

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

I

DELLE MODIFICAZIONI DELL'ATTO COSTITUTIVO

(Artt. 2480 – 2483-bis).

Giuseppe Iannello notaio in Parma

1. Considerazioni generali.

La disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo delle s.r.l. dettata dalla riforma è compiuta ed autosufficiente, sebbene non manchino – come per altri casi – norme di rinvio alla disciplina delle s.p.a. (1).

Le norme della riforma non ripropongono in alcun caso - per la s.r.l. - la distinzione tra atto costitutivo e statuto (2); distinzione che rimane invece per le s.p.a., per le quali l'art. 2328 sancisce anzi la prevalenza delle norme contenute nello statuto nel caso di contrasto con quelle dell'atto costitutivo.

Tale circostanza, tuttavia, non sembra togliere valore all'attuale impostazione dottrinale, secondo cui l'uno e l'altro documento – per prassi sempre normalmente scorporati sul piano formale, per esigenze di ordine e di praticità – integrano insieme il “*contratto di società*” (3).

Il fatto che non sia più menzionato, nella disciplina delle s.r.l., il termine “statuto” - a parte il caso del rinvio dell'art. 2480 all'art. 2436 - non importerà, pertanto, il divieto di separare sul piano documentale l'atto costitutivo dallo statuto - che conserverà utilità pratica proprio ai fini dell'adempimento dell'obbligo di deposito dell'atto costitutivo modificato appena richiamato - essendo piuttosto indice della volontà del legislatore della riforma di rafforzare il carattere personalistico della s.r.l. e di avvicinarla alle società di persone, in applicazione del principio di cui all'art. 3, lett. a) della Legge delega n. 366/2001, che ha richiesto a riguardo al legislatore delegato “*.. un autonomo ed organico complesso di norme ... modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci*”.

Non sarà pertanto vietato allegare all'atto costitutivo della s.r.l. un documento separato che contenga le “norme relative al funzionamento della società”, così come non è obbligatorio, d'altra parte, redigere separatamente l'atto costitutivo e lo statuto di una s.p.a. (art. 2328. 2° co.); continuerà quindi ad avere rilevanza la distinzione tra indicazioni – contenute nel “contratto sociale” – che hanno valore (sino ad oggi diremmo senz'altro) “statutario” e indicazioni che tale valore non hanno, la cui variazione, cioè, non implica modificazione dell'atto costitutivo in senso tecnico e, quindi, l'adozione del procedimento speciale per esse previsto; ciò che vale in particolare per le indicazioni relative:

- alle persone dei soci fondatori, degli amministratori, dei sindaci o del revisore dei conti;

- all'indirizzo, in relazione alla sede sociale;
 - alla natura dei conferimenti;
 - all'entità delle quote di conferimento e di partecipazione;
- destinate – naturalmente – a variare nel corso della vita sociale.

2. Modificazioni soggettive del contratto sociale

Qualche attenzione merita in particolare, sotto il profilo appena considerato, la variazione delle persone dei soci conseguente al trasferimento della quota di partecipazione, poiché si potrebbe pensare – proprio in ragione dell'accentuata considerazione dell'elemento personalistico nelle s.r.l. – che tale variazione comporti in ogni caso una modificazione soggettiva del contratto sociale, alla stregua di quanto avviene per le società personali, ed implichi quindi l'adozione del procedimento previsto per le modifiche dell'atto costitutivo.

Tale preoccupazione, però, è senz'altro infondata.

Risolutiva, in questo senso, è la disposizione dell'art. 2469, 1° comma, che continua a prevedere come naturale la libera trasferibilità delle quote di partecipazione, evidentemente incompatibile con l'idea che la modificazione soggettiva del contratto sociale, che ne deriverebbe, sia rimessa alla volontà della maggioranza dei soci prevista dall'art. 2479-bis, 3° comma.

Depongono inoltre in questo senso:

- a) il fatto che la disciplina del trasferimento delle partecipazioni sociali, che ricalca – sia pure con importanti novità – quella attualmente in vigore, è autonoma rispetto a quella concernente le modificazioni dell'atto costitutivo: alla prima sono dedicati, infatti, gli artt. 2469 e 2470, mentre si riferiscono alla seconda gli artt. 2479, 2479-bis e 2480, che regolano la competenza, il procedimento, la pubblicità e gli effetti delle delibere modificative;
- b) l'inconciliabilità, per taluni aspetti, delle discipline indicate: sotto il profilo formale, visto che le norme richiamate parlano di “deliberazioni” o “decisioni” (artt. 2479-2480) per le modificazioni dell'atto costitutivo, e di “atto di trasferimento” (art. 2470) come strumento per la circolazione delle quote di partecipazione; e sotto il profilo dell'efficacia delle due diverse vicende, essendo quella delle prime ricollegata – per tutti: soci, società e terzi - all'iscrizione della decisione nel registro delle imprese (artt. 2436-2480), e quella del trasferimento – almeno per quanto riguarda l'opponibilità alla società - all'iscrizione nel libro dei soci (art. 2470);
- c) l'iscrizione del trasferimento nel libro soci, infine, ha luogo verso esibizione del titolo (e del deposito) da cui risulti il *trasferimento* (art. 2470, 2° comma), e non anche la nuova compagine ovvero il nuovo testo del contratto sociale.

La riforma – pertanto - non innova il regime di circolazione delle partecipazioni delle s.r.l..

Va fatta, tuttavia, un'importante precisazione che riguarda i casi in cui l'atto costitutivo preveda - ai sensi dell'art. 2468, 3° comma – l'attribuzione a singoli soci di particolare diritti riguardanti l'amministrazione o la partecipazione agli utili: perché in questo caso sarà necessario che l'atto costitutivo chiarisca in maniera inequivocabile:

- se i soci abbiano voluto attribuire tali diritti al socio avendo riguardo alla sua considerazione personale, ovvero
- se essi abbiano voluto costituire una particolare categoria di quote di partecipazione, se ed in quanto si ritenga ammissibile la possibilità di configurare appunto “categorie di quote”;

con la conseguenza che soltanto in quest'ultimo caso – e non anche nel primo – i particolari diritti di cui abbiamo detto ineriscono alla quota e circolano con essa.

Va detto che, verosimilmente, nei casi in cui l'atto costitutivo contenga l'attribuzione a singoli soci di tali particolari diritti, la trasferibilità della relativa partecipazione sarà esclusa o comunque sottoposta a particolari limiti, sicchè semmai la modificazione dell'atto costitutivo costituirà un "*prius*" rispetto al trasferimento della partecipazione sociale piuttosto che un suo effetto, nel senso che sarà frutto di un accordo tra i soci che sarà eseguito prima – ed in funzione – della programmata cessione.

Ove l'atto costitutivo nulla precisi a riguardo, tali "particolari diritti" dovranno ritenersi senz'altro intrasmissibili, sia perché sicuramente "personali" – essendo essi destinati, per definizione, a "singoli soci" evidentemente in considerazione della loro specificità – sia perché essi non sono modificabili – altrettanto evidentemente, neanche sotto il profilo soggettivo - senza il consenso di tutti i soci, ai sensi art. 2468, 4° comma.

Quest'ultima norma, tuttavia, fa salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo a riguardo, e sembra quindi autorizzare una previsione statutaria che renda possibile una modificazione dei diritti stessi, anche sotto il profilo del soggetto titolare, pure in mancanza di tale consenso. E del resto, c'è da chiedersi se, pure in mancanza di tale diversa disposizione, i "particolari diritti" in questione non possano essere trasferiti all'acquirente dalla quota cui ineriscono ove all'atto di trasferimento intervengano appunto tutti gli altri soci per prestare il loro consenso.

3. Competenza

Le modificazioni dell'atto costitutivo sono "riservate" alla competenza dei soci.

In questi termini si esprime l'art. 2479, 2° comma, e l'affermazione si giustifica in ragione della possibilità che la nuova disciplina attribuisce ai soci, di "ripartire" con ampia autonomia - in sede di costituzione – le competenze tra i soci e gli amministratori (4).

Nella materia in oggetto, quindi, l'autonomia di cui parliamo rimane limitata, essendo la riserva di competenza a modificare l'atto costitutivo inderogabile, salve le eccezioni di cui parleremo avanti.

L'art. 2480 c.c. conferma questo concetto, precisando peraltro le modalità con cui dovrà essere esercitata la competenza dei soci a riguardo (5).

Va notato che la riforma supera – per le s.r.l. - la tradizionale distinzione tra l'assemblea **ordinaria** e l'assemblea **straordinaria**, fondata sulla natura degli argomenti che essa va di volta in volta a trattare, secondo la distinzione che ne fanno gli attuali artt. 2364 e 2365, applicabili alle s.r.l. per il richiamo dell'art. 2486, 2° comma, e mantenuta per le s.p.a. nella nuova disciplina (artt. 2364 e 2364-bis e 2365).

Il progetto di riforma parla adesso sempre di "decisioni dei soci", e però mantiene una distinzione tra le varie modalità procedurali utilizzabili secondo le previsioni dell'art. 2479, dipendente dalla materia da trattare.

Le "decisioni dei soci" che modificano l'atto costitutivo, infatti, devono essere assunte in ogni caso in "sede assembleare": art. 2479, 4° comma.

Ciò significa che, anche quando l'atto costitutivo ammetta la possibilità che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, secondo quanto consente l'art. 2479, 2° comma, quelle attinenti le modificazioni dell'atto costitutivo –

previste dal primo comma, n. 4 (e 5) dello stesso articolo – devono comunque essere assunte nel rispetto del metodo collegiale, e quindi delle regole di contestualità di tempo (se non di luogo, ove si ritenga ammissibile per le s.r.l. la teleconferenza, testualmente prevista per le s.p.a.: art. 2370, u.c.), e di procedura da tale metodo imposte, e previste ora dall'art. 2749-bis (convocazione, mediante raccomandata spedita almeno otto giorni prima, o comunque con modalità tali da assicurare ai soci la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare; conduzione della riunione a cura del presidente; verifica del diritto all'intervento etc.; sulle quali torneremo in seguito).

In materia di competenza, tuttavia, si registrano per la s.r.l. tre novità rilevanti, con l'introduzione di casi in cui la modificazione dell'atto costitutivo può derivare da decisioni degli amministratori o da provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Infatti:

- a) anche per le s.r.l. sarà possibile che l'atto costitutivo, o una sua successiva modificazione, attribuisca agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale (art. 2481 c.c.); si tratta della delega agli amministratori attualmente prevista per le s.p.a. dall'art. 2443, non applicabile analogicamente alle s.r.l. secondo la dottrina e la giurisprudenza;
- b) l'ultimo comma art. 2482-bis prevede, richiamando l'art. 2446, u.c., la delegabilità agli amministratori, ad opera dell'atto costitutivo o sua modificazione, della decisione relativa alla riduzione del capitale sociale per effetto di perdite;
- c) infine, in caso di inerzia dell'assemblea nel procedere alla riduzione del capitale per perdite, il tribunale, su istanza di qualsiasi interessato, con proprio decreto può disporre la predetta riduzione, ex art. 2482 bis c.c.

4. Il procedimento (art. 2479-bis)

E' stabilito dall'art. 2479-bis, che precisa quali debbano essere le modalità di convocazione, le modalità d'intervento dei soci (anche per quanto attiene alla possibilità di farsi rappresentare), il luogo dove essa debba tenersi, le regole sulla direzione dell'adunanza (presidenza, verifica della regolarità della costituzione, accertamento dell'identità e legittimazione ad intervenire etc.), con norme ampiamente dispositive (6).

5. Quorum costitutivi e quorum deliberativi

La deliberazione di modifica dell'atto costitutivo – salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo – deve essere adottata con il voto favorevole della maggioranza assoluta del capitale sociale presente in assemblea, che rappresenti almeno la metà del capitale sociale (art. 2479 bis, 3° comma).

Questa deve ritenersi la corretta interpretazione della disposizione in oggetto, nonostante la sua infelice formulazione che sembrerebbe autorizzare (7) l'interpretazione secondo cui le delibere aventi gli oggetti di cui ai nn. 4) e 5) dell'art. 2479 possano essere adottate senz'altro con "*voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale*"; interpretazione che condurrebbe all'assurda conclusione secondo cui, pure in presenza dei soci rappresentanti l'intero capitale sociale, la deliberazione sarebbe adottata col voto favorevole della metà del capitale stesso anche ove l'altra metà manifestasse voto contrario.

Il quorum è minore di quello previsto dall'attuale art. 2486 c.c. (pari ad almeno due terzi del capitale sociale), e sarà comunque possibile che l'atto costitutivo disponga diversamente, richiedendo maggioranze minori o maggiori, sino all'unanimità, secondo quanto ammettono attualmente la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza.

6. Il deposito e l'iscrizione della deliberazione. Il controllo di legalità notarile

La delibera di modificazione dell'atto costitutivo di s.r.l. deve essere depositata ed iscritta presso il registro delle imprese a norma dell'art. 2436.

Il richiamo a tale norma, dettata per le s.p.a., implica la necessità che il verbale dell'adunanza e delle relative deliberazioni sia redatto dal notaio (8), il quale "entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge" ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese contestualmente al deposito, allegando le autorizzazioni eventualmente necessarie in ragione dell'oggetto della deliberazione stessa.

La norma rimette al notaio il controllo di legittimità della deliberazione negli stessi termini introdotti nell'ordinamento dall'art. 32 della Legge 24-11-2000, n. 340, con due importanti novità:

- da una parte, infatti, viene meno la legittimazione di "ciascun socio" a ricorrere al tribunale per l'omologazione quando, avendo il notaio comunicato il rifiuto di procedere all'iscrizione, non vi provvedano gli amministratori;
- dall'altra, viene espressamente introdotta la facoltà per gli amministratori di optare, nella stessa circostanza, per la decisione di convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti ovvero di non assumere alcuna iniziativa, lasciando cadere la deliberazione che diventerà perciò definitivamente inefficace.

Per il resto, è possibile rimandare all'elaborazione dottrinale sin qui prodotta, per quanto attiene al procedimento e soprattutto alla natura delle invalidità – annullabilità o nullità o entrambe - che impongano al notaio di rifiutare l'iscrizione della deliberazione, rimettendo agli amministratori la valutazione sull'opportunità del ricorso al tribunale per l'omologazione.

