, della pluralità dei soci, prevedendo che, in tale caso, i versamenti ancora dovuti (sui conferimenti in denaro) devono essere effettuati nei novanta giorni successivi

3. La stima dei conferimenti in natura e di crediti

L'art. 2465 c.c., nel nuovo testo proposto in sede di riforma, intende riunire le norme già dettate dagli artt. 2343 e 2343-bis c.c. per le società azionarie, ed applicabili alle società a responsabilità limitata in base al richiamo puro e semplice ad esse da parte dell'attuale art. 2476 comma 1, accentuando le differenze di disciplina rispetto alle società azionarie stesse e, conseguentemente, limitando al minimo i richiami alla disciplina che verrà dettata a seguito della riforma per queste ultime.

La nuova disciplina, dunque, deve essere analizzata mettendo in risalto dapprima

le novità, rispetto alla attuale disciplina, introdotte per tutte le società di capitali, poi le peculiarità dettate in tema di società a responsabilità limitata rispetto alle società azionarie; ciò, tuttavia, non prima di avere rilevato come le modificazioni

15) L'art. 2464 comma 6 nuovo testo c.c. precisa che "gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società" devono essere garantiti "per l'intero valore ad essi assegnato".

Si tratta di stabilire, alla luce di tale scelta normativa:

- in primo luogo, se l'autonomia privata possa non tenere conto di una parte del valore attribuito dal perito al conferimento al fine, fermo l'obbligo del socio, di non imputarlo a capitale e di non considerarlo neppure a titolo di sovrapprezzo;

- in secondo luogo, se sia legittimo ipotizzare che la fideiussione e la polizza, parlando la legge di "valore assegnato" e non di "valore attribuito" (con ciò lasciando intendere il compimento di un'attività negoziale da parte dei soci), possa coprire la sola parte del valore peritale imputata a capitale e non anche quella considerata come sovrapprezzo.

Ove non sia consentito rispondere affermativamente ad una almeno di tali due questioni, come sembra preferibile per conservare l'impianto rigoroso del sistema, è possibile dubitare altresì dell'appetibilità dell'istituto e della sua effettiva diffusione al di fuori di prestazioni lavorative "di nicchia", non essendo realistico da un lato ipotizzare obblighi di prestazione attenuati rispetto al reale impegno lavorativo richiesto al socio, dall'altro fideiussioni o polizze di importo troppo elevato in relazione alle possibilità economiche del lavoratore.

16) Come risulta confermato dal nuovo testo dell'art. 2466 c.c., il conferimento d'opera ex art. 2464 comma 6 nuovo testo c.c., presuppone un rapporto di durata con possibilità di inadempimento da parte del socio.

Pure nel silenzio dell'art. 2472 nuovo testo c.c. in merito, sembra possibile, grazie alla obbligatoria prestazione della fideiussione o polizza, assimilare tale fattispecie a quella del conferimento in denaro, ritenendo che l'obbligo (tutte le volte in cui la relativa prestazione è fungibile) e la relativa garanzia siano oggetto di un "accollo ex lege" da parte dell'eventuale acquirente della quota.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*

11

normative appaiano in tale ambito meno significative rispetto ad altri ambiti della riforma, stante la presenza, in tema, dei penetranti vincoli di diritto comunitario posti dalla Seconda Direttiva.

Sotto il primo profilo, comunque, deve essere segnalata la nuova importante responsabilità che la legge di riforma attribuisce:

- all'esperto in caso di conferimento in natura (art. 2343, comma 2, c.c., primo periodo, richiamato per le società a responsabilità limitata dall'art. 2465, comma 3, c.c.);

- agli amministratori e all'alienante nel caso di acquisti compiuti in violazione delle norme dettate dall'art. 2343-bis c.c. (art. 2343-bis, comma 5, c.c., richiamato per le società a responsabilità limitata dall'art. 2465, comma 3, c.c.).

L'esperto, gli amministratori e l'alienante rispondono (questi ultimi tra loro in solido) per i "danni causati alla società, ai soci e ai terzi".

La responsabilità può assumere titolo contrattuale (nel caso della responsabilità degli amministratori nei confronti della società o dell'esperto nei confronti del socio conferente) oppure extracontrattuale (negli altri casi), con le conseguenze che ne derivano sul piano dell'onere della prova e dell'entità del danno risarcibile.

