

## SOMMARIO

### Introduzione

### 3.1 I conferimenti

3.1.1 La derogabile proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione del conferente

3.1.2 È conferibile tutto ciò che è "economicamente valutabile"

### 3.2 I conferimenti in denaro e il versamento dei decimi

### 3.3 I conferimenti di beni in natura o di crediti

3.3.1 Il conferimento di azienda

3.3.1.1 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive del soggetto conferente e acquisite con la gestione dell'azienda poi conferita*

3.3.1.2 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive fiscalmente rilevanti del soggetto conferente*

### 3.4 La stima dei conferimenti di beni in natura o di crediti

### 3.5 La stima degli acquisti "potenzialmente pericolosi"

### 3.6 I conferimenti d'opera e di servizi

### 3.7 La stima dei conferimenti delle prestazioni d'opera o di servizi

### 3.8 La "quota" di "partecipazione" al capitale sociale

3.8.1 Il valore della quota

3.8.2 Unitarietà della quota di partecipazione al capitale sociale e sua natura giuridica

3.8.3 Comproprietà della quota di partecipazione

3.8.4 Le operazioni sulle proprie partecipazioni

### 3.9 L'inadempimento della sottoscrizione

### 3.10 Proporzionalità tra valore dei conferimenti ed entità dei diritti di voce dei soci

3.10.1 Proporzionalità tra conferimenti e partecipazioni

3.10.2 Proporzionalità tra quote e diritti sociali

3.10.3 La circolazione dei "particolari diritti"

3.10.4 La modificazione dei "particolari diritti"

### 3.11 I mutamenti nella composizione della compagine sociale

3.11.1 Il trasferimento *inter vivos* della quota di partecipazione

3.11.2 Le garanzie dovute dal cedente

3.11.3 I limiti statutari alla trasmissione delle quote di partecipazione al capitale sociale e il diritto di recesso

3.11.4 Le clausole di intrasferibilità ("assoluta" e "relativa")

3.11.5 Intrasferibilità delle quote nei "vecchi" statuti e diritto di recesso

3.11.6 La clausola di gradimento nella società a responsabilità limitata

3.11.6.1 *Il soggetto deputato al gradimento*

3.11.6.2 *Il gradimento "mero"*

3.11.6.3 *L'introduzione e la soppressione della clausola di gradimento*

3.11.7 La clausola di prelazione

3.11.7.1 *I vari casi di "alienazione"*

3.11.7.2 *Il prezzo della quota proposta in vendita*

- 3.11.7.3 *La valutazione della quota ceduta*
- 3.11.7.4 *L'introduzione e la rimozione della clausola di prelazione*
- 3.11.7.5 *Il trasferimento di partecipazioni attuato in dispregio al diritto di (gradimento e di) prelazione*
- 3.11.8 *La clausola di "consolidazione" o di "accrescimento" in caso di morte*
- 3.11.8.1 *Il consolidamento "automatico" o "opzionale"*
- 3.11.8.2 *Il valore da liquidare agli eredi del socio defunto*
- 3.11.8.3 *La tempistica della liquidazione degli eredi*
- 3.11.9 *Il trasferimento della quota del socio d'opera*
- 3.11.10 *La doppia alienazione della quota di società a responsabilità limitata*
- 3.11.11 *L'acquisto a non domino della quota di società a responsabilità limitata?*
- 3.11.12 *L'iscrizione a libro soci dei mutamenti nella compagine sociale*
- 3.11.12.1 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote a causa di morte*
- 3.11.12.2 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote per atto tra vivi*
- 3.11.13 *Pegno, sequestro e usufrutto di quote di società a responsabilità limitata*
- 3.11.13.1 *Il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*
- 3.11.13.2 *Modalità di esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*
- 3.11.13.3 *Il diritto d'opzione*
- 3.11.13.4 *Aumento gratuito del capitale sociale*
- 3.11.13.5 *Richiamo dei decimi mancanti*
- 3.11.13.6 *L'esercizio dei "diritti diversi"*
- 3.11.13.7 *L'atto costitutivo dell'usufrutto e del pegno*
- 3.11.14 *L'espropriazione della partecipazione*
- 3.12 **Il finanziamento dei soci alla società**
- 3.12.1 *Finanziamento soci e raccolta del risparmio*
- 3.12.2 *Il finanziamento dei soci dopo la riforma del diritto societario*
- 3.12.3 *La postergazione dei soci ai creditori di pari grado*
- 3.12.4 *Il fallimento della società che rimborsa il finanziamento*
- 3.12.5 *La presunzione di finanziamento*
- 3.12.6 *Finanziamento soci e società per azioni*
- 3.12.7 *Finanziamento soci e gruppi di società*
- 3.13 **I titoli di debito**
- 3.13.1 *La consegna della disciplina dei titoli di debito a una totale autonomia statutaria*
- 3.13.2 *Dalle cambiali finanziarie ai titoli di debito*
- 3.13.3 *La decisione di emissione dei titoli di debito*
- 3.13.4 *La circolazione dei titoli di debito*
- 3.13.5 *Gli "investitori professionali"*

## Introduzione

Con riferimento al capitale sociale, alla sua formazione, ai conferimenti e alle quote di partecipazione al capitale stesso, già s'è visto (cfr. *supra* il par. 2.1.4), parlando delle indicazioni richieste per l'atto costitutivo, che l'atto costitutivo medesimo deve, tra l'altro, indicare:

1. «l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro<sup>1</sup>, sottoscritto e di quello versato» (art. 2463, comma 2, n. 4);
2. «i conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura» (art. 2463, comma 2, n. 5);
3. «la quota di partecipazione di ciascun socio» (art. 2463, comma 2, n. 5).

### 3.1 I conferimenti

#### 3.1.1 La derogabile proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione del conferente

Occorre innanzitutto notare come la materia dei conferimenti esordisca, nella legge di riforma, con la prescrizione di principio, di cui all'art. 2463, comma 1, secondo cui «il valore dei conferimenti non può essere complessivamente<sup>2</sup> inferiore all'ammontare globale del capitale sociale»<sup>3</sup>; la parallela norma in tema di società per azioni si esprime (concetto sostanzialmente identico ma formalmente scritto in modo diverso) nel senso che «in nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale» (art. 2346, comma 5)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> In DE ANGELIS L., *Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1456, si legge che il valore di lire 1 milione fissato nel Codice civile del 1942 corrisponde, a valori del 2000, a lire 41.161.165; e che il valore di 20 milioni di cui alla "legge Pandolfi" 16 dicembre 1977, n. 904 (art. 11), corrisponde a lire 113.684.000 (sempre a valore del 2000).

<sup>2</sup> La norma punta dunque sul risultato che il capitale sociale non sia superiore al valore "complessivo" dei conferimenti: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 24.

<sup>3</sup> L'affermazione di questo principio consegue evidentemente al monito della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, il cui comma 2 afferma che la riforma è appunto ispirata al principio secondo cui la disciplina dei conferimenti deve essere «tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale» (lett. c) e al principio secondo cui vi devono essere «norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale» (lett. i).

<sup>4</sup> Ovviamente ciò non esclude che una parte del valore dei conferimenti (così come, per esempio,

Se certamente queste espressioni rappresentano una novità dell'articolato<sup>5</sup> conseguente alla riforma rispetto alla normativa previgente, da un lato, va osservato che non si tratta di certo (se le si leggono come rapporto tra il *complessivo valore* dei conferimenti e il *complessivo valore* del capitale sociale) di un principio nuovo ma della mera affermazione *expressis verbis* di una regola immanente nel nostro ordinamento: che il *complessivo valore* del capitale sociale "nominale" non possa essere sovraesposto rispetto al *complessivo valore* dei conferimenti (e che quindi il capitale non possa essere superiore al valore del patrimonio netto che si forma con i conferimenti dei soci) è infatti un principio talmente "di base" del nostro ordinamento societario da non necessitare di particolari osservazioni: basti infatti riferirsi alle norme che presidiano l'integrità del capitale sociale per il caso di perdite (per la società a responsabilità limitata, in particolare, i nuovi artt. 2482-*bis* e 2482-*ter*, sui quali vedasi *infra* il par. 7.6) e alle norme in tema di relazione di stima dei conferimenti in natura (all'art. 2465, comma 1, si legge infatti che detta relazione deve contenere «l'attestazione che il loro valore [dei beni conferiti in natura, *n.d.a.*] è almeno pari a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo»).

D'altro lato, tuttavia, la novità espressiva coincide con una notevole novi-

accade per il sovrapprezzo) possa non essere capitalizzata: cfr. SPOLIDORO M.S., voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. IV, Milano, 2000, 208.

<sup>5</sup> Va anche notato come, in tema di "formazione fittizia" del capitale sociale, per effetto della riforma del diritto societario, venga introdotto nelle disposizioni di attuazione del Codice civile, un nuovo art. 111-*quinquies*, il quale a sua volta introduce un nuovo testo per l'art. 2632 del Codice civile (già modificato dal decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61), nei termini seguenti: «art. 2632 (*Formazione fittizia del capitale*). Gli amministratori e i soci conferenti che, anche in parte, formano o aumentano fittiziamente il capitale sociale mediante attribuzioni di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale, sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione, sono puniti con la reclusione fino a un anno». Si pensi al caso, talora verificatosi nella pratica professionale, di una società "Alfa" che stipula con la società "Beta" un contratto di cessione di un bene "inesistente" (si pensi alla cessione di un *know-how* che in effetti non c'è) oppure di un bene esistente ma di valore incommensurabilmente più basso rispetto a quello effettivo. In quel contratto dunque il prezzo viene dato per non pagato e lasciato a credito; nel bilancio della società cedente si iscrive il credito, nel bilancio della cessionaria si iscrive il debito; infine si "prende" quel credito e, senza necessità di stima (trattandosi dell'utilizzo di una voce già messa a bilancio dalla cessionaria), lo si "mette" nel capitale sociale (Cass., 5 febbraio 1996, n. 936, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 69; in *Corr. giur.*, 1996, 547; in *Notariato*, 1996, 309; in *Società*, 1996, 782; in *Riv. not.*, 1996, 618; in *Giust. civ.*, 1996, I, 1647; in *Impresa*, 1996, 858). L'effetto è dunque quello di una sovracapitalizzazione della società cessionaria tanto più spinta quanto più quel divario (tra il prezzo esposto nel contratto di cessione e il valore del bene "ceduto") è abbondante, con buona pace dei principi di verità del bilancio e di corretta rappresentazione contabile della società rispetto al suo effettivo patrimonio.

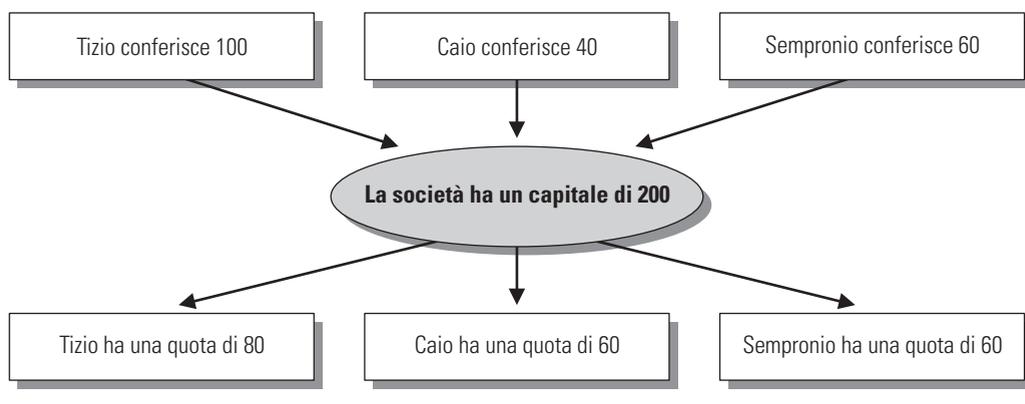
tà nell'impostazione della materia dei conferimenti. Nell'ordinamento previgente, infatti, l'obiettivo del legislatore non era puntato sul valore complessivo del capitale sociale che si formava con il valore complessivo dei conferimenti, ma era puntato sul singolo conferimento e sulla considerazione che il valore del singolo conferimento non fosse superiore al valore della quota di capitale rinveniente al conferente per effetto del suo conferimento: il "vecchio" art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal "vecchio" art. 2476, comma 1, disponeva infatti che la relazione di stima dei conferimenti in natura dovesse recare «l'attestazione che il valore attribuito [ai beni conferiti, *n.d.a.*] non è inferiore al valore nominale, aumentato dell'eventuale sopra-prezzo, delle azioni emesse a fronte del conferimento» (e quindi vi era appunto un parallelo tra bene conferito e azioni emesse a fronte di *quel* conferimento).

Ora invece questa prospettiva muta: la ragione dell'espressa previsione della regola di non sovraesposizione del *valore complessivo* del capitale sociale rispetto al *valore complessivo* dei conferimenti, oltre che a rispondere alle suaccennate, e comunque rimarchevoli, ragioni "di principio", infatti risiede evidentemente<sup>6</sup> nella considerazione secondo cui, avendo il legislatore consentito la deroga della proporzionalità tra il valore dei conferimenti e la misura della partecipazione al capitale sociale (art. 2468, comma 2: «se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento»), il legislatore stesso ha sentito «la necessità di far salvo un altro principio, quello dell'effettiva formazione del capitale sociale».

In altri termini, ora si ammette che (seppur nella "normalità" dei casi vi sarà, di certo, un'esatta corrispondenza tra valore del conferimento e valore della quota ottenuta in cambio di quel conferimento) non dovendovi più essere una necessaria proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione che dal conferimento si ottiene, è ben possibile che se Tizio conferisce un valore di 100 ma ottiene una partecipazione di 80, i 20 che residuano, invece di andare a sovrapprezzo (e quindi a vantaggio di tutti i soci), vadano a vantaggio di uno solo degli altri soci<sup>7</sup>, il quale, per esempio, confe-

<sup>6</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, «la tutela del capitale sociale non è più ricercata ponendo un rigido rapporto tra valore del conferimento del singolo socio e valore nominale delle azioni che gli sono assegnate, bensì sulla base di una considerazione globale sia dei conferimenti sia del capitale stesso: il che appunto rende possibile che nei rapporti tra i soci l'assegnazione delle azioni avvenga sulla base di scelte contrattuali e quindi anche di considerazioni diverse da quella del valore del conferimento del singolo».

<sup>7</sup> Si potrebbe poi porre la questione se una parte del valore di un dato conferimento possa andare oltre che a incrementare la quota attribuita a un altro socio (che quindi qualcosa abbia pure conferito) anche a rappresentare l'intero valore della quota spettante a un socio che non abbia conferito

**Figura 3.1** Valore complessivo dei conferimenti e valore complessivo del capitale sociale

rendo un valore di 40, ottiene invece (evidentemente in ragione della sua forza contrattuale, della sua personalità, dell'importanza che venga ascrivita dagli altri soci alla sua partecipazione al capitale sociale, che dunque viene "pagata" in quel modo, oppure in ragione, più semplicemente, della volontà della sua controparte di beneficiarlo con una liberalità non donativa, ai sensi dell'art. 809) una partecipazione di 60<sup>8</sup> (Fig. 3.1). Così come si conferma l'ammissibilità<sup>9</sup> del conferimento a favore di terzo, ai sensi dell'art. 1411.

L'importante è dunque che la somma del valore dei conferimenti non sia inferiore al capitale sociale della società<sup>10</sup>; non è più importante, come invece accadeva prima, che il valore del singolo conferimento non sia inferiore al valore della partecipazione che si ottiene in cambio di quel conferi-

nulla (e la cui partecipazione corrisponda a un valore totalmente apportato da altri), e ciò al di fuori dello schema del contratto a favore di terzi (ove è il terzo che in effetti conferisce, seppur con provvista altrui): la cosa appare problematica, poiché vi è un imbarazzante argomento nella norma di cui all'art. 2247 dove sembra che il conferimento sia una necessità per tutti coloro (e non solo per alcuni di essi) che partecipano al contratto di società. Cfr. sul punto SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 58.

<sup>8</sup> Questo è ciò che la legge delega intende quando esprime il principio secondo il quale ai soci deve essere consentito «di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali» (art. 3, comma 2, lett. c), legge 3 ottobre 2001, n. 366).

<sup>9</sup> Cfr. Cass., 1° agosto 1994, n. 7160, in *Società*, 1995, 54: il conferimento a favore del terzo è invero un conferimento del terzo (seppur con provvista apportata da altri), mentre nel caso qui in esame si ha che una parte del valore di un dato conferimento va a comporre il complessivo valore nominale della società non in corrispondenza di quote attribuite al conferente, ma in corrispondenza di quote attribuite ad altri.

<sup>10</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *Conferimenti a tutto campo*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 novembre 2002.

mento. Tanto è vero che la nuova legge più non porta la prescrizione (“vecchio” art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2476, comma 1) secondo cui la relazione di stima dei conferimenti “in natura” deve contenere l’attestazione del perito «che il valore attribuito [ai beni conferiti, *n.d.a.*] non è inferiore al valore nominale, aumentato dell’eventuale sovrapprezzo, *delle azioni emesse* a fronte del conferimento», ma invece ora impone al perito (art. 2465, comma 1) di effettuare l’attestazione che il valore dei beni conferiti «è almeno pari a quello a essi attribuito *ai fini della determinazione del capitale sociale* e dell’eventuale sovrapprezzo»; in sostanza se prima, come si ripete, l’attestazione del perito era ristretta in un’ottica di corrispondenza biunivoca tra conferimento e partecipazioni che ne rinvengono, ora invece quell’attestazione è di respiro assai più ampio, poiché deve venirci a dire che il *valore complessivo* del capitale sociale nominale (oltre all’eventuale sovrapprezzo), formatosi attraverso i vari conferimenti, non è attestato in misura superiore al *valore complessivo* dei conferimenti (considerati quindi non più nella loro unitarietà, ma nel loro insieme).

Certo, in questo modo, la vita del perito si “complica”, poiché se prima vi era la “difficoltà” di relazionare la perizia (evento temporalmente anteriore) al futuro conferimento (evento temporalmente posteriore: nel senso che il perito doveva attestare che il valore del conferimento dal medesimo peritato non sarebbe stato inferiore rispetto al valore della partecipazione acquisenda dal conferente a fronte dell’effettuazione del conferimento stesso e il cui valore nominale doveva evidentemente essere oggetto di una preventiva comunicazione del conferente al perito, in modo che questi potesse fare la predetta attestazione), dopo la riforma la comunicazione che il perito deve ricevere (evidentemente, non solo dal conferente, ma anche dagli altri soci) al fine di poter egli attestare che il valore del conferimento peritato, unitamente a quello degli altri conferimenti, non è inferiore al valore che detti soci intendono appostare come valore nominale del capitale sociale, riguarda tutto l’insieme dei vari conferimenti e tutto l’insieme delle quote di partecipazione che per i vari soci scaturiscono per effetto dei rispettivi conferimenti.

### 3.1.2 È conferibile tutto ciò che è “economicamente valutabile”

Un’altra nuova espressione “di principio” è contenuta nel comma successivo, ove ora si afferma che «possono essere conferiti tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica» (art. 2463, comma 2)<sup>11</sup>: e si

<sup>11</sup> Questa espressione riproduce il corrispondente dettato dell’art. 7 della Seconda Direttiva CEE (ri-

tratta di una “precisazione” importante<sup>12</sup>, in quanto, in ossequio al disposto dell’art. 3, comma 2, lett. c) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 (secondo cui la riforma avrebbe dovuto dettare «una disciplina dei conferimenti tale da consentire l’acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell’impresa sociale, a condizione che sia garantita l’effettiva formazione del capitale sociale»), il legislatore ha con ciò inteso, precisando che possibile oggetto di conferimento sono tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica<sup>13</sup>, sgomberare quindi radicalmente il campo da ogni discussione in merito alla conferibilità di valori che, sicuramente utili per lo svolgimento dell’attività sociale, non si presterebbero<sup>14</sup>

volta alle società per azioni, e che dunque il legislatore nazionale ha voluto, con la riforma, rimarcare come applicabile anche alle società a responsabilità limitata), secondo cui «il capitale sottoscritto può essere costituito unicamente da elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica». Cfr. PORTALE G.B., *Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks”*, in *Riv. soc.*, 2002, 148. Critico OPPO G., *Diritto delle società e attuazione della Seconda Direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia, Rilevi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 566, per il quale, quando la Direttiva «richiede che l’oggetto del conferimento sia valutabile economicamente in realtà lascia il tempo che trova, perché non è pensabile che possano essere oggetto di conferimento entità non suscettibili di valutazione economica».

<sup>12</sup> Di «norma pilatesca» stante «l’inusuale ampiezza della formula usata», foriera dunque di «perplexità» parla invece BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 148.

<sup>13</sup> Per SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86, in Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 15, il legislatore comunitario, affermando che oggetto di conferimento potrebbero essere solo “elementi dell’attivo”, avrebbe voluto escludere la conferibilità di «prestazioni che non incrementano il patrimonio della società in modo diretto, ma permettano meri risparmi di spesa o miglioramenti delle condizioni produttive della società» e con l’espressione “suscettibili di valutazione economica” avrebbe inteso rimarcare che beni di tal genere sarebbero solo «quelli idonei a essere valutati secondo criteri tendenzialmente oggettivi».

<sup>14</sup> Noto è il dibattito (cfr. PISANI MASSAMORMILE A., *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti “pericolosi”. Prestazioni accessorie*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 1994, 5) tra chi sosteneva la conferibilità solo di beni “espropriabili” (cosiddetta funzione “di garanzia” del capitale sociale) e chi opinava invece per la conferibilità anche di qualsiasi bene che, seppur non espropriabile, fosse comunque idoneo al conseguimento dell’oggetto sociale (cosiddetta funzione “produttivistica”); la dottrina più risalente e poi rivelatasi minoritaria riteneva la conferibilità dei soli beni suscettibili di esecuzione forzata in ragione della ritenuta preminente funzione di garanzia rivestita dal capitale sociale, in quanto nelle società di capitali l’unica garanzia per i creditori sarebbe rappresentata dal patrimonio sociale, ciò che determinerebbe la necessità di conferire solamente beni idonei a costituire una garanzia per i creditori sociali (cfr. SIMONETTO E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 412), a differenza di quanto avviene in quelle di persone, ove i creditori trovano garanzia nella responsabilità illimitata dei soci; la più recente e prevalente dottrina attribuisce invece al capitale sociale una funzione “produttiva”, di modo che si rende conferibile tutto ciò che sia utile per lo svolgimento dell’attività economica della società e che comunque sia “economicamente valutabile” (ai sensi dell’art. 1174 del Codice civile (cfr. ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, t. 2, Torino, 1985, 246).

da sé a svolgere immediatamente (nel senso della loro espropriabilità) un ruolo di tutela per i creditori<sup>15</sup>: «l'intento del legislatore è stato quello di consentire nella s.r.l. conferimenti di beni che, se pure utili per lo svolgimento dell'impresa, non possono però garantire direttamente il soddisfacimento delle pretese dei creditori»<sup>16</sup>.

Questa norma permette dunque di dotare la società a responsabilità limitata di ogni elemento utile per consentire un efficiente e proficuo svolgimento dell'attività economica che la società si propone di svolgere<sup>17</sup>: mantenendo comunque perfettamente integro il capitale sociale a tutela dei creditori e dei terzi in genere, si abilita purtuttavia con questa nuova apertura la conferibilità di entità (si pensi al caso del conferimento d'opera, di cui oltre) che, diversamente da quanto accadeva in passato<sup>18</sup>, non consentono (nonostante che il capitale sociale si debba intendere comunque per intero liberato per effetto di detti conferimenti, in ossequio al principio di necessità di immediata "liberazione" dei conferimenti in natura all'atto della "sottoscrizione": art. 2464, comma 5) un'immediata ed effettiva patrimonializzazione della società in quanto non consistono in valori che transitano immediatamente (come invece per esempio accade nel caso del conferimento di denaro) dal patrimonio del conferente al patrimonio della società conferitaria<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «possibile oggetto di conferimento sono tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. In tal modo sarà possibile all'interprete superare dubbi riguardo alla conferibilità di valori che, sicuramente utili per lo svolgimento dell'attività sociale, non si prestano a svolgere direttamente un ruolo per la tutela dei creditori».

<sup>16</sup> ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 25.

<sup>17</sup> Secondo la *Relazione al disegno di legge Mirone*, in *Riv. soc.*, 2000, 41, la nuova normativa tende «a ricercare un migliore equilibrio tra le due contrapposte esigenze che tradizionalmente si pongono al riguardo: da un lato la funzionalità dei conferimenti per lo svolgimento dell'impresa sociale (la cui valutazione spetta ai soci), dall'altro la loro idoneità a consentire un'effettiva formazione del capitale sociale. Tale equilibrio è assicurato richiedendo a tutela dei terzi la certezza del valore dei conferimenti, ma nel contempo rendendo esplicita la scelta normativa, [...] per cui oggetto di conferimento può essere ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale: ciò alla sola condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale».

<sup>18</sup> Cfr. OLIVIERI G., *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Padova, 1989, 257; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 169; PISANI MASSAMORMILE A., *Conferimenti in società per azioni e formazione del capitale*, Napoli, 1992, 180; MIOLA M., *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., Torino, 1998, 75.

<sup>19</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 192.

In altri termini, *ante* riforma non si ritenevano conferibili, a garanzia dei creditori (che non potevano trovarvi un elemento di garanzia) le semplici “promesse” di dazione di beni (come i beni futuri o i beni altrui) o di prestazione di servizi (per esempio, un conferimento di prestazioni periodiche) e di tutto ciò che insomma costituisse un *facere* o un *dare* non immediato; con la riforma, invece:

- da un lato si prende atto che tali conferimenti sono utili per la proficuità dell’attività economica della società<sup>20</sup>;
- d’altro lato, si cautelano comunque i terzi, apprestando nuovi meccanismi di garanzia (si pensi alla fideiussione/polizza a garanzia dei conferimenti d’opera) che, non solo, in sé e per sé (stante la loro escutibilità), tutelano egregiamente i creditori e la società conferitaria, ma che, pure, “costringono” il mondo assicurativo e bancario a interessarsi della bontà delle iniziative imprenditoriali che un dato soggetto si propone di svolgere e a valutarne (tecnicamente e “a freddo”) le possibilità di successo.

Alla luce di questa apertura, la considerazione rilevante ai fini della valutazione della conferibilità o meno di una data entità nel capitale sociale è quindi da incentrare non tanto sulla qualificabilità di ciò che è conferito in termini di “elemento dell’attivo” (perché, ovviamente, l’iscrivibilità in bilancio è una “conseguenza” e non un “presupposto” del conferimento)<sup>21</sup>, quanto in termini di “elemento dell’attivo *suscettibile di valutazione economica*”, e cioè che sia «possibile attribuire ai beni oggetto del conferimento un concreto valore»<sup>22</sup> e pertanto, appunto, una valutazione economica. Resta peraltro pur sempre aperta la questione se per “suscettibilità di valutazione economica” (pur non dovendosi più intendere la capacità di “recuperare” il valore di ciò

<sup>20</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «questa soluzione corrisponde pienamente a una prospettiva volta ad accentuare la caratterizzazione personalistica del tipo societario in discorso: nella quale pertanto il contributo del socio molto spesso si qualifica per le sue qualità personali e professionali, piuttosto che per il valore oggettivo di beni apportati».

<sup>21</sup> Cfr. SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 17.

<sup>22</sup> ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 26; cfr. anche FERRI G. jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 366; e SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 17, per il quale vi è «l’esigenza che il conferimento realizzi un’attribuzione patrimoniale a favore della società: quest’ultima, per effetto del conferimento, deve diventare titolare di un diritto o di una situazione giuridica positiva in ordine a un bene economico».

che è conferito «per provvedere alla soddisfazione dei creditori della società»<sup>23</sup>, debba invero intendersi che si debba pur sempre trattare di entità “realizzabili”, e cioè convertibili in denaro da parte della società e quindi equivalenti a un conferimento in denaro<sup>24</sup>, oppure si possa trattare (come pare, “in ossequio” allo spirito della riforma) di enti «la cui valutazione sia tale da consentire di determinare il valore che essi hanno per la società»<sup>25</sup>.

Si apre quindi un orizzonte vastissimo per la fantasia e la capacità degli operatori, perché, per esempio (oltre al “classico” conferimento – in proprietà o in godimento<sup>26</sup> – di denaro, aziende, crediti, beni mobili, beni immobili, brevetti per marchi o invenzioni industriali ecc.):

- a. non solo possono essere conferite nel capitale della società a responsabilità limitata (ma non in quello della società per azioni, stante il perdurante divieto di cui all’art. 2342), così come ora è esplicitamente ammesso dalla nuova legge, le prestazioni lavorative o di servizi da parte dei soci (su questo punto, si

<sup>23</sup> OLIVIERI G., *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Padova, 1989, 203; cfr. anche CAVALLO BORGIA R., *Conferimenti in natura e conferimento di crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 296.

<sup>24</sup> Cfr. SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 29, per il quale ciò non significa «che si debba far riferimento anche per queste utilità a un valore il più delle volte indeterminabile come il valore di scambio. Al contrario, la valutazione deve essere riferita al bene inserito nell’azienda delle società e tiene conto, nei limiti del prezzo di mercato (se esistente), della capacità di reddito del bene, della sua “autonomia” e “stabilità”, nonché delle circostanze [...] che su questa influiscono e possono annullarla».

<sup>25</sup> ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 26; cfr. anche ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, t. 2, Torino, 1985, 245; e FERRI G. jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 351.

<sup>26</sup> Il conferimento di entità in godimento ovviamente deve essere parametrato sui tempi di presumibile sfruttamento (giuridico/economico) dell’entità stessa e valorizzato nel capitale sociale appostandovi la capitalizzazione di detto godimento. Quanto alla conferibilità di diritti personali di godimento, nel previgente regime si confrontavano le tesi (PISANI MASSAMORMILE A., *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti “pericolosi”. Prestazioni accessorie*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1994, 16; OPPO G., *Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 565) di chi non riteneva possibile questo conferimento in ossequio al principio dell’integrale liberazione dei conferimenti all’atto della sottoscrizione, poiché la società conferitaria, permanendo in capo al socio conferente un obbligo di *facere*, non riuscirebbe a ottenere l’integrale e immediata utilità corrispondente al conferimento; e di chi (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 150) invece sosteneva che i diritti personali di godimento ben potessero essere conferiti perché, da un lato, ciò sarebbe stato in linea con il principio (sancito dalla Seconda direttiva CEE) della conferibilità di ciò che sarebbe comunque utile per l’attività sociale indipendentemente dalla sua suscettibilità di essere possibile oggetto di espropriazione forzata, e pure perché, d’altro lato, la normativa in esame richiama espressamente l’art. 2254 in tema di garanzia e rischi del conferimento in godimento.

- pensi solo, per esempio, al radicale mutamento di prospettiva che si avrà nel caso del socio unico di società a responsabilità limitata che conferisca unicamente la propria prestazione professionale di artigiano in società<sup>27</sup>, svolgendo in forma imprenditoriale e con il beneficio della responsabilità limitata la stessa attività che prima egli svolgeva in forma individuale e quindi con responsabilità illimitata); così come pare<sup>28</sup> che possa essere oggetto di conferimento un contratto non ancora eseguito in tutto o in parte, oppure l'obbligo di omissione di svolgimento di attività concorrente, oppure ancora l'obbligo di garantire (in tutto o in parte) le obbligazioni della società conferitaria<sup>29</sup> (o talune di esse, per esempio quelle verso particolari creditori)<sup>30</sup>;
- b. non solo può ora liberamente<sup>31</sup> apportarsi il "diritto commerciale d'autore" ovvero il "nome commerciale", e cioè il credito di cui si gode nel mercato, nonché ogni tipo di *know-how*, e quindi:
1. sia quello cosiddetto "in senso stretto" ove è prevalente la prestazione "concreta" (cioè "di dare") di apporti tecnologici o di procedure lavorative (entità della quale già nel previgente ordinamento veniva prevalentemente riconosciuta la conferibilità);
  2. sia il *know-how* cosiddetto "in senso lato", ove invece prevale il *facere* del conferente, e cioè le sue personali qualità o le sue capacità professionali, la cui conferibilità finora impattava negativamente appunto con il divieto di conferire prestazioni d'opera in società (divieto che, come detto, ora rimane solo per la società per azioni);
- c. ma pure sembra<sup>32</sup> che possano essere conferiti, mediante l'assunzione della corrispondente obbligazione (di *facere*) consistente nel procurarne l'acquisto alla società, beni altrui, beni futuri, cose generiche, insomma tutto ciò che ha natura di conferimento "con effetti obbligatori": invero, l'obbligo di immediata liberazione delle prestazioni di *dare*, si *bypassa*, in questi casi, puntando sulla dimensione del *facere* cui il conferente si obbliga per far sì

<sup>27</sup> Ammette questa fattispecie SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

<sup>28</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

<sup>29</sup> SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197, esclude invece la conferibilità da parte del socio della propria illimitata responsabilità per le obbligazioni della società.

<sup>30</sup> Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 7 (del dattiloscritto).

<sup>31</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

<sup>32</sup> Dubbioso qui è però SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

che il bene “venga a esistenza” (artt. 1472 e 2645-*bis*, comma 6), che il bene passi dall’attuale titolare alla società conferitaria (art. 1478), che dall’insieme di cose generiche di cui l’entità conferita fa parte venga “specificata” la quantità destinata al conferimento ecc.

Se peraltro il *facere* o il *non facere* divengono possibili oggetto di conferimento, accanto al “tradizionale” *dare*, abbastanza inevitabile è ritenere che tutti i conferimenti di tali specie debbano essere assistiti dal deposito in società da una polizza assicurativa o da una fideiussione bancaria, dovendosi probabilmente a essi ritenere estensibile il dettato dell’art. 2464, comma 6, in tema di «obblighi assunti dal socio aventi per oggetto *la prestazione d’opera o di servizi a favore della società*».

### 3.2 I conferimenti in denaro e il versamento dei decimi

Anche dopo la riforma, nel Codice civile si continua a leggere la prescrizione (art. 2464, comma 3, secondo cui «se nell’atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro» (la medesima prescrizione sussisteva nel “vecchio” art. 2342, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dall’art. 2476, comma 1). Resta quindi ancor oggi opportuno che, in sede di stipulazione dell’atto costitutivo, venga inserita nello statuto la clausola che autorizza i soci a conferire, anche per le ipotesi di futuri aumenti di capitale sociale, «tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica», così come con amplissima formula consente il nuovo testo dell’art. 2464, comma 2, in modo da “abilitare” già ora per allora futuri conferimenti eventualmente non aventi a oggetto il denaro.

Se dunque il conferimento sia in denaro<sup>33</sup>, «alla sottoscrizione dell’atto costitutivo»<sup>34</sup> devono essere versati (art. 2464, comma 4):

a. (in banca), almeno il venticinque per cento<sup>35</sup> dei conferimenti in denaro<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Secondo Trib. Udine, 21 giugno 1982, in *Società*, 1983, 353, «il conferimento in titoli di Stato non può essere considerato equivalente al conferimento in denaro e, di conseguenza, il versamento dei tre decimi presso la Banca d’Italia non è necessario». Per App. Bologna, 14 dicembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 520, «nell’ipotesi di conferimento in una società a responsabilità limitata di Certificati di Credito del Tesoro, non è necessario il deposito dei titoli stessi o delle loro copie autentiche, essendo sufficiente la loro descrizione e valutazione, rientrando la fattispecie nella disciplina dei conferimenti di beni in natura».

<sup>34</sup> Sul problema se questa espressione dell’art. 2464, comma 4, abiliti un versamento dopo la stipula dell’atto costitutivo e prima del deposito della pratica presso il Registro delle Imprese, oppure se il versamento dei decimi debba necessariamente precedere la stipula dell’atto costitutivo, vedasi *supra* il par. 3.1.2.

- (con la riforma cala quindi dal 30 al 25 per cento del capitale sottoscritto in denaro l'entità dei decimi da versare in sede di atto costitutivo) o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare<sup>37</sup>;
- b. (nella "cassa sociale"), l'intero sovrapprezzo, ove previsto<sup>38</sup>.

Va anche ricordato che, ai sensi dell'art. 2472, nel caso di cessione<sup>39</sup> di una partecipazione<sup>40</sup> non integralmente liberata, l'alienante rimane obbligato

<sup>35</sup> E cioè nella misura minima pari a quanto prescritto dall'art. 9.1 della Seconda Direttiva CEE.

<sup>36</sup> Va ricordato, quanto al richiamo dei decimi mancanti, che qualora, nel corso della vita della società, la composizione pluripersonale del capitale sociale ceda il passo a una composizione monopersonale (si pensi al caso della società di tre soci, uno dei quali a un certo punto acquisti le partecipazioni degli altri), l'art. 2464, ultimo comma, prevede che «se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati nei novanta giorni».

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 2331, comma 4, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'ultimo comma dell'art. 2463, i decimi non possono essere consegnati dalla banca depositaria agli amministratori se questi «non provano l'avvenuta iscrizione della società nel registro». Ancora, se l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese non abbia avuto luogo entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo, i decimi devono essere restituiti ai sottoscrittori «e l'atto costitutivo perde efficacia». In caso di mancata costituzione, con la riforma si riduce così da un anno ("vecchio" art. 2329, ultimo comma) a 90 giorni il termine per poter ritirare i decimi che non si sono utilizzati, prendendosi dunque atto da parte del legislatore che il previgente termine di un anno era eccessivamente lungo.

<sup>38</sup> Questa precisazione della riforma circa il sovrapprezzo è importante poiché, nel diritto previgente, dell'integrale immediato versamento del sovrapprezzo non si parlava affatto nella disciplina della fase costitutiva della società, ma "solo" nella disciplina ("vecchio" art. 2439) dell'aumento del capitale sociale, la quale poi veniva applicata per analogia, ma non senza sollevare eccezioni, al caso del sovrapprezzo versato in sede di atto costitutivo.

<sup>39</sup> Per il caso della responsabilità dei vari cedenti ove nel triennio sia avvenuta una pluralità di cessioni della medesima quota non liberata, cfr. Trib. Torino, 17 gennaio 1983, in *Società*, 1983, 1489, «nell'ipotesi in cui nel periodo di tre anni previsto dall'art. 2481 c.c. [oggi art. 2472, n.d.a.] una quota sociale sia stata trasferita più volte, la società che intende ottenere i versamenti ancora dovuti può rivolgersi all'ultimo socio cedente e, qualora la richiesta sia rimasta infruttuosa, agli altri ex soci cedenti di epoca più remota oppure contemporaneamente a tutti i successivi ex soci che negli ultimi tre anni hanno ceduto la quota medesima (nella specie: il tribunale sulla base del principio di diritto enunciato ha statuito che la società non può rivolgersi per il versamento esclusivamente al socio cedente di epoca più remota senza avere fatto valere la pretesa anche nei confronti degli altri cedenti più prossimi)».