Ricordiamo che la più recente giurisprudenza, anche di legittimità (9), è in generale per la tesi secondo cui il Notaio risponde ex art. 28 L.N. soltanto nel caso di ricevimento di atti affetti da nullità assoluta, e - con specifico riguardo al caso di ricevimento di verbali di assemblea straordinaria di società – ha sostenuto che la responsabilità notarile in materia si atteggi in maniera particolare, essendo necessario distinguere tra "*materia destinata a costituire oggetto della deliberazione dell'assemblea secondo quanto risulti dall'avviso di convocazione*" e "*contenuto della deliberazione*", per concludere che, ove risulti dall'avviso di convocazione che la deliberazione dell'assemblea darebbe luogo ad un atto nullo il notaio dovrà rifiutare la verbalizzazione, mentre tale rifiuto non potrebbe opporre ove nullo fosse per prospettarsi il contenuto della deliberazione concretamente assunta, salvo il dovere di richiamare l'attenzione su tale nullità.

Si tratta di pronuncia anteriore all'entrata in vigore della legge richiamata, la cui portata peraltro – insieme all'elaborazione teorica sull'argomento - dovrà essere verificata alla luce della nuova disciplina delle invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.r.l., di cui all'art. 2479-ter, che in generale appare orientata – anche per le s.p.a. - nel senso di contenere il più possibile l'efficacia invalidante dei vizi non solo procedurali, attraverso la previsione di tempi stretti per l'impugnativa e di molteplici possibilità di sanatoria (10), affidando piuttosto al risarcimento del danno procurato ai soci o a terzi dalle deliberazioni invalide il compito di riparare alla lesione degli interessi tutelati dalle disposizioni di legge o di statuto violate.

Questo non significa che il controllo di legalità notarile possa intendersi limitato alla verifica dell'osservanza delle norme dirette a garantire il diritto all'informazione (essendo prevista la nullità

per mancanza assoluta di informazione) ovvero della liceità e possibilità della decisione o della liceità e possibilità delle attività indicate come oggetto sociale - sicuramente nulle ex art. 2479-ter, 4° comma, e per le quali peraltro potrebbe porsi addirittura il problema di negarne la verbalizzazione, nell'esercizio di un controllo preventivo - dovendo tale controllo sicuramente estendersi a tutela delle norme inderogabili, quali, ad es., quelle dirette a garantire il diritto dei soci ad essere informati, il diritto di partecipare alle decisioni ed alla gestione secondo le norme di legge e di statuto, che possano risultare violate da deliberazioni che, pure dovendo essere verbalizzate, tuttavia legittimino il rifiuto di iscrizione.

7. L'efficacia delle decisioni modificative. L'efficacia costitutiva dell'iscrizione.

Qui occorre sottolineare quale novità rilevante l'efficacia che la legge di riforma assegna all'iscrizione della deliberazione, che diviene "costitutiva" degli effetti, con un'inversione totale rispetto a quanto attualmente previsto, essendo oggi tale efficacia sempre dichiarativa, ad eccezione di quella che riguarda l'atto costitutivo e la deliberazione di emissione di obbligazioni (11).

Fino ad oggi, infatti, sulla base del combinato disposto degli artt. 2436, 2411 e 2494 c.c., la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente, anche di legittimità, hanno sostenuto la tesi della immediata efficacia della deliberazione assembleare; il comma 6° dell'art. 2436 c.c. (nuovo testo) dice ora espressamente che la deliberazione modificativa dell'atto costitutivo "*non produce effetti se non dopo l'iscrizione*" nel registro delle imprese.

Ricordiamo infine – per concludere queste notazioni generali – che l'art. 2494 cod. civ. vigente rinvia sia all'art. 2436 c.c. sia all'art. 2437 c.c., che riguarda il diritto di recesso dei soci dissenzienti rispetto alle deliberazioni di cambiamento dell'oggetto sociale o del tipo di società o di trasferimento della sede sociale all'estero; materia che nel progetto di riforma ha una sua disciplina compiuta (all'art. 2473).

8. Le deliberazioni modificative più rilevanti

La sezione relativa alle modificazioni dell'atto costitutivo contiene norme specifiche dedicate alle deliberazioni di:

- a) aumento del capitale sociale – a pagamento e gratuito;
- b) di riduzioni del capitale sociale, volontaria e per perdite;
- c) di emissione di titoli di debito;

che andremo ora ad esaminare brevemente.

9. L'AUMENTO DI CAPITALE (artt. 2481-2481-ter).

9.1. L'aumento delegato

La novità più rilevante introdotta dalla legge di riforma in materia consiste nella possibilità che l'aumento del capitale sociale possa essere deliberato, oltre che dall'assemblea dei soci, dagli amministratori, a condizione che ciò sia previsto dall'atto costitutivo o da una sua successiva modificazione..

In particolare, a norma dell'art. 2481, 1° comma, “*l'atto costitutivo può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale, determinandone i limiti e le modalità di esercizio*”..

E' noto che allo stato la dottrina assolutamente maggioritaria nega la possibilità di applicare analogicamente alle s.r.l. l'art. 2443 c.c., che non è richiamato dall'art. 2495 c.c., in considerazione del più stretto contatto fra i vari organi e per la più diretta partecipazione dei soci alla gestione sociale, propri di questo tipo di società.

Il legislatore della riforma, peraltro, non si limita ad ammettere per la s.r.l. l'aumento di capitale delegato, ma detta una disciplina per certi aspetti singolare e più liberale rispetto a quella dettata dal nuovo art. 2443 per le s.p.a..

Infatti, il nuovo testo della norma da ultimo richiamata, prevede che la facoltà di aumentare il capitale sociale:

- possa essere esercitata dagli amministratori in una o più volte;
- sino ad un ammontare che la disposizione attributiva della facoltà stessa deve predeterminare;
- debba essere esercitata entro il limite temporale massimo di cinque anni decorrenti dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo della società o della deliberazione che modifica l'atto costitutivo..

Al contrario, l'art. 2481 c.c., 1° comma, dettato per le s.r.l., rimette ai soci il potere di stabilire nell'atto costitutivo le condizioni cui gli amministratori dovranno attenersi nell'esercizio della facoltà ad essi delegata, e ciò sia per quanto attiene ai limiti quantitativi (dell'aumento) e temporali, che alle modalità di esercizio della delega.

Così, l'atto costitutivo potrebbe conferire agli amministratori ampia discrezionalità nella scelta delle *modalità di attuazione* dell'aumento di capitale, autorizzandoli a deliberare l'aumento e lasciandoli, al contempo, arbitri di decidere se i sottoscrittori (al limite anche estranei alla compagine sociale) dovranno eseguire il conferimento in danaro ovvero in natura.

Si badi, tuttavia, che tale facoltà di scelta deve essere attribuita *esplicitamente* nella delibera di delega, e dovrà ovviamente articolarsi nell'ambito delle modalità previste in generale dall'atto costitutivo per l'attuazione degli aumenti di capitale; il che vale, in particolare, per la possibilità di attuare l'aumento anche mediante offerta di sottoscrizione a terzi e mediante conferimenti in natura.

Pertanto, gli amministratori non potranno consentire il conferimento di beni in natura né escludere o limitare il diritto di sottoscrizione dei soci avvalendosi della eventuale clausola statutaria che in generale contempra tali possibilità, essendo altresì necessario che la disposizione di delega attribuisca specificamente tali facoltà (cfr. art. 2481 bis).

La delega all'aumento di capitale potrà essere conferita agli amministratori anche con successiva modifica dell'atto costitutivo.

L'art. 2481-bis non contempla espressamente questa possibilità, che è invece prevista nell'art. 2443, in materia di s.p.a.; ma la mancata previsione espressa si giustifica proprio in ragione della maggiore autonomia attribuita ai soci di s.r.l. in ordine al contenuto della delega ed in particolare alla mancata previsione di un limite temporale di esercizio, mentre per le s.p.a. essa è necessaria

perchè, una volta stabilito che la delega deve essere contenuta nel termine di cinque anni, poteva sorgere il dubbio che – decorso il termine – la delega non fosse riproponibile.

Data questa possibilità, e la possibilità che l'aumento delegato possa essere liberato con conferimento in natura, anche da parte di terzi, con conseguente esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci, nasce un nuovo problema interpretativo.

L'art. 2481 bis c.c. attribuisce ai soci il diritto di recesso nell'ipotesi in cui l'aumento di capitale sia aperto anche a soggetti estranei alla compagine sociale.

Ebbene, in caso di aumento delegato il recesso può essere esercitato per il solo fatto che la delibera modificativa dell'atto costitutivo attribuisca agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale anche mediante conferimenti da parte di terzi?

Considerato che gli amministratori potrebbero non esercitare la delega, bisogna ritenere che il diritto di recesso del socio diverrà attuale quando gli amministratori provvederanno effettivamente ad aumentare il capitale sociale.

Procedimento

In caso di aumento delegato – e ove l'amministrazione sia affidata a più persone - la relativa decisione è di competenza del Consiglio di amministrazione (art. 2475, u.c.); essa “*deve risultare da verbale redatto, senza indugio, da notaio, deve essere depositata ed iscritta a norma dell'art. 2436 c.c.*” (art. 2481).

La lettura coordinata delle norme appena richiamate lascia intendere che la decisione debba essere adottata dagli amministratori secondo le regole del metodo collegiale, anche quando l'atto costitutivo preveda che l'amministrazione sia esercitata disgiuntamente o congiuntamente (con applicazione degli artt. 2257 e 2258 c.c.) e che le decisioni possano essere adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto; sicchè essa potrà essere adottata, anche in quei casi, col voto favorevole della maggioranza degli amministratori, ed all'esito di una riunione ritualmente convocata e diretta, essendo gli altri sistemi di decisione incompatibili con la richiesta verbalizzazione notarile, preordinata peraltro al controllo di legalità di cui all'art. 2436.

L'art. 2481, prevedendo che il verbale notarile deve essere redatto *senza indugio*, sembra accogliere l'opinione secondo cui il momento della verbalizzazione non deve coincidere necessariamente con il momento dell'accertamento del fatto da documentare (si veda pure l'art. 2375).

Conseguentemente, il notaio potrà procedere alla redazione del verbale anche dopo lo scioglimento della riunione, purché entro un ragionevole lasso di tempo, corrispondente al massimo a quello necessario per l'adempimento dei conseguenti obblighi di deposito ed iscrizione della deliberazione.

9.2. L'aumento di capitale mediante nuovi conferimenti (art. 2481 bis)

a) Condizioni..

Il testo attualmente in vigore dell'art. 2438 c.c., richiamato per le s.r.l. dall'art. 2495 c.c., vieta l'emissione di nuove partecipazioni sociali fino a quando quelle emesse non siano state interamente liberate.

Nonostante l'infelice formulazione della norma, la dottrina maggioritaria ritiene che il precetto normativo vieti non solo l'esecuzione della deliberazione di aumento del capitale sociale, ma anche la sua adozione.

La tesi si fonda, da un lato sulla ratio della norma, rappresentata dall'esigenza di evitare che la società ricorra a nuovo capitale di rischio ove è possibile richiamare i decimi residui, e dall'altro, sulla lettera dell'art. 2420 bis c.c..

Tale norma infatti prevede espressamente che la deliberazione di emissione di un prestito obbligazionario convertibile non può essere *adottata* se il capitale sociale non è stato integralmente versato.

Innovando sul punto, l'art. 2481, comma 2° del p.d.f., consente alla società di aumentare il capitale sociale, pur in pendenza dell'esecuzione di conferimenti ancora dovuti. Tuttavia, in tal caso, gli amministratori non potranno collocare le nuove partecipazioni sociali fin quando i soci non avranno integralmente effettuato i conferimenti ancora dovuti (12).

Analoga prescrizione è contenuta nel testo novellato dell'art. 2438 c.c. per le s.p.a..

E' rimasto invece invariato l'art. 2420 bis c.c..

b) Il diritto di sottoscrizione.

L'art. 2481 bis stabilisce che *“in caso di decisione di aumento di capitale sociale mediante nuovi conferimenti spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute”*.

Tale **“diritto di sottoscrizione”** riconosciuto ai soci della s.r.l. non è, quanto al contenuto, un diritto diverso dal **diritto di opzione** contemplato dall'art. 2441 c.c., i cui commi primo e quarto (13) sono applicabili alle s.r.l. in forza del richiamo di cui all'art. 2495 c.c..

Il diritto di opzione consiste, infatti, nel diritto – spettante a ciascun socio (o possessore di obbligazioni convertibili in azioni) – di sottoscrivere le azioni o quote di nuova emissione in proporzione alle azioni o quote (o obbligazioni convertibili) possedute, ed ha quindi contenuto corrispondente alla definizione del *“diritto di sottoscrizione”* che dà il nuovo art. 2481-bis.

Uguale, evidentemente, è **la funzione**, che si rinviene tradizionalmente nello scopo di:

- evitare che l'aumento del capitale sociale produca – a causa della sottoscrizione di esso da parte di estranei alla compagine sociale – una alterazione delle partecipazioni sociali, e quindi una riduzione della misura in cui ciascuno dei vecchi soci partecipa alla formazione della volontà sociale ed alla distribuzione degli utili (14);
- evitare, di conseguenza, una possibile riduzione o perdite dei diritti connessi ad una determinata percentuale di partecipazione al capitale;
- consentire al socio di effettuare ulteriori investimenti di capitali nella società, e di evitare – soprattutto in caso di emissione di nuove azioni o quote al valore nominale – che altri si giovino del maggior valore del patrimonio sociale, costituito con utili prodotti negli esercizi anteriori (15);
- proteggere i soci da possibili abusi degli amministratori nella collocazione delle nuove quote di partecipazione e di quelle rimaste inoptate (16).

La disciplina del diritto di sottoscrizione riconosciuto ai soci della s.r.l. si presenta completa e sostanzialmente diversa da quella dettata dal nuovo art. 2441 con riferimento al diritto d'opzione nelle s.p.a..

Alla differenza terminologica, cioè, corrisponde una differenza sostanziale, evidentemente nascente dalla più volte ricordata valorizzazione dell'elemento personalistico attuata dal legislatore della riforma con riferimento alle s.r.l.

Tale caratterizzazione, infatti, ha portato ad un forte rafforzamento di tale diritto in capo al socio, che si presenta ora ancora più strettamente collegato alla partecipazione sociale.

La nuova disciplina, infatti, attribuisce senz'altro al socio tale diritto di sottoscrizione.

