

CONVEGNO - La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative

LA NUOVA S.R.L.: AMMINISTRAZIONE E CONTROLLI, DECISIONI DEI SOCI

(ARTT. 2475-2479 C.C.)

Massimo Toscani Notaio in Piacenza

Premessa

Come si è già evidenziato dai primi esami della bozza di riforma del diritto societario e dalla normativa definitiva, la nuova società a responsabilità limitata è fondata su di una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti assai più pregnante.

Dobbiamo dimenticarci di considerare la s.r.l. come una specie di piccola s.p.a.; dobbiamo al contrario abituarci a pensare ad essa come ad una specie di società personale che gode del beneficio della responsabilità limitata, pur avendo rispetto alla s.p.a. una maggior autonomia ed elasticità di disciplina.

Se tale nuovo indirizzo si è già visto riguardo alla normativa relativa ai conferimenti, esso risulta evidente anche per quanto riguarda i poteri di amministrazione e l'attribuzione di poteri a singoli soci.

In attuazione del 2° comma, lettera E, dell'art. 3 della legge di delega sono stati attuati interventi assai rilevanti in materia di amministrazione e procedimenti decisionali della società, in particolare essi riguardano i seguenti aspetti:

- per quanto riguarda l'amministrazione l'art. 2475 ha concesso all'autonomia contrattuale ampi spazi in relazione alla individuazione delle persone a cui affidare l'amministrazione e al metodo in base al quale essi dovranno agire;
- per quanto riguarda la disciplina della responsabilità degli amministratori e la tutela a tale riguardo riconosciuta ai soci di cui all'art. 2476 C.C., dobbiamo osservare come essa, in base alla struttura contrattuale della società, preveda che ad ogni socio sia riconosciuto il diritto di ottenere dagli amministratori notizie in merito allo svolgimento di affari sociali e di procedere a dirette ispezioni dei libri sociali e dei documenti concernenti l'amministrazione della società;
- da questa soluzione discende il potere attribuito a ciascun socio di promuovere individualmente

l'azione sociale di responsabilità e di chiedere con essa la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità di cui all'art. 2476 C.C.

Importante e oserei dire rivoluzionaria la disposizione del penultimo comma dell'art. 2476 c.c. che prevede la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che intenzionalmente hanno contribuito al compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi; la riforma ha inteso cioè evidenziare come nella s.r.l. l'effettivo potere di amministrazione spesso non corrisponde alla assunzione di una identica veste formale e che pertanto la mancata assunzione di qualifica di amministratore può divenire un'agevole strumento per eludere la responsabilità di colui che effettivamente gestisce la vita societaria.

Per quanto riguarda i controlli si è conservato con l'art. 2477 una soluzione analoga a quella ora prevista dall'art. 2488 del c.c.

Importante novità è quindi il ruolo assegnato ai soci in relazione alle decisioni relative all'attività sociale. Infatti l'art. 2468, terzo comma, fa salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda la attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società.

L'importanza dell'autonomia contrattuale è riscontrabile anche attraverso l'esame della nuova disciplina mediante la quale si possono adottare le decisioni dei soci che prevede la possibilità di decisioni non collegiali, incontrando tuttora il limite assoluto nella necessità di un atto scritto e nella necessità della riunione assembleare nel caso di particolari decisioni che alterino la struttura della società o la posizione dei soci.

Anche le modalità di convocazione possono essere oggetto di determinazione derivante dall'autonomia privata, ferma restando la necessità di assicurare ai soci la tempestiva informazione in merito agli argomenti da trattare.

Così come si è delineato un nuovo sistema che regola le decisioni dei soci si è altresì adottata una nuova disciplina in relazione alla invalidità e alla impugnazione delle delibere di cui all'art. 2479 ter.

La considerazione dell'aspetto personale della partecipazione societaria e quindi il presupporre una presenza attiva nella vita della società ha spostato l'attenzione del legislatore sugli aspetti interni e cioè sui libri sociali anziché su aspetti esterni, quali la iscrizione nel registro delle imprese; ecco dunque che i termini per le impugnazioni decorrono tutti dalla trascrizione delle decisioni nel relativo libro sociale.

Da queste brevi premesse, ben presenti nella relazione di accompagnamento, si possono evincere i seguenti principi che stanno alla base della riforma del diritto societario per quanto riguarda le s.r.l. e cioè:

- assoluta prevalenza dell'autonomia privata;
- semplificazione e agilità degli strumenti necessari per regolare la vita sociale;
- diritto all'informazione dei soci e salvaguardia dei loro diritti individuali.

Esaminiamo a questo punto più da vicino le norme riguardanti l'amministrazione della società e le decisioni dei soci.

Art. 2475

Come anticipato, ad alcune conferme si accompagnano novità sostanziali.

Le conferme:

- salvo diverse disposizioni dell'atto costitutivo l'amministrazione della società è affidata ad uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479 c.c.

Occorre tuttavia coordinare tale art. 2475 con l'art. 2479 n. 2 e l'art. 2468, comma 4; da tale coordinamento discendono le seguenti conseguenze:

- l'atto costitutivo può prevedere che la nomina dell'organo amministrativo competa ad uno o più soci;
- non pare possibile attribuire il potere di nomina a terzi estranei alla compagine.

Si deve porre attenzione al terzultimo comma dell'art. 2468 che prevede appunto la possibilità di attribuire a singoli soci particolari diritti riguardanti la amministrazione della società.

Riteniamo che con questo termine ci si voglia riferire ad amministrazione in senso stretto, vale a dire non a poteri particolari in relazione alle decisioni dei soci (esempio voto plurimo), ma poteri particolari relativi alla gestione della amministrazione.

Le applicazioni pratiche di tale nuova impostazione possono essere molteplici:

- uno o più soci possono nominare l'organo amministrativo;

- uno o più soci possono esercitare particolari diritti quali ad esempio il diritto di veto od esprimere autorizzazioni per determinate fattispecie.

La nuova normativa consente, come la precedente, che la s.r.l. possa essere amministrata da un Amministratore Unico oppure da una pluralità di Amministratori. Il nuovo articolo 2475, comma 3, introduce una importante deroga al principio secondo il quale nelle società di capitali l'organo amministrativo pluripersonale agisce necessariamente seguendo il metodo collegiale.

Infatti in virtù dell'articolo in esame l'atto costitutivo può affidare la gestione sociale, oltrechè ad un Consiglio di Amministrazione, anche a più persone che, a seconda del modello organizzativo prescelto, agiranno in via congiuntiva oppure in via disgiuntiva ed in tal caso si applicheranno le norme di cui agli articoli 2257 e 2258 del c.c. in tema di società di persone.

Assistiamo quindi al crollo di quello che si poteva ritenere quasi un dogma e cioè il principio di funzionamento collegiale.

L'atto costitutivo può anche prevedere la introduzione di sistemi misti: ad esempio sarà possibile stabilire che gli amministratori potranno agire disgiuntamente per alcune categorie di atti e congiuntamente per altre categorie di atti; parimenti legittima è da ritenere la clausola che rimette alcune decisioni alla maggioranza degli amministratori e richiede il consenso unanime per altre operazioni.

Una volta prevista statutariamente la possibilità di adozione di uno di questi sistemi di amministrazione la scelta potrebbe essere presa dall'assemblea ordinaria dei soci.

E' opportuno porre immediatamente in evidenza che, anche nel caso in cui i soci abbiano optato per il sistema di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva, alcune decisioni debbano essere però necessariamente adottate nel rispetto del metodo collegiale.

Infatti l'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. rimette alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione (e quindi in forma collegiale) la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione nonchè le decisioni di aumento di capitale ai sensi dell'art. 2481 c.c. (norma da intendersi quale imperativa).

Se l'atto costitutivo non può sottrarre tali materie alla competenza del c.d.a. non vi è dubbio che possa prevedere ulteriori ipotesi in cui il collegio sia chiamato a deliberare.

In altri termini è ammissibile la clausola statutaria che da un lato affidi la amministrazione disgiuntiva o congiuntiva a più persone, dall'altro richieda per il compimento di determinate operazioni la deliberazione del Consiglio di Amministrazione.

Ricordiamo l'obbligo in base al quale salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo a comporre l'organo amministrativo devono essere chiamati i soci; è quindi opportuno inserire negli statuti una eventuale apposita clausola derogativa.

L'amministratore delegato

A differenza di quanto previsto per le s.p.a. la riforma non prevede espressamente la possibilità di nominare l'amministratore delegato nelle s.r.l..

Da qui la domanda se l'Amministratore Delegato possa ancora oggi essere nominato se l'atto costitutivo lo consenta, oppure se tale figura sia stata completamente sostituita dal sistema dell'amministrazione disgiuntiva.

Si possono prevedere quindi due ipotesi ricostruttive:

- 1° ipotesi:

nel silenzio della legge è possibile che lo statuto operi un rinvio all'art. 2381 c.c.; pertanto il c.d.a. potrebbe delegare parte delle proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi membri;

- 2° ipotesi:

il rinvio all'art. 2381 non è ammissibile.

Il mancato richiamo di tale articolo è indice del fatto che il legislatore ha voluto affidare all'assemblea dei soci e non al c.d.a. la possibilità di attribuire determinati poteri ad un amministratore, che potrà agire liberamente. Solo i soci possono optare per il sistema di amministrazione disgiunta o collegiale. Il Consiglio, se nominato, non può sostituirsi alla volontà dei soci delegando le proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi membri.

Tale ipotesi potrebbe essere inoltre avvalorata dal letterale tenore dell'art. 2475, terzo comma, che testualmente recita "che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente"; tale dizione usando i termini "ad esse" e non "ad alcune di esse" o "a talune di esse" potrebbe far propendere per la tesi che comunque l'amministrazione congiunta o disgiunta debba essere affidata a tutti gli amministratori e che alcuni di essi non possano essere esclusi da tale

coinvolgimento. Inoltre la ammissione della possibilità della nomina di Amministratore Delegato potrebbe confliggere con la responsabilità degli Amministratori stessi; infatti le norme relative alla responsabilità in tema di S.R.L., art. 2476, non coincidono con quelle previste dall'art. 2392 in tema di S.P.A. la cui normativa prevede espressamente l'esistenza dell'organo delegato.

Conclusioni:

I vari sistemi di amministrazione possono essere combinati tra loro e l'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva, tolte le eccezioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2475 c.c., può coesistere con il c.d.a., anzi, in tale ultima ipotesi, coesiste. Pertanto si potrebbe ritenere inutile il volontario rinvio all'art. 2381 in tutti i casi in cui la maggiore snellezza operativa che si otteneva attraverso il sistema di delega e la ripartizione delle competenze tra i vari membri del c.d.a. si può oggi ottenere combinando i due sistemi di amministrazione collegiale e congiuntiva.

L'aspetto maggiormente personalistico della s.r.l., sottolineato nella relazione accompagnatoria, farebbe propendere quindi per la conclusione che la nomina di un amministratore delegato potrebbe essere non più consentita.

Tuttavia la assoluta rilevanza che la riforma ha concesso alla autonomia privata porta a concludere che non può essere negato ai soci il diritto di prevedere la possibilità di nomina di uno o più consiglieri delegati; in sostanza si può sostenere che tale nomina sia legittima se prevista nei patti sociali, ma che in caso di mancata previsione nei patti stessi, il Consiglio non potrebbe autonomamente delegare le proprie attribuzioni ad uno dei propri membri.

Decisioni del c.d.a.

La riforma introduce un'assoluta novità poichè l'art. 2475 penultimo comma recita:
"Qualora sia costituito un c.d.a. l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto da parte degli amministratori. In tal caso dai documenti sottoscritti dagli amministratori deve risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa."