<sup>40</sup> Secondo Cass., 12 maggio 1965, n. 909, in *Foro it.*, 1965, I, 2020, «nell'ipotesi di alienazione della sola parte già pagata della sua quota, l'alienante resta, per il residuo, socio della società a responsabilità limitata e unico obbligato ai versamenti ancora dovuti». Contrario RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 269, secondo cui la responsabilità si estende all'acquirente anche in caso di cessione parziale; il versamento dei decimi non è una liberazione totale della quota corrispondente a essi ma è una liberazione parziale dell'intera quota sottoscritta: cfr. anche sul tema SANTINI G., *Cessione parziale di quota non liberata della società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 507; e GIANNATTASIO G., *Responsabilità del socio*

solidalmente con l'acquirente<sup>41</sup>, per il periodo di tre anni<sup>42</sup> dall'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci, per i versamenti ancora dovuti; ma che il pagamento non può essere domandato all'alienante se non quando la richiesta<sup>43</sup> al socio moroso è rimasta infruttuosa<sup>44</sup> (cosicché il cedente, da debitore "diretto" della società, si "trasforma" in garante del cessionario e, in sostanza, la cessione della quota diviene configurabile come una delegazione di pagamento – di carattere "cumulativo" – dal cedente al cessionario nei confronti della società creditrice).

Un rilevante passaggio<sup>45</sup> della riforma è poi che il versamento (sia dei 2,5

*della società a responsabilità limitata per i versamenti ancora dovuti in caso di cessione parziale della quota*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1825.

<sup>41</sup> Si tratta di una fattispecie di accollo cumulativo del debito che è stata letta come una conseguenza della configurazione della cessione della quota di società a responsabilità limitata in termini di cessione di contratto (ove, come noto, *ex art.* 1408, il contraente ceduto può dichiarare di non liberare il cedente e, in tal caso, agire contro il cedente medesimo se il cessionario non adempia): cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 126-127.

<sup>42</sup> Si tratta di un termine di decadenza, di modo che, effettuata nel triennio la "richiesta", da lì decorre il termine quinquennale di prescrizione per l'azione nei confronti del cedente: cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 128.

<sup>43</sup> Per questa "richiesta", che è condizione per l'azione contro il cedente, la legge non indica formalità particolari e, in specie, alcun ricorso all'autorità giudiziaria, potendo quindi consistere in un semplice interpello che valga a costituire in mora il cessionario: cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2472*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 78.

<sup>44</sup> Si tratta di una condizione di procedibilità dell'azione verso il cedente, il quale tuttavia – dato che la norma sul punto nulla prevede – non può invocare anche un *beneficium excussionis* quale quello di cui all'art. 1944. Cfr. SANTINI G., *Cessione parziale di quota non liberata nella società a r.l.*, in *Giur. it.*, 1965 I, 1, 1506.

<sup>45</sup> Non si tratta peraltro di una vera e propria novità della riforma, in quanto già l'art. 6 ("Nuove disposizioni in materia di sottoscrizione del capitale sociale") della legge 18 ottobre 2001, n. 383 ("Primi interventi per il rilancio dell'economia"), rimasto finora inattuato, dispose che «la sottoscrizione del capitale delle società per azioni, delle società in accomandita per azioni e delle società a responsabilità limitata può essere, in tutto o in parte, sostituita dalla stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria. Le forme di equivalenza tra polizza o fideiussione stipulate e capitale sottoscritto, in quanto fondo di garanzia e parametro operativo, sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Sono esclusi da questa facoltà le banche e gli altri enti e società finanziari indicati nell'art. 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87, e successive modificazioni, nonché le imprese di assicurazione». Questa norma non è stata *formalmente* abrogata dalla riforma, la quale quindi vi si giustappone, anche se un'abrogazione tacita deriva dalla considerazione che il Presidente del Consiglio dei Ministri mai probabilmente avrà intenzione, dopo la riforma (che ridisegna in pratica questa materia), di attuarla concretamente. Sull'art. 6 della legge 383/2001, cfr. FERRI G. jr., *Il conferimento "documentario"*, in *Riv. not.*, 2002, 1371; DIAFERIA F.,

decimi che di tutto l'importo sottoscritto)<sup>46</sup> può essere sostituito<sup>47</sup> dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria<sup>48</sup> con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 2364, comma 4)<sup>49</sup>; restando peraltro fermo che il socio può comunque in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in denaro.

Al fine dunque di favorire e incentivare la costituzione di società a responsabilità limitata anche da parte di chi non possiede sufficienti liquidità, tali da coprire i decimi iniziali, ecco che ciò che finora poteva costituire un ostacolo alla costituzione di società a responsabilità limitata, soprattutto per i giovani imprenditori, viene così superato con la (forse)<sup>50</sup> più agevole stipulazione di una polizza di assicurazione o di una fideius-

*Art. 6, legge 383/2001: nuove disposizioni per la sottoscrizione del capitale sociale, in Società, 2001, 1433.*

<sup>46</sup> Infatti, dal tenore dell'art. 2464, comma 4, secondo cui «alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in denaro e l'intero soprapprezzo o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare. Il versamento può essere sostituito dalla stipula, [...]» si intende chiaramente come la fideiussione o la polizza possano «sostituire» non solo il versamento dei 2,5 decimi ma anche l'intero importo in denaro che il sottoscrittore si è impegnato ad apportare alla società.

<sup>47</sup> In tutto o in parte: se è ammesso sostituire in ogni momento la polizza o la fideiussione con un corrispondente versamento in denaro (art. 2464, comma 4: «il socio può in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in denaro») non si vedrebbe perché ciò non potrebbe essere consentito in misura parziale e quindi non si vedrebbe perché non potrebbe essere abilitata *ab origine* la dazione di una somma di denaro accanto al rilascio di una polizza/fideiussione: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 31.

<sup>48</sup> Queste garanzie ovviamente non vanno confuse con le «analoghe» garanzie bancarie o assicurative che devono assistere i conferimenti di prestazioni lavorative o di servizi da parte del socio nel capitale sociale della società a responsabilità limitata (art. 2464, comma 6), sulle quali vedasi *infra* il par. 3.6.

<sup>49</sup> Per ora non emanato; è auspicabile che si tratti di una garanzia della più agevole escutibilità, e pertanto con il garante privato del beneficiario della preventiva escussione e della facoltà di opporre qualsiasi tipo di eccezione. Per SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 230, si dovrà trattare di un contratto autonomo di garanzia; per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 194, nota 11, il D.P.C.M. dovrebbe disciplinare la durata delle obbligazioni di garanzia, la pubblicità presso il Registro delle Imprese delle vicende della garanzia, le modalità di copertura delle perdite da parte del garante ecc.

<sup>50</sup> Ma è difficile ipotizzare che chi non abbia il denaro per versare i decimi sia soggetto «gradito» al mondo bancario e assicurativo per ottenere il rilascio di una fideiussione.

sione bancaria<sup>51</sup>; che peraltro, come già detto, in ogni momento il socio potrà sostituire «con il versamento del corrispondente importo in danaro» (nella “cassa sociale” se la società è già iscritta, altrimenti in banca), per esempio, mediante la capitalizzazione degli utili che intanto la società abbia incominciato a produrre.

Va notato che, a differenza di quanto accade per la fideiussione o per la polizza assicurativa “a garanzia” del conferimento di servizi (di cui all’art. 2464, comma 6), la fideiussione/polizza in commento, più che vere e proprie funzioni di “garanzia”<sup>52</sup>, pare invero possedere una funzione “solutoria”, e cioè essa sarebbe sostitutiva del versamento dei decimi («il versamento può essere *sostituito* dalla stipula [...] di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria [...]») <sup>53</sup>; da questa funzione solutoria della garanzia sostitutiva dei decimi potrebbe quindi derivarsi che il versamento di denaro che la fideiussione/polizza sostituisce può intendersi per intero “sottoscritto e versato”<sup>54</sup>: argomento in contrario non pare invero potersi

<sup>51</sup> Nell’*Audizione dell’Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 3 dicembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1646, ci si lamenta che la normativa in commento nulla disponga in termini di «durata, entità, beneficiari, escussione, rivalsa» delle garanzie in questione.

<sup>52</sup> Vedasi *supra* al par. 2.2.6 la problematica se il conferimento d’opera vada inteso, come pare, quale un conferimento immediatamente liberato all’atto della sua sottoscrizione e se quindi oggetto di conferimento sia la garanzia oppure, come pare, la stessa prestazione d’opera.

<sup>53</sup> Cfr. tuttavia PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1504, secondo cui la polizza/fideiussione che può rimpiazzare i decimi è «una vera e propria “invenzione” che non trova riscontro in nessuno dei sistemi delle società di capitali dei paesi che già fanno parte dell’Unione Europea, né dei paesi che a essa si apprestano ad aderire»; e «sostenere che in questo modo è garantita [...] “l’effettiva formazione del capitale sociale” (perché “la polizza di assicurazione” o la “fideiussione bancaria” sarebbero del tutto equivalenti al “versamento di almeno il venticinque per cento dei conferimenti in denaro”) è molto dubbio: anzi da escludere».

<sup>54</sup> Per FERRI G. jr., *Il conferimento “documentario”*, in *Riv. not.*, 2002, 1374, nota 25, invece l’ultimo comma dell’art. 2466 «induce a ritenere che la stipula della polizza o della fideiussione “sostitutive” non “equivale” al versamento del capitale (il che allora impedisce di considerare “versato” il capitale corrispondente al loro importo), ma rappresenta un adempimento alternativo [...]. La legge, insomma, richiede alternativamente che il conferimento in denaro (a seconda dei casi in tutto o in parte) risulti all’atto della sottoscrizione, e dunque immediatamente, versato o “garantito” da tali strumenti, i quali, proprio per ciò, non si limitano a garantire il futuro versamento dei conferimenti in denaro [...], ma devono, e in ciò si coglie l’ulteriore funzione che essi svolgono, sostituire il loro immediato versamento nell’ambito del procedimento di costituzione o di aumento del capitale mediante nuovi conferimenti». Anche per PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 201, in tema di rimborso ai soci (che abbiano sostituito il versamento con una polizza/fideiussione) in caso di riduzione del capitale sociale, «si dovrebbe ritenere che [in tal caso, n.d.a.] si verta nell’ipotesi di versamenti ancora dovuti e che quindi rispetto a essi il “rimborso”

trarre dal rilievo che la disciplina in tema di morosità del socio (art. 2466) scatta anche «nel caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria *prestate ai sensi dell'art. 2464*»<sup>55</sup> in quanto, ove la fideiussione/polizza scada o divenga inefficace, non tanto pare esservi un obbligo di conferimento che non viene soddisfatto, ma un conferimento che, una volta effettuato, successivamente “perisce”<sup>56</sup>. La tesi contraria, e cioè la mancata attribuzione di carattere solutorio alla fideiussione/polizza sostitutiva dei decimi avrebbe, tra l'altro, conseguenze non irrисorie, in quanto, anche a tacere della non eseguibilità di futuri aumenti di capitale (non essendo versato il valore nominale del capitale sociale oggetto di aumento), ove si abbia il caso di una società unipersonale, se ne dovrebbe derivare l'illimitata responsabilità dell'unico socio per le obbligazioni sociali in caso di insolvenza della società a causa del mancato integrale versamento del capitale sociale; ma non vi è chi non veda come questo appaia un risultato eccessivo, in quanto, se è vero che l'introduzione della polizza/fideiussione corrisponde a un intento semplificatorio, da un lato, e incentivante (dell'attività imprenditoriale), dall'altro lato, non si capirebbe come l'avvalersi da parte dell'unico socio di questo strumento semplificatore e incentivante si potrebbe poi tradurre nella “sanzione” appunto dell'illimitata responsabilità.

Va anche notato che il rinvio a un emanando decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è operato solo dal comma 4 dell'art. 2464 (e cioè per la fideiussione/polizza “sostitutive” del versamento) e non è ripetuto nel comma 6 del medesimo art. 2464 (e cioè per la fideiussione/polizza “a garanzia” del conferimento d'opera), a testimonianza forse del rilievo che quando si tratta di una vera e propria “garanzia” non c'è bisogno di alcun

non possa mai consistere nell'attribuzione di una somma di denaro bensì nella liberazione, per pari valore, della garanzia prestata». Cfr. anche SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 229, per il quale «oggetto del conferimento è il denaro, e non la polizza o la fideiussione».

<sup>55</sup> Da questa norma pare doversi desumere come il legislatore accumuni sotto un'unica disciplina il caso della fideiussione/polizza “a garanzia” e quello della fideiussione/polizza con natura “solutoria”. Si veda pertanto *infra*, al par. 3.6, il problema se la garanzia cui si fa riferimento nell'ultimo comma dell'art. 2464 sia quella in esame (sostitutiva dei decimi) e/o quella che “presidia” il conferimento d'opera.

<sup>56</sup> Invece, per ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 29, «sembra doversi allora condividere l'opinione secondo cui in tal caso il versamento manca – visto che a esso si sostituisce la sottoscrizione della polizza o della fideiussione – e che sia ammessa, per volontà legislativa, una modalità alternativa di adempimento dell'obbligo del versamento, la quale però [...] non importa la liberazione del socio, cui altrimenti non dovrebbe applicarsi la disciplina del socio moroso».

provvedimento attuativo, bastando il diritto contrattuale “comune”, mentre quando la fideiussione/polizza assume un “inusuale” carattere “solutorio” allora c’è bisogno di norme che specificchino questo nuovo istituto.

Resta fermo, peraltro, che occorre stabilire un termine fino al quale la garanzia in parola deve essere valevole: e quindi è necessario che nell’atto costitutivo si indichi un termine entro il quale, qualora in società non sia versato (dal socio che ha depositato la polizza/fideiussione in sostituzione del versamento) il corrispondente valore monetario, la garanzia possa essere portata a escussione dalla società. Come detto, infatti, per l’art. 2466, ultimo comma, la “procedura esecutiva” contro il socio “moroso” scatta «*anche* nel caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria prestate ai sensi dell’art. 2464».

### 3.3 I conferimenti di beni in natura o di crediti

Il nuovo art. 2464, comma 5 (ricalcando il disposto del “vecchio” art. 2342, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2476, comma 1) dispone ancor oggi che:

1. «per i conferimenti di beni in natura<sup>57 58</sup> e di crediti<sup>59</sup> si osservano le disposizioni degli artt. 2254 e 2255»; e che:

<sup>57</sup> Secondo Trib. Roma, 18 novembre 1987, in *Società*, 1988, 190, «è possibile sottoscrivere un aumento di capitale mediante conferimento di quote di società a responsabilità limitata».

<sup>58</sup> Circa il conferimento di beni “prelazionabili”, Cass., 8 giugno 1992, n. 7039, in *Foro it.*, 1993, I, 141; in *Foro it.*, 1993, I, 640, ha ritenuto che «il conferimento di un fondo rustico in una società di capitali non implica prelazione e riscatto in favore dell’affittuario, in quanto, configurando un trasferimento privo di controprestazione in denaro e correlato all’acquisto della qualità di socio sulla base di negozio *intuitu personae*, non è assimilabile ai contratti di scambio di cui all’art. 8, legge 26 maggio 1965, n. 590»; anche se Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1578, ha concluso che «in ipotesi di società per azioni che, contrariamente al dichiarato scopo sociale di natura imprenditoriale (nella specie acquisto, vendita, gestione costruzione e miglioramento di beni immobili) dopo la sua costituzione e iscrizione, non abbia in concreto esercitato un’attività imprenditoriale, bensì limitato l’attività all’acquisto di un fondo rustico e alla concessione di esso in affitto a coltivatore diretto, deve ritenersi che il negozio costitutivo della società sia simulato, e dissimuli, fra gli apparenti soci, una reale situazione di comproprietà al fondo, di cui i titoli azionari rappresentano solo le quote di appartenenza; ne consegue che, ove avvenga la cessione a terzi, mediante atto scritto e dietro corrispettivo, dell’intero pacchetto azionario di tale società, si è in presenza di un trasferimento a titolo oneroso del fondo rustico concesso in affitto e deve riconoscersi all’affittuario coltivatore diretto il diritto di prelazione – e il succedaneo diritto di riscatto – ai sensi dell’art. 8, legge n. 590 del 1965»; per Trib. Napoli, 3 novembre 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, 778, «pur non richiedendosi necessariamente che il trasferimento a titolo oneroso dell’immobile locato cui è ricollegato l’esercizio del diritto di prelazione del conduttore, derivi da una vendita, l’onerosità di ogni

2. «le quote corrispondenti a tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione».

L'art. 2254 dispone circa la garanzia dovuta dal conferente e il passaggio dei rischi inerenti il perimento del bene conferito; in particolare:

1. per le cose *conferite in proprietà* la garanzia dovuta dal socio e il passaggio dei rischi sono regolati dalle norme sulla vendita (comma 1)<sup>60</sup>;
2. per le cose *conferite in godimento* il rischio resta a carico del socio che le ha conferite mentre la garanzia per il godimento è regolata dalle norme sulla locazione (comma 2).

L'art. 2255 dispone invece del rischio dell'insolvenza del debitore in caso di conferimento di crediti, sancendo che il conferente<sup>61</sup>:

- a. risponde di detta insolvenza;

altra ipotesi negoziale di trasferimento è subordinata alla duplice condizione che sia possibile quantificare monetariamente il corrispettivo e offrire da parte del conduttore condizioni uguali a quelle comunicategli; esula da siffatto schema negoziale di trasferimento il conferimento a una società di capitali dell'immobile ove, nonostante il trasferimento, difettano, con riguardo anche al corrispondente valore delle relative azioni, i connotati dell'onerosità».

<sup>59</sup> Secondo Cass., 5 febbraio 1996, n. 936, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 69; in *Corr. giur.*, 1996, 547; in *Notariato*, 1996, 309; in *Società*, 1996, 782; in *Riv. not.*, 1996, 618; in *Giust. civ.*, 1996, I, 1647; in *Impresa*, 1996, 858, «il credito di un socio di una società di capitali (o di un terzo) nei confronti della società è compensabile con il debito relativo alla sottoscrizione di azioni emesse in sede di aumento del capitale sociale, non essendo ravvisabile un divieto implicito, desumibile da principi inderogabili del diritto societario che impedisca in tal caso l'operatività della compensazione *ex art.* 1246 n. 5 c.c.; mentre la compensazione tra debito di conferimento e credito verso la società non può avvenire in relazione al capitale originario – né per il versamento dei decimi prescritti dall'art. 2329 c.c., perché la società ancora non esiste, né per i versamenti successivi, perché i conferimenti iniziali possono essere costituiti solo da beni idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale –, l'aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un debito del socio non è contrario all'interesse della società o di terzi, comportando in concreto, un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto dalla trasformazione del credito (certo, liquido ed esigibile) del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio».

<sup>60</sup> Quanto all'individuazione del momento nel quale la società conferitaria diventa titolare dell'eseguito conferimento, secondo una tesi tale titolarità si conseguirebbe automaticamente con effetto retroattivo una volta intervenuta l'iscrizione, poiché fino a quel momento la titolarità permanerebbe (con il relativo rischio) in capo al socio conferente (GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1996, 305); secondo altra opinione la società acquisirebbe anche prima dell'iscrizione e quindi sin dal momento della sottoscrizione la proprietà dei beni apportati, con conseguente sopportazione del rischio di perimento tra la sottoscrizione e l'acquisto della personalità giuridica (PORTALE G.B., *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nella "società per azioni in formazione"*, in *Riv. soc.*, 1994, 58).

<sup>61</sup> All'opinione secondo cui il socio che conferisce deve garantire sia l'esistenza del credito conferi-

- b. di detta insolvenza risponde come disposto, per il caso di assunzione convenzionale della garanzia, dall'art. 1267;
- c. risponde pertanto nei limiti<sup>62</sup> di quanto egli abbia ricevuto; deve inoltre corrispondere gli interessi, rimborsare le spese della cessione e quelle che il cessionario abbia sopportate per escutere il debitore, e risarcire il danno.

È inoltre prescritto che ove il cedente abbia garantito la solvenza del debitore, la garanzia cessa, se la mancata realizzazione del credito per insolvenza del debitore è dipesa da negligenza del cessionario nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il debitore stesso; e che è nullo qualsiasi patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente.

### 3.3.1 Il conferimento di azienda

Mediante l'operazione di conferimento di azienda (o di un suo ramo)<sup>63</sup>, si

to sia la solvibilità del debitore ceduto (cfr. TESTI D., *Sul conferimento di crediti in società*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 359; PORTALE G.B., *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale sociale nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1998, 6), si contrappone la tesi secondo cui in tanto si avrebbe la garanzia della solvibilità in quanto il conferente si sia specificamente obbligato in tal senso (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 162; SALAFIA V., *I conferimenti nelle società di capitali*, in *Società*, 1996, 8).

<sup>62</sup> Secondo una tesi (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 162) in caso di inadempimento del debitore "conferito", la responsabilità del conferente sarebbe di misura pari al valore nominale delle azioni sottoscritte; per altra tesi (RIMINI E., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura nelle società per azioni*, Milano, 1993, 80) tale misura sarebbe pari al valore del credito al momento della costituzione della società.

<sup>63</sup> Secondo l'art. 2555 c.c., l'azienda è «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». Circa l'individuazione della natura giuridica dell'azienda, la giurisprudenza teorica ha proposto una pluralità di posizioni. In sintesi:

a. le *teorie unitarie*, considerano l'azienda come un *bene unico*, nuovo e distinto rispetto ai singoli beni che la compongono.

In questo ambito, si registra poi l'opinione di chi, da un lato, sostiene che l'azienda debba essere ricondotta alla figura generale dell'*universitas* (cfr., per esempio, TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, 192; in giurisprudenza: Cass., 29 agosto 1963, n. 2391, in *Foro it.*, 1963, I, 1610; Cass., 29 ottobre 1966, n. 2714, in *Foro it.*, 1967, I, 286; Cass., 10 marzo 1980, n. 1548, in *Foro it.*, 1980, I, 2528; Cass., 22 marzo 1980, n. 1939, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass., 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2942; Cass., 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 584 e in *Giur. comm.*, 1992, II, 774, con nota critica di GATTI S., *L'azienda e l'universitas nell'autosilo*), figura che viene però tenuta distinta dall'universalità di mobili *ex art. 816 c.c.*, e quindi dalla tradizionale *universitas rerum* che in essa si identifica, per l'impossibilità di riscontrare nell'azienda i caratteri peculiari dell'*universitas* tradizionale (ravvisati invero nella composizione omoge-

nea ed esclusivamente mobiliare dell'*universitas*, nell'uniformità di destinazione dei beni componenti il complesso aziendale e soprattutto nell'appartenenza di tutti i singoli beni a un unico proprietario); dall'altro, vi sono coloro i quali rinvencono tale autonomo oggetto in un bene immateriale distinto dal complesso seppur a esso immanente, costituito "dall'organizzazione" stessa (ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1; BALLETTA A., *La concorrenza sleale e il diritto sull'azienda*, in *Riv. dir. ind.*, 1967, I, 127; FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, 112, muovendo dalla concezione dell'azienda come «insieme dei collegamenti funzionali» posti fra gli elementi organizzati; SALANDRA V., *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Bologna, 1947, 59; VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Firenze, 1948, 14).

È stato però obiettato, da GALGANO F., *L'impresa e le società*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. I, Padova, 1994, 80, 81, nota 2, 82 nota 6, quanto alla prima ricostruzione, che l'azienda «non è, come richiede l'art. 816, una "pluralità di cose che appartengono alla stessa persona"; né si compone, esclusivamente, di beni mobili, senza dire che le "universalità di mobili" sono costituite da beni tra loro omogenei [...], mentre l'azienda si compone, di regola, di beni fra loro eterogenei [...]. Il termine "universalità di beni" è perciò impiegato, con riferimento all'azienda, in senso non tecnico dall'art. 670 n. 1 c.p.c., che ammette il sequestro giudiziario di "beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni [...]». Quanto alla seconda, che «dal punto di vista linguistico la costruzione giuridica dell'azienda come bene immateriale identificabile nella "organizzazione" è ciò che si definisce una ipostasi: una qualità, cioè, viene elevata a sostanza [...]. L'ipostasi è, in questo caso, pericolosa, perché può ingenerare il convincimento che "l'idea organizzativa" dell'imprenditore, in quanto bene immateriale analogo alle opere dell'ingegno, debba ricevere una protezione giuridica analoga».

Critici nei confronti dell'impostazione "unitaria" sono anche: ASCARELLI T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 112; COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. III, Padova, 1979, 10; FERRARI G., *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 698; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVIII, t. 4, Torino, 1983, 14). In definitiva, il punto di debolezza della teoria che assegna una valenza unitaria all'azienda è individuato «nel regime imposto dallo stesso legislatore per il trasferimento dell'azienda; l'art. 2556, nel disciplinare il trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda, fa infatti "salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che la compongono"; il legislatore rinuncia quindi alla definizione di una disciplina unitaria del trasferimento, in quanto all'azienda privilegia le posizioni dei singoli beni che la compongono. Inoltre, le specifiche norme imposte dal legislatore per il trasferimento di crediti e debiti e per la successione nei rapporti pendenti rafforzano il convincimento circa la mancanza di unitarietà, sotto il profilo giuridico, del concetto di azienda [...]» (così, GAREGNANI G.M., *La cessione d'azienda, prima parte. Profili civilistici*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, I, 71, e anche CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 146);

b. la *teoria atomistica* che concepisce, invece, l'azienda come una semplice pluralità di beni, escludendosi che esista un "bene-azienda" formante oggetto di autonomo diritto di proprietà o di altro diritto reale unitario: in particolare COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. III, Padova, 1979, 4, conclude che «l'azienda non rientra in alcuna delle figure dogmatiche tradizionali e riconosciute a livello legislativo: non in quella del patrimonio autonomo, né in quella dell'universalità di mobili, né infine in quella del bene unitario, materiale o immateriale. Essa costituisce quindi una semplice pluralità di beni, collegati alla persona dell'imprenditore in forza di diritti eventualmente diversi (proprietà, diritti reali limitati, diritti personali di godimento) e tra loro in fatto coordinati per l'esercizio dell'attività d'impresa. Ciò significa l'accoglimento della concezione che è stata chiamata *atomistica*»; cfr. anche: CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 145; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVIII, t. 4, Torino, 1983, 14.

trasmette dal soggetto conferente alla società conferitaria la titolarità di quel complesso di beni, situazioni, attività, avviamento, passività e rapporti<sup>64</sup> che il conferente appunto immette nella sfera giuridica della conferitaria stessa per averne “in cambio” una partecipazione nel suo capitale sociale, di regola<sup>65</sup> corrispondente al valore che si ottiene rapportando l’entità del patrimonio conferito con il patrimonio già presente nella sfera giuridica del soggetto conferitario<sup>66</sup>.

Il conferimento d’azienda dunque è «l’operazione per cui un’azienda oppure un ramo aziendale dotato di autonoma capacità di reddito vengono conferiti (“apportati”) a un ente giuridicamente diverso dall’impresa conferente»; «è lo strumento tecnico per realizzare ciò che la pratica chiama la trasformazione di un’impresa individuale in società per azioni [...] il caso tipico è infatti quello dell’imprenditore che conferisce la propria azienda in una società per azioni della quale si è fatto egli stesso l’iniziatore per trovare nuovi capitali adeguati allo sviluppo assunto dalla sua impresa o perché, intendendo ritirarsi dalla direzione di questa, vuole contemporaneamente assicurarsi il beneficio della responsabilità limitata. In altri casi ancora il conferimento in una società all’uopo costituita è il mezzo per fondere due o più imprese individuali che esercitano la stessa attività e intendono far cessare una posizione di concorrenza [...]»<sup>67</sup>. Del resto, «il fenomeno va peral-

<sup>64</sup> Cfr. Cass., 21 ottobre 1995, n. 10993, in *Giur. imp.*, 1996, 71, «perché si abbia il conferimento d’azienda (o di ramo aziendale) è necessario che venga trasferito un complesso di beni di per sé idoneo a consentire lo svolgimento di una determinata attività d’impresa, anche se non necessariamente la stessa esercitata dal conferente, ed è ammissibile che il nuovo titolare debba integrare l’insieme dei beni trasferiti con ulteriori fattori produttivi. Conseguentemente non può beneficiare della riduzione dell’1 per cento dell’imposta di registro, prevista dall’art. 7, legge 16 dicembre 1977, n. 904, il solo conferimento di un fabbricato già adibito a esposizione con sottostante e annesso terreno che non presenti una propria originaria unità economica e funzionale».

<sup>65</sup> Infatti, ben si potrebbe stabilire che una parte del valore dell’azienda conferita venga appostata nel patrimonio netto della conferitaria come sovrapprezzo, così come comunque potrebbe essere convenuto un rapporto non proporzionale tra entità del conferimento ed entità della partecipazione al capitale sociale che ne deriva, *ex art.* 2468, comma 2.

<sup>66</sup> Per LUPI R., *La specificazione legislativa del concetto di reddito, riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d’impresa*, Milano, 2002, 89, «il soggetto conferente non solo non monetizza alcunché ma neppure riceve, come nella permuta, beni dotati di un proprio valore intrinseco. Esso riceve semplicemente beni di secondo grado, che con brutale metafora potrebbero chiamarsi “pezzi di carta”, rappresentativi di un diverso bene, il patrimonio della società conferitaria. Qualora, come di solito accade, la beneficiaria di un conferimento d’azienda alimenti il proprio patrimonio pressoché esclusivamente con i beni apportati, la conferente si troverà a possedere né più né meno quanto possedeva prima, dietro il diaframma di una partecipazione totalitaria. In ogni caso, i beni di secondo grado ricevuti (partecipazioni sociali), idealmente rappresentano né più né meno il valore di quello che la conferente medesima ha apportato».

<sup>67</sup> CONFALONIERI M., *Conferimenti e fusioni nell’economia delle imprese*, Milano, 1983, 119;

tro tenuto nettamente distinto da quello della fusione, specie con riguardo al conferimento effettuato da una preesistente società [...]»<sup>68</sup>.

Indubbiamente, in caso di conferimento, vi è dunque un mutamento soggettivo “a titolo particolare”<sup>69</sup>, diversamente da quanto accade nelle operazioni meramente trasformativo (ove il soggetto non muta affatto, innovandosi solamente la sua struttura organizzativa)<sup>70</sup> oppure nelle ope-

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Milano, 2002, 375. Per Cass., 21 ottobre 1995, n. 10993, in *Giur. imp.*, 1996, 71; in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 381 e in *Corriere trib.*, 1996, 348, «perché si abbia il conferimento d'azienda (o di ramo aziendale) è necessario che venga trasferito un complesso di beni di per sé idoneo a consentire lo svolgimento di una determinata attività d'impresa, anche se non necessariamente la stessa esercitata dal conferente. Tale fattispecie ricorre anche quando il nuovo titolare debba integrare l'insieme dei beni trasferiti con ulteriori fattori produttivi; in tal caso, occorre però che i beni mancanti non siano tali da alterare l'unità economica e funzionale del complesso aziendale, atteso che non basta che i beni conferiti abbiano fatto parte di un'azienda, ma è altresì necessario che essi, per le loro caratteristiche e il loro collegamento funzionale rendano possibile lo svolgimento di una specifica impresa».

<sup>68</sup> FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 143. Per Cass., 25 ottobre 1976, n. 3844, in *Giur. comm.*, 1977, II, 9, «il conferimento di azienda in società non costituisce fusione, ma conferimento in natura disciplinato dalle norme previste per tali conferimenti e per la cessazione di azienda».

<sup>69</sup> Il conferimento dell'azienda «importa un trasferimento a titolo particolare, da una società all'altra, con l'assunzione da parte della società trasferente di partecipazioni nella società destinataria del trasferimento, senza che la prima perda la propria individualità, come invece si verifica nel caso di fusione»: CAGNASSO O., IRRERA M., *Fusione e trasformazione delle società*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. VI, Torino, 1991, 312; cfr. anche TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 185. Sotto il profilo fiscale, peraltro, l'operazione di conferimento è stata considerata come una caso di successione “universale” dalla Risoluzione ministeriale n. 363855 del 23 giugno 1979: «[...] considerato che come risulta dall'atto costitutivo, passano a favore e a carico della società concentrataria, le rendite e gli oneri, i diritti e gli obblighi e in genere tutti i rapporti di pertinenza del conferito ramo aziendale, compresi quelli di lavoro, si ritiene che, nella fattispecie, si realizza una successione a titolo universale della nuova società relativamente al conferito ramo aziendale».

<sup>70</sup> La trasformazione della società è operazione da alcuni Autori definita come «il passaggio, in senso giuridico, della società da uno ad altro tipo fra quelli ammessi dalla legge» (FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 662; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 542) mentre altri preferiscono indicarla come «cambiamento o modificazione del tipo sociale» (COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 1976, 834). In particolare, CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 542, afferma che «la configurazione legislativa della trasformazione come semplice vicenda modificativa dell'atto costitutivo offre all'autonomia privata un duttile strumento per adattare l'assetto organizzativo della società alle nuove esigenze sopravvenute durante la vita della stessa. Consente infatti di realizzare tale obiettivo, senza che i soci siano costretti a liquidare la precedente società e a costituire una nuova, con notevoli vantaggi anche di carattere fiscale».

Per la tesi secondo cui la trasformazione della società implica una semplice modificazione dell'atto costitutivo, non comportando una novazione soggettiva, si vedano: GASPERONI N., *Trasformazione di società*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 1018, il quale afferma che non vi sarebbe novazione soggettiva neppure nel caso di un passaggio della società da un tipo sfornito di personalità giuridica a un tipo personificato; SERRA A., *La trasformazione e la fusione della società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, t. 3, Torino, 1985, 303, conclude che «il dubbio che tale modificazione implichi l'estinzione della società preesistente e la creazione di una società nuova e diversa deve ritenersi ormai superato»; SILVETTI C., voce *Trasformazione e fusione delle società*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 534; SIMONETTO E., *Della trasformazione e fusione della società. Delle società costituite all'estero*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2498-2510, 1976, 11; TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 188.

Anche la giurisprudenza si è definitivamente orientata in tal senso: Cass., 18 maggio 1967, n. 1070, in *Dir. fall.*, 1967, II, 233; Cass., 9 agosto 1972, n. 2657, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1963; Cass., 20 ottobre 1975, n. 3427, in *Giur. comm.*, 1976, II, 480; Cass., 8 marzo 1977, n. 953, in *Giur. comm.*, 1978, II, 309; Cass., 12 gennaio 1979, n. 254, in *Dir. fall.*, 1979, II, 214; Cass., 31 ottobre 1981, n. 5768, in *Giust. civ. Mass.*, 1981; Cass., 21 novembre 1983, n. 6931, in *Giust. civ. Mass.*, 1983; Cass., 12 aprile 1984, n. 2369, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, secondo cui «in tema di società, ogni specie di trasformazione (compresa quella di una società di persone in società di capitali) comporta soltanto il mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente che si distingue dal vecchio, sicché l'ente trasformato, quand'anche consegua la personalità giuridica di cui prima era sprovvisto, non si estingue per rinascere sotto altra forma, né dà luogo a un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, ma sopravvive alla vicenda modificativa senza soluzione di continuità e senza perdere la sua identità soggettiva [...]».

Di diverso avviso invece le tesi risalenti (e oggi superate) di: BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, 611; GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 364; MOSSA L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, vol. IV, Padova, 1957, 599. In giurisprudenza si sono espresse nel senso della novazione: Cass., 20 ottobre 1958, n. 3369, in *Foro it.*, 1959, I, 64 e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 188; App. Milano, 24 dicembre 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, 114.

È stato poi rimarcato che l'attenzione del legislatore si è concentrata sulla trasformazione volta a segnare il passaggio da un tipo di società non personificata ad altro avente invece la personalità giuridica e quindi su una trasformazione che, in quanto implicante evoluzione a una organizzazione societaria più complessa, viene qualificata come "progressiva" (così TONDO S., *Trasformazione da o in società semplice*, *Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nella seduta del 14 aprile 1989*).

La dottrina oggi unanime afferma peraltro l'ammissibilità – oltre che dell'ipotesi succitata ed espressamente prevista – tanto della trasformazione all'interno della medesima categoria (società di persone e società di capitali), quanto della trasformazione cosiddetta "regressiva", vale a dire la trasformazione di una società di capitali in società di persone. Cfr. CAGNASSO O., *La trasformazione delle società*, sub artt. 2498-2500, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1990, 74; SIMONETTO E., *Della trasformazione e fusione della società. Delle società costituite all'estero*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2498-2510, 1976, 7; TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 195. In giurisprudenza: Cass., 15 novembre 1985, n. 5602, in *Foro it.*, 1986, I, 1619; App. Bologna, 31 marzo 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 255; App. Venezia, 30 gennaio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 317. Diversamente: GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 511; e FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 897, nota 3 (limitatamente al caso della trasformazione di società semplice in società registrate, che questo Autore non ammetteva).

razioni di scissione<sup>71</sup> e fusione<sup>72</sup> (ove dalla teoria più tradizionale, è riconosciuto accadere un fenomeno di mutamento soggettivo, ma a “titolo

<sup>71</sup> Anche per la scissione, così come per la fusione, si registra un vivace dibattito circa la natura giuridica: BELVISO U., *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 521, propende per la configurazione della scissione come fenomeno di tipo successorio; SERRA A., SPOLIDORO M.S., *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 204, sostengono invece che si tratterebbe di una semplice vicenda modificativa dell'atto costitutivo. In tema di scissione inoltre si vedano, tra gli altri: CABRAS G., *La scissione delle società*, in *Foro it.*, 1992, V, 269; CAMPOBASSO G.F., *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 375; DE FERRA G., *La scissione delle società*, in *Riv. soc.*, 1991, 213; FERRO-LUZZI P., *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065; LAURINI G., *La scissione di società*, in *Riv. dir. impresa*, 1992, n. 1, n. 33; PAOLINI E., *Scissione di società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 831; PEREGO E., *Profili privatistici della scissione delle società*, in *Quaderni giur. impr.*, 1993, 13; PICCIAU A., *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, 1189; QUATRARO B., *La scissione*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, 1085.

<sup>72</sup> Vivace è stato il dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla natura giuridica della fusione.

Sotto l'abrogato codice di commercio, VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Milano, 1929, 480, ne sosteneva la natura di successione universale *mortis causa*, fondando il suo convincimento sull'art. 189, n. 7, cod. commercio (norma che ricomprendeva la fusione tra le cause di scioglimento della società; la nuova società o la società incorporante succedeva, pertanto, rispettivamente alle vecchie società estinte o alla società incorporata). Un orientamento diverso era quello di ASCARELLI T., *Appunti di diritto commerciale*, II, Roma, 1936, 181, che ne sosteneva invece la natura di successione universale, ma per atto tra vivi. Qualificano la fusione quale fenomeno successorio a titolo universale: sotto la vigenza del codice di commercio, DE GREGORIO A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Codice di commercio commentato a cura di Bolaffis – Rocco – Vivante*, vol. IV, Torino, 1938, 670; nella vigenza del Codice civile, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 523, che propende per la successione per atto tra vivi; MOSSA L., *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, Milano, 1942-1953, 586; VISENTINI B., *La fusione tra società*, Roma, 1942, 41. Ricollega invece la fusione allo schema di una successione particolare: BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società*, vol. II, Milano, 1948, 649. Per GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 454, si dovrebbe ravvisare una successione universale nell'ipotesi in cui la società risultante dalla fusione succeda a società personificate e una successione a titolo particolare quando succeda a società non personificate.