L'atto costitutivo può prevedere – e non per tutti i casi – che l'aumento di capitale possa essere attuato “*anche*” mediante offerta delle nuove quote a terzi.

Ove quindi tale previsione statutaria manchi, la possibilità dell'ingresso in società di terzi, a seguito di aumento del capitale sociale, dovrà ritenersi assolutamente esclusa.

Ove invece tale possibilità sia prevista in via generale, spetta al socio che “*non abbia prestato il proprio consenso alla decisione*” – e quindi anche al socio astenuto – il diritto di recedere dalla società.

Non sarà più corretto parlare – come pure fa la relazione di accompagnamento al progetto – di “*esclusione o limitazione del diritto di opzione*”, almeno nel senso in cui ne trattiamo attualmente ed in cui se ne tratterà per le s.p.a.; perché l'ottica risulterà invertita, e bisognerà verificare volta per volta se è ammessa – in via generale, per la presenza di un apposita clausola dell'atto costitutivo, ed in concreto, sulla base della decisione adottata dai soci – la possibilità che l'aumento di capitale sia attuato - in tutto o in parte – anche con l'offerta di sottoscrizione a terzi.

Il socio che non abbia consentito a tale decisione, inoltre, non sarà costretto a subire la limitazione o esclusione del suo diritto di sottoscrizione, qualunque sia – è da ritenere – l'interesse sociale che lo esige, poiché egli potrà in questo caso esercitare il diritto di recesso.

Credo che questa interpretazione si imponga anche nel caso di aumento di capitale che debba attuarsi mediante conferimento in natura.

Ai sensi del 2° comma dell'art. 2481-bis, l'assemblea ha facoltà di stabilire che le partecipazioni eventualmente rimaste inoperte possano essere offerte in sottoscrizione ai soci oppure a terzi, disciplinandone le modalità; ritengo, però, che anche in questo caso la possibilità di “*aprire*” la società a terzi debba essere prevista dall'atto costitutivo.

Questa lettura, può sembrare eccessivamente restrittiva, ma appare giustificata oltre che dalla lettera delle disposizioni in commento proprio dalla finalità di disegnare un modello di società incentrato – come dice la legge delega – sulla persona del socio e sulla considerazione dei rapporti contrattuali tra soci; né può dirsi che la possibilità della società di operare secondo le specifiche esigenze poste dallo svolgimento dell'attività sociale potrebbe risultarne menomata, poiché la norma costruisce un meccanismo che sembra adatto a bilanciare tali esigenze operative – di cui si farà carico la maggioranza dei soci – e l'interesse del singolo socio al mantenimento della posizione originariamente concordata non già attribuendo a questi il diritto di impedire una modificazione di tale posizione, bensì – come in molti altri casi – con il diritto di recedere e di ottenere quindi la liquidazione dei valori patrimoniali sino ad allora maturati.

Sembra possibile affermare che, nella sua nuova configurazione, il “*diritto di sottoscrizione*” inerisce alla partecipazione, come già vi inerisce il diritto di opzione; ma mentre quest'ultimo è concepito piuttosto come un limite che la legge pone alla naturale destinazione a terzi delle quote o azioni di nuova emissione, che può essere escluso dalla maggioranza (sia pure qualificata) dei soci o quando l'interesse della società lo esiga anche per l'esigenza di acquisire un certo bene in natura, il

primo ha valore assoluto, ed è demandata ai soci ogni scelta sul se e come limitarlo o anche escluderlo, senza possibilità però di imporre al socio tale limitazione o esclusione, qualunque sia in concreto l'interesse della società a riguardo.

c) Cedibilità o meno del diritto di sottoscrizione.

Ci si può chiedere, a questo punto, se il diritto di sottoscrizione, così come disegnato dal legislatore della riforma sia o meno trasferibile, come si ritiene che sia attualmente, anche per le s.r.l., il diritto di opzione (17).

La risposta dovrebbe essere negativa; deporrebbero in questo senso:

1 – la considerazione che spetta all'atto costitutivo, e poi alla decisione dei soci rispettivamente prevedere e consentire l'offerta a terzi delle quote di nuova emissione; restando così esclusa ogni facoltà di scelta del singolo socio;

2 – il fatto che, qualora sia ammessa l'offerta a terzi, la norma in esame non impone le cautele previste, anche dal nuovo testo dell'art. 2441 per le s.p.a., a tutela del valore economico della partecipazione del socio, e cioè la relazione degli amministratori sulla congruità del prezzo di emissione, ed una maggioranza qualificate per adottare la relativa deliberazione.

L'art. 2481-bis, insomma, sostituisce una serie di garanzie di ordine economico con il diritto di recesso, e ciò induce ad escludere che al diritto di sottoscrizione possa essere riconosciuta natura patrimoniale.

Di qui l'ulteriore corollario per cui il diritto in parola ha natura personale e non può circolare se non unitamente alla partecipazione sociale.

Va però osservato, in senso contrario, che una volta che l'atto costitutivo preveda le possibilità di "apertura" della società a terzi, e lo stesso faccia la decisione dei soci, che anzi dovrà regolare le modalità ed i termini di esercizio del diritto di sottoscrizione, nonché le modalità di esercizio della prelazione sulle quote non sottoscritte, da parte degli altri soci o di terzi, la situazione del socio riguardo al diritto in questione non si presenta diversa da quella che si riscontra attualmente e che porta ad ammettere la cedibilità del diritto di opzione. E pertanto la soluzione potrebbe essere diversa, e la risposta quindi positiva; ovviamente, nel rispetto delle altre clausole eventualmente limitative della circolazione della partecipazione stessa.

Con norma inderogabile l'art. 2481 bis c.c. vieta l'esclusione del diritto di sottoscrizione nell'ipotesi in cui, a causa di perdite superiori al terzo del capitale sociale, l'assemblea debba deliberare la ricostituzione del capitale al minimo legale.

La norma troverà applicazione, a maggiore ragione, nel caso di azzeramento del capitale e sua ricostituzione.

d) Contenuto della deliberazione di aumento del capitale.

La deliberazione di aumento del capitale deve indicare le modalità ed i termini entro i quali i soci devono esercitare il diritto di sottoscrizione.

I termini, in ogni caso, non possono essere inferiori a trenta giorni dal momento in cui viene comunicato ai soci stessi che l'aumento di capitale può essere sottoscritto.

In assenza di limitazioni formali, è lecito ritenere che la comunicazione di cui sopra possa avvenire anche direttamente in assemblea (sempreché vi abbiano partecipato tutti i soci); conseguentemente, il *dies a quo* decorrerà dalla data della deliberazione.

Del tutto eventuale, anche nell'ipotesi in cui diritto di sottoscrizione venga escluso, è la previsione di un sovrapprezzo.

La norma poi, innovando la disciplina previgente, attribuisce all'assemblea la facoltà di stabilire se le partecipazioni eventualmente rimaste inoperte debbano essere offerte in sottoscrizione ai soci oppure a terzi.

Ciò significa che, in assenza di una deliberazione ad hoc (ovvero di una apposita clausola statutaria), i soci non potranno vantare alcun diritto di prelazione sulle partecipazioni emesse a fronte dell'aumento ed in ordine alle quali uno o più soci non abbiano esercitato il c.d. diritto di sottoscrizione (cfr. comma 2, ultimo periodo).

e) Inscindibilità..

La norma in esame ribadisce la regola generale dell'inscindibilità dell'aumento di capitale.

Pertanto, il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione di aumento lo abbia espressamente previsto.

f) Conferimenti

Per i conferimenti eseguiti in sede di aumento del capitale, valgono le stesse regole previste per i conferimenti iniziali.

Pertanto:

- contestualmente alla sottoscrizione, i soci debbono versare il 25% del valore nominale delle partecipazioni sottoscritte, oltre all'intero sovrapprezzo;
- l'unico socio (o colui che diventa tale all'atto della sottoscrizione dell'aumento) deve versare l'intero importo del conferimento in danaro;
- il conferimento può essere sostituito da una polizza di assicurazione o da una fideiussione bancaria con le caratteristiche di cui all'art. 2464 c.c., commi 4 e 6 (si sottolinea che, per un difetto di coordinamento, l'art. in commento richiama i commi 3 e 5 dell'art. 2464 c.c. anziché quelli testè citati).

g) La consensualità del contratto di sottoscrizione

E' a tutti noto il dibattito che ha animato dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura consensuale o reale del c.d. contratto di sottoscrizione.

Non è questa la sede per ripercorrere i termini della questione. Tuttavia, sembra opportuno ricordare che per l'opinione dominante il versamento dei tre decimi del conferimento in danaro (per la legge di riforma il 25%) non è un elemento essenziale del contratto di sottoscrizione, contratto che si perfeziona con l'incontro di volontà delle parti.

La legge, per questa dottrina, si limita a prevedere un termine (inderogabile) per l'esecuzione del conferimento.

La riforma, attribuendo ai soci la possibilità di sostituire il conferimento con una polizza assicurativa o con una fideiussione, sembra rafforzare l'opinione appena enunciata.

La struttura reale del contratto di sottoscrizione, infatti, mal si concilia con l'assunzione da parte del socio dell'obbligazione di eseguire il conferimento.

9.3. L'aumento gratuito (Passaggio di riserve a capitale: art. 2481-ter)

Il primo comma dell'art. 2481-ter si limita a ribadire che l'aumento può essere attuato imputando a capitale le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio, in quanto disponibili.

Il secondo comma precisa che, in questo caso, la partecipazione proporzionale del socio al capitale rimane invariata.

Ci si può chiedere se tale norma sia da considerare inderogabile, sia pure consenso di tutti i soci.

L'interprete potrebbe fornire una risposta positiva all'interrogativo solo riconoscendo che il precetto in esame è posto nell'interesse di terzi estranei alla compagine sociale.

In realtà, l'aumento gratuito viene eseguito utilizzando valori già esistenti nel patrimonio della società, patrimonio che rimane invariato.

A ciò si aggiunge che le riserve ed i fondi impiegati per l'aumento vengono assoggettati al vincolo di indisponibilità proprio del capitale.

Alla luce di tali brevi riflessioni si può concludere che, per certi aspetti, per i terzi l'operazione di aumento gratuito è addirittura vantaggiosa ma che per essi è indifferente se le quote di nuova emissione vengano distribuite tra tutti i soci - in misura proporzionale alla partecipazione posseduta - piuttosto che essere attribuite ad un unico socio.

Accertato che il secondo comma dell'articolo in esame non è posto a tutela di interessi esterni alla società, si può convenire che il precetto in esso contenuto è derogabile con il consenso di tutti i soci o comunque dei singoli soci pregiudicati.

Il consenso poi è da apprezzarsi come condizione di efficacia e non di validità della delibera di aumento.

10. LA RIDUZIONE DEL CAPITALE SOCIALE (Art. 2482)

10.1. Considerazioni generali

Come per l'aumento, anche per la riduzione del capitale sociale è stata introdotta una apposita disciplina dedicata alle s.r.l., allo stato invece corrispondente anche in questa materia a quella dettata per le s.p.a. in forza del richiamo fattone dall'art. 2496 c.c..

Sarà utile ricordare che dottrina e giurisprudenza parlano attualmente di "tassatività" delle ipotesi di riduzione del capitale sociale, volendo esprimere il concetto che non è dato procedere a tale operazione modificativa dell'atto costitutivo al di fuori dei casi previsti dalla legge, e cioè - oltre che nei casi di riduzione del valore dei conferimenti in natura (art. 2343, u.c., c.c.) a seguito della verifica della relazione di stima ad opera degli amministratori, di decadenza del socio moroso (art. 2344 c.c.), e di recesso - nei casi di:

- riduzione per esuberanza del capitale per il conseguimento dell'oggetto sociale: art. 2445 c.c.;
- riduzione per perdite di oltre un terzo del capitale stesso, con una specifica disciplina per il caso che tali perdite si riduca al di sotto del minimo legale: artt. 2446 e 2447 c.c....

Sulla base della nuova normativa la disciplina a riguardo risulterà notevolmente innovata, soprattutto per il venir meno della fattispecie della riduzione del capitale basata sul presupposto della sua esuberanza rispetto al conseguimento dell'oggetto sociale, sicchè tale possibile modifica statutaria resterà rimessa alla esclusiva valutazione degli organi sociali, salvi i meccanismi di tutela

degli interessi dei creditori sociali, che resteranno salvaguardati con meccanismi analoghi a quelli in vigore (18).

Ricordiamo, inoltre, che si parla – nel primo caso – di *riduzione effettiva* del capitale sociale, perché ovviamente la conseguenza è una riduzione del valore effettivo del patrimonio sociale, mentre nel secondo caso si parla di *riduzione nominale* del capitale, avendo il patrimonio già subito una decurtazione del proprio valore per effetto delle perdite.

10.2. Riduzione volontaria del capitale sociale (art. 2482)

a) generalità.

Come anticipato, la nuova disciplina contenuta nell'art. 2482 elimina il concetto di “esuberanza” del capitale sociale quale presupposto per la sua riduzione.

Tale articolo parla semplicemente di “riduzione del capitale sociale”, che sarà possibile in futuro attuare senza un presupposto specifico, ogni volta che la società lo riterrà utile o opportuno; così, ad esempio, per favorire la distribuzione di utili e migliorare la redditività dell'investimento della partecipazione, ciò che potrà accrescere le possibilità di negoziazione delle partecipazioni o favorire l'ingresso in società di altri soci.

La formulazione dell'art. 2445 c.c., per il quale l'operazione può aver luogo quando il capitale risulti esuberante per il conseguimento dell'oggetto sociale, sta a sottolineare appunto che la deliberazione assembleare deve basarsi sul riscontro di una situazione obiettiva, in cui la discrezionalità dei soci è limitata alla valutazione delle circostanze di fatto e può esplicarsi quindi entro limiti ristretti. La giurisprudenza è sempre stata a riguardo piuttosto rigorosa, spesso ritenendo necessario, per giustificare la riduzione, non solo l'eliminazione di talune delle attività contemplate nell'oggetto sociale, ma richiedendo un vero e proprio ridimensionamento dell'impresa, una sua riorganizzazione o ristrutturazione in senso riduttivo, con una esame da svolgere in concreto (19).

La nuova formulazione sembra dunque tesa, nell'ottica generale del potenziamento dell'autonomia privata, ad una espansione della discrezionalità dei soci, che non sono più vincolati dalla sussistenza di una situazione di esuberanza rispetto all'oggetto sociale.

