

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

**LA SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA: COSTITUZIONE, FORMAZIONE
DEL CAPITALE, PARTECIPAZIONE SOCIALE (ARTT. 2462 – 2470 C.C.)**

Federico Tassinari notaio in Imola

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

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

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

Di tali criteri si è dunque fatto carico il governo in sede di approvazione del testo definitivo della legge delegata (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, pubblicato il 22 gennaio 2003 e destinato ad entrare in vigore il giorno 1 gennaio 2004).

ARTICOLO 2462

Il primo comma del nuovo art. 2462 c.c. ribadisce il contenuto dell'attuale norma di apertura della disciplina in tema di società a responsabilità limitata, stabilendo che, in tale tipo sociale, "per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio".

Il secondo comma del nuovo art. 2462 c.c., invece, riprende, collocandolo nella corretta sede sistematica, e modifica il disposto dell'attuale art. 2497 comma 2 c.c., in tema di responsabilità dell'unico socio di società a responsabilità limitata in caso di insolvenza della società.

Rispetto a quest'ultima norma, la riforma conserva inalterati il presupposto (il caso di insolvenza della società) e l'ambito (la responsabilità riguarda esclusivamente le obbligazioni sociali sorte nel periodo di unipersonalità), riducendo da tre a due i casi concreti previsti (la responsabilità opera "quando i conferimenti non sono stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2464, o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2470").

La riforma dunque, in primo luogo, parifica completamente la disciplina della società a responsabilità limitata con unico socio con quella della società per azioni con unico socio (cfr., nel nuovo testo, l'art. 2325 comma 2, identico all'art. 2462 comma 2 in commento, l'art. 2362 commi

1-2-3-4, identico all'art. 2470 commi 4-5-6-7, e l'art. 2462 comma 5, identico all'art. 2478 comma 3).

Essa inoltre, nel merito, elimina quella specifica ipotesi di responsabilità illimitata attualmente operante quando il socio sia una persona giuridica o sia unico socio di un'altra società di capitali, con ciò abbattendo un importante ostacolo verso una piena utilizzazione della società unipersonale.

ARTICOLO 2463

1. Il primo comma e la prima parte del secondo comma dell'articolo in commento ribadiscono due principi già recepiti dall'attuale art. 2475 commi 1 e 3, che affondano entrambi le radici nella normativa dettata dalle istituzioni comunitarie in materia.

La regola secondo cui la società a responsabilità limitata deve essere costituita, sotto pena di nullità, per atto pubblico costituisce infatti la soluzione italiana di fronte alla triplice opzione concessa in tema dalla I direttiva comunitaria in materia societaria del 9 marzo 1968 (direttiva 68/151/CEE), applicabile ad ogni tipo di società di capitali (controllo giudiziario, notarile oppure amministrativo precedente l'iscrizione della società nel competente registro).

In tema di s.r.l., in particolare, la riforma, come peraltro in tema di società azionarie, ha ribadito, seguendo l'indirizzo preciso dettato dalla legge delega (cfr. art. 3 comma 2 lettera a) l. 366/2001, secondo cui il legislatore delegato doveva "semplificare il procedimento di costituzione, confermando in materia di omologazione i principi di cui all'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340, nonché eliminando gli adempimenti non necessari, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori sociali..."), la soluzione che affida in via esclusiva al notaio, quale pubblico ufficiale chiamato a ricevere l'atto pubblico previsto dalla legge, il controllo di legalità sugli atti costitutivi, già attuata con risultati ritenuti soddisfacenti a partire dalla fine dell'anno 2000.

La disciplina dettata per la nuova s.r.l. non si distingue, in tema, da quella dettata per la nuova s.p.a., avendo il legislatore, nell'art. 2463 u.c., espressamente reso applicabile alle s.r.l. l'intero art. 2330 c.c., dettato a proposito delle s.p.a. .

La regola secondo cui la s.r.l. può essere costituita sia per contratto sia per atto unilaterale, già prevista nel vigente art. 2475 u.c. c.c., deriva a sua volta dall'opzione esercitata dal legislatore nazionale, con il d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, in sede di attuazione della XI direttiva comunitaria in materia societaria (direttiva 89/667/CEE), a favore dell'ammissibilità di tale costituzione unilaterale della s.r.l. in luogo della previsione della c.d. impresa individuale a responsabilità limitata.

2. La successiva parte del secondo comma dell'art. in commento prevede, come requisiti dell'atto costitutivo, nove elementi, in luogo dei dieci attualmente previsti dall'art. 2475 comma 1 secondo periodo c.c., dal momento che, oltre alla riformulazione significativa di taluni dei requisiti previsti dalla norma vigente, il legislatore della riforma ha scelto di eliminare il requisito dell'indicazione della durata della società (attualmente reso necessario dall'art. 2475 n. 9 c.c.) .

Ciascuno di tali requisiti richiede qualche specifica considerazione.

Ai sensi del n. 1), l'atto costitutivo deve indicare, per ciascun socio persona fisica, "il cognome e il nome..., la data e il luogo di nascita..., il domicilio..., la cittadinanza", mentre per ciascun socio diverso dalle persone fisiche, "...la denominazione, la data e il luogo... di costituzione, ...la sede, la cittadinanza". La novità consiste nell'indicazione in maniera appropriata (a parte l'utilizzazione del termine cittadinanza in luogo di nazionalità), da parte della norma, dei requisiti identificativi dei soci diversi dalle persone fisiche. La scelta di richiedere per tutti tali soggetti collettivi l'indicazione della data e del luogo di costituzione anziché del numero di iscrizione nel registro delle imprese (destinata, almeno per le società di capitali, a complicare la ricerca, trattandosi di dati che possono non risultare dalla certificazione del registro delle imprese stesso, trovandosi solo nell'archivio

degli atti e dei documenti), deriva dalla considerazione che socio di s.r.l. può divenire anche una associazione non riconosciuta o altro ente che non è tenuto ad iscriversi presso alcun pubblico registro.

Ai sensi del n. 2), che unifica il contenuto dei vigenti art. 2473 e 2475 n. 2) c.c., l'atto costitutivo deve indicare sia la denominazione della costituenda società, contenente in ogni caso l'indicazione, che la prassi ha da tempo ammesso anche in forma abbreviata, di società a responsabilità limitata, sia il comune ove sono poste la sede e le eventuali sedi secondarie. Quest'ultima prescrizione, che recepisce un'esigenza fortemente avvertita dagli operatori, è dettata allo scopo di evitare che il semplice cambiamento dell'indirizzo all'interno del medesimo comune o, addirittura, la pura e semplice variazione della toponomastica comunale inducano la società ad intraprendere complesse e costose procedure di modificazione statutaria. La formulazione letterale della norma conferma che la nozione giuridica di sede continua, ad ogni effetto di legge, ad essere costituita da comune ed indirizzo (comprensivo a sua volta di via e numero civico: cfr. art. 111-ter disp. att. c.c.), limitandosi a sancire che solo l'indicazione di quell'elemento della sede costituito dal comune assume rilevanza statutaria, con conseguente applicazione delle ordinarie procedure di legge in ogni caso in cui occorra procedere alla sua variazione (ora disciplinata nell'art. 2480 c.c.). L'altro elemento della sede, costituito appunto dall'indirizzo, non assume rilevanza statutaria; secondo quanto sancito dal nuovo art. 111-ter disp. att. c.c., infatti, nel procedimento di prima iscrizione della società l'indirizzo dovrà essere indicato direttamente nella domanda di iscrizione da parte del richiedente, mentre, in caso di successiva variazione, ne dovrà essere depositata a cura degli amministratori apposita dichiarazione presso il registro delle imprese. Sembra utile rilevare che l'autonomia privata può sempre attribuire rilevanza statutaria all'indirizzo, inserendo lo stesso nell'atto costitutivo senza precisare che la relativa variazione potrà comunque avvenire secondo la norma di attuazione di cui all'art. 111-ter.

Ai sensi del n. 3), l'atto costitutivo deve indicare "l'attività che costituisce l'oggetto sociale", e non più, come previsto dall'attuale art. 2475 c.c., "l'oggetto sociale". Il significato della modificazione può cogliersi, più che sul piano di un atteggiamento "dottrinario" da parte del legislatore (la circostanza che l'oggetto sociale debba ricondursi ad un'attività appare ormai pacificamente condivisa sia in dottrina sia in giurisprudenza), sottolineando come, dinanzi alla nuova formulazione legislativa, appare inconferente quella clausola di un atto costitutivo che, sulla base di una tralattizia prassi mai del tutto superata, contenga nella parte dedicata all'oggetto sociale l'elencazione, eventualmente dichiarata non tassativa, di una serie di atti negoziali, tipici e non. Non sembra fuori luogo, infatti, ritenere che la nuova norma imponga di fare coincidere l'oggetto sociale con l'attività prescelta, e renda addirittura illegittima ogni individuazione dello stesso fondata anche su una elencazione di tipi negoziali. Non sembra, per contro, che il precetto legislativo possa in qualsiasi modo escludere o limitare l'ormai riconosciuta facoltà per le società di scegliere come oggetto sociale più attività anche completamente distinte tra loro, purchè indicate di volta in volta in maniera specifica e non generica.

Ai sensi del n. 4), che a sua volta unifica i precetti attualmente contenuti separatamente negli artt. 2474 comma 1 e 2475 n. 4) c.c., l'atto costitutivo deve indicare l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro, sottoscritto e di quello versato, lasciandosi apprezzare per il rigore tecnico con cui riconduce la nozione di capitale minimo al capitale sottoscritto, senza peraltro apportare alcuna sostanziale variazione alle regole attualmente vigenti.

Ai sensi del n. 5), l'atto costitutivo deve indicare "i conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito crediti e ai beni conferiti in natura". Il precetto, privo per errore materiale della preposizione articolata "ai" davanti al sostantivo "crediti", costituisce la versione finale di una

norma che, in precedenza, faceva generico riferimento “ai beni e crediti conferiti”, opportunamente limitando in tal modo la richiesta di valorizzazione per i soli conferimenti non in numerario.

Ai sensi del n. 6), l’atto costitutivo deve indicare “la quota di partecipazione di ciascun socio”. L’utilizzazione della forma singolare, unitamente alla disciplina che della quota di partecipazione viene offerta dal nuovo art. 2468 c.c., in considerazione altresì dei principi generali posti per la nuova s.r.l. dall’art. 3 comma 1 della legge delega 366/2001, con particolare riguardo al principio “della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci” (lettera a), induce a concludere che, nella nuova disciplina del tipo, non è più legittima l’espressione della quota di partecipazione attraverso l’indicazione di un multiplo di unità base di pari importo (es. un euro), perché così operando, in contrasto con la volontà espressa dal legislatore sia delegante sia delegato, si assimilerebbe la partecipazione alla s.r.l. ad una partecipazione di tipo azionario, anziché ad una partecipazione di tipo personalistico. Già oggi, del resto, la previsione della titolarità di una pluralità di quote di partecipazione multiple di un unico importo base in capo ad un socio di una qualsiasi società di persone verrebbe ritenuta in contrasto con le caratteristiche del tipo prescelto, e quindi illegittima.