La più recente dottrina, invece, ritiene che il fenomeno della fusione si inquadri nell'ambito delle modificazioni dell'atto costitutivo: CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 552; CORAPI D., *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 306; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 608; FERRARA F. jr., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 737; GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1994, 436; SALERNO S., CARDILLO A., *Fusione delle società: successione a titolo universale o modificazione statutaria*, in *Vita not.*, 1986, 304; SERRA A., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, t. 3, Torino, 1985, 340; SIMONETTO E., *Della trasformazione e fusione della società. Delle società costituite all'estero*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile, Libro Quinto – Del lavoro*, artt. 2498-2510, 1976, 11; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, Padova, 1973, 206. In particolare, MILONE L., BRUCCULERI M.I., *La fusione. Rassegna della giurisprudenza più recente e i contributi della dottrina*, in *Vita not.*, 1987, 599, rilevano che «in generale, la ricostruzione giuridica della fusione quale modificazione dell'atto costitutivo, è più rispondente alla realtà economica, poiché la fusione è rivelatrice delle volontà dinamiche e vitali delle imprese che,

universale”, con ciò che ne consegue in termini di incontestabile passaggio al successore o avente causa di ogni rapporto attivo e passivo già facente capo all'autore o dante causa)<sup>73</sup>: una volta avvenuto il conferimento, cambia invero il soggetto<sup>74</sup> titolare del complesso aziendale trasferito, in quanto, con il conferimento, il soggetto conferente espelle dunque dalla sua sfera soggettiva l'insieme dei beni e dei rapporti che rappresentano l'azienda (o il ramo d'azienda) oggetto del conferimento stesso per ottenere, in sostituzione dei beni e dei rapporti conferiti, le partecipazioni rappresentanti, nella società conferitaria, l'aumento di capitale che si verifica appunto per effetto del conferimento<sup>75</sup>.

spinte da precise esigenze economiche e di assetto imprenditoriale, partecipano all'operazione». In giurisprudenza, Trib. Lucca, 5 giugno 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 664, qualifica la fusione come modificazione dell'atto costitutivo; mentre la giurisprudenza maggioritaria propende ancora per la tesi che vi ravvisa una successione a titolo universale: Cass., 25 ottobre 1977, n. 4565, in *Giur. comm.*, 1978, II, 352 e in *Giust. civ.*, 1978, I, 241; Cass., 17 maggio 1978, n. 2385, in *Giur. comm.*, 1978, II, 636; Cass., 28 maggio 1980, n. 3496, in *Dir. fall.*, 1980, II, 396; Cass., 1° settembre 1981, n. 5018, in *Giur. impr.*, 1981, 963; in *Arch. Civ.*, 1981, 972 e in *Rass. impr.*, 1982, 364; Cass., 13 dicembre 1982, n. 6048, in *Dir. fall.*, 1983, II, 37; Cass., 8 novembre 1983, n. 6612, in *Società*, 1984, 179; Cass., 10 febbraio 1984, in *Giur. comm.*, 1984, II, 393; Cass., 28 giugno 1984, n. 3836, in *Società*, 1984, 1219; Cass., 6 dicembre 1984, n. 3836, in *Società*, 1984, 1219; Trib. Milano, 13 giugno 1985, in *Società*, 1986, 155; Trib. Milano, 21 aprile 1986, in *Società*, 1986, 869; Cass., 28 luglio 1986, n. 4812, in *Foro it.*, 1988, I, 1275; Trib. Bologna, 13 gennaio 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 531; Cass., 6 marzo 1987, n. 2381, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Società*, n. 743, la quale specifica che la fusione di società dà luogo alla «nascita di un nuovo ente, con la conseguente estinzione delle società fuse (o di quella incorporata) e l'attuazione, a favore della nuova persona giuridica, di una successione universale analoga a quella *mortis causa*»; Trib. Milano, 13 aprile 1987, in *Società*, 1987, 829; Trib. Tempio Pausania, 7 gennaio 1988, in *Foro pad.*, 1988, I, 459; Cass., 13 giugno 1991, n. 6702, in *Giust. civ. Mass.*, 1991; Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 1992, n. 969, in *Foro amm.*, 1992, 1662; Trib. Biella, 13 gennaio 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 3; Cass., 19 giugno 1996, n. 5679, in *Fall.*, 1997, 378; in *Giur. comm.*, 1997, II, 351; in *Dir. fall.*, 1996, II, 417; Cass., 22 settembre 1997, n. 9349, in *Studium iuris*, 1998, 191; in *Riv. Giur. circ. trasp.*, 1997, 827; Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1515, in *Foro amm.*, 1999, 2045; in *Cons. Stato*, 1999, I, 1540.

<sup>73</sup> Ovviamente, ove si segua la più moderna tesi della fusione come mera modificazione della struttura statutaria delle società che all'operazione partecipano, ovviamente non vi è nemmeno luogo per parlare di mutamenti soggettivi e quindi di continuazione di rapporti da parte di un nuovo soggetto rispetto a un soggetto precedente: lì infatti c'è sempre lo stesso soggetto, che continua il proprio percorso imprenditoriale, sotto un assetto statutario diverso da quello *ante* fusione.

<sup>74</sup> Per VIGNOLI A., *La valutazione economica del conferimento nell'ottica della dottrina civilistica*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 299, «il conferimento attiene “ai beni”, anziché, come la fusione e la scissione, ai soggetti societari; [...] il patrimonio netto della società conferente [...] non subisce alcuna modificazione a seguito dell'operazione in esame; il conferimento, insomma, non modifica né il capitale sociale della società conferente né il resto del suo patrimonio netto, ma rileva solo nell'ambito della struttura dell'attivo patrimoniale, dove le azioni ricevute si sostituiscono ai beni conferiti».

<sup>75</sup> Per VIGNOLI A., *La valutazione economica del conferimento nell'ottica della dottrina civilistica*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*

### 3.3.1.1 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive del soggetto conferente e acquisite con la gestione dell'azienda poi conferita*

Si tratta ora di approfondire se le caratteristiche soggettive maturatesi in capo al conferente per effetto della gestione della propria azienda, poi conferita, rimangano ancorate al soggetto in capo al quale tali situazioni si sono prodotte in relazione a detta attività di gestione oppure se quelle situazioni soggettive transitino invero in capo alla società conferitaria in uno con la trasmissione alla stessa del compendio patrimoniale oggetto di conferimento.

Si pensi, in campo non tributario, alla pacifica continuità<sup>76</sup> in capo all'avente causa di tutti i permessi, licenze, concessioni, autorizzazioni già di "titolarità" del dante causa (è il caso delle licenze di commercio o di auto-transporto come pure dei permessi a costruire, e così via)<sup>77</sup>; si pensi altresì alla trasmissione al cessionario dell'azienda delle posizioni giuridiche derivanti dalla maturazione in capo al cedente, in funzione dell'attività svolta, dei requisiti in base ai quali si può ottenere (o mantenere) un'iscrizione in un dato albo o elenco<sup>78</sup> oppure partecipare a determinati eventi (per esem-

*d'impresa*, Milano, 2002, 302, «il conferente, a differenza dell'alienante non si priva della possibilità di continuare a godere delle utilità ritraibili dal bene, ma, "mettendo il bene a disposizione della società", modifica la situazione giuridica di appartenenza dei beni conferiti; si passa, infatti, da un regime di sfruttamento individuale, a uno sfruttamento collettivo secondo le regole che disciplinano lo svolgimento dell'attività sociale. Il collegamento tra il conferente e il bene conferito continua a esistere grazie alle partecipazioni che vengono attribuite al conferente in luogo del bene conferito. [...] Il trasferimento di beni e rapporti è, dunque, meramente strumentale a una riorganizzazione dell'attività, che prosegue senza soluzione di continuità nonostante la modifica dell'intestazione di beni e rapporti».

<sup>76</sup> Per CINTIOLI F., D'AMICO G., GUERRERA F., CATELLA P., *I trasferimenti d'azienda*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2000, 354, «il cessionario acquista il diritto a subentrare *ex tunc* nell'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori del cedente e che [...] è proprio il cessionario che può presentare offerta di partecipazione alla gara per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici. [...] la cessione dell'azienda importa, pressoché automaticamente, il passaggio in capo al cessionario di quel titolo giuridico che lo abilita come contraente qualificato dell'Amministrazione».

<sup>77</sup> Cfr. PAPPÀ MONTEFORTE V., *Trasferimento di azienda e successione nei rapporti pubblici*, in *Notariato*, 2/2002, 217.

<sup>78</sup> Vige il «principio della continuità tra l'iscrizione posseduta dall'avente causa rispetto a quella del dante causa»: Cons. Stato, 16 maggio 1995, n. 802, in *Cons. Stato*, 1995, I, 754). Identica anche la pronuncia del medesimo Cons. giust. amm. sic., 8 agosto 1998, n. 461, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1229 e in *Giust. amm. sic.*, 1998, 381, con nota di VIRGA. Si vedano anche LAURINI G., *A proposito del recupero dell'iscrizione all'albo nazionale costruttori nel passaggio dall'impresa edile individuale all'impresa collettiva*, in *Riv. not.*, 1990, 87, per il quale nelle ipotesi di «conferimento di azienda o di fusione si presume che la società conferitaria abbia la stessa idoneità a operare nel set-

pio, un pubblico appalto); oppure, si pensi, in campo tributario, alla possibile trasmissione all'avente causa della qualifica, spettante al cedente, di "impresa costruttrice"<sup>79</sup> di cui al n. 8-bis del comma 1 dell'art. 10 del D.P.R.

tores dei pubblici appalti in precedenza riconosciuta all'impresa conferente, con la quale sostanzialmente si identifica».

<sup>79</sup> Vediamo peraltro di precisare la nozione di "impresa costruttrice", concetto che rappresenta il fondamento del discorso che stiamo facendo. Per la nozione di "impresa costruttrice" si può vedere innanzitutto, per esempio, la circolare ministeriale 182/E dell'11 luglio 1996, ove si afferma, tra l'altro, che «impresa costruttrice deve ritenersi quella che anche occasionalmente realizza la costruzione di immobili per la successiva vendita [...]».

Questa configurazione definitoria dell'impresa costruttrice, del resto, è già stata assunta ai fini IVA, dalla circolare n. 45, protocollo 503519, del 2 agosto 1973». Detta circolare n. 45 a sua volta prevede che deve considerarsi impresa costruttrice «l'impresa la quale svolge, anche occasionalmente, attività di produzione di immobili per la successiva vendita». Da ciò si ricava innanzitutto che la nozione di "impresa costruttrice" non è impedita dall'occasionalità della costruzione. Quanto all'accennato elemento soggettivo (è costruttore chi costruisce "per la successiva rivendita"), pare che si tratti più di un elemento descrittivo della fattispecie, e cioè evidenziandosi con ciò quel che di regola accade ("normalmente", il costruttore è colui che rivende) che di un requisito indispensabile (si pensi a una banca che costruisca un palazzo composto al piano terreno dalla propria filiale e ai piani superiori da appartamenti per dipendenti, evidentemente non finalizzati alla vendita, poi però venduti ad anni di distanza, in ossequio a mutate politiche di patrimonializzazione della banca stessa: la banca non sarebbe in questo caso il costruttore?), anche perché, all'atto della costruzione, non è in alcuni casi per nulla facile stabilire se il risultato della costruzione sia o meno finalizzato alla vendita (e quale sarebbe poi la tempistica rilevante? sotto il profilo che «l'elemento intenzionale per il quale gli edifici sarebbero stati costruiti non rileva» per la qualificazione in termini di "impresa costruttrice" di una compagnia di assicurazioni, cfr. risoluzione ministeriale 29 novembre 1982, n. 391795).

Ora, nel senso che il costruttore non è necessariamente chi costruisce "per la rivendita" depone, oltre alla specifica – per il settore bancario – risoluzione ministeriale n. 430065 del 21 marzo 1990 (nella quale non vi è alcun cenno al fatto che l'immobile dovesse essere fin dall'origine venduto dalla banca, come si conferma nella circolare ABI Serie Tributaria n. 28/1996, di cui oltre), la fondamentale risoluzione ministeriale 29 novembre 1982, n. 391795, ove si legge, tra l'altro, che [i corsivi sono dell'Autore, n.d.a.] «può legittimamente applicare l'aliquota agevolata ogni imprenditore che comunque provveda alla costruzione di edifici aventi le caratteristiche prescritte, qualunque sia, cioè, l'oggetto della sua normale attività. E ciò in conformità al costante orientamento espresso da questo Ministero (vedi tra l'altro, risoluzione ministeriale 5 febbraio 1975, n. 502275, emanata in base alla circolare 45/503519 del 2 agosto 1973).

In tale prospettiva, l'elemento intenzionale per il quale gli edifici sarebbero stati costruiti (secondo i verbalizzanti, al fine di incrementare il patrimonio immobiliare della società), non rileva, in quanto con l'avvenuta constatazione che le costruzioni non di lusso cedute siano state di fatto realizzate dalla Società, è innegabile che nella fattispecie si sia concretizzato anche il presupposto soggettivo voluto dalla legge ai fini dell'applicazione dell'aliquota agevolata in questione». Nel senso che il costruire "ai fini della rivendita" non sia un elemento indispensabile per l'emersione del concetto di impresa costruttrice, cfr. Comm. Trib. Prov. di Piacenza, 23 maggio 2000, n. 51/01 (inedita e passata in giudicato), che si è occupata proprio del caso della banca che ha rivenduto appartamenti a 38 anni di distanza dalla loro costruzione; e pure la circolare Assonime n. 85 del 25 luglio 1996, ove si afferma che «per impresa costruttrice è da intendersi non solo un'impresa che svolge ordinariamente attività di costruzione, ma più in generale quella che comunque ha costruito, pure tramite

26 ottobre 1972, n. 633 in tema di operazioni esenti da imposta sul valore aggiunto: detta norma dispone invero l'esenzione da IVA delle «cessioni di fabbricati, o di porzioni di fabbricato, a destinazione abitativa, effettuate da soggetti diversi dalle imprese costruttrici degli stessi». E si osservino pure le seguenti fattispecie:

- a. «nel caso di successione nel compendio aziendale, nella specie per conferimento societario dell'azienda ad altro ente, l'impresa conferitaria, nelle more della procedura di "recupero" dell'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, cui aveva titolo la società conferente, deve essere ammessa a partecipare alle pubbliche gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici in appalto»<sup>80</sup>;
- b. «le imprese che siano destinatarie di conferimento d'azienda, una volta richiesto il trasferimento dell'iscrizione all'ANC della ditta conferente,

appalto, il fabbricato, anche se la relativa cessione, che realizza l'immissione in consumo del fabbricato stesso, ha luogo a distanza di tempo dall'ultimazione dei lavori».

In sintesi, quindi, dalla lettura combinata della citata circolare ministeriale del 1973 e della risoluzione ministeriale n. 391795 del 1982, se ne ricava che, anche secondo l'Amministrazione finanziaria, a questi fini, deve considerarsi impresa costruttrice l'impresa la quale svolge, anche occasionalmente, attività di costruzione di immobili e che, indipendentemente dall'esistenza di una originaria volontà di futura alienazione degli immobili costruiti, procede, successivamente alla costruzione di tali immobili, alla loro vendita.

Va ricordato, a mente della circolare ministeriale 11 luglio 1996, n. 182/E «per quanto concerne il riferimento alle imprese che hanno costruito gli edifici oggetto della cessione, contenuto nelle norme in discorso, che impresa costruttrice deve ritenersi quella che anche occasionalmente realizza la costruzione di immobili per la successiva vendita, a nulla influendo che la materiale esecuzione dei lavori sia eventualmente da essa affidata, in tutto o in parte, ad altre imprese. Questa configurazione definitoria dell'impresa costruttrice, del resto, è già stata assunta ai fini dell'IVA, dalla circolare n. 45, protocollo n. 503519, del 2 agosto 1971, della soppressa Direzione generale delle tasse e Imposte Indirette sugli affari, ulteriormente precisata con la risoluzione n. 330083 del 14 marzo 1981. Si chiarisce, inoltre, che nella categoria delle imprese costruttrici rientrano a pieno titolo le società cooperative edilizie che costruiscono, anche avvalendosi di imprese appaltatrici, alloggi da assegnare ai propri soci»; su questo tema MISTÒ P.G., *Alcune considerazioni sulla nozione di impresa costruttrice*, in *Dir. e prat. trib.*, 1984, II, 50; SANGIORGI R., *L'impresa edile occasionale nella disciplina dell'IVA*, in *Rass. trib.*, 1986, II, 417. Secondo l'ABI, circolare Serie Tributaria n. 28/1996, «per quanto attiene alla nozione di "impresa costruttrice" è sostenibile che, in assenza di specifiche definizioni da parte della disciplina IVA, si possa continuare a fare riferimento agli indirizzi interpretativi formulati dall'Amministrazione finanziaria. È stato, per esempio, affermato che per "impresa costruttrice" "non deve considerarsi solo quella che ha per oggetto principale la costruzione di immobili, ma anche quella che occasionalmente svolge tale attività: può quindi applicare l'aliquota ridotta ogni imprenditore che comunque provveda alla costruzione di edifici aventi le caratteristiche prescritte, qualunque sia l'oggetto della sua normale attività" (Ris. min. 29 novembre 1982, n. 391795). Tale indirizzo è confermato dalla circolare ministeriale n. 182/E dell'11 luglio 1996».

<sup>80</sup> Cons. Stato, 16 marzo 1993, n. 247, in *Foro amm.*, 1993, 492 e in *Riv. Corte conti*, 1993, 214.

possono partecipare alle gare d'appalto avvalendosi dell'iscrizione conferita, anche prima che venga completato il procedimento di trasferimento e, quindi, sulla base della semplice domanda di trasferimento; in simili ipotesi tuttavia l'impresa, la quale partecipa alla gara avvalendosi dell'iscrizione dell'impresa conferente, deve presentare il certificato della sezione fallimentare del competente tribunale relativo all'impresa intestataria dell'iscrizione utilizzata per partecipare alla gara»<sup>81</sup>;

- c. «nel caso di decesso del titolare di impresa individuale, ovvero per effetto di atto di fusione, *di conferimento* o di cessione di complesso aziendale, è ammesso il recupero totale o parziale dell'iscrizione nell'albo nazionale dei costruttori, a favore dell'impresa avente causa, alla quale nel periodo compreso tra la variazione soggettiva e il successivo provvedimento di iscrizione deve essere consentita l'ammissione alle gare; peraltro, in detta ipotesi l'ammissione è subordinata alla produzione, da parte dell'impresa avente causa, dei certificati richiesti dai bandi ai concorrenti»<sup>82</sup>;
- d. «l'impresa cessionaria, infatti, per la continuità fra le iscrizioni, viene, *ex tunc*, in possesso della qualità richiesta dalla legge [...]; si verifica una situazione assimilabile alla *successio in ius* con riferimento alla posizione giuridica costituita dall'iscrizione all'albo nazionale costruttori. [...] Nulla di diverso rispetto alla situazione esaminata v'è quando la cessione di azienda (o il conferimento di ramo aziendale) si verifichi nel corso del procedimento di individuazione del contraente: anche in tal caso la continuità delle iscrizioni consente alla cessionaria di partecipare alla procedura, atteso che *ex tunc* verrà in possesso della qualità necessaria fin dall'inizio del rapporto con la stazione appaltante intrattenuto dall'impresa dante causa»<sup>83</sup>.

Il quesito è dunque: una volta avvenuto il conferimento dell'azienda di cui faccia parte un edificio costruito dal conferente, può il conferitario qualificarsi come "impresa costruttrice" e applicare ordinariamente l'IVA come l'applicherebbe il conferente, oppure la qualifica di "impresa costruttrice" permane inevitabilmente in capo alla società conferente e la vendita di

<sup>81</sup> TAR Sicilia, sez. Catania, 24 marzo 1998, n. 477, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 564.

<sup>82</sup> Cons. giust. amm. sic., 13 novembre 1999, n. 445, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1752.

<sup>83</sup> TAR Puglia, sez. Lecce, 11 febbraio 1994, n. 104, in *TAR*, 1994, I, 1616. Specifica poi TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 29 luglio / 9 settembre 1998, n. 1023, in *TAR*, 1998, 4263, che sussiste il «principio per cui, nel contrasto tra l'interesse dell'amministrazione a non subire modificazioni del contraente prescelto con il modello dell'evidenza pubblica e quello del cessionario di azienda a subentrare in tutti i rapporti che a essa fanno capo, prevale quest'ultimo interesse, a condizione che l'amministrazione possa verificare tutti i requisiti soggettivi del cessionario».

quell'immobile effettuata dalla società conferitaria è qualificabile in termini di operazione esente da IVA?

In altri termini, occorre verificare se le situazioni giuridiche soggettive fiscalmente rilevanti, maturatesi in capo al soggetto conferente, siano indiscindibilmente connesse al soggetto conferente stesso, in modo da non essere in alcun modo trasmissibili in capo alla società conferitaria; oppure se, pur trattandosi di posizioni soggettive proprie del conferente, esse abbiano comunque un ancoraggio oggettivo al compendio aziendale nel cui ambito esse si formano, di modo che si possa ritenere che esse ben transitino alla società conferitaria nel contesto dell'operazione di conferimento, come parte, in sostanza, del compendio aziendale trasmesso dal soggetto conferente al soggetto conferitario.

Ora, sotto un profilo di analisi strettamente civilistico, non paiono rinvenirsi ostacoli al transito in capo alla società conferitaria di tutte le posizioni giuridiche soggettive inerenti l'azienda conferita già facenti capo al conferente<sup>84</sup>. Anzi, appare vero il contrario, e cioè che non vi sarebbe ragione di ritenere che, in caso di conferimento, vi siano situazioni soggettive che non si trasmettano alla società conferitaria e che invece rimangano in capo al soggetto conferente.

Si pensi, per meglio comprendere la questione sotto un profilo "pratico", a un conferimento "totale" della propria azienda da una società conferente a una società conferitaria, con devoluzione a quest'ultima dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi rappresentanti l'azienda oggetto di conferimento e con completa sostituzione, nel patrimonio della conferente, dei beni e dei rapporti conferiti con una partecipazione al capitale della società conferitaria rappresentante l'intervenuto conferimento (si pensi dunque a questo caso di conferimento "totale" per meglio comprendere la questione, che comunque non cambia in caso di conferimento "solo" di un ramo aziendale o di singoli beni, poiché il principio rimane pur sempre lo stesso, con l'unica variante relativa alla considerazione che, in quest'ultimo caso, occorrerà invero verificare la consistenza del patrimonio conferito e la ricomprendibilità, in detto ambito, delle posizioni soggettive del cui passaggio alla società conferitaria qui si discute).

Ebbene, il conferimento altro non rappresenta invero che la trasmissione alla conferitaria di tutti quei rapporti giuridici attivi e passivi (e quindi delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive)<sup>85</sup> che, già facenti capo al

<sup>84</sup> Si vedano gli esempi sopra riportati in tema di traslazione sulla società conferitaria delle posizioni soggettive maturatesi in capo al conferente in tema di iscrizione all'oggi soppresso Albo Nazionale Costruttori.

<sup>85</sup> Se ne veda l'inquadramento sistematico, per esempio, in IUDICA G., ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2001, 47 ss.

soggetto conferente, dopo il conferimento vanno a far capo al soggetto conferitario, il quale ne diviene il nuovo centro di imputazione; e così:

- *dal lato attivo* (e quindi sotto la visuale delle posizioni di favore o di vantaggio), alla conferitaria si trasmettono, per esempio, i diritti soggettivi di natura reale (si pensi alla titolarità di un diritto di proprietà, di un marchio, di un brevetto) o obbligatoria (si pensi al credito al risarcimento di un danno, a una riscossione, a un servizio o a un altro adempimento contrattuale), i diritti potestativi (si pensi al diritto di pretendere la divisione di una cosa comune a più comproprietari), gli interessi legittimi (si pensi all'interesse a ottenere un provvedimento da parte di una pubblica amministrazione), le aspettative (si pensi alla posizione di chi possa pretendere una prestazione altrui una volta verificatosi l'evento futuro e incerto dedotto in condizione), le facoltà (si pensi alla miriade di comportamenti che un soggetto può tenere nell'esercizio di un proprio diritto: il proprietario può usare, locare, vendere ecc.), le azioni (si pensi al diritto di iniziare o proseguire un giudizio); così come, di contro:
- *dal lato passivo* (e quindi sotto l'aspetto delle situazioni di dovere o di svantaggio), si trasmettono<sup>86</sup> gli obblighi (si pensi al dovere di adempiere a un impegno contrattuale), gli oneri (si pensi al dover tenere un dato comportamento al fine di conseguire un dato risultato, come il rispetto di un certo termine – quale quello dato per impugnare un avviso di accertamento – per non precludersi un effetto desiderato, e cioè, nel caso specifico, impedire la definitività dell'avviso stesso), le soggezioni (e cioè tutte le situazioni passive corrispondenti all'altrui diritto potestativo); e così via.

Insomma, se l'operazione di conferimento ha un indubbio e concreto profilo oggettivo (il conferimento ha per oggetto un aggregato di beni e rapporti considerabili unitariamente proprio per il loro obiettivo afferire all'organizzazione che, dei beni stessi, è stata apprestata da quel soggetto – l'imprenditore – il quale appunto finalizza quell'aggregato di beni e rapporti al-

<sup>86</sup> Secondo Cass., 29 aprile 1999, n. 4301, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Azienda*, n. 11, «in caso di trasferimento d'azienda, si verifica il trasferimento al soggetto acquirente di tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale, a norma dell'art. 2558 c.c., con conseguente responsabilità dell'acquirente dell'azienda per l'inadempimento dei relativi contratti, a prescindere dalla riscontrabilità delle relative poste passive nelle scritture contabili; nella specie, si era verificato il conferimento a una società del ramo di un'altra azienda comprensivo delle attività produttive e di commercializzazione inerenti a una lottizzazione immobiliare e il giudice di merito, con la sentenza confermata sul punto dalla suprema corte, aveva ritenuto la società cessionaria di tale ramo aziendale responsabile per l'inadempimento delle obbligazioni – relative all'esecuzione di opere di urbanizzazione – già contrattualmente assunte dal soggetto cedente nei confronti di acquirenti di unità immobiliari».

l'esplicazione della propria attività), il conferimento peraltro più propriamente consiste nella trasmissione dal precedente titolare (il conferente) al nuovo titolare (la società conferitaria) delle posizioni giuridiche soggettive inerenti quei beni e quei rapporti organizzati dall'imprenditore come propria azienda, posizioni che dunque, con il conferimento, vanno a comporre la sfera giuridica di un nuovo loro centro d'imputazione.

Quindi, seppur sia spontaneo osservare l'operazione di conferimento come un evento attinente l'oggetto del conferimento stesso, va più precisamente puntualizzato che conferire in effetti significa traslare dal conferente al conferitario (in cambio dell'ottenimento da parte del conferente di una data partecipazione al capitale sociale della società conferitaria medesima) le posizioni giuridiche soggettive già facenti capo al conferente stesso cosicché a un precedente proprietario di un dato bene si sostituirà un nuovo proprietario, come al precedente creditore subentrerà un nuovo creditore e al precedente debitore un nuovo debitore<sup>87</sup>.

### 3.3.1.2 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive fiscalmente rilevanti del soggetto conferente*

Già per queste brevi riflessioni, e cioè correttamente intuendo il concetto di "conferimento" come traslazione al soggetto conferitario delle posizioni giuridiche soggettive, di qualsiasi natura, già di titolarità del soggetto conferente, appare non plausibile ritenere che (salvo specifiche ragioni contrarie, che vanno comunque desunte esplicitamente o implicitamente dalla legge) determinate posizioni soggettive (quale la qualificazione di un soggetto in termini di "impresa costruttrice"), createsi in capo a quel soggetto per effetto dell'esercizio di una data attività imprenditoriale, non si trasmettano alla società conferitaria per effetto e in occasione della trasmissione alla stessa di quel compendio aziendale gestendo il quale l'imprenditore (poi dante causa nell'operazione di conferimento) abbia maturato in capo a sé quelle determinate caratteristiche soggettive (cioè appunto la verifica dei presupposti in base ai quali poter essere, per esempio, considerato in termini di "impresa costruttrice"); ma rimangano, dette posizioni, e poi per chissà quale ragione o disegno (appunto in assenza di normativa specificamente contraria sul punto), in capo al soggetto conferente, il qua-

<sup>87</sup> Per VIGNOLI A., *La valutazione economica del conferimento nell'ottica della dottrina civilistica*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 299, «guardare al conferimento esclusivamente in termini di operazione "sui beni" è esatto, ma insufficiente a dar conto interamente del fenomeno. Se si pone attenzione al patrimonio della conferitaria, infatti, l'operazione di conferimento risulta invece relativa alla nascita e allo sviluppo degli enti societari».

le, altrettanto inspiegabilmente, si troverebbe (si faccia sempre l'ipotesi del conferimento "totale") completamente privo di ogni suo bene o rapporto inerente l'azienda conferita ma dotato, nel caso che qui interessa, della qualificazione di impresa costruttrice, la quale dunque concorrerebbe a formare il suo patrimonio quale unica posizione soggettiva accanto a quella di titolare delle partecipazioni rinvenienti dal conferimento. Non v'è chi non veda, credo, come questo esito sia eccessivo.

Ma anche sotto il profilo più strettamente tributario, non si è pervenuti a conclusioni diverse da quelle fin qui raggiunte e si è, più volte e in più ambiti<sup>88</sup>, accreditata la considerazione che le posizioni soggettive fiscalmente rilevanti già facenti capo al conferente<sup>89</sup> si trasmettono anch'esse, per effetto del conferimento, alla società conferitaria, essendo assai rilevante (e, anzi, assorbente) la loro connessione al complesso aziendale conferito e seguendo esse la stessa sorte di tutte le altre posizioni soggettive che vengono traslate dal conferente alla conferitaria, e ciò in quanto non è ritenuto affatto impediente e dirimente il profilo del mutamento soggettivo che avviene in occasione del conferimento<sup>90</sup>.

Occorre anche ricordare il notevole indizio che su questa materia si evince

<sup>88</sup> Un indice assai probante è dato, per esempio, dal comma 7 dell'art. 19-bis del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in tema di rettifica della detrazione, per il quale «se i beni ammortizzabili sono acquisiti in dipendenza di fusione, di scissione, di cessione o conferimento di aziende, compresi i complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa, le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano con riferimento alla data in cui i beni sono stati acquistati dalla società incorporata o dalle società partecipanti alla fusione, dalla società scissa o dal soggetto cedente o conferente [...]». In altri termini, le posizioni maturate in capo al conferente si trasferiscono alla società conferitaria: il conferimento, sotto questo profilo, è neutro, in quanto ci si rifà alla data dell'acquisto del bene da parte del conferente. Sulla percentuale di detrazione cfr. anche risoluzione ministeriale n. 384073 del 6 dicembre 1980.

<sup>89</sup> Subentrando nei rapporti attivi e passivi del soggetto conferente, l'eventuale rimborso IVA può essere chiesto e ottenuto dalla società conferitaria: risoluzione ministeriale n. 353455 del 4 gennaio 1983 e n. 391031 dell'8 febbraio 1983. Inoltre, anche a seguito di ristrutturazione mediante conferimento esiste la possibilità dell'utilizzo della procedura della liquidazione IVA di gruppo: risoluzione ministeriale n. 521705 del 30 novembre 1988, n. 330689 del 28 maggio 1981, n. 353412 dell'8 febbraio 1983, n. 461391 del 20 luglio 1993 e circolare ministeriale n. 16/360711 del 28 febbraio 1986. Ancora, «nel conferimento si determina la continuazione nella società conferitaria dell'applicazione del pro-rata sull'IVA relativa ai beni acquistati dalla società conferente»: BASSANI C., *Cessione e conferimento d'azienda*, Milano, 1996, 435; e risoluzione ministeriale n. 384073 del 6 dicembre 1980.

<sup>90</sup> Cfr. EYNARD S., *Imposta Valore Aggiunto – Esercizio di impresa – Conferimento di azienda individuale in società – Adempimenti fiscali*, in *Casi e questioni della riforma tributaria – Caso n. 1560*, secondo cui «la società concentrataria subentra in tutti i diritti e obblighi del preesistente soggetto compresi quelli in materia di IVA: versamenti da effettuare, rimborsi da chiedere, utilizzazione del plafond per acquisti senza pagamento dell'imposta, percentuale provvisoria di indetraibilità ecc. La società concentrataria potrà continuare ad avvalersi della qualifica di "impresa costruttrice" già spettante al soggetto estinto».

nella Sesta Direttiva (n. 77/388 del 17 maggio 1977), ove l'art. 5, paragrafo 8, sancisce che «in caso di trasferimento a titolo oneroso o gratuito sotto forma di conferimento a una società di un'universalità totale o parziale di beni, gli Stati membri possono considerare<sup>91</sup> l'operazione come non avvenuta e che il beneficiario continua la persona del cedente»<sup>92</sup>: in altri termini, è proprio perché il beneficiario succede alla persona del cedente che il conferimento d'azienda non assume rilevanza ai fini IVA, «potendo qualificarsi come “non operazione”, in quanto vista come atto di organizzazione dell'attività imprenditoriale» in quanto il conferitario «è supposto esercitare, senza soluzione di continuità, la medesima attività già esercitata dal conferente». Pertanto «sulla base dei principi generali sopra esposti, l'effettuazione di un conferimento [...] d'azienda con trasferimento dei contratti aziendali e dei rapporti giuridici attivi e passivi implicherà, da un lato, la non assoggettabilità dell'operazione a IVA e, dall'altro, l'attribuibilità al conferitario [...] di tutti i diritti e gli obblighi Iva relativi all'azienda o ramo d'azienda oggetto di trasferimento»<sup>93</sup>.

Ebbene, comprendendo il conferimento in una vasta categoria identificata come «trasformazione soggettiva sostanziale» l'amministrazione finanziaria accomuna, negli effetti di trascinamento delle posizioni soggettive facenti capo al soggetto “preesistente”, le operazioni di fusione, trasformazione e appunto di conferimento. Nella circ. min. 9 giugno 1998, n. 144/E, valutandosi il caso del conferimento in società della propria azienda da parte di un imprenditore individuale, le Finanze affermano infatti che «nei casi succitati si verifica, in linea generale, una situazione di continuità tra i soggetti partecipanti alla trasformazione (modificazione di ditta individuale in società, donazione, successione ereditaria ecc.) [...]»<sup>94</sup>; sulla stessa linea la risoluzione

<sup>91</sup> Per il vero, il D.P.R. 633/1972, di recepimento della Sesta Direttiva, non ha esplicitamente riconosciuto, come noto, l'esistenza del principio di continuazione. Detto principio invero è stato solo ribadito in tema di scissione, *ex art.* 16, comma 11, legge 24 dicembre 1993, n. 537, ove la specificazione si è resa opportuna poiché, a differenza delle operazioni di fusione e di trasformazione, ove la continuazione dell'azienda avviene “per definizione”, nella scissione si verifica un fenomeno di dualismo soggettivo ove il legislatore ha appunto ritenuto opportuno specificare che gli obblighi IVA relativi al complesso aziendale trasferito nella società beneficiaria transitano nella beneficiaria stessa. «Ad ogni buon conto, in ipotesi di conferimento [...] d'azienda, pur in assenza di una norma di recepimento *ad hoc* che abbia esplicitamente riconosciuto l'esistenza del principio di continuazione, deve ritenersi che la successione del conferitario [...] nella posizione del conferente [...] non possa che avvenire, in ogni caso, senza soluzione di continuità».

<sup>92</sup> Si ritrova il medesimo concetto nell'allegato A, paragrafo 3, della Seconda Direttiva IVA del 1967, secondo cui «gli Stati membri hanno la facoltà di considerare che, in caso di apporto a una società di una universalità totale o parziale di beni, la società beneficiaria è ritenuta continuare la persona del conferente».

<sup>93</sup> IAVANIGLIO M., *Le operazioni straordinarie nell'IVA*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 149 e 152.

<sup>94</sup> Si veda il commento di IAVANIGLIO M., *Cessione di ramo d'azienda: quando il conferitario*

ministeriale 29 luglio 1998, n. 93/E, ove viene confermato che «la scrivente ha precisato che nelle menzionate ipotesi di trasformazioni sostanziali soggettive si verifica, in linea generale, una situazione di continuità tra i contribuenti interessati, nel senso che il soggetto subentrante (società conferitaria, cessionario o donatario d'azienda) deve assolvere tutti gli adempimenti, agli effetti dell'IVA, successivi alla data di trasformazione».

Il concetto di «trasformazione sostanziale soggettiva» (accomunante dunque fusioni, scissioni, conferimento di impresa individuale in società, cessioni o donazioni d'azienda, successioni a causa di morte) è poi ripreso, per esempio, nelle istruzioni delle dichiarazioni IVA per il 2002 (ove si dice che in tali casi «si verifica, in linea generale, *una situazione di continuità* [corsivo dell'Autore, *n.d.a.*] tra i soggetti partecipanti alla trasformazione» e per il 2001, ove si afferma che «la società conferitaria *subentra*, in generale, *in tutti i diritti e obblighi* [corsivo dell'Autore, *n.d.a.*] della società conferente relativamente al complesso aziendale conferito».

Sulla medesima falsariga, occorre poi por mente al caso dell'assunzione da parte della conferitaria del volume d'affari per operazioni all'esportazione conseguito dalla conferente ai fini della qualifica di esportatore abituale<sup>95</sup> e al conseguente problema del “plafond”, e cioè della possibilità per l'esportatore abituale di effettuare acquisti senza l'applicazione dell'IVA nei limiti dell'importo delle esportazioni effettuate, e ciò al fine di beneficiare l'esportatore stesso il quale, vendendo senza applicare l'IVA, deve poter acquistare senza IVA per evitare di trovarsi in cronica situazione di credito. Orbene, in caso di conferimento, il diritto al “plafond” maturato dal conferente è pacificamente riconosciuto alla società conferitaria per effetto della traslazione patrimoniale che si verifica per effetto del conferimento stesso<sup>96</sup>.

Per non parlare poi del fatto che spettano (ai fini della detrazione di cui all'art. 19, D.P.R. 633/1972) alla cessionaria le fatture dei fornitori che pervengono dopo il conferimento inerenti gli acquisti e le importazioni relative al complesso aziendale conferito<sup>97</sup>; che gli eventuali rimborsi possono essere chiesti e ottenuti dalla società conferitaria, subentrando essa in tutti i rapporti attivi e passivi del conferente<sup>98</sup>. «Il medesimo principio è applicabile inoltre

*subentra nella posizione soggettiva IVA del conferente*, in *Azienda & Fisco*, 8/2000, 411; pure si veda FERRANTE M., *Trasferimento del credito IVA dalla società conferente alla conferitaria del ramo d'azienda*, in *Azienda & Fisco*, 23/1997, 1185.