L'unico limite è rappresentato dall'art. 2463 n. 4, ossia il capitale non può scendere al di sotto della soglia dei 10.000 euro. Al di là del rispetto di tale limite, la decisione dei soci di ridurre il capitale sociale non è in alcun modo sindacabile.

La scelta legislativa rappresenta un superamento del principio di tipicità delle ipotesi di riduzione di capitale, fondata – come è noto – sulla considerazione della funzione di garanzia e di tutela delle ragioni dei creditori svolta dal patrimonio sociale nelle società di capitali.

Si riteneva, infatti, che una riduzione cd. volontaria del capitale sociale si sarebbe tradotta in un'anticipata liquidazione del patrimonio sociale con conseguente lesione delle ragioni dei creditori in violazione del divieto di cui all'art. 2280, comma 1, applicabile alle s.p.a. in forza del rinvio operato dall'art. 2452, comma 1, e alle s.r.l. in forza dell'ulteriore rinvio operato dall'art. 2497.

La riforma affida al procedimento la funzione di tutelare i creditori sociali, nei modi che vedremo, in tutto analoghi a quelli attualmente previsti.

Va notato che - a differenza di quanto previsto per le s.p.a., ove pure viene superata l'esigenza del presupposto dell'esuberanza per la riduzione (art. 2445) - qui non è neanche richiesto che l'avviso di convocazione precisi le ragioni e le modalità della riduzione.

Qualche indicazione dovrà comunque essere fornita ai soci, in ossequio quanto meno all'esigenza di informazione che deve essere assicurata in vista dell'adunanza nei termini richiesti dall'art. 2479 p.d.f., e della valutazione che l'ultimo comma dell'art. 2483 rimette al tribunale al fine di disporre l'eseguibilità della deliberazione in presenza di opposizione di creditori.

b) Modalità..

Le modalità attuative della riduzione del capitale rimangono quelle pure attualmente previste:

- a) rimborso ai soci delle quote pagate;
- b) liberazione di essi dall'obbligo di eseguire i versamenti ancora dovuti.

E' da escludere la possibilità, prevista per le s.p.a. e che parte della dottrina ammette anche per le s.r.l., di procedere alla riduzione mediante acquisto da parte della società di proprie quote e successivo annullamento (20).

Tale opinione si fondava, infatti, proprio sulla considerazione che l'art. 2496 disponeva che la s.r.l. poteva ridurre il capitale sociale "nei casi e nei modi prescritti per le società per azioni", per le quali tale modalità è testualmente prevista, onde si riteneva così superabile il generale divieto di acquisto di proprie quote per le s.r.l. previsto dall'art. 2483.

Tale argomento non avrà più fondamento, e pertanto le uniche modalità applicabili saranno soltanto quelle testualmente indicate dall'art. 2482.

c) Opposizione dei creditori.

Sebbene la riduzione reale del capitale sia stata svincolata dal requisito dell'esuberanza e quindi dalla necessità di una preventiva verifica circa la congruità tra capitale nominale e possibilità di conseguire l'oggetto sociale, ciò non significa che la discrezionalità dei soci a riguardo sia illimitata.

La delibera di riduzione del capitale, infatti, non può essere eseguita prima del decorso di tre mesi dalla data della sua iscrizione nel registro delle imprese, durante i quali i creditori sociali possono fare opposizione.

Con l'opposizione è data ai creditori sociali la facoltà di sindacare la valutazione della società, e tale sindacato riguarderà l'eventuale insufficienza (e conseguentemente, incongruità) del capitale sociale a fungere da garanzia patrimoniale, indipendentemente da ogni considerazione dell'oggetto sociale.

Questa conclusione si giustifica sulla base della previsione, contenuta nell'ultimo comma dell'articolo in commento, che il Tribunale - investito a riguardo dall'opposizione dei creditori sociali - possa disporre che la riduzione abbia luogo nonostante l'opposizione, non soltanto, come prima previsto, laddove la società presti idonea garanzia, ma anche quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori.

Il Tribunale viene così ad acquistare una discrezionalità notevole e l'istituto sembrerebbe uscirne quasi valorizzato.

La riforma, dunque, ribadisce un istituto cardine in materia, la cui rilevanza pratica, tuttavia, non sembra essere stata rilevante sul piano applicativo, nemmeno con l'attuazione del Registro delle Imprese, che realizza una pubblicità legale alla quale probabilmente non corrisponde una effettiva conoscenza da parte degli interessati.

La riforma non chiarisce quale sia la natura dell'atto di opposizione.

Questione controversa era (e resta) se l'opposizione dei creditori debba proporsi con un formale atto di citazione o se basti un semplice atto stragiudiziale.

La tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza si esprime nel senso che l'opposizione debba essere proposta con atto di citazione, in sede contenziosa, da parte del creditore, su cui grava l'onere di provare il pregiudizio subito a causa della deliberazione della società.

10.3. Riduzione del capitale per perdite (art. 2482-bis)

Il primo comma dell'art. 2482.bis riprende esattamente la prima parte del primo comma dell'art. 2446, richiamato per le s.r.l. dall'art. 2496, a tenore del quale *“quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite (21), gli amministratori devono **senza indugio** convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti”*.

Un'innovazione rispetto al precedente art. 2446 è prevista nel secondo comma, laddove – con la conferma dell'obbligo, posto a carico degli amministratori, di sottoporre all'assemblea una relazione sulla situazione patrimoniale della società con le osservazioni del collegio sindacale o del revisore contabile, quando nominati – è prevista la possibilità che l'atto costitutivo deroghi all'obbligo del deposito di tale relazione presso la società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea stessa (*“salvo che l'atto costitutivo non preveda diversamente”*).

Probabilmente, da un punto di vista puramente operativo, non è consigliabile suggerire di fare uso di tale possibilità di deroga, a tutela del diritto dei soci all'informazione, lasciando che siano essi stessi – di volta in volta – a valutare l'opportunità di rinunciare a far valere il diritto a conoscere preventivamente la relazione in oggetto, secondo quanto si ritiene già ora ammissibile trattandosi appunto di una prescrizione posta nel loro esclusivo interesse.

Nel secondo comma dell'articolo in esame continua a farsi riferimento ad una *“relazione sulla situazione patrimoniale”*; non si chiarisce cioè se debba trattarsi di un bilancio in senso tecnico, né a quale data essa debba essere riferita.

Rimangono quindi le precedenti incertezze interpretative, ed è opportuno qui richiamare quella giurisprudenza che richiede comunque che la relazione risponda ai requisiti di chiarezza, precisione e dettaglio necessari per informare i soci sulla reale situazione patrimoniale della società onde porre in grado l'assemblea di deliberare gli opportuni provvedimenti, e sia inoltre sufficientemente aggiornata (22).

Forse, in questo quadro può assumere qualche rilevanza a favore di un'interpretazione più flessibile la previsione contenuta nel terzo comma, secondo cui gli amministratori devono dare conto in assemblea dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione.

Il quarto comma dell'articolo in commento riproduce fedelmente la prima parte del secondo comma del precedente art. 2446, fatta eccezione per l'introduzione del riferimento al revisore.

Pertanto, ove entro l'esercizio successivo la perdita non si sia ridotta a meno di un terzo, "l'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio" deve ridurre in proporzione il capitale sociale".

Anche qui vi è una leggera modifica, non facendosi più riferimento – forse più correttamente - all'assemblea "che approva il bilancio".

Aperto rimane altresì il problema relativo all'assemblea competente ad adottare le predette deliberazioni.

E' noto che oggi si discute se tale assemblea sia quella **straordinaria**, come sarebbe richiesto dal fatto che la deliberazione in oggetto comporta modifica dell'atto costitutivo, oppure quella ordinaria, chiamata ad approvare il bilancio, e ricordiamo anche che pure chi ritiene le delibere in oggetto di competenza dell'assemblea ordinaria richiede – o meglio – richiedeva comunque che esse andassero soggette ad omologazione.

Nell'impostazione della riforma, si tratterà di stabilire se le relative assemblee debbano essere o meno verbalizzate da Notaio ai sensi degli artt. 2480 e 2436.

Il quinto comma dell'art. 2482-bis introduce la possibilità che *su istanza di qualsiasi interessato* il Tribunale provveda con decreto alla riduzione del capitale, in caso di inerzia dell'assemblea, degli amministratori e dei sindaci.

Attualmente è utilizzabile solo un sistema indiretto per reagire all'inerzia degli amministratori e dei sindaci: effettuare la denuncia di cui all'art. 2409 ad istanza di tanti soci che rappresentino un decimo del capitale sociale; è possibile, cioè, attivare il p.m. denunciando una grave irregolarità, ossia la mancata riduzione del capitale per perdite.

Con la riforma, invece, il sistema è diretto, perché pur passando attraverso il filtro dell'autorità giudiziaria, si chiede un provvedimento di riduzione, e non che si accerti una grave irregolarità.

L'ultimo comma dell'articolo in oggetto contiene, infine, un richiamo all'art. 2446 ultimo comma, che disciplina la possibilità che l'atto costitutivo, o una sua modificazione o una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria (*recte*, per le s.r.l.: con le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo) prevedano che la riduzione del capitale per perdite sia deliberata dagli amministratori.

Per le s.p.a., tale possibilità è limitata al caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, perché in tal caso, evidentemente, la riduzione non comporterà alcuna variazione alle azioni stesse, il cui valore è dato semplicemente dal rapporto tra il numero di esse in circolazione e l'ammontare globale del capitale sociale.

Ciò significa che tale possibilità potrà essere utilizzata dalla s.r.l. quando – secondo quanto previsto dall'art. 2468, 2° comma – valgano i criteri legali di determinazione dei diritti spettanti ai soci ("in misura proporzionale alle partecipazioni da ciascuno possedute") e di determinazione delle partecipazioni ("in misura proporzionale al conferimento").

Soltanto in tali casi, infatti, la riduzione del capitale per perdite – non avendo possibilità di incidere sulla misura dei diritti sociali – potrà essere delegata agli amministratori.

10.4. Riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (art. 2482-ter)

Non cambia assolutamente nulla rispetto al precedente art. 2447.

C'è qui da segnalare, tuttavia, un'importante novità, collegata all'ipotesi che l'operazione di riduzione del capitale sociale imposta senz'altro in caso di perdite che intacchino il minimo legale si accompagni – come spesso avviene – a contestuali operazioni di aumento del capitale sociale.

L'art. 2481-bis, infatti, che disciplina appunto gli aumenti di capitale mediante nuovi conferimenti, precisa che nel caso in cui l'aumento sia deliberato a seguito di precedente riduzione del capitale sociale per perdite ex art. 2482-ter, non è possibile offrire le quote di nuove emissione a terzi, anche quando l'atto costitutivo preveda in astratto tale possibilità.

Si tratta di una norma nuova, diretta a tutelare il socio da possibili abusi della maggioranza in un momento di crisi della società, posta a rigido presidio del diritto del socio a sottoscrivere gli aumenti in proporzione alla quota di partecipazione posseduta, che assume particolare importanza soprattutto nel caso di perdite che azzerino il capitale sociale.

Resta da valutare quali alternative la norma lasci alla società nel caso in cui il socio non intenda comunque partecipare alla sottoscrizione dell'aumento di capitale o alla sua ricostituzione: se sia possibile, in tal caso, agli altri soci sottoscrivere anche le quote che a lui spetterebbero o offrirle a terzi, così escludendolo dalla società

Probabilmente la norma vuole proprio evitare questo esito, sicché bisognerebbe concludere che a quel punto spetti al socio quanto meno il diritto – se non di pretendere di sciogliere o trasformare la società – di recedere e di ottenere la liquidazione della sua quota, onde acquisire quei valori non emergenti dalla contabilità di bilancio.

10.5. – Riduzione del capitale per perdite e diritti dei soci art. 2482-quater).

La norma sancisce il diritto del socio di non subire modificazioni delle quote di partecipazione e dei diritti ad esso spettanti, riproducendo sostanzialmente l'ultimo comma dell'art. 2446 c.c..

La previsione dell'articolo in esame è testualmente limitata alla sola ipotesi di riduzione del capitale per perdite e non anche alla riduzione (volontaria o reale) ex art. 2482.

Si tratta di una svista oppure la riduzione ex art. 2482 non deve essere necessariamente proporzionale? Sembrerebbe preferibile tale seconda soluzione.

Infatti l'articolo in esame sembra una di quelle norme in cui, essendo la previsione molto specifica, viene implicitamente legittimato tutto ciò che travalica i confini di applicazione della norma stessa.

Si ritiene comunque, che essendo norma posta a tutela del singolo socio, sia consentito modificare i diritti ad esso spettanti, laddove questo acconsenti, anche in ipotesi di riduzione del capitale per perdite.

11. EMISSIONE DI TITOLI DI DEBITO.

a) Generalità

L'art. 2483 (23) introduce un istituto completamente nuovo per le s.r.l..

Si legge nella relazione d'accompagnamento al d.l. che la disciplina in questione è stata dettata in attuazione del principio contenuto alla lettera g), 2° comma, dell'art. 3 della Legge di delega, che richiedeva di “disciplinare condizioni e limiti per l'emissione ed il collocamento di titoli di debito

presso operatori qualificati, prevedendo il divieto di appello diretto al pubblico risparmio, restando esclusa in ogni caso la sollecitazione all'investimento in quote di capitale”.

La relazione precisa, inoltre, che la soluzione adottata è stata quella di “consentire la sottoscrizione di tali titoli di debito esclusivamente ad investitori particolarmente qualificati ed in grado quindi di valutare effettivamente il merito del rischio;”, e di imporre – per il caso in cui essi vengano successivamente trasferiti, “*come può risultare economicamente necessario al fine di procacciarsi la provvista*” – una garanzia *ex lege* a carico dei sottoscrittori stessi per il caso di insolvenza della società, sostanzialmente coincidente con quella prevista in materia di cessione del credito (art. 1267 c.c.).

b) Natura giuridica dei titoli di debito..

Volendo ora tentare di precisare i contorni di tali “titoli di debito”, va subito detto che si tratta di titoli simili alle obbligazioni.