Ai sensi del n. 7), l’atto costitutivo deve indicare “le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l’amministrazione, la rappresentanza”. Nella versione finale, la norma, rispetto alla prima versione proposta, risulta mutilata dell’inciso finale, secondo cui l’atto costitutivo doveva altresì indicare “la ripartizione di competenze tra soci ed amministratori”. A tale riguardo, pare preferibile ritenere che la modificazione della formulazione della norma derivi più dalla ritenuta superfluità dell’inciso soppresso (essendo la relativa conclusione già pianamente desumibile dall’art 2479 comma 1 nuovo testo c.c.), che da una precisa volontà di un sostanziale cambiamento. Non vi è dubbio, infatti, che la scelta del tipo della s.r.l., per principio direttivo stabilito nell’art. 3 comma 2 lettera e) legge 366/2001 (che ha demandato al legislatore delegato il compito di “riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative” e “ai procedimenti decisionali della società”), presuppone, a differenza di quanto accade in tema di società azionarie, il minimo dei vincoli normativi nei confronti dell’autonomia privata rispetto all’individuazione delle regole di *corporate governance* meglio adatte e rispondenti alle specifiche esigenze di ciascun caso concreto. Particolarmente significativo appare, in tale ottica, il raffronto tra l’art. 2463 in commento, che demanda all’autonomia privata l’individuazione delle norme relative al funzionamento della società, elevando la relativa previsione a requisito essenziale dell’atto costitutivo, e l’art. 2328 c.c., in tema di requisiti dell’atto costitutivo di s.p.a., che limita l’intervento dell’autonomia privata in materia esclusivamente alla scelta del sistema di amministrazione adottato, del numero degli amministratori e dei loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società (n. 9) e al numero dei componenti del collegio sindacale (n. 10). Più precisamente, la differenza nella formulazione delle due norme appare così significativa da mettere in discussione la permanenza, all’interno del tipo della società a responsabilità limitata, della stessa struttura organica; nella s.r.l., infatti, sembra venire meno, o comunque ridursi a profili minimi, ogni precostituita ripartizione di competenze tra “organi sociali” ed appare per contro valorizzata la distinzione, rimessa alla scelta dell’autonomia privata, tra competenze rimesse alla decisione dei soci, intesi come parti del contratto sociale, e competenze attribuite a quei soggetti, siano essi amministratori, rappresentanti o controllori, destinati ad assumere un ruolo *lato sensu* di mandatari nei confronti dei soci.

Ai sensi del n. 8), l’atto costitutivo deve indicare “le persone a cui è affidata l’amministrazione e gli eventuali soggetti incaricati del controllo contabile”. La versione finale della norma, per esigenze meramente linguistiche, ha superato la precedente proposta formulazione, secondo cui l’atto costitutivo “deve indicare...la nomina dei primi amministratori...”; peraltro, dal semplice generico impiego del termine “persona” nel testo di legge non è lecito desumere l’ammissibilità di

amministratori persone giuridiche. La rilevanza obbligatoria che assume, ai sensi del requisito in esame, la nozione di amministrazione della società richiede, tenuto conto della specifica normativa all'uopo dettata dagli artt. 2475 ss. nuovo testo c.c., di definire l'ambito minimo inderogabile che la legge, stante la riconosciuta ampiezza del rinvio all'autonomia privata cui si è fatto cenno in sede di commento del requisito di cui al n. 7), attribuisce alla nozione stessa. Probabilmente, alla luce delle disposizioni contenute nei nuovi artt. 2479 comma 1 e 2475-bis comma 1 c.c., considerata altresì la diversa responsabilità prevista dalla legge a carico rispettivamente degli amministratori (cfr. nuovo art. 2476 comma 1 c.c.) e dei singoli soci (cfr. nuovo art. 2476 comma 7 c.c.), l'unica competenza che si deve ritenere inderogabilmente riservata agli amministratori è la rappresentanza della società nei confronti dei terzi, secondo un modello già oggi noto, pure nella diversa terminologia adottata dalla legge, per la piccola società cooperativa ex l. 266/1997, potendo quindi ogni tipo di decisione gestionale interna, anche se riferita ad operazioni correnti, essere riservata dall'atto costitutivo alla decisione dei soci.

Ai sensi del n. 9), l'atto costitutivo deve indicare, anche approssimativamente, l'importo globale delle spese per la costituzione poste a carico della società, con ciò conservando letteralmente invariato il precetto attualmente contenuto nell'art. 2475 n. 10) c.c., a conferma della persistente esigenza, nella s.r.l., di prevedere, a fronte della responsabilità limitata dei soci, precise norme di ordine pubblico a tutela dell'integrità del capitale sociale e, quindi, dei terzi creditori della società. L'art. 2464 in commento non prevede, infine, alcuna disposizione riferita al c.d. statuto, contenente le norme relative al funzionamento della società. Tale scelta deriva, più che da precise ragioni giuridiche (anche le s.r.l. prevederanno clausole relative al funzionamento della società, potendo anzi, come si è visto, strutturare più liberamente le competenze al proprio interno e le proprie regole organizzative), dall'intenzione del legislatore di creare tra gli operatori, anche in sede di elaborazione delle nuove tecniche contrattuali di redazione degli atti costitutivi, una mentalità favorevole all'assimilazione della nuova s.r.l. più ad una società di persone che all'attuale tipo di cui agli artt. 2472 ss. c.c. .

3. L'art. in commento, infine, nel suo terzo ed ultimo comma, richiama alcuni articoli dettati per le società azionarie, e precisamente gli artt. 2329 (in materia di condizioni per la costituzione), 2330 (in materia di deposito dell'atto costitutivo e di iscrizione della società, con conferma dell'esclusivo controllo di legalità da parte del notaio e con previsione di un termine in capo al notaio stesso, ai fini del deposito dell'atto costitutivo presso il registro delle imprese, con contestuale richiesta di iscrizione, di venti giorni, anziché dei trenta oggi previsti e dei dieci stabiliti nella prima versione del progetto di riforma), 2331 (in materia di effetti dell'iscrizione della società nel registro delle imprese e di disciplina delle operazioni compiute in nome della società prima di tale iscrizione), 2332 (in materia di nullità della società) e 2341 (in materia di partecipazione agli utili riservata, per un periodo massimo di cinque anni, in favore dei soci fondatori).

Riguardo a tale insieme di richiami, merita un accenno particolare la circostanza che, a seguito della nuova formulazione dell'art. 2331 u.c., non sembra più sostenibile la tesi, fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore dell'attuale e diverso testo normativo, secondo cui è vietata, anche nella s.r.l., ogni cessione della partecipazione sociale nel periodo anteriore all'iscrizione della società nel registro delle imprese.

4. Alla luce delle osservazioni fatte con riguardo ai requisiti dell'atto costitutivo previsti nel nuovo art. 2463 c.c. nn. 7) e 8), e tenendo conto delle prime conclusioni ivi raggiunte, è ora opportuno soffermarsi maggiormente sul tema dell'ambito operativo dell'autonomia privata, in sede di redazione dell'atto costitutivo, in materia di ripartizione delle competenze tra soci ed amministratori, al fine di stabilire, in considerazione degli interessi dei terzi che risultano coinvolti,

se, anche a seguito dell'entrata in vigore della riforma, dovrà comunque riconoscersi l'esistenza di limiti, oltre i quali l'atto costitutivo non può legittimamente spingersi.

Preliminarmente, si deve osservare che le prescrizioni contenute nelle citate norme di cui all'art. 2463 c.c. nn. 7) e 8) assumono indubbiamente un significato centrale, dal momento che la loro presenza condiziona in maniera non trascurabile l'applicazione dei successivi artt. 2475 – 2479-bis c.c. e si pone come una bussola nelle mani dell'interprete per cogliere le principali caratteristiche tipologiche del nuovo tipo sociale delineato dal legislatore.

Chiarito ciò, è opportuno domandarsi:

- a) che cosa significa essere amministratore di una s.r.l.?
- b) in che cosa si distingue la funzione di amministratore da quella, autonomamente considerata dallo stesso art. 2463 n. 7) c.c., di rappresentante?
- c) quali sono i poteri minimi che la legge impone di attribuire agli amministratori ed ai rappresentanti e, per converso, quali sono i poteri massimi che la legge consente di attribuire alla competenza della decisione dei soci?

Pure dovendo limitare le presenti note al tentativo di offrire una prima risposta a questi fondamentali interrogativi, non può non accennarsi al fatto che la nuova impostazione adottata dal legislatore della riforma dischiude nuove prospettive di carattere teorico-sistematico di più ampio respiro, che indubbiamente meriteranno di essere adeguatamente approfondite nelle opportune sedi, essendo altresì lecito domandarsi, a proposito della nuova s.r.l.:

-che cosa resta della concezione organica che ha caratterizzato per interi decenni gli studi dottrinali e le pronunce giurisprudenziali in materia di ogni persona giuridica?

-che cosa resta della stessa nozione di persona giuridica, una volta riconosciuta dal legislatore la centralità del contratto e una volta messa in discussione la concezione organica della società?

Per rispondere agli interrogativi sopra posti, conviene prendere le mosse da due considerazioni, tra loro collegate, che dovrebbero essere facilmente condivisibili.

In primo luogo, in materia di competenze funzionali all'interno della società, la normativa dettata dal legislatore della riforma per quanto riguarda le società azionarie (cfr. soprattutto nuovi artt. 2380-bis comma 1 c.c., secondo cui "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori", e 2364 comma 1 n. 5 c.c., secondo cui "l'assemblea ordinaria... delibera ...sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti") appare assai diversa da quella dettata in tema di s.r.l. .

In secondo luogo, la normativa in materia di amministrazione, rappresentanza e decisioni dei soci di s.r.l. introdotta con la riforma si presenta fortemente innovativa anche rispetto alla disciplina fino ad oggi vigente per lo stesso tipo sociale, non solo dal punto di vista strutturale, ma anche da quello funzionale, dal momento che essa, a quest'ultimo riguardo, richiama, testualmente e sistematicamente, non pochi tratti fino ad oggi propri delle società di persone prive di personalità giuridica.

Nella s.r.l. risultante dalla riforma il contratto è posto, per vincolo di legge delega, al centro della disciplina.

Al centro della disciplina, per la stessa ragione, sono posti i soci, in quanto parti del contratto sociale.

La preoccupazione del legislatore di garantire tale centralità dei soci appare evidente dalla semplice lettura dei primi due commi dell'art. 2479 nuovo testo c.c., dove, dopo che si è precisato nel primo

comma che “i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall’atto costitutivo”, si ha cura di precisare, nel successivo comma, quali sono le materie inderogabilmente riservate alla competenza dei soci stessi: il legislatore, in altre parole, proprio per non svuotare la centralità del contratto e dei soci che ne sono parte, ha cura di assicurare alla sfera della decisione dei soci una competenza minima, mentre non si preoccupa, quasi manifestando l’impressione di non scorgere al riguardo alcun problema, dell’esistenza di eventuali limiti massimi di competenza in capo agli stessi soci.