Dal punto di vista sistematico, a proposito del nuovo regime degli acquisti c.d.

"pericolosi" ex art. 2343-bis c.c., non può non rilevarsi come la scelta legislativa di responsabilizzare in termini ampi amministratori e alienante presupponga, per coerenza sistematica, la piena validità ed efficacia dell'atto in tale modo compiuto da parte della società, con definitivo superamento delle tesi a suo tempo prospettate nel senso della nullità o dell'inefficacia dell'atto stesso⁽¹⁷⁾.

Sotto il secondo profilo, concernente la distinzione tra società azionarie e a

responsabilità limitata, deve essere rilevato che:

- pure in presenza di un'identica prescrizione in sede di legge delega (cfr. art. 3 comma 2 lettera d, e art. 4 comma 5 lettera b l. 366/2001), per le società a responsabilità limitata la relazione giurata deve essere eseguita da un esperto "iscritto nell'albo dei revisori contabili o di una società di revisione iscritta nell'apposito albo" e non più designato dall'autorità giudiziaria (il legislatore della riforma, nella sua discrezionalità ed in considerazione del divieto per le società a responsabilità limitata di qualsiasi sollecitazione all'investimento posto dal nuovo art. 2468 comma 1 c.c., ha ritenuto di dovere porre l'accento sulla rapidità del procedimento piuttosto che sull'imparzialità dell'esperto; per converso, per le società azionarie, ribadendo la competenza alla nomina del Presidente del Tribunale del circondario ove la società conferitaria ha sede, ha inteso superare quella prassi conosciuta in alcuni tribunali di accettazione di una informale indicazione del nominativo, o di una rosa di nominativi, da parte dell'interessato);

- mentre per le società azionarie è sufficiente che la relazione dell'esperto contenga "l'attestazione del valore" dei beni conferiti in natura o dei crediti, per le società a responsabilità limitata il nuovo art. 2465, comma 1, c.c.,

17) Cfr., per tutti, le tesi riportate in A. PISANI MASSAMORMILE, *I conferimenti nelle società per azioni – Acquisti "pericolosi" Prestazioni accessorie – artt. 2342-2345 c.c.*, Il Codice Civile Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 292 ss.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

12

richiede "l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo" (la differente disciplina sembra priva di ragioni sostanziali ed imputabile soltanto ad un difetto di coordinamento; nel merito, la scelta più snella effettuata per le società azionarie appare preferibile, purchè da essa non si vogliano desumere anacronistici argomenti contrari all'ammissibilità di un sovrapprezzo in sede di costituzione della società);

- per le società a responsabilità limitata, stante il mancato richiamo dell'art. 2465 c.c. all'art. 2343, commi 3 e 4 c.c., è soppresso l'obbligo degli amministratori (e non più degli amministratori e sindaci) di controllare nei centottanta giorni dalla costituzione (e non più nei sei mesi) la relazione giurata di stima redatta dall'esperto, con la conseguente possibilità di revisione della stessa e di annullamento del capitale sociale, per adeguamento dello stesso al nuovo valore o per avvenuto recesso del socio, in caso di minusvalenza rilevante e di mancata integrazione del conferimento da parte del socio interessato (la differente disciplina intende, per le società a responsabilità limitata, semplificare la materia e contribuisce a responsabilizzare maggiormente i soci in sede di atto costitutivo, dal momento che i valori in quella sede attribuiti, ferma la responsabilità dell'esperto, sono definitivi);

- infine, per quanto concerne l'autorizzazione preventiva da parte dei soci per gli acquisti "pericolosi" ex art. 2343-bis c.c., la nuova norma dettata per le società a responsabilità limitata tiene conto della possibilità, non data per le società azionarie, che essa avvenga mediante decisione non assembleare dei soci ex art. 2479 c.c. .

4. Il contenuto della partecipazione sociale

Il nuovo art. 2468 c.c., nel suo primo comma, individua i principali tratti

tipologici della società a responsabilità limitata, collegando tra loro i due profili del divieto che le partecipazioni siano rappresentate da azioni e del divieto che le stesse costituiscano oggetto di sollecitazione all'investimento.