Com'è noto, le obbligazioni documentano un “*credito*” verso la società, e pertanto – definendone la natura giuridica – la dottrina parla correntemente, in relazione ad esse, di “titoli di credito” (24). La differenza terminologica rispetto ai titoli di cui ci occupiamo non deve essere ritenuta significativa, poiché anche la legge Draghi (D.Lgs. 24-2-1998, n. 58) parla oggi – all’art. 1, 2. comma, dedicato alla definizione degli “*strumenti finanziari*” – di obbligazioni, titoli di Stato “*e gli altri titoli di debito negoziati sul mercato dei capitali*” (lett. b); sicché si può concludere che la distinzione tra le obbligazioni ed i titoli di debito in discussione non può fondarsi sul dato letterale che riguarda la loro denominazione, essendo anzi entrambi una specie di un genere più ampio, oggi sussumibile sotto la denominazione di “strumenti finanziari”.

Ciò che conta, evidentemente, e che le une e gli altri valgono a documentare un credito di terzi nei confronti della società emittente.

Tale assimilazione funzionale – salva ovviamente la necessità, cui dedicheremo le prossime considerazioni, di evidenziarne le differenze – si giustifica peraltro anche con riferimento alla disciplina della riforma in materia di obbligazioni, che all’art. 2412 - relativo ai limiti all’emissione di obbligazioni nelle s.p.a. – prevede al 2° comma la possibilità di superare i limiti stabiliti nel primo comma (25) “*se le obbligazioni in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori qualificati*”, con la previsione – anche qui – che “*in caso di successiva circolazione, chi li ha sottoscritti risponde della solvenza della società*”.

c) Il contenuto.

Chiarita la sostanziale assimilabilità, sotto il profilo della natura giuridica, dei titoli di debito alle obbligazioni, occorre precisarne il contenuto, ed a riguardo sarà utile fare ricorso anche qui all’elaborazione dottrinale in materia di obbligazioni, integrandola con gli elementi caratterizzanti desumibili dalla specifica disciplina dettata dalla norma in commento, ed eventualmente da altre norme di legge in vigore.

a) si può ritenere, in generale, che tali strumenti si caratterizzano per il fatto di contenere la **promessa della società di pagare al possessore ad una determinata scadenza, e secondo modalità prestabilite, la somma capitale indicata nel titolo**, costituente l’oggetto di un prestito fatto alla società, nonché – quale corrispettivo del prestito – un certo interesse su tale somma capitale, indipendente dai risultati dell’esercizio sociale (26);

b) tali titoli possono attribuire, a fronte del prestito, altre utilità, in alternativa o in aggiunta all'interesse, ma **in nessun caso attribuiscono diritti sociali**, cioè il diritto di partecipare alla gestione della società emittente;

c) essi incorporano, quindi, un diritto di credito letterale, autonomo ed astratto, anche se “il contenuto e la modalità del diritto risultano, oltre che dal titolo, dalla deliberazione che vi è richiamata” (27);

d) sono titoli di “massa”, nel senso che hanno uguali caratteristiche (stesso importo, stessa misura degli interessi, etc.), sono soggetti allo stesso piano di ammortamento, e sono eventualmente assistiti da una unica garanzia collettiva per l'intera serie (28);

e) le caratteristiche indicate, enucleate dalla dottrina, corrispondono a quelle indicate nella definizione di “*titoli similari alle obbligazioni*”, che si rinviene nell'art. 10 del D.L. 30-9-1983, n. 512 (29), a tenore del quale sono tali “*i titoli in serie o di massa aventi scadenza fissa non inferiore a diciotto mesi che contengano l'obbligazione di pagare alle scadenze una somma non inferiore a quella in essa indicata e non attribuiscono ai possessori alcun diritto di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell'impresa emittente o dell'affare in relazione al quale siano emessi né di controllo sulla gestione stessa*”.

d) Il contenuto specifico dei titoli di debito in oggetto.

La definizione da ultimo richiamata, che si rinviene in una norma di carattere fiscale (30) rappresenta un utile conferma di quanto sin qui detto in ordine al contenuto generale dei titoli di debito.

E' ora necessario precisare quali siano le caratteristiche specifiche dei titoli di debito contemplati dalla norma in esame.

a) la prima è più importante caratteristica sta nel fatto che essi possono essere sottoscritti esclusivamente da “*investitori qualificati*” (31).

L'art. 111-quater – la cui introduzione è prevista dall'art. 9, lett. bi), del progetto di riforma (32 – precisa che sono tali i soggetti indicati dal 2° comma dell'art. 30 della Legge Draghi, che a sua volta rimanda alla definizione che ne dà il regolamento della CONSOB n. 11522 del 1°-7-1998, ed attualmente il secondo comma dell'art. 31 di tale regolamento, secondo il quale:

“Per operatori qualificati si intendono:

- gli intermediari autorizzati;
- le società di gestione del risparmio;
- le SICAV;
- i fondi pensione;
- le compagnie di assicurazione;
- i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra;
- le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati;
- le società iscritte negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
- i promotori finanziari;

- le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare;
- le fondazioni bancarie;
- nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante.

La particolare competenza in materia di tali soggetti giustifica la mancata indicazione di limiti o condizioni all'emissione dei titoli di debiti da parte di s.r.l., perché – come rileva la relazione d'accompagnamento – essi saranno in grado di valutare nel merito il rischio di tale sottoscrizione, avendo la capacità professionale adeguata per valutare la condizione patrimoniale e la redditività della società che pretende di far ricorso a tale strumento per la ricerca di finanziamenti; e ciò – per converso – indurrà gli amministratori a formulare piani e programmi di investimento, con modalità di rimborso e condizioni del prestito ed eventuali garanzie prestate, tali da giustificare l'offerta di sottoscrizione, da renderla affidabile ed appetibile, anche in vista della circolazione dei titoli stessi.

b) i titoli in questione dovranno pertanto nascere necessariamente come **titoli nominativi**, intestati agli “investitori qualificati” abilitati a sottoscriverli, sia per la necessità di poter verificare il possesso di tale qualifica, sia soprattutto ai fini della individuazione del soggetto tenuto a garantire la solvenza della società emittente; è plausibile ritenere che, qualora tali soggetti li metteranno in circolazione, essi diventeranno o potranno diventare **titoli al portatore**.

c) quanto ai diritti che tali titoli possono attribuire, oltre il diritto alla restituzione della somma capitale in essi contemplata, è possibile ritenere che essi potranno essere modellati su quelli che la pratica ha sinora elaborato in materia di obbligazioni (33); credo però che si debba escludere che essi possano essere modellati quali titoli convertibili in partecipazione al capitale sociale, poiché una simile fattispecie potrebbe scontrarsi con il divieto di acquisire partecipazioni mediante sollecitazione all'investimento, posto dall'art. 2468, 1° comma;

d) direi, a questo punto, che il contenuto dei titoli di debito in oggetto potrà essere senz'altro modellato su quello delle obbligazioni di s.p.a., e che pertanto – con gli opportuni adattamenti – le indicazioni che essi dovranno contenere sono quelle di cui all'art. 2414 (34).

e) La competenza ed il procedimento.

La norma è collocata nella Sezione relativa alle modificazioni dell'atto costitutivo delle s.r.l..

La decisione di emettere i titoli di debito, tuttavia, non deve essere adottata con il procedimento indicato nell'art. 2480 – e quindi con verbale notarile, iscritto a cura del notaio con i controlli ex art. 2436 – né rientra tra quelle da adottare necessariamente col metodo collegiale.

L'art. 2483 rimette all'atto costitutivo la (necessaria) previsione della possibilità di emettere titoli di debito, e la determinazione dell'organo competente ad adottare la relativa decisione (che potranno essere i soci, eventualmente – se previsto espressamente – con metodo assembleare, o gli amministratori), e la precisazione degli eventuali limiti, delle modalità e della maggioranze necessarie.

La decisione di emissione dei titoli deve prevedere le condizioni del prestito e le modalità del rimborso e **deve essere iscritta nel registro delle imprese** (in ogni caso) a cura degli amministratori.

L'ultimo periodo dell'ultimo comma richiede un approfondimento che non faremo in questa sede.

Si dice che la decisione di emissione dei titoli possa prevedere che, previo consenso della maggioranza dei possessori dei titoli, la società possa modificare le condizioni del prestito e le modalità del rimborso, prospettandosi così l'eventualità di una "assemblea" dei possessori dei titoli, per la cui costituzione, modalità di legittimazione all'intervento, ed in genere per il cui funzionamento nulla si dice.

Evidentemente, si tratta di aspetti che dovranno essere regolati nella stessa decisione di emissione dei titoli, e verosimilmente tenendo presente – per analogia – quanto prescritto in materia di assemblea degli obbligazionisti (artt. 2415 e ss.).

II

Scioglimento e liquidazione delle società di capitali

(Artt. 2484 – 2496)

1. Considerazioni generali.

Il progetto di legge delegata di riforma della disciplina delle società si conferma, anche in questa materia, innovativo sotto il profilo sistematico.

Esso prevede infatti – nel Capo VIII (già dedicato alla trasformazione, fusione e scissione delle società) – disposizioni applicabili a tutte le società di capitali (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l.), a fronte della disciplina attuale che, com'è noto, è dettata compiutamente per le spa, ed è applicabile poi alle alter società di capitali per effetto di norme di rinvio (artt. 2464 per le sapa, e 2497 per le srl).

La legge delega (3-10-2001, n. 366) contiene un riferimento alla materia della liquidazione:

- nell'art. 3, dedicato alla indicazione dei principi cui deve essere ispirato il progetto di riforma delle s.r.l., la cui lettera i) prescrive che la riforma preveda *“norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale, nonché in materia di liquidazione che siano idonee a tutelare i creditori sociali, consentendo, nel contempo, una semplificazione delle procedure”*;
- nell'art. 8, che indica i seguenti principi e criteri direttivi per la riforma della disciplina dello scioglimento e della liquidazione delle società di capitali e delle cooperative:

a) accelerare e semplificare le procedure, con particolare riguardo a quelle relative all'accertamento delle cause di scioglimento e al procedimento di nomina giudiziale dei liquidatori; disciplinare gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, il regime della responsabilità per debiti non soddisfatti, e delle sopravvenienze attive e passive;

*b) disciplinare le condizioni, i limiti e le modalità per la **conservazione dell'eventuale valore dell'impresa**, anche prevedendo, nella salvaguardia degli interessi dei soci, possibilità e procedure per la **revoca dello stato di liquidazione**; disciplinare i poteri e i doveri degli amministratori e dei liquidatori con particolare riguardo al compimento di nuove operazioni;*

*c) disciplinare la redazione dei **bilanci** nella fase di liquidazione sulla base di criteri adeguati alle loro specifiche finalità.*

Il progetto di riforma conferma, come espressamente richiesto dal richiamato art. 3, lett. i) della legge delega, il carattere inderogabile del procedimento legale di liquidazione delle società di capitali, con norme che non lasciano spazio all'autonomia privata se non per:

- la possibilità che l'atto costitutivo o lo statuto prevedano ulteriori cause di scioglimento oltre quelle previste normativamente,;
- la possibilità di disciplinare già in sede di atto costitutivo la composizione dell'organo di liquidazione, le regole di funzionamento, i criteri di liquidazione, e i poteri dei liquidatori, e di provvedere anche alla nomina (art. 2487).

La novità più rilevante dal punto di vista sostanziale va ravvisata nel venir meno del divieto di intraprendere nuove operazioni appena ha inizio lo "stato di liquidazione", attualmente posto sia a carico degli amministratori (dall'art. 2449) che a carico dei liquidatori (dall'art. 2279, richiamato dall'art. 2452), che porta ad una significativa riconsiderazione della natura dell'attività di liquidazione, che viene ricondotta così – come è stato osservato (35) – all'attività di impresa.

Le finalità della liquidazione, cioè, non sono più viste come antitetice e contrapposte alla possibile continuazione dell'attività d'impresa tipicamente esercitata dalla società, sicché il compimento di operazioni riconducibili a tale attività dopo il verificarsi della causa di scioglimento genera forti responsabilità a carico degli amministratori o – dopo la loro nomina - dei liquidatori, ma diventa (o può diventare) anche doveroso se necessario ai fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale e dell'impresa.

Tutto ciò si desume chiaramente:

- dall'art. 2486, che attribuisce agli amministratori il potere-dovere di gestire la società con le finalità prima indicate;
- dall'art. 2478, lett. c), che espressamente chiama l'assemblea a deliberare sugli atti necessari alla conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio dell'impresa;
- dall'art. 2489, che attribuisce ai liquidatori il potere di compiere tutti gli atti "utili" per la liquidazione della società, laddove l'art. 2278 (richiamato dall'art. 2452) fa invece riferimento agli atti "necessari";
- dall'art. 2490, che prevede espressamente l'obbligo di redazione del bilancio durante la fase della liquidazione, e che al comma 5° fa riferimento specifico alla continuazione, anche parziale, dell'attività d'impresa;
- dal venir meno del divieto di intraprendere nuove operazioni, portato dall'art. 2449.

La fase della liquidazione, in sostanza, pur rappresentando la fase finale della vita della società, nell'ottica del legislatore della riforma non deve essere causa – neanche indiretta - di dispersione del valore dell'impresa e del patrimonio sociale, e tende quindi – come espressamente richiede la legge delega – alla conservazione di tale valore, a salvaguardia degli interessi dei soci ed in definitiva anche dei creditori sociali.

2. Le nuove disposizioni: l'art. 2484.

2.1. – Il primo comma: i casi di scioglimento (36)..

Il primo comma dell'articolo in commento contiene l'indicazione delle cause di scioglimento delle società di capitali, e presenta - rispetto all'attuale art. 2448 – alcune novità:

a) la previsione (al n. 2), con riferimento al caso di conseguimento dell'oggetto sociale o di sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, “*che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio*” deliberi le modifiche statutarie atte ed evitare lo scioglimento.

Si tratterà di decidere una modifica dell'attività o dell'affare già individuato come oggetto sociale e realizzata, individuandone di ulteriori o diverse ovvero una “possibile”; l'assemblea in questo caso deciderà con metodo collegiale e con le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo dall'art. 2479-bis (37), e la sua adozione darà al socio non consenziente il diritto di recesso (art. 2473) (38).

b) l'introduzione di una nuova causa di scioglimento (n. 5), che si realizza nei casi in cui non sia possibile – a seguito del recesso esercitato dal socio – effettuare il rimborso delle sue azioni o della sua partecipazione, con la vendita di queste agli altri soci o a terzi, ovvero mediante utilizzo delle riserve disponibili o riduzione del capitale sociale, essendo allora necessario che sia deliberato lo scioglimento della società ovvero porla in liquidazione (39);

anche in questo caso – sebbene il successivo terzo comma dell'art. 2484 sembra rimettere l'accertamento della causa di scioglimento in questione agli amministratori – in realtà la relativa deliberazione spetta all'assemblea (straordinaria per le s.p.a.: testuale, nel 6° comma dell'art. 2437-quater; e implicitamente nell'art. 2473, u.c.).