La figura dell’amministratore ne esce indubbiamente ridimensionata.

Dopo che un dibattito ormai secolare in tema di società azionarie ha gradualmente emancipato la figura dell’amministratore dalla posizione di mandatario dei soci e superato il concetto dell’assemblea come “organo sovrano”, tirandosi dietro, verrebbe da dire, quasi per inerzia, la stessa s.r.l., finora considerata (non solo in Italia), come una specie di sorella minore della s.p.a., avente nei cromosomi il medesimo DNA, sembra quasi, oggi, che, per la nuova s.r.l., si debba ripartire da zero, con gli amministratori di nuovo collocati dal legislatore nella posizione, se non proprio di mandatari, comunque di soggetti subordinati ai soci ed espressione di un potere da questi derivato (cfr., ad es., la prescrizione contenuta nello stesso art. 2479 comma 1 nuovo testo c.c., in forza della quale “i soci decidono... sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione”).

Per sfuggire a questa conclusione, conviene farsi carico di un possibile ragionamento sistematico teoricamente in grado di ridimensionare la prospettiva indicata.

Anche nella legge di riforma, come si evince dal confronto tra l’art. 2476 comma 1 nuovo testo c.c. (che pone la regola generale in tema di responsabilità degli amministratori) e l’art. 2476 comma 7 nuovo testo c.c. (che introduce la nuova, dirimpente regola secondo cui “sono solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”), gli amministratori sono assoggettati ad una responsabilità più ampia, sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo, rispetto ai soci.

Poiché la responsabilità opera non solo a beneficio della società (o dei soci), ma anche dei terzi, non è possibile che l’atto costitutivo, in quanto atto dei soci, diminuendo le competenze degli amministratori (responsabili in termini più ampi) ed aumentando le competenze dei soci (responsabili in termini più circoscritti), tolga senza alcuna limitazione la tutela accordata dalla legge ai terzi.

Ne deriverebbe che, pure nel silenzio della legge, si riproporrebbero per le s.r.l. le stesse considerazioni che hanno impegnato e diviso la dottrina commercialistica e, in misura minore, la giurisprudenza, per le stesse ragioni ora evidenziate, in tema di interpretazione, prima della riforma, del significato da attribuire all’art. 2364 n.4) c.c. in tema di competenza dell’assemblea ordinaria (di tutte le società di capitali) in materia di atti di gestione (riproponendosi il mai risolto problema dell’esistenza nell’ordinamento del principio generale del *keine Herrschaft ohne Haftung*/Nessun potere senza responsabilità difeso da larga parte della dottrina giuridica tedesca).

E tuttavia un simile modo di ragionare, fortemente dirigistico, tale comunque da calare dall’alto principi generali non scritti da alcuna norma per ridimensionare il tenore letterale delle norme scritte e, in definitiva, gli stessi cardini e criteri guida della riforma, tra i quali un ruolo fondamentale ricopre la scelta di valorizzare l’autonomia privata anche in sede di individuazione delle regole di funzionamento della società, non pare giustificato.

Ciò tanto più alla luce di due ulteriori considerazioni:

-da un lato, il legislatore, pure non avendo stabilito in tema di s.r.l. alcuna competenza esclusiva a favore degli amministratori, ha bene tenuto presente il principio generale di cui sopra, tanto che lo

ha espressamente accolto ed adottato in sede di emanazione delle nuove norme di cui agli artt. 2380-bis e 2364 comma 1 n. 5) c.c sopra richiamate;

-dall'altro lato, la legge di riforma ha, in una certa misura, fatto propria quella logica di competitività non solo tra ordinamenti diversi, ma anche tra società all'interno del medesimo ordinamento che caratterizza da decenni altre culture giuridiche, soprattutto anglosassoni, con la conseguenza che, in tale logica, ogni soluzione "statutaria" adottata da una s.r.l. che risulti penalizzante per i creditori (garantiti imperativamente nei soli casi ritenuti di ordine pubblico di cui all'art. 2476 comma 7 nuovo testo c.c.) finirà per essere rifiutata dagli stessi creditori e quindi per penalizzare la stessa società in base alle regole di mercato, e renderà superfluo ogni intervento specifico da parte del legislatore.

Ne deriva dunque, in conclusione, che nelle nuove s.r.l. gli amministratori assumono, all'interno della struttura societaria ed al fine di formazione della c.d. volontà sociale, un ruolo subalterno rispetto a quello dei soci, più o meno importante a seconda delle scelte liberamente compiute di volta in volta dall'atto costitutivo.

Assai diverso è il ragionamento concernente la posizione del rappresentante, la cui autonomia da quella dell'amministratore è chiaramente ribadita dagli artt. 2463 n. 7) nuovo testo c.c. e 2475-bis nuovo testo c.c. .

Dettando il primo comma di quest'ultimo articolo, in particolare, il legislatore della riforma è apparso consapevole della necessità, laddove si tratti di disciplinare l'agire esterno, ovvero il compimento di atti in nome e per conto della società rilevanti per i terzi (la nozione di rappresentanza, attenuata la lettura "organica" - se si preferisce: il pregiudizio "organico"- diviene perfettamente coincidente con quella civilistica di cui agli artt. 1387 ss. c.c.), di riservare la competenza ad un soggetto responsabile nei termini ampi di cui all'art. 2476 commi 1 ss. nuovo testo c.c. (non a caso collocato sistematicamente in posizione successiva), sottraendola, per converso, alla competenza della decisione dei soci.

Affermando che "gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società", il legislatore si è riferito sia alla rappresentanza sostanziale sia a quella processuale, sia alla rappresentanza attiva sia a quella passiva.

Anche in quell'ipotesi in cui l'atto costitutivo rimetta ogni competenza in materia di gestione dell'impresa alla decisione dei soci, come consentito dall'art. 2479 comma 1 nuovo testo c.c. secondo l'interpretazione sopra accolta, quest'ultima decisione, al fine di perfezionare il compimento di atti giuridici rilevanti per i terzi, dovrà necessariamente richiedere la cooperazione del rappresentante, anche laddove, per esempio, si intenda, tramite rilascio di apposite procure anche generali, affidare a singoli soci privi della qualifica di amministratore il compimento di uno o più atti inerenti a determinati settori della gestione di impresa.

Se così stanno le cose, ne derivano due corollari:

-in primo luogo la posizione di rappresentante diviene prevalente, nell'economia del funzionamento del contratto sociale, rispetto a quella dell'amministratore interno, in quanto essa sola è essenziale ed inderogabile (così come del resto, già oggi, avviene per la piccola società cooperativa introdotta dalla l. 7 agosto 1997, n. 266);

-in secondo luogo, la specifica responsabilità posta per legge a carico del rappresentante consente di ritenere che, laddove lo stesso sia chiamato ad eseguire una decisione dei soci in materia di gestione, la normale vincolatività di quest'ultima viene meno (con obbligo per il rappresentante di comunicare senza indugio ai soci tale circostanza) laddove, eseguendo la decisione dei soci, il rappresentante si assoggetterebbe a responsabilità ex art. 2476 commi 1 ss. nuovo testo c.c., a prescindere dal fatto che analoga responsabilità, ex art. 2476 comma 7 nuovo testo c.c., sia riscontrabile nel caso concreto in capo ai soci decidenti (essendo peraltro a carico dello stesso

rappresentante l'onere di dimostrare, per sottrarsi alla responsabilità per mancata esecuzione della decisione, che l'esecuzione avrebbe comportato per lui tale responsabilità).

Le conclusioni raggiunte, secondo cui con l'entrata in vigore della riforma l'atto costitutivo di s.r.l. può liberamente ampliare le competenze rimesse alla decisione dei soci fino ad azzerare la posizione gestoria degli amministratori, fermo soltanto il limite concernente l'attività del rappresentante, che è assoggettata alle prescrizioni imperative di cui agli artt. 2475-bis e 2476 nuovo testo c.c., devono essere confermate anche in considerazione del fatto che, per la nuova s.r.l., non esiste uno degli argomenti tradizionalmente addotti per negare, nel vigore dell'attuale art. 2364 n. 4) c.c., l'idoneità dell'assemblea ordinaria ad assumere su di sé il compimento di quegli atti di gestione che, per la loro ripetitività ed urgenza, possono essere definiti con il termine di "gestione corrente" (argomento della c.d. assemblea inefficiente).

Infatti, se già prima della riforma non è mancato in dottrina chi ha sottolineato come la competenza esclusiva degli amministratori in materia di atti di gestione corrente sia sostenibile per le società azionarie, ma non anche per le s.r.l., in considerazione dei peculiari tratti tipologici di quest'ultima, che consentono all'assemblea di riunirsi rapidamente e con efficienza identica al consiglio di amministrazione, tale conclusione, di fronte alle semplificazioni introdotte con la riforma, dovrà valere a maggiore ragione per il nuovo tipo di cui agli artt. 2462 ss. nuovo testo c.c. .

ARTICOLO 2464

La legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, nel concepire il contenuto della riforma, ha richiesto al legislatore delegato, in tema di conferimenti e di formazione del capitale sociale di società a responsabilità limitata, di:

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

In ottemperanza e nei limiti così fissati, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha dettato le norme destinate a confluire nel nuovo art. 2464 c.c. (in applicazione del principio sopra riportato sub 1), nel nuovo art. 2468 commi 1-2-3 c.c. (in applicazione del principio sopra riportato sub 2), e nel nuovo art. 2465 (in applicazione del principio sopra riportato sub 3).

In tema di conferimenti, il nuovo art. 2464 c.c., nei suoi primi due commi, sancisce due principi generali, rivolti il primo ("Il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale") a tutela dei terzi, il secondo ("Possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica") a tutela dell'autonomia dei soci contraenti.

Il significato della norma contenuta nel primo comma può cogliersi attraverso un'opportuna valorizzazione dell'avverbio "complessivamente" e dell'aggettivo "globale".

Dal momento che la norma è posta a presidio esclusivamente dell'interesse dei terzi all'integrità del capitale sociale, e non intende condizionare in alcun modo l'autonomia contrattuale dei soci in sede di stipulazione dell'atto costitutivo, è necessario concludere, proprio grazie agli anzidetti elementi lessicali, che nella nuova società a responsabilità limitata non sussiste un principio analogo a quello esistente oggi per le società azionarie e codificato nell'attuale art. 2346 c.c. (2), secondo cui ciascun

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

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

Inoltre, il legislatore della riforma, consapevole dell'inapplicabilità dei vincoli dettati dagli artt. 7 e 9 della Seconda Direttiva comunitaria in materia societaria (4), ha inteso fare coincidere l'ambito delle entità suscettibili di conferimento nella società a responsabilità limitata con l'ambito delle entità conferibili secondo la definizione generale dettata per ogni società lucrativa dall'art. 2247 c.c. L'ampia portata permissiva del secondo comma dell'art. 2464 c.c., pure dovendo essere coordinata con la prescrizione del secondo periodo del quinto comma dello stesso articolo, testualmente identica alla prescrizione dettata dall'art. 2342 comma 2 secondo periodo per le società azionarie, secondo cui le quote emesse a fronte dei conferimenti in natura e di crediti "devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione", non può essere in alcun modo vanificata da quest'ultima norma; anzi, la disciplina complessivamente dettata in tema di conferimenti per le società a responsabilità limitata consente forse di rendere più precisa la portata dell'art. 2342 comma 2 secondo periodo per le società azionarie stesse, dovendosi ritenere che tale norma non disciplini il tipo di entità conferibile, ma limiti esclusivamente la sua concreta modalità.