L'azione diviene così, come confermato dal nuovo testo dell'art. 2325-bis c.c., in tema di società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, lo strumento tecnico, idoneo ad obiettivizzare la partecipazione sociale in una serie di eguali unità-base, utilizzato per consentire la sollecitazione all'investimento, secondo la disciplina dettata per quest'ultimo istituto dagli artt. 94 ss. d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Legge Draghi).

L'art. 2468 comma 2 c.c., parlando di "partecipazione sociale" al singolare e collocandosi successivamente al comma destinato a valorizzare le differenze tipologiche rispetto alle società azionarie, induce a ritenere che il legislatore, anche in ossequio alle indicazioni contenute nell'art. 3, comma 2 lettera c) della legge delega n. 366/2001, abbia voluto superare definitivamente, ritenendole illegittime, quelle clausole, oggi diffuse nella prassi operativa, secondo cui ciascun socio è titolare, anziché di un'unica quota, di una pluralità di quote multiple dell'unità-base di un euro.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

13

Lo stesso art. 2468 comma 2 c.c. detta invece due regole suppletive, suscettibili di essere derogate attraverso una diversa previsione dell'atto costitutivo, secondo cui:

- a) le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento;
- b) i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta.

Se le due regole in oggetto si limitano a riproporre l'attuale disciplina in tema di società a responsabilità limitata, del tutto significativa diviene l'innovazione prevista attraverso l'espressa previsione, in entrambi i casi, del carattere meramente suppletivo, e non più imperativo, delle rispettive prescrizioni.

La deroga richiede una diversa previsione sul punto da parte dell'atto costitutivo; essa può derivare da una pattuizione inserita nello stesso atto di costituzione della società, così come da una sua successiva modificazione adottata nel rispetto delle regole all'uopo dettate dal legislatore (artt. 2480 ss. c.c. nuovo testo).

In primo luogo, pertanto, l'atto costitutivo può prevedere che, a fronte di conferimenti eguali, spettino partecipazioni percentuali diverse al capitale sociale, così come che, a fronte di conferimenti diversi, spettino partecipazioni eguali.

Non si ravvisano al riguardo limitazioni per l'autonomia privata, al di là del divieto del patto leonino codificato nell'art. 2265 c.c., applicabile letteralmente alle sole società di persone, ma espressione, come già oggi pacificamente ritenuto in dottrina (18), di un principio generale applicabile a tutte le società (19).

In secondo luogo, l'atto costitutivo può prevedere che, a fronte di partecipazioni eguali, i diritti sociali spettino in misura differente, così come che, a fronte di partecipazioni differenti, i diritti sociali spettino in misura eguale.

La facoltà di derogare a tale seconda regola appare a prima vista più circoscritta, dal momento che l'art. 2468 comma 2 rinvia a tale fine al successivo comma 4, che, a sua volta, si limita a fare 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".

La deroga alla proporzionalità sembrerebbe pertanto esclusa con riferimento ai

diritti c.d. patrimoniali, ovvero non riguardanti l'amministrazione della società, diversi dal diritto alla distribuzione degli utili, e, in particolare, sembrerebbe esclusa con riferimento al diritto di sottoscrivere l'aumento del capitale a pagamento ex art. 2481-bis nuovo testo (che attribuisce ai soci il relativo diritto "in proporzione delle partecipazioni da essi possedute") e al diritto di partecipare alla ripartizione dell'attivo netto di liquidazione come risultante dal relativo bilancio finale, ex art. 2492 c.c. nuovo testo.

Tuttavia, di fronte alla difficoltà di rinvenire un adeguato fondamento al diverso trattamento riservato da una parte al diritto agli utili e ai diritti riguardanti l'amministrazione in senso stretto, dall'altra ai diritti di sottoscrizione e di ripartizione dell'attivo residuo di liquidazione, sembra preferibile accogliere una

¹⁸) Cfr., per tutti, N. ABRIANI, *Il divieto del patto leonino : vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994.

¹⁹) Il principio vale non solo per l'ipotesi (di scuola) di esclusione assoluta di un socio dagli utili (o dalle perdite), ma anche per la sua esclusione di fatto.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

14

interpretazione estensiva dell'art. 2468 comma 4 c.c., tale da comprendere nella facoltà di deroga alla regola di proporzionalità tra partecipazione e diritto sociale anche le ipotesi da ultimo menzionate, riconducibili, la prima alla nozione di diritto riguardante l'amministrazione, la seconda alla nozione stessa di diritto agli utili (l'unica deroga alla regola di proporzionalità tra entità del conferimento ed esercizio del diritto sociale che pare inammissibile, anche a seguito dell'introduzione della riforma, riguarda, stando al tenore letterale dell'art. 2479 comma 5 nuovo testo, soprattutto confrontato con i due commi precedente e successivo, che aprono alla derogabilità da parte dell'atto costitutivo, il diritto di voto in sede di decisione dei soci, in ossequio al permanente tratto tipologico della società a responsabilità limitata come tipo capitalistico e, in definitiva, della stessa *governance* democratica della società).