Non vi sono per il resto significative novità da evidenziare.

2.2. – Il secondo comma (40).

Il secondo comma ricalca il corrispondente comma dell'art. 2448.

Con il generale rinvio alle altre cause di scioglimento previste dalla legge vengono eliminati gli accenni:

a) al provvedimento dell'autorità governativa nei casi stabiliti dalla legge, contenuto nel 2° comma dell'attuale art. 2448, perché evidentemente pleonastico, visto che – come ritiene già la migliore dottrina e la giurisprudenza (41) - un simile provvedimento dovrà comunque essere espressione o esercizio di un potere previsto dalla legge;

b) alla dichiarazione di fallimento delle società aventi per oggetto attività commerciale; qui evidentemente la norma intende adeguarsi all'orientamento – già espresso in dottrina ed in giurisprudenza (42) – secondo cui il fallimento comporta la liquidazione del patrimonio sociale con le regole dettate dalla legge fallimentare, ma non conduce necessariamente allo scioglimento ed all'estinzione della società.

Viene meno, di conseguenza, anche la norma (art. 2449, u.c.) che prevedeva l'iscrizione nel R.I. del provvedimento dell'autorità governativa che dispone lo scioglimento o della sentenza di fallimento; per quest'ultima rimane l'obbligo di pubblicità imposto dell'art. 17, 2° comma, L.F..

Tra le cause di scioglimento previste dalla legge occorrerà richiamare:

a) la sentenza che dichiara la nullità della società (artt. 2332 e 2463, u.c.);

b) il caso in cui, a seguito della riduzione del capitale per perdite, l'ammontare delle azioni di risparmio e delle azioni a voto limitato superi la metà del capitale sociale ed il rapporto non si ripristini nei termini di legge (art. 15, commi 8 e 9, Legge n. 216/1974).

2.3. – Terzo e quarto comma: decorrenza degli effetti dello scioglimento, gli adempimenti di accertamento e di pubblicità (43).

Nella relazione di accompagnamento al progetto di riforma si legge – a proposito dello scioglimento e della liquidazione – che *“l’innovazione fondamentale rispetto al sistema vigente consiste nella netta separazione tra il verificarsi di una causa di scioglimento e la determinazione del momento in cui ha effetto”*.

Si dice anche che il momento in cui la causa di scioglimento prende effetto si è in ogni caso fissato alla data di iscrizione nel registro delle imprese:

- della deliberazione del consiglio che l’accerta, ovvero...
- della deliberazione assembleare che dispone lo scioglimento; ovvero – bisogna aggiungere
- del decreto del tribunale che accerti il verificarsi della causa dello scioglimento in caso di inerzia degli amministratori a riguardo (art. 2485, 2° comma).

Occorrerebbe quindi verificare quale sia il significato di detta “separazione”, e cioè che natura – se dichiarativa o costitutiva – abbia nel caso di specie l’iscrizione degli atti sopra menzionati (dichiarazione degli amministratori, deliberazione assembleare, decreto giudiziale), e – in definitiva – se conservi attualità la tradizionale affermazione secondo cui tutte le cause di scioglimento “operano di diritto”; anche tenendo presente che – nella legge di riforma – l’iscrizione delle deliberazioni modificative dell’atto costitutivo o dello statuto delle società di capitali ha sempre efficacia costitutiva ex art. 2436 (e artt. 2454 e 2480), al contrario di quanto accade attualmente (arg. ex artt. 2436 e 2411, 1°, 2° e 3° comma).

Non è questa la sede per condurre questa indagine, che ha rilievo evidentemente allo scopo di stabilire che influenza hanno l’una e l’altra vicenda - cioè, il verificarsi della causa di scioglimento e l’iscrizione nel registro delle imprese del relativo atto accertativo – rispetto ai vari effetti che lo scioglimento della società determina, ed in particolare al fine di stabilire “quando” la società può dirsi ormai in “stato di liquidazione” in relazione agli obblighi che ne derivano a carico degli amministratori, ai poteri degli organi sociali, nonché in relazione ai diritti del socio (al rimborso dei conferimenti ed alla ripartizione dell’attivo, al recesso nel caso di revoca dello stato di liquidazione) e dei creditori sociali (ad essere soddisfatti prima della ripartizione dell’attivo, ad opporsi a loro volta alla revoca dello stato di liquidazione) (44)

Va osservato, a riguardo, che anche nella disciplina della riforma, taluni effetti si producono immediatamente, per il solo fatto del verificarsi della causa di scioglimento, e prima dell’iscrizione dei relativi atti o provvedimenti che l’accertano; così, in particolare:

- a) si modifica immediatamente il potere di gestione degli amministratori, che prima del verificarsi della causa di scioglimento è finalizzato all’attuazione dell’oggetto sociale (testualmente per le s.p.a.: art. 2380-bis), mentre dopo è diretto alla conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2486);
- b) sorge immediatamente l’obbligo, a carico degli amministratori, di procedere senza indugio all’accertamento dell’evento, nei casi in cui esso sia loro rimesso: artt. 2485 e 2484, 3° comma;
- c) sorge ancora a carico dei medesimi – contestualmente all’accertamento della causa di scioglimento – l’obbligo di convocare l’assemblea, se necessario, per gli adempimenti previsti dall’art. 2487.

Tali effetti si realizzano prima dell'accertamento e dell'iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese, e costituiscono anzi il fondamento di una pesante responsabilità degli amministratori, personale e solidale, per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi per il caso di omissione o ritardo nell'assumere la dichiarazione accertativa (art. 2485, 1° comma) o per gli atti o le omissioni compiuti in violazione dell'obbligo di gestire in funzione della conservazione del valore del patrimonio sociale.

D'altra parte, anche con riferimento agli effetti del verificarsi di una causa di scioglimento rispetto ai diritti dei soci e dei creditori sociali, sarà difficile ritenere che essi non sorgano – e che la società non entri in “stato di liquidazione” - prima dell'iscrizione della dichiarazione o dell'atto accertativo quanto meno quando essa è oggettivamente riscontrabile dai soci, dagli amministratori o dai terzi (es.: decorso del termine di durata: n. 1 art. 2484), ovvero dai soci e dagli amministratori stessi (conseguimento dell'oggetto sociale o sopravvenuta sua impossibilità, dopo l'infruttuosa convocazione dell'assemblea: n. 2 art. 2484; impossibilità di funzionamento o continuata inattività dell'assemblea: n. 3 art. 2484; si noti che agli amministratori è rimesso dalla nuova disciplina l'accertamento di tale causa di scioglimento, attualmente deferita al tribunale: art. 2449, p.c.).

Sembra quindi verosimile che nei casi prima indicati possa ancora parlarsi di “operatività di diritto” delle cause di scioglimento indicate; negli altri casi invece - di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'art. 2484 – presupponendo essi una deliberazione assembleare di scioglimento, gli effetti – tutti gli effetti – si produrranno evidentemente a far data dall'iscrizione della delibera stessa nel registro delle imprese.

2.4. Il procedimento di scioglimento.

Il procedimento configurato dal legislatore delegato, anche se richiede la necessità, a nostro avviso, di valutare attentamente caso per caso onde stabilire quando possa dirsi compiutamente realizzato, ha comunque il pregio di eliminare ogni incertezza sotto il profilo della competenza ad effettuare l'accertamento della causa di scioglimento e delle relative modalità.

Infatti:

a) nei casi di cui ai nn. da 1) a 5) dell'art. 2484 (45), spetta agli amministratori emettere una dichiarazione di accertamento della causa di scioglimento, che sarà iscritta presso l'ufficio del registro delle imprese.

Tale “dichiarazione” dovrà essere una decisione adottata con le modalità previste dall'atto costitutivo per le decisioni degli amministratori: quindi, una deliberazione, se è gli amministratori siano più d'uno e debbano operare collegialmente, ovvero di ciascuno di essi o di tutti o della maggioranza se essi debbano operare disgiuntamente o congiuntamente, all'unanimità o a maggioranza. Ciò si desume chiaramente dall'art. 2485, il cui secondo comma autorizza il ricorso al tribunale per il caso di omissione o ritardo nell'accertamento, ad istanza “*singoli soci o amministratori ovvero dei sindaci*”..

Gli amministratori sono obbligati a procedere immediatamente (“senza indugio”) alla predetta attività di accertamento ed all'esecuzione della relativa pubblicità, ed in mancanza (ritardo o omissione) rispondono personalmente e solidalmente dei danni eventualmente derivati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi (art. 2485, 1° comma); nel caso di loro inerzia, come già detto, ciascuno dei soci, degli amministratori o dei sindaci può richiedere al tribunale di accertare il verniciarsi della causa di scioglimento, con decreto che sarà iscritto a sua volta nel registro delle imprese (art. 2485, 2° comma);

b) nel caso sub 6) – ma anche nei casi sub 4) e 5), ove l’assemblea delibera appunto lo scioglimento della società in presenza dei presupposti di cui alle norme richiamate - sarà la stessa delibera a determinare lo scioglimento e a dover essere iscritta;

c) ove l’atto costitutivo o lo statuto prevedano ulteriori specifiche cause di scioglimento, essi devono necessariamente prevedere altresì a quale organo spetti la competenza a decidere su di esse e/o ad accertarne la sussistenza e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari.

Salvi i dubbi prima espressi, la legge di riforma risolve il problema dell’esatta individuazione del momento di decorrenza degli effetti dello scioglimento (46), ancorandola in ogni caso al momento dell’iscrizione della dichiarazione accertativa degli amministratori o del decreto sostitutivo del tribunale o della deliberazione di scioglimento anticipato presso l’Ufficio del Registro delle Imprese.

3. Gli obblighi e i poteri degli amministratori..

Abbiamo già evidenziato quali obblighi sorgano a carico degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento della società:

a) abbiamo già detto dell’obbligo di procedere senza indugio all’accertamento dell’evento, nei casi in cui esso sia loro rimesso: artt. 2485 e 2484, 3° comma;

b) abbiamo anche evidenziato che – nei casi di cui ai nn. 1, 3 e 5, dell’art. 2484, e 2, 4 e 6 dello stesso articolo, se non abbia provveduto l’assemblea – essi devono, contestualmente all’accertamento di cui sopra, convocare l’assemblea perché provveda agli incombeni di cui all’art. 2487: determinazione del numero dei liquidatori, fissazione delle regole di funzionamento per il caso di pluralità di liquidatori, loro nomina, determinazione dei criteri di liquidazione, poteri dei liquidatori con riguardo alla cessione dei beni sociali, dell’azienda o di rami di essa; determinazioni relative agli atti necessari per la conservazione del valore dell’impresa, compreso il suo esercizio provvisorio, etc.

c) devono consegnare ai liquidatori - dopo l’iscrizione della loro nomina nel registro delle imprese, cui essi stessi devono provvedere (ciò che determina la loro cessazione dalla carica):

- 1) i libri sociali;
- 2) una situazione dei conti alla data dello scioglimento;
- 3) un rendiconto della gestione relativa al periodo dall’ultimo bilancio approvato sino alla data di scioglimento (art. 2487-bis, 3° comma).

L’art. 2486 – che tratta dei poteri degli amministratori dopo il verificarsi della causa di scioglimento - innova profondamente il sistema rispetto all’attuale art. 2449, a tenore del quale è fatto divieto agli amministratori di intraprendere nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento.

Il progetto di riforma prevede, invece, che essi conservano il *potere di gestire* la società, sia pure *per il compimento di atti diretti alla conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale..*

Come osserva la relazione al progetto di riforma, è stato eliminato il riferimento alle “nuove operazioni”, ritenuto troppo generico, con l’attribuzione di un potere più ampio, caratterizzato dalla finalità della conservazione del valore del patrimonio sociale; anche le attività dei liquidatori, anzi,

debbono tenere conto di questa finalità, soprattutto quanto la fase della liquidazione può protrarsi nel tempo (si veda, a riguardo, lo stesso art. 2487, lett. c).

Gli amministratori, quindi, fin quando non cessano dalla carica potranno compiere anche nuove operazioni se destinate e detti scopi, e sono anzi personalmente e solidalmente *responsabili per danni* arrecati ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi per “*atti o omissioni*” compiuti in violazione di tale potere; il potere di gestire che essi conservano costituisce quindi un *potere-dovere*, che implica un obbligo di operare positivamente, ben diverso dal dovere di astensione attualmente posto dal richiamato art. 2449.

4. La cessazione degli amministratori.

Ai sensi dell’art. 2487-bis, gli amministratori cessano dalla carica una volta avvenuta l’iscrizione della nomina dei liquidatori nel registro delle imprese.

5. Nomina e revoca dei liquidatori. Criteri di svolgimento della liquidazione.

L’art. 2487 contiene una serie di disposizioni di grande interesse sotto il profilo delle possibili applicazioni redazionali, che possono trovar luogo in sede di costituzione ovvero in sede di impostazione della deliberazione assembleare di scioglimento.

Esso dà spazio all’autonomia privata, pure nella inderogabilità della procedura, per quanto attiene alla struttura dell’organo della liquidazione ed alle modalità con cui essa deve essere eseguita..

La nomina dei liquidatori – secondo quanto già ritenuto senz’altro possibile - può essere contenuta nell’atto costitutivo, il quale può indicare nominativamente i liquidatori oppure stabilire che essi saranno coloro che – alla data dello scioglimento – rivestano determinate cariche, oppure può essere attribuita ad un terzo (Frè).

Spetta inoltre ai soci:

- determinare i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione;
- determinare i poteri dei liquidatori in ordine agli atti di liquidazione;
- indicare eventualmente gli atti necessari alla conservazione del valore dell’impresa, compreso l’esercizio provvisorio, ai fini del migliore realizzo.

La norma va coordinata con l’art. 2489, che stabilisce quali siano i poteri dei liquidatori in generale, stabilendo che essi hanno il potere di compiere tutti gli atti utili (non più soltanto “necessari”: art. 2278 c.c.) per la liquidazione della società.