Ne consegue che, in linea di principio, tutto ciò che è suscettibile di conferimento nelle società personali è altresì suscettibile di conferimento nella società a responsabilità limitata (5); la previsione della limitazione di responsabilità in capo al socio consente addirittura, per quest'ultima, di ipotizzare la legittimità del conferimento da parte del socio stesso di una "responsabilità personale illimitata" (oppure limitata, ma con un massimale più elevato rispetto al valore del conferimento eseguito) in termini più ampi di quanto si ammetta per le società di persone, dove tale responsabilità costituisce normalmente un effetto legale inderogabile da parte dell'autonomia privata (6).

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

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

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

Per quanto concerne i conferimenti in denaro, si assiste innanzitutto, fermo l'obbligo di versare contestualmente alla sottoscrizione l'intero sovrapprezzo eventualmente previsto, al superamento della regola attualmente vigente secondo cui occorre procedere, sempre contestualmente alla sottoscrizione, al versamento di almeno i tre decimi del relativo ammontare presso una banca, divenendo sufficiente il versamento del venticinque per cento di tale ammontare.

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

Trattandosi di un vincolo per l'autonomia privata a tutela di un interesse generale, il legislatore delegato, consapevole che il venticinque per cento dell'ammontare costituisce il limite minimo invalicabile per le società azionarie in base alla Seconda Direttiva comunitaria, dispone, con una

vera e propria “race to the bottom”, l’abbassamento del limite dei tre decimi attualmente esistente per le società azionarie allo scopo di non penalizzare l’ordinamento italiano rispetto agli ordinamenti nazionali comunitari già allineati su tale percentuale (8); per non penalizzare o premiare il tipo della società a responsabilità limitata rispetto ai tipi azionari, lo stesso legislatore delegato, pure in assenza di qualsiasi vincolo comunitario per le società non azionarie, allinea poi la disciplina in tema per tutte le società di capitali.

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

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

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

La polizza (11) o la fideiussione garantiscono il corretto adempimento dell’obbligazione pecuniaria assunta dal socio a titolo di conferimento, e, quindi, devono avere una durata determinata in relazione al termine di adempimento dell’obbligazione pecuniaria stessa (12).

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

Come si è accennato, anche i successivi commi 5 e 6 dell’art. 2464 c.c., al pari del comma 4, disciplinano le modalità dei conferimenti, dettando, per i conferimenti in natura e di crediti, una disciplina generale identica a quella dettata dall’art. 2342 comma 2 per le società azionarie.

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

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

In particolare, e più precisamente, sembra che non sia più sostenibile quella tesi rigorosa, pure autorevolmente prospettata in dottrina (13), secondo cui per soddisfare il precetto legislativo occorre che, eseguita la sottoscrizione, il socio non sia più in alcun modo obbligato nei confronti

della società, perché, diversamente opinando, si renderebbe possibile un annacquamento del capitale sociale per l'eventualità di un inadempimento da parte del socio (senza possibilità di applicare in tale caso, a tutela dell'interesse generale, la norma eccezionale in tema di esclusione del socio moroso nei versamenti pecuniari).

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

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

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

La preoccupazione di garantire l'integrità del capitale sociale ha indotto il legislatore, nel comma 6 dell'art. 2464 c.c., a dettare una norma imperativa a tutela dei terzi limitatamente a quell'ipotesi di conferimento in natura o di crediti, definita come prestazione d'opera o di servizi, in cui l'obbligazione personale del socio non costituisce soltanto un elemento strumentale per garantire la proficua utilizzazione da parte della società dell'utilità conferita, ma costituisce, per la sua natura, una prestazione suscettibile di divenire impossibile per causa non imputabile al socio, per esempio in caso di morte o sopravvenuta incapacità.

Solo nel caso di conferimento avente per oggetto una prestazione d'opera o di servizi (14), infatti, l'inerzia del socio, a seguito dell'avvenuta acquisizione del diritto di credito da parte della società, risulta idonea a compromettere definitivamente il valore del conferimento stesso e, quindi, l'integrità del capitale sociale.

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

non si estende all'impossibilità oggettiva sopravvenuta (artt 1256 ss. c.c.), per effetto della quale la società non potrebbe invece iscrivere alcun credito sostitutivo.

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

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

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

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

- a) anche il conferimento in oggetto è assoggettato, a tutela della posizione dei terzi e dell'integrità del capitale sociale, alla prescrizione generale del successivo art. 2465 c.c., che richiede per tutti i conferimenti diversi dal denaro (non in contanti, secondo il testo della Seconda Direttiva dettata per le società per azioni) la relazione giurata di un esperto qualificato;
- b) anche al conferimento in oggetto si applica la prescrizione dell'art. 2464 comma 5 secondo periodo, ai sensi della quale le quote emesse devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

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

La polizza e la fideiussione devono quindi operare a garanzia non tanto dell'adempimento in senso tecnico dell'obbligazione, quanto dell'acquisizione da parte della società del valore economico della prestazione dedotta in obbligazione (esse, in altre parole, devono garantire, per l'intero valore assegnatole in sede di relazione giurata di stima, l'esatta esecuzione della prestazione anche in caso di estinzione dell'obbligazione per causa diversa dall'inadempimento, purchè si tratti di estinzione "non satisfattiva").

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

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

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

Tale polizza o fideiussione non sembrano necessarie laddove la prestazione d’opera o di servizi conferita sia stata già completamente eseguita al momento della sottoscrizione da parte del socio, nei limiti in cui ciò appare compatibile con la disciplina dettata per la fase di costituzione della società di capitali.

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

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

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

Tuttavia, in considerazione della disciplina dettata dal comma sesto in esame, non ci si può nascondere che l’effettiva ampia utilizzazione dell’istituto del socio d’opera nella società a responsabilità limitata richiederà, stante il costo della garanzia dovuta e, per converso, il carattere duraturo che il conferimento d’opera ha oggi assunto della prassi delle società di persone e nell’economia stessa del contratto sociale, la soluzione di ulteriori problemi applicativi della normativa, quali, soprattutto, la possibilità di imputare a capitale (e di garantire) soltanto una parte del valore attribuito alla prestazione d’opera (15) e la sorte di quest’ultima in caso di cessione a terzi della partecipazione sociale (16).

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

ARTICOLO 2465

L’art. 2465 c.c., nel nuovo testo approvato con il d.lgs. 6/2003, intende riunire le norme già dettate dagli artt. 2343 e 2343-bis c.c. per le società azionarie, ed applicabili alle società a responsabilità limitata in base al richiamo puro e semplice ad esse da parte dell’attuale art. 2476 comma 1, accentuando le differenze di disciplina rispetto alle società azionarie stesse e, conseguentemente, limitando al minimo i richiami alla disciplina dettata per queste ultime.

La nuova disciplina, dunque, deve essere analizzata mettendo in risalto dapprima le novità, rispetto alla attuale disciplina, introdotte per tutte le società di capitali, poi le peculiarità dettate in tema di società a responsabilità limitata rispetto alle società azionarie; ciò, tuttavia, non prima di avere rilevato come le modificazioni normative, in tale materia, siano meno significative rispetto ad altri ambiti della riforma, stante la presenza, in tema, dei penetranti vincoli di diritto comunitario posti, seppure limitatamente alle società azionarie, dalla Seconda Direttiva comunitaria in materia di società del 13 dicembre 1976 (direttiva 77/91/CEE).

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

- all'esperto in caso di conferimento in natura (art. 2343, comma 2, c.c., primo periodo, richiamato per le società a responsabilità limitata dall'art. 2465, comma 3, c.c.);
- agli amministratori e all'alienante nel caso di acquisti compiuti in violazione delle norme dettate dall'art. 2343-bis c.c. (art. 2343-bis, comma 5, c.c., richiamato per le società a responsabilità limitata dall'art. 2465, comma 3, c.c.).

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

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

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

Sotto il secondo profilo, concernente la distinzione tra società azionarie e a responsabilità limitata, deve essere rilevato che:

- pure in presenza di un'identica prescrizione in sede di legge delega (cfr. art. 3 comma 2 lettera d, e art. 4 comma 5 lettera b l. 366/2001), per le società a responsabilità limitata la relazione giurata deve essere eseguita, secondo la formulazione letterale della norma come modificata in sede di seconda e definitiva lettura da parte del Consiglio dei ministri, da parte "di un esperto o di una società di revisione iscritti nel registro dei revisori contabili o di una società di revisione iscritta nell'apposito registro albo", e non più designato dall'autorità giudiziaria.

Il legislatore della riforma, nella sua discrezionalità ed in considerazione del divieto per le società a responsabilità limitata di qualsiasi appello diretto al pubblico risparmio e di sollecitazione all'investimento posto dall'art. 3 comma 2 lettera g) della legge delega e recepito dal nuovo art. 2468 comma 1 c.c., ha ritenuto di dovere porre l'accento sulla rapidità del procedimento piuttosto che sull'imparzialità dell'esperto. Per converso, per le società azionarie, ribadendo la competenza alla nomina dell'autorità giudiziaria - ora però Tribunale, e non più Presidente del Tribunale - del circondario ove la società conferitaria ha sede, ha inteso superare quella prassi conosciuta in alcuni tribunali di accettazione di una informale indicazione del nominativo, o di una rosa di nominativi, da parte dell'interessato, dovendo la differente disciplina dettata per s.p.a. e s.r.l. necessariamente significare l'inammissibilità di ogni interferenza da parte della società o del socio interessato, per i tipi azionari, sulla scelta dell'autorità giudiziaria;

- per le società a responsabilità limitata, stante il mancato richiamo dell'art. 2465 c.c. all'art. 2343, commi 3 e 4 c.c., è soppresso l'obbligo degli amministratori (e non più degli amministratori e sindaci) di controllare nei centottanta giorni dalla costituzione (e non più nei sei mesi) la relazione giurata di stima redatta dall'esperto, con la conseguente possibilità di revisione della stessa e di annullamento del capitale sociale, per adeguamento dello stesso al

nuovo valore o per avvenuto recesso del socio, in caso di minusvalenza rilevante e di mancata integrazione del conferimento da parte del socio interessato.