<sup>95</sup> Risoluzione ministeriale n. 360030 del 18 marzo 1977.

<sup>96</sup> Circolare ministeriale 5 luglio 1989, n. 590157; circolare ministeriale 4 luglio 1989, n. 621099; circolare ministeriale 7 novembre 1987, n. 505229.

<sup>97</sup> Risoluzione ministeriale 18 marzo 1977, n. 360030.

<sup>98</sup> Risoluzione ministeriale 4 gennaio 1983, n. 353455; risoluzione ministeriale 8 febbraio 1983, n. 3910312.

alle operazioni in itinere. Per esempio, una cessione di beni con documento di trasporto non ancora fatturata al momento in cui si perfeziona l'operazione straordinaria e il cui relativo credito sia passato con il trasferimento, dovrà essere completata ai fini degli obblighi IVA dal soggetto beneficiario, che provvederà a emettere la fattura, registrarla ecc. Anche le vicende successive all'operazione, si pensi, per esempio, alle variazioni dell'imponibile o dell'imposta, dovranno essere gestite nella sfera giuridica del beneficiario, ancorché la medesima operazione originaria sia stata fatturata e incassata dal soggetto trasferente, purché, naturalmente, i relativi rapporti giuridici siano passati a seguito dell'operazione»<sup>99</sup>.

In altri termini, seppur nel conferimento non vi sia tecnicamente un fenomeno di successione universale (così come avviene, per esempio, in sede di fusione<sup>100</sup> o di scissione)<sup>101</sup> né avvenga una perfetta continuazione, per "trasparenza" dell'evento, dei rapporti giuridici preesistenti (così come avviene nelle operazioni di trasformazione, ove vi è un formale cambiamento nelle sembianze esteriori della società che si trasforma, con assunzione dunque, da parte di un soggetto che rimane sempre il medesimo, di una struttura organizzativa diversa dalla precedente), è stato a più riprese ritenuto<sup>102</sup> che l'azienda conferita si porta perfettamente in dote le qualificazioni soggettive che il conferente aveva in capo a sé maturato e di cui il conferente stesso poteva fregiarsi per l'esercizio della propria attività d'impresa mediante quel complesso aziendale (poi conferito) e che quindi il soggetto conferitario possa pianamente assumere in capo a sé quelle qualificazioni, senza che esse dunque rimangano inestricabilmente e imprescindibilmente (e, a questo punto, inspiegabilmente) incardinate in capo al conferente:

- a. nella risoluzione ministeriale n. 384073 del 6 dicembre 1980 si afferma che «nella fattispecie trattasi di concentrazione di azienda, con conseguente successione ai fini dell'IVA negli obblighi e diritti della società conferente»;

<sup>99</sup> IAVANIGLIO M., *Le operazioni straordinarie nell'IVA*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 154.

<sup>100</sup> Sul passaggio della qualità di "impresa costruttrice" alla società incorporante in caso di incorporazione della società che aveva costruito le abitazioni cfr. risoluzione ministeriale 16 gennaio 1974, n. 505315 secondo cui la detta qualità di "impresa costruttrice" si trasmette alla società incorporante «in quanto non è indissolubilmente collegato alla sopravvivenza della società incorporata, bensì al verificarsi di una condizione meramente obiettiva, quale è l'osservanza delle caratteristiche non di lusso delle case di abitazione da parte dell'impresa costruttrice incorporata».

<sup>101</sup> Secondo Cour d'appel di Parigi, 24 giugno 1998, in *Società*, 1999, p. 501, con note di BIANCHI e PROVERBIO, «l'operazione di conferimento parziale di attività, se assoggettata al regime delle scissioni, opera un trasferimento universale del patrimonio relativo al ramo d'azienda conferito, con la conseguenza che il trasferimento delle obbligazioni inerenti al ramo di attività conferito avviene di pieno diritto, senza bisogno di particolari obblighi di informazione».

<sup>102</sup> Vedasi anche risoluzione ministeriale n. 590157 del 5 luglio 1989.

- b. nella risoluzione ministeriale n. 353455 del 4 gennaio 1983 si afferma che «il conferitario [è, *n.d.a.*] subentrato in tutti i rapporti giuridici relativi al conferente»; nella risoluzione ministeriale n. 521705 del 30 novembre 1988 si afferma che «il conferimento di un ramo di azienda in una società appositamente costituita per ricevere tale apporto non interrompe il controllo già esercitato in modo diretto se, per effetto del conferimento, non viene meno il requisito del possesso di una percentuale superiore al 50 per cento del capitale»;
- c. nella risoluzione ministeriale n. 330689 del 28 maggio 1981, premesso «che l'art. 2 del D.M. 13 dicembre 1979 dispone tra l'altro, per motivi di cautela fiscale, che il possesso di quote o azioni in misura superiore al 50 per cento debba sussistere fin dall'inizio dell'anno solare precedente al fine di escludere dall'ambito di applicazione della cennata normativa gli enti e le società che solo occasionalmente e temporaneamente siano tra loro collegate», poiché «nella società di nuova costituzione, pur potendo affluire anche conferimenti di altri soggetti, aziendale, la partecipazione della società conferente l'azienda o il complesso costituisce, in ogni caso, la quota maggioritaria, si ritiene che la sussistenza della condizione temporale prevista dal citato art. 2 per finalità di cautela fiscale non possa essere esclusa soltanto perché al possesso diretto del complesso aziendale da parte della società conferente, si sostituisce il possesso indiretto del medesimo da parte di una società controllata e costituita al solo scopo di ricevere tale conferimento»;
- d. nella risoluzione ministeriale n. 353412 dell'8 febbraio 1983 si afferma che «per effetto del conferimento, al possesso diretto dell'azienda da parte del soggetto conferente, si è sostituito il possesso indiretto della medesima tramite una società controllata costituita allo scopo di ricevere tale apporto»;
- e. nella risoluzione ministeriale n. 475837 dell'11 ottobre 1991 si afferma che «la società conferitaria, come s'è già avuto modo di precisare in precedenti occasioni, subentra senza soluzione di continuità in tutti i rapporti di diritto e obbligo relativi al complesso aziendale oggetto del conferimento. [...] per effetto del conferimento il soggetto conferitario subentra in tutti i rapporti giuridici di cui era parte il complesso aziendale e, conseguentemente, eredita tutta la situazione attiva e passiva afferente al rapporto IVA.

Infine, sotto il particolare profilo della trasmissione della qualifica di impresa costruttrice dalla società conferente alla società conferitaria, l'amministrazione finanziaria anche di recente<sup>103</sup> ha risposto nel senso che la qualifica di impresa costruttrice si trasmette alla società conferitaria per effet-

<sup>103</sup> Risoluzione ministeriale n. 93/E del 23 aprile 2003.

to del conferimento; ma già in passato<sup>104</sup> le Finanze si erano espresse nel medesimo senso: «La Società in oggetto [...], ha fatto presente che la costituzione è avvenuta con conferimento di ramo aziendale. [...] Tra i beni oggetto del conferimento risultano, tra l'altro, compresi immobili, edificati dalla società conferente, aventi le caratteristiche non di lusso di cui all'art. 13 della legge 2 luglio 1949, n. 408 [...]. Al riguardo considerato che come risulta dall'atto costitutivo, passano a favore e a carico della società concentrataria, le rendite e gli oneri, i diritti e gli obblighi e in genere tutti i rapporti di pertinenza del conferito ramo aziendale, compresi quelli di lavoro, si ritiene che, nella fattispecie, si realizza una successione a titolo universale della nuova società relativamente al conferito ramo aziendale. Ne deriva che la qualifica di "impresa costruttrice" viene trasmessa, per effetto del cennato conferimento, alla società concentrataria trattandosi di un diritto legato non alla sopravvivenza della società o del ramo aziendale incorporati, bensì al verificarsi di una condizione meramente obiettiva, qual è l'osservanza delle caratteristiche non di lusso delle case di abitazione da parte dell'impresa costruttrice incorporata [...]»<sup>105</sup>.

#### 3.4 La stima dei conferimenti di beni in natura o di crediti

Nel caso di conferimenti di beni in natura o di crediti occorre che il socio conferente predisponga una «relazione giurata<sup>106</sup> di un esperto o di una società di revisione iscritti nel registro dei revisori contabili o di una società di revisione iscritta nell'apposito *registro albo*<sup>107</sup>» (art. 2465, comma 1);

<sup>104</sup> Risoluzione ministeriale n. 363855 del 23 giugno 1979.

<sup>105</sup> Il tutto in palese deroga a quanto pare risultare in contrario senso dalla risoluzione ministeriale n. 360552 del 13 luglio 1976, ove peraltro si è preso in esame più il caso della cessione *sic et simpliciter* di uno o più immobili da parte del costruttore ad altra impresa agente nel commercio immobiliare che il caso del conferimento d'azienda, pure ivi considerato.

<sup>106</sup> Per App. Catania, 19 maggio 1989, in *Società*, 1990, 353, «l'esperto nella stima dei conferimenti designato dal presidente del tribunale ai sensi degli artt. 2343 e 2476, c.c., non assume le veste di ausiliario del giudice *ex art.* 68 c.p.c., né quella di consulente tecnico d'ufficio; di conseguenza, è da ritenersi valido il giuramento della relazione peritale prestato dall'esperto avanti il notaio rogante l'atto costitutivo della società, anziché innanzi al giudice che lo ha nominato»; anche per Trib. Udine, 8 marzo 1993, in *Vita not.*, 1993, 1512, «è legittima, e può ordinarsene l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la delibera di trasformazione di una società personale in società di capitali accompagnata da una relazione di stima del patrimonio sociale redatta a norma dell'art. 2343 c.c. e asseverata con giuramento reso dinanzi al notaio rogante».

<sup>107</sup> Le parole in corsivo vanno probabilmente intese come frutto di una svista redazionale (il "solito" – nel senso che è capitato a tutti, poiché la rapidità del computer poi gioca brutti scherzi – "taglia-incolla" mal riuscito, che evidentemente accade anche al Legislatore) in quanto (salvo l'*albo*

si tratta di una procedura evidentemente finalizzata sia alla tutela dei terzi, al fine di garantire loro l'integrità del capitale sociale, sia alla tutela di un equilibrato rapporto tra tutti i soci conferenti, in quanto il confronto tra il valore dei rispettivi conferimenti di regola determina l'entità delle rispettive quote di partecipazione al capitale sociale<sup>108</sup>.

La relazione peritale<sup>109</sup>, che deve essere allegata all'atto costitutivo<sup>110</sup>, deve dunque contenere<sup>111</sup>:

1. la descrizione dei beni o dei crediti conferiti (la nuova norma non ripete,

di cui all'art. 161 del TUF) non esiste altro *registro* diverso dal *registro dei revisori contabili* (di cui all'art. 11, D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 88) menzionato appena prima: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 36. Cfr. infatti PARTESOTTI G., voce *Società di revisione*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, 1. Critiche sul *wording* della legge anche nelle *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1536.

<sup>108</sup> Cfr. CAVALLO BORGIA R., *Conferimenti in natura e conferimenti di crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, 300; FERRARA F. jr., *Sulle modalità dell'aumento di capitale con conferimenti in natura nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 63; FERRARA F. jr., *Ancora sui conferimenti in natura*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 260; PAVONE LA ROSA A., *Sulla valutazione dei conferimenti in natura*, in *Riv. soc.*, 1962, 732; PAVONE LA ROSA A., *Gli interessi tutelati nella disciplina dell'art. 2343*, in *Riv. soc.*, 1965, 765.

<sup>109</sup> La riforma non specifica, così come non avveniva con la "vecchia" normativa, il grado di aggiornamento temporale della perizia di stima dei conferimenti in natura che il socio conferente deve presentare in assemblea; occorre dunque ancora riferirsi alla massima interpretativa del Consiglio Notarile di Milano (la si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/masscnm.htm>), che fissa in quattro mesi il limite massimo temporale: «La stima richiesta dall'art. 2343 c.c. deve riferirsi a valori aggiornati rispetto alle operazioni per le quali è preordinata, e tali non possono ritenersi valori riferiti a oltre quattro mesi prima dell'atto costitutivo o dell'assemblea che delibera l'aumento di capitale. [...] In mancanza di indicazioni specifiche da parte del legislatore, il termine sopra determinato ha supporto: nel disposto dell'art. 2501-ter c.c., che in tema di fusioni e scissioni afferma l'idoneità di situazione patrimoniale di aggiornamento identico o addirittura più remoto, ove si tratti del bilancio di esercizio; e nel maggior termine, pari a sei mesi, che lo stesso art. 2343, terzo comma, stabilisce per il controllo delle valutazioni peritali, da svolgersi a cura degli amministratori e dei sindaci (o della società di revisione, in caso di società quotata presso mercato regolamentato). Sotto quest'ultimo profilo non può sfuggire che l'esigenza di aggiornamento della stima deve essere ragionevolmente correlata al periodo che il legislatore fissa per fare luogo alla revisione dell'operato del perito, apparendo sensato consentire quattro mesi per la preparazione di un elaborato destinato a essere verificato in sei mesi. Il riferimento all'art. 2501-ter del codice, e così alla data di aggiornamento della situazione patrimoniale di fusione (sulla cui base viene determinato il rapporto di cambio) appare ulteriormente significativo tenuto conto che fusione e conferimento realizzano, in termini economici, un analogo risultato di integrazione, che si manifesta con tutta evidenza allorché il conferimento in natura abbia a oggetto partecipazioni costituenti l'intero capitale di una società».

<sup>110</sup> Secondo Trib. Verona, 12 novembre 1993, in *Gius.*, 1994, 6, 108, «è illegittimo, e non può pertanto disporsene l'omologa, l'atto costitutivo della società qualora risulti che una quota di capitale è stata

- come accadeva per la norma previgente<sup>112</sup>, che occorre indicare il valore dei beni e dei crediti conferiti; ma è ovvio che detto valore vada comunque tuttora indicato, se non altro per permettere all'esperto di attestare, come sopra detto, che «il loro valore è almeno pari a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo»);
2. l'indicazione dei criteri di valutazione adottati<sup>113</sup>;
  3. l'attestazione che il loro valore<sup>114</sup> è almeno pari<sup>115</sup> a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo (ben potendo infatti il conferimento avvenire a fronte dell'ottenimento da parte del conferente di una quota di capitale di valore nominale inferiore al valore "reale" del conferimento, e ciò in quanto la parte residua del valore effettivo del conferimento sia passata a sovrapprezzo<sup>116</sup> oppure sia man-

liberata con un conferimento di azienda e manchi la relazione giurata di stima ai sensi degli artt. 2343 e 2476 del Codice civile».

<sup>111</sup> Per le questioni di diritto transitorio cfr. VANETTI C.B., *Un problema di diritto transitorio: il controllo dei conferimenti in natura effettuati nel secondo semestre 2003*, in *Società*, 2003, 1075.

<sup>112</sup> Il "vecchio" art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal "vecchio" art. 2476, comma 1.

<sup>113</sup> Secondo DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 282, la valutazione deve esser condotta ricorrendo ai parametri che la tecnica estimativa mette a disposizione (caratteristiche fisiche dei beni; costi di riproduzione dei beni conferiti; valore di mercato; valore risultante dalla destinazione dei beni all'attività produttiva che la società intende svolgere), mediando tra i valori ottenuti e facendo ricorso alle diverse metodologie valutative. Più restrittiva e garantistica invece la tesi (OLIVIERI G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989, 183) per la quale il valore peritato deve corrispondere al valore di scambio del bene, e quindi al suo prezzo di mercato oppure al costo che i terzi sarebbero disposti a sostenere per procurarselo.

<sup>114</sup> Per Trib. Milano, 11 febbraio 1982, in *Società*, 1982, 433, «la valutazione di crediti conferiti in sede di costituzione di una società, o in occasione di un aumento di capitale della stessa, deve essere operata con riferimento al valore attuale di realizzo di detti crediti; non è poi indispensabile che sia predisposta la relazione giurata di stima, ai sensi dell'art. 2343, 1° comma c.c.»; secondo CAVALLO BORGIA R., *Conferimenti in natura e conferimento di crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 302, si dovrebbero considerare il presumibile valore di realizzo, la solvibilità del creditore, l'esistenza di garanzie, l'ammontare degli interessi producibili, nonché la contingente situazione economica e l'andamento del settore bancario e creditizio.

<sup>115</sup> Per Trib. Verona, 8 luglio 1986, in *Società*, 1986, 1363, «qualora in base alla stima dell'esperto, nominato a norma dell'art. 2343 c.c., i beni oggetto di conferimento in società abbiano un valore inferiore a quello della quota cui si riferiscono, il ricorso per l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese deve essere respinto, anche se l'esperto in sede di informazioni assunte dal giudice relatore abbia dichiarato che il valore da lui stimato può essere elevato fino alla concorrenza del valore della quota».

<sup>116</sup> Può trattarsi di un sovrapprezzo "formale" (e cioè iscritto come tale nel patrimonio netto della società conferitaria) oppure di un sovrapprezzo "sostanziale" e cioè quale si determina, per esempio, conferendo un bene peritato per un valore di 100 a fronte del quale si ottiene una partecipazione di valore 60 (e senza passare i restanti 40 né a sovrapprezzo "formale" né "a beneficio" di un altro

data a “comporre” il valore nominale della quota attribuita ad altro socio che abbia conferito un valore effettivo inferiore rispetto al valore nominale della quota attribuitagli: su questo punto vedasi *supra* il par. 3.1.1).

Rispetto al diritto previgente (ove per il perito la qualifica dell'iscrizione all'albo dei revisori contabili o all'albo delle società di revisione non compariva), inoltre, l'esperto deve necessariamente essere iscritto nell'albo dei revisori contabili o deve trattarsi di società di revisione, ma non occorre più (come invece accadeva prima)<sup>117</sup> che la nomina provenga dal tribunale<sup>118</sup>; ora la nomina del perito è fatta direttamente dal conferente<sup>119</sup>, con il con-

socio, *ex art.* 2463, comma 1): così facendo, il valore di 40 rimane dunque “latente” a beneficio del patrimonio sociale, il quale è rappresentato da un capitale di 60 pur avendo un valore di 100.

<sup>117</sup> Sempre nel “vecchio” art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2476, comma 1.

<sup>118</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «assume particolare rilievo la semplificazione adottata con il nuovo art. 2465. Esso, con riferimento ai conferimenti in natura, snellisce il procedimento di valutazione e non richiede più la nomina del perito da parte del presidente del tribunale: si è ritenuto infatti sufficiente garanzia, adeguata alle nuove caratteristiche del tipo societario, che il perito medesimo sia prescelto tra soggetti iscritti nell'albo dei revisori contabili». Il contrario vale invece per la società per azioni: lì non è infatti previsto che l'esperto sia iscritto all'albo dei revisori contabili, ma, a compensare i minori vincoli nell'individuazione del perito, è disposto che la nomina dello stesso resta di competenza del tribunale (art. 2343, comma 1).

<sup>119</sup> In tal senso depone il testo dell'art. 2465, comma 1, quando afferma che «chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata [...]». Nel medesimo senso ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 24; AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 69. Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 198, la nomina è invece fatta dalla società conferitaria. Nel sistema previgente si è ritenuto sussistere per la nomina del perito un interesse concorrente del socio conferente e della società conferitaria: per esempio, per Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 418, «la società destinataria di un conferimento di beni in natura ha una concorrente legittimazione e un autonomo interesse a chiedere al presidente del tribunale la nomina dell'esperto che proceda alla loro relazione giurata di stima»; mentre per l'esclusivo *ius postulandi* del conferente si è espressa Cass., 13 luglio 1979, n. 4082, in *Foro it. Mass.*, 1979, secondo cui «la perizia richiesta, per i conferimenti in natura, dall'art. 2343 c.c., è un elemento necessario per determinare la misura dell'aumento di capitale e del numero delle azioni da emettere correlativamente, e deve essere redatta su iniziativa esclusiva del conferente, e non anche della predetta società, salvo il successivo controllo degli amministratori e dei sindaci». L'opinione secondo cui la richiesta di nomina del perito avrebbe potuto provenire anche dal notaio incaricato della stipula (PROTETTI E., *L'esperto nella stima dei conferimenti*, in *Società*, 1986, 480), è stata criticata nel diritto previgente sotto il profilo che dalla normativa non emergerebbe altra legittimazione che quella del conferente (MORELLI M., *Conferimento di obbligazioni e relazione di stima*, in *Società*, 1988, 68).

trobilanciamento appunto della necessità che il perito abbia una particolare qualificazione professionale. Probabilmente la semplificazione della modalità di nomina del perito risponde all'intento del legislatore<sup>120</sup> di addossare il minor ammontare di costi possibile a un tipo societario indirizzato all'impresa medio-piccola e alla presa d'atto che dalla nomina da parte del tribunale (molto spesso veniva infatti nominato il perito "suggerito" dall'istante) non derivava poi quel contesto di garanzie che il legislatore probabilmente aveva immaginato<sup>121</sup>; ora, come prima della riforma, sul tema della "serietà" della perizia, resta da puntare, in generale, sulla professionalità del perito e, in particolare, sul richiamo che l'art. 2343, comma 2 (richiamato dall'art. 2465, comma 3), dopo aver sancito l'ovvia responsabilità dell'esperto per i danni che la sua attività provochi ai soci o ai terzi, opera all'art. 64 del Codice di procedura civile<sup>122</sup>, equiparando così il perito a un ausiliario del giudice, con le relative conseguenze.

Suscita peraltro una qualche perplessità la concentrazione della competenza a ricoprire il ruolo di perito nella società a responsabilità limitata ai soli revisori (o alle società di revisione); esiste infatti tutta una serie di tipologie di conferimenti (si pensi a un'azienda agricola, a un impianto industriale, a un edificio, a un'area edificabile, a un magazzino di merci, a una mandria di animali ecc.) per la cui valutazione evidentemente sarebbe necessario il possesso di specifiche competenze tecniche, che meglio potrebbero essere rinvenibili in professionisti appartenenti a diverse categorie professionali (per esempio, architetti, ingegneri, geometri, periti industriali e periti agronomi). Sarà dunque inevitabile che in tali casi il revisore nominato quale esperto estimatore a sua volta si avvalga di altri professionisti meglio vocati a stime con cui il revisore non abbia eccessiva dimestichezza.

Occorre infine notare che nella società per azioni (art. 2343, commi 3 e 4), ma non nella società a responsabilità limitata, è disposto che gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dall'iscrizione della socie-

<sup>120</sup> L'art. 3, comma 2, lett. d) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, afferma che la legge delegata avrebbe dovuto essere informata al criterio direttivo di «semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi».

<sup>121</sup> Per ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 36.

<sup>122</sup> Secondo cui: «si applicano al consulente tecnico le disposizioni del Codice penale relative ai periti» (comma 1); e «in ogni caso, il consulente tecnico che incorra in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, è punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a lire venti milioni. Si applica l'art. 35 del Codice penale. In ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti» (comma 2).

tà, controllare le valutazioni contenute nella relazione di stima e, se sussistono fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima (è anche disposto che fino a quando le valutazioni non siano state controllate, le azioni corrispondenti ai conferimenti sono inalienabili<sup>123</sup> e devono restare depositate presso la società); è inoltre disposto, sempre nella disciplina della società per azioni, che se nell'ambito di detta procedura di controllo risulta che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, la società per azioni deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte, salvo che il socio conferente versi la differenza in denaro o receda dalla società<sup>124</sup>.

La mancanza di una procedura di controllo nella società a responsabilità limitata non pare destare un particolare allarme<sup>125</sup>, in quanto, da un lato, chi deve controllare (l'amministratore) è espressione diretta del socio che ha conferito e quindi questa procedura di controllo in effetti può lasciare a desiderare, e, dall'altro, una "garanzia" indubbiamente si ha nell'inevitabile "conflitto d'interessi" riequilibratore che interviene tra i soci, in quanto, dipendendo la caratura delle quote di partecipazione dei vari soci dall'entità dei rispettivi conferimenti, sussiste un interesse di ciascun socio a che l'apporto degli altri sia esattamente stimato.

<sup>123</sup> Pertanto, deve ritenersi che nella società a responsabilità limitata le partecipazioni rinvenienti da conferimento sono immediatamente alienabili, senza alcun limite; va ricordato che anche nella società per azioni, nel caso di trasferimento delle azioni che esitano da un conferimento, si parla (cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 55) di trasferimento (non già nullo o annullabile bensì) valido ed efficace *inter partes*, ma inefficace verso la società.

<sup>124</sup> Il socio recedente ha diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura; l'atto costitutivo può prevedere, salvo in ogni caso quanto disposto dal quinto comma dell'art. 2346, che per effetto del predetto annullamento delle azioni si determini una loro diversa ripartizione tra i soci.

<sup>125</sup> Se ne lamenta invece ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 37, affermando che si tratta di scelta «meno condivisibile, e anzi censurabile» e che «sarebbe stato sicuramente più coerente mantenere la necessità sia della revisione della stima che dell'adozione dei conseguenti provvedimenti sul capitale sociale in caso di abbattimento del valore del conferimento» seppur dopo aver constatato (a pag. 36) che «l'esperienza sembra aver dimostrato che la nomina da parte del presidente del tribunale non dà certo garanzia di esattezza della stima», considerazione cui va aggiunto che chi poi deve controllare la stima (l'amministratore) è diretta espressione del socio conferente (o è lo stesso socio conferente), per cui... non c'è molto da controllare. Cfr. anche DI SABATO F., *La società a responsabilità limitata come tipo intermedio fra società di persone e società di capitali*, in AFFERNI V., DE ANGELIS L. (a cura di), *Progetto Miro- ne: modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001, 11; e PORTALE G.B., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal Governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 714.

Nell'abolire questa procedura di verifica in effetti il legislatore può invece aver pensato, come elementi di contrappeso per la garanzia di certezza dei conferimenti, sia al ruolo di controllo proprio del perito e alla sua responsabilità che ne deriva, sia al ruolo di controllo dei soci (ruolo che la riforma, come detto, promuove "a pieni voti": cfr. l'art. 2467, commi 2 e 3) i quali ben sanno che la sopravvalutazione dell'altrui conferimento determina non solo una corrispondente diminuzione della caratura della partecipazione degli altri consoci, ma pure, nel caso che vi sia da svalutare il conferimento per essersene accertato il minor valore, una possibile diminuzione del patrimonio complessivo della società, e quindi un evento a danno di tutti i soci.

Insomma: se con il sistema del controllo della perizia, il rischio della sopravvalutazione gravava esclusivamente sul conferente, essendo cessato detto controllo quel rischio va a gravare su tutti i soci e pertanto tutti i soci che assistono all'altrui conferimento sono stimolati ad attivarsi per impedire eventi a loro svantaggio.

Comunque, nella società a responsabilità limitata, per rimediare al vuoto normativo<sup>126</sup> (e sempre che di un vuoto si tratti, e cioè sempre che non si possa far ricorso a un procedimento di applicazione analogica delle norme sulla società per azioni)<sup>127</sup>, non sarebbe inopportuna, comunque, una disci-

<sup>126</sup> Cfr. PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1506, secondo cui «resta completamente oscuro l'effetto della scoperta di una minusvalenza».

<sup>127</sup> Per l'applicazione analogica alla società a responsabilità limitata dei commi 3 e 4 dell'art. 2343, cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1073. Cfr. pure ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 38, per il quale l'analogia sarebbe sollecitata dalla considerazione della sussistenza, nella medesima materia (quella dell'effettività del capitale sociale, sulla quale, stante la sua "centralità, nei due tipi societari non dovrebbero aversi disparità di discipline), di regole «sensibilmente differenti», pur se contro l'applicabilità analogica alla società a responsabilità limitata delle norme sulla società per azioni si schiera l'intento del legislatore di apprestare una disciplina compiuta per la società a responsabilità limitata distinta da quella della società per azioni, com'è confermato anche dal fatto che, ove nella normativa della società a responsabilità limitata si fa richiamo a quella della società per azioni, si tratta sempre di un «richiamo [...] non [...] integrale, ma limitato ad alcuni specifici aspetti». Per l'applicazione analogica dell'art. 2343 opina anche MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 89, che conclude quindi «con l'inedita conseguenza anche della possibile restituzione del bene sovrastimato al socio recedente». Per l'applicazione analogica pure SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 6. Contrario invece TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 16 (del dattiloscritto).

plina statutaria *ad hoc*, la quale, per esempio, “semplicemente” ricopi nello statuto della società a responsabilità limitata il dettato dell’art. 2343 oppure preveda soluzioni “innovative” quali l’esclusione del socio conferente che rifiuti di integrare in denaro la differenza di valore del conferimento emersa a seguito dell’intervenuto controllo.

Comunque, anche in assenza di questa disciplina statutaria finalizzata a introdurre quel controllo che la legge non dispone, va pur sempre considerato che è compito degli amministratori rappresentare correttamente nel bilancio della società il patrimonio di cui la società stessa dispone e di vigilare conseguentemente sulla corrispondenza tra patrimonio della società e valore nominale del capitale sociale, cosicché nel caso di un conferimento che si appalesi di valore inferiore a quello che è stato passato a capitale sociale, occorrerà senz’altro procedere con diligenza a manovre di pronto riequilibrio, anche, ove occorra, riducendo il capitale sociale (e cioè nel caso in cui la svalutazione del patrimonio a causa porti il bilancio in perdita): è chiaro che questa svalutazione impatta sul complessivo patrimonio della società e non unicamente sul singolo socio (come avviene invece nel caso della procedura di controllo di cui all’art. 2343, ove al socio che non integra il valore del conferimento non resta che recedere o subire la svalutazione della sua quota), e quindi “a danno” di tutti i soci, dal che, di nuovo, si “esalta” il ruolo di controllo che i soci debbono assumere con riguardo all’altrui conferimento in assenza di detta procedura di controllo (e correlativamente il valore nominale della quota) in misura pari al minor valore del conferimento (ma concedendo al conferente così diminuito – se mai lo voglia – di reintegrare in denaro il valore del conferimento)<sup>128</sup>.

### 3.5 La stima degli acquisti “potenzialmente pericolosi”

Con la riforma la società a responsabilità limitata si dota pure di una propria disciplina<sup>129</sup> anche in materia di acquisti<sup>130</sup> da parte della società di

<sup>128</sup> Per PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1506, solo un «interprete spregiudicato» potrebbe dedurre «il risultato sorprendente» dell’introduzione nel nostro ordinamento del principio (cosiddetto *Differenzhaftung*) secondo cui il socio ha l’obbligo di integrare con denaro il valore mancante senza poter recedere né accettare la riduzione del valore nominale della sua partecipazione.

<sup>129</sup> Invero, nel diritto previgente, la disciplina degli acquisti potenzialmente pericolosi, disposta per la società per azioni dal “vecchio” art. 2343-*bis*, era ribaltata nella società a responsabilità limitata dal richiamo numerico a detto articolo operato dal successivo “vecchio” art. 2476, comma 1.

<sup>130</sup> Nell’art. 2465, comma 2, si parla «di acquisto da parte della società [...] di beni o di crediti dei soci fondatori, dei soci e degli amministratori [...]»: il legislatore non ha quindi colto l’occasione per

beni dei soci e degli amministratori, usualmente definiti “potenzialmente pericolosi” per i rischi di “elusione”<sup>131</sup> dell’effettività del capitale che ne possono derivare; si pensi solo al caso del socio che, dopo la sottoscrizione del capitale, venda alla società un bene di sua titolarità per un prezzo volutamente sproporzionato rispetto al valore intrinseco del bene stesso, compensando poi il credito che egli ha verso la società al pagamento del prezzo con il debito verso la medesima per il versamento dei decimi, violando in tal modo i principi di effettività e integrità del capitale sociale<sup>132</sup>.

La nuova disciplina degli acquisti da parte della società a responsabilità limitata di beni e crediti da soci e amministratori, modellata quasi per intero sulla previgente normativa, presenta peraltro incisive novità che la distaccano con evidenza dalla corrispondente normativa che è prevista in materia per la società per azioni.

L’art. 2465 sancisce infatti che (eccezion fatta per l’ipotesi che si tratti di acquisti «effettuati a condizioni *normali*<sup>133</sup> nell’ambito delle operazioni *correnti*<sup>134</sup> della società né a quelli che avvengono nei mercati regolamentati o sotto il controllo dell’autorità giudiziaria o amministrativa») in caso di acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo<sup>135</sup> del capitale sociale, di beni o di crediti dei soci fondatori, dei

aggiungere alla fattispecie dell’“acquisto di beni e crediti” anche quella della “prestazione di servizi” cui il socio si obblighi verso la società e con la quale si raggiungono i medesimi intenti elusivi. Peraltro, non appare impossibile estendere il significato del testo della norma anche alla materia dei contratti a effetti obbligatori, oltre che a quella dei contratti a effetti reali.

<sup>131</sup> Per un caso di elusione cfr. Trib. Monza, 10 giugno 1997, in *Società*, 1997, 1433, secondo cui «è illegittima e non può essere omologata la deliberazione di aumento del capitale sociale eseguita mediante compensazione quando il credito del socio sia stato appositamente preconstituito in modo tale da aggirare la disciplina cogente in tema di conferimenti di beni in natura e di crediti».

<sup>132</sup> Cfr. BARAZZA E., PONTI L., *Note a margine dell’art. 2343-bis cod. civ.*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 1146; DESIDERI S., *L’acquisto di beni da soci o amministratori. Analisi dei problemi relativi al contenuto e all’ambito di applicazione dell’art. 2343-bis, c.c.*, in *Società*, 1986, 1190; FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 179; GAVOSTO F., NOVELLI F., *Acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori*, in *Società*, 1986, 1291; SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 7 del D.P.R. n. 30/1986*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 52.

<sup>133</sup> “Normali” sta per operazioni che risultino qualificabili come “ordinarie” in un dato momento di mercato.

<sup>134</sup> “Correnti” sta per operazioni abitualmente ripetute (o in futuro ripetibili, se si tratta della prima operazione) nell’ambito di una data attività d’impresa.

<sup>135</sup> La norma in esame scatta sia nel caso in cui il valore dell’operazione di cessione superi detto decimo oppure se la soglia del decimo sia complessivamente superata con successive operazioni (di “disegno unitario”) di valore singolarmente inferiore a tale soglia, di modo che tutte quelle che concorrono al superamento andranno sottoposte a perizia: cfr. SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 7 del D.P.R. n. 30/1986*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 55.

soci e degli amministratori<sup>136</sup>, nei due anni dall'iscrizione della società nel Registro delle Imprese, occorre rispettare la seguente procedura:

1. l'acquisto deve essere autorizzato con decisione dei soci a norma dell'art. 2479<sup>137</sup>; salvo, ed è questo un ulteriore richiamo agli intenti semplificatori e all'ampia autonomia statutaria che la riforma attribuisce alla società a responsabilità limitata, che i soci introducano una clausola nell'atto costitutivo per la quale gli acquisti di beni da soci e amministratori possano perfezionarsi senza alcuna autorizzazione preventiva da parte dei soci stessi<sup>138</sup> (mentre nella società per azioni l'autorizzazione preventiva dell'assemblea ordinaria non è affatto rinunciabile);
2. il socio (o l'amministratore) che intende vendere il bene alla società deve presentare la relazione di stima di un esperto<sup>139</sup> del medesimo tenore<sup>140</sup> di quella prevista per il conferimento di beni in natura all'art. 2465, e sopra illustrata;
3. è sancito infine che l'esperto risponda dei danni causati alla società, ai soci

<sup>136</sup> Si ritiene che la norma si applichi sia che tali soggetti assumano direttamente il ruolo di cedenti, sia che lo assumano per interposta persona, ferma restando ovviamente la difficoltà di prova; l'interposizione fittizia non ricorre se invece il cedente sia la società controllante di quella che è socia della società cessionaria: cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 187; SPOLIDORO M.S., *Commento all'art. 7 del D.P.R. n. 30/1986*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 54.

<sup>137</sup> Si tratta di una decisione assembleare ma, se l'atto costitutivo lo prevede, può trattarsi anche di una decisione "extrassembleare", adottabile con il metodo del "consenso scritto" o della consultazione espressa per iscritto (art. 2479, commi 3 e 4).

<sup>138</sup> Di scelta "opinabile" si parla nelle *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1527; peraltro questa facoltà di deroga non pare suscitare particolare allarme in quanto, dalla continuità e dall'intensità della "presenza" dei soci nella concreta vita di tutti i giorni della società a responsabilità limitata fuoriesce di per sé che i soci stessi ovviamente "controllano di fatto" qualsiasi acquisto che la società faccia dai soci stessi, e quindi senza che sia necessario anche il "controllo di diritto" mediante una decisione "formale"; e pure in quanto l'interesse che la norma in esame presidia è quello dell'integrità del capitale sociale, la quale è cautelata dalla perizia di stima, e non certo dalla decisione dei soci (la quale invero appare avere più che altro una valenza "interna", e cioè la valenza di un'autorizzazione che gli "altri" soci danno al socio "venditore" di avere il "privilegio" di cedere a titolo oneroso un proprio bene alla società).

<sup>139</sup> Anche in questo caso l'esperto deve necessariamente essere iscritto nell'albo dei revisori contabili o deve trattarsi di società di revisione, ma non occorre, come invece accade per la società per azioni, che la nomina provenga dal tribunale.

<sup>140</sup> Ovviamente, mentre nella perizia di conferimento l'obiettivo è quello di non sopravvalutare il capitale nominale rinveniente dal conferimento rispetto al valore effettivo dei beni conferiti, nella perizia degli "acquisti pericolosi" l'obiettivo è quello di evitare alla società acquirente il pagamento di un prezzo superiore al valore dei beni acquistati.

e ai terzi, così come gli amministratori e l'alienante sono solidalmente responsabili nei confronti della società, dei soci e dei terzi per i danni causati dalla mancata osservazione della prescritta procedura di acquisizione.

Questa affermazione di responsabilità civile, essendo l'esplicita "sanzione" comminata dal legislatore per il caso «di violazione delle disposizioni del presente articolo» (così il testo dell'ultimo comma dell'art. 2343-bis, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2465, comma 3) dovrebbe chiudere<sup>141</sup> ogni discussione circa l'eventuale invalidità dell'atto di acquisto compiuto in dispregio della prescritta procedura<sup>142</sup>; anche perché ragionare nel senso della nullità è una conclusione che induce un'inevitabilmente grande incertezza nelle sorti giuridiche successive dei beni "acquistati" dalla società e che quindi si scontra con quell'intento di «rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi» (art. 3, comma 1, lett. c), legge 3 ottobre 2001, n. 366) che la riforma ha inteso perseguire.