Va di nuovo sottolineato che anch’essi non sono più vincolati al divieto di nuove operazioni, posto dall’art. 2279 (richiamato dall’art. 2452). Viene data effettività allo scopo di evitare che lo scioglimento della società e lo svolgimento delle operazioni di liquidazioni possano portare ad una dispersione del valore dell’impresa e del patrimonio sociale.

Qui va evidenziata una novità rilevante sotto il profilo notarile.

L’assemblea dei soci, convocata per assumere le determinazioni di cui all’art. 2487, delibererà con le maggioranze previste per le modificazioni statutarie (47).

Il richiamo che l’art. 2487 fa esclusivamente alle maggioranze previste per le modificazioni statutarie, in assenza di un riferimento al procedimento previsto in genere per queste ultime, induce a ritenere:

- che l'assemblea o la decisione dei soci (per le s.r.l.) non debba essere verbalizzata dal notaio; si noti che nel sistema della riforma, l'applicabilità dell'art. 2436 consegue sempre ad uno specifico richiamo: artt. 2480, 2481, 2487-ter, 2502-bis;
- la decisione, nella s.r.l., potrà essere assunta con le modalità di cui all'art. 2479, 2° comma: consultazione scritta o consenso espresso per iscritto, se previsto dall'atto costitutivo.

Quanto adesso osservato vale anche per le decisioni dei soci che modificano le deliberazioni di cui all'articolo in questione (art. 2487, 3° comma)..

Ciò può esser vero per le s.r.l., mentre per le s.p.a. la competenza dell'assemblea straordinaria sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori – e quindi l'intervento notarile ex art. 2375, comma 2° - è testualmente e specificamente previsto dall'art. 2365 c.c..

6. Pubblicità della nomina dei liquidatori ed effetti..

L'art. 2487-bis disciplina la successione dei liquidatori agli amministratori.

La norma pone a carico dei liquidatori l'obbligo di provvedere all'iscrizione della nomina dei liquidatori e dell'atto (delibera d'assemblea o decisione dei soci o decreto del tribunale ex art. 2487, 2° comma) che ne determina i poteri nel registro delle imprese..

Va qui notato che l'iscrizione della nomina determina la cessazione degli amministratori e la nascita a loro carico dell'obbligo di consegna previsto nell'articolo in commento.

C'è un difetto di coordinamento con l'art. 2486, 1° comma, ove è previsto che gli amministratori conservano il potere di gestire la società *“fino al momento della consegna di cui all'art. 2487-bis”*, che è necessariamente successivo al momento dell'iscrizione della nomina dei liquidatori e che comporta la loro cessazione dalla carica; ci sarà quindi una fase in cui gli amministratori – pure non più tali – conservano il potere di gestire: fino alla consegna appunto.

L'obbligo di consegna ha per oggetto:

- i libri sociali;
- una situazione dei conti alla data di effetto dello scioglimento;
- un rendiconto della gestione relativa al periodo dall'ultimo bilancio approvato sino alla data di scioglimento.

La consegna di tale documentazione serve ovviamente a consentire di verificare e di identificare il risultato della gestione fatta sino alla data dello scioglimento e di distinguerlo dai risultati dell'attività di liquidazione.

Nel caso di nomina di più liquidatori, ci si può chiedere se essi debbano operare collegialmente – come sembra desumersi dalla previsione che l'art. 2487, lett. a) fa alle *“regole di funzionamento del collegio”* - ovvero se sia possibile determinare liberamente le modalità del loro funzionamento.

Si tratta di un problema discusso anche oggi, non tanto per quanto attiene alla possibilità che l'atto costitutivo o la delibera di nomina dell'assemblea possano prevedere il funzionamento col metodo collegiale ovvero il potere di agire congiuntamente (quindi ad unanimità) ovvero disgiuntamente; quanto, piuttosto, circa la soluzione preferibile nel caso in cui l'atto costitutivo o la delibera – pur procedendo alla nomina di una pluralità di liquidatori – nulla dicano circa le modalità di funzionamento dell'organo.

Anche alla luce del diritto vigente, parte della dottrina considera “naturale” il funzionamento dell’organo con metodo collegiale (Graziani, etc.), mentre altra parte della dottrina ritiene che, m per il fatto stesso di avere nominato più liquidatori, debba presumersi che i poteri di liquidazione debbano esercitarsi congiuntamente.

Il riferimento della nuova disciplina al funzionamento “del collegio” potrà far propendere per la prima tesi.

7. La revoca dello stato di liquidazione (48).

L’art. 2487-ter il problema dell’ammissibilità della revoca dello stato di liquidazione e delle condizioni alle quali essa è possibile.

La revoca predetta, previa eliminazione della causa di scioglimento, era comunque ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, mentre era discusso se essa dovesse avvenire con il consenso unanime di tutti i soci – a causa della prospettata esistenza, sciolta la società, di un diritto individuale del socio a conseguire la liquidazione della propria quota e la ripartizione dell’attivo – ovvero se potesse essere deliberata con le maggioranze previste per l’assemblea straordinaria, eventualmente con il riconoscimento del diritto di recesso per il socio dissenziente.

La norma fa giustizia altresì di quelle teorie intermedie, portate a distinguere a seconda che la revoca dello stato di liquidazione intervenisse prima o dopo la nomina dei liquidatori ovvero prima o dopo l’inizio delle operazioni di liquidazioni.

La norma prevede ora che la società possa *in ogni momento* revocare lo stato di liquidazione, occorrendo previa eliminazione della causa di scioglimento, *con le maggioranze previste per le modificazioni dell’atto costitutivo o dello statuto..*

Una precisazione va fatta in ordine al problema della compatibilità tra la delibera di revoca e le varie fasi della liquidazione.

La norma, come detto, recita “in ogni momento”.

La relazione di accompagnamento dice invece che la revoca “è stata consentita all’art. 2487-ter alla condizione che non iniziata la distribuzione dell’attivo”, in quanto tale distribuzione sarebbe incompatibile con la continuazione dell’impresa.

Orbene, l’ampia dizione della norma sembrerebbe escludere che il proposito dei relatori sia stato efficacemente trasfuso in essa. A meno che tale limitazione non debba ricavarsi per via interpretativa, appunto per l’impossibilità di un “ripensamento” dei soci dopo che sia iniziata la distribuzione dell’attivo; l’interpretazione potrebbe avere una giustificazione per le s.r.l., per le quali – a differenza che per le s.p.a. – non è attribuito testualmente al socio il diritto di recesso per il caso di revoca dello stato di liquidazione, con l’esercizio del quale – evidentemente – il socio dissenziente che abbia già incassato la liquidazione – totale o parziale – della sua quota non potrebbe essere costretto dal volere della maggioranza a riversarla nella società (49).

Credo che si opportuno – per evitare dubbi a riguardo – che nell’atto costitutivo della s.r.l. sia precisato espressamente che la revoca non sia più possibile dopo l’inizio della distribuzione dell’attivo, o – forse meglio – prevedere che il socio abbia comunque in tale occasione il diritto di recedere dalla società.

Alla deliberazione di revoca dello stato di liquidazione si applica l'art. 2436. Essa, quindi, deve essere depositata ed iscritta nel registro delle imprese.

Quanto alla decorrenza dell'efficacia però sono necessarie alcune precisazioni.

L'art. 2487-ter richiede, ai fini dell'efficacia immediata ex art. 2436 (dall'iscrizione), che risulti il consenso dei creditori sociali ovvero il pagamento di quelli tra essi che non hanno prestato i loro consensi alla revoca.

In difetto, la deliberazione di revoca produce effetto dopo due mesi dalla data di iscrizione nel R.I., e sempre che in questo termine i creditori sociali (tali da data anteriore all'iscrizione della delibera) non abbiano fatto opposizione. In tal caso, il tribunale potrà dichiarare l'efficacia della revoca qualora ritenga infondato il pericolo di pregiudizio o quando la società abbia prestato garanzia (ex art. 2445).

La norma rappresenta una novità assoluta e inspiegabile, perché non risulta che sinora, in dottrina o in giurisprudenza, qualcuna abbia mai argomentato contro la possibilità della revoca dello stato di liquidazione in considerazione della possibilità di lesione degli interessi dei creditori sociali; anzi la dottrina (50) ha sempre ritenuto che la revoca in oggetto non viola diritti dei creditori sociali, i quali hanno soltanto la pretesa tutelata di essere pagati alla scadenza dei loro crediti, ma non maturano alcun diritto ulteriore per effetto dello scioglimento della società. L'ammissibilità o meno della revoca dello stato di liquidazione è stata sempre trattata sotto il profilo dell'esclusivo interesse dei soci.

La relazione d'accompagnamento al progetto di riforma dedica all'argomento sette parole che non spiegano nulla: *“Naturale e coerente la tutela dei creditori”*.

Probabilmente, la disposizione in argomento nasce dalla formulazione dell'art. 3, lett. i) della Legge delega, ove si parla in verità della previsione (demandata al legislatore delegato) di *norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale nonché in materia di liquidazione*, cui segue la proposizione *“.. che siano idonee a tutelare i creditori sociali ...”*, che ha certamente senso con riferimento alla *“formazione e conservazione del capitale”*, ma non si capisce quale senso debba avere con riferimento alla liquidazione della società. D'altra parte, l'art. 7 della stessa legge, non fa alcun riferimento alla pretesa esigenza di tutela dei creditori sociali in occasione della revoca dello stato di liquidazione.

Del recesso del socio dissenziente abbiamo già detto incidentalmente: positivamente previsto per le s.p.a.: art. 2437, lett. d); ma non per le s.r.l.: art. 2473.

La ragione non è chiara, e – come già osservato – sarà utile eliminare ogni dubbio inserendo nell'atto costitutivo il riconoscimento di tale diritto in favore del socio di s.r.l. dissenziente (restando così assorbito anche il problema connesso, se la revoca possa deliberarsi quando sia iniziata la distribuzione dell'attivo).

8. Gli organi sociali durante la liquidazione.

L'art. 2488 conferma che le disposizioni sulle decisioni dei soci, sulle assemblee e sugli organi amministrativi e di controllo si applicano, in quanto compatibili, anche durante la liquidazione.

9. I poteri, gli obblighi e le responsabilità dei liquidatori.

Sui poteri dei liquidatori dispongono gli artt. 2489 e 2491.

Il primo dei due articoli detta una disposizione generale, stabilendo che – in mancanza di diversa disposizione statutaria o adottata in sede di nomina (ai sensi del precedente art. 2487 – i liquidatori

hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società, ed abbiamo già evidenziato il carattere innovativo di tale disposizione, a fronte di quanto dispone l'art. 2278 c.c., che autorizza invece i liquidatori al compimento degli atti necessari.

L'art. 2491 dispone invece circa lo specifico potere dei liquidatori di chiedere ai soci il pagamento dei versamenti ancora dovuti ove i fondi disponibili siano insufficienti per il pagamento dei creditori sociali.

Analogamente, le stesse norme contengono una prescrizione generale ed una particolare con riferimento agli obblighi dei liquidatori, disponendo la prima – al 2° comma – che:

- *“i liquidatori debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell’incarico”;*

e la seconda – ancora al 2° comma – che:

- *“I liquidatori **non possono ripartire tra i soci acconti** sul risultato della liquidazione, salvo che dai bilanci risulti che la ripartizione non incide sulla disponibilità di somme idonee alla integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali; i liquidatori possono condizionare la ripartizione alla prestazione da parte del socio di idonee garanzie.*

Quest'ultima disposizione introduce una novità, essendo finora assolutamente preclusa ai liquidatori la possibilità di effettuare ripartizioni dell'attivo sociale in acconto **prima del pagamento dei debiti sociali** (art. 2278 c.c.). In futuro sarà invece possibile, sia pure con il rispetto delle rigorose cautele predisposte dalla norma in questione.

Le due norme in discorso dettano, infine, disposizioni relative alla **responsabilità dei liquidatori**, anche in questo caso con una disposizione di carattere generale ed una di carattere particolare.

Il 2° comma dell'art. 2489 dispone infatti circa la responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza dei generali doveri di professionalità e diligenza cui i liquidatori devono improntare la loro attività, rimandando alle norme in materia di responsabilità degli amministratori; e quindi agli artt.:

- 2392 e 2393, e 2476, 1° comma, per la responsabilità verso la società;
- 2393-bis e 2395, e 2476, 7° comma, per la responsabilità verso i soci;
- 2394 e 2476, 7° comma, per la responsabilità verso i creditori sociali.

10. I bilanci durante la fase della liquidazione.

L'art. 2490 recepisce un orientamento già consolidato in materia, secondo cui i liquidatori sono tenuti alla redazione del bilancio quando la fase della liquidazione va oltre i termini dell'esercizio sociale.

La norma dispone che i liquidatori devono redigere **il bilancio** e presentarlo, alle scadenze previste per il bilancio di esercizio della società, per l'approvazione all'assemblea o, nel caso previsto dal terzo comma dell'articolo 2479, ai soci. Si applicano, in quanto compatibili con la natura, le finalità e lo stato della liquidazione, le disposizioni degli articoli 2423 e seguenti.

Il bilancio comprenderà **la relazione** - nella quale i liquidatori devono illustrare l'andamento, le prospettive, anche temporali, della liquidazione, ed i principi e criteri adottati per realizzarla – e la **nota integrativa**, in cui essi debbono indicare e motivare i criteri di valutazione adottati.

La norma dispone, inoltre, che quando sia prevista una continuazione, anche parziale, dell'attività di impresa, le relative poste di bilancio devono avere una indicazione separata; la relazione deve indicare le ragioni e le prospettive della continuazione; la nota integrativa deve indicare e motivare i criteri di valutazione adottati.

L'ultimo comma della norma in commento prevede una causa di estinzione d'ufficio della società: è previsto, infatti, che qualora per oltre tre anni consecutivi non venga depositato il bilancio la società è cancellata d'ufficio dal registro delle imprese con gli effetti previsti dall'articolo 2495.

11. Bilancio finale di liquidazione e sua approvazione.

L'art. 2492 dispone che, compiuta la liquidazione, i liquidatori devono redigere il bilancio finale, indicando la parte spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo.

Il bilancio, sottoscritto dai liquidatori e accompagnato dalla relazione dei sindaci, è depositato presso l'ufficio del registro delle imprese.