In ogni caso, a prescindere dall'accoglimento di quest'ultima conclusione, è necessario sottolineare come la portata della deroga, che vale a distinguere in maniera significativa la società a responsabilità limitata dai tipi azionari, connotando decisamente la stessa in senso personalistico, dischiuda delle prospettive di applicazione rilevanti sotto entrambi i profili considerati dalla norma (20).

Dal punto di vista del diritto agli utili, diviene legittima quella indicazione nominativa della percentuale spettante a ciascuno dei soci, a prescindere dalla partecipazione di ciascuno al capitale sociale, attualmente nota nella prassi delle società di persone e ampiamente diffusa per la duttilità che in tal modo garantisce anche dal punto di vista della tassazione dei redditi in capo ai singoli soci (21).

Dal punto di vista dei "diritti riguardanti l'amministrazione", diviene possibile non solo la nomina degli amministratori al di fuori del meccanismo del voto e del "passaggio" attraverso una decisione dei soci ex art. 2479 c.c. nuovo testo, da tempo fortemente sollecitata dagli operatori, ma anche l'attribuzione di tale carica, da parte dell'atto costitutivo o di una sua successiva modificazione, direttamente e personalmente ad uno o più singoli soci o terzi (conclusione ulteriormente confermata dal nuovo testo dell'art. 2475 comma 1 c.c.) (22).

L'accentuazione in senso personalistico del tipo della società a responsabilità limitata appare ancora più evidente alla luce del disposto dell'art. 2468 comma 5. Tale norma, facendo salva sia una diversa previsione dell'atto costitutivo (alla

stregua dell'attuale regola in tema di modificazioni dell'atto costitutivo delle società personali sancita dall'art. 2252 c.c.), sia, in ogni caso, la facoltà di recesso ex art. 2473 comma 1 nuovo testo, per il socio che non vi ha consentito, ove la modificazione maggioritaria sia "rilevante", prevede la regola della modificazione

20) Cfr. tuttavia, per l'assoluta opportunità di un coordinamento con la legislazione fiscale, L. MIELE, *Conferimenti, prelievi "smarriti" nelle srl*, in *Il Sole 24Ore*, venerdì 8 novembre 2002, p. 21.

21) La formulazione della nuova norma proposta comporta il superamento del problema stesso, oggi dibattuto, delle "categorie" di quote, come altresì confermato nella minuta della relazione di accompagnamento.

22) La nuova formulazione della norma induce ad affermare l'ammissibilità del riconoscimento ad alcuni soci individuati normativamente, o *per relationem* alle caratteristiche della partecipazione, del diritto di veto (secondo le modalità di cui all'art. 2257 c.c. in tema di società di persone), anche in relazione al compimento di specifici atti.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

15

dei diritti di cui all'art. 2468 comma 4, anche laddove la modifica significhi esclusivamente il ritorno alla regola della proporzionalità, con il consenso di tutti i soci (così introducendo, per legge, una previsione specifica di decisione dei soci modificativa dell'atto costitutivo, da adottarsi pertanto ex art. 2479-bis c.c. mediante deliberazione assembleare, da prendersi non a maggioranza, bensì all'unanimità).

L'art. 2468, nel suo terzo comma, stabilisce poi che "la partecipazione di ciascun socio non può in nessun caso essere di ammontare inferiore ad un euro".

A seguito della riforma, dunque, viene opportunamente meno il rigoroso precetto dettato dal codice civile del 1942 (all'art. 2474 comma 3), secondo cui tutte le quote devono essere multiple di mille lire, modificato, con l'entrata in vigore dell'euro, sostituendo l'unità di euro alle mille lire (art. 4 comma 2 d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213).