Peraltro, qualche dubbio sulla ricorrenza di tale invalidità anche dopo la riforma comunque permane, poiché, da un lato, la norma in questione presidia il generale interesse (indisponibile dall'autonomia privata)<sup>143</sup> circa la non sovraesposizione del capitale nominale rispetto all'effettivo patrimonio della società e quindi si appalesa come norma di "ordine pubblico" (dalla cui infrazione non può non derivare la conseguenza della nullità degli atti compiuti infrangendola) e, d'altro lato, la "sanzione" della responsabilità

<sup>141</sup> Cfr. in tal senso AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 69. Questo almeno sarebbe l'intento confessato dallo stesso legislatore nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, ove, al punto 6 si legge che «merita in particolare di essere segnalata la nuova previsione dell'ultimo comma della disposizione, la quale, affermando una responsabilità degli amministratori e dell'alienante per i danni arrecati a seguito della violazione della norma, chiarisce che da essa non consegue l'invalidità dell'acquisto e in tal modo, superando un dubbio interpretativo non univocamente fin qui risolto, rafforza la tutela dei terzi e assicura che i beni acquisiti non possono essere sottratti, e proprio da chi ha violato la norma, alla loro garanzia». Nel senso della non invalidità dell'atto compiuto senza rispetto delle prescrizioni di legge, cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 11 (del dattiloscritto).

<sup>142</sup> Nel senso della validità, seppur con qualche dubbio, SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 62. Dubbi anche nelle *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1527, che lamentano la scarsa chiarezza della norma in questione.

<sup>143</sup> Se infatti lo statuto della società a responsabilità limitata può derogare alla necessità della preventiva autorizzazione dei soci (art. 2465, comma 2), resta comunque inderogabile (ciò che è ben più importante, poiché è lì il vero presidio per l'integrità del capitale sociale) la necessità della perizia di stima.

civile non è certo alternativa e assorbente rispetto alla “sanzione” della nullità<sup>144</sup>, perché, se è vero che l’atto nullo non produce effetti, è pur vero che questa non produzione di effetti da sé non basta a non far insorgere danni; ed è quindi abbastanza semplice concludere che l’una conseguenza non esclude l’altra e che l’affermazione di responsabilità civile (al di là delle “spiegazioni” della *Relazione* accompagnatoria) potrebbe lasciare impregiudicata ogni considerazione in termini di giudizio di validità/invalidità dell’atto compiuto, per esempio, senza il rispetto della prescritta procedura in termini di redazione della perizia di stima.

Occorre infine notare che nella disciplina della società a responsabilità limitata non è ripetuta la disciplina per la quale, in materia di società per azioni (per il disposto dell’art. 2343-*bis*, comma 3):

- la relazione del perito deve essere depositata nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l’assemblea (peraltro, ove lo statuto della società a responsabilità limitata non abbia disattivato la necessità della decisione dei soci, *ex art.* 2465, comma 2, secondo periodo, ai soci stessi, in vista della loro decisione, ovviamente la perizia deve essere pur sempre in qualche modo trasmessa e fatta conoscere);
- entro trenta giorni dall’autorizzazione il verbale dell’assemblea, corredato dalla relazione dell’esperto designato dal tribunale, deve essere depositato a cura degli amministratori presso l’ufficio del Registro delle Imprese.

### 3.6 I conferimenti d’opera e di servizi

Con l’utilizzo dell’espressione secondo cui ora possono «essere conferiti tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica» (art. 2464, comma 6) il nuovo Codice civile apre dunque la strada alla conferibilità nel capitale delle società a responsabilità limitata delle prestazioni d’opera e di servizi.

Il conferimento d’opera, come noto, è sempre stato un “tabù” per le società di capitali: in ogni altro caso di conferimento, infatti, all’atto della stipula del contratto di conferimento il bene conferito passa dalla sfera del conferente alla sfera della conferitaria, e quest’ultima dunque ne acquisisce immediatamente il valore.

Nel caso del conferimento d’opera invece l’*effettiva* acquisizione del va-

<sup>144</sup> Per tale conseguenza cfr., nel diritto previgente, FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 201; e Trib. Treviso, 13 aprile 1977, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 385.

lore da parte della conferitaria vi è solo con la materiale e quotidiana esecuzione dell'opera promessa dal conferente (ciò che comunque non toglie che, come si è visto *supra* al par. 2.2.6, anche il conferimento d'opera, come qualsiasi conferimento diverso dal danaro, debba intendersi liberato<sup>145</sup> all'atto stesso della sottoscrizione del contratto di conferimento dell'opera tra il socio conferente e la società conferitaria): con la conseguenza che se il conferente si rende, volontariamente o involontariamente inadempiente (per esempio, perché muoia o si infortuni in modo grave o semplicemente perché non intenda più lavorare), il valore nominale del capitale sociale, formato anche con il valore del promesso conferimento d'opera, risulta sovraesposto rispetto all'effettiva consistenza patrimoniale della società conferitaria, con ciò che ne deriva in ordine al possibile nocimento dei terzi creditori.

Il legislatore della riforma ha tuttavia voluto fare il possibile, da un lato, per fotografare la realtà delle piccole società a responsabilità limitata<sup>146</sup>, ove il lavoro quotidiano dei soci è, come noto, di gran lunga prevalente sul capitale conferito; e, d'altro lato, per tutelare i terzi con la salvaguardia dell'integrità del capitale sociale: «può essere più importante» di un versamento immediatamente liquidato in termini monetari «che un socio con determinate qualità e professionalità entri nella compagine sociale» e che «il suo apporto sia considerato a disposizione della società» in quanto la nuova società a responsabilità limitata «il capitale strategicamente rilevante può essere rappresentato dalle caratteristiche delle persone, dalle loro capacità intellettive, dalle idee, dalla professionalità»<sup>147</sup>.

Ebbene, questi interessi, apparentemente inconciliabili, sono stati messi su di un unico binario con l'utilizzo dell'"artificio" tecnico della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa: secondo l'art. 2464, comma 6, infatti «il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti, per l'intero valore a essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società».

<sup>145</sup> Con ciò che ne consegue in ordine alla questione della responsabilità del socio unico, che si acquisisce, come noto, oltre che con l'effettuazione dei prescritti adempimenti pubblicitari, ove (art. 2462, comma 2) il capitale sociale sia per intero liberato; e alla questione dell'effettività di un'operazione di aumento di capitale, la quale come noto «non può essere attuata fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti» (art. 2481, comma 2).

<sup>146</sup> Non si deve peraltro obliterare una visione più "panoramica" del fenomeno: basti pensare alla conferibilità del servizio che un socio/società possa promettere alla società sua partecipata così come, su scala ancor più vasta, al caso della *holding* che presti servizi (tipico è il servizio di tesoreria e finanza) alle sue controllate.

<sup>147</sup> SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 196.

In altri termini, chi si obbliga a prestare la propria opera<sup>148</sup> deve garantire la società circa l'esecuzione dell'opera promessa mediante il deposito in società di una fideiussione bancaria o di una polizza assicurativa<sup>149</sup> che la società potrà dunque escutere<sup>150</sup> ove la prestazione promessa non venga

<sup>148</sup> Che non è qualificabile in termini di lavoratore subordinato (cfr. BUONOCORE V., *Società in nome collettivo*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 1995, 173) e al quale quindi non appare applicabile la fiscalità propria del lavoratore subordinato: quindi quel "corrispettivo" della prestazione d'opera che è l'ottenimento di una partecipazione al capitale sociale non pare qualificabile in termini di reddito di lavoro dipendente o a esso assimilato, cosicché in tanto vi sarà per il conferente rilevanza fiscale dell'opera prestata solo in quanto, in sede di cessione della partecipazione così ottenuta, egli consegua un plusvalore, e cioè un prezzo superiore al valore fiscalmente riconosciuto della sua partecipazione, il quale è il valore dell'opera eseguita quale stimato nella perizia di conferimento e quale conseguentemente appostato nel patrimonio netto (capitale + eventuale riserva da sovrapprezzo) della società conferitaria. Cfr. in materia Cass., 2 luglio 1999, n. 6827, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 688, secondo cui «la qualità di socio di una società di capitali (quale, nella specie, una società a responsabilità limitata) non esclude la configurabilità di un rapporto di lavoro con la società stessa perché colui che intende far valere il rapporto di lavoro subordinato ne provi in modo certo l'elemento tipico qualificante e, cioè, il requisito della subordinazione, il quale deve essere inteso come il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, caratterizzato dall'emanazione di ordini specifici oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e di controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative»; Cass., 21 maggio 2002, n. 7465, in *Foro it. Rep.*, 2002, voce *Lavoro*, n. 588, secondo cui «la qualità di socio e amministratore di una società di capitali composta da due soli soci, entrambi amministratori, è compatibile con la qualifica di lavoratore subordinato, anche a livello dirigenziale, ove il vincolo della subordinazione risulti da un concreto assoggettamento del socio-dirigente alle direttive e al controllo dell'organo collegiale amministrativo formato dai medesimi due soci».

<sup>149</sup> L'art. 2464, al comma 6, non ripete quanto detto nel precedente suo comma 4 (vedasi *supra* il par. 3.2): e cioè che la polizza/fideiussione deve avere le caratteristiche che dovranno risultare da un emanando decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ed è assai problematico ritenere l'estensibilità al comma 6 della prescrizione di cui al comma 4 (nel senso della diversità delle due fattispecie cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 8, del dattiloscritto); certo è che, ove tale estensibilità non si rendesse plausibile, sarà inevitabilmente sotto la responsabilità degli altri soci (in sede di costituzione gli amministratori ancora debbono essere nominati e quindi la responsabilità ricade sui soci alla stessa stregua di quella per atti compiuti anteriormente all'iscrizione della società nel Registro delle Imprese: art. 2331, comma 2) oppure, se si tratta di un aumento di capitale, sotto la responsabilità degli amministratori, la valutazione della "congruità" della garanzia offerta a cautela del conferimento d'opera: e cioè la valutazione della qualità delle sue caratteristiche (qualità del garante, beneficio di preventiva escussione, opponibilità di eccezioni da parte del garante ecc.).

<sup>150</sup> In SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 5, si fa riferimento a un «impiego eventuale del valore della polizza o della fideiussione suddette o della cauzione, per soddisfare il creditore sociale»: ma credo si debba osservare che se la polizza/fideiussione siano a garanzia della prestazione dell'opera, esse sono escutibili solo ove l'opera non sia prestata, e non se la società abbia bisogno di pagare debiti; se invero così fosse, se ne avrebbe che la società potrebbe escutere la fideiussione in qualsiasi momento, ciò che provocherebbe, da un lato, l'azione di regresso del garante verso il garantito e, d'altro lato, la cessazione dell'obbligo di presta-

eseguita (e cioè per il valore corrispondente alla prestazione non eseguita e di cui la società quindi non si “arricchisca”)<sup>151</sup>: chi conferisce l’opera infatti promette di “arricchire” la società conferitaria con una prestazione “non retribuita” (il “corrispettivo” dell’opera non è infatti una controprestazione bensì è la partecipazione nel capitale sociale della società conferitaria che il conferente consegue) cosicché il valore corrispondente all’opera promessa in tanto transita dal socio conferente alla società conferitaria in quanto l’opera promessa sia in effetti eseguita: il prestatore d’opera lavorerà ora dopo ora, giorno dopo giorno, per la società e questa, ora dopo ora, giorno dopo giorno si “arricchirà” del valore corrispondente all’opera svolta dal socio conferente. Il conferimento d’opera non è che un costo che la società non paga o meglio che la società “paga” attribuendo “in cambio” al conferente una quota di partecipazione al proprio capitale sociale.

Si tratta dunque del conferimento di un “valore” (è il valore dell’opera promessa) che viene appostato nel capitale sociale a fronte dell’obbligo che il socio assume di eseguire una data opera: insomma, è la promessa di eseguire un’opera (e quindi un “conferimento d’opera”) che realizza un passaggio di valore dal soggetto conferente alla società conferitaria (e quindi un “conferimento di valore”) mediante l’esecuzione dell’opera promessa.

Si pensi a una costituenda società a responsabilità limitata di nome

zione d’opera, in quanto, con l’escussione della garanzia, la società avrebbe incamerato in un sol colpo il valore promessole (e non più mediante prestazione d’opera, ma mediante il denaro rinveniente dalla fideiussione); un panorama di eventi insomma che non appare plausibile.

<sup>151</sup> Secondo l’art. 2464, comma 6, «se l’atto costitutivo lo prevede, la polizza o la fideiussione possono essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società». Secondo ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 32, questa norma è «singolare» in quanto, da un lato, non si vede la ragione per la quale la sostituibilità della fideiussione/polizza dipenda da una esplicita previsione dell’atto costitutivo e, dall’altro, perché, se si faccia un versamento di denaro a titolo di “cauzione”, “tanto vale” farlo a titolo di vero e proprio versamento di “capitale”. Molto meglio normata (perché scevra da tali considerazioni) è quindi la previsione di sostituzione con denaro della polizza/fideiussione sostitutiva dei decimi di cui all’art. 2464, comma 4. Le stesse perplessità sono sollevate da PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1505. Invece TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 9 (del dattiloscritto), afferma acutamente che la previsione di una disciplina statutaria sul punto della sostituibilità della garanzia con un versamento in denaro troverebbe giustificazione nel rilievo secondo il quale agli altri soci potrebbe non essere indifferente che, invece della prestazione di un’opera, la società ne riceva il controvalore in denaro e che quindi l’autorizzazione statutaria della sostituibilità rappresenti il bilanciamento tra l’interesse del socio a spogliarsi dei costi di una garanzia e l’interesse della società a veder eseguita l’opera promessale.

Alfa avente a oggetto la realizzazione di grafiche pubblicitarie, formata da tre soci: Tizio e Caio che conferiscono 30mila euro ciascuno in denaro, mentre Sempronio si obbliga a conferire la propria opera di grafico<sup>152</sup> per un anno<sup>153</sup>.

<sup>152</sup> Sulla necessità di specificare esattamente il contenuto della prestazione d'opera cfr. Trib. Vicenza, 10 luglio 1989, in *Società*, 1990, 356.

<sup>153</sup> La conferibilità nel capitale sociale di società a responsabilità limitata di prestazioni d'opera o servizi pone una serie di interessanti e nuove problematiche a livello contabile e fiscale: innanzitutto occorre verificare quale contropartita occorre iscrivere nell'attivo patrimoniale a fronte della quota di capitale oggetto del conferimento d'opera.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di considerare l'impegno del socio a effettuare la prestazione d'opera (si pensi a un obbligo di durata biennale) quale immobilizzazione immateriale che cede la propria utilità appunto in un periodo di due anni. Questa soluzione assimila l'impegno assunto dal socio a una sorta di *know-how*, immobilizzazione che, in base al principio contabile 24, è soggetta ad ammortamento in base alla durata prevista dell'utilità cedibile; l'iscrizione potrebbe avvenire nella voce B I 7. Coerentemente con tale assunto la società dovrebbe imputare due quote d'ammortamento annuali, che costituiscono un costo transitante per il conto economico; per converso, la società che beneficia delle prestazioni del socio genera un ricavo, e quindi un utile, per la differenza tra il ricavo stesso e la quota d'ammortamento della prestazione del socio.

Una seconda soluzione potrebbe, invece, consistere nel trattare il conferimento d'opera alla stessa stregua di quello in denaro, cioè generare un credito verso il socio da iscrivere nella classe A dell'attivo patrimoniale, con separata evidenziazione rispetto al credito verso i soci per conferimenti in denaro. Questa soluzione permetterebbe di non imputare alcunché al conto economico e pertanto di considerare la prestazione d'opera del socio per la sua intrinseca natura patrimoniale, assimilandola a quella del conferimento in denaro. In fondo, tramite i ricavi generati dalla società per effetto della prestazione gratuita del socio, il conferimento si tramuta in crediti effettivi o liquidità. Tale credito è destinato a rimanere evidenziato fino alla cessazione della società, momento in cui i soci, nel ricevere la restituzione del conferimento iniziale, oltre ai plusvalori maturati nel tempo, azzerano il credito stesso. Naturalmente occorrerebbe segnalare in nota integrativa la particolare natura di tale credito. In alternativa, si potrebbe considerare che l'utile prodotto grazie alla prestazione gratuita del socio rappresenti una sorta di conversione del credito in elemento dell'attivo circolante. Da qui una distribuzione figurativa dell'utile stesso che potrebbe elidere il credito verso il socio con la scrittura contabile "dare utile d'esercizio", "avere credito verso il socio".

Le due tesi sull'impostazione contabile riverberano effetti diversi sotto il profilo fiscale: coerentemente con la prima tesi, cioè imputazione a conto economico della quota d'ammortamento, sarebbe necessario considerare tassabile in capo al socio conferente l'ammontare del conferimento stesso. Tuttavia tale impostazione si scontra con l'obiettivo difficoltà di rinvenire nel Tuir una categoria reddituale nella quale comprendere il caso in questione: né l'art. 49 comma 2 (laddove dichiara imponibili i diritti di sfruttamento di brevetti e opere dell'ingegno) né l'art. 81 (quando tratta di redditi occasionali di lavoro autonomo o d'impresa) sembrano disposizioni idonee a ricomprendere l'intrinseca natura patrimoniale del sinallagma prestazione / partecipazione. Inoltre si verrebbe a creare una iniqua disparità a livello di quantificazione del costo della partecipazione ai fini del *capital gain*, poiché per chi conferisce denaro verrebbe tassato solo il differenziale plusvalente, mentre per chi conferisce l'opera si tasserebbe l'intero valore, parte quale imponibile ordinario, parte quale *capital gain*. In base alla seconda tesi, invece, la società non matura alcun costo per ciò che concerne la prestazione del socio, bensì evidenzia un credito, e ciò permette di trattare, in capo al socio conferente, quale elemento patrimoniale e non reddituale l'acquisizione della partecipazione in cambio della prestazione. Peraltro in tale impostazione non si genera alcun salto d'imposta poiché

Trattandosi per Sempronio di un conferimento diverso dal denaro, occorre innanzitutto che il conferente nomini un perito estimatore (da scegliersi nell'elenco dei revisori contabili o delle società di revisione e senza più la necessità che egli sia nominato dal tribunale).

Questo perito deve dunque stimare l'opera promessa (evidentemente prendendo a riferimento il valore riconosciuto sul mercato a una prestazione come quella che Sempronio intende svolgere) e giurare la sua stima ove va indicato il valore massimo da appostare nel capitale di Alfa a fronte del promesso conferimento (ovviamente detto valore, se non sia tutto "passato" a capitale sociale, può essere appostato nel patrimonio netto come sovrapprezzo per la parte restante; così come d'altronde è ben possibile che, data una stima di valore 100, se ne apposti a capitale solo 80 – o altra cifra inferiore a 100 – senza cioè creare un sovrapprezzo "formale" per 20, ma determinando un "arricchimento" latente della società per i restanti 20, e quindi creando nel patrimonio sociale un sovrapprezzo "sostanziale").

Alfine Sempronio, per un valore pari a quello peritato, deve munirsi di una fideiussione o di una polizza assicurativa<sup>154</sup> da consegnare ad Alfa, a garanzia dell'esecuzione dell'opera promessa, e quindi da escutere<sup>155</sup> se Sempronio, colpevolmente o meno, si renda inadempiente.

Se poi nella perizia di stima siano indicate anche le "unità di misura" per il computo del valore dell'opera promessa (si pensi a un valore stimato "a ore", "a giorno", "a mese" oppure a "stati di avanzamento" da verificare in contraddittorio) si rende plausibile anche una fideiussione "a scalare", che cioè possa essere diminuita man mano che la prestazione sia eseguita.

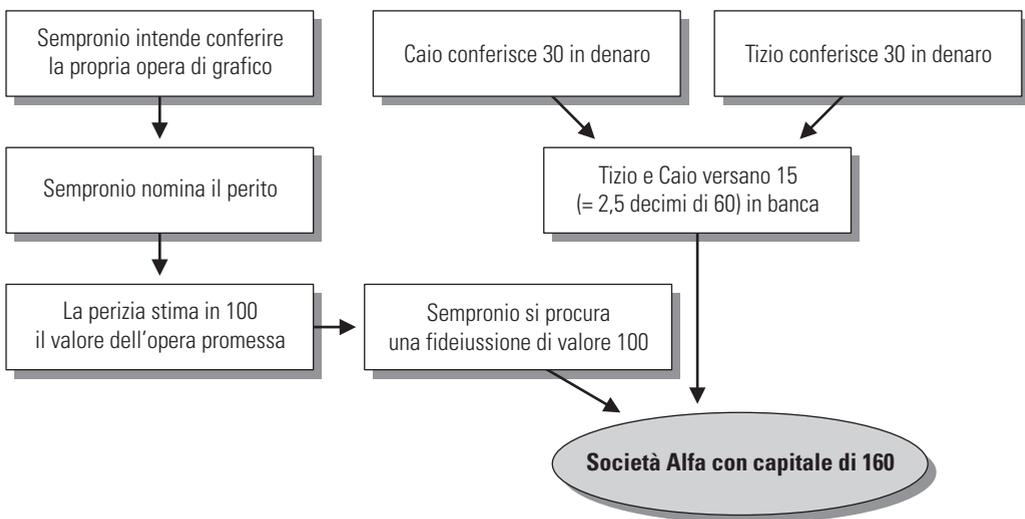
Qualora peraltro Sempronio ceda la propria partecipazione "in corso d'opera", evidentemente (a meno di non ritenere che il cedente continui a prestare l'opera fino al compimento del suo obbligo) sull'acquirente grava<sup>156</sup> la

la società sottopone a tassazione l'intero ricavo prodotto grazie alla prestazione del socio, a fronte del quale non genera alcun costo. Ai fini del *capital gain* sarebbe necessario riconoscere quale costo il valore del capitale sociale assegnato, affinché sia sottoposto a tassazione da *capital gain* solo il differenziale plusvalente tra conferimento iniziale e valore di cessione della quota.

<sup>154</sup> Va ricordato che ai sensi dell'art. 2466, comma 5, le disposizioni dell'art. 2466 medesimo, in tema di morosità del socio nell'esecuzione del conferimento promesso, paiono applicarsi anche nel caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria prestate a supporto di un conferimento d'opera; in tal caso resta salva tuttavia la possibilità del socio di sostituirle con il versamento del corrispondente importo di denaro.

<sup>155</sup> Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 194, nota 10, «può dunque affermarsi che in caso di sottovalutazione o impossibilità originaria o sopravvenuta della prestazione resta escutibile la garanzia personale».

<sup>156</sup> In tal senso SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 203.

**Figura 3.2** Il conferimento del socio d'industria

parte di prestazione non ancora completata dal cedente, salvo che si tratti di prestazione infungibile (ove vi è dunque da far luogo all'escussione della garanzia o al versamento in denaro da parte del cedente) oppure che si sia comunque prevista in tal caso (qualora il cedente non versi in società un importo di denaro di valore pari al valore dell'opera ancora da eseguire) l'escussione della garanzia prestata a servizio del conferimento d'opera (ma sulla cessione della quota del socio d'industria vedasi *infra* il par. 3.11.9).

Se dunque nella società a responsabilità limitata il legislatore ha compiuto il passo dell'ammissibilità del conferimento d'opera, nella società per azioni è invece rimasto il previgente divieto, con soluzione necessariamente coerente con i vincoli posti dalla Seconda Direttiva comunitaria che imperativamente vieta il conferimento di opere e servizi. Peraltro, nel mondo della società per azioni le prestazioni di servizio non sono completamente fuori gioco: se non sono appostabili nel capitale sociale, esse hanno pur sempre modo di realizzarsi ove le esigenze del caso concreto lo richiedano. Si pensi:

- a. al tradizionale argomento delle "prestazioni accessorie" (art. 2345), che già erano possibili nel "vecchio" diritto e che ora la riforma ripropone<sup>157</sup>: si trat-

<sup>157</sup> Le "prestazioni accessorie" scompaiono invece dalla disciplina della società a responsabilità limitata: nel diritto previgente, il "vecchio" art. 2478 sanciva che l'atto costitutivo poteva prevedere l'obbligo dei soci al compimento di prestazioni accessorie e disponeva in tal caso l'applicabilità dell'art. 2345 in tema di società per azioni. Oggi invece questo richiamo più non compare, evidentemente-

ta invero delle ipotesi in cui, oltre l'obbligo dei conferimenti, l'atto costitutivo stabilisca l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie non consistenti in denaro, determinandone il contenuto, la durata, le modalità e il compenso, e stabilendo particolari sanzioni per il caso di inadempimento;

- b. alla radicale novità (nel diritto previgente infatti di ciò non vi era traccia) secondo cui la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opere o servizi, può emettere strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi (escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti)<sup>158</sup>; in tal caso lo statuto ne deve disciplinare le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.

### 3.7 La stima dei conferimenti delle prestazioni d'opera o di servizi

Nulla viene esplicitamente previsto nella disciplina riformata con riguardo

te perché il legislatore ha considerato la materia delle "prestazioni accessorie" assorbita dalla conferibilità di opere e di servizi nel capitale sociale della società a responsabilità limitata: cfr., per esempio, ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 63, per il quale «appare coerente al sistema, se così si può dire, la mancata riproposizione dell'art. 2478 e ciò perché il vecchio contenuto della prestazione accessoria diventa, nella riforma, il contenuto di un corrente - e autonomo - conferimento». Sulle prestazioni accessorie nella "vecchia" società a responsabilità limitata vedasi Trib. Udine, 4 giugno 1997, in *Società*, 1997, 1426, secondo cui «atteso che, a norma dell'art. 2478 c.c., l'atto costitutivo delle società a responsabilità limitata può prevedere l'obbligo dei soci al compimento di prestazioni accessorie, appare legittimo che tale speciale categoria quote venga istituita anche in epoca successiva alla costituzione della società, con atto deliberato dall'unanimità dei soci. È parimenti legittimo che le prestazioni accessorie facciano carico solo ad alcuni dei soci e che venga istituita una assemblea speciale per tali soci pur non essendo espressamente richiamato dalle norme relative alla s.r.l. il disposto dell'art. 2376, c.c., atteso che l'assemblea separata è prevista al fine di garantire meglio gli interessi dei soci appartenenti a una speciale categoria e tale funzione di garanzia non può ritenersi propria delle sole società per azioni e merita di venir perseguita anche nelle s.r.l.».

<sup>158</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, n. 4, «si è espressamente ammessa la possibilità che [...], fermo rimanendo il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi [...]. Ovviamente si apre così un ampio spazio per l'autonomia statutaria per definire i diritti spettanti ai possessori dei suddetti strumenti finanziari, i quali potranno essere i più vari e comprendere pertanto anche il diritto di conversione in altri strumenti finanziari o in partecipazioni azionarie. In tal modo si è ricercato un punto di equilibrio tra il divieto imposto dall'ordinamento comunitario e l'esigenza di consentire pure l'acquisizione alla società di valori a volte di notevole rilievo; senza però pervenire alla soluzione, che in altri ordinamenti è stata fonte di insuperabili difficoltà applicative e sistematiche, di ammettere l'emissione di "azioni di industria"».

alla determinazione del valore della prestazione d'opera o di servizi da conferirsi in società; il punto da chiarire è dunque se anche nel caso del conferimento d'opera occorra o meno la "normale" relazione giurata dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 2465 che pertanto contenga la descrizione della prestazione d'opera o di servizio che il socio si obbliga a conferire in società, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il valore peritato è almeno pari a quello attribuito al conferimento al fine del suo concorso alla formazione del capitale sociale.

Ebbene, si lascia invero evidentemente preferire la tesi per cui sia comunque necessario procedere alla stima della prestazione d'opera del socio come se fosse (ma in realtà lo è) un "normale" conferimento in natura: nulla la nuova norma dice sul punto, ma appunto forse perché nulla essa deve dire, in quanto a questi conferimenti si debbono applicare le procedure proprie di tutti i conferimenti diversi dal denaro<sup>159</sup>.

<sup>159</sup> Ritengono necessaria la stima TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 8 (del dattiloscritto); e AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 67. Contra invece SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 230, nota 5. Per la non necessità della stima cfr. anche SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 6, secondo il quale «la capitalizzazione del relativo valore [dell'opera promessa, n.d.a.] deve essere negoziata fra i soci liberamente, senza che ne derivi alcun danno per i terzi, dato che, come si è già detto, il socio dovrà anche presentare alla società una polizza assicurativa o una fideiussione bancaria ovvero depositare una cauzione in rapporto al valore assegnato alla prestazione o al servizio». Rischi invece ve ne sono, in quanto, sovrastimando l'opera (e, d'accordo, producendo alla società una garanzia di correlativo valore), si genererebbe una conseguente sovraesposizione del capitale: dal che i terzi potrebbero ritrarre un indubbio nocumento. Cfr. invece MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 18, secondo cui va ritenuto, «trattandosi di conferimenti non in contanti e non comprendendo, diversamente, come potrebbe operare il meccanismo della garanzia, il cui "valore" sarebbe rimesso alla quantificazione del garante stesso, che sia necessaria la stima ai sensi dell'art. 2465, sulla quale il notaio sarà tenuto a operare il controllo che il valore attribuito dall'esperto e "garantito" dalla polizza corrisponda a quello delle quote sottoscritte dal socio d'opera, e che questa corrispondenza sia il risultato di una corretta valorizzazione, *id est* di conclusioni coerenti con i criteri di valutazione che, sempre sulla base di una scelta logica, l'esperto dichiara di aver prescelto»; pensiero condivisibile, ma non fino al punto in cui il notaio dovrebbe controllare la «corretta valorizzazione», ciò che, da un lato, non appartiene alla cultura e al ruolo del notaio, e d'altro lato, rappresenta un controllo di merito e non di legittimità, tale insomma da non rientrare nell'ambito di quei compiti che la legge attribuisce al notaio in sede di verifica dei requisiti di legittimità dell'atto costitutivo e delle deliberazioni assembleari. Dispone infatti l'art. 138-bis, legge 16 febbraio 1913, n. 89, introdotto dall'art. 32, comma 5, della legge 24 novembre 2000, n. 340, che «il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'art. 28, primo comma, n. 1, della presente legge, ed è punito con la sospensione prevista dal secondo comma dell'art. 138 e con

Pertanto, il perito deve procedere alla valutazione degli obblighi che il socio si assume, e il valore così periziato serve dunque per determinare sia l'entità del conferimento nel capitale sociale sia l'importo della polizza di assicurazione o della fideiussione bancaria (o del deposito cauzionale in denaro) che debbono assistere il conferimento della prestazione d'opera o di servizi.

### 3.8 La "quota" di "partecipazione" al capitale sociale

In linea con il principio che la società a responsabilità limitata, a differenza della società per azioni, non è orientata al mercato del capitale di rischio e che pertanto non appartengono al mondo della società a responsabilità limitata quei valori "centrali", propri appunto della sola società per azioni, rappresentati dall'incorporazione in azioni delle carature del capitale sociale spettanti ai vari soci e dalla massimizzazione del favore per la loro libera circolazione, anche la riforma ribadisce, all'art. 2468, comma 1, che le quote della società a responsabilità limitata non possono essere rappresentate da azioni.

Ora, mentre l'entità dei diritti di *voice* (il diritto di prender parte alle decisioni dei soci, di partecipare alle assemblee e di votarvi, il diritto a promuovere le decisioni dei soci e a richiedere la convocazione delle assemblee, il diritto di impugnare le deliberazioni invalide, il diritto di compiere atti di ispezione, il diritto di agire in responsabilità contro gli amministratori ecc.) e patrimoniali (il diritto agli utili, il diritto di opzione, il diritto alla quota di liquidazione, il diritto di rimborso in caso di recesso, esclusione o di riduzione del capitale, il diritto di recedere ecc., cui fa da contraltare l'obbligo di eseguire i conferimenti promessi) del socio di società per azioni deriva, di regola, dal maggiore o minor numero di azioni (in cui è suddiviso il capitale sociale della società per azioni e) di cui il socio sia titolare, nella società a responsabilità limitata, non potendosi suddividere il capitale in azioni<sup>160</sup>, il legislatore ricorre ai termini "quota di partecipazione", "partecipa-

la sanzione amministrativa da lire 1.000.000 a lire 30.000.000» (comma 1); e che «con sanzione amministrativa pari a quella di cui al comma 1 è punito il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese di un atto costitutivo di società di capitali, da lui rogato, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge» (comma 2).

<sup>160</sup> Sulla possibilità di emettere certificati rappresentativi di quote di società a responsabilità limitata, che non assumono la qualità di titolo di credito, la cui circolazione non determina pertanto il trasferimento della partecipazione che essi "incorporano" (viceversa, il trasferimento della partecipazione è indipendente dalla trasmissione del certificato) e che hanno quindi solo valore probatorio e documentale, cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto*

zione”, “quota”, quando intende esplicitare la connessione tra una società e un dato soggetto, per attribuire a questi la qualità di socio, oppure quando intende riferirsi all’incidenza di un dato socio nella vita sociale, e quindi misurare la sua “caratura” rispetto a quella degli altri soci: «quota è la qualità di socio nella sua considerazione quantitativa, data dal valore della frazione di capitale sottoscritta»<sup>161</sup>.

Nell’art. 2468, comma 2, è esplicitato, per esempio, il principio che i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla “partecipazione” da ciascuno posseduta e che di regola le “partecipazioni” dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento.

Sempre, per esempio, nell’art. 2463, comma 2, n. 6 si dice che l’atto costitutivo deve indicare «la *quota di partecipazione* di ciascun socio»; nell’art. 2466, in tema di socio moroso nell’effettuazione del conferimento, si legge che gli amministratori possono vendere agli altri soci «in proporzione della loro *partecipazione* la *quota* del socio moroso». Nell’art. 2469, intitolato “Trasferimento delle *partecipazioni*”, si afferma al comma 1 che le *partecipazioni* sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell’atto costitutivo»; nell’art. 2470, comma 1, si parla di «trasferimento delle *partecipazioni*»; nel comma 3 si affronta il caso della «*quota* [...] alienata con successivi contratti a più persone»; e nel comma 4 si contempla l’ipotesi della «intera *partecipazione* [che, *n.d.a.*] appartiene a un solo socio»; nell’art. 2471, comma 1, si sancisce che «la *partecipazione* può formare oggetto di espropriazione» e nell’art. 2471-bis, comma 1, che «la *partecipazione* può formare oggetto di pegno, usufrutto e sequestro»; nell’art. 2473, comma 3, si stabilisce che in caso di recesso i soci «hanno diritto di ottenere il rimborso della propria *partecipazione*»; nell’art. 2479, comma 5, si dispone che «ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo e il suo voto vale in misura proporzionale alla sua *partecipazione*»; e così via.

Più in particolare, occorre probabilmente annotare che quando il legislatore nella rubrica dell’art. 2468 (ma anche altrove) ha parlato di “quote di partecipazione” ha voluto con ciò esplicitare che la “quota” è insieme il mezzo e la misura della “partecipazione” del socio alla vita sociale: sono socio se ho una “quota” e nella vita societaria tanto di più ho un peso quanto più è ingente quella “quota”; la quota quindi connette (e questa connessione

*civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 290; BIONDI B., *Osservazioni circa la natura giuridica della quota di società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1957, I, 543; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 519.

<sup>161</sup> GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 478.

si chiama appunto “partecipazione”) un dato soggetto a una data società e permettendo la qualificazione di quel soggetto in termini di “socio”. La “quota” crea il socio e gli permette di “partecipare” in misura pari all’entità appunto della sua “quota”.

### 3.8.1 Il valore della quota

La quota di società a responsabilità limitata ha un valore “nominale” (che esprime il rapporto tra il complessivo valore nominale del capitale sociale e l’entità della partecipazione del socio che ne è il titolare)<sup>162</sup> e un valore “effettivo” (che è pari al valore complessivo del patrimonio sociale rapportato all’entità della partecipazione di titolarità di un dato socio). Di quest’ultimo valore ci si occupa quando vi è una trasmissione delle partecipazioni sociali oppure vi è la necessità di una loro liquidazione (morte, recesso, esclusione); del valore “nominale” si parla invece qui di seguito.

Ora se nel previgente ordinamento:

1. l’art. 2474, sanciva che:

- a. le quote di conferimento dei soci relative alle società di nuova costituzione potevano essere di diverso ammontare, ma in nessun caso dovevano essere di valore inferiore a un euro (comma 2);
- b. se la quota di conferimento fosse stata superiore a detto minimo, essa avrebbe dovuto essere costituita da un ammontare multiplo di un euro (comma 3); e che:
- c. se il valore di un conferimento in natura non avesse raggiunto l’ammontare minimo o un multiplo di questo, la differenza avrebbe dovuto essere integrata mediante conferimento in denaro (comma 4);

2. l’art. 2485, invece, stabiliva che ogni socio aveva diritto ad almeno un voto nell’assemblea e che se la quota fosse stata multipla di un euro, il socio aveva diritto a un voto per ogni euro di quota posseduta;

nella legge riformata non appare più la previsione secondo la quale le quote

<sup>162</sup> Sul problema (che ora appare risolto positivamente dalle nuove norme) se statutariamente si potesse disporre che il capitale sociale fosse diviso in quote di pari importo (una per ciascun socio) e che detto importo dovesse rimanere immutato durante tutto il corso della vita societaria cfr. in senso positivo RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 157; in senso contrario SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 37; e Trib. Bari, 28 gennaio 1974, in *Dir. fall.*, 1975, II, 184. Dopo la riforma cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 89, che esclude «probabilmente» la divisibilità del capitale in tante quote eguali.

di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata debbono essere espresse in un euro o in multipli di un euro.

Pertanto, oltre a potersi ora esprimere l'entità delle quote (cosiddette "quote senza valore nominale")<sup>163</sup> mediante un riferimento frazionario (un mezzo, un terzo, un quarto ecc.) o percentuale (il venti, il trenta, il settanta per cento) rispetto al capitale sociale<sup>164</sup>, si possono avere quote espresse in decimali di euro e, in particolare, si può seguire la prassi decimale che si usa con la moneta corrente, e cioè l'utilizzo delle espressioni in centesimi di euro (senza nulla togliere al caso che, ove occorra, i numeri a destra della virgola possano eccedere i centesimi).