La norma pone diversi interrogativi:

a) che differenza c'è tra consultazione scritta e consenso espresso per iscritto?

la differenza potrebbe risiedere nel fatto che nel caso della consultazione la iniziativa parte da un soggetto mentre, nel caso di consenso, l'amministratore autorizza l'operazione senza essere stato sollecitato o interpellato; insomma la consultazione presupporrebbe un procedimento che dovrebbe essere regolamentato statutariamente; il consenso prescinderebbe da una sollecitazione; tuttavia la difficoltà di prevedere un procedimento nel caso del consenso, che sembrerebbe quindi una manifestazione di volontà spontanea e non sollecitata, e la necessità di assicurare il diritto di ciascun amministratore ad esprimere il proprio parere ci porterebbe a consigliare fortemente di introdurre negli statuti l'obbligo del consenso "unanime" se si vuol adottare tale metodo di decisione.

Se la distinzione tra consultazione scritta e consenso espresso per iscritto ad una prima lettura della norma sembrerebbe essere quella tra sollecitazione e spontaneità, un esame appena più approfondito sembrerebbe far pensare che comunque in nessun caso si possa fare a meno della sollecitazione e quindi dalla presenza di un procedimento che conduca a una decisione.

Chiariremo meglio il nostro pensiero in tema di consultazione e consenso in relazione alla "decisione dei soci" attuabile con il medesimo meccanismo.

b) perchè la decisione si consideri adottata è sufficiente che la maggioranza degli amministratori presti il proprio assenso all'operazione?:

il legislatore, con la norma in esame, ha voluto derogare al metodo collegiale (che come noto esige la convocazione, la riunione, la discussione, la votazione e la unitarietà quindi di tempo e di luogo; esamineremo l'ipotesi delle riunioni in teleconferenza) ma non si è spinto sino ad accogliere le regole proprie del diritto comune in virtù delle quali, per le decisioni a maggioranza, non è necessario consultare tutte le parti essendo sufficiente che si esprima la maggioranza delle medesime; se è così la maggioranza non potrà adottare la decisione all'insaputa della minoranza, ma sarà necessario coinvolgere tutti gli aventi diritto nella vicenda procedimentale relativa alla deliberazione.

E' cioè indispensabile che tutti gli amministratori vengano o consultati o prestino il proprio assenso ad una data operazione.

In sostanza tale metodo è utile per prescindere dall'unità di tempo e di spazio per raccogliere le varie manifestazioni di volontà, ma non può eludere al diritto di ciascun amministratore di esprimere, se ritiene, le proprie decisioni.

Ricordiamo, se mai ce ne fosse bisogno, che le decisioni del Consiglio di Amministrazione possono anche essere prese non all'unanimità e che il metodo non collegiale non deroga ovviamente a questo

principio. Pertanto, come già anticipato, sarà, a mio parere, necessario predisporre una clausola procedimentale nella quale si preveda da parte di quali amministratori possa partire la richiesta di consultazione scritta, i termini entro i quali devono pervenire le risposte alla società prevedendo quindi che, se entro tale termine non siano pervenuti pareri favorevoli o contrari, si ritengano astenuti o contrari coloro che tali pareri non abbiano espresso; naturalmente il termine entro il quale tale procedimento si deve concludere dovrà essere sufficientemente congruo per garantire i diritti di espressione di tutti i soggetti. Rileviamo in sostanza come i principi di semplificazione evidentemente presenti nella legge non possono prescindere dal principio generale che consenta al socio e agli amministratori l'esplorazione dei propri diritti.

Nulla muta poi, a nostro parere, riguardo alla possibilità che le riunioni del c.d.a. si tengano in teleconferenza: essa serve per sopperire alla mancanza di unitarietà di luogo, ma non alla unitarietà di tempo e quindi essa è pienamente legittima.

Sottolineiamo ancora che la consultazione o il consenso per espressa ed inderogabile disposizione legislativa debbano comunque esprimersi per iscritto e quindi redatti su supporto materiale cartaceo o magnetico collegato al loro autore mediante apposizione di sottoscrizione, materiale o digitale.

Resta il dubbio se il fax, il quale reca solo una riproduzione fotografica e non autografa possa essere considerato uno strumento adatto, per quanto la semplificazione e la prassi portino sempre di più a considerare lecito l'utilizzo di tale mezzo.

c) come viene documentata la decisione adottata tramite consultazione scritta o consenso scritto degli amministratori?:

E' necessario che la medesima sia riportata nel libro di cui all'art. 2478, n. 3?

Sottolineiamo come l'art. 2478 n. 3 preveda, tra i libri obbligatori che la società deve tenere, il libro delle decisioni degli amministratori; quindi anche in termini letterali, poichè si parla di decisioni degli amministratori, e non di decisioni del consiglio di amministrazione, si dovrebbe ritenere che, anche nell'ipotesi in parola, la decisione presa tramite consultazione non collegiale vada riportata nel libro delle decisioni degli amministratori. Anzi, si potrebbe sostenere che la decisione viene documentalmente ad esistenza a seguito della trascrizione della stessa nel libro di cui al n. 3 dell'art. 2478.

Ci si potrebbe porre poi la domanda se in presenza di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva occorra comunque riportare la decisione degli amministratori su tale libro. Si può ritenere che la

verbalizzazione delle decisioni in tali casi appare estremamente penalizzante e probabilmente inutile in quanto la manifestazione di volontà all'esterno della società, si attua nel caso di amministrazione disgiuntiva, con l'intervento di un solo amministratore, nel caso di amministrazione congiuntiva mediante l'intervento di due o più di essi; sembrerebbe quindi inutile riportare le decisioni sul libro predetto.

L'ultimo comma dell'art. 2475 prevede infine alcuni casi nei quali la competenza del Consiglio di Amministrazione è inderogabile e cioè:

- redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione;
- decisione di aumento del capitale sociale ai sensi dell'art. 2481 (che prevede la possibilità di attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale).

Tale comma va coordinato con il precedente 3:

quindi anche se l'atto costitutivo abbia previsto in presenza di più persone che l'amministrazione sia ad esse affidata in via congiunta o disgiunta, per le fattispecie di cui all'ultimo comma dell'art. 2475 la competenza è dell'intero Consiglio, poiché comunque (ex art. 2475, 3 comma) più amministratori costituiscono un Consiglio.

La norma non deroga alla possibilità che anche in tali speciali fattispecie il consiglio, ove previsto dall'atto costitutivo, possa operare con il metodo non collegiale di cui al quarto comma.

E' ancora qui evidente la necessità di prevedere statutariamente norme di funzionamento del Consiglio: si pensi, per stretto interesse notarile al collegamento con l'art. 2481 C.C., sopra richiamato, in tema di aumento di capitale delegato agli amministratori, e per il quale è necessaria la redazione di verbale notarile: evidenziamo che anche nel caso di redazione del verbale notarile non si prescinda dalla possibilità che il consiglio deliberi, se previsto dall'atto costitutivo, con metodo non collegiale di cui al quarto comma art. 2481 C.C.; quindi il Notaio che dovesse redigere il verbale di aumento di capitale delegato al Consiglio potrebbe trovarsi a dover affrontare in concreto la problematica della consultazione e del consenso alla decisione.

Problematiche irrisolte

Il mancato richiamo delle norme relative alle s.p.a. e la considerazione che la s.r.l. costituisca una specie autonoma rispetto alla s.p.a. comporta una serie di problemi non risolti dalla normativa e per i quali sarebbe opportuno che la società prevedesse statutariamente; in particolare nulla dice il legislatore (e quindi lo statuto vi dovrebbe sopperire) per i casi di:

- nomina del Presidente del c.d.a.; determinazione di poteri e compiti;
- ineleggibilità alla carica;
- revocabilità degli amministratori e conseguenze;
- cessazione degli amministratori e loro sostituzione;
- cooptazione;
- prorogatio;
- procedure di convocazione, quorum costitutivi e deliberativi del c.d.a.;
- compensi degli amministratori;
- divieto di concorrenza.

Segnalerei una particolare attenzione riguardo alla cooptazione e la pericolosità di una sua introduzione nell'atto costitutivo non valutata ponderatamente. Infatti la nomina degli amministratori compete inderogabilmente alla decisione dei soci ex art. 2475 comma 1 o a singoli soci ex art. 2468 4° comma; non è prevista che competa ad altri soggetti.

Pertanto la cooptazione è in linea generale da ritenersi non legittima, poichè consentirebbe la nomina degli amministratori da parte di soggetti non legittimati.

Riguardo a clausole sovente presenti negli statuti riteniamo che non sia venuta meno la validità di quella "simul stabunt, simul cadent".

ART. 2475 BIS - RAPPRESENTANZA DELLA SOCIETA'

Il primo comma dell'art. in esame recita: "Gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società"

Nella nuova s.r.l. il quadro normativo muta radicalmente; il sistema precedente prevedeva che gli amministratori trovavano nello statuto i limiti ai propri poteri e comunque potevano compiere gli atti che rientravano nell'oggetto sociale.

Il quadro normativo evidenziato dalla riforma prevede invece la attribuzione di una rappresentanza "generale" della società.

La innovazione parrebbe quindi significare che l'amministratore può compiere qualsiasi tipo di negozio e di attività giuridica senza la limitazione che tali atti debbano rientrare o meno nell'oggetto sociale e quindi

senza temere una conseguente invalidità; naturalmente l'amministratore risponderà nei confronti della società nel caso in cui la attività consegua un risultato più o meno favorevole per la società in relazione al suo oggetto.

Tutti gli amministratori avrebbero piena e generale legittimazione rappresentativa.

Così come accade nelle società di persone, la rappresentanza spetta a ciascun amministratore che potrà agire disgiuntamente o congiuntamente a seconda che in un modo o nell'altro sia stata conformato l'amministrazione.

A sostegno della tesi si può osservare che l'art. 2475 c.c. - oggi in vigore impone di indicare nell'atto costitutivo quale tra gli amministratori è investito del potere di rappresentanza; per converso, l'art. 2463 n. 7) nuovo testo richiede più genericamente l'indicazione delle norme relative alla rappresentanza, senza più richiedere l'indicazione di quale degli amministratori abbia la rappresentanza.

La diversa formulazione dei precetti normativi richiamati porta a sostenere che per il nuovo diritto societario è superfluo precisare nell'atto costitutivo a chi spetta la legittimazione rappresentativa della società, perché ex art. 2475 bis c.c. questa è attribuita a ciascun amministratore. In sintesi, nell'atto costitutivo basterebbe indicare se gli amministratori possono agire con firma libera e disgiunta oppure con firma congiunta, ovvero, in presenza del cda in senso tecnico, se la rappresentanza compete al Presidente del consiglio o a ciascun membro del Consiglio di Amministrazione.

Opponibilità ai terzi - 2475 bis comma 2

Il secondo comma riproduce sostanzialmente il disposto del vecchio art. 2384, comma 2; dunque, anche dopo la riforma la società potrà liberarsi dagli impegni assunti dagli amministratori, in violazione delle limitazioni statutarie al potere di rappresentanza, solo dopo aver provato che vi è stato un accordo fraudolento tra l'amministratore ed il terzo diretto a danneggiarla.

La novella ha quindi abrogato il richiamo all'art. 2384 bis contenuto nell'art. 2487 c.c.

Pertanto, se nel vigore dell'art. 2487 c.c. la società poteva opporre l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori provando la mala fede del terzo (ex art. 2384 bis), dopo la riforma questa dovrà provare l'exceptio doli.

Sarebbe opportuno soffermarsi sul termine di "limitazioni ai poteri degli amministratori" e sottolineare la differenza e la non coincidenza tra i termini di "limitazione" e "modalità". Si potrebbe cioè ritenere che la società possa opporre ai terzi il mancato rispetto delle regole statutarie che impongono la firma congiunta degli amministratori per gli atti di gestione, sul presupposto che tali regole siano relative alle modalità di esercizio del potere rappresentativo e non siano da apprezzare come limite al medesimo. Costituisce invece un limite alla rappresentanza la norma che impone l'autorizzazione dell'assemblea per tutti gli atti che superano un certo importo ovvero per gli atti di gestione straordinaria della società.