Nei tre mesi successivi all'iscrizione dell'avvenuto deposito, ogni socio può proporre reclamo davanti al tribunale in contraddittorio dei liquidatori.

I reclami devono essere riuniti e decisi in unico giudizio, nel quale tutti i soci possono intervenire. La trattazione della causa ha inizio quando sia decorso il termine suddetto. La sentenza fa stato anche riguardo ai non intervenuti.

Ai sensi dell'2493, decorso il termine di tre mesi senza che siano stati proposti reclami, **il bilancio finale di liquidazione s'intende approvato**, e i liquidatori, salvi i loro obblighi relativi alla distribuzione dell'attivo risultante dal bilancio, sono liberati di fronte ai soci.

Indipendentemente dalla decorrenza del termine, la quietanza, rilasciata senza riserve all'atto del pagamento dell'ultima quota di riparto, importa approvazione del bilancio.

12. L'estinzione della società

A termini dell'art. 2495, approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

La norma ribadisce, al secondo comma, rafforzandone con un inciso il concetto, che la cancellazione della società dal registro delle imprese comporta l'estinzione della società stessa, riproponendo la disciplina attualmente prevista dall'art. 2456 quanto alla possibilità che, dopo la cancellazione, vi siano ancora creditori sociali non soddisfatti. Questi possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi.

NOTE

1) in verità soltanto due e di carattere puramente integrativo: si tratta, in particolare, dell'art. 2436 – che riguarda il deposito, l'iscrizione, la pubblicazione e l'efficacia delle deliberazioni modificative - richiamato dagli artt. 2480, in via generale, e 2481, con specifico riferimento

all'obbligo di deposito ed iscrizione della decisione degli amministratori di fare uso della delega all'aumento del capitale; e dell'art. 2446, ultimo comma, richiamato dall'art. 2482-bis, che riguarda la delegabilità agli amministratori, ad opera dell'atto costitutivo, di una sua modificazione o di deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria, della decisione relativa alla riduzione del capitale sociale per perdite di oltre un terzo;

2) prima contenuta, attraverso i richiami agli artt. 2328, u.c., e 2436, fatti rispettivamente dall'art. 2475, penultimo comma – quanto alla necessità dell'allegazione dello statuto se redatto in atto separato - e dall'art. 2494, quanto all'obbligo di depositare la redazione aggiornata dello statuto sociale dopo ogni modifica

3) Rivolta, Trattato di Dir. Civ. e Comm., La società a responsabilità limitata, Giuffrè, pag. 70;

4) la possibilità di “ripartire” le competenze tra soci e amministratori era espressa testualmente nell'art. 2463, n. 7, del progetto di decreto delegato; nel testo definitivo è stata eliminata da tale articolo, ma rimane chiaramente desumibile dalla disposizione del 1° comma dell'art. 2479;

5) Art. 2480 – (Modificazioni dell'atto costitutivo). *Le modificazioni dell'atto costitutivo sono deliberate dall'assemblea dei soci a norma dell'art. 2479 bis. Il verbale è redatto da notaio e si applica l'art. 2436 c.c..*

6) **Convocazione:** Le modalità di convocazione possono essere liberamente determinate dall'atto costitutivo. E' prevista una sola inderogabile necessità: che le modalità prescelte garantiscano la “**tempestiva informazione**” di ciascun socio sugli argomenti da trattare.

In mancanza, la riforma ripropone le modalità attualmente previste, sia pure – anche in questo caso – con norma dispositiva: lettera raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima di quello fissato per l'adunanza al domicilio risultante dal libro dei soci (art. 2484, 1° comma, c.c.).

Non c'è più alcun riferimento all'avviso di convocazione ed al suo contenuto, previsto dal 2° comma del richiamato art. 2484, ritenuto evidentemente superfluo dopo la precisazione - contenuta nel primo comma dell'articolo in commento – che le modalità di convocazione debbano sempre garantire l'informazione del socio sugli argomenti da trattare.

Rappresentanza in assemblea: è espressamente ammessa, senza alcun riferimento a limiti analoghi a quelli portati dall'art. 2372 c.c..

Luogo dell'adunanza: sarà la sede sociale, ove l'atto costitutivo non preveda possibilità diverse.

7) Tanto più se letta in relazione all'ultimo comma del precedente art. 2479 nella sua versione finale;

8) la versione finale del decreto contiene un'aggiunta che lo precisa espressamente;

9) Valga in particolare, a riguardo, il richiamo a Cass. Civ. 4-5-1998, n. 4441;

10) si vedano in particolare i casi richiamati dall'ultimo comma dell'art. 2479-ter;

11) la cui eseguibilità, e quindi la cui efficacia – secondo l'interpretazione corrente - è appunto subordinata alla sua iscrizione: art. 2411, ultimo comma, il cui mancato richiamo da parte dell'art. 2436, a sua volta richiamato per le s.r.l. dall'art. 2494, giustifica invece l'affermazione dell'efficacia dichiarativa dell'iscrizione delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo.

12) Una conferma di tale lettura deriva dal secondo periodo del secondo comma del successivo art. 2481-bis, ove è detto che i termini dati al socio per l'esercizio del diritto di sottoscrizione dell'aumento di capitale deciso non possono essere inferiori “*a trenta giorni dal momento in cui viene comunicato ai soci che l'aumento di capitale può essere sottoscritto*”: ciò conferma che la “possibilità” della sottoscrizione, evidentemente collegata al maturare delle condizioni previste dalla legge, può verificarsi successivamente alla decisione di aumento

13) il 4° comma dell'art. 2441 riguarda l'esclusione del diritto d'opzione nel caso di conferimento in natura.

14) in part., Ferrara;

15) Frè;

16) Rivolta;

17) La cedibilità del diritto di opzione è normalmente ammessa dalla dottrina, sia pure – per ovvia identità di ratio – nei limiti in cui l’atto costitutivo ammetta la circolazione delle quote: Rivolta;

18) Viene meno, peraltro, il caso di riduzione del capitale a seguito della revisione della stima dei conferimenti in natura demandata agli amministratori, attualmente prevista dall’art. 2434, u.c., prima richiamato; la nuova disciplina, infatti, non contempla più – all’art. 2465 – tale obbligo a carico degli amministratori e quindi il possibile esito della riduzione del capitale sinora previsto; rimangono invece gli altri due casi di riduzione conseguenti alla morosità del socio (art. 2466) ed al recesso (art. 2473);

19) In questo senso, Trib. Cassino, decr. 4 febbraio 1991 in Giur. it., 1992, I, 2, p. 408, che ha ritenuto nulla per illiceità dell’oggetto una deliberazione di riduzione che indicava come sola ragione di esuberanza un restringimento dell’oggetto statutario.

20) Rivolta, Santini; Graziani.

21) Quando, cioè, il valore del patrimonio netto, costituito dalla differenza tra attività e passività, risulta inferiore al capitale sociale di oltre un terzo;

22) Trib. Napoli, 20.11.1996; Cass. n. 4326/1994 e n. 8760/1993;

2483. (*Emissione di titoli di debito*). Se l’atto costitutivo lo prevede, la società può emettere titoli di debito. In tal caso l’atto costitutivo attribuisce la relativa competenza ai soci o agli amministratori determinando gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione.

I titoli emessi ai sensi del precedente comma possono essere sottoscritti soltanto da investitori qualificati. In caso di successiva circolazione, chi li ha sottoscritti risponde della solvenza della società.

23) La decisione di emissione dei titoli prevede le condizioni del prestito e le modalità del rimborso ed è iscritta a cura degli amministratori presso il registro delle imprese. Può altresì prevedere che, previo consenso della maggioranza dei possessori dei titoli, la società possa modificare tali condizioni e modalità.

24) Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 625; Frè, 585;

25)

26) Ferrara-Corsi, 625; Frè, cit.;

27) Ferrara-Corsi, 626;

28) così, in part. Ferrara-Corsi, 627;

29) portante “Disposizioni relative ad alcune ritenute fiscali sugli interessi ed altri proventi di capitale”;

30) diretta a stabilire l’entità della ritenuta alla fonte che le società emittenti devono praticare;

31) la versione finale della norma ha sostituito tale dizione con quella di “*investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali*”, ma trattasi degli stessi soggetti indicati nel testo, come si evince anche dalla Comunicazione CONSOB n. DEM/1005770 del 25-01-2001;

32) in verità eliminata nella versione finale del decreto;

33) ad, es.: interessi variabili o fissi; con eventuale partecipazione agli utili di esercizio o ad un affare determinato; con la somma capitale da rimborsare indicizzata (Ferrara-Corsi);

34) **2414.** (*Contenuto delle obbligazioni*). I titoli obbligazionari devono indicare:

1) la denominazione, l’oggetto e la sede della società, con l’indicazione dell’ufficio del registro delle imprese presso il quale la società è iscritta;

2) il capitale sociale e le riserve esistenti al momento dell’emissione;

3) la data della deliberazione di emissione e della sua iscrizione nel registro;

4) l’ammontare complessivo dei titoli emessi, il valore nominale di ciascuno, i diritti con essi attribuiti, il rendimento o i criteri per la sua determinazione e il modo di pagamento e di rimborso;

5) le eventuali garanzie da cui sono assistiti.

35) a Firenze, dal prof. Riccardo Alessi;

36) **2484. (Cause di scioglimento).** *Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono:*

1) *per il decorso del termine;*

2) *per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie;*

3) *per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea;*

4) *per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter;*

5) *nelle ipotesi previste dagli articoli 2437-quater e 2473;*

6) *per deliberazione dell'assemblea;*

6) *per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto.*

37) voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti, che rappresentino almeno la metà del capitale sociale;

38) Ci si può chiedere a riguardo, perché non sia prevista analoga possibilità di intervento dell'assemblea per eliminare la causa di scioglimento indicata al n. 1): il decorso del termine, prorogando la durata della società.

Probabilmente perché il verificarsi di tale causa ha carattere oggettivo, di immediato riscontro; essa pertanto opera immediatamente ("di diritto"), mentre nei casi di cui al n. 2), come in quelli di cui al n. 4) – cioè riduzione del capitale al di sotto del limite legale - la causa di scioglimento diventa operativa nel momento in cui l'assemblea – convocata senza indugio dagli amministratori allo scopo – decide di non eliminare la causa stessa, o di non adeguare il capitale o di trasformare la società: la rilevanza della distinzione sta nel fatto che nel primo caso, ancorché non sia stata ancora iscritta la dichiarazione accertativa degli amministratori, la società è già sciolta ed in stato di liquidazione, e pertanto bisognerà – volendo ripristinarne la vitalità – far ricorso al procedimento di revoca dello stato di liquidazione di cui all'art. 2487-ter; nel secondo caso, invece, ciò si verifica solo dopo che sia stata tenuta l'assemblea di cui abbiamo detto, al cui esito si potrà dire definitivamente verificata, e con data certa riferita alla data dell'assemblea, la circostanza che determina lo scioglimento della società;

39) come dicono rispettivamente per le s.p.a. e per le s.r.l. gli artt. 2437-quater e 2473;

40) *“La società inoltre si scioglie per le altre cause previste dalla legge; in queste ipotesi le disposizioni dei seguenti articoli si applicano in quanto compatibili.”*

41) Greco, Frè; Appello Milano, decr. 9-5-1964;

42) Di Sabato, Cass. 22-4-1975, n. 634;

43) *“Gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1), 2), 3), 4) e 5) del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa e, nell'ipotesi prevista dal numero 6) del medesimo comma, alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione.*

Quando l'atto costitutivo o lo statuto prevedono altre cause di scioglimento, essi devono determinare la competenza a deciderle od accertarle, e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari di cui al precedente comma”..

44) Si veda, a riguardo, quanto osservato alla precedente nota 38);

45) ma verosimilmente, nei casi sub 4 e 5 soltanto ove l'assemblea non abbia provveduto ad adeguare il capitale al minimo di legge ovvero a trasformare la società, omettendo altresì di

deliberare lo scioglimento ex artt. 2447 e 2482-ter, come pure nei casi di cui agli artt. 2437-quater e 2473

A) attualmente incerto in qualche caso: soprattutto per quelli di cui ai nn. 2, 3, 4 dell'attuale art. 2448: conseguimento dell'oggetto o sua impossibilità, impossibilità di funzionamento o inattività dell'assemblea, riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale;

47) quindi:

B) **per le s.p.a., in prima convocazione**, con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale, se lo statuto non prevede maggioranze più elevate; ove si tratti di società che fanno ricorso al capitale di rischio, l'assemblea è validamente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale o la maggiore percentuale prevista dallo statuto, e delibera validamente col voto favorevole di almeno i due terzi del capitale sociale rappresentato in assemblea; **in seconda convocazione e nelle successive**, è necessaria la presenza di tanti soci che rappresentino oltre un terzo del capitale ed il voto favorevole di almeno i due terzi dal capitale rappresentato, salvo maggioranze più elevate richieste dallo statuto; ove si tratti di **società che fanno ricorso al capitale di rischio**, l'assemblea straordinaria, nelle convocazioni successive alla seconda – ove previste dallo statuto – e validamente costituita con la presenza di almeno un quinto del capitale sociale e delibera con il voto favorevole della maggioranza (assoluta) del capitale rappresentato (artt. 2368 e 2369);

C) nelle s.r.l., è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale (art. 2479, n. 4, e 2479-bis, 3° comma).

48) **2487-ter. (Revoca dello stato di liquidazione)**. *La società può in ogni momento revocare lo stato di liquidazione, occorrendo previa eliminazione della causa di scioglimento, con deliberazione dell'assemblea presa con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto. Si applica l'articolo 2436.*

La revoca ha effetto solo dopo due mesi dall'iscrizione nel registro delle imprese della relativa deliberazione, salvo che consti il consenso dei creditori della società o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso. Qualora nel termine suddetto i creditori anteriori all'iscrizione abbiano fatto opposizione, si applica l'ultimo comma dell'articolo 2445.

Fuori dalle ipotesi indicate nel comma precedente, i creditori possono, nel termine di due mesi, fare opposizione.

Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori o quando la società abbia prestato idonea garanzia, può dichiarare l'efficacia della revoca nonostante l'opposizione.

49) Com'è noto, la versione finale del decreto ha introdotto all'art. 2473 tra le cause che legittimano il recesso del socio anche la revoca dello stato di liquidazione, sicchè deve ritenersi a maggior ragione che la revoca sia ora sempre possibile;

50) Ferrara, Frè.