L'opportunità della scelta legislativa deriva invero da almeno due considerazioni, una pratica, l'altra teorica:

- l'avvenuta sostituzione, come unità-base della partecipazione, dell'importo di un euro al precedente importo di mille lire aveva imposto la necessità di concedere a tutte le società che, per effetto della conversione del capitale in euro, avevano formato delle quote espresse in decimali di euro, un termine ultimo (fissato attualmente al 31 dicembre 2004) per adeguare il valore nominale delle quote al nuovo importo, pure nella consapevolezza che tale operazione avrebbe determinato, in alcune ipotesi, arrotondamenti del valore percentuale della partecipazione tali da non tollerare una pura e semplice deliberazione assembleare maggioritaria⁽²³⁾;

- l'accentuazione del carattere personalistico della nuova società a responsabilità limitata non giustifica più il precetto secondo cui ogni quota di partecipazione deve costituire un multiplo di una determinata unità-base.

Resta da segnalare che il termine per l'adeguamento del valore nominale delle quote, attualmente fissato al 31 dicembre 2004, dovrà comunque essere rispettato, con tutte le conseguenti difficoltà operative⁽²⁴⁾, in quelle situazioni, tipiche delle società in cui taluno dei soci deteneva prima della conversione la partecipazione minima del valore nominale di lire mille, nelle quali l'avvenuta conversione ha determinato una o più quote di partecipazione del valore nominale inferiore ad un euro.

L'art. 2468 c.c. contiene infine, nell'ultimo e sesto comma, alcune prescrizioni

espresse, volte a colmare delle lacune rilevate in dottrina e dagli operatori nella normativa attuale, in tema di regime e calcolo delle maggioranze in caso di comproprietà di una partecipazione (tutti i diritti devono essere esercitati da un

23) A norma dell'art. 8-quater d.l. 23 novembre 2001, n. 411, convertito con modificazioni in legge 31 dicembre 2001, n. 463, le società a responsabilità limitata costituite anteriormente al giorno 1 gennaio 2002 hanno termine fino al 31 dicembre 2004 per adeguare l'ammontare delle quote e del capitale alle disposizioni di cui all'attuale art. 2474 commi 1,2 e 3 c.c., come modificati, a loro volta, a seguito dell'introduzione dell'euro, dal d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 e successive modificazioni.

24) Tali difficoltà riguardano sia la deliberazione di "conversione", sottratta evidentemente al principio maggioritario, sia le conseguenze dell'eventuale inosservanza del termine legislativo (esclusione del socio *ex lege*?).

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*

16

rappresentante comune nominato secondo le maggioranze degli artt. 1105 e 1106 c.c., con riguardo agli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione della cosa comune, alla formazione di un regolamento della comunione, e alla delega ad uno o più partecipanti alla comunione, in tutto o in parte, del potere di amministrazione) e in tema di pegno, usufrutto e sequestro delle partecipazioni medesime (si applica il nuovo testo dell'art. 2352 c.c. in tema di società azionarie).

5. Il trasferimento della partecipazione sociale: la libera trasferibilità e le sue limitazioni

Così come accade nell'attuale disciplina della società a responsabilità limitata, anche nel testo della riforma si prevede, come regola legale suppletiva, che le partecipazioni siano liberamente trasferibili sia per atto tra vivi, sia per successione a causa di morte (art. 2469 comma 1 nuovo testo c.c.).

La scelta legislativa di ribadire tale regola generale anche a seguito dell'introduzione di una nuova disciplina che ha fortemente accentuato i tratti personalistici del tipo sociale in esame, può sollevare qualche perplessità, anche alla luce delle diverse scelte operate da quei legislatori nazionali europei che hanno recentemente proceduto alla riformulazione delle regole concernenti la società a responsabilità limitata (25). E' infatti realistico ipotizzare che l'applicazione della regola generale, già oggi tutto sommato minoritaria, venga confinata, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, ai margini della prassi operativa.

L'attenzione, pertanto, deve concentrarsi sul margine di intervento di cui l'atto costitutivo viene a disporre, con la legge di riforma, nella materia in esame.

L'atto costitutivo, innanzitutto, può, come già oggi è consentito, derogare la disciplina legale rendendo le partecipazioni assolutamente incedibili, sia in caso di cessione per atto tra vivi, sia in caso di successione per causa di morte, sia in entrambi i casi.