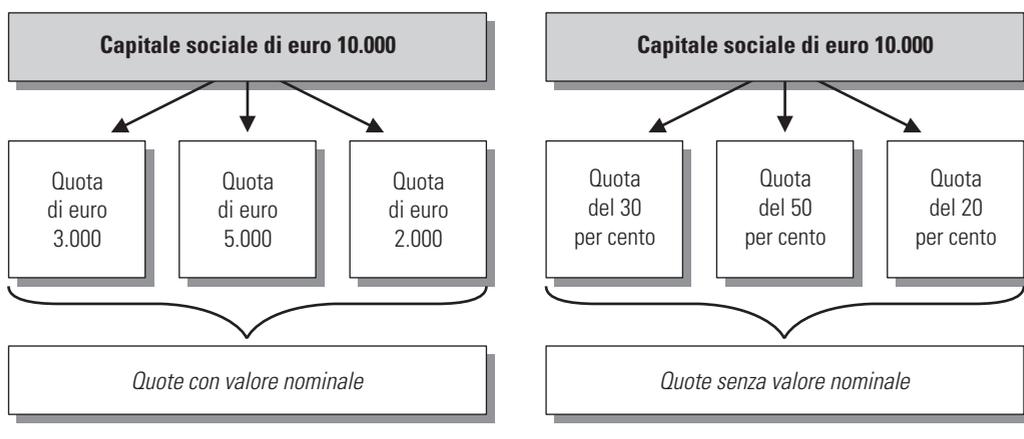
Con riguardo alle quote senza valore nominale, occorre sottolineare che lo statuto (originariamente o per effetto di una sua successiva modifica, adottata con le regole proprie delle deliberazioni di modificazione statutaria)<sup>165</sup> della società a responsabilità limitata, la quale abbia appunto il suo capitale suddiviso in quote prive di valore nominale, può prevedere che (vedasi *infra* il par. 7.6.1) la riduzione del capitale per perdite (una volta decorso l'anno "di grazia") sia deliberata dall'organo amministrativo della società (art. 2482-*bis*, ultimo comma, che richiama l'ultimo comma dell'art. 2446 in tema di società per azioni), il quale, in tal caso, se sia di composizione pluripersonale, trattandosi di operazione di modifica statutaria, deve probabilmente operare collegialmente (ciò potendosi forse argomentare dall'art. 2475, ultimo comma, e dall'art. 2481, comma 1).

Con riguardo invece alle quote espresse con un valore nominale, non appare inammissibile, per semplificare i calcoli (si pensi al "classico" caso del capitale sociale di 10mila euro diviso paritariamente tra tre soci, a cia-

<sup>163</sup> Quando la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, n. 3, si occupa delle azioni prive di valore nominale, essa afferma che «diviene definitivamente chiaro che quello che conta sia ai fini della posizione dei soci sia ai fini della tutela del capitale sociale non è la cifra individuata come valore nominale delle azioni, ma il numero di quelle emesse e quindi la percentuale che ciascuna rappresenta rispetto al totale. Deve a questo proposito anche segnalarsi che, seguendo una strada già adottata dalla maggior parte degli ordinamenti europei, ne risulta una sostanziale equivalenza tra le due tecniche delle azioni con valore nominale e senza valore nominale, il cui significato economico viene sostanzialmente a coincidere».

<sup>164</sup> Nel regime previgente prevaleva invece l'opinione secondo cui le quote avrebbero dovuto essere indicate in cifre, non in frazioni del capitale sociale: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MES-SINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 37; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 28; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 454.

<sup>165</sup> In tal senso va "tradotta", nel "gergo" della società a responsabilità limitata, l'espressione "assemblea straordinaria" di cui all'art. 2446, ultimo comma.

**Figura 3.3** Le quote di partecipazione al capitale sociale

scuno dei quali spetti dunque una quota pari a euro 3.333,33 periodico), che lo statuto sociale, per ragioni di semplicità di calcolo e di quadratura dei conti, rechi una previsione di arrotondamento automatico della quota all'unità (o al centesimo) inferiore o all'unità (o al centesimo) superiore ove si verificano casi, come quello suaccennato, di decimali senza fine; ma con la previsione che detto arrotondamento non dovrebbe operare ove esso eventualmente si ripercuota in un'alterazione del computo del *quorum* di maggioranza, favorendo chi beneficia dell'arrotondamento per eccesso e punendo chi invece subisca quello per difetto.

### 3.8.2 Unitarietà della quota di partecipazione al capitale sociale e sua natura giuridica

Sull'argomento dell'unitarietà o meno della quota (dalla cui impostazione derivano le importanti conseguenze applicative circa l'inammissibilità del voto parziale o "divergente", il recesso "parziale" e l'esecuzione "parziale" sulla quota del credito sociale di apporto), anche dopo la riforma<sup>166</sup> dovrebbe essere perpetuata la prevalente opinione<sup>167</sup> secondo cui in capo a cia-

<sup>166</sup> Cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 89; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 479; FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 53.

<sup>167</sup> Cfr. GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 449; ZANARONE G., *Società a responsa-*

scun socio vi è una sola quota (seppur di valore nominale diverso) e non una pluralità di quote<sup>168</sup>; una sola quota espressione (e misura) quindi della presenza del socio nella società, della «unitaria situazione soggettiva di ciascun socio nell'organizzazione societaria, [... del, *n.d.a.*] modo di essere del socio in tale organizzazione»<sup>169</sup>, discendente dal rapporto “personalistico” che il socio ha con la società; una sola quota che è pertanto divisibile solo in caso di eventi traslativi (quali morte, compravendita, donazione) ove vi sia una pluralità di aventi causa che non acquistino *ab indiviso*<sup>170</sup>.

Insomma, mentre nella società per azioni un socio può avere (e normalmente ha) una pluralità di azioni, nella società a responsabilità limitata il numero delle quote e il numero dei soci coincidono<sup>171</sup>; cosicché dovrebbe ritenersi illegittima (a meno di non intravederne la liceità nell'acquisita vasta autonomia che beneficia la mano di chi scrive le norme statutarie della nuova società a responsabilità limitata) la clausola statutaria che disponga (come spesso accadeva nei “vecchi” statuti, che pure presentavano sotto questo aspetto indubbi profili di illegittimità) che a ogni socio spettano tante quote quante sono le unità di misura adottate come parametro di suddivisione (nel vecchio ordinamento queste unità di misura erano invariabilmente (prima) le mille lire e (poi) l'unità di euro: “vecchio” art. 2474, comma 2)<sup>172</sup>.

*bilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 81; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 517. Cfr. anche Trib. Napoli, 24 gennaio 1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, 592, secondo cui «la quota di s.r.l., quale espressione della partecipazione sociale di ciascuno dei titolari, costituisce un'entità unica in funzione della persona del socio e non oggettivamente caratterizzata e predeterminata» e Trib. Catania, 20 marzo 1986, in *Società*, 1986, 759, secondo cui «non può essere ordinata l'iscrizione nel Registro delle Imprese della deliberazione assembleare con la quale una società per azioni disponga la propria trasformazione in società a responsabilità limitata, in quanto dal carattere sintetico di tale atto non è consentito desumere né il numero dei soci né l'entità della quota sociale a ciascuno spettante, né l'osservanza del limite di cui all'art. 2474, c.c., per l'assegnazione ai soci del capitale sociale». Cfr. pure RUMMO R., *In tema di divisibilità della quota di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 1983, 318.

<sup>168</sup> Per la tesi “pluralistica” cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 159.

<sup>169</sup> Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, 499.

<sup>170</sup> Cfr. LICHERI E., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 1994, 69.

<sup>171</sup> Cfr. SPOLIDORO M.S., *La nuova struttura finanziaria della s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 1 (del dattiloscritto); e CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 328.

<sup>172</sup> Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 12 (del dattiloscritto).

La riforma infatti in questa materia offre un probante indizio<sup>173</sup> nel senso della scelta di campo a favore dell'unitarietà della partecipazione facente capo a un dato socio, e ciò in quanto, in tema di responsabilità limitata dell'unico socio, al previgente testo del "vecchio" art. 2497, comma 2, per il quale «in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui *le quote sono appartenute a un solo socio*, questi risponde illimitatamente [...]», si sostituisce ora l'espressione di cui all'art. 2462, comma 2, per il quale «in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui *l'intera partecipazione è appartenuta a una sola persona*, questa risponde illimitatamente quando [...]».

Da questa impostazione discendono almeno un paio di corollari, conseguenti dunque alla tesi dell'unitarietà della partecipazione:

- in caso di decesso del socio, la quota già appartenutagli si devolve *pro indiviso* ai suoi eredi, i quali, pertanto, ove intendano cessare questo stato di comunione tra loro, debbono procedere a un atto di divisione (sottoponendosi alla relativa imposizione indiretta), senza poter contare sul fatto che l'evento successorio di per sé rappresenti il presupposto della suddivisione (cosiddetta "divisione anomala")<sup>174</sup> dell'unica quota del defunto in tante quote quanti sono gli eredi<sup>175</sup>;
- qualora un socio si renda acquirente di una (ulteriore) quota essendo già titolare di un'altra quota, si ritiene prevalentemente che egli "subisca" pertanto in capo a sé un fenomeno di "accorpamento" della "vecchia" quota con la "nuova" quota<sup>176</sup>; di contro, dato che unitarietà non vuol dire indivisibilità, la quota è divisibile «in caso di alienazione o di successione a causa di morte: si può cedere una parte soltanto della propria quota; si possono lasciare in eredità o legato frazioni della propria quota a più persone<sup>177</sup>; e

<sup>173</sup> Oltre al dato pur sempre letterale, ma pur sempre significativo, offerto dall'art. 2481-ter, comma 2, il quale dispone che, in caso di aumento gratuito del capitale sociale, «la quota di partecipazione di ciascun socio resta immutata» (quindi non si aggiungono "nuove" quote a quelle "precedenti", ma si accresce il valore nominale dell'"unica" quota già posseduta).

<sup>174</sup> Cfr. AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 71.

<sup>175</sup> Cfr. Trib. Roma, 2 maggio 2001, in *Società*, 2002, 609, secondo cui, da un lato, «gli eredi del socio di una società a responsabilità limitata subentrano *pro quota* nella titolarità della partecipazione relitta e devono iscrivere nel libro dei soci l'acquisto *mortis causa* della quota indivisa già detenuta dal *de cuius*»; e, d'altro lato, «la divisione tra gli eredi del socio di una società a responsabilità limitata comporta l'acquisto da parte di ciascuno di quote in proprietà esclusiva e deve quindi essere iscritta a norma dell'art. 2479 c.c.».

<sup>176</sup> Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 518.

<sup>177</sup> Nel senso: attribuendo "specificamente" con testamento una data quota a un dato soggetto (ciò che, per esempio, non accade ove vi sia una successione *ab intestato* di una pluralità di soggetti nella titolarità di una sola quota o, ciò che è lo stesso, una disposizione testamentaria che non distribui-

ciascuna frazione di quota ceduta o lasciata in successione è destinata a costituire una quota a sé. Del pari si può espropriare o sottoporre a pegno, usufrutto o sequestro una frazione aritmetica della quota»<sup>178</sup>.

La riforma inoltre apporta notevoli novità (e cioè l'introduzione di una particolare disciplina per il caso della doppia alienazione della medesima quota da parte dello stesso autore a favore di due diversi aventi causa, di cui all'art. 2470, comma 3<sup>179</sup>, di una specifica disciplina per le fattispecie del pegno, dell'usufrutto e del sequestro di quote, di cui all'art. 2471-*bis*<sup>180</sup>, e del definitivo chiarimento che l'espropriazione della quota è equiparata a un'espropriazione presso terzi, di cui all'art. 2471)<sup>181</sup> sul punto dell'individuazione della natura giuridica della quota di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata<sup>182</sup>, questione non solo dogmatica, ma anche "applicativa", in quanto essa evidentemente si riverbera sul regime giuridico della circolazione delle partecipazioni, "condizionato" – è inevitabile – dalla natura dell'oggetto (diritto di credito, posizione contrattuale, bene mobile immateriale ecc.) di detta circolazione.

Come noto, le tesi più risalenti o ascrivono alle quote di società a responsabilità limitata la natura di diritti di credito del socio verso la società<sup>183</sup> o discettano in termini di un diritto *sui generis*, "a cavallo" tra diritti reali e diritti di credito<sup>184</sup>; mentre, successivamente, nella quota di società a responsabilità limitata è stato, volta a volta, intravisto:

- "il diritto alla qualità di socio"<sup>185</sup>;

sca porzioni di quota ma attribuisca indivisamente una data quota a una pluralità di soggetti; sul che deve qui ripetersi quanto appena detto in tema di successione *pro indiviso* di quella collettività di soggetti nella titolarità di un'unica quota).

<sup>178</sup> GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 479.

<sup>179</sup> Su tale argomento vedasi *infra* il par. 3.11.10.

<sup>180</sup> Su tale argomento vedasi *infra* il par. 3.11.13.7.

<sup>181</sup> Su tale argomento vedasi *infra* il par. 3.11.14.

<sup>182</sup> Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 95.

<sup>183</sup> Cfr. BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società. La società a responsabilità limitata*, vol. III, Milano, 1948-1950, 116; VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Firenze, 1945, 183; Cass., 14 marzo 1957, n. 858, in *Giur. comm.*, 1957, I, 1284; Cass., 28 febbraio 1964, n. 454, in *Giur. comm.*, 1964, I, 745.

<sup>184</sup> Cfr. ASQUINI A., *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1961, vol. III, 184.

<sup>185</sup> Cfr. BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 101 e 170.

- l'insieme dei rapporti (diritti, obblighi, interessi, aspettative ecc.) che in capo a un soggetto si determinano a causa dell'appartenenza a una società (e la quota sarebbe quindi la posizione contrattuale del socio scaturente dal contratto di società<sup>186</sup>);
- l'espressione riassuntiva della pluralità delle situazioni soggettive facenti capo al socio, da intravedere nella sua consistenza quantitativa in rapporto alla consistenza spettante agli altri soci<sup>187</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha, dal canto suo, sulla scorta di più recente dottrina<sup>188</sup> mostrato di preferire un ragionamento teso a "oggettivare"<sup>189</sup> la quota di società a responsabilità limitata, considerandola come un *bene* immateriale "equiparato" ai beni mobili non registrati ai sensi degli artt. 812 e 813 e, come tale, soggetta alle regole di appartenenza e di circolazione proprie degli "ordinari" beni mobili<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 19; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 274.

<sup>187</sup> Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 261. Per Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1380, «nelle società a responsabilità limitata le quote di ciascun socio non rappresentano soltanto una frazione di partecipazione al patrimonio sociale, ma soprattutto tutti i doveri, poteri e rapporti che scaturiscono direttamente e indirettamente dal contratto di società, la cui essenza è l'unitaria situazione giuridica soggettiva di ciascun socio nell'organizzazione sociale».

<sup>188</sup> Cfr. FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 189; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 552.

<sup>189</sup> Di «processo di reificazione» parla GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 478, il quale inoltre afferma che «la riforma del 2003, ammettendo all'art. 2471-bis che la quota possa essere oggetto di pegno, usufrutto o sequestro ha definitivamente sciolto ogni dubbio sulla natura della quota quale cosa mobile».

<sup>190</sup> Cfr. Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 499; per Cass., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Società*, 1997, 647, «l'affermazione si collega a quella impostazione che qualifica la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata come posizione contrattuale del socio, comprensiva di tutte le situazioni giuridiche attive e passive che a esso fanno capo, con la conseguente assimilazione della stessa alla cessione del contratto, la cui struttura plurilaterale è affermata dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza. La tesi è, peraltro, contrastata dalla diversa ricostruzione del fenomeno per la quale la quota esprime una posizione contrattuale obiettivamente che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società»; e Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, 1331, e in *Giur. it.*, 2000,

Comunque, anche a tacere del fatto che l'introduzione dell'atto costitutivo unilaterale rende difficile disquisire i termini di quota come posizione contrattuale, da ultimo, dopo l'entrata in vigore della legge 12 agosto 1993, n. 310, che ha introdotto la pubblicità degli atti traslativi di partecipazioni di società a responsabilità limitata nel Registro delle Imprese, e della legge 29 dicembre 1993, n. 580, in tema di istituzione del Registro delle Imprese, le quote di società a responsabilità limitata sono definitivamente entrate nel riquadro dei beni mobili immateriali iscritti in un pubblico registro<sup>191</sup>; tesi, questa, della "quota" come "bene" (che è evidentemente "immateriale", "mobile" e "registrato", e che rappresenta sinteticamente tutte quelle posizioni giuridiche attive e passive di cui il socio è centro di imputazione nei confronti della società a responsabilità limitata nel cui libro soci egli è iscritto)<sup>192</sup> che trova appunto evidente conferma nella richiamata nuova disciplina della regola di conflitto tra una pluralità di acquirenti della stessa quota (avendo come dante causa il medesimo autore), dell'usufrutto, pegno e sequestro di quote e dell'espropriazione della partecipazione da parte del creditore del socio.

2309, secondo cui «la quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 c.c., onde a essa possono applicarsi, a norma dell'art. 813 c.c., le disposizioni concernenti i beni mobili e, in particolare, la disciplina delle situazioni soggettive reali e dei conflitti tra di esse sul medesimo bene, giacché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti e non come mero diritto di credito; ne consegue che le quote di partecipazione a una s.r.l. possono essere oggetto di sequestro giudiziario e, avendo il sequestro a oggetto i diritti inerenti la suddetta quota, ben può il giudice del sequestro attribuire al custode l'esercizio del diritto di voto nell'assemblea dei soci ed eventualmente, in relazione all'oggetto dell'assemblea, stabilire i criteri e i limiti in cui tale diritto debba essere esercitato nell'interesse della custodia». Conformi anche Trib. Bologna, 2 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1044; per Trib. Modena, 15 marzo 1996, in *Giur. comm.*, 1998, II, 98, «la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede nel caso in cui gli stessi siano quote di società a responsabilità limitata si attua con le modalità previste per i beni mobili».

<sup>191</sup> Cfr. Pret. Carpi, 6 novembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, II, 10, secondo cui «a seguito dell'entrata in vigore della legge 12 agosto 1993, n. 310 – recante norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli – e della legge 29 dicembre 1993, n. 580 – sul riordino delle Camere di commercio e sull'istituzione del Registro delle Imprese – le quote di società a responsabilità limitata devono essere giuridicamente qualificate quali beni mobili immateriali iscritti in un pubblico registro».

<sup>192</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 208, secondo il quale, confrontando Cass., 4 giugno 1999, n. 5494, in *Giur. it.*, 2000, 101, stante la natura della quota come "bene", si rende plausibile, come vendita di "cosa futura", la vendita della quota prima della costituzione della società.

### 3.8.3 Comproprietà della quota di partecipazione

In luogo del previgente mero rinvio numerico alla disciplina della società per azioni (il “vecchio” art. 2482, comma 2, infatti rinviava, nel caso di comunione di quota, al “vecchio” art. 2437), nella disciplina della riforma la comproprietà della quota di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata riceve una propria disciplina (e così risolvendosi le questioni insorte nell’ordinamento previgente)<sup>193</sup>: e cioè quella secondo cui, da un lato, occorre la nomina del rappresentante comune dei comunisti (mediante il quale «i diritti dei comproprietari *devono*<sup>194</sup> essere esercitati»), e secondo cui, d’altro lato, la disciplina dell’amministrazione della quota in comproprietà è da ricavarsi dal diritto “comune”, e cioè dagli artt. 1105 e 1106 del Codice civile.

La riforma scioglie quindi ogni residuo dubbio se al caso della comproprietà della quota di società a responsabilità limitata (e delle azioni di società per azioni) fossero applicabili le norme della comunione ordinaria<sup>195</sup>.

In sintesi, la regola di base è quella della spettanza collettiva<sup>196</sup> del potere

<sup>193</sup> Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 334.

<sup>194</sup> Secondo FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 225, se il rappresentante comune non sia nominato i contitolari della quota non possono esercitare quei diritti (per esempio, il voto) il cui esercizio presuppone appunto la presenza del rappresentante comune (contrario è FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 482); d’altro canto, le comunicazioni loro dirette non devono essere fatte a ciascun comunista, ma sono efficaci nei confronti di tutti dal momento in cui siano effettuate anche a uno solo di essi. Invece, secondo Cass., 16 luglio 1976, n. 2815, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1580, «la mancata nomina del rappresentante comune dei contitolari di quote o di azioni sociali non impedisce a ciascun contitolare l’esercizio dei diritti connessi alla posizione di socio, tanto più quando, attuandosi il diritto attraverso la proposizione di un’azione giudiziaria, l’esercizio collettivo di esso non è suscettibile di arrecare alcun intralcio o nocimento al regolare svolgimento dell’attività interna della società».

<sup>195</sup> Cfr. ANGELICI C., *Le azioni*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1992, 42. Infatti, mentre per App. Trieste, 22 novembre 1957, in *Giust. civ.*, 1958, I, 177, «non è applicabile per analogia alla nomina non concordata di un rappresentante comune di quote sociali cadute in una comunione ereditaria l’ultimo comma dell’art. 1105 c.c., perché mentre non ricorre, in senso tecnico, il difetto di una norma regolatrice, manca altresì quella somiglianza fra caso previsto e caso imprevisto tale da consentire il convincimento che le ragioni ispiratrici della disciplina del primo giustificano una stessa disciplina per il secondo» e per App. Roma, 24 febbraio 1987, in *Giur. mer.*, 1987, I, 575, «non è prevista nel nostro ordinamento la nomina giudiziale del rappresentante comune dei comproprietari delle azioni, né possono applicarsi per analogia le norme sulla nomina del rappresentante degli obbligazionisti o dell’amministratore della comunione»; invece per Trib. Verona, 1° marzo 1990, in *Società*, 1990, 1085, «il rappresentante comune degli azionisti in comunione può essere nominato a maggioranza, in applicazione della disciplina sulla comproprietà dei beni».

<sup>196</sup> Il patto diretto a escludere uno dei compartecipi, alcuni o tutti dall’amministrazione è nullo per-

di amministrazione, in base al quale (art. 1105, comma 1) tutti i partecipanti hanno il diritto di concorrere<sup>197</sup> all'amministrazione della cosa comune secondo il criterio della maggioranza, ciò che implica, per ciascun comunista, il diritto di essere chiamato a esprimere la propria volontà su ogni atto di gestione<sup>198</sup>.

Fa peraltro eccezione a questo principio di amministrazione collettiva la norma (art. 1110) secondo cui ha diritto al rimborso delle spese sostenute restando *necessarie* alla "conservazione" del bene comune (si pensi all'esercizio di un diritto di opzione) il comunista che ha agito individualmente in caso di *trascuranza* degli altri partecipanti o dell'amministratore: la *necessità* è alla base del diritto al rimborso, la *trascuratezza* giustifica le spese<sup>199</sup>; invero, il concetto di *trascuranza* rappresenta la giustificazione delle spese e non del diritto al rimborso, il quale sorge in conseguenza della loro necessità per la conservazione della cosa; la necessità della spesa implica che essa, ancorché non urgente, non possa non essere effettuata senza grave pregiudizio per la cosa comune<sup>200</sup>.

Inoltre possono essere esercitati direttamente dai soci, e non necessariamente dal rappresentante comune, tutti quei diritti, derivanti dalla partecipazione sociale, la realizzazione dei quali non presuppone una determinazione di volontà unitaria: quindi, per esempio, è stato ritenuto<sup>201</sup> che se la

ché la facoltà di gestione è strettamente collegata con la facoltà di uso e godimento del partecipante, della quale egli non può validamente privarsi: cfr. FEDELE A., *La comunione*, Torino, 1986, 257.

<sup>197</sup> Seppur quindi tutti i partecipi vadano "convocati" (per Cass., 28 gennaio 1995, n. 1033, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 586, «la comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea dei condomini può essere data con qualsiasi forma idonea al raggiungimento dello scopo e può essere provata anche da univoci elementi dai quali risulti che il condomino ha, in concreto, ricevuta la notizia») per tempo (cfr. Cass., 5 agosto 1992, n. 9291, in *Arch. loc.*, 1993, 88, secondo cui «l'art. 66, 3° comma, disp. att. c.c. dettato in tema di condominio di edifici, il quale fissa in cinque giorni il termine minimo per la comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea ai partecipanti, non è applicabile analogicamente alla convocazione dell'assemblea della comunione, che è disciplinata dall'art. 1105 c.c. il quale non prevede un termine di convocazione e, quindi, demanda al giudice la valutazione della congruità del termine in concreto concesso») e coinvolti nella decisione, secondo Cass., 27 ottobre 2000, n. 14162, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 43, «in tema di comunione [...] gli art. 1105 e 1108 c.c. non prevedono la costituzione formale dell'assemblea, ma semplicemente la decisione a maggioranza dei partecipanti».

<sup>198</sup> Cfr. FAVALE R., *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 241 e 244; FRAGALI M., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XIII, t. 3, Milano, 1983, 109.

<sup>199</sup> Cfr. BRANCA G., *Comunione. Condominio negli edifici*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Terzo – Della proprietà, artt. 1100-1139, Bologna-Roma, 1982, 172.

<sup>200</sup> Cfr. FAVALE R., *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 476-477.

<sup>201</sup> App. Bologna, 12 aprile 1999, in *Notariato*, 2000, 158.

quota di contitolarità delle azioni spettanti a un socio corrisponde idealmente al quinto del capitale sociale, prima e indipendentemente dalla divisione, il singolo socio comunista è individualmente legittimato a chiedere la convocazione giudiziale dell'assemblea ai sensi del "vecchio" art. 2367.

Con il consenso della maggioranza dei partecipanti (calcolata a seconda dell'entità delle rispettive quote), fermo restando che per la validità delle deliberazioni è richiesto che tutti i partecipanti siano stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione (art. 1105, comma 3):

- a. si può formare un regolamento per l'ordinaria amministrazione e per il miglior godimento della cosa comune (art. 1106, comma 1);
- b. si possono nominare uno o più amministratori della cosa comune (che possono essere scelti sia tra i comunisti che all'infuori di essi)<sup>202</sup> definendone compiti e doveri (art. 1106, comma 2);
- c. si adottano le decisioni di amministrazione ordinaria (art. 1105, comma 2)<sup>203</sup>.

Invece, le decisioni eccedenti l'ordinarietà vanno assunte, a seconda dei casi, con maggioranza qualificata o all'unanimità (art. 1108).

Qualora non si formi una maggioranza o comunque non si adottino i provvedimenti necessari (oppure, ancora, se non venga eseguita una deliberazione validamente adottata) ciascun partecipante può ricorrere all'autorità giudiziaria in sede di giurisdizione volontaria, la quale provvede in camera di consiglio e può anche nominare un amministratore (art. 1105, ultimo comma).

Va infine sottolineato che la disciplina della comproprietà in parola si estende alla fattispecie del cusufrutto, come concordemente ritenuto nella normativa previgente.

### 3.8.4 Le operazioni sulle proprie partecipazioni

La riforma (art. 2474) conferma la previgente normativa ("vecchio" art. 2483)<sup>204</sup> per la quale in nessun caso<sup>205</sup> la società<sup>206</sup>:

- a. può acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie; ovvero:

<sup>202</sup> Cfr. Trib. Firenze, 8 gennaio 1948, in *Foro pad.*, 1948, I, 193.

<sup>203</sup> Hanno natura di amministrazione ordinaria gli atti finalizzati alla conservazione, alla normale utilizzazione e al miglior godimento della cosa; la conservazione comprende gli atti diretti a ottenere provvedimenti cautelari o conservativi, la normale utilizzazione concerne la percezione e la riscossione di frutti: FAVALE R., *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 257.

<sup>204</sup> Cfr. PARTESOTTI G.B., *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. II, t. 1, Torino, 1991, 340; DI RIENZO M., *Il divieto di ope-*

b. può accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto<sup>207</sup> o la loro sottoscrizione<sup>208</sup>.

E ciò poiché<sup>209</sup>:

a. da un lato, non vi è infatti ragione, per una partecipazione, come quella al capitale di una società a responsabilità limitata, non tendenzialmente destinata alla circolazione, per accordare le deroghe, previste per la società per azioni, per l'acquisizione da parte della società medesima, di quote del pro-

*razioni sulle proprie quote nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, 162; SALAFIA V., *Acquisto da parte di s.r.l. di quote proprie*, in *Società*, 1992, 1059; SANTORO M., *Portata del divieto per le s.r.l. di acquisto di proprie quote*, in *Società*, 2000, 1093; RACUGNO G., *Le operazioni sulle proprie quote nell'attuazione della Seconda Direttiva CEE*, in *Riv. soc.*, 1987, 68; DI RIENZO M., *Il divieto di operazioni sulle proprie quote nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, 162. Cfr. pure Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Foro it.*, 1985, I, 2069; in *Riv. not.*, 1985, 220; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 593, secondo cui «il principio inderogabile enunciato dall'art. 2483 c.c., per il quale in nessun caso la società a responsabilità limitata può acquistare o ricevere in pegno le proprie quote, posto a tutela degli interessi dei creditori, dei soci e della società, comporta l'invalidità di ogni operazione che, comunque eseguita, tenda a conseguire risultati analoghi; pertanto, in caso di cessione di quote di una società a responsabilità limitata, la stessa società non può validamente accollarsi il pagamento dovuto da chi ha acquistato tali quote»; Cass., 13 luglio 1981, n. 4540, in *Foro it.*, 1982, I, 148; in *Riv. not.*, 1981, 928; in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 287.

<sup>205</sup> Determinandosi altrimenti la nullità dell'atto: SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 180; Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Giur. comm.*, 1986, II, 203.

<sup>206</sup> Sul tema se invece la società possa ricevere le proprie quote per effetto di un trasferimento a titolo gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 180, nota 3.

<sup>207</sup> Cfr., per una fattispecie particolare, Cass., 25 gennaio 2000, n. 796, in *Società*, 2000, 1092, secondo cui, «in tema di società a responsabilità limitata, la disposizione dell'art. 2483 c.c. – la quale fa divieto alla società, a garanzia dell'integrità del capitale sociale, di acquistare proprie quote – non osta a che essa possa vendere le quote del socio quali beni altrui, ai sensi dell'art. 1478 c.c., ossia assumendo l'obbligo di procurarne l'acquisto al compratore, dato che l'automatismo e l'immediatezza del trasferimento al compratore stesso di dette quote evita, nel momento in cui siano conseguite dalla società, che questa divenga "partecipante di se stessa", con pregiudizio della consistenza del capitale». Nel medesimo senso Cass., 11 dicembre 1992, n. 13123, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 1009.

<sup>208</sup> Sullo "sdoganamento" del *leveraged buy out* a opera della legge di riforma del diritto societario cfr. DOLMETTA A., *Il merger leveraged buy out nella legge delega n. 366/2001: la target da S.p.A. a s.r.l.*, in *Corr. giur.*, 2002, 239.

<sup>209</sup> Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 179; RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002*, 2, 8 (del dattiloscritto).

prio stesso capitale: detto acquisto, «dando vita a una forma di recesso mascherato»<sup>210</sup>, si tradurrebbe quindi in un inammissibile annacquamento del patrimonio della società rispetto a quanto esplicitato dal valore nominale del suo capitale sociale<sup>211</sup>;

- b. d'altro lato, anche nella società a responsabilità limitata vi è la necessità di impedire che la società, concedendo garanzie a terzi per l'acquisto delle quote di partecipazione al proprio capitale sociale, di fatto svuoti, con la concessione di dette garanzie, il divieto di acquisto di proprie partecipazioni;
- c. d'ultimo lato vi è da considerare che, in mancanza di un titolo rappresentativo delle partecipazioni in esame (che non si estingue quando si cumula nello stesso soggetto la qualità di creditore e di debitore), quando la società le acquistasse, esse, di fatto, si annullerebbero<sup>212</sup> in quanto è difficile concepire un rapporto tra esse quote e la società, la quale verrebbe così infatti a essere contraddittoriamente "titolare di una parte di se stessa".

Da quanto precede dovrebbe conseguire che, per esempio, non sia di plausibile attuazione nella società a responsabilità limitata l'operazione di acquisto di proprie partecipazioni al fine poi di annullarle e di ridurre corrispondentemente il capitale sociale<sup>213</sup>.

Alla società a responsabilità limitata devono infine intendersi estensibili per analogia<sup>214</sup> anche le seguenti altre norme dettate in materia di società per azioni:

- l'art. 2357-*quater* in tema di sottoscrizione indiretta delle proprie partici-

<sup>210</sup> Cfr. MASTURZI S., *Sub Articolo 2474*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 98.

<sup>211</sup> Cfr. RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 373.

<sup>212</sup> Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 484; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 179.

<sup>213</sup> Cfr. DELLE VERGINI L., *Acquisto di quote proprie di società a responsabilità limitata finalizzato alla riduzione di capitale*, in *Riv. not.*, 1995, 1060; PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 206. L'operazione è invece ammessa da RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 378; e da Trib. Casale Monferrato, 12 marzo 1993, in *Riv. not.*, 1995, 1059. Cfr. pure RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 374.

<sup>214</sup> In tal senso cfr. RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 374.

zioni (di modo che la sottoscrizione si intende effettuata, e la liberazione è dovuta, dai soci fondatori o, in caso di aumento del capitale sociale, dagli amministratori; e che, in caso di sottoscrizione in nome proprio, ma per conto della società, il sottoscrittore è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio);

- gli artt. 2359-*bis* e 2360 in tema di partecipazioni “incrociate”<sup>215</sup>.

### 3.9 L’inadempimento della sottoscrizione

In caso di mancata esecuzione dei versamenti promessi<sup>216</sup> nel termine prescritto<sup>217</sup> (oppure nel caso del venir meno dell’efficacia della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria prestate a garanzia del conferimento d’opera o del versamento dei decimi)<sup>218</sup>, gli amministratori<sup>219</sup> diffidano (previa deliberazione dell’organo amministrativo, a meno che il potere di diffidare compete *ex se* a taluno dei componenti di quell’organo:

<sup>215</sup> Cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 84, nota 36.

<sup>216</sup> Nella «infelice formulazione» (RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 249) del “vecchio” art. 2477 si parlava invero di «mancato pagamento della quota».

<sup>217</sup> Ai fini qui in esame, è pertanto opportuno inserire, nel contratto di sottoscrizione, un termine per l’esecuzione del conferimento, ciò che normalmente invece non accade. Peraltro, vi è pur sempre la regola generale secondo la quale, ove un termine per l’esecuzione dell’obbligazione non sia stabilito, essa di regola si intende da adempiere immediatamente (art. 1183).

<sup>218</sup> Nonostante che l’art. 2466, comma 5, faccia generico riferimento alla polizza assicurativa o alla fideiussione bancaria «prestate ai sensi dell’art. 2464» (ove invero sono previste la polizza/fideiussione “solutorie” di cui al comma 4, sostitutive dei decimi, e la polizza/fideiussione a garanzia dei conferimenti d’opera, di cui al comma 6), può essere dubbio se tale riferimento dell’art. 2466 si intenda fatto al solo comma 4, e non al comma 6, dell’art. 2464, e quindi alle sole polizza/fideiussione “a garanzia”. Nel senso del riferimento alla sola fattispecie della garanzia “solutoria” cfr. TASSINARI F., *La determinazione del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 11 (del dattiloscritto), il quale però cambia parere (nel senso della riferibilità del richiamo sia al comma 4 che al comma 6) in TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 18 (del dattiloscritto).

<sup>219</sup> Cfr. Trib. Milano, 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 611, secondo cui «per procedere alla vendita forzata delle quote del socio moroso ai sensi dell’art. 2477, c.c., non è necessaria una preventiva deliberazione assembleare, potendovi provvedere direttamente l’amministratore seguendo l’iter previsto dalla citata norma».

per esempio, un amministratore delegato) il socio moroso<sup>220</sup> a eseguirlo nel termine di trenta giorni (art. 2466, comma 1), termine che, se da un lato non è accorciabile, poiché disposto a cautela delle ragioni del socio, è per ciò statutariamente ampliabile<sup>221</sup>; la diffida è atto unilaterale recettizio, che non soffre particolari prescrizioni formali<sup>222</sup> e il cui onere probatorio grava sulla società diffidente.

Il socio in mora<sup>223</sup> non può intanto «partecipare alle decisioni dei soci» (art. 2466, comma 4)<sup>224</sup>: nel senso che non solo non può votare, ma non può nemmeno intervenire nei procedimenti decisionali, assembleari o meno<sup>225</sup>.

<sup>220</sup> Per MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 42, «la procedura inizia con la costituzione in mora del socio inadempiente (e, come accennato, dell'eventuale garante) che deve sempre avvenire mediante diffida», con ciò dunque facendosi intendere come la diffida sia un presupposto della costituzione in mora, quando invece è lo stato di mora (e cioè non aver eseguito «il conferimento nel termine prescritto») il presupposto della diffida in parola.

<sup>221</sup> Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 96.

<sup>222</sup> Trib. Roma, 6 novembre 1975, in *Giur. comm.*, 1977, II, 421.

<sup>223</sup> Il socio deve considerarsi “moroso” dal momento in cui vengono a scadere i termini previsti per il versamento dei decimi non ancora liberati e non dopo la “diffida”: quest'ultima *presuppone* la morosità, non ne è la *cagione* (cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 114). Cfr. anche Cass., 21 febbraio 1995, n. 1874, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 249; in *Società*, 1995, 785, secondo cui «la diffida degli amministratori di società a responsabilità limitata al socio moroso, a eseguire, nel termine di trenta giorni, il pagamento della quota di capitale sottoscritta, non rappresenta un atto di costituzione in mora nei confronti del socio, agli effetti della sospensione dall'esercizio del diritto di voto, in quanto essa può rivolgersi soltanto al socio già moroso e ha l'unico fine di dare inizio alla procedura di vendita in suo danno della quota da lui sottoscritta, vendita della quale costituisce il presupposto indispensabile».

<sup>224</sup> E ciò (ma, *contra*, MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 43, la quale interpreta restrittivamente il tenore letterale della norma in questione, ritenendola limitata appunto alla sola materia dell'impedimento alla partecipazione alle decisioni dei soci), stante una ritenuta funzione “sanzionatoria” dell'art. 2466, nell'ambito di una generale cessazione per il socio moroso di tutti i diritti spettatigli nella vita societaria, e quindi sia dei diritti “amministrativi” che di quelli “patrimoniali” (cfr. Trib. Milano, 7 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 834; e App. Milano, 9 giugno 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 591; cfr. pure SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 104-105; JAEGER P.G., DENOZZA F., *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1992, 261; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 279; PISANI MASSAMORMILE A., *I conferimenti nelle società per azioni*, in *Codice civile. Commentario diretto da SCHLESINGER P.*, Milano, 1994, 333).

<sup>225</sup> Cfr. in tal senso TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione*

Decorso inutilmente questo termine<sup>226</sup>, gli amministratori<sup>227</sup>, qualora non ritengano utile promuovere azione per l'esecuzione dei conferimenti dovuti (e fatta comunque salva l'azione per l'eventuale risarcimento danni)<sup>228</sup>, possono vendere agli altri soci, in proporzione della partecipazione a ciascuno di essi spettante nel capitale sociale, la quota del socio moroso<sup>229</sup>.

La vendita «agli altri soci» è effettuata «a rischio e pericolo» del socio moroso (e cioè gli eventuali effetti patrimoniali negativi si riverberano irrimediabilmente nel suo patrimonio) «per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato» (la nuova norma pare quindi legittimare una sua lettura nel senso di doversi potersi far riferimento anche a un bilancio straordinario, e non solo al bilancio dell'ultimo esercizio, cioè apprestato – ma ovviamente con le “ordinarie” regole del bilancio d'esercizio<sup>230</sup> – appositamente per la vendita della quota del socio moroso)<sup>231</sup>.