La differente disciplina intende, per le società a responsabilità limitata, semplificare la materia e contribuisce a responsabilizzare maggiormente i soci in sede di atto costitutivo, dal momento che i valori in quella sede attribuiti, ferma la responsabilità dell'esperto, sono definitivi.

Il tenore letterale dell'art. 2465 nuovo testo u.c. c.c., infatti, stante la puntualità del richiamo al secondo comma dell'art. 2343 nuovo testo c.c., esclude ogni facoltà dell'interprete di recuperare i successivi commi 3 e 4 della norma richiamata attraverso l'applicazione analogica, valendo tale puntuale richiamo al comma 2 come statuizione negativa per tutte le norme non richiamate contenute nei successivi commi 3 e 4, e dovendosi quindi escludere ogni lacuna nel testo della legge (18).

Il mancato richiamo alle regole all'uopo dettate dall'art. 2343 commi 3 e 4 c.c. per rimediare, nonostante la relazione dell'esperto, ad un'eventuale sopravvalutazione del conferimento in natura o del credito (a tutela della posizione non solo dei soci non conferenti, ma anche dei terzi), deriva, oltre che dall'assenza di ogni intervento del tribunale, e quindi dal coinvolgimento diretto dei soci nella scelta dell'esperto, dalla circostanza, probabilmente, che, per le s.r.l., il legislatore, con valutazione tipica, ha ritenuto che i soci stessi non intendano, in presenza di basi sociali tendenzialmente ristrette e di contrattazioni eseguite *ad personam*, mettere a repentaglio, in caso di minusvalenza di un conferimento in natura, le percentuali di partecipazione che essi, quali imprenditori, hanno liberamente deciso di fissare (del resto, l'ultimo inciso del nuovo testo dell'art. 2343 comma 4 c.c. consente, attraverso apposita clausola dell'atto costitutivo, di rendere rilevante tale interesse alla stabilità delle percentuali di partecipazione anche nelle società azionarie) (19). Per quanto riguarda la tutela dei terzi, infine, la responsabilità patrimoniale diretta dell'esperto vale a compensare la mancata previsione del controllo successivo da parte degli amministratori e la conseguente inoperatività del rimedio della riduzione del capitale sociale;

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

ART. 2466 C.C.

1. L'art. in commento, rubricato "mancata esecuzione dei conferimenti", sostituisce l'attuale art. 2477 c.c., rubricato "mancato pagamento delle quote".

La novità più importante, il cui esatto significato può cogliersi soltanto attraverso un'interpretazione sistematica delle norme contenute, oltre che nell'art. in commento, negli artt. 2464 nuovo testo e 2472 nuovo testo c.c., consiste nell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto del socio moroso oltre i confini del conferimento di denaro (tale circostanza risulta confermata dall'analisi congiunta dell'art. in commento da una parte e dell'art. 2344 nuovo testo c.c. in tema di socio moroso nelle società azionarie, ove il dettato legislativo continua a fare riferimento alla mancata esecuzione dei pagamenti dovuti, ovvero all'inadempimento di obbligazioni pecuniarie in senso tecnico).

Prima di cercare di cogliere il significato operativo della modificazione evidenziata, è tuttavia opportuno dedicare qualche osservazione alla complessiva normativa posta dal nuovo testo dell'articolo.

2. Il primo comma dell'art. in commento stabilisce che, se il socio non esegue il conferimento nel termine prescritto, gli amministratori devono procedere a diffidarlo all'adempimento, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1454 c.c., concedendogli, anziché un termine non inferiore a quindici giorni,

un termine predeterminato dalla legge in trenta giorni. La perentorietà del dettato legislativo, anche in confronto con l'espressione usata dall'attuale legislatore nell'art. 2477 c.c. ("...gli amministratori possono diffidare il socio ...") lascia intendere che per gli amministratori stessi la diffida costituisce atto dovuto.

Il presupposto di tale obbligo costituisce, come già riferito, la mancata esecuzione del conferimento "nel termine prescritto"; pure utilizzando la legge quest'ultima dizione, peraltro identica a quella contenuta nell'attuale art. 2477 c.c., non occorre che nell'atto costitutivo o nell'atto di sottoscrizione il termine della relativa obbligazione del socio sia indicato in maniera più puntuale di quanto è dato oggi registrare nella prassi e nelle posizioni dottrinali, dal momento che, in assenza di prescrizioni dettagliate, continuerà a trovare applicazione il criterio residuale della determinazione giudiziale posto dall'art. 1183 c.c. in tema di obbligazioni in generale.

3. Il secondo comma dell'art. prevede, rispetto al testo dell'attuale art. 2477 c.c., una disciplina più articolata, seppure riproduttiva, nei suoi tratti essenziali, delle singole fasi procedurali già previste.

Gli aspetti meritevoli di segnalazione con riguardo alla nuova normativa appaiono i seguenti:

- a) la vendita "a rischio e pericolo" della quota di partecipazione del socio moroso può essere attivata da parte degli amministratori soltanto laddove gli stessi "non ritengano utile promuovere azione per l'esecuzione dei conferimenti dovuti"; sembra preferibile interpretare la norma nel senso che la ritenuta inopportunità dell'azione esecutiva, da valutarsi a cura degli amministratori secondo la normale diligenza professionale, costituisca il presupposto di legittimità per la vendita a rischio e pericolo della partecipazione, ma non anche la fonte di un obbligo in tale senso, potendo accadere che gli amministratori stessi, pure avendo ritenuto l'inopportunità di un'azione esecutiva contro il socio, preferiscano attendere circostanze o sviluppi futuri per dare concretamente luogo alla vendita;
- b) la vendita "a rischio e pericolo" del socio moroso deve avvenire "a favore degli altri soci in proporzione della loro partecipazione"; poiché il periodo finale del comma prevede l'eventualità che nessuno dei soci esegua offerte per l'acquisto, è giocoforza ritenere che la vendita venga attivata attraverso un invito ad offrire rivolto dagli amministratori a favore della totalità dei soci diversi dal moroso, avente per oggetto l'intera quota di partecipazione detenuta da quest'ultimo e contenente le necessarie indicazioni concernenti la modalità dell'offerta; nell'eventualità che le offerte siano più d'una, gli amministratori, in sede di accettazione di tali offerte, dovranno attenersi alla regola della proporzionalità, senza che tale fatto costituisca nuova contro-offerta a favore del socio precedente offerente, dal momento che la presenza della norma in commento configura di per sé una deroga al principio di conformità dell'accettazione alla proposta; l'intero percorso delineato dal legislatore porta a concludere che, nel nuovo testo, la vendita in questione può costituire, pure in assenza di ogni discrezionalità degli amministratori in proposito, uno strumento idoneo a ridefinire la misura della partecipazione di ciascun socio alla società;
- c) la vendita "a rischio e pericolo" del socio moroso (in cui gli amministratori della società agiscono come sostituti di quest'ultimo, destinando comunque allo stesso il corrispettivo ottenuto dall'alienazione) deve avvenire a favore degli altri soci "per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato"; la natura sanzionatoria dell'istituto a danno del socio ha indotto il legislatore a confermare la soluzione attualmente vigente e ad assumere come riferimento un valore non aggiornato e probabilmente penalizzante per il socio moroso venditore; deve tuttavia precisarsi che, anche nel nuovo testo normativo, il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato costituisce soltanto un minimo legale indicativo (a tutela del socio moroso), e non un vero e proprio prezzo imposto, come si desume non solo dalla permanente possibilità di un incanto, ma anche dall'eventualità che dall'ultimo bilancio emerga un valore negativo, con conseguente onere del socio offerente di offrire comunque

un prezzo di acquisto (nella prassi, infatti, la riscossione dei versamenti residui dovuti dal socio costituisce spesso il presupposto per poter addivenire, in presenza di perdite o addirittura di deficit, ad una successiva necessaria ricapitalizzazione della società);

- d) in mancanza di offerte per l'acquisto provenienti da almeno uno degli altri soci, si procederà alla vendita all'incanto solo se l'atto costitutivo lo consente; la cautela, che costituisce un'ulteriore novità della riforma, deriva, più che da una maggiore sensibilità verso le ragioni di conservazione della compagine sociale esistente, dalla nuova impostazione complessiva della normativa in tema di società a responsabilità limitata, idonea a prevedere in termini ampi ipotesi di riduzione del capitale sociale legate a vicende di esclusione del socio (cfr. art. 2473-bis nuovo testo c.c.);

4. Il comma terzo dell'art. in commento prevede e disciplina l'ipotesi che la vendita non possa avere luogo vuoi perché, in mancanza di offerte dei soci, lo statuto non consente l'incanto, vuoi perché l'incanto è andato deserto, stabilendo che, in tale eventualità, “gli amministratori escludono il socio moroso trattenendo le somme riscosse” (si intende: dallo stesso socio, per la parte del conferimento eventualmente già eseguita) e che “il capitale deve essere ridotto in misura corrispondente” (si intende: nel rispetto delle regole generali in tema di modificazione dell'atto costitutivo di cui agli artt. 2480 ss. c.c., con possibilità di applicazione analogica della riduzione disposta dal tribunale ex art. 2482-bis comma 4 nuovo testo c.c. laddove l'assemblea straordinaria non assuma tale deliberazione obbligatoria).

Rispetto al testo dell'attuale art. 2477 comma 3 c.c., la nuova norma prevede al riguardo due sole novità testuali, ovvero il venir meno dell'esclusione come mera facoltà degli amministratori ed il venir meno della possibilità di chiedere al socio moroso il risarcimento del danno, ritenuta superflua in quanto conseguenza generale prevista dalla legge per ogni ipotesi di inadempimento (art. 1218 c.c.).

5. Il quarto comma, adattando l'attuale art. 2477 comma 4 c.c. al nuovo istituto della decisione dei soci (non necessariamente assembleare), stabilisce che il socio moroso non può partecipare alla decisione dei soci (dovendosi intendere che la veste di socio moroso derivi dal semplice decorso del termine per l'adempimento dell'obbligo di conferimento, a prescindere dalla diffida o da qualsiasi altra iniziativa degli amministratori).

Rispetto alla normativa precedente, la prescrizione appare più precisa, in quanto risolve in senso negativo il problema della spettanza al socio moroso stesso del “diritto di intervento” alla decisione o all'assemblea.

6. Il quinto comma dell'art. coordina l'istituto del “socio moroso” con la nuova disciplina introdotta dall'art. 2464 nuovo testo c.c., prevedendo che, in tali casi:

- il presupposto per applicare la disciplina di cui ai precedenti commi è costituito dalla circostanza che “per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria”;

- il socio che ha prestato la fideiussione o la polizza ha comunque la possibilità di sostituirle, paralizzando la procedura prevista per il socio moroso, con il versamento del corrispondente importo di denaro (sembra preferibile ritenere che la sostituzione possa avvenire anche a seguito della diffida ai sensi del comma 1, fino al momento in cui viene attivata ai sensi del comma 2 la procedura di vendita con la comunicazione agli altri soci dell'invito ad offrire).