L'atto costitutivo, poi, può subordinare la trasmissione delle partecipazioni a particolari limitazioni, quali una clausola di gradimento o una clausola di prelazione.

La clausola di gradimento, a seguito della riforma, può essere concepita con il contenuto più vario; facendo giustizia di alcune tesi prospettate nel vigore dell'attuale disciplina da una parte della giurisprudenza onoraria, secondo cui, in nome della *par condicio* tra i soci, sarebbe illegittima, in base ai principi e pure in assenza di norme proibitive espresse sul punto, una clausola di mero gradimento che rimette il *placet* ad un organo sociale (26), il nuovo testo proposto, come si

desume dall'art. 2469 comma 2, ammette espressamente non solo il c.d.

25) Cfr., per esempio, la nuova legge spagnola in materia (Ley 2/1995 de 23 marzo), la quale, all'art. 29, considera libera la trasmissibilità della partecipazione sociale, in assenza di diverse disposizioni statutarie, solo tra soci, coniuge, ascendenti, discendenti del socio alienante o società appartenenti al medesimo gruppo della società alienante, sottoponendo la stessa, negli altri casi, al gradimento dell'assemblea generale (consentimiento de la junta general), negabile solo previa offerta di un altro socio o terzo disposto ad acquistare alle medesime condizioni.

26) Cfr., ad es., la posizione negativa in tema assunta dal Tribunale di Milano nelle massime onorarie pubblicate nel 1998.

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese*, Firenze, 16 novembre 2002

17

gradimento mero rimesso ad un organo sociale (opportunamente definito, sciogliendo in gran parte l'enigma del precedente aggettivo, come il gradimento "senza previsione di condizioni o limiti"), ma anche il gradimento rimesso, anziché ad un organo sociale, ad uno o più soci o ad uno o più terzi.

La previsione di un gradimento senza condizioni o limiti comporterà, come unica conseguenza, il diritto del socio di recedere dalla società ai sensi dell'art. 2473 nuovo testo c.c. .

In base al nuovo testo dell'art. 2469 comma 2 c.c., anche qualora l'atto costitutivo "ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscano il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2473".

In entrambi i casi, il diritto di recesso costituisce oggetto di una previsione avente carattere imperativo, nei confronti della quale l'autonomia privata, mediante apposita clausola dell'atto costitutivo, può soltanto stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato (la facoltà dell'atto costitutivo di introdurre tale specifica limitazione sembra da riconoscere, in forza di un'interpretazione estensiva della norma, anche nell'ipotesi di ingresso di un nuovo socio a seguito di acquisto della partecipazione anziché di sua sottoscrizione in sede di aumento del capitale, dal momento che, nell'uno e nell'altro caso, le esigenze di stabilità della partecipazione che giustificano sul piano astratto la temporanea limitazione del diritto di recesso del socio impedito di cedere la propria partecipazione sembrano meritevoli di una eguale disciplina). In base alla formulazione della norma, sembra necessario ritenere che il diritto di recesso:

- a) abbia carattere relativo, potendo competere soltanto ad alcuni dei soci e non ad altri;
- b) spetti in via astratta, a prescindere cioè dal concretizzarsi di una determinata vicenda traslativa e del conseguente diniego del gradimento;
- c) possa essere esercitato, in base alla precisazione contenuta (pleonasticamente) nel testo legislativo, sia dal socio sottoscrittore (o acquirente), sia dagli eredi dello stesso.

Resta da chiarire il significato che deve essere attribuito all'inciso "nel caso concreto" a proposito delle condizioni e dei limiti che legittimano il recesso in quanto impeditive del trasferimento a causa di morte. A tale proposito, sembra che l'inciso debba essere riferito alle condizioni di fatto concernenti la sfera personale di un determinato socio in relazione al tenore concreto della clausola statutaria limitativa della trasmissibilità per causa di morte della partecipazione, ammettendo il recesso tutte le volte in cui le prime condizioni rendano di fatto intrasmissibile quella concreta partecipazione (si pensi alla clausola che ammette

la trasmissione soltanto a favore di discendenti in presenza di un socio che non ha e non può più avere discendenti).