*del capitale, partecipazione sociale, in Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative, Bologna, 6 dicembre 2002, 18 (del dattiloscritto).*

<sup>226</sup> Nel diritto previgente si riteneva (cfr. Cass., 12 maggio 1965, n. 909, in *Foro it.*, 1965, I, 2020) che «nell'ipotesi di alienazione della sola parte già pagata della sua quota, l'alienante resta, per il residuo, socio della società a responsabilità limitata e unico obbligato ai versamenti ancora dovuti. La diffida al socio moroso, prevista dall'art. 2477 c.c., non costituisce, a carico degli amministratori di società a responsabilità limitata, un obbligo bensì un semplice onere» al fine di procedere con la vendita coattiva; ora che invece l'espressione «possono diffidare» (“vecchio” art. 2477, comma 1) è stata sostituita dall'espressione «diffidano» (art. 2466, comma 1) e che per il successivo comma 2 «decorso inutilmente questo termine gli amministratori, qualora non ritengano utile promuovere azione per l'esecuzione dei conferimenti dovuti, possono vendere [...]» (ove pare intendersi che la diffida è il presupposto sia per agire per l'adempimento sia per effettuare la vendita o – ai sensi del comma 3 – l'esclusione), quell'opinione (su cui cfr. anche Cass., 21 febbraio 1995, n. 1874, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 249; e GIANNATTASIO C., *Responsabilità del socio della s.r.l. per i versamenti ancora dovuti nel caso di cessione parziale della quota*, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1428) va probabilmente superata (in tal senso cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 53).

<sup>227</sup> Cfr. VIDIRI G., *Sugli obblighi dell'amministratore nella vendita della quota del socio moroso ex art. 2477 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3451.

<sup>228</sup> Sull'alternativa, nel previgente ordinamento, tra l'ordinaria azione per ottenere l'adempimento e l'azione esecutiva specifica qui in esame, cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 250.

<sup>229</sup> A differenza della società per azioni, ove la vendita è diretta al pubblico, qui si privilegia l'interesse dei soci a mantenere inalterata la composizione della compagine sociale: cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 264.

<sup>230</sup> Dal quale quindi fuoriesce un valore “di libro” della quota, e non un valore “corrente”.

<sup>231</sup> In tal senso MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La*

In mancanza di offerte per l'acquisto provenienti dagli altri soci, ma solo se l'atto costitutivo lo consente<sup>232</sup> (ecco qui un'altra prova dell'impronta "personalistica" della nuova società a responsabilità limitata), la quota è venduta all'incanto (con la procedura di cui agli artt. 534 e seguenti c.p.c.) a terzi estranei alla compagine sociale (art. 2466, comma 2).

Fino all'avvenuta aggiudicazione, così come il socio moroso mantiene la possibilità di effettuare il versamento dal medesimo dovuto, gli amministratori mantengono pur sempre la possibilità di agire per l'esecuzione coattiva del socio moroso e pure gli altri soci possono chiedere di esercitare il loro diritto di preferenza nell'acquisto delle quote in questione.

Il cambiamento di disciplina rispetto al sistema previgente ("vecchio" art. 2477) è radicale, perché:

1. l'espressione "vendita a rischio e pericolo" è stata sostituita alla previgente espressione "vendita a rischio e per conto";
2. nel vecchio diritto si diceva che gli amministratori «possono vendere, a rischio e per conto del socio moroso, la sua quota», che «i soci hanno diritto di preferenza nell'acquisto» e che «in mancanza di offerte per l'acquisto, la quota è venduta all'incanto» mentre ora si dice che gli amministratori «possono vendere agli altri soci [...]» la quota del socio moroso, a suo rischio e pericolo, «per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato» e che solo «in mancanza di offerte per l'acquisto, se l'atto costitutivo lo consente, la quota è venduta all'incanto».

In altri termini, dapprima l'amministratore ora si deve rivolgere ai soci, per il prezzo risultante dai valori di bilancio<sup>233</sup> (e quindi non pare più esservi, come nel sistema previgente, alcuna "competizione" sul prezzo tra soci e terzi<sup>234</sup>, con la preferenza per i soci a parità di prezzo, ma solo una possibile

*riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 44.*

<sup>232</sup> Risolvendosi così un dissidio interpretativo originatosi nell'ordinamento previgente: cfr., per esempio, Pret. Roma, 24 marzo 1962, in *Giust. civ.*, 1963, I, 466.

<sup>233</sup> Siamo qui in una fase costitutiva della società, e quindi il valore di bilancio della quota non può che essere quello dato dalla somma dell'importo dei decimi versati (e dell'eventuale sovrapprezzo) e dell'importo dei decimi mancanti. Ma il discorso non muta se la norma, come pare, si applichi, *mutatis mutandis*, alla morosità che si verifichi dopo la sottoscrizione di un aumento del capitale sociale.

<sup>234</sup> Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 512; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 252-253. Secondo Trib. Roma, 20 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3449, «nella vendita di quota a rischio e per conto del socio moroso, disciplinata dall'art. 2477 c.c., l'amministratore della società, operando

“competizione” tra i soci, con “aggiudicazione” al socio miglior offerente)<sup>235</sup> e solo se<sup>236</sup> questa offerta ai soci non dia frutto, per esempio, perché non vi sia nessuno disponibile all’acquisto o il prezzo proposto sia troppo basso (e sempre che lo statuto lo consenta; il silenzio vale come diniego di questa possibilità), gli amministratori si possono rivolgere a terzi (l’esclusione di *default* dei terzi dal poter concorrere a questa esecuzione del socio moroso è un’ulteriore conferma che il loro concorso, oltre che eventuale, è anche successivo rispetto al coinvolgimento dei soci).

Insomma, l’amministratore non è più un mandatario *ex lege*<sup>237</sup> del socio

come mandatario *ex lege* del suddetto socio, deve perseguire l’interesse di questi; non può, pertanto, vendere la quota al socio che offra di acquistarla al valore risultante dal bilancio ma, dovendo perseguire l’interesse del socio moroso ad alienare la quota al prezzo massimo ricavabile, deve invece provocare delle offerte di acquisto sia da parte dei soci che dei terzi».

<sup>235</sup> Cfr. Trib. Roma, 6 agosto 1968, in *Giur. merito*, 1969, I, 144. Se vi sia una pluralità di soci aggiudicatari, la quota viene “spalmata” su ciascuno di essi in base alla rispettiva quota di partecipazione al capitale sociale: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 253.

<sup>236</sup> Contra MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 444-45, la quale sostiene che «se l’atto costitutivo non vieta il trasferimento della quota a terzi e mancano offerte di acquisto da parte dei soci o il prezzo da questi offerto è inferiore all’importo dei conferimenti non ancora eseguiti, non escluderei la possibilità di vendita della quota del socio moroso a chiunque, terzo e/o socio, consentisse di evitare alla società la riduzione del capitale». Si può osservare che questo ragionamento, invero informato sulla considerazione che una conclusione contraria parrebbe «configgere con il principio dell’effettività e integrità del capitale sociale», e quindi su una considerazione di diritto imperativo, non disponibile dall’autonomia privata, “cade” sul profilo che, a sua premessa, viene messo il presupposto che «l’atto costitutivo non vieti il trasferimento della quota a terzi», il che subordina dunque la validità di siffatto ragionamento – e appare esser dunque questa la “contraddizione” – a un atto di autonomia.

<sup>237</sup> Secondo Trib. Roma, 20 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3449, «nella vendita di quota a rischio e per conto del socio moroso, disciplinata dall’art. 2477 c.c., l’amministratore della società, operando come mandatario *ex lege* del suddetto socio, deve perseguire l’interesse di questi. Non può, pertanto, vendere la quota al socio che offra di acquistarla al valore risultante dal bilancio ma, dovendo perseguire l’interesse del socio moroso ad alienare la quota al prezzo massimo ricavabile, deve invece provocare delle offerte di acquisto sia da parte dei soci che dei terzi»; cosicché l’acquisto si perfezionerà solo con l’accettazione dell’offerta da parte della società, che potrà preferire offerte più vantaggiose provenienti da terzi. Cfr. CAVAZZUTI F., *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it.*, *Appendice*, VII, Torino, 1987, 308; FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 160; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 252; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 90; VIDIRI E., *Sugli obblighi dell’amministratore nella vendita della quota del socio moroso ex art. 2477 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 1442.

moroso (così come era quando l'amministratore doveva vendere "a rischio" ma anche "per conto" del socio moroso e quindi nel suo interesse) ma è un organo della società incaricato di un'esecuzione nell'interesse (esclusivo) della società stessa (e indirettamente dei suoi creditori)<sup>238</sup>, la quale avviene dunque non più "a rischio e per conto" ma "a rischio e pericolo" (cioè il socio moroso non può lamentarsi del prezzo ricavato).

La somma ricavata dalla vendita va imputata dapprima alle spese sostenute per la procedura, agli interessi, all'eventuale danno e per il resto al capitale (i decimi versati e i decimi mancanti)<sup>239</sup>; il resto va versato all'"esecutato".

Se infine la vendita non può aver luogo per mancanza di compratori (e cioè per mancanza di compratori soci, per mancanza di compratori estranei o per impossibilità, a causa di un divieto statutario, di esperire l'incanto, in caso di mancanza di compratori soci)<sup>240</sup> gli amministratori escludono il socio, trattenendo le somme riscosse e il capitale deve essere ridotto in misura corrispondente (art. 2466, comma 3): l'esclusione è un provvedimento degli amministratori (che l'"esecutato" può ovviamente contestare, per esempio, per carenza di presupposti, sospendendone gli effetti) che ha effetto *ex nunc* dal momento in cui il socio moroso ne riceve comunicazione, cui deve evidentemente seguire una decisione dei soci<sup>241</sup> di "presa d'atto" della riduzione del capitale che consegue alla pronunciata esclusione.

### 3.10 Proporzionalità tra valore dei conferimenti ed entità dei diritti di voce dei soci

I diritti dei soci di partecipare alla vita societaria (comunemente sintetizzati con l'espressione "diritti di voce")<sup>242</sup> ricevono dalla disciplina di riforma

<sup>238</sup> Cfr. MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 44.

<sup>239</sup> Che infatti il prezzo della quota si formi con riferimento al bilancio, significa che nel prezzo di vendita va compreso sia il valore che è stato appostato nel patrimonio netto del bilancio (e cioè i decimi versati) sia il valore che è stato appostato nell'attivo del bilancio (nella voce crediti verso soci), e cioè a titolo di decimi "mancanti".

<sup>240</sup> Cfr. FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 872.

<sup>241</sup> Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto - Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 103.

<sup>242</sup> Cfr., per esempio, ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 165.

una notevolissima innovazione, rispetto alla previgente normativa, sotto il profilo innanzitutto della necessaria proporzionalità tra il valore dei conferimenti, l'entità della partecipazione al capitale sociale e i diritti spettanti ai soci nella vita societaria.

In altri termini, dati in 40, 100 e 60 i conferimenti di Tizio, Caio e Sempronio, nel vecchio sistema altro risultato non si conseguiva che quello:

- a. di rapportare al valore del conferimento la caratura della partecipazione del socio al capitale sociale (e così, nell'esempio, al capitale di 200 Tizio partecipava al 20 per cento, Caio al 50 per cento e Sempronio al 30 per cento);
- b. di discendere da ciò il "peso" del socio nell'attività della società (partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci<sup>243</sup>, diritto agli utili, entità della partecipazione alla ripartizione del patrimonio della società in liquidazione).

L'unica "deviazione" rispetto a questo percorso obbligato era rappresentata dalla norma di cui al "vecchio" art. 2492, comma 1, per la quale lo statuto poteva disporre una ripartizione degli utili non proporzionale alle rispettive quote di conferimento dei soci<sup>244</sup>.

Questo panorama dunque muta radicalmente, in quanto il nuovo art. 2468, comma 2, dispone ora che, di regola, in mancanza di contrarie previsioni statutarie:

1. le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento;
2. i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta.

Seppure quindi la normativa che il legislatore ora offre come *default* disponga, come in passato, la proporzionalità tra conferimenti, partecipazioni al capitale sociale ed esercizio dei diritti societari, la stessa normativa tuttavia offre oggi agli operatori una clausola di radicale disattivazione di queste proporzionalità, consentendo:

- a. la confezione di quote di partecipazione al capitale sociale non proporzionali ai conferimenti;

<sup>243</sup> Secondo il "vecchio" art. 2485, «ogni socio ha diritto ad almeno un voto nell'assemblea. Se la quota è multipla di un euro, il socio ha diritto a un voto per ogni euro»; mentre per il successivo "vecchio" art. 2492, «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, la ripartizione degli utili ai soci è fatta in proporzione delle rispettive quote di conferimento».

<sup>244</sup> In tema di quote privilegiate negli utili cfr. Trib. Monza, 15 maggio 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 786; Trib. Udine, 11 ottobre 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 699.

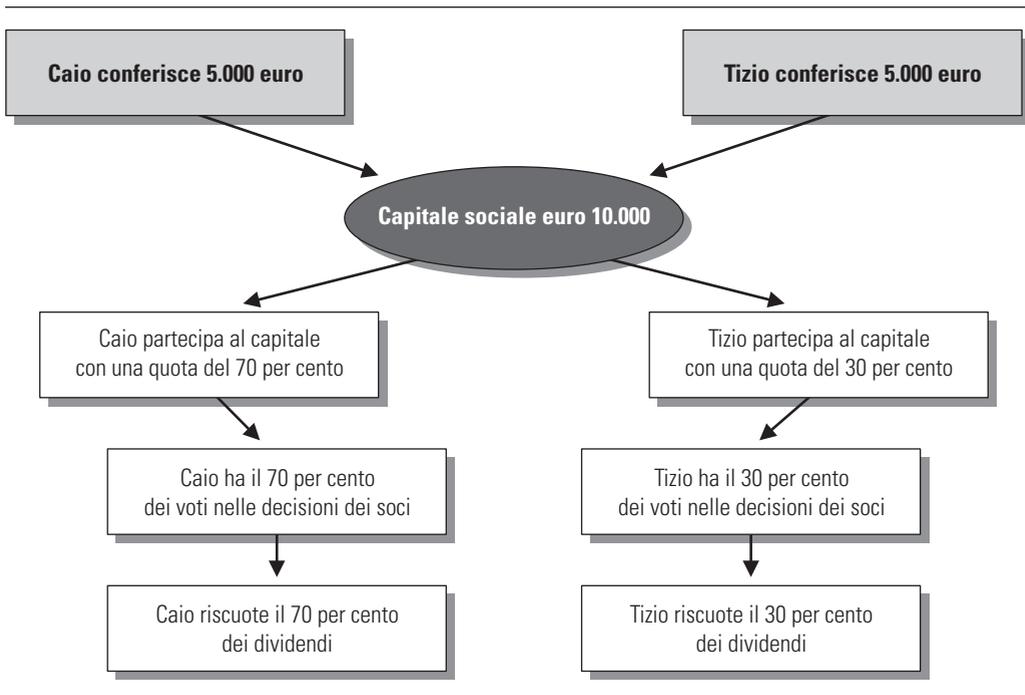
- b. la possibilità di esercizio dei diritti sociali non corrispondente all'entità della partecipazione al capitale sociale.

Ma andiamo con ordine.

### 3.10.1 Proporzionalità tra conferimenti e partecipazioni

Nonostante quindi che il sistema-base preveda la corrispondenza tra valore dei conferimenti e valore delle quote (e quindi la definizione dei “rapporti di forza” tra i vari soci in base al confronto tra il valore dei rispettivi conferimenti), l'autonomia statutaria concessa dal legislatore al mondo delle società a responsabilità limitata è tale da rendere ora possibile il disancoramento da questa relazione proporzionale<sup>245</sup>.

**Figura 3.4** Esempio di partecipazione al capitale non proporzionale rispetto al valore dei conferimenti



<sup>245</sup> Occorre ricordare che l'art. 2482, comma 1, dispone che la società possa far luogo a una discrezionale riduzione del capitale sociale, oltreché liberando i soci dai versamenti ancora dovuti, anche mediante «rimborso ai soci delle quote pagate», e quindi facendosi riferimento all'entità dei conferimenti (e non all'entità delle quote di partecipazione che, ottenute proporzionalmente o meno rispetto al valore dei conferimenti, ai soci spettano nel capitale sociale).

Si pensi al caso della costituzione di una società a responsabilità limitata tra un socio giovane, privo di esperienze, e un socio già “navigato” e quindi munito di intensi rapporti con possibili clienti e possibili fornitori, dotato di un “nome” già conosciuto e affidato sul mercato e nel mondo del credito, insomma munito di un notevole “avviamento” personale.

Ebbene, se il giovane Tizio e il navigato Caio si mettono d'accordo di conferire entrambi 5mila euro nella nuova società a responsabilità limitata, è abbastanza scontato che però Caio faccia “pagare” a Tizio il prezzo di questa sua maggior esperienza: cosicché egli potrà, per esempio, ottenere da Tizio, nonostante la parità di valore dei rispettivi conferimenti, di avere, nel capitale sociale di 10mila euro, una quota del 70 per cento, “confinando” Tizio in un modesto 30 per cento.

### 3.10.2 Proporzionalità tra quote e diritti sociali

Una volta stabilita l'entità della partecipazione di ciascun socio al capitale sociale (sia essa proporzionale o meno rispetto al valore dei conferimenti), si tratta di passare poi alla materia dell'esercizio dei “diritti sociali” (e, principalmente, il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci e il diritto alla percezione dei dividendi).

Ebbene, anche qui, di nuovo, una *regola* e un'*eccezione*:

- la *regola* è quella secondo cui «i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta» (da questa previsione dunque discende che, fatti salvi i “particolari diritti” di cui oltre, la “quantità” di diritti sociali spettanti ai soci discende invariabilmente<sup>246</sup> dall'entità della partecipazione al capitale di ciascuno di essi, la quale, a sua volta, come detto, può essere o meno proporzionale all'entità del conferimento);
- l'*eccezione* è che l'art. 2468, comma 2, rende disponibile questa proporzionalità all'autonomia dei soci, facendo «salvo quanto disposto dal terzo<sup>247</sup> comma del presente articolo».

<sup>246</sup> Cfr. in tal senso FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 54.

<sup>247</sup> Il riferimento al terzo comma è conseguenza dell'“l'errata corrige” di cui all'«avviso di rettifica» pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 153 del 4 luglio 2003. Antecedentemente a questo errata corrige l'art. 2468, comma 2, richiamava il successivo «quarto comma»; ma si trattava di un evidente refuso che derivava banalmente dal fatto che quello che è l'odierno “terzo” comma, nella bozza di decreto delegato diffusa dalla Commissione Vietti il 29-30 settembre 2002, era in effetti il “quarto” comma, poi però divenuto “terzo” comma, in quanto, l'allora “terzo” comma (secondo il quale «La partecipazione di ciascun socio non può in nessun caso essere di ammontare inferiore a un euro») è stato oggetto di soppressione della bozza di decreto poi entrata effettivamente in vigore (con conse-

Ebbene, detto terzo comma dell'art. 2468 del Codice civile dice dunque che «resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a *singoli soci* di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili».

In altri termini, dati in 5mila euro il valore dei due conferimenti e come sopra stabilite nel 70 e nel 30 per cento le partecipazioni di Caio e Tizio al capitale sociale, i diritti sociali di costoro si esercitano proporzionalmente all'entità delle rispettive quote, salvo che nello statuto vi siano previsioni derogatrici di questa proporzionalità; ma ciò tuttavia "solo" in ordine:

- ai "diritti amministrativi"<sup>248</sup>: e cioè, per esempio, il diritto di nomina dell'organo amministrativo o di una sua parte<sup>249</sup>, il diritto di porre il veto<sup>250</sup> su determinate nomine o su determinate materie gestionali, il diritto di avere particolari informazioni o di svolgere particolari controlli, il diritto di convocare organi societari ecc.<sup>251</sup>; non pare invece ricomprensibile<sup>252</sup>, tra que-

guente rinumerazione come attuale "terzo" comma dell'allora "quarto" comma), nella quale, come noto, non si è ancora più il valore nominale della partecipazione all'unità di euro.

<sup>248</sup> Sulla liceità, nel diritto previgente, di un privilegio collegato ai diritti di amministrazione cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 174.

<sup>249</sup> Il che comprende anche il diritto di un socio di nominare se stesso quale amministratore o tra gli amministratori: ciò che peraltro non comporta ovviamente un caso di conflitto di interessi, in quanto la nomina di se stessi è appunto il contenuto del "particolare diritto" in questione. Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 666.

<sup>250</sup> Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 666.

<sup>251</sup> È dubbio se possa rientrare in questa categoria il diritto di "gradimento" in caso di accesso di nuovi soci: AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 70.

<sup>252</sup> Nel sistema previgente, la clausola statutaria che avesse introdotto quote a voto limitato era prevalentemente considerata invalida, ritenendosi il "vecchio" art. 2485 norma imperativa e quindi inderogabile: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 171; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 182. Anche la clausola che avesse introdotto quote a voto plurimo era ritenuta invalida dalla dottrina prevalente: RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 72; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 181; in senso contrario, sul presupposto della connotazione personalistica e non strettamente capitalistica della s.r.l., ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 90; LICHERI E., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 1994, 71. Sulla possibilità nel diritto previgente di creare quote "a voto plurimo" o "a voto limitato" cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società*

sti “diritti amministrativi”, anche l’alterazione della proporzionalità tra diritto di voto ed entità della partecipazione<sup>253</sup> (salvo che ovviamente si tratti del voto su materie oggetto di “particolari diritti”: se il socio Tizio gode del “particolare diritto” di nomina di amministratori, questo “particolare diritto” evidentemente altera le “ordinarie” proporzioni di voto quando si tratta appunto di far luogo alla decisione dei soci di nominare nuovi amministratori), stante il disposto del comma 5 dell’art. 2479, per il quale «ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo e il suo voto *vale in misura proporzionale* alla sua partecipazione»;

- ai *diritti inerenti la distribuzione degli utili*<sup>254</sup> (come il diritto a riscuotere utili in misura variamente più elevata<sup>255</sup> rispetto al mero riferimento per-

*a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 277; RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1056.

<sup>253</sup> Secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 58, sarebbe da escludere «la possibilità di riservare il diritto di voto, che priverebbe taluni soci dei loro diritti (seppur limitatamente a dette materie), e quella di una riserva del potere di amministrazione in favore di alcuni soci». Cfr. anche TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 14 (del dattiloscritto). Esclude la possibilità di creare quote “a voto limitato”, stante il principio di necessario concorso di tutti i soci alle decisioni dei soci *ex art. 2479-ter*, comma 3, anche RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 165.

<sup>254</sup> Sull’ammissibilità di quote “privilegiate” favorevole si dimostrò Trib. Monza, 15 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 588; contrario Trib. Udine, 11 ottobre 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 699; Trib. Trieste, 2 giugno 1994, in *Società*, 1995, 87, ritenne la legittimità, a favore di una data quota, della clausola di postergazione nella partecipazione alle perdite in quanto essa «non urta con il divieto del patto leonino per il decisivo rilievo che l’art. 2265 Codice civile, commina di nullità il patto di esenzione da “ogni partecipazione” alle perdite, onde una sua violazione si può configurare solo quando non vi è alcuna possibilità, ovvero quando non vi è un’apprezzabile possibilità di partecipazione alle perdite, mentre la postergazione non si risolve affatto in quella esclusione da ogni partecipazione alle perdite, quanto invece nella loro sopportazione nella sola misura eccedente la parte di capitale sociale rappresentata dalle quote ordinarie e perciò, in definitiva, in una mera graduazione del rischio d’impresa».

<sup>255</sup> E quindi si può trattare di una quota di utili percentualmente maggiore di quella che ordinariamente deriverebbe dal rapporto tra intero capitale sociale e quota di partecipazione di un dato socio; oppure di una quantità (in valore assoluto) di utili in misura fissa o variabile superiore all’importo che ordinariamente spetterebbe a quel socio in base all’entità della sua quota di partecipazione; e ancora si può pensare al privilegio di conseguire dividendi in via prioritaria rispetto ad altri soci (per esempio, fino a un certo limite di utile distribuibile concorrono certi soci, mentre gli altri entrano in campo solo se quella soglia venga superata) oppure alla previsione di “recupero” in esercizi successivi di ciò che non sia stato conseguito in esercizi precedenti, e così via. Si può pensare

centuale alla quota di partecipazione al capitale sociale di un dato socio, il diritto di partecipare al ripianamento delle perdite in via variamente postergata<sup>256</sup>, il diritto a particolari privilegi nella distribuzione di quanto fuoriesca da una riduzione del capitale “esuberante”, il diritto alla sottoscrizione di futuri aumenti di capitale in misura eccedente quella che spetterebbe a un dato socio in relazione alla sua percentuale di partecipazione al capitale sociale e pure il diritto a una maggior partecipazione, sempre rispetto a quella che spetterebbe al socio in base a un mero calcolo matematico, alla ripartizione dell’attivo residuo di liquidazione<sup>257</sup> ecc.) (fermo ovviamente restando il limite del cosiddetto “patto leonino” di cui all’art. 2265)<sup>258</sup>.

Si pensi per esempio al caso<sup>259</sup> che il “povero” Tizio dell’esempio prece-

anche alla creazione di un fondo di riserva (cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 60, nota 21) cui eventualmente attingere in caso di necessità (per esempio, se in un dato esercizio non vi siano utili da distribuire).

<sup>256</sup> Sulla postergabilità nel concorso al ripianamento delle perdite nel previgente ordinamento cfr. Trib. Trieste, 2 giugno 1994, in *Società*, 1995, 87, sopra riportata. Non è impossibile far rientrare la postergabilità nella partecipazione alle perdite nel novero dei “particolari diritti” di cui all’art. 2468, comma 3 (ove invero si parla solo di “particolari diritti” inerenti la “distribuzione degli utili”), in quanto “basta” intendere la postergazione come una “indiretta” modalità di partecipazione ai benefici economici che comporta l’appartenenza a una data compagine sociale: così come il privilegio negli utili costituisce una modalità “diretta” di partecipazione a quel beneficio, così la postergazione nelle perdite ne rappresenterebbe appunto una modalità di partecipazione “indiretta”. Contrario alla postergabilità è FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 60, il quale si basa sia sul dettato dell’art. 2468, comma 3, sia sul disposto dell’art. 2482-*quater* ove è sancito, invero abbastanza categoricamente, che «in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci»; peraltro, non appare difficile sostenere che, ove lo statuto disponga la postergazione come “particolare diritto” ex art. 2468, comma 3, ciò valga come deroga di detto art. 2482-*quater*. Favorevole alla postergabilità è invece ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 281.

<sup>257</sup> Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 13-14 (del dattiloscritto).

<sup>258</sup> Con la riforma infatti nulla muta sull’illiceità di una previsione che escluda a priori taluno dei soci dalla partecipazione agli utili: cfr. ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994, 69.

<sup>259</sup> BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 151, si esprime nel senso che la società a responsabilità limitata «diverrà il regno della fantasia dei soci e dei loro professionisti nella creazione di “golden quote” – letteralmente “quote d’oro” – utili, per esempio, per delineare una joint venture paritaria o, in un’impresa a struttura familiare, per assicu-

dente, pur avendo accettato di essere compreso nella sua partecipazione nominale al capitale sociale, nonostante la più corposa entità del suo conferimento, “spunti” comunque da Caio la concessione:

- a. di avere un “diritto di veto” sulle operazioni societarie che abbiano a oggetto immobili e comunque per tutte le operazioni societarie di valore superiore a 50mila euro;
- b. di avere il diritto di nomina della metà dei componenti del consiglio di amministrazione;
- c. di avere un diritto agli utili del 40 per cento, così comprimendo del 10 per cento il diritto che teoricamente spetterebbe a Caio in base all’entità della sua partecipazione.

E si potrebbe continuare a lungo nella confezione di possibili altri esempi (si pensi anche a possibili “graduazioni”, e cioè, in ipotesi, alla spettanza di “particolari diritti” allo “scattare” di certe soglie di possesso di capitale sociale, del tipo: nomina di un amministratore ogni 20 per cento di capitale posseduto), che la legge dunque consegna alla “fantasia” degli operatori, che li dovranno derivare in base ai concreti interessi “in campo” nelle situazioni societarie che, volta a volta, si dovranno pattiziamente governare.

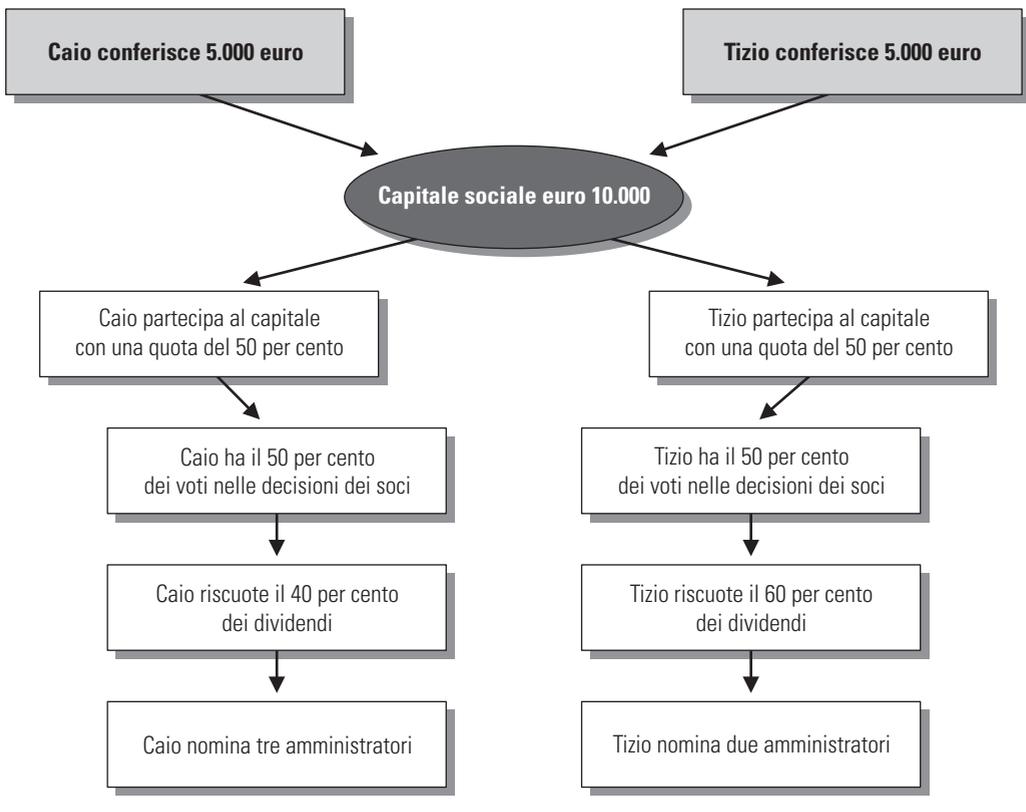
Ovviamente, quando si verte in tema di «attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti [...] la distribuzione degli utili» (art. 2468, comma 3) si fa riferimento al diritto del socio di percepire dividendi in misura superiore a quello che normalmente gli spetterebbe poiché, come detto «i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta» (art. 2468, comma 2); e quindi si tratta di un “diritto a un dividendo” (e cioè a dividere una parte degli utili che la società abbia conseguito) che non può essere messo in gioco (perché occorrerebbe l’unanimità dei consensi, *ex* art. 2468, comma 4, salvo regole maggioritarie eventualmente introdotte in statuto) a ogni sessione di bilancio, ove, a “colpi di maggioranza”, si possa discutere “se” distribuire l’utile maturatosi in capo alla società.

L’attribuibilità di questi “particolari diritti” dovrebbe dunque mettere la parola “fine”<sup>260</sup> a ogni discussione, insorta nel previgente ordinamento sul

rare al socio fondatore diritti particolari che ne rafforzino il potere decisionale all’interno della società».

<sup>260</sup> Esclude la creazione di categorie di quote la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, secondo cui «per quanto concerne la disciplina della partecipazione sociale, adottata con il secondo comma dell’art. 2468 la soluzione indicata nella legge di delega che consente una sua attribuzione al socio non necessariamente proporzionale al conferimento, si è

**Figura 3.5** Esempio di diritti amministrativi e agli utili non proporzionali rispetto alle quote di partecipazione al capitale sociale



tema della creabilità di “categorie” di quote (per esempio, quote privilegiate negli utili e nella liquidazione del capitale, quote di godimento, quote a favore dei prestatori di lavoro, quote con prestazioni accessorie, quote privilegiate in ordine ai diritti di informazione e di controllo)<sup>261</sup>.

ritenuto coerente con le caratteristiche personali del tipo societario della società a responsabilità limitata da un lato non prevedere la possibilità di categorie di quote, che implicherebbe una loro oggettivizzazione e quindi una perdita del collegamento con la persona del socio richiesta dal primo comma, lett. a), art. 3 della legge di delega, dall'altro consentire con il quarto comma dell'art. 2468 che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci, quindi in considerazione della loro posizione personale, particolari diritti concernenti sia i poteri nella società sia la partecipazione agli utili».

<sup>261</sup> In senso favorevole, in assenza, nella previgente normativa, di qualsiasi norma al riguardo, si esprimevano per esempio SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A.,

Tuttavia, alla luce delle nuove norme, potrebbero avere dignità sia una tesi “oggettivistica”, secondo cui se al socio sono conferibili “particolari diritti” *ad personam*, allora si potrebbero creare categorie di quote dotate, come loro qualità *oggettiva*, di “particolari diritti”, e cioè meno inscindibilmente correlate al *soggetto-socio*<sup>262</sup>; sia, al contrario, un’opinione “soggettivistica” (invero probabilmente meglio suffragata dalla nuove norme), secondo cui, avendo l’ordinamento offerto la possibilità di dotare *il socio* di questi “particolari diritti”, in consonanza con il carattere maggiormente personalistico della società a responsabilità limitata, allora «nelle società a responsabilità limitata non sarà legittimo creare categorie di quote»<sup>263</sup>.

### 3.10.3 La circolazione dei “particolari diritti”

Se nel comma 2 dell’art. 2468 l’entità dei “diritti sociali” spettanti al singolo socio è dunque connessa alla *quota* di partecipazione (essendo a essa proporzionale), nel comma 3 si parla dell’attribuzione di “particolari diritti” a *singoli soci*, in deroga dunque alla regola di proporzionalità tra diritti sociali e quantità della partecipazione al capitale sociale.

Quindi, evidentemente, questi “particolari diritti” non sono un attributo della quota, ma una “concessione” alla “persona” del socio. E parrebbe gioco facile a questo punto concludere che, essendo questi “particolari diritti”

BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 39; e PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 276; in senso contrario – sulla base essenzialmente della considerazione che il “vecchio” art. 2348, in tema di “categorie di azioni” nella società per azioni, non era nella società a responsabilità limitata espressamente richiamato, né sarebbe stato applicabile per analogia, dal momento che le quote, a differenza delle azioni, non sarebbero in linea di principio eguali tra loro, anzi potrebbero essere tutte diverse sia per ammontare che per la posizione organizzativa che esprimerebbero – opinavano RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 161; e ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 61. Cfr. anche GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 96.

<sup>262</sup> Tesi cui pare aderire FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 58.

<sup>263</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 202; RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 41.

connessi alla “persona” del socio, se viene meno quella figura (per cessione *inter vivos* o per morte) anche quei diritti fanno la stessa fine, e cioè si spengono<sup>264</sup>.

Peraltro, non è implausibile nemmeno l’argomentazione contraria<sup>265</sup>: se Tizio invero abbia “spuntato” per sé quei diritti e quindi se la sua quota sia dotata di un “peso” maggiore di quella che essa avrebbe se quei “particolari diritti” non vi fossero (e quindi essa “valga di più” rispetto a quanto accadrebbe se quei “particolari diritti” non vi fossero), appare eccessivo concludere che quel maggior valore debba venir meno proprio nel momento della sua “sublimazione” e cioè al momento della sua liquidazione monetaria.

Insomma, se Tizio ha una quota del 30 per cento, ma riscuote utili per il 40 per cento, perché mai improvvisamente gli utili dovrebbero tornare a distribuirsi ai vari soci secondo l’entità delle rispettive partecipazioni al capitale sociale per il solo fatto che Tizio muoia o ceda le proprie partecipazioni?

Tra l’altro, su questa presunta cessazione dei “particolari diritti” per il caso di morte ci sarebbe da interrogarsi con un po’ di attenzione: se è verso infatti che l’erede subentra *in universum ius defuncti*, ebbene bisognerebbe spiegargli come questi particolari diritti, di contenuto evidentemente patrimoniale, si spengano in capo al defunto senza poter passare a chi gli subentra a titolo universale.

Insomma, parificare questa situazione a quei pochissimi altri casi (per esempio, il diritto “morale” d’autore, i diritti della personalità quali il diritto

<sup>264</sup> Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 203, «proprio l’inerenza della speciale posizione partecipativa alla persona del socio e non alla quota» fa «riflettere sulla trasferibilità di questa: invero, con la quota ceduta non potrebbero essere trasferiti quei diritti particolari che trovano la loro giustificazione nella persona del socio cedente». Il medesimo concetto («la inerenza della speciale partecipazione alla persona del socio e non alla quota comporta che con questa non potranno essere automaticamente trasferiti i diritti particolari») è ripetuto da questo Autore, in SANTOSUOSSO D.U., *Società a responsabilità limitata, blindate le partecipazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 gennaio 2003. Nel senso della pertinenza dei “particolari diritti” alla “persona del socio” cfr. anche SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 240.

<sup>265</sup> Per FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 58, non si vede «come possa negarsi che i “particolari diritti” attribuiti a un socio si oggettivizzano nella sua partecipazione e ne seguano le sorti. Non trattandosi, però, di diritti coesenziali alla partecipazione sociale, l’atto costitutivo può limitarne la durata o sancirne il venir meno in caso di trasferimento della partecipazione cui accedono o in altre ipotesi»; per esempio (nota 17) le prerogative gestorie possono essere subordinate al possesso di una partecipazione di una data entità (“il socio “Y” può nominare un amministratore per ogni 15 per cento di capitale posseduto”) venendo meno la quale (si pensi a una cessione parziale della quota) si perderebbero dunque i “particolari diritti”.

all'onore, all'integrità morale, all'identità personale ecc.) in cui le posizioni soggettive proprie di un soggetto si estinguono con l'estinzione del soggetto stesso appare francamente eccessivo, perché in quei casi si punta, per addurne l'estinzione, proprio sulla natura "personalissima" di certe situazioni che, per questo, sono insuscettibili di trasmissione ereditaria. Ma qui di così "personalissimo" non appare esservi nulla, seppur si tratti di "particolari diritti" concessi al socio *ad personam*.