Riguardo alla differenza tra "modalità" e "limiti" alla rappresentanza ed in particolare riguardo alle conseguenze della violazione della clausola statutaria che prevede la rappresentanza congiunta rinvierci alla sentenza di Cassazione del 1/12/1995 n. 12420 ed in particolare al perfetto commento di Marco Orlandoni comparso sulla rivista *Notariato* n. 5/1996.

Dubbio è se possa essere opposta ai terzi la norma che subordina l'esercizio del potere di rappresentanza ad una preventiva deliberazione del Consiglio di Amministrazione, anche se, una volta stabilito nei patti sociali che il Presidente (o anche tutti i consiglieri) hanno la rappresentanza sociale sembrerebbe più consono alla novella legislativa pensare che la preventiva delibera del C.d.A. costituisca un limite e non una modalità di esercizio e quindi in mancanza di tale delibera la società potrebbe comunque invocare solo la *exceptio doli*.

Accenneremo inoltre, in tema di decisioni dei soci, alla conseguenza dell'eventuale inosservanza da parte degli amministratori del disposto dell'art. 2479 n. 5.

Infatti l'art. 2479 n. 5, che vedremo successivamente, prevede tra le competenze inderogabilmente riservate ai soci: "la decisione di compiere operazioni che comportano sostanzialmente modificazione dei diritti dei soci."

Riteniamo che anche in questo caso l'art. 2479 n. 5 non muti il quadro generale che abbiamo delineato e cioè se anche l'organo amministrativo non avesse potuto compiere quel determinato atto in quanto ricadente nella competenza assembleare (esempio acquisto di partecipazioni), pur tuttavia nei confronti del terzo la società potrà agire solo con la *exceptio doli*; l'ipotesi in oggetto rientrerebbe cioè nei rapporti amministratore – società e non nei rapporti società – terzo; di conseguenza l'amministratore risponderà del suo operato nei confronti della società, ma il terzo sarebbe in ogni modo tutelato.

Art. 2475 TER - CONFLITTO DI INTERESSI -

Occorre analizzare il rapporto tra il primo comma dell'art. 2475 ter c.c. (a mente del quale i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi con la medesima possono essere annullati se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo), ed il secondo comma (secondo cui le decisioni adottate dal cda con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate dagli amministratori, e ove esistenti, dai soggetti previsti dall'art. 2477 c.c.)

Secondo una prima impostazione il primo comma, che ricalca la disciplina generale di cui all'art. 1394 c.c., si riferisce all'impugnazione dell'atto esterno compiuto dall'amministratore in conflitto di interessi; il secondo comma riguarda invece l'impugnazione della delibera consiliare (la norma quindi prende in considerazione la dissociazione tra potere di rappresentanza e potere gestorio).

In base ad un'altra impostazione, la norma riproduce la tesi sostenuta oggi da un'autorevole dottrina secondo la quale la disciplina generale di cui all'art. 1394 c.c. si applica agli atti compiuti dall'amministratore unico in conflitto di interessi con la società; per contro, in presenza di un organo amministrativo pluripersonale trova applicazione la disciplina speciale contenuta dall'art. 2391 c.c.

Partendo da tale premessa si può concludere che il primo comma dell'art. in esame regola l'invalidità dell'atto nell'ipotesi in cui sia ravvisabile un conflitto di interessi tra la società e gli amministratori che, secondo il modello organizzativo prescelto, debbono agire in via congiuntiva o disgiuntiva ovvero tra la società e l'amministratore unico. Se invece la società è amministrata da un consiglio di amministrazione in senso tecnico, l'invalidità della deliberazione è disciplinata dal secondo comma dell'art., in esame che presuppone: a) che la delibera possa causare un danno patrimoniale alla società; b) che non si sarebbe raggiunta la maggioranza necessaria, qualora l'amministratore in conflitto di interessi si fosse astenuto dalla votazione.

Si rilevano ancora le seguenti novità rispetto all'antecedente storico (art. 2391 C.C.)

- la vecchia normativa parla di deliberazione che "possa recare danno alla società"; la nuova normativa "qualora le cagionino un danno patrimoniale";
pare quindi che la nuova normativa prenda in considerazione il concetto di danno "reale", piuttosto che quello di danno "potenziale";

- la nuova normativa prevede al primo comma che il conflitto sia conosciuto o riconoscibile da colui con il quale la società ha stipulato il contratto.

Riteniamo che al concetto di "riconoscibilità" vadano applicati i principi relativi alla normale diligenza.

- scompare la previsione di cui al secondo comma del vecchio articolo 2391 che prevedeva che l'Amministratore rispondesse delle perdite derivate alla società dal compimento dell'operazione.

Evidentemente il legislatore ha ritenuto che anche per questa ipotesi la responsabilità dell'Amministratore in conflitto sia regolato dal successivo art. 2476.

Art. 2476

Responsabilità

L'antecedente storico dell'art. 2476 c.c. (e cioè l'art. 2392 comma III) esonerava dalla responsabilità l'amministratore immune da colpa a condizione che avesse fatto annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del cda.

Orbene, non ponendo l'art. 2476 c.c. limitazioni formali, si può ritenere che l'amministratore, al fine di liberarsi dalla responsabilità, possa provare con ogni mezzo di essersi opposto al compimento di una data operazione gestionale, senza quindi che sia più necessario procedere alla annotazione nel libro relativo: ad esempio diventa sufficiente una raccomandata.

Occorre inoltre sottolineare che la norma in commento trova applicazione sia nell'ipotesi in cui la gestione della società sia affidata ad un consiglio di amministrazione, sia in presenza di un sistema di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva.

In tale ultima ipotesi, ciascun amministratore risponderà per gli atti compiuti dagli altri, qualora non avendo vigilato sull'andamento generale della gestione, non abbia impedito (esercitando il diritto di veto) il compimento di un atto pregiudizievole per la società.

In ogni caso, se l'amministratore non ha esercitato il diritto di veto può sempre dimostrare di essere esente da colpa, in forza dell'ultima parte del secondo periodo del nuovo art. 2476.

Il testo definitivo del primo comma dell'art. 2476 differisce tuttavia dalla bozza di riforma. Infatti mentre nella bozza di parlava di amministratore che dimostri di essere esente da colpa o che abbia fatto constare del proprio dissenso, introducendo con la congiunzione "o" due fattispecie alternative, nel testo definitivo alla dimostrazione della esenzione da colpa si aggiunge l'aver fatto constare del proprio dissenso, nel caso di cognizione che l'atto si stava per compiere, infatti la congiunzione è stata variata da "o" ad "e".

Quindi si possono ricostruire le seguenti ipotesi:

- 1) In ogni caso l'amministratore deve dimostrare di essere esente da colpa;
- 2) Nel caso in cui sia anche a cognizione che l'atto si stava per compiere, deve aver fatto constare del proprio dissenso.

Controllo dei soci

L'art. 2476 c.c. attribuisce ai soci che non partecipano all'amministrazione della società il diritto di avere notizia sull'andamento degli affari sociali e di consultare i libri sociali ed i documenti relativi alla gestione (norma inderogabile).

La norma ha ampliato il contenuto del diritto individuale del socio (già disciplinato dal 2489 c.c.) sotto un duplice profilo:

- innanzitutto, il diritto può essere esercitato anche nelle società in cui esiste il collegio sindacale;
- il socio ha diritto di consultare non solo i libri sociali, ma anche le altre scritture contabili.

Il socio inoltre può avvalersi anche di professionisti di fiducia per esaminare i libri ed i documenti relativi alla gestione.

Azione di responsabilità

L'art. 2476 c.c. comma 2 ha attribuito a ciascun socio il diritto di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. In caso di gravi irregolarità, l'attore può inoltre chiedere, in via cautelare, la revoca degli amministratori.

L'azione di responsabilità può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché i soci rappresentanti i 2/3 del capitale vi consentano e purché i soci rappresentanti il decimo del capitale non si oppongano e salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo;

pertanto le caratteristiche della "nuova" azione di responsabilità possono così riassumersi:

- l'azione è individuale e non compete più all'assemblea;

- ad essa non consegue la revoca degli Amministratori che può essere richiesta dal socio proponente al giudice; tale revoca è comunque prevista limitatamente a casi di “gravi irregolarità di gestione”;
- cambiano le aliquote previste per la rinuncia e la transazione.

Ma quali sono in concreto gli interventi consentiti all'autonomia privata in deroga alla disposizione generale richiamata?

Ebbene, non vi è dubbio che l'atto costitutivo possa vietare la rinuncia o la transazione; inoltre, essendo la norma in esame posta a tutela della minoranza, l'atto costitutivo può innalzare le maggioranze previste dalla legge per consentire la transazione ovvero la rinuncia all'azione, ma non può ridurle.

Per converso, è da ritenere nulla qualsiasi clausola statutaria volta a sopprimere il diritto individuale del socio ad agire in giudizio contro gli amministratori.

Parimenti illegittime sono le clausole volte a rendere più difficile l'esercizio del diritto individuale di cui si discorre ovvero che colleghino l'esperimento dell'azione di responsabilità ad una data aliquota del capitale.

E' appena il caso di sottolineare che solo a prima vista la normativa in esame introduce uno strumento di tutela appagante per i soci di minoranza. Infatti, nell'ipotesi in cui i patti sociali rimandino alla previsione legislativa, in concreto, il socio di minoranza avrà convenienza ad agire contro gli amministratori solo se detiene una quota superiore al decimo del capitale sociale. Occorre considerare che solo in tal caso egli potrà opporsi all'eventuale rinuncia all'azione da parte della società.

Ma vi è di più giacché, se la società transige o rinuncia, il socio non potrà ottenere il rimborso delle spese di giudizio e quelle sostenute per l'accertamento dei fatti, così come previsto dal comma 3. Ciò in quanto il comma citato subordina il rimborso delle spese all'accoglimento della domanda giudiziale.

Scompare dalla normativa il richiamo all'art. 2394 in base al quale gli amministratori “rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”.

La nuova normativa ritiene probabilmente che i diritti dei terzi in genere siano tutelati dalle disposizioni del 5 comma, unitamente alla nuova disciplina del penultimo comma o, più probabilmente la norma andrà coordinata con la redigenda riforma in materia di procedure concorsuali.

Responsabilità individuale dei soci.

La norma costituisce una vera e propria rivoluzione nel campo delle società a responsabilità limitata.

La ratio è ben individuata nella relazione accompagnatoria e ad essa abbiamo già fatto cenno.

Il legislatore ha considerato che generalmente le s.r.l. si fondano su di un ristretto numero di soci e che può accadere che il socio a cui appartiene in realtà l'effettivo potere di gestione si nasconda e si trinceri dietro la figura dell'amministratore; inoltre, non dimentichiamolo, l'atto costitutivo può prevedere ai sensi dell'art. 2468 4° comma che alcune decisioni possono essere prese dagli amministratori solo previa autorizzazione dei soci o anche di uno solo di essi.

Dalla lettura della norma possiamo ricavare le seguenti osservazioni:

- la responsabilità dei soci è solidale con quella degli amministratori; non esiste quindi responsabilità dei soci se non esiste responsabilità degli amministratori e questa è regolata dal 1° comma dell'art. 2476 e dal quarto comma dell'art. stesso;
- sono solidalmente responsabili i soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi e solo essi; permane quindi una assoluta limitazione di responsabilità per tutti gli altri soci che a tali decisioni non abbiano partecipato;
- gli atti rilevanti sono quelli dannosi per la società, i soci o i terzi.

Il termine di "terzi" è naturalmente così vasto da comprendere ogni categoria compresa la pubblica amministrazione.

E' quindi necessario che ciascun socio valuti con attenzione le delibere che andrà ad approvare, senza doversi pedissequamente adattare al volere della maggioranza.