Un'ulteriore questione che sembra necessario porsi in merito alla nuova disciplina del trasferimento delle partecipazioni riguarda la legittimità, tenuto conto dell'avvenuta accentuazione del rilievo giuridico della posizione personale di ciascun singolo socio all'interno dell'organizzazione sociale, di una clausola

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*

18

dell'atto costitutivo che non operi nel rispetto della par condicio dei soci, ma che subordini a gradimento, a prelazione o ad altra limitazione soltanto il trasferimento della partecipazione di una determinata tipologia di soci (es.: occorre il gradimento per la cessione della partecipazione da parte dei soci che rappresentano meno di una determinata percentuale del capitale) o, addirittura, di un determinato socio nominativamente considerato (il diritto di prelazione spetta soltanto ove la cessione sia posta in essere dal socio Tizio).

Se, come sembra, tali clausole sono attualmente legittime nell'atto costitutivo di una società di persone, non si ravvisano ostacoli ad ammetterne la legittimità, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, anche per le società a responsabilità limitata, dal momento che il c.d. principio della par condicio tra i soci, già oggi fonte di complesse discussioni, risulta derogato in profondità dalla stessa legge, laddove si ammette, nell'art. 2468 comma 4 nuovo testo, l'attribuzione di specifici diritti amministrativi o patrimoniali direttamente in capo ad un singolo socio nominativamente individuato.

Il nuovo testo dell'art. 2469 c.c., infine, non risolve il problema, ampiamente discusso in dottrina e in giurisprudenza per tutte le società di capitali, della legittimità di una deliberazione assembleare, adottata a maggioranza e non all'unanimità, che modifichi l'atto costitutivo introducendo oppure eliminando una specifica limitazione alla circolazione delle partecipazioni.

Se, da un lato, l'avvenuta accentuazione dell'aspetto personalistico che caratterizza nel complesso la nuova disciplina dovrebbe indurre a non modificare la regola attualmente affermata in giurisprudenza (occorre l'unanimità dei consensi per il caso di introduzione della clausola che limita la trasferibilità) o addirittura a rafforzarla (occorre l'unanimità dei consensi anche in caso di soppressione della clausola limitativa della trasferibilità), l'apertura all'autonomia privata che, dall'altro lato, caratterizza in maniera non meno significativa la nuova normativa induce, come impressione, a preferire la tesi che ritiene sufficiente, in tutti i casi ipotizzati, una deliberazione adottata a maggioranza, dal momento che la necessità di una deliberazione unanime in assenza di una espressa previsione della legge o dell'atto costitutivo appare, oggi, fuori dal sistema, in quanto lesiva della certezza del diritto e dall'autonomia privata dei soci (arg. anche ex art. 2468 comma 5 c.c.).

La conclusione prospettata sembra sostenibile anche dopo aver preso atto che le ipotesi al vaglio non possono, neppure nei casi più rilevanti, configurare una causa legale di recesso ai sensi dell'art. 2473 comma 1 c.c. nuovo testo.

6. Il trasferimento delle partecipazioni: il procedimento e le regole di conflitto

L'art. 2470 c.c. nuovo testo, nei suoi primi due commi, riprende e razionalizza la disciplina della vicenda traslativa contenuta nell'attuale art. 2479 commi 2-3-4 c.c., così come modificata con l'entrata in vigore della l. 12 agosto 1993, n. 310 (c.d. legge Mancino), nel terzo comma introduce e disciplina una nuova regola di

conflitto tra acquirenti da un medesimo autore di diritti incompatibili sulle stesse partecipazioni di società a responsabilità limitata, e, nei successivi commi dal quarto al settimo, riproduce senza variazioni la disciplina in materia pubblicitaria
Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*
19

contenuta nell'attuale art. 2475-bis c.c. in tema di vicende concernenti la situazione di unipersonalità della società, scegliendo una più opportuna collocazione sistematica delle relative norme.

Per quanto riguarda i primi due commi, ci si può limitare ad approvare la nuova scansione scelta, sia nella parte in cui, inserendo un inciso finale nel primo comma, subordina chiaramente l'iscrizione della vicenda traslativa nel libro dei soci al rispetto del procedimento previsto nel successivo secondo comma, sia nella parte in cui, nello stesso secondo comma, disciplina prima l'intervento del notaio e la conseguente iscrizione nel registro delle imprese, poi l'iscrizione stessa nel libro dei soci, eliminando ogni termine per l'esecuzione di quest'ultima.

La novità più importante dell'intero articolo è tuttavia, senza alcun dubbio, la previsione contenuta nel terzo comma.