Stante la genericità del richiamo, deve ritenersi che l'istituto trovi applicazione sia nell'ipotesi della fideiussione o polizza prestata dal socio conferente denaro in luogo del versamento del venticinque per cento dell'importo sottoscritto (art. 2464 comma 4), sia nell'ipotesi di fideiussione o polizza prestata dal socio che ha conferito la propria opera o un servizio (art. 2464 comma 6).

7. Occorre ora cercare, in risposta dell'interrogativo posto nel primo paragrafo e tenuto conto della complessiva disciplina dettata, di stabilire quale sia l'esatto ambito di applicazione dell'istituto del "socio moroso".

Alla luce delle conclusioni che si è ritenuto di prospettare in sede di commento all'art. 2464 nuovo testo c.c., in merito al fatto che ogni socio che ha eseguito conferimenti in natura o di crediti può considerare le quote emesse integralmente liberate fin dal momento della sottoscrizione, pure permanendo a proprio carico ed a favore della società obbligazioni non adempiute, attuali o meramente eventuali, si può ipotizzare che l'art. 2466 nuovo testo si applichi soltanto al socio che ha conferito denaro ed al socio che ha prestato fideiussione o polizza a garanzia di un conferimento avente per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società, rientranti nella previsione specifica (e nel conseguente obbligo di garanzia) di cui all'art. 2464 comma 6 nuovo testo c.c. .

Infatti, in tutti gli altri casi di permanenza di un'obbligazione in capo al socio conferente (non importa se si tratti di obbligazione principale o complementare, attuale o eventuale), l'obbligazione stessa, ad avvenuto perfezionamento dell'atto costitutivo o del contratto di sottoscrizione, si "stacca" dalla quota di partecipazione e resta radicata in capo alla persona del conferente, essendo all'uopo irrilevanti le eventuali successive vicende circolatorie della partecipazione medesima, come può desumersi (a contrario) dall'art. 2472 c.c. .

Nel caso del socio che ha conferito la propria opera o il proprio servizio, invece, in virtù dell'obbligo della copertura con polizza o fideiussione, è legittimo assimilare la fattispecie, limitatamente all'effetto in parola, a quella dello stesso conferimento in denaro, trattandosi per la società, in ogni caso di inadempimento, come di mancata esecuzione ad altro titolo dell'opera o del servizio, di escutere la fideiussione o di riscuotere la polizza, e quindi di incassare una somma di denaro: il legislatore della riforma, quindi, ha assimilato al socio moroso conferente denaro non il socio d'opera che non esegue l'opera o il servizio promesso, bensì il socio d'opera che lasci scadere o divenire inefficace la garanzia offerta.

ARTICOLO 2467

1. Il nuovo articolo in commento, i cui due commi devono leggersi unitariamente, in quanto la prescrizione normativa dettata nel primo comma trova applicazione soltanto per i finanziamenti da parte dei soci effettuati nelle circostanze messe in evidenza nel successivo secondo comma, introduce nell'ordinamento italiano, per la prima volta, un istituto che trae origine da alcune scelte compiute in tema dal legislatore tedesco (20).

La disciplina deve ritenersi normativa eccezionale, insuscettibile pertanto di applicazione analogica al di fuori del proprio tenore letterale.

2. L'applicazione della norma dipende tra tre presupposti, che devono ricorrere cumulativamente. A tal fine, infatti occorre che:

a) vi sia stato un apporto di denaro da parte di un socio a favore della società al di fuori di un'operazione sul capitale sociale.

Per come è formulata la norma, ogni apporto effettuato da un soggetto che, nel momento in cui l'operazione è eseguita, non ricopre la veste di socio è al di fuori della previsione normativa. In tali ipotesi, la norma potrebbe trovare applicazione solo laddove la procedura fallimentare (o comunque l'interessato) riesca a dimostrare che vi è stata una interposizione fittizia di persona ex artt. 1414 ss. c.c. e che, conseguentemente, il soggetto interposto, avente nella realtà la disponibilità della somma di denaro versata alla società, era il socio medesimo. Non rileva neppure, salvo quanto sopra precisato in tema di interposizione, la circostanza che colui che ha eseguito l'apporto a favore della

società sia divenuto socio successivamente al momento del versamento e ricopra tale veste nel momento della restituzione da parte della società.

A differenza di quanto accade nell'ordinamento tedesco (21), non rientra nella previsione della norma neppure l'ipotesi, per certi versi altrettanto insidiosa per gli altri creditori sociali, e quindi, in astratto, meritevole dello stesso trattamento, dell'apporto eseguito da un soggetto diverso dal socio in presenza di una garanzia, personale o reale, che il socio ha rilasciato in favore dello stesso finanziatore terzo.

b) tale apporto sia avvenuto a titolo di finanziamento, e non a diverso titolo (versamento in conto capitale, versamento a copertura perdite, versamento in conto futuro e determinato aumento di capitale, ecc.).

Lo scopo della norma consiste infatti nell'impedire una lesione della posizione degli altri creditori sociali, in ossequio al principio generale della *par condicio creditorum* posto dall'art. 2741 c.c., che, nel caso di specie, può risultare vulnerato dalla posizione di socio ricoperta dal finanziatore (il socio, infatti, può eseguire il finanziamento in oggetto al solo fine di usufruire, qualora le successive vicende economico-finanziario della società lo consentano, di un vantaggio *uti socius*, e non anche *uti creditor*).

In tutti i casi di apporto fuori dal capitale a titolo diverso dal finanziamento in senso tecnico, il socio, essendo privo della titolarità di un credito, non può, per definizione, pregiudicare la posizione degli altri creditori sociali che la legge ha inteso tutelare.

Ai fini dell'applicazione della norma, invece, non sembra decisivo il titolo negoziale in forza del quale il socio ha effettuato il finanziamento a favore della società (mutuo o altro negozio giuridico), stante la genericità del termine impiegato dal legislatore e, soprattutto, stante la precisazione contenuta nel comma 2 dell'art. in commento (finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati"). Per tale ragione, sembra possibile ipotizzare che anche operazioni di dilazione di debito eseguite dal socio creditore della società ad altro titolo (es. per avere concluso una vendita con pagamento in tutto o in parte differito) rientrino nella previsione della norma in commento, essendo evidente che anche la dilazione di debito costituisce uno strumento per fare credito.

c) il finanziamento sia stato effettuato in una delle seguenti due circostanze, concernenti la sfera giuridica della società e riferite alla situazione economico-finanziaria della medesima:

ca) quando "risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto";

cb) quando esiste "una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento".

Tali due circostanze, la cui previsione attribuisce finalmente una rilevanza normativa espressa all'annoso problema della sottocapitalizzazione della società, e la cui corretta applicazione attiene a valutazioni proprie dell'azionalista e non del giurista, presentano, come già accennato, un denominatore comune, a sua volta direttamente riconducibile alla *ratio* della norma in commento: se è vero che, per definizione, nell'uno e nell'altro caso la società non è in grado di attingere a finanziamenti utilizzando gli ordinari canali bancari e finanziari, deve essere altresì vero che il socio è indotto ad eseguire il finanziamento stesso proprio in considerazione di tale propria veste e dei vantaggi che, sempre in tale veste, gli possono in futuro derivare.

Per valutare la ricorrenza, nel caso di specie, di una delle due indicate circostanze, e quindi del presupposto in oggetto ai fini dell'applicazione della norma, l'interprete deve tenere conto, per espressa previsione dettata in tal senso da parte del legislatore, "del tipo di attività esercitata dalla società".

3. Se il secondo comma dell'art. in commento individua i presupposti ai fini dell'applicazione della norma, con la conseguenza che, al di fuori degli stessi, la previsione di cui al primo comma non potrà in nessun caso trovare applicazione (l'intero articolo non deve leggersi alla stregua di una

presunzione in senso tecnico, né relativa né assoluta, non comportando alcuna riqualificazione del finanziamento), quest'ultima norma individua la disciplina applicabile in presenza di tutti gli accennati presupposti.

Tale disciplina, a sua volta, consta di due autonomi precetti:

a) in ogni caso, “il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato alla soddisfazione degli altri creditori”.

E' importante evidenziare come tale precetto risulti applicabile indipendentemente dall'assoggettamento della società a fallimento o ad altra procedura concorsuale, e come lo stesso, per converso, vincoli anche gli amministratori di una società *in bonis*, sotto pena di una loro responsabilità ex art. 2476 c.c. nuovo testo.

Deve essere sottolineato, inoltre, trattandosi di questione che può comportare conseguenze operative rilevanti, come, stando al tenore letterale della legge, violi la norma in oggetto, e sia conseguentemente responsabile, per lo più nei precisi termini posti dal nuovo art. 2476 c.c. comma 6, anche l'amministratore che ha restituito il finanziamento eseguito a suo tempo da un socio in presenza dei presupposti indicati dal secondo comma dell'art. in esame anche laddove la società, nel momento della restituzione, abbia riacquisito il proprio equilibrio finanziario e sia quindi in condizione, in quel momento, di attingere ai normali canali di erogazione del credito. La funzione della norma, infatti, è quella di prevenire efficacemente, dettando precetti applicabili a prescindere dalla successiva instaurazione di una procedura concorsuale, l'effettuazione stessa dei finanziamenti da parte dei soci nelle circostanze di cui al secondo comma dell'articolo in commento.

b) se eseguito nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, il rimborso del finanziamento a suo tempo eseguito in presenza dei presupposti indicati nel secondo comma deve essere restituito.

Ai fini dell'applicazione di questo secondo precetto, occorre, dunque, che la società sia stata dichiarata fallita. Trattandosi di norma eccezionale, non sembra possibile, nel silenzio della legge, applicare la norma in oggetto a procedure concorsuali diverse dal fallimento.

Per quanto concerne il termine di un anno stabilito dal legislatore, devono applicarsi le regole ordinarie per il computo dei termini, dovendosi il termine anno interpretare alla lettera, senza alcuna possibilità di confonderlo con l'esercizio sociale.

4. Dal punto di vista dell'applicazione della norma in oggetto nel tempo, è necessario precisare come la stessa trovi applicazione unicamente a partire dal giorno 1 gennaio 2004, ma in relazione:

- a tutti i finanziamenti eseguiti a partire da tale data;
- a tutti i rimborsi eseguiti a partire da tale data da parte di una società che, nel momento in cui il finanziamento fu effettuato, anche se anteriormente all'entrata in vigore della legge, o addirittura alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, si trovava in una delle circostanze previste dal secondo comma.

ARTICOLO 2468

Il nuovo art. 2468 c.c., nel suo primo comma, individua i principali tratti tipologici della società a responsabilità limitata, collegando tra loro i due profili del divieto che le partecipazioni siano rappresentate da azioni e del divieto che le stesse costituiscano oggetto di sollecitazione all'investimento.