- la norma parla di "atti" dannosi; starà alla dottrina e alla giurisprudenza integrare la definizione ed il significato di tale termine.

Rileviamo, in qualità di operatori, il dubbio che un bilancio redatto con modalità non conformi alla legge, al quale potrebbe quindi conseguire una dichiarazione dei redditi tale da produrre illeciti risparmi di imposta con danno per l'Erario (terzo) potrebbe forse rientrare tra le ipotesi di cui si occupa l'articolo in oggetto.

Sarebbe allora forse opportuno consigliare al socio, al fine di salvaguardare la propria buona fede e al fine di evitargli quella "intenzionalità" di cui si parla, il ricorso all'art. 2477, in tema di controllo

legale dei conti (che vedremo appena dopo). L'introduzione anche di un solo revisore ed anche con compiti limitati all'esame del bilancio potrebbe essere di ausilio al socio; è una ipotesi da valutare, nella prospettiva ovviamente che il socio stesso "meriti" in relazione alla sua buona fede, tale protezione.

Art. 2477. Controllo legale dei conti.

OSSERVAZIONI GENERALI

L'articolo oggetto di analisi determina la disciplina relativa alla nomina del collegio sindacale e introduce una nuova figura di soggetto deputato al "controllo legale dei conti", che è il revisore, confermando la tendenza del testo di riforma ad una notevole apertura all'autonomia privata, alla quale la norma in oggetto rinvia per la determinazione delle attribuzioni in sede di atto costitutivo.

In particolare, l'atto costitutivo può prevedere, in via facoltativa, determinandone le competenze e poteri, la nomina di un collegio sindacale o di un revisore. La nomina del collegio sindacale diventa obbligatoria, invece, se il capitale sociale non risulta essere inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni oppure se vengono superati i limiti previsti dall'art. 2435 bis del codice civile, applicandosi in tal caso al collegio sindacale le disposizioni in tema di società per azioni.

In via preliminare si osserva che la norma non è più rubricata sotto la dicitura "Collegio Sindacale" bensì "Controllo legale dei conti"; sembra quindi disciplinare una previsione generale del controllo sull'amministrazione, in quanto l'atto costitutivo, prevedendo la nomina di un Collegio Sindacale ovvero di un revisore, ne determina altresì anche competenze e i poteri.

Riteniamo quindi di dover sottolineare che, nel caso in cui la nomina del Collegio Sindacale o di un Revisore non sia obbligatoria, sarà l'atto costitutivo a determinare le competenze ed i poteri di tale organo e che per quanto si denomini "Collegio Sindacale" può avere compiti e funzioni diverse dal "Collegio Sindacale" obbligatorio ai sensi del 2435 bis del C.C. al quale si applicano le disposizioni in tema di società per azioni.

Il nuovo articolo 2477 conferma l'esistenza di una diversa disciplina legata alle dimensioni aziendali.

Nelle società di ridotte dimensioni è infatti lasciata alla "libertà negoziale delle parti" la possibilità di prevedere la nomina di un organo di controllo, la cui composizione e regolamentazione dovrà essere oggetto di un'apposita clausola da inserire nell'atto costitutivo. Inoltre, sempre per le società di ridotte dimensioni, è consentito il ricorso ad un "organo monocratico" (un revisore unico) in alternativa all'organo collegiale.

Nelle società di maggiori dimensioni, invece, la nomina del collegio sindacale (non prevista quella del revisore unico) è sempre obbligatoria.

Per stabilire se la società rientra nell'una o nell'altra tipologia sociale il decreto conferma i parametri attuali. (art. 2435 bis della novella).

La nomina del collegio sindacale è obbligatoria così se la società:

- 1) ha un capitale sociale non inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni (a seguito della riforma pari a 120.000 Euro);
- 2) supera per due esercizi consecutivi due dei limiti indicati dall'art. 2435 bis c.c..

Non sono stati scelti parametri diversi rispetto agli attuali in quanto, come testualmente spiegato dalla relazione al provvedimento di riforma, "il riferimento a grandezze quali quelle relative alle dimensioni del patrimonio netto o dell'indebitamento avrebbe potuto introdurre gravi elementi di incertezza in una materia che richiede invece sicurezza di disciplina". Inoltre il riferimento a parametri diversi da quelli che normalmente risultano nella disponibilità dei soci, non avrebbe consentito di conseguire l'obiettivo di assicurare una effettiva tutela agli interessi che si vogliono salvaguardare".

Rispetto all'attuale normativa, il primo limite fa riferimento ad un elemento generico e cioè al capitale minimo previsto per le s.p.a. che, a seguito della riforma, sarà pari a 120.000 Euro e non più ad un dato puntuale quale il limite di 103.291,38 Euro che rende oggi obbligatoria la nomina del collegio; si sono così superati i problemi sollevati in dottrina e giurisprudenza a seguito della introduzione dell'Euro riguardo alla fissazione di detta soglia.

Il testo definitivo dell'art. 2477 fa giustizia dei dubbi sorti tra i primi commentatori in relazione alla sussistenza dei parametri ed al periodo temporale di superamento dei limiti (due esercizi) necessario al fine della obbligatorietà del collegio.

Poiché, infine, la norma prevede che nei casi di cui al secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni, si deve ritenere che, nell'ipotesi di nomina obbligatoria, non sarà possibile nominare un revisore unico, né stabilire competenze e poteri del collegio, poiché ad esso

dovrà applicarsi in toto ed inderogabilmente la disciplina prevista in tema di società per azioni.

Art. 2478. LIBRI SOCIALI OBBLIGATORI.

L'articolo in oggetto, che si compone di tre commi, riguarda la disciplina dei libri sociali obbligatori; riprende, modificandolo ed integrandolo, l'assetto normativo dei vigenti articoli 2490 e 2490 bis.

La disposizione, senza presentare novità particolari, è tuttavia adeguata alle nuove modalità di funzionamento degli organi sociali, orientate essenzialmente alla possibilità di assumere decisioni senza contestuale consultazione dell'organo collegiale, in luogo dell'assunzione di deliberazioni del Consiglio di Amministrazione ovvero dell'Assemblea.

La società a responsabilità limitata, oltre ai libri e alle altre scritture contabili prescritti nell'articolo 2214 per le imprese commerciali, deve tenere:

- 1) il libro dei soci, nel quale devono essere indicati il nome dei soci, la partecipazione di spettanza di ciascuno, i versamenti fatti sulle partecipazioni, nonché le variazioni nelle persone dei soci;
- 2) il libro delle decisioni dei soci, nel quale sono trascritti senza indugio sia i verbali delle assemblee, anche se redatti per atto pubblico, sia le decisioni prese ai sensi del primo periodo del terzo comma dell'articolo 2479; la relativa documentazione è conservata dalla società;
- 3) il libro delle decisioni degli amministratori;
- 4) il libro delle decisioni del collegio sindacale o del revisore nominati ai sensi dell'articolo 2477;

A seguito della riforma le disposizioni sulla redazione e tenuta dei libri sociali subiscono lievi ma significative innovazioni.

In particolare:

- nel libro soci sono integrate ed arricchite le notizie che vi si devono riportare in quanto, oltre ad indicare il nome dei soci, i versamenti fatti sulle quote e le variazioni nelle persone dei soci, dovrà essere indicata anche la partecipazione di spettanza di ciascun socio alla società;
- nel libro delle decisioni dei soci (già libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea), si dovrà trascrivere senza indugio (nuova previsione), sia i verbali delle assemblee dei soci, anche se (novità) redatti per atto pubblico, sia le decisioni dei soci adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, ai sensi del terzo comma dell'art. 2479.

- La relativa documentazione poi dovrà essere conservata dalla società;
- nel libro delle decisioni degli amministratori (già libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione) il termine decisione deve essere inteso come comprensivo sia delle decisioni, sia delle vere e proprie deliberazioni del Consiglio di Amministrazione;
- la scelta del termine "decisione" dovrebbe indurre inoltre ad affermare che su questo libro andranno riportate anche quelle fino ad oggi definite "determinazioni dell'Amministratore Unico". Si può osservare che non viene fatto rinvio all'eventuale decisione degli amministratori effettuata con consultazione per iscritto, ma poichè non si può dubitare che la decisione "non collegiale" dell'organo amministrativo costituisca comunque una decisione, riteniamo che anche tale tipo di decisione debba essere trascritta nell'apposito libro;
- nel libro delle decisioni del collegio sindacale o del revisore (già libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale) unica innovazione è la previsione del revisore; non si è al contrario colta l'occasione per prevedere esplicitamente la trascrizione anche dei controlli eseguiti;
- il secondo comma non costituisce una innovazione rispetto a quanto già disciplinato dal vigente II comma dell'art. 2490, fatta eccezione per l'introduzione della nuova figura del revisore che dovrà, ove nominato ai sensi dell'art. 2477, tenere il libro delle decisioni del revisore, mentre i libri dei soci, delle decisioni dei soci e delle decisioni degli amministratori dovranno essere ancora tenuti a cura degli amministratori.

La riforma, invece, non ripropone più il diritto, riconosciuto ai soci dal vigente terzo comma dell'art. 2490, di esaminare e di ottenere estratti a proprie spese dei libri soci e delle decisioni dei soci (già libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea)

Il terzo comma dell'art. 2478 modifica quanto disciplinato dall'art. 2490 bis prevedendo che i contratti della società con l'unico socio o le operazioni a favore dell'unico socio sono opponibili ai creditori della società solo se risultano dal libro indicato nel n. 3 dell'art. 2478 primo comma o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.

L'opponibilità ai terzi dei contratti conclusi tra società e socio unico ovvero delle operazioni compiute a favore del socio unico, pertanto, si consegue se la relativa documentazione è trascritta nel libro delle decisioni degli amministratori, o se tali atti risultano da documentazione che non deve essere più semplicemente scritta, come nella disciplina in vigore, ma deve avere altresì data certa.

Art. 2478-bis. Bilancio e distribuzione degli utili ai soci.

L'articolo in oggetto, che si compone di sei commi, riguarda la disciplina del bilancio e della distribuzione degli utili ai soci; riformula l'assetto normativo dei vigenti articoli 2491 e 2433.

La norma riorganizza alcune delle disposizioni dettate in materia di bilancio, operando comunque, per la sua redazione, un rinvio alle norme fondamentali contenute nella disciplina della s.p.a., senza introdurre elementi di particolare novità rispetto alla norma attualmente in vigore.

Si osserva in particolare che non è più previsto esplicitamente come oggi nell'art. 2491 II comma che il progetto di bilancio debba essere depositato presso la sede sociale nei 15 giorni che precedono l'assemblea, ma la necessità dell'adempimento sopravvive per effetto del richiamo al comma III dell'alt. 2429.

- Il primo comma richiama tutte le disposizioni previste per le società per azioni in materia di redazione del bilancio, di riserva legale e sovrapprezzo. In particolare il testo definitivo ha sostanzialmente richiamato l'art. 2364 in tema di s.p.a. relativo ai termini di presentazione ai soci del bilancio, termine che sarà stabilito dall'atto costitutivo e che non potrà superare i centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio stesso.

Sottolineiamo che la possibile estensione di tale termine a centottanta giorni non può avvenire (come nel vecchio testo) quando particolari esigenze lo richiedono, ma esclusivamente per le società tenute alla redazione del bilancio consolidato e quando la richiedono particolari esigenze "relative alla struttura e all'oggetto della società". La dizione sarà naturalmente oggetto di analisi da parte della dottrina, ma il riferimento alla "struttura e all'oggetto" parrebbe escludere quali motivazioni della proroga accadimenti sporadici ed occasionali che non riguardino gli elementi predetti.

- Nella formulazione del secondo comma spicca la particolare attenzione che gli estensori hanno riservato alla elencazione dei documenti da depositare entro trenta giorni dalla decisione di approvazione del bilancio presso l'ufficio del registro delle imprese, comprendendo fra questi anche l'elenco degli altri titolari di diritti sulle partecipazioni sociali.