Consapevole dell'inopportunità che la soluzione del conflitto tra acquirenti dal medesimo autore di diritti incompatibili sulla medesima partecipazione sia risolto in base alla regola generale residuale, che attribuisce la prevalenza a colui che per primo ha acquistato con atto avente data certa (*prior tempore, potior iure*), informato del dibattito dottrinale svoltosi sul tema a seguito dell'entrata in vigore della l. 310/1993, persuaso dell'impossibilità di ritenere applicabile una legge speciale di conflitto in assenza di una norma espressa (argomentando semplicemente in base ad un'applicazione analogica dell'art. 2644 c.c. in tema di diritti immobiliari o in base ad una ipotizzata particolare natura giuridica della quota di partecipazione), il legislatore ha "saltato il fosso" e ha dettato, nel comma in esame, una regola speciale di conflitto, imperniata sulla priorità dell'iscrizione della vicenda circolatoria della partecipazione nel registro delle imprese e sulla buona fede dell'acquirente.

L'interprete, preso atto di tale scelta e condivisane completamente gli obiettivi, deve tuttavia dedicare qualche riflessione sia alla riconosciuta concorrente rilevanza del requisito della buona fede, sia all'idoneità tecnica dell'attuale sistema di conservazione del registro delle imprese e dell'attuale procedimento di iscrizione degli atti ad assolvere la funzione cui il legislatore lo sta chiamando.

Dal primo punto di vista, si deve prendere atto che il sistema di soluzione del conflitto dettato dall'art. 2644 c.c. in materia di diritti immobiliari prescinde completamente dallo stato soggettivo di buona o mala fede dell'acquirente e che tuttavia, come precisato nella minuta della relazione di accompagnamento, un sistema di soluzione del conflitto, su base meramente oggettiva avrebbe penalizzato, in contrasto con le esigenze del sistema, la circolazione dei titoli azionari, fondata sulle norme dettate per i titoli di credito e quindi anche sulla cd. *exceptio doli*, rispetto alla circolazione delle quote di s.r.l.; preso atto di ciò ci si deve altresì domandare quali conseguenze la nuova norma proposta potrà avere ai fini di garantire la sicurezza giuridica degli acquisti e degli stessi traffici giuridici (27).

27) Costituisce pertanto questione da risolvere quella relativa alla verifica cui è tenuto l'acquirente in merito alla legittimazione del dante causa, non essendo sufficiente il titolo iscritto anteriormente, ma essendo altresì richiesta l'esistenza dello stato di buona fede. A tale riguardo, occorre inoltre stabilire se lo stato di buona fede debba essere dimostrato o possa presumersi,

Dal secondo punto vista, invece, non basterà desumere in via interpretativa l'obbligo dell'ufficio di curare le iscrizioni seguendo in maniera rigorosa l'ordine di protocollazione delle pratiche, e quindi negando qualsiasi tipo di "corsia preferenziale" ad ogni atto potenzialmente coinvolto in una vicenda di conflitto tra acquirenti di partecipazioni sociali, ma occorrerà anche superare le difficoltà che deriverebbero inevitabilmente all'efficienza e allo stesso funzionamento del sistema dall'accumularsi, come accade oggi in numerosi uffici, di pratiche arretrate, protocollate ma non ancora iscritte, e quindi non ancora disponibili nel loro contenuto per la consultazione dai terminali remoti (28).

conformemente a quanto previsto dall'art. 1147 comma 3 c.c. , e se alla mancanza di buona fede debba equipararsi la colpa grave.

In ogni caso, si ritiene che gli amministratori non possano rifiutare un'iscrizione nel libro dei soci adducendo la mancanza di buona fede.

28) Per garantire l'obiettivo indicato, non solo non è sufficiente che gli atti siano iscritti in rigoroso ordine di protocollazione delle pratiche, ma non basta nemmeno che tra la protocollazione e l'iscrizione intercorra il minor tempo possibile. Infatti, il terzo che voglia accertare l'inesistenza di vincoli sopra la quota, può fare unicamente affidamento sulle risultanze del registro, come desumibili mediante accesso da terminale remoto (a tale riguardo, non appare percorribile la strada della consultazione dei protocolli aperti ma non ancora iscritti, stante l'impossibilità materiale, operando da terminale remoto, di consultare le pratiche protocollate ma non ancora iscritte).