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

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

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

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

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

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

In primo luogo, pertanto, l'atto costitutivo può prevedere che, a fronte di conferimenti eguali, spettino partecipazioni percentuali diverse al capitale sociale, così come che, a fronte di conferimenti diversi, spettino partecipazioni eguali. Non si ravvisano al riguardo limitazioni per l'autonomia privata, al di là del divieto del patto leonino codificato nell'art. 2265 c.c., applicabile letteralmente alle sole società di persone, ma espressione, come già oggi pacificamente ritenuto in dottrina (22), di un principio generale applicabile a tutte le società (23).

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

La facoltà di derogare a tale seconda regola appare a prima vista più circoscritta, dal momento che l'art. 2468 comma 3, a sua volta, si limita a fare salva "la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili" (il comma 3 in questione costituisce l'oggetto del richiamo da parte dell'inciso iniziale del precedente comma 2, in quanto il richiamo al comma 4 quivi dettato costituisce una mera svista, derivante dalla soppressione, in sede di approvazione finale del d.lgs. 6/2003, dell'originario comma 3, a cui non ha purtroppo fatto seguito il necessario adeguamento del richiamo contenuto nel precedente comma 2).

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

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

preferibile accogliere una interpretazione estensiva dell'art. 2468 comma 3 c.c., tale da comprendere nella facoltà di deroga alla regola di proporzionalità tra partecipazione e diritto sociale anche le ipotesi da ultimo menzionate, riconducibili, la prima alla nozione di diritto riguardante l'amministrazione, la seconda alla nozione stessa di diritto agli utili (l'unica deroga alla regola di proporzionalità tra entità del conferimento ed esercizio del diritto sociale che pare inammissibile, anche a seguito dell'introduzione della riforma, riguarda, stando al tenore letterale dell'art. 2479 comma 5 nuovo testo, soprattutto confrontato con i due commi precedente e successivo, che aprono alla derogabilità da parte dell'atto costitutivo, il diritto di voto in sede di decisione dei soci, in ossequio al permanente tratto tipologico della società a responsabilità limitata come tipo capitalistico e, in definitiva, della stessa *governance* democratica della società).

In ogni caso, a prescindere dall'accoglimento di quest'ultima conclusione, è necessario sottolineare come la portata della deroga, che vale a distinguere in maniera significativa la società a responsabilità limitata dai tipi azionari, connotando decisamente la stessa in senso personalistico, dischiuda delle prospettive di applicazione rilevanti sotto entrambi i profili considerati dalla norma (24).

Dal punto di vista del diritto agli utili, diviene legittima quella indicazione nominativa della percentuale spettante a ciascuno dei soci, a prescindere dalla partecipazione di ciascuno al capitale sociale, attualmente nota nella prassi delle società di persone e ampiamente diffusa per la duttilità che in tal modo garantisce anche dal punto di vista della tassazione dei redditi in capo ai singoli soci (25).

Dal punto di vista dei "diritti riguardanti l'amministrazione", diviene possibile non solo la nomina degli amministratori al di fuori del meccanismo del voto e del passaggio attraverso una decisione dei soci ex art. 2479 c.c. nuovo testo, da tempo fortemente sollecitata dagli operatori, ma anche l'attribuzione di tale carica, da parte dell'atto costitutivo o di una sua successiva modificazione, direttamente e personalmente ad uno o più singoli soci o terzi (conclusione ulteriormente confermata dal nuovo testo dell'art. 2475 comma 1 c.c.) (26).

L'accentuazione in senso personalistico del tipo della società a responsabilità limitata appare ancora più evidente alla luce del disposto dell'art. 2468 comma 4. Tale norma, facendo salva sia una diversa previsione dell'atto costitutivo (alla stregua dell'attuale regola in tema di modificazioni dell'atto costitutivo delle società personali sancita dall'art. 2252 c.c.), sia, in ogni caso, la facoltà di recesso ex art. 2473 comma 1 nuovo testo, per il socio che non vi ha consentito, ove la modificazione maggioritaria sia "rilevante", prevede la regola della modificazione dei diritti di cui all'art. 2468 comma 3 precedente, anche laddove la modifica significhi esclusivamente il ritorno alla regola della proporzionalità, con il consenso di tutti i soci (così introducendo, per legge, una previsione specifica di decisione dei soci modificativa dell'atto costitutivo, da adottarsi pertanto ex art. 2479-bis c.c. mediante deliberazione assembleare, da prendersi non a maggioranza, bensì all'unanimità).

Nella sua versione originale, l'art. 2468 c.c. prevedeva un terzo comma secondo cui "la partecipazione di ciascun socio non può in nessun caso essere di ammontare inferiore ad un euro". In sede di definitiva approvazione del d.lgs. 6/2003, tale comma è stato puramente e semplicemente soppresso.

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

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

- l'avvenuta sostituzione, come unità-base della partecipazione, dell'importo di un euro al precedente importo di mille lire aveva imposto la necessità di concedere a tutte le società che, per effetto della conversione del capitale in euro, avevano formato delle quote espresse in decimali di euro, un termine ultimo (fissato attualmente al 31 dicembre 2004) per adeguare il valore nominale delle quote al nuovo importo, pure nella consapevolezza che tale operazione avrebbe determinato, in alcune ipotesi, arrotondamenti del valore percentuale della partecipazione tali da non tollerare una pura e semplice deliberazione assembleare maggioritaria (27);
- l'accentuazione del carattere personalistico della nuova società a responsabilità limitata non giustifica più il precetto secondo cui ogni quota di partecipazione deve costituire un multiplo di una determinata unità-base.

A seguito della soppressione dell'originario testo del comma 3 sopra riportato (opportuna, in quanto, in caso contrario, si sarebbe comunque dovuto rispettare il termine per l'adeguamento del valore nominale delle quote, attualmente fissato al 31 dicembre 2004, con tutte le conseguenti difficoltà operative (28), in quelle situazioni, tipiche delle società in cui taluno dei soci deteneva prima della conversione la partecipazione minima del valore nominale di lire mille, nelle quali l'avvenuta conversione ha determinato una o più quote di partecipazione del valore nominale inferiore ad un euro), viene meno anche l'obbligo che il valore nominale minimo della quota sia pari ad almeno un euro, con la conseguenza che tutta la legislazione concernente l'adeguamento all'euro del capitale sociale delle s.r.l. deve ormai ritenersi tacitamente abrogata.

L'art. 2468 c.c. contiene infine, nell'ultimo e quinto comma, alcune prescrizioni espresse, volte a colmare delle lacune rilevate in dottrina e dagli operatori nella normativa attuale, in tema di regime e calcolo delle maggioranze in caso di proprietà di una partecipazione (tutti i diritti devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo la maggioranza degli artt. 1105 e 1106 c.c., con riguardo agli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione della cosa comune, alla formazione di un regolamento della comunione, e alla delega ad uno o più partecipanti alla comunione, in tutto o in parte, del potere di amministrazione) e in tema di pegno, usufrutto e sequestro delle partecipazioni medesime (si applica il nuovo testo dell'art. 2352 c.c. in tema di società azionarie).

Quest'ultima prescrizione rende sostanzialmente superflua l'introduzione, avvenuta in sede di definitiva approvazione del d.lgs. 6/2003, dell'art. 2471-bis c.c., in tema appunto di pegno, usufrutto e sequestro della partecipazione (l'intero contenuto precettivo dell'articolo da ultimo introdotto si trovava già contenuto nell'inciso finale del comma in commento).

ARTICOLO 2469

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

La scelta legislativa di ribadire tale regola generale anche a seguito dell'introduzione di una nuova disciplina che ha fortemente accentuato i tratti personalistici del tipo sociale in esame, può sollevare qualche perplessità, anche alla luce delle diverse scelte operate da quei legislatori nazionali europei che hanno recentemente proceduto alla riformulazione delle regole concernenti la società a responsabilità limitata (29). E' infatti realistico ipotizzare che l'applicazione della regola generale, già oggi tutto sommato minoritaria, venga confinata, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, ai margini della prassi operativa.

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

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

L'atto costitutivo, poi, può subordinare la trasmissione delle partecipazioni a particolari limitazioni, quali il consenso da parte di tutti gli altri soci, oppure una clausola di gradimento, oppure ancora una clausola di prelazione.

La clausola di gradimento, a seguito della riforma, può essere concepita con il contenuto più vario; facendo giustizia di alcune tesi prospettate nel vigore dell'attuale disciplina da una parte della giurisprudenza onoraria, secondo cui, in nome della *par condicio* tra i soci, sarebbe illegittima, in base ai principi e pure in assenza di norme proibitive espresse sul punto, una clausola di mero gradimento che rimette il *placet* ad un organo sociale (30), il nuovo testo proposto, come si desume dall'art. 2469 comma 2, ammette espressamente non solo il c.d. gradimento mero rimesso ad un organo sociale (opportunamente definito, sciogliendo in gran parte l'enigma del precedente aggettivo, come il gradimento "senza previsione di condizioni o limiti"), ma anche il gradimento rimesso, anziché ad un organo sociale, ad uno o più soci o ad uno o più terzi.

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

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

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

In base alla formulazione della norma, sembra necessario ritenere che il diritto di recesso:

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

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

Un'ulteriore questione che sembra necessario porsi in merito alla nuova disciplina del trasferimento delle partecipazioni riguarda la legittimità, tenuto conto dell'avvenuta accentuazione del rilievo giuridico della posizione personale di ciascun singolo socio all'interno dell'organizzazione sociale, di una clausola dell'atto costitutivo che non operi nel rispetto della *par condicio* dei soci, ma che

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

Se, come sembra, tali clausole sono attualmente legittime nell'atto costitutivo di una società di persone, non si ravvisano ostacoli ad ammetterne la legittimità, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, anche per le società a responsabilità limitata, dal momento che il c.d. principio della par condicio tra i soci, già oggi fonte di complesse discussioni, risulta derogato in profondità dalla stessa legge, laddove si ammette, nell'art. 2468 comma 3 nuovo testo, l'attribuzione di specifici diritti amministrativi o patrimoniali direttamente in capo ad un singolo socio nominativamente individuato.

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

Se, da un lato, l'avvenuta accentuazione dell'aspetto personalistico che caratterizza nel complesso la nuova disciplina dovrebbe indurre a non modificare la regola attualmente affermata in giurisprudenza (occorre l'unanimità dei consensi per il caso di introduzione della clausola che limita la trasferibilità) o addirittura a rafforzarla (occorre l'unanimità dei consensi anche in caso di soppressione della clausola limitativa della trasferibilità), l'apertura all'autonomia privata che, dall'altro lato, caratterizza in maniera non meno significativa la nuova normativa induce, come impressione, a preferire la tesi che ritiene sufficiente, in tutti i casi ipotizzati, una deliberazione adottata a maggioranza, dal momento che la necessità di una deliberazione unanime in assenza di una espressa previsione della legge o dell'atto costitutivo appare, oggi, fuori dal sistema, in quanto lesiva della certezza del diritto e dall'autonomia privata dei soci (arg. anche ex art. 2468 comma 4 c.c.).