- La formulazione del nuovo terzo comma sembra deporre per l'eliminazione di un diritto dei soci alla distribuzione degli utili. Potrebbe, cioè non esistere più, come oggi, un diritto del socio alla distribuzione degli utili, ma tale diritto potrebbe essere compreso a tutela dell'integrità del patrimonio sociale, per quanto mai integralmente eliminato; spetterà ai soci stessi decidere se e come distribuirli.

Secondo altra lettura la decisione per la distribuzione degli utili sarà rimessa solo all'assemblea senza nessuna previsione statutaria; infatti il nuovo testo dell'art. 2463 c.c., in merito al contenuto

dell'atto costitutivo, nulla dice per quanto riguarda gli utili, o la necessità di inserzione di una norma che preveda la loro distribuzione.

- La formulazione del IV e V comma riprende sostanzialmente la disciplina attuale.
- Nell'ultimo comma la formulazione riprende sostanzialmente quanto previsto dalla disciplina attuale, sostituendo la dicitura dividendi con quella di "utili". Nelle società per azioni si parla invece ancora di dividendi. Viene così ulteriormente marcata la differenza con la s.p.a.

Art. 2479. DECISIONI DEI SOCI

OSSERVAZIONI GENERALI

L'articolo in oggetto, che si compone di sei commi, riguarda la disciplina delle decisioni dei soci; introduce importanti innovazioni e riprende parzialmente quanto disposto dai vigenti articoli 2486, 2364 e 2365.

In considerazione della struttura fondamentalmente personalistica del tipo di società spetterà al contratto sociale distribuire le competenze tra soci ed amministratori. Con l'art. 2479 vengono tuttavia individuate alcune materie che, data la loro particolare rilevanza, non potranno essere statutariamente sottratte alla competenza dei soci.

I soci saranno chiamati, quindi, a decidere sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che un amministratore o il consiglio di amministrazione o almeno un terzo del capitale sociale sottoporranno alla loro attenzione. Anche le assemblee, così come oggi comunemente intese, potranno essere surrogate da "decisioni dei soci" adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto con le modalità descritte per l'organo gestorio. Anche in questo caso, tuttavia, perché ciò si renda possibile sarà necessario che tali modalità decisionali siano espressamente previste nell'atto costitutivo che, se del caso, dovrà necessariamente essere adattato in tal senso dalle società già costituite.

E' opportuno procedere ad un esame dell'articolo 2479 per singoli commi.

COMMA I

Il testo è riscritto in modo integrale. I nuovi atti costitutivi dovranno prevedere le materie riservate alla competenza dei soci per volontà degli stessi, mentre il secondo comma enuncia quelle a loro inderogabilmente riservate dalla legge.

In proposito, ancora considerando la struttura fondata sulla autonomia privata del tipo societario, la regola di principio è che spetta al contratto sociale determinare quali materie siano di loro competenza e che, d'altra parte, qualsiasi argomento può essere sottoposto alla loro valutazione quando richiesto da uno o più amministratori o da un numero qualificato dei soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale (quota che riteniamo derogabile in minus).

Sottolineiamo quindi che dalla lettura del predetto comma I si potrebbe far derivare un diritto a provocare la decisione dei soci in capo a ciascun amministratore e a tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale; detti soggetti, quindi, non dovrebbero più richiedere all'organo amministrativo in forma collegiale per l'amministratore, o all'organo amministrativo in genere per i soci rappresentanti almeno un terzo del capitale sociale, di procedere alla richiesta di decisione dei soci, ma potranno procedere essi stessi direttamente a tale richiesta; tale norma pare essere una norma inderogabile.

Il primo comma va coordinato per quanto riguarda tale diritto all'art. 2479 bis che parla di modi di convocazione dell'assemblea dei soci, ma non di soggetti legittimati a farlo; ne parleremo più precisamente nel commento del predetto articolo 2479 bis.

COMMA II

Il contratto sociale ha il compito di riservare eventuali materie alla competenza dei soci. Il secondo comma dell'art. 2479, tuttavia, ha individuato alcune materie che, data la loro particolare rilevanza, non possono essere statutariamente sottratte alla competenza dei soci.

D'altra parte, anche quando la competenza dei soci è inderogabile, non è necessario che tutte le decisioni siano adottate col metodo assembleare. Ancora una volta la scelta è rimessa all'autonomia contrattuale, la quale può quindi prevedere che tali decisioni siano prese con tecniche diverse: unico limite in proposito è rappresentato dall'insopprimibile esigenza di certezza, che siffatte decisioni risultino da atto scritto (vedi a tale proposito le osservazioni in tema di decisione degli

amministratori). Ma anche in questo caso è apparso opportuno porre un limite, richiedendo allora una riunione assembleare per le decisioni che significativamente alterano la struttura della società e la posizione dei soci.

In particolare, saranno riservate alla competenza dei soci per i quali sarà utilizzabile (se previsto) il sistema della consultazione scritta o del consenso espresso per iscritto:

- 1) l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili;
- 2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori;
- 3) la nomina (nei casi in cui sia richiesto dall'atto costitutivo o dal superamento dei limiti dimensionali previsti dall'art. 2477) dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore.

Sono inoltre riservate alla competenza dei soci per i quali sarà però utilizzabile il solo metodo assembleare ex art. 2479 bis:

- 4) le modificazioni dell'atto costitutivo;
- 5) la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

Dall'esame della ipotesi n. 5 della elencazione sembra di poter affermare che, con il consenso dei soci, si possono compiere operazioni che comportano modificazioni sostanziali dell'oggetto sociale, senza ricorrere ad una modifica dello stesso.

Una volta individuato l'oggetto dell'attività, non ci sono più atti che la società non può fare, li può fare tutti, poiché il limite non riguarda più gli "atti che rientrano o meno nell'oggetto sociale"; non c'è più un rapporto fra l'oggetto e il terzo, è un problema di oggetto, amministratore, responsabilità nei confronti della società e recesso. E' un rapporto di organizzazione interna alla società.

L'esame di questo comma fa sorgere la seguente domanda: il fatto che l'operazione compiuta sia estranea all'oggetto sociale comporta qualche rischio per il terzo? Non essendoci più la previsione dell'art. 2384 bis attuale, salvo l'exceptio doli (art. 2475 bis), è tutto legittimo per il terzo.

L'art. 2384 bis attuale prevede limitazione ai poteri degli amministratori che risultino dall'atto costitutivo; tuttavia qualcuno potrebbe ritenere che un'operazione fuori oggetto sociale non costituisca una limitazione che risulta dall'atto costitutivo, bensì una limitazione intrinseca alle s.r.l., per le quali un amministratore non potrebbe compiere atti ultra vires. Bisogna tener presente, comunque, che la

società a responsabilità limitata delineata dalla riforma, si colloca a metà strada tra la spa e la snc: nelle snc, in caso di atti eccedenti l'oggetto sociale, si può parlare, secondo il diritto comune, di falsus procurator; d'altra parte siamo certi che il mancato richiamo, nel nuovo testo, ad una norma di tale tenore, e ancor di più l'inserimento della norma in questione, depongono per una soluzione differente.

L'argomento più convincente, alla luce del secondo comma dell'art. 2475 bis, sembra essere quello dell'inopponibilità ai terzi delle operazioni eccedenti l'oggetto sociale, fatta salva l'exceptio doli, in quanto occorre ritenere che nell'espressione "limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo", si voglia comprendere anche l'oggetto sociale, in quanto elemento essenziale dell'atto costitutivo stesso.

Ci si chiede altresì quale sia la conseguenza del mancato rispetto del numero 5) del secondo comma dell'art. 2479 C.C.; si dovrebbe all'uopo propendere per l'interpretazione che considera responsabile l'amministratore e lascia aperta al socio la possibilità di recedere. Sarà tuttavia sempre opportuno/necessario, nella prassi notarile, richiedere il verbale dell'assemblea dei soci che autorizzi quel determinato tipo di operazione.

La ratio di questa norma pare che sia la tutela del terzo, in quanto tende a mutuare da ordinamenti come quello americano, la considerazione dell'estraneità all'oggetto sociale come un fatto largamente superato, addirittura un relitto storico.

Riteniamo utile soffermarsi brevemente sul n. 5 del predetto art. 2479.

Cosa si intende per “operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale” o “rilevante modificazione dei diritti dei soci”?

Per la prima fattispecie la risposta non pare particolarmente difficile: si pensi alla acquisizione di una partecipazione rilevante in altra società;

per la seconda la risposta si rivela impervia: si potrebbe forse pensare ad operazioni che possono condurre ad una dipendenza economica da altra impresa la quale potrebbe così esercitare una influenza dominante ed in particolare si potrebbe pensare alle società che esercitano attività di direzione e coordinamento (vedi art. 2497 quater).

COMMA III

Il terzo comma dell'art. 2479 ha una dizione analoga a quella prevista per gli amministratori,

stabilendo che l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dai soci dovranno risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa.

E' logico ritenere che tali consensi espressi per iscritto non costituiranno in genere materia di verbali notarili, sollevando di conseguenza il problema della veridicità dei documenti che le contengono, per quanto riguardano i termini lessicali di "consultazione scritta o consenso espresso per iscritto" valgono le stesse considerazioni già sviluppate in tema di decisioni degli amministratori.

Bisogna riflettere sul fatto che, all'interno di questa riforma, si possa parlare di diversi modi di formazione della volontà:

- 1) non collegiale, in cui la volontà che si forma con la maggioranza richiesta: è atto negoziale, e vincola, per diritto comune, anche la minoranza o i non interpellati;
- 2) collegiale;
- 3) non collegiale, in cui tutti gli interessati sono stati preavvertiti dell'argomento all'ordine del giorno, e non è necessaria la riunione in un contesto spazio temporale unitario. Non si può parlare quindi di convocazione, ma di informazione preventiva.

Ci si chiede come si possa formalizzare l'avvenuta comunicazione, per evitare di scaricare sul sistema probatorio le possibili conseguenze negative.

Il rischio di tale interpretazione è che l'eventuale soggetto incaricato di raccogliere le consultazioni, possa, alla luce dell'ultimo comma dell'articolo in esame, limitarsi a consultare solo la metà del capitale sociale la quale metà abbia espresso il proprio parere favorevole.

Ad un esame superficiale parrebbe che nessuna norma frutto della riforma preveda espressamente la necessità di informare tutti gli aventi diritto al voto.

Tuttavia questo obbligo discende, a nostro giudizio, dal sistema: infatti:

- a – il penultimo comma dell'art. 2479 prevede espressamente che ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni;
- b – l'art. 2479 ter, 3° comma, prescrive la impugnabilità della decisione dei soci presa in assenza assoluta di informazione.

Si può quindi dire che esista un diritto soggettivo del socio alla consultazione, mentre l'espressione del consenso implica sempre informazione e non è pertanto impugnabile ex art. 2479 ter.

Anzi tale diritto alla consultazione e alla informazione costituisce uno dei principi informativi della riforma.

Riteniamo pertanto che nella riforma abbiano spazio solo i principi di volontà collegiale e di volontà non collegiale informata, non trovando spazio una formazione di volontà non procedente dalla informazione di tutti i soci.

Per consultazione non si deve intendere espressione di una volontà del socio, ma semplicemente necessaria informazione che metta in condizione di esprimere eventualmente un consenso o un dissenso informato.

Ovviamente sarà necessario prevedere un termine entro il quale esprimere la propria volontà, che verrà trascritta nel libro delle decisioni dei soci, altrimenti la decisione sarebbe sempre aperta e sovvertibile da una volontà contraria espressa in un momento successivo.

In conclusione si consiglia di prevedere negli statuti le modalità attraverso le quali si può manifestare la decisione non collegiale dei soci.

Dal punto di vista del notaio che si troverà a ricevere un atto che abbia come presupposto una decisione dei soci come sopra formata, probabilmente nulla cambierà; sarà cioè necessario procedere a formare un estratto dal libro delle decisioni dei soci.

Per quanto riguarda i termini di “consultazione” o “consenso”, che probabilmente saranno oggetto di vasto dibattito dottrinale, nella prima interpretazione del testo di riforma si è andati verso una definizione che inseriva il termine “consultazione” nell’ambito di un procedimento la cui iniziativa partiva da un determinato soggetto e quindi come “manifestazione provocata” e considerava il termine “consenso” come “manifestazione spontanea” estranea ad alcun procedimento instaurato da un soggetto a ciò autorizzato.

Ad una rilettura della norma ci pare che queste definizioni non possano più essere accettate; infatti:

- le decisioni dei soci di cui all’art. 2479, anche se adottate mediante consultazione o consenso, non sono mai rese in modo spontaneo, ma sempre “provocate” a seguito di una iniziativa del soggetto autorizzato: sembrerebbe cioè di poter dire che sia la “consultazione” che il “consenso” debbano inserirsi in un procedimento instaurato e che si differenzino non tanto per la spontaneità, ma quanto per una diversa modalità di espressione. Si potrebbe cioè ritenere che saremmo di fronte ad una “consultazione” nella ipotesi in cui vi fosse un unico documento portante decisione dei soci che venisse sottoscritto in tempi diversi dai soci medesimi e che saremmo di fronte ad un “consenso” nel caso di risposta singola ed autonoma da parte

di ciascun socio o gruppi di essi ad una richiesta di decisione loro individualmente inviata.

COMMA IV

Il quarto comma prevede che il procedimento di formazione della volontà dei soci mediante consultazione scritta di cui al terzo comma, è consentito solo ove sia previsto dall'atto costitutivo, mentre al contrario, per le materie di cui ai nn. 4 e 5 del secondo comma, o in caso di richiesta da parte di uno o più amministratori o da parte di almeno un terzo del capitale sociale, si applica il metodo assembleare.

Sparisce ogni riferimento all'assemblea ordinaria e straordinaria.

Possiamo quindi riepilogare in sintesi le ipotesi in cui le decisioni dei soci potranno attuarsi esclusivamente attraverso il metodo assembleare:

- 1) art. 2479 n. 4 (collegato al 2480);
- 2) art. 2479 n. 5;
- 3) art. 2482 bis (perdite che incidono sul capitale per oltre un terzo);
- 4) art. 2487 (nomina e revoca dei liquidatori e determinazione di liquidazione);
- 5) art. 2487 ter (revoca dello stato di liquidazione);
- 6) disposizioni di leggi speciali, ad esempio approvazione della proposta di concordato preventivo o fallimentare o della richiesta di ammissione alla amministrazione controllata (L. fallimentare).

COMMA V

Il quinto comma costituisce un punto fermo per l'affermazione dell'obbligo di convocazione e di esplicazione dei diritti partecipativi. E' previsto infatti che ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo ed il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione.

L'affermazione che il voto del socio vale in misura proporzionale alla sua partecipazione, è da considerarsi una norma imperativa, così come, del resto, l'intero comma V.

Occorre soffermarsi su questa previsione, ricordando che l'art. 2468 IV comma prevede l'attribuzione di particolari diritti ai soci inerenti l'amministrazione o l'attribuzione degli utili; tali diritti non incidono sul diritto di voto, che è collegato solo alla partecipazione, non essendoci più spazio né per il voto plurimo, né per quello limitato.

L'importanza dell'apporto del socio viene quindi determinata al momento dell'atto costitutivo che

potrà però non essere proporzionale, come dettosi, al conferimento.

Il punto di riferimento, in queste nuove società, rimane pertanto il capitale sociale.

Tale affermazione resta avvalorata dal fatto che la affermazione del V comma appare tra un comma IV e VI nei quali espressamente si ammette una deroga alle previsioni contenute in tali commi se statutariamente prevista.

Poichè analoga deroga statutaria non è prevista in relazione al comma V si deve ritenere che esso rappresenti una norma inderogabile.

Riteniamo quindi che la previsione di eventuali maggioranze da calcolarsi sul numero delle persone dei soci, anzichè sul capitale sociale sia non solo difforme al testo normativo, ma sostanzialmente vietata dalla legge. Anche nella relazione non si trovano tracce di maggioranze da calcolarsi in base alle persone.

Riguardo al calcolo della maggioranza riteniamo utile richiamare espressamente gli articoli 2257 e 2258 C.C. in tema di società di persone, ai quali fa riferimento l'art. 2475 relativo all'amministrazione della società. L'articolo 2257 prevede espressamente che, nel caso in cui vi sia contrasto tra gli amministratori nel compimento di una determinata operazione, la decisione sulla stessa viene rimessa ai soci, i quali decideranno a maggioranza in base al diritto di partecipazione agli utili e non alle quote di capitale.

Da qui la domanda se nella S.R.L., in tale ipotesi, e considerata la possibilità che le quote di partecipazione agli utili non coincidano con le quote di partecipazione al capitale, si debba applicare in toto l'art. 2257 o al contrario valga comunque la norma di cui all'art. 2479, penultimo comma; personalmente riteniamo, come già affermato, che la struttura della S.R.L. mai prescindere dal voto in misura proporzionale al capitale sociale e pertanto nel caso di cui all'art. 2257, ultimo comma, il contrasto tra amministratori andrebbe deciso con delibera dei soci da prendersi a maggioranza del capitale.

Art. 2479 bis. ASSEMBLEA DEI SOCI

OSSERVAZIONI GENERALI

L'articolo in esame, che si compone di cinque commi e riguarda la disciplina dell'assemblea dei soci, introduce importanti innovazioni e riprende parzialmente quanto disposto dai vigenti articoli 2484, 2372, 2363 e 2371.

L'art. 2479 bis provvede ad una sostanziale semplificazione delle modalità di convocazione. E' così rimesso all'atto costitutivo la determinazione dei modi di convocazione, con la necessaria precisazione che essi devono comunque essere in grado di assicurare la tempestiva informazione in merito agli argomenti da trattare.

Si sottolinea che l'atto costitutivo deve determinare i modi di convocazione dell'assemblea, ma la norma non prevede che esso possa determinare i soggetti che hanno diritto a procedere alla convocazione in quanto ciò risulterebbe prefissato dall'art. 2479.

Lo stesso art. 2479 bis parla di “modi di convocazione”, ma non parla di “soggetti che procedono alla convocazione”.

Vi sono alcune situazioni (numeri 4 e 5 del secondo comma dell'art. 2479 e art. 2479 bis) nelle quali il sistema della consultazione scritta non risulterà adottabile e occorrerà, quindi la vera e propria riunione assembleare.

Ciò si verificherà in particolare:

- quando nell'atto costitutivo non risulta contemplati, la possibilità di adottare le decisioni dei soci attraverso la consultazione scritta o sulla base di consenso espresso per iscritto;
- quando uno o più amministratori, oppure un terzo del capitale sociale, richiedano che le decisioni debbano essere adottate mediante deliberazione assembleare;
- quando si tratti di decidere in relazione alle "modificazioni dell'atto costitutivo" o "il compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci".

Nulla vieta di prevedere assemblee di seconda convocazione, vista la assoluta prevalenza della autonomia contrattuale.

Esaminiamo l'articolo in questione per singoli commi.

COMMA I

Le modalità attraverso cui l'assemblea dei soci potrà essere convocata saranno previste nell'atto costitutivo (che quindi come ormai pacificamente accettato dalla giurisprudenza di legittimità più recente potrà prevedere anche una convocazione via e-mail) modalità che, in ogni caso, dovranno assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare. In mancanza di una espressa previsione dell'atto costitutivo la convocazione andrà effettuata mediante raccomandata spedita ai soci

almeno otto giorni prima della riunione.

E' interessante sottolineare il differente regime rispetto alla S.p.A.. Nella S.r.l. si parla di "raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima" nella S.p.A., laddove tale forma è consentita, si parla di "avviso comunicato ai soci almeno otto giorni prima".

Ci si chiede al riguardo se il termine di convocazione stabilito nell'atto costitutivo possa essere inferiore agli otto giorni. Si dovrebbe propendere al riguardo per la tesi affermativa che garantisca comunque la tempestività, ad esempio con l'utilizzo di fax o e-mail. Rimane invece il dubbio sulla possibilità di prevedere la convocazione telefonica. Riguardo a quest'ultima si pone il problema di come dimostrare l'avvenuta convocazione e per il notaio diventi ancora più complicato verificare la correttezza della procedura, pur rimanendo di competenza del presidente dell'assemblea accertarne la regolarità.

Nel caso in cui si scelgano tali modalità di convocazione, alternative a quella legale, sarà opportuno indicare sul libro soci gli indirizzi e-mail, il numero di fax o eventualmente telefonico. Probabilmente tale previsione normativa consente una maggiore speditezza delle decisioni, ed è forse questa la ratio della riforma, cioè una forte apertura all'autonomia privata, pur conservando la tutela del socio.

Compito del notaio sarà quello di individuare il limite fino a cui può spingersi tale autonomia ed indicare nell'atto costitutivo delle clausole che lo contengano.

Non si deve dimenticare, come del resto sottolineato dalla relazione accompagnatoria, che uno dei principi della riforma risulta essere il diritto dei soci alla informazione e di ciò si dovrà tener conto affinché termini troppo brevi non vanifichino tale diritto; non deve dimenticare l'interprete che il successivo articolo 2479 ter prevede la impugnazione da parte di chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla decisione presa in assenza assoluta di informazione.

COMMA II

Salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, è resa ammissibile la delega da parte dei soci per intervenire in assemblea, e la relativa documentazione dovrà essere conservata nel libro delle decisioni dei soci, dovendo pertanto consistere in un documento scritto.

La norma ci pare particolarmente interessante infatti:

- non sono previste limitazioni di sorta né in relazione al mandante, né in relazione al mandatario;

- manca qualsiasi richiamo alla normativa in materia prevista per le S.p.A..

Potremmo quindi ritenere che per quanto riguarda la S.r.l., salvo quanto eventualmente previsto dall'atto costitutivo a cui è consentito disporre diversamente, la rappresentanza in assemblea sia assolutamente libera; sarebbe quindi lecito conferire mandato anche agli amministratori.

Tutto questo rientrerebbe nello spirito della Riforma che ha immaginato la S.r.l. come una società agile e fondata sui rapporti contrattualmente stabiliti tra i soci.

COMMA III

La nuova normativa in tema di maggioranza assembleari modifica sostanzialmente la precedente, abbassando tutti i quorum prima previsti.

La norma tende quindi alla semplificazione e alla agilità di gestione

Viene abolita la distinzione fra assemblea ordinaria e straordinaria attualmente prevista dall'art. 2486 c.c..

Permangono quorum diversi in relazione agli oggetti della deliberazione, in particolare, ai nn. 4 e 5 del secondo comma dell'art. 2479 c.c.. Rileviamo che i quorum stabiliti dall'art. 2479 bis sono tutti derogabili sia in aumento che in diminuzione (si dice espressamente "salvo diversa disposizione ...") in ossequio al principio informatore della libertà della autonomia privata.

In ogni caso la deliberazione s'intenderà adottata, ai sensi del quinto comma, quando a essa parteciperà l'intero capitale e tutti i soci amministratori e sindaci saranno presenti o informati e nessuno si opponga alla trattazione dell'argomento.

COMMA IV

L'assemblea è presieduta dalla persona indicata nell'atto costitutivo o da quella designata dagli intervenuti.

Il testo definitivo della riforma ha ripreso la precedente norma, abbandonando la dizione presente nella bozza di "eletto" con "il voto della maggioranza dei presenti". Si tratterà, così come in passato, di designazione referendaria ritenuta dal legislatore preferibile rispetto ad una formale delibera di nomina fatta da una assemblea la cui legittimazione dovrebbe essere attestata da un Presidente non ancora eletto.