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

ARTICOLO 2470

L'art. 2470 c.c. nuovo testo:

- nei suoi primi due commi, riprende e razionalizza la disciplina della vicenda traslativa contenuta nell'attuale art. 2479 commi 2-3-4 c.c., così come modificata con l'entrata in vigore della l. 12 agosto 1993, n. 310 (c.d. legge Mancino); nella seconda parte dello stesso secondo comma, introdotto in sede di definitiva approvazione del d.lgs. 6/2003, richiama, per il caso di trasferimento a causa di morte della partecipazione, l'obbligo di depositare e iscrivere presso il registro delle imprese l'avvenuta trasmissione *mortis causa* richiamando, per quanto riguarda le modalità, la disciplina dettata per le corrispondenti vicende delle azioni;
- nel terzo comma introduce e disciplina una nuova regola di conflitto tra acquirenti da un medesimo autore di diritti incompatibili sulle stesse partecipazioni di società a responsabilità limitata;
- nei successivi commi dal quarto al settimo, riproduce senza variazioni la disciplina in materia pubblicitaria contenuta nell'attuale art. 2475-bis c.c. in tema di vicende concernenti la situazione di

unipersonalità della società, scegliendo una più opportuna collocazione sistematica delle relative norme.

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

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

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

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

Dal primo punto di vista, si deve prendere atto che il sistema di soluzione del conflitto dettato dall'art. 2644 c.c. in materia di diritti immobiliari prescinde completamente dallo stato soggettivo di buona o mala fede dell'acquirente e che tuttavia, come precisato nella minuta della relazione di accompagnamento, un sistema di soluzione del conflitto, su base meramente oggettiva avrebbe penalizzato, in contrasto con le esigenze del sistema, la circolazione dei titoli azionari, fondata sulle norme dettate per i titoli di credito e quindi anche sulla cd. *exceptio doli*, rispetto alla circolazione delle quote di s.r.l.; preso atto di ciò ci si deve altresì domandare quali conseguenze la nuova norma proposta potrà avere ai fini di garantire la sicurezza giuridica degli acquisti e degli stessi traffici giuridici (31).

Dal secondo punto di vista, invece, non basterà desumere in via interpretativa l'obbligo dell'ufficio di curare le iscrizioni seguendo in maniera rigorosa l'ordine di protocollazione delle pratiche, e quindi negando qualsiasi tipo di "corsia preferenziale" ad ogni atto potenzialmente coinvolto in una vicenda di conflitto tra acquirenti di partecipazioni sociali, ma occorrerà anche superare le difficoltà che deriverebbero inevitabilmente all'efficienza e allo stesso funzionamento del sistema dall'accumularsi, come accade oggi in numerosi uffici, di pratiche arretrate, protocollate ma non ancora iscritte, e quindi non ancora disponibili nel loro contenuto per la consultazione dai terminali remoti (32).

NOTE

- 1) Direttiva 77/91/CEE del Consiglio del 13 dicembre 1976, pubblicata in G.U.C.E. n. L 26 del 31 gennaio 1977, p. 1.
- 2) La modifica peraltro, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 6/2003, viene estesa anche alle società azionarie: cfr. art. 2346 comma 5 c.c. nuovo testo.
- 3) Non vale in contrario desumere argomenti dall'art. 2247 c.c. per affermare che ciascun socio deve comunque eseguire un proprio conferimento di beni o servizi, dal momento che la figura del contratto a favore di terzo ha portata generale, e vale ad integrare la definizione di ogni contratto, ivi incluso il contratto di società. Una significativa apertura nella direzione indicata dalla riforma nel vigore dell'attuale testo normativo si trova in Cass. 1 agosto 1994 n. 7160, in *Le Società*, 1995, p. 54 ss. (con nota di A. Montesano), secondo cui il negozio di sottoscrizione di un aumento di capitale di una Spa può costituire, come nel concreto caso all'esame, contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c.

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

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

- 4) 2. Tuttavia, le azioni emesse come corrispettivo di conferimenti non in contanti della costituzione della società o quando la società ottiene l'atto autorizzante l'inizio della propria attività devono essere interamente liberate entro cinque anni dalla costituzione della società o da quando essa ha ottenuto l'atto autorizzante."
- 5) Anche per le s.r.l. si porranno gli stessi problemi prospettati in dottrina per le società personali (es. conferibilità del proprio nome, di una posizione contrattuale in tutto o in parte ineseguita, di un know-how aziendale, etc.).
- 6) Nelle società di persone diverse dalla società semplice e regolarmente iscritte nel registro delle imprese, si può al più ipotizzare, pure con non poche perplessità, la legittimità di un conferimento di responsabilità personale illimitata a titolo solidale, senza beneficio di preventiva escussione; nelle s.r.l., invece, si può ipotizzare anche il conferimento di una responsabilità personale illimitata a titolo sussidiario.
- 7) L'unica portata operativa attribuibile alla norma consiste nel richiedere una formale modificazione dell'atto costitutivo, inserendo sul piano generale ed astratto la possibilità di aumenti del capitale con conferimenti non in danaro, prima che sia in concreto adottata la singola deliberazione di aumento con conferimenti in natura o di crediti.
- 8) La prescrizione dell'obbligo di versamento di almeno un quarto del conferimento in denaro (Geldeinlage) contestualmente alla sottoscrizione è dettata, per le società azionarie tedesche (Aktiengesellschaften), dal par. 36a Absatz 1 della legge azionaria tedesca (AktG, del 6 settembre 1965 e successive modificazioni).
- 9) Si tratta dell'art. 6 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, il cui testo è il seguente: "La sottoscrizione del capitale delle società per azioni, delle società in accomandita per azioni e delle società a responsabilità limitata può essere, in tutto o in parte, sostituita dalla stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria. Le forme di equivalenza tra polizza o fideiussione stipulate e capitale sottoscritto, in quanto fondo di garanzia e parametro operativo sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Sono esclusi da questa facoltà le banche e gli altri enti e società finanziari indicati nell'articolo 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87, e successive modificazioni, nonché le imprese di assicurazione". Tale precetto deve intendersi tacitamente abrogato, ex art. 15 preleggi, per effetto dell'entrata in vigore della legge delegata di riforma del diritto societario, in quanto successiva e destinata a regolare l'intera materia in oggetto.

- 10) La principale perplessità consiste nella facoltà, testualmente ammessa dalla disposizione, di sostituire non solo il “versamento”, ma la stessa “sottoscrizione del capitale sociale”.
- 11) Per un approfondimento sulla polizza fideiussoria, cfr. N. CIACCIA, *Le polizze fideiussorie*, in NGCC N. 4/2002, pt. II, p. 329 ss.
- 12) In caso di prestazione da parte di un socio di tale polizza o fideiussione, sarà pertanto opportuno che l’atto costitutivo preveda espressamente un termine dell’obbligazione pecuniaria di conferimento compatibile, ovvero non superiore, alla durata della garanzia offerta.
- 13) Cfr., per tutti, F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, Torino, 2001.
- 14) Sorge il dubbio, da risolvere sulla base delle concrete caratteristiche del singolo caso ed alla luce della finalità legislativa prospettata, che la garanzia sia dovuta anche in caso di conferimento di c.d. *know-how*.
- 15) L’art. 2464 comma 6 nuovo testo c.c. precisa che “gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d’opera o di servizi a favore della società” devono essere garantiti “per l’intero valore ad essi assegnato”. Si tratta di stabilire, alla luce di tale scelta normativa:
- in primo luogo, se l’autonomia privata possa non tenere conto di una parte del valore attribuito dal perito al conferimento al fine, fermo l’obbligo del socio, di non imputarlo a capitale e di non considerarlo neppure a titolo di sovrapprezzo;
 - in secondo luogo, se sia legittimo ipotizzare che la fideiussione e la polizza, parlando la legge di “valore assegnato” e non di “valore attribuito” (con ciò lasciando intendere il compimento di un’attività negoziale da parte dei soci), possa coprire la sola parte del valore peritale imputata a capitale e non anche quella considerata come sovrapprezzo.
- Ove non sia consentito rispondere affermativamente ad una almeno di tali due questioni, come sembra preferibile per conservare l’impianto rigoroso del sistema, è possibile dubitare altresì dell’appetibilità dell’istituto e della sua effettiva diffusione al di fuori di prestazioni lavorative “di nicchia”, non essendo realistico da un lato ipotizzare obblighi di prestazione attenuati rispetto al reale impegno lavorativo richiesto al socio, dall’altro fideiussioni o polizze di importo troppo elevato in relazione alle possibilità economiche del lavoratore.
- 16) Come risulta confermato dal nuovo testo dell’art. 2466 c.c., il conferimento d’opera ex art. 2464 comma 6 nuovo testo c.c., presuppone un rapporto di durata con possibilità di inadempimento da parte del socio.
- Pure nel silenzio dell’art. 2472 nuovo testo c.c. in merito, sembra possibile, grazie alla obbligatoria prestazione della fideiussione o polizza, assimilare tale fattispecie a quella del conferimento in denaro, ritenendo che l’obbligo (tutte le volte in cui la relativa prestazione è fungibile) e la relativa garanzia siano oggetto di un “accollo ex lege” da parte dell’eventuale acquirente della quota.
- 17) Cfr., per tutti, le tesi riportate in A. PISANI MASSAMORMILE, *I conferimenti nelle società per azioni – Acquisti “pericolosi” Prestazioni accessorie – artt. 2342-2345 c.c.*, Il Codice Civile Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 292 ss.
- 18) Trova invece ingiustificato il mancato richiamo all’art. 2343 commi 3 e 4 c.c., e propone pertanto un’applicazione analogica della corrispondente normativa in tema di s.p.a., V. SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, p. 5 ss.
- 19) Il mancato richiamo deriva anche dalla considerazione che nella s.r.l., non essendovi una ripartizione di competenze prestabilite tra soci ed amministratori, appare inopportuno prevedere direttamente da parte della legge obblighi specifici in carico agli amministratori riferiti ad un’attività di gestione che il singolo atto costitutivo può legittimamente rimettere ai soci stessi ex art. 2479 comma 1 nuovo testo c.c. .
- 20) La materia è attualmente disciplinata, sotto la rubrica di “Restituzione dei prestiti” (Rueckgewaehr von Darlehen), dal § 32a AktG del 1965 con successive modificazioni (legge organica in materia di società per azioni).
- 21) Cfr., § 32a, Absatz 2 AktG.
- 22) Cfr., per tutti, N. ABRIANI, *Il divieto del patto leonino : vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

31) Costituisce pertanto questione da risolvere quella relativa alla verifica cui è tenuto l'acquirente in merito alla legittimazione del dante causa, non essendo sufficiente il titolo iscritto anteriormente, ma essendo altresì richiesta l'esistenza dello stato di buona fede. A tale riguardo, occorre inoltre stabilire se lo stato di buona fede debba essere dimostrato o possa presumersi, conformemente a quanto previsto dall'art. 1147 comma 3 c.c. , e se alla mancanza di buona fede debba equipararsi la colpa grave.

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

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