Il presidente dovrà accertare la regolarità della costituzione, l'identità e la legittimazione dei presenti, confermando testualmente ciò che di fatto si affermava già in via interpretativa, pur non essendo sorretto da dati normativi.

Il notaio avrà solo un ruolo consulenziale del presidente.

La norma prevede che il presidente dia conto nel verbale dell'esito di tali accertamenti, riaprendo il dibattito sulla natura analitica o sintetica del verbale.

Credo che sia opportuno spendere due parole riguardo alla figura del Presidente di cui la Riforma, per la prima volta, si occupa con una certa chiarezza. Anteriormente alla novella legislativa si discuteva sia in ordine alla natura sia in ordine al contenuto dei poteri del Presidente.

I poteri del Presidente erano classificati come poteri "ordinatori" (dichiarare la regolare costituzione della assemblea, porre in discussione l'ordine del giorno, proclamare i risultati delle votazioni) e poteri "decisori" (scioglimento della riunione, sospensione dei lavori, ammissione all'assemblea dei soci e loro legittimazione all'esercizio del diritto di voto).

La dottrina era fortemente divisa in relazione alla natura dei poteri del Presidente e si segnalavano due correnti di pensiero fortemente opposte:

- 1) Teoria che considera i poteri del Presidente derivati dalla assemblea: ad essa consegue che ogni intervenuto può richiedere la decisione all'assemblea ed il Presidente sarebbe vincolato da essa; di conseguenza ogni decisione del Presidente sarebbe sovvertibile dalla Assemblea e ad essa il Presidente dovrebbe adeguarsi.
- 2) Teoria che considera il Presidente arbitro assoluto dell'assemblea; egli avrebbe poteri autonomi e originali rispetto all'assemblea in quanto verrebbe a costituire un organo autonomo e distinto dall'assemblea stessa e dotato di poteri autonomi.

Accanto a queste due teorie, in qualche modo "estreme", se ne è sviluppata una terza mediana secondo la quale non sarebbe ammissibile l'interferenza da parte dell'assemblea nel caso in cui la decisione da assumere sia "vincolata" e cioè il Presidente si limiterebbe ad applicare la legge e/o le norme dello statuto ufficiale; laddove il Presidente dovesse adottare provvedimenti che presuppongono una valutazione discrezionale l'assemblea avrebbe diritto a decidere sull'eventuale contrasto tra soci e presidente.

Pare, quindi, che il legislatore della novella abbia effettuato una scelta di capo di una certa chiarezza: dal testuale dettato legislativo si potrebbe affermare che il presidente è dotato di poteri autonomi e non

derivati da quelli dell'assemblea ed assume quindi la veste e la funzione di organo della società.

Non vi è più la previsione ex art. 2375 del codice vigente che stabilisce che le dichiarazioni dei soci siano inserite nel verbale su richiesta degli stessi, e questo potrebbe deporre a favore della teoria del verbale sintetico e della volontà di rendere più rapide tutte le procedure; tuttavia, l'accertamento dell'identità delle parti da parte del presidente e la necessità di indicare il risultato delle votazioni (voti favorevoli, contrari e astenuti), potrebbe avvalorare la tesi del verbale analitico; riteniamo di poter applicare per analogia quanto previsto in tema di s.p.a. e che pertanto permanga in capo ai soci il diritto di verbalizzare le proprie dichiarazioni relative all'ordine del giorno nei limiti di cui all'art. 2375 c.c..

COMMA V

L'assemblea si considera totalitaria se partecipa l'intero capitale sociale e tutti gli amministratori e sindaci sono presenti o informati. Non occorre pertanto che amministratori e sindaci siano presenti, bensì è sufficiente che siano stati informati. Dubbi sussistono sulle modalità di accertare l'avvenuta informazione; probabilmente sarà il presidente a dare conto di tale verifica. Il testo definitivo della novella ha, propriamente aggiunto "informati della riunione", laddove la bozza di riforma usava genericamente il termine "informati".

Si sottolinea la differenza con la s.p.a. laddove si ha assemblea totalitaria e si ha rappresentato l'intero capitale sociale e partecipi all'assemblea la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo.

Nulla si innova per quanto riguarda il sistema di voto per video conferenza, mentre è improbabile, e probabilmente da escludere, la applicazione analogica o statutaria della normativa della s.p.a. in tema di espressione del voto per corrispondenza.

OSSERVAZIONI

In tema di formazione della volontà dei soci la riforma ha dettato una vera e propria rivoluzione che in sintesi può così riassumersi:

- 1) abbandono del principio esclusivo collegiale assembleare;
- 2) abolizione della distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria;
- 3) modifiche per la rappresentanza in assemblea;
- 4) assemblee totalitarie.

La riforma passa da una struttura rigida delle s.r.l. ad una struttura estremamente dinamica, flessibile e semplificata allo scopo di dare rilievo alle persone dei soci e alla autonomia privata.

Verbalizzazione dell'assemblea

L'art. 2479 bis, penultimo comma, prevede alcune novità in tema di verbale di assemblea in parte recependo quanto già in uso nella prassi.

Il Presidente dell'assemblea:

- verifica la regolarità della costituzione (e quindi verifica la regolarità della convocazione ed i quorum costitutivi);
- accerta l'identità e la legittimazione dei presenti;
- regola il suo svolgimento ed accerta i risultati delle votazioni.

Alla attribuzione al Presidente di poteri ben delineati si aggiunge la necessità dello svolgimento di alcune attività: accerta l'identità e la legittimazione dei presenti ed accerta i risultati delle votazioni.

Di tali accertamenti deve essere dato conto nel verbale, altra novità fondamentale introdotta dalla Riforma.

Segnaliamo che, stante il mancato richiamo alle norme in tema di S.p.A., non è più obbligatoriamente previsto l'intervento del segretario (salvo naturalmente quanto previsto in tema di verbale redatto da Notaio).

Appare con immediatezza che la normativa in tema di verbalizzazione di assemblea non adotta i medesimi termini previsti in materia per le SPA.

In particolare nelle s.p.a. si recita "il verbale deve essere redatto senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione" (art. 2375) legittimando quindi una redazione successiva, addirittura entro i limiti previsti dall'obbligo di deposito o di pubblicazione.

Nulla di tutto questo per la s.r.l.

E' possibile una estensione analogica delle norme della s.p.a. alla s.r.l. in argomento?

A dire il vero, nella normativa delle s.r.l. si riscontra l'uso di una terminologia differente:

Art. 2478 in tema di tenuta del libro delle decisioni dei soci (tenuto a cura degli amministratori): si dice che i verbali sono trascritti "senza indugio".

Art. 2481 in tema di aumento di capitale delegato agli amministratori: è previsto che la decisione deve risultare da verbale redatto "senza indugio" da Notaio.

I riscontri temporali per la s.r.l., uno a carico degli amministratori, uno a carico del notaio (e sono i soli individuati) potrebbero non portare ad una lettura analoga alla normativa delle s.r.l.

Equivale il "senza ritardo" al "senza indugio", e come coordinare un limite temporale inesistente nella normativa delle s.r.l.?

E' da trascurare l'idea presente nella Relazione alla bozza che la s.r.l. sia qualcosa di diverso dalla s.p.a.? e che quindi questa diversità e la considerazione di una società (la s.r.l.) più ancorata alla figura dei soci abbia ingenerato la convinzione (magari erronea) che i verbali della s.r.l. non necessitino di tali difficoltà redazionali da giustificare una loro postergazione nel tempo?

Tuttavia il termine "senza indugio" non significa e non equivale a "contestualmente".

Pertanto anche la normativa relativa alle s.r.l. giustifica la redazione del verbale in tempi successivi allo svolgimento dell'assemblea cui esso si riferisce; riguardo al termine massimo non si vede perchè non si possano qui utilizzare per via analogica le previsioni in tema di s.p.a., anche perchè non si comprenderebbe altrimenti la ragione per cui si dovrebbe applicare alla s.r.l. una normativa diversa e più rigorosa rispetto a quella della S.p.A., laddove proprio la s.r.l. si caratterizza per la sua semplicità e snellezza.

Non dimentichiamo poi che qualsiasi ritardo non giustificato esporrà il verbalizzante al rischio del risarcimento dei danni eventualmente causati dal proprio comportamento.

Nulla si dice, a differenza delle S.p.A., per la sottoscrizione del verbale. Del resto anche la nuova normativa delle S.p.A. lascia, come già sottolineato in dottrina, dubbi sulla sottoscrizione del verbale. Il silenzio della legge potrebbe far propendere l'interprete a ritenere che l'atto costitutivo possa colmare tale vuoto legislativo, prevedendo modalità di redazione e sottoscrizione del verbale, anche in relazione all'art. 2478 c.c. n. 3 (tenuta dei libri sociali). Possiamo tuttavia ritenere che, in mancanza di diverse indicazioni dell'atto costitutivo, nelle S.r.l. valgano le stesse regole previste per lo svolgimento

e la verbalizzazione dell'assemblea delle S.p.A., laddove non diversamente disposto dalla norma di legge e questo soprattutto in relazione al fatto che l'art. 2479 ter (invalidità delle decisioni dei soci) richiama per le S.r.l. l'art. 2377 comma 4 che prevede, tra l'altro al n. 3 la invalidità della decisione per "incompletezza e inesattezza del verbale...".

Ricordiamo ancora, se ve ne fosse bisogno, che il verbalizzante risponderà comunque per il risarcimento dei danni in caso di ritardo ingiustificato o di incompletezza o inesattezza nella compilazione del verbale.

ESAME DELLE MAGGIORANZE NELLE NUOVE S.R.L.

Maggioranza per decisioni non assembleari:

L'ultimo comma dell'art. 2479 prevede che "salvo diverse disposizioni nell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole della maggioranza dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale".

Maggioranza per decisioni assembleari:

Il terzo comma dell'art. 2479 bis prevede che "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4 e 5 del secondo comma dell'art. 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale".

Iniziamo a parlare della maggioranza per decisioni non assembleari:

la norma non distingue tra maggioranza relativa a decisione fondata sulla "consultazione" da quella fondata sul "consenso"; la maggioranza sarebbe identica per entrambe le fattispecie e quindi occorrerebbe evidenziare un principio comune.

Il testo definitivo della riforma ha modificato l'ultimo comma dell'art. 2479 accogliendo le perplessità suscitate da una parte dei primi commentatori; infatti la sostituzione del termine "votanti" con quello di "soci" ha largamente semplificato la problematica.

Chiariamo in primo luogo che una votazione da cui risultassero favorevoli soci rappresentanti la metà del capitale sociale e contrari soci rappresentanti l'altra metà del capitale sociale non sarebbe idonea a determinare alcuna decisione assembleare: la norma parla di "maggioranza" precisando che deve

essere una maggioranza qualificata, la quale deve cioè raggiungere la metà del capitale sociale. Tuttavia, in tema di decisione non assembleare, la nuova norma per quanto giustamente modificata non elimina tutti i dubbi già precedentemente sollevati. Infatti nell'ipotesi di consultazione o consenso il problema resta quello di qualificare l'atteggiamento dei soci che non abbiano espressamente manifestato il proprio voto in modo favorevole o in modo contrario.

In una prima analisi della norma si è ritenuto dai primi commentatori che la definizione di consultazione e consenso consistesse, come abbiamo già sottolineato, per il primo in una dichiarazione provocata in un ambito procedimentale, e per il secondo in una dichiarazione spontanea estranea ad ogni procedimento. Se tale impostazione fosse corretta, usare il metodo della consultazione o quello del consenso potrebbe dar luogo a risultati non identici; infatti con la decisione non assembleare potremmo avere queste situazioni:

- a) tutti i soci, in base al diritto all'informazione, riconfermato dall'articolo 2479 ter terzo comma dovranno essere consultati;
- b) il 50% del capitale si è espresso a favore; l'altro 50% in parte si è espresso in modo contrario, in parte ha espressamente dichiarato di astenersi;
- c) il 50% del capitale si è espresso a favore; l'altro 50% non ha manifestato alcuna decisione di voto;
- d) il 50% del capitale si è espresso a favore; l'altro 50% in parte non ha manifestato alcuna decisione di voto, in parte ha dichiarato la propria decisione contraria.

E' chiaro dalle ipotesi sopra fatte come sia essenziale la qualificazione nell'ambito procedimentale della dichiarazione di astensione e del comportamento di non voto.

Confermiamo, come già evidenziato, che dovrà essere l'atto costitutivo a regolare e qualificare le fattispecie che costituiscono il procedimento:

- sarà l'atto costitutivo a precisare se il non voto equivale ad astensione o a voto contrario;
- sarà l'atto costitutivo a precisare se la estensione espressa costituisca, come noi crediamo, manifestazione di voto o voto contrario.

Infine se si considerasse il consenso manifestazione spontanea di volontà non provocata e non rientrante in alcun procedimento una maggioranza sarebbe tale solo se raggiungesse il 50% più uno del capitale, poiché la restante parte di capitale non avrebbe espresso alcun consenso, ne esisterebbe la prova che essa fosse stata "consultata".

Non è pensabile ad una decisione validamente presa con il 50% del capitale sociale senza che l'altro 50% si sia pronunciato e senza essere certi neppure che sia stato consultato esponendo quindi la delibera all'impugnazione di cui all'articolo 2479 ter.

Allora in caso di consenso si dovrebbe pensare ad una decisione di soci validamente presa solo con il consenso del 50% più uno del capitale sociale.

Abbiamo però sottolineato come la interpretazione originaria di ritenere il consenso avulso da ogni

procedimento, e cioè prescindendo da una iniziativa partita da un soggetto legittimato, ci lasci oggi più perplessi, in quanto parrebbe forse più chiaro considerare consultazione e consenso diverse modalità di manifestazione del voto nell'ambito comunque di un procedimento regolamentato statutariamente e "messo in moto" da un soggetto legittimato. Se così fosse consultazione e consenso potrebbero essere regolamentati in modo uniforme.

Meno problemi pare dare all'interprete il terzo comma dell'art. 2479 bis, in relazione alla maggioranza nel caso di decisioni dei soci prese con il metodo assembleare.

Nella prima parte si evidenzia un quorum costitutivo pari ad almeno la metà del capitale sociale ed un quorum deliberativo rappresentato dalla maggioranza assoluta dei presenti.

Tuttavia nei casi previsti dai n. 4 e 5 del secondo comma dell'art. 2479 è previsto un quorum deliberativo qualificato pari ad almeno la metà del capitale sociale.

E' appena il caso di aggiungere che nel caso di assemblea a cui partecipi l'intero capitale sociale e nella quale si sia riscontrato il voto favorevole del 50% ed il voto contrario del 50% non risulta essere presa alcuna decisione. Infatti, oltre ad essere un principio comune, la necessità di una maggioranza è palesemente richiesta in modo testuale dallo stesso art. 2479 bis 3° comma, poichè in esso si parla di maggioranza assoluta "e" con il voto favorevole: quindi sarà necessaria una maggioranza che rappresenti anche almeno la metà del capitale sociale.

Art. 2479 ter. INVALIDITA' DELLE DECISIONI DEI SOCI

OSSERVAZIONI GENERALI

L'articolo in oggetto, che si compone di sei commi, riguarda la disciplina della invalidità delle decisioni dei soci; introduce importanti innovazioni e riprende parzialmente quanto disposto dai vigenti articoli 2486, 2377 e 2373.

Dal sistema delineato delle decisioni dei soci è conseguita la necessità di un adattamento del sistema della invalidità alle loro specifiche caratteristiche.

Le regole per quanto riguarda la invalidità della decisione dei soci e le eventuali impugnative sono abbastanza analoghe a quelle previste per le società per azioni, e ciò particolarmente dopo la redazione definitiva del testo della riforma.

Qui "le decisioni dei soci che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dai soci che non vi hanno consentito (anche individualmente), da ciascun amministratore e dal collegio sindacale entro tre mesi dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.". Un termine superiore che potrà arrivare sino a sei mesi potrà tuttavia essere concesso dal tribunale su richiesta della società, o da chi ha proposto l'impugnativa per l'adozione di una nuova decisione idonea ad eliminare la causa di invalidità. Saranno impugnabili, con i criteri di cui sopra, anche le decisioni assunte con il voto determinante di soci in conflitto di interesse con la società.

Anche le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazione potranno essere impugnate da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci. Non sono invece previsti limiti di tempo in merito alla impugnativa di deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o contrarie all'ordine pubblico.

Da una prima analisi dell'articolo si può affermare la tendenza ad espungere dall'ordinamento l'istituto giurisprudenziale della inesistenza delle decisioni dei soci.

Ci si chiede quale sia il dies a quo per l'impugnazione. La norma fa riferimento alla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci, che però non può avere una data certa, poiché l'art. 2478 del nuovo testo richiede solo che le trascrizioni siano fatte "senza indugio".

Ci si chiede altresì se si possa dare esecuzione ad una decisione dei soci che non sia ancora trascritta.

Secondo la dottrina prevalente probabilmente sì, ma la giurisprudenza riguardo alla legislazione attuale afferma più rigorosamente l'inesistenza di tale deliberazione, considerando la trascrizione nell'apposito libro sociale, requisito di forma ad substantiam.

Ci si chiede infine se abbia ancora un senso parlare, alla luce delle nuove disposizioni, di annullabilità delle decisioni. Pare che si faccia coincidere l'invalidità con la impugnabilità della decisione, eliminando dall'ordinamento societario le categorie della nullità e annullabilità.

La seconda parte del comma in esame prevede che il Tribunale possa assegnare un termine non superiore a sei mesi per adottare una nuova decisione valida. Questa è da intendersi come una forma di sanatoria che probabilmente compensa la previsione di un termine così breve.

Innovazione particolarmente significativa è quella che individua il termine di decorrenza per l'impugnativa dalla trascrizione della decisione nel relativo libro sociale. Ciò si spiega sulla base di un duplice ordine di motivi:

- da un lato, non essendo più necessaria in ogni caso una riunione e non essendo quindi sempre individuabile il momento di una deliberazione, evidenti ragioni di certezza richiedono che si faccia riferimento al momento in cui la decisione viene formalizzata;
- dall'altro il tipo societario della s.r.l., in quanto caratterizzato dalla partecipazione personale dei soci, presuppone una loro presenza attiva nella società; sicché maggiore rilievo assume una sorta di pubblicità interna come quella rappresentata dai libri sociali rispetto alle altre forme di pubblicità esterna quale per esempio quella realizzata con l'iscrizione nel registro delle Imprese.

Si è anche considerato, a quest'ultimo proposito, che il termine di decorrenza del periodo in cui la decisione è impugnabile debba essere unico e non sia possibile individuarlo alternativamente nella sua trascrizione nel libro dei soci oppure, quando prevista, nell'iscrizione nel Registro delle Imprese. Il metodo possibile per l'adozione delle decisioni non esclude infatti l'eventualità che, seppur a seguito di comportamenti scorretti, la sequenza dei due momenti non corrisponda a quella che dovrebbe essere; sicché fare riferimento ad entrambi, come avviene nelle società per azioni, introdurrebbe qui elementi di incertezza e la possibilità di frodi (per esempio nel caso in cui abusivamente si proceda all'iscrizione nel Registro delle Imprese, in un momento in cui la decisione *non* è ancora trascritta nel relativo libro e nel quale, pertanto, non si è ancora realizzata la pubblicità interna che soprattutto rileva in questo tipo di società).

Il secondo comma prevede l'impugnabilità delle decisioni prese con la partecipazione determinante di soci in conflitto di interessi, qualora possano arrecare un danno alla società, ed è rimasto praticamente immutato rispetto al disposto del vigente art. 2373 c.c.

Il terzo comma contiene l'enunciazione del tipico caso di inesistenza, cioè i casi di oggetto illecito o impossibile e l'assenza assoluta di informazione. Il dies a quo per l'impugnativa decorre ancora una volta dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci, e ciò quindi anche nel caso in cui il verbale sia stato redatto per atto pubblico, avente come tale data certa.

In caso di decisioni che modifichino l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite, si tratterà di decisioni impugnabili, senza limiti di tempo, e non inesistenti come saremmo portati ad affermare oggi.

L'ultimo comma dell'articolo in esame richiama le disposizioni degli artt. 2377, 4°, 6°, 7° e 8°, 2378, 2379bis, 2379 ter e 2434 in particolare segnaliamo i commi 6° e 8° dell'articolo 2377 ai fini della tutela dei terzi.

Ci possiamo chiedere in fine se nel nostro ordinamento non siano effettivamente rimaste ipotesi di inesistenza. Potremmo segnalare che il falso verbale di assemblea mai tenuta non ci pare rientrare in alcuna delle previsioni dell'articolo 2377 C.C. e costituirebbe quindi una ovvia ipotesi residuale di inesistenza.

Rapporto tra poteri degli amministratori e poteri dei soci

Può essere interessante, nell'ambito della vasta autonomia concessa all'operatore in tema di SRL, valutare i rapporti sussistenti tra i poteri dei soci e i poteri degli amministratori, con particolare riguardo alla "compressione" degli uni a favore degli altri o viceversa. Ci pare stimolante cercare di individuare alcuni possibili punti limiti previsti dal legislatore.

- 1) la rappresentanza compete inderogabilmente agli amministratori ex articolo 2375 bis;
- 2) sono in ogni caso ex articolo 2479 riservate la competenza dei soci le attività di cui ai numeri 1,2,3,4, e 5 dell'articolo 2479;
- 3) ci pare quindi legittimo attribuire agli amministratori tutti i poteri ad eccezione di quelli prefissati

dal predetto articolo 2479 C.C. a cui si potranno chiaramente aggiungere quelle altre attività riservate per legge alle competenze dei soci;

4) è legittimo, ferma restando la rappresentanza agli amministratori, affidare tutti i poteri di amministrazione alla decisione dei soci?

- la "compressione" dei poteri degli amministratori a totale vantaggio di quelli dei soci parrebbe essere giustificata dall'articolo 2479 C.C. primo periodo;

- che veste avrebbe un amministratore privo dei poteri di amministrazione, ma a cui competerebbe esclusivamente il potere di rappresentanza se non quella del mandatario?

- ma in tale caso la esecuzione di un atto deciso dai soci, ma dannoso per la società, costituirebbe responsabilità degli amministratori ex articolo 2476 o l'amministratore in quanto mero esecutore della volontà assembleare ne sarebbe immune?

- è attribuibile alla decisione dei soci anche la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione? Tale norma infatti prevede che essi siano in ogni caso di competenza del Consiglio di Amministrazione (in relazione al terzo comma dell'articolo 2475 C.C. in tema di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva), ma non dice che tali atti sono di competenza dell'organo amministrativo.

Crediamo che l'argomento possa essere oggetto di una assai più approfondita riesamina dottrinale.

Alle domande che precedono ci sentiremmo con immediatezza, ma salvo maggiore meditazione, di rispondere che l'amministratore non può mai considerarsi mero esecutore e non può sottrarsi da responsabilità per l'attuazione di atti pregiudizievoli e che le competenze di cui all'ultimo comma 2475 Codice Civile ci parrebbero riferite "all'organo amministrativo" e non attribuibili alle decisioni dei soci, in quanto connesse alla funzione dell'organo amministrativo stesso.

Si pensi che neppure in caso di società unipersonale il cui amministratore sia anche l'unico socio si confondono le attribuzioni fra i due organi, che rimangono esistenti e distinti.