Con la conseguenza, insomma, che bisognerebbe ragionare di cessazione di questi "particolari diritti" dell'art. 2468, comma 3, solamente ove la quota di società a responsabilità limitata fosse oggetto di trasmissione a titolo particolare (e cioè per atto tra vivi o a causa di morte a fronte di un legato), mentre si dovrebbe ritenere la permanenza dei "particolari diritti" in caso di successione a titolo universale?<sup>266</sup>

In conclusione, visto che rischia di essere asperissima questa tenzone tra le varie tesi in tema di permanenza o di cessazione dei "particolari diritti" in caso di variazione della persona del socio, probabilmente la soluzione giusta sta nell'adottare<sup>267</sup> una semplice clausoletta nello statuto sociale ove i soci una volta per tutte stabiliscano a priori se, in caso di trasmissione della quota sociale del socio dotato dei "particolari diritti", anche questi diritti passino o meno all'avente causa: cosicché la questione sarebbe risolta in anticipo prima che si scatenino i dissidi che inevitabilmente si verificherebbero se del problema tra i soci non si fosse mai parlato prima.

#### 3.10.4 La modificazione dei "particolari diritti"

Nel caso dell'attribuzione al socio dei "particolari diritti" di cui all'art. 2468, comma 3, il successivo quarto comma sancisce che, salvo diversa contraria disposizione dell'atto costitutivo / statuto, detti diritti «possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci»<sup>268</sup>, ivi compreso quindi il consen-

<sup>266</sup> Altro "inconveniente" della cessazione dei "particolari diritti", in caso di cessione della partecipazione da parte del socio attributario di quei diritti, è quello delle modalità da seguire per "depurare" l'atto costitutivo/statuto della previsione dei "particolari diritti".

<sup>267</sup> Secondo GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 103, circa la circolazione delle quote "privilegiate" nel previgente ordinamento, «è lasciato alla volontà dei contraenti, come per le quote ordinarie, stabilire eventuali limitazioni al loro trasferimento o decidere se il privilegio circoli unitamente alla quota ovvero si estingua in capo all'originario titolare».

<sup>268</sup> In tema di consenso unanime per variazioni statutarie si può osservare che in Francia per la *société par actions simplifiée* il *Code de commerce* (art. L227-14) stabilisce la piena legittimità di clausole di gradimento o (art. L227-13) di inalienabilità ma stabilisce che dette clausole non possono essere modificate o adottate se non con il consenso di tutti i soci. Inoltre, nella legge spagnola sulle *sociedades de responsabilidad limitada* non solo è richiesto il consenso unanime dei soci

so del socio che è dotato dei “particolari diritti” e di cui sia “in gioco” la modifica: è questa un’evidente derivazione del (in questo caso fortissimo) nesso personalistico che lega i soci alla nuova società a responsabilità limitata, di cui è pure espressione il diritto di recesso che l’art. 2473, comma 1, dispone «in ogni caso» (cioè inderogabilmente) ove appunto sia decisa<sup>269</sup> una «rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell’art. 2468, quarto comma<sup>270</sup>».

Va notato quindi come l’unanimità<sup>271</sup> sia necessaria per *qualsiasi* modifica, a meno che tale regola di unanimità non sia derogata dall’atto costitutivo/statuto della società a responsabilità limitata, mentre il diritto di recesso (che è inderogabile) compete solo per modificazioni qualificabili come «rilevanti» (stupisce<sup>272</sup> pertanto che, in caso di modificabilità a maggioranza, il socio che sia diminuito nei propri particolari diritti abbia diritto di recesso solo in caso di modificazioni “rilevanti” e non “in ogni caso”, quando invece la regola di unanimità vale, come detto, per “qualsiasi” modificazione; tuttavia a tale imperfezione, ove la si ritenga tale, si può pur sempre perfettamente rimediare con un apposito “intervento” statutario); e va pure osservato che quando si parla di “unanimità” ovviamente si comprende, come già detto, il consenso anche del socio titolare dei “particolari diritti” (senza cioè che se ne possa pretendere l’astensione per un preteso conflitto d’interessi).

Circa queste modifiche ai “particolari diritti” e alla necessità di unanimità che, di regola, ne consegue, occorre osservare pure che alla regola di unanimità non sono sottoposte solo le decisioni “direttamente” modificative di quei diritti, ma – evidentemente – anche tutte quelle che impattino su

per l’introduzione di clausole limitative alla circolazione delle quote (art. 30) ma è richiesto il consenso dei soci “pregiudicati” per ogni modifica statutaria che concerna i diritti individuali dei soci (art. 71).

<sup>269</sup> Essendo questa un’ipotesi di recesso di socio non assenziente (cioè “assente”, “astenuito” o “dissenziente”), evidentemente deve trattarsi di una decisione a maggioranza, abilitata dallo statuto (*ex art.* 2468, comma 4) in deroga alla previsione che le modificazioni inerenti i “particolari diritti” debbono appunto essere adottate all’unanimità.

<sup>270</sup> Si tratta invero del “terzo” comma. L’errore è dovuto al fatto che quando venne scritto l’art. 2473, comma 1, i “particolari diritti” in parola non erano contemplati nel terzo ma nel quarto comma dell’art. 2468; il terzo comma riguardava invece l’espressione del valore nominale delle quote in decimali di euro, norma che, presente nella bozza licenziata dalla Commissione Vietti il 29-30 settembre 2002, è poi scomparsa dal testo definitivo del decreto legislativo effettivamente entrato in vigore.

<sup>271</sup> Nel previgente ordinamento, un caso di unanimità richiesta *ex lege* si aveva per la modificazione delle “prestazioni accessorie” a causa del richiamo nella società a responsabilità limitata che il “vecchio” art. 2478, comma 1, operava con riferimento al terzo comma del “vecchio” art. 2345.

<sup>272</sup> Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 59.

di essi in modo anche “indiretto”: si pensi al caso della società a responsabilità limitata con capitale di 10mila euro (partecipata da tre soci, in per cento: 40, 30 e 30) che attribuisca al socio che sia possessore del 40 per cento del capitale sociale il “particolare diritto” di nominare tre amministratori su cinque, la quale decida (e questa decisione non dovrebbe poter essere appunto assunta a maggioranza) un aumento di capitale di 3mila euro riservato a un estraneo, con conseguente degradazione sotto il 40 per cento della quota del socio dotato di quel “particolare diritto”<sup>273</sup>.

Un’identica regola di unanimità, inoltre, dovrebbe caratterizzare pure la decisione dei soci di introdurre nello statuto la previsione che i diritti particolari di cui all’art. 2468, comma 3, possono essere modificati a maggioranza (in luogo del consenso di tutti i soci richiesto dall’art. 2468, comma 4).

Occorre infine aggiungere che la materia delle operazioni «che comportano una [...] *rilevante* modificazione dei diritti dei soci» è contemplata nel n. 5 del comma 2 dell’art. 2479 nell’elenco di quelle materie per le quali:

- a. vi è «in ogni caso» una competenza decisionale dei soci (art. 2479, comma 2) (e cioè si tratta di materia non statutariamente delegabile all’organo amministrativo);
- b. vi è «in ogni caso» la necessità che la decisione sia assunta con il metodo assembleare (art. 2479, comma 4) (e cioè lo statuto non può abilitare procedure di raccolta del volere dei soci mediante il metodo del “consenso scritto” o della “consultazione espressa per iscritto”).

### 3.11 I mutamenti nella composizione della compagine sociale

Anche la materia del trasferimento delle partecipazioni al capitale sociale della società a responsabilità limitata riceve una notevole rivisitazione da parte della normativa di riforma del diritto societario.

La nuova disciplina innanzitutto ribadisce la norma per la quale le partecipazioni di società a responsabilità limitata «sono liberamente<sup>274</sup> trasmis-

<sup>273</sup> Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 59, il quale esemplifica con il caso del socio cui spetti di nominare due amministratori su tre in presenza di una decisione societaria che innalzi da tre a cinque il numero dei componenti dell’organo amministrativo.

<sup>274</sup> Inutile questo avverbio, la cui apposizione (innovativamente rispetto al testo previgente) viene quasi a rappresentare una *excusatio non petita* di un legislatore che, pur avendo disegnato un tipo societario connotato da fortissime tinte personalistiche, conserva pur sempre il ricordo del primigenio amore (facendocelo appunto subito notare) verso le radici capitalistiche della società a responsabilità limitata: cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a

sibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo» (art. 2469, comma 1), dal che si può dunque continuare<sup>275</sup> a desumere che:

- a. l'atto costitutivo può non disporre nulla per il caso della trasmissione (a titolo particolare o a titolo universale, per atto tra vivi o a causa di morte) delle partecipazioni; in tal caso le partecipazioni sono "liberamente" trasmissibili, senza eccezioni;
- b. l'atto costitutivo può vietare "radicalmente" la trasmissione delle partecipazioni, sia per atto tra vivi che a causa di morte<sup>276</sup>;
- c. l'atto costitutivo può infine assumere posizioni "intermedie" rispetto alla "libera" trasmissibilità e alla "radicale" intrasmissibilità, prevedendo, per esempio, clausole di prelazione, di gradimento e, per il caso di morte del socio, di "consolidazione" nei superstiti;
- d. è perfettamente lecito qualsiasi patto di sindacato, sia di blocco che di gestione, che abbia a riferimento la partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata<sup>277</sup>.

### 3.11.1 Il trasferimento *inter vivos* della quota di partecipazione

L'atto di trasferimento (compravendita<sup>278</sup>, permuta, conferimento, donazio-

cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 63.

<sup>275</sup> Il testo del "vecchio" art. 2479, comma 1, era pressoché identico a quello dell'attuale art. 2469, comma 1: le uniche "differenze" sono che nel nuovo testo, come detto, fa mostra di sé l'avverbio "liberamente" trasferibili in luogo del semplice "trasferibili" del vecchio testo, e che la parola "quote" è ora sostituita dal termine "partecipazioni".

<sup>276</sup> Sull'intrasferibilità nel previgente regime: Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, 563; Trib. Firenze, 27 settembre 1988, in *Riv. not.*, 1988, 136; CARBONARA C., *La clausola di divieto assoluto della circolazione delle quote di società a responsabilità limitata.*, in *Dir. e giur.*, 1997, 297; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 111; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 275; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 519. Cfr. invece RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 214, per la concessione di un diritto di recesso al fine di evitare "l'imprigionamento" del socio.

<sup>277</sup> Cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 64.

<sup>278</sup> Sulla vendita con patto di riscatto cfr. Cass., 18 ottobre 1980, n. 5607, in *Vita not.*, 1981, 681, per la quale nel caso in cui le quote di partecipazione a una società a responsabilità limitata siano state

ne, costituzione di rendita vitalizia, dazione in pagamento ecc.) della partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata è un *contratto consensuale a efficacia reale*, e cioè un contratto:

- che si *perfeziona* (senza che per detta perfezione occorra<sup>279</sup> l'espletamento delle formalità di iscrizione dell'atto traslativo nel Registro delle Imprese e nel libro dei soci)<sup>280</sup> con la sola espressione del *consenso* dei contraenti<sup>281</sup>, legittimamente manifestato (art. 1376 del Codice civile)<sup>282</sup>; e:

oggetto di vendita con patto di riscatto, il venditore che, avendo esercitato tale diritto, intenda ottenerne il rilascio dai subacquirenti, ha l'onere di provare che le quote di cui chiede la restituzione sono quelle stesse da lui alienate al compratore.

<sup>279</sup> Per Trib. Milano, 19 gennaio 1999, in *Società*, 1999, 967, «la cessione delle quote di una società a responsabilità limitata deve ritenersi valida ed efficace tra le parti contraenti anche in caso di mancata iscrizione nel libro dei soci, giacché tale iscrizione, ai sensi dell'art. 2479 c.c., è finalizzata a rendere opponibile il trasferimento delle quote alla società».

<sup>280</sup> Cfr. Cass., 25 maggio 1981, n. 3419, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 350, secondo cui «a norma dell'art. 2479 c.c., il trasferimento della quota della società a responsabilità limitata è valido ed efficace *inter partes* indipendentemente dalla sua iscrizione nel libro dei soci, la quale invece è necessaria unicamente affinché il trasferimento sia efficace anche nei confronti della società e dei terzi»; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1° luglio 1997, in *Società*, 1998, 315, secondo cui «la cessione di quota è da ritenersi un contratto bilaterale consensuale sottoposto alla disciplina dell'art. 1376 c.c. (la proprietà o il diritto si trasferiscono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato). L'atto notarile, quindi, serve a rendere opponibile ai terzi la cessione di quote laddove l'iscrizione nel libro soci mira solamente alla legittimazione del socio (nello stesso senso v. Circolare Consiglio Nazionale del notariato 16 dicembre 1993), legittimazione che attribuisce al socio il diritto di partecipare all'assemblea e a compiere tutti gli atti sociali che ineriscono allo *status* di socio (cosiddetta circolazione della legittimazione). Tale impostazione è stata di recente confermata dalla sentenza 697/1997 della Suprema Corte, con la quale (in linea con l'impostazione assunta da Cass. 7409/1986, Cass. 1355/1985, Cass. 3419/1981) si è stabilito che la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza, e il trasferimento è produttivo di effetti indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci, la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società, efficacia, che, si ripete, è finalizzata soltanto a legittimare l'acquirente nei confronti della società attribuendogli il diritto di partecipare all'assemblea e gli altri diritti inerenti allo *status* di socio»; Cass., 10 novembre 1998, n. 11296, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1717, secondo cui nel rapporto tra i contraenti, l'incontro delle rispettive volontà negoziali può legittimamente determinarsi anche per effetto di un semplice telegramma. Cfr. pure Trib. Milano, 19 gennaio 1999, in *Società*, 1999, 967.

<sup>281</sup> Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 481; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 215-216; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 115; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino,

- che ha come *effetto* quello del trasferimento della partecipazione oggetto del contratto stesso dalla sfera di titolarità del dante causa a quella di titolarità dell'avente causa<sup>283</sup>.

Già s'è detto (vedasi *supra* il par. 3.8.2) come dalla ritenuta natura della quota di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata in termini di posizione contrattuale, deriverebbe dunque che il trasferimento della quota integrerebbe una cessione di contratto<sup>284</sup>; mentre,

1985, 281; RACUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1057; REVIGLIONE P., *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 186, Milano, 1998, 101; ANGELICI C., *Sul nuovo testo dell'art. 2479 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 325; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 520.

<sup>282</sup> Per un corrispondente principio in materia di trasferimento di azioni, cfr. Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1997, II, 130, secondo cui «in tema di azioni di società, le formalità previste dalla prima parte dell'art. 2022 c.c. (cosiddetto *transfert*), per cui il trasferimento del titolo nominativo si opera mediante l'annotazione del nome dell'acquirente sul titolo e sul registro dell'emittente, sono necessarie soltanto per l'acquisto della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, mentre per l'acquisto della proprietà del titolo è sufficiente il semplice consenso delle parti legittimamente manifestato, secondo la regola generale di cui all'art. 1376 c.c. In particolare, l'iscrizione nel libro dei soci è necessaria a dimostrare la qualità di socio anche nel rapporto con la società e ha, perciò una funzione meramente certificativa ed esecutiva»; Cass., 7 novembre 1989, n. 4647, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, «la qualità di socio, nel rapporto con società per azioni, anche al fine della legittimazione con riguardo alle controversie inerenti al rapporto stesso, va individuata esclusivamente sulla base delle indicazioni del libro dei soci, senza che rilevi l'eventuale vendita dei titoli azionari a terzi, in considerazione dell'inopponibilità del relativo atto alla società medesima, prima del perfezionarsi del cosiddetto *transfert* con l'iscrizione nel suddetto libro».

<sup>283</sup> Cfr. Cass., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Società*, 1997, 647, in *Corriere giur.*, 1997, 684, e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 720, secondo cui «la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza e il trasferimento è produttivo di effetti indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci, la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società».

<sup>284</sup> Si tratterebbe, ai sensi degli artt. 1406 e 1407, di una cessione preventivamente consentita dal contraente ceduto, e l'iscrizione del nuovo socio nel libro dei soci varrebbe come notifica al contraente ceduto: cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 101; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 274. *Contra* RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 202. Per Trib. Roma, 23 marzo 1988, in *Società*, 1988, 627, «nelle società a responsabilità limitata, nelle quali il trasferimento delle quote viene inquadrato nell'ambito della cessione del contratto, è legittima la clausola che limita la trasferibilità della quota al mero gradimento anche immotivato degli organi sociali, dato che tale clausola si basa sul principio della necessità del consenso del contraente ceduto alla cessione del contratto».

dalla più moderna e preferibile tesi che obiettivizza (o “reifica”) il fascio delle situazioni giuridiche che fanno capo al socio, deve discendersi che l'atto traslativo della quota va considerato alla stessa stregua di un atto di trasferimento di un qualsiasi altro bene mobile (registrato) (e si vedano *infra* i parr. 3.11.10 e 3.11.11 le questioni circa la doppia vendita della medesima quota e l'acquisto della quota *a non domino*).

L'atto traslativo non ha vincoli di forma<sup>285</sup> (e così pure i negozi a esso “collegati”, quali procura e contratto preliminare), fatta ovviamente eccezione per il caso della donazione o altri negozi per la cui validità siano prescritti, anche convenzionalmente, requisiti formali<sup>286</sup>; tale libertà formale ovviamente non subisce restrizioni a seconda dei beni di cui la società a responsabilità limitata, le cui partecipazioni siano oggetto di cessione, sia titolare<sup>287</sup>.

Tuttavia un onere di forma è imposto per rendere la cessione efficace sia nei confronti della società che dei terzi in genere<sup>288</sup>. Infatti:

a. dato che il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla socie-

<sup>285</sup> GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 481. Per Cass., 10 novembre 1998, n. 11296, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1717, «il trasferimento delle quote di una società a responsabilità limitata (art. 2479 c.c.) è atto negoziale a forma libera, da documentarsi per iscritto ai soli e limitati fini dell'opponibilità alla società stessa. Ne consegue che, nel rapporto tra i contraenti, l'incontro delle rispettive volontà negoziali può legittimamente determinarsi anche per effetto di un semplice telegramma, quantunque privo dei requisiti formali di cui all'art. 2705 c.c., requisiti che, condizionando l'equiparazione del telegramma alla scrittura privata, sono indispensabili solo quando si esiga “ad substantiam” la consacrazione della volontà dei contraenti in atti dai medesimi sottoscritti»; secondo Trib. Catania, 11 novembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 69, «il negozio traslativo di quote di una società a responsabilità limitata, riconducibili alla categoria dei beni mobili ex art. 812, ultimo comma, c.c., si perfeziona con il semplice incontro delle volontà manifestate dalle parti, secondo la norma generale di cui all'art. 1376 c.c.». Cfr. anche App. Bologna, 14 settembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 912, per il quale il trasferimento delle quote può essere provato anche per testimoni.

<sup>286</sup> Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 215.

<sup>287</sup> Cfr. App. Roma, 29 maggio 2001, in *Società*, 2001, 1354, secondo cui «la cessione delle quote di partecipazione a una società non equivale alla vendita dei beni da questa posseduti; ne consegue che le regole che caratterizzano il trasferimento di tali beni non si estendono alla cessione delle quote della società medesima. In particolare, la prelazione agraria non può essere invocata in caso di cessione di quote di s.r.l. proprietaria di un terreno agricolo».

<sup>288</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 206; BARALIS G., BOERO P., *Le vicende delle quote di società a r.l. nella disciplina della legge 310 del 1993*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 295; FERRI G., *In tema di pubblicità del trasferimento di quota di società a responsabilità limitata secondo la legge n. 310*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 335; MASSA FELSANI F., *In tema di forma*

tà<sup>289</sup> dal momento<sup>290</sup> dell'iscrizione nel libro dei soci (art. 2470, comma 1)<sup>291</sup>, a detta iscrizione si giunge (art. 2470, comma 2) redigendo l'atto traslativo

*dei trasferimenti di quote di società a responsabilità limitata (a proposito della legge 12 agosto 1993 n. 310), in Riv. dir. comm., 1994, I, 309; PROTO PISANI A., Appunti sulla modifica dell'art. 2479 c.c., in Riv. dir. comm., 1994, I, 331; SALAFIA V., Gli artt. 2479 e 2479-bis sul trasferimento di quote di società a responsabilità limitata dopo la novella del 1993, in Società, 1997, 932.*

<sup>289</sup> Cfr. BIONDI B., *Trasferimento di quote e funzione del libro dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 228; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 281; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 217; Cass., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Società*, 1997, 647; in *Corr. giur.*, 1997, 684; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 720, secondo cui «la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obbiettivata che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza e il trasferimento è produttivo di effetti indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci, la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società»; Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1380, per cui «il negozio traslativo per atto tra vivi della quota sociale di società a responsabilità limitata, nei rapporti "inter partes", è contratto a forma libera, valida ed efficace dal momento del suo perfezionamento; nei confronti della società, a norma dell'art. 2479 comma 2 c.c., è efficace soltanto dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci»; e Trib. Cosenza, 23 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 955, secondo cui «la qualità di socio di un società a responsabilità limitata si assume esclusivamente con l'iscrizione nel libro dei soci, ex art. 2490 comma 1 c.c., come prescrive l'art. 2479 c.c., secondo cui il trasferimento di quote sociali ha effetto di fronte alla società (solo) dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci».

<sup>290</sup> Era errata nei vecchi statuti (perché immotivatamente derivata dalla disciplina della società per azioni) la frequente clausola (che talora è stata, tra l'altro, ritenuta anche illegittima: cfr. Trib. Roma, 2 febbraio 1984, in *Società*, 1985, 192; cfr. per la validità della clausola in questione invece App. Venezia, 27 maggio 1993, in *Società*, 1994, 51; App. Roma, 19 aprile 1984, in *Vita not.*, 1984, 467) secondo cui la partecipazione alle assemblee era possibile solo a chi fosse stato iscritto nel libro soci da oltre cinque giorni, in quanto la legittimazione alla partecipazione all'assemblea avrebbe dovuto sorgere nel momento stesso dell'iscrizione del nuovo socio nel libro soci (cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 309): quella clausola è ancor più errata oggi, in quanto quel vincolo di iscrizione da almeno cinque giorni è stato abrogato e sostituito con facoltative previsioni dello statuto sociale (art. 2370). Da ultimo, cfr. Trib. Napoli, 14 giugno 2000, in *Notariato*, 2001, 39; in *Vita not.*, 2001, 324, secondo cui «per le società a responsabilità limitata non è ammissibile una clausola statutaria che riproduca il contenuto dell'art. 2370 c.c. in quanto viene in rilievo una limitazione che, anche se temporanea, sovverte un principio fondamentale del funzionamento delle società, quale il diritto del socio di esprimere il voto nelle adunanze assembleari, diritto che va considerato intangibile perché espressione di un principio che può ricondursi all'"ordine pubblico economico"».

<sup>291</sup> Un'applicazione è, per esempio, quella di cui all'art. 2472, per il quale, nel caso di cessione di una partecipazione non integralmente liberata, l'alienante è obbligato solidalmente con l'acquirente, per il periodo di tre anni dall'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci, per i versamenti ancora dovuti.

in forma pubblica<sup>292</sup> o nella forma della scrittura privata autenticata<sup>293</sup>, il quale deve poi essere depositato entro trenta giorni, a cura del notaio rogante/autenticante, presso l'ufficio del Registro delle Imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale<sup>294</sup>; l'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci<sup>295</sup> ha dunque luogo, su richiesta (per la quale non sussistono vincoli di forma, e che quindi – salvo evidenti problemi probatori – è ammissibile anche in forma orale)<sup>296</sup> dell'alienante o dell'acquirente, a cura<sup>297</sup> dell'organo amministrativo<sup>298</sup>, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito al Registro delle Imprese<sup>299</sup>;

<sup>292</sup> La legge parla invero solo della scrittura privata autenticata e non dell'atto pubblico: ma... *ubi maior...*

<sup>293</sup> L'autenticazione deve concernere entrambe le firme e non, come sembra dire FICO D., *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 17, solo quella del cedente.

<sup>294</sup> Cfr. D'ALESSANDRO L.F., *Nuove norme per la società per azioni nella cessione di partecipazioni sociali e trasformazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 343; GUIDOTTI R., *Brevi osservazioni sulla separazione di quote di società a responsabilità limitata ex art. 512 c.c. e sulla pubblicità di cui al 4° comma dell'art. 2479 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1998, II, 99.

<sup>295</sup> Che è un'attività propria dell'organo amministrativo e che non necessita quindi dell'intervento (né tantomeno della firma) dei contraenti.

<sup>296</sup> Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 220.

<sup>297</sup> L'annotazione del libro soci è un *dovere*, oltre che un *potere*, dell'organo amministrativo: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 221; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 137; PAOLUCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 283. Circa la forma di tale annotazione e, in particolare, circa la necessità della firma (ma la firma non è "solo" un'attribuzione di paternità della scrittura? e quindi essa forse non è così indispensabile per il compiersi della fattispecie, la quale potrebbe intendersi integrata anche dalla mera scritturazione senza firma) dell'amministratore che annota, cfr. FICO D., *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 17.

<sup>298</sup> Cfr. App. Milano, 29 novembre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 3400, secondo cui «è invalida l'annotazione sul libro soci dei trasferimenti di quote qualora sia eseguita da persona del tutto estranea all'organo preposto all'amministrazione della società e senza che, in nessun modo, tale organo abbia manifestato la propria volontà in proposito»; e Pret. Roma, 21 marzo 1988, in *Tem. rom.*, 1988, 146, secondo cui «l'iscrizione della cessione delle quote nelle società a responsabilità limitata è un atto dovuto e l'amministratore deve provvedervi senza avere alcun diritto di sindacato sul contenuto della cessione» ed è quindi «esperibile la procedura d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. per imporre agli amministratori di società a responsabilità limitata l'iscrizione nel libro soci del trasferimento di quote ai sensi dell'art. 2479 c.c.»; nel medesimo senso dell'esperibilità della procedura di cui all'art. 700 c.p.c. cfr. Trib. Milano, 8 febbraio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 438; e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1° luglio 1997, in *Società*, 1998, 313. Secondo RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continua-

- b. se la quota è alienata con successivi contratti a più persone (sul che vedasi *infra* il par. 3.11.10), quella tra esse che per prima ha effettuato in buona fede la suddetta iscrizione nel Registro delle Imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore (art. 2470, comma 3).

### 3.11.2 Le garanzie dovute dal cedente

Se il cedente è tenuto ovviamente a garantire che la quota esiste, che egli ne è il legittimo titolare, che essa non è gravata da alcun peso o vincolo a favore di terzi, egli peraltro (a meno che non ne abbia esplicitamente assunto la garanzia) non deve pure garantirne il valore e cioè non deve garantire la consistenza del patrimonio della società del cui capitale la quota in questione è parte: infatti, la cessione della quota non è intendibile in termini di cessione della società o dell'azienda sociale<sup>300</sup> a meno che la cessione dell'inte-

to da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 223, nota 67, la cautela *ex art.* 700 può essere invocata anche da chi tema il pregiudizio conseguente alla sua possibile "estromissione" dal libro soci (a causa dell'effettuazione di una imminente scritturazione del libro stesso) e quindi alla perdita della qualità di socio.

<sup>299</sup> Secondo Trib. Roma, 8 luglio 1997, in *Società*, 1998, 77, «l'acquirente di azioni ha un diritto soggettivo perfetto all'iscrizione del trasferimento nel libro soci, soggetto al controllo formale dell'esistenza e regolarità del negozio traslativo. È invece inammissibile qualsivoglia sindacato sostanziale sulla natura giuridica del contratto di compravendita delle azioni che non si traduca in inesistenza o nullità suscettibile di essere fatta valere anche dalla società sulla base di un interesse concreto; pertanto, sono del tutto irrilevanti riferimenti a una presunta simulazione relativa soggettiva o a forme di interposizione reale».

<sup>300</sup> Cfr. Cass., 14 febbraio 1963, n. 325, in *Giust. civ.*, 1963, I, 743; Cass., 28 gennaio 1986, n. 424, in *Giur. comm.*, 1986, II, 277; Trib. Milano, 17 aprile 1989, in *Società*, 1989, 939; Cass., 21 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1995, II, 576, secondo cui «la società a responsabilità limitata è un autonomo soggetto di diritto, distinto dai singoli soci ed è titolare di un proprio patrimonio, costituito dal complesso degli elementi attivi e passivi facenti capo al soggetto societario; il diritto alla quota, che ha natura obbligatoria, attiene, a sua volta, alla porzione dei singoli soci e ha a oggetto non una frazione ideale degli elementi attivi del patrimonio sociale – che appartengono, invece, alla società – ma una percentuale degli utili di ogni esercizio e l'eventuale eccedenza attiva in caso di liquidazione»; App. Milano, 9 settembre 1994, in *Società*, 1995, 531; e in *Vita not.*, 1995, 889, secondo cui «la cessione di azioni di una società immobiliare comporta il subingresso dell'acquirente nello *status* di socio, ma non anche nella proprietà dell'immobile, con conseguente insussistenza dei diritti di prelazione vantati dall'affittuario sullo stesso immobile»; Cass., 16 novembre 2000, n. 14870, in *Giur. it.*, 2001, 306, «il fatto che un socio disponga, direttamente o indirettamente, dell'intero capitale di una società di capitali non determina confusione tra il patrimonio di questa e il patrimonio personale del socio; non può perciò essere attribuita al socio la proprietà di beni appartenenti alla società»; App. Roma, 29 maggio 2001, in *Società*, 2001, 1354, secondo cui «la cessione delle quote di partecipazione a una società non equivale alla vendita dei beni da questa posseduti; ne consegue che le regole che caratterizzano il trasferimento di tali beni non si estendono alla cessione delle quote della società medesima; in particolare, la prelazione agraria non può essere invocata in caso di cessione di quote di società a responsabilità limitata proprietaria di un terreno agricolo»; Trib. Milano, 26 novembre 2001, in *Società*, 2002, 568, «nel caso di compravendita di azioni o quote di società di capitali, l'og-

ro capitale sociale non sia in effetti sostanzialmente rappresentabile come cessione dell'azienda sociale<sup>301</sup>.

Nella prassi, specie nel caso di cessione dell'intero capitale sociale oppure di una quota di maggioranza del capitale stesso, la contrattazione usa<sup>302</sup> quindi distribuire tra i contraenti (e far assistere da garanzie questa distribuzione) il rischio di eventuali sopravvenienze passive o minusvalenze, specie di natura fiscale o previdenziale (così come pure l'inesistenza di liti attuali o potenziali, la validità e la corrente regolare esecuzione dei contratti stipulati per l'attività d'impresa, e via dicendo)<sup>303</sup>.

Ove dunque nel contratto di cessione non sia diversamente previsto, il cedente della partecipazione non può essere chiamato a rispondere (fatto salvo il ricorrere di fattispecie di frodolenzia) di un eventuale minor valore della società rispetto alle aspettative del cessionario o della sopravvenienza di eventi che menomino il valore "atteso" dal medesimo. Il contratto di compravendita di quote di società a responsabilità limitata ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta; conseguentemente il difetto di qualità della cosa venduta – rilevante ai fini del-

getto immediato del contratto è rappresentato dalla quota di partecipazione nella società – quota intesa come insieme di diritti, poteri e obblighi sia di natura patrimoniale, sia di natura cosiddetta amministrativa, nei quali si compendia lo *status* di socio – e non dai singoli beni facenti parte del patrimonio sociale; tali beni, pur rappresentando la partecipazione di una quota parte del patrimonio sociale, possono costituire l'oggetto "mediato" della cessione con la conseguenza che il cessionario, ove le quote non abbiano le qualità promesse per essere il patrimonio sociale – o i singoli beni da cui è composto – risultato diverso da quello rappresentato dal venditore al momento della stipulazione del contratto, non può far valere gli eventuali vizi o la mancanza delle qualità promesse con l'azione di risoluzione o di annullamento del contratto, salva l'ipotesi in cui le parti abbiano espressamente previsto garanzie in ordine alla consistenza patrimoniale della società, ovvero si verta in materia di dolo; solo in tali ultimi casi sono esperibili le azioni di risoluzione per inadempimento dell'obbligazione di garanzia o di annullamento se il consenso è stato carpito con artifici e raggiri».

<sup>301</sup> Cfr. Cass., 24 luglio 2000, n. 9682, in *Foro it.*, 2000, I, 3115, secondo cui «in caso di cessione delle quote di una società di capitali (nella specie, di una società a responsabilità limitata), qualora il giudice di merito accerti che le parti hanno in realtà inteso trasferire l'azienda di cui la società è titolare, con conseguente pericolo di sviamento della clientela, deve applicarsi, in via analogica, il divieto di concorrenza previsto dalla legge per l'ipotesi di alienazione dell'azienda».

<sup>302</sup> Cfr. BONELLI F., DE ANDRÈ M. (a cura di), *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, 17; IACCARINO G., MATTERA G., *Clausole di garanzie nei trasferimenti di aziende come oggetto immediato o mediato*, in *Riv. not.*, 1997, 1395.

<sup>303</sup> Cfr. ROMANO PAVONI G., *In tema di azioni e di quote di società: vendita di aliud pro alio*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1953, II, 150. Cfr. pure Cass., 28 agosto 1952, n. 2784, in *Dir. fall.*, 1952, II, 473, nel senso di annullamento del contratto per errore essenziale; Cass., 16 febbraio 1977, n. 721, in *Dir. fall.*, 1977, II, 424, in tema di risoluzione del contratto per mancanza di qualità o vizi della cosa venduta; e Trib. Milano, 30 aprile 1987, in MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 177.

l'annullamento del contratto per errore o della sua risoluzione – deve attere unicamente alla “qualità” dei diritti e obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire, mentre non può riguardare il suo valore economico, in quanto esso non attiene all’oggetto del contratto ma alla sfera delle valutazioni motivazionali delle parti e può quindi assumere rilievo solo ove siano state previste esplicite garanzie contrattuali in relazione alla consistenza economica della partecipazione ovvero nel caso di dolo di un contraente e di ogni tipo di errore determinante del consenso<sup>304</sup>.

<sup>304</sup> Cfr. Cass., 21 giugno 1996, n. 5773, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 163; in *Foro it.*, 1996, I, 3382; in *Società*, 1997, I, 33, secondo cui «il contratto ha come oggetto immediato la partecipazione sociale, e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta. Con la conseguenza che la disciplina degli artt. 1427 ss. e 1497 c.c., riguardando l’oggetto del contratto in senso giuridico, va applicata tenendo presente che oggetto della compravendita della partecipazione sociale è quest’ultima. Ne deriva che il difetto di qualità – previsto dall’art. 1427 come causa di annullamento e dall’art. 1497 come causa di risoluzione del contratto – in relazione alla compravendita di partecipazioni sociali, essendo queste attributive di un insieme di diritti e obblighi in relazione a una società, può attere unicamente alla “qualità” dei diritti e obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire. Non può riguardare, invece, il suo valore economico». Secondo App. Milano, 15 marzo 1991, in *Società*, 1991, 969, «in relazione a una cessione di quote sociali, gli acquirenti, al fine di lamentare fondatamente il diritto alla riduzione del prezzo per inidoneità del bene alienato (quota sociale), in ordine alla qualità promessa, devono dimostrare che vi fosse stata una promessa di qualità del bene alienato»; per Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1997, II, 18, «in caso di compravendita delle azioni di una società, che si assume stipulata a un prezzo non corrispondente al loro effettivo valore, senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla situazione patrimoniale della società stessa, il valore economico dell’azione non rientra tra le qualità di cui all’art. 1429 n. 2 c.c. relativo all’errore essenziale. Pertanto, non è configurabile un’azione di annullamento della compravendita, basata su una pretesa revisione del prezzo mediante la revisione di atti contabili (bilancio e conto profitti e perdite ex art. 2423 ss. c.c.), per dimostrare che quello non è altro che un errore di valutazione da parte dell’acquirente, anche quando il bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso e nasconda una situazione in forza della quale devono applicarsi gli artt. 2447 e 2448 n. 4 c.c.». Secondo Trib. Milano, 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511, «la cessione delle partecipazioni sociali è un atto di disposizione patrimoniale che non ha per oggetto direttamente i beni sociali, poiché il bene mobile (e immateriale) trasferito è dato dalla stessa partecipazione sociale, la quale esprime l’insieme dei diritti patrimoniali e amministrativi che qualificano, secondo la tipica disciplina legale, lo status di socio. Da questa premessa deriva una prima generale conseguenza rispetto all’oggetto negoziato: la differente consistenza dei beni patrimoniali della società non incide sull’oggetto del contratto, o sulla qualità della partecipazione, e la sopravvenienza di passività, o la minusvalenza di cespiti attivi, per effetto dei quali il valore del patrimonio sociale risulti diminuito, non possono costituire un vizio rilevante ai sensi della disposizione prevista dall’art. 1490 Codice civile, qualora l’alienante non abbia espressamente assunto la garanzia circa la consistenza del patrimonio sociale».

Invece per Trib. Milano, 27 giugno 1988, in *Società*, 1988, 1164, «un contratto di compravendita dell’intero pacchetto azionario di una società per azioni, in cui la parte venditrice dà espressa garanzia della precisa estensione di un terreno agricolo costituente l’unico reale valore della società è assimilabile a una vendita immobiliare ed è soggetta alle norme di legge in materia di vendita immobiliare»; comunque, secondo Cass., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.*, 1994, I, 423, «il dolo che vizia la volontà e causa l’annullamento del contratto può consistere nel “mendacio”, purché, valuta-

### 3.11.3 I limiti statuari alla trasmissione delle quote di partecipazione al capitale sociale e il diritto di recesso

Nel sistema previgente, se lo statuto della società a responsabilità limitata avesse vietato il trasferimento delle partecipazioni, il socio sarebbe rimasto, senza rimedio, “prigioniero” della propria società: non avrebbe potuto pretendere la liquidazione della propria quota né avrebbe avuto alcun rimedio per fuoriuscire dalla società stessa<sup>305</sup>.

Accettando di essere socio di una società caratterizzata da una previsione statutaria di quel tipo, egli doveva subire le conseguenze di questa situazione; in tale sistema, in sostanza, vi era il principio della prevalenza dell'interesse della società a non subire la depatrimonializzazione conseguente alla fuoriuscita del socio (per la necessità di liquidarlo) rispetto all'interesse del socio di monetizzare la propria partecipazione<sup>306</sup>.

Questo clima normativo ora subisce invece un mutamento radicale<sup>307</sup>:

to in relazione alle circostanze di fatto e alle qualità e condizioni dell'altra parte, sia accompagnato da una condotta maliziosa e astuta capace di realizzare l'inganno voluto e a sorprendere la buona fede di una persona di normale diligenza e buon senso, posto che l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se è fondato sulla negligenza (nella specie, con la sentenza cassata, il giudice di merito aveva identificato il dolo nel “mendacio” del venditore circa il valore di azioni vendute, senza alcun accertamento della condotta posta in essere dal venditore per rendere credibili le sue affermazioni); e inoltre, per Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Foro it. Mass.*, 1991, «il venir meno o il mancato avveramento delle circostanze di fatto o di diritto non dipendenti dalla volontà dei contraenti ma a questi comuni perché tenute da loro presenti nella formazione del consenso come presupposto del volere determinante ai fini della persistenza del vincolo contrattuale (cosiddetta presupposizione), è causa di risoluzione del contratto anche se non collegato sotto il profilo causale alla violazione delle obbligazioni contrattuali delle parti, dalla volontà delle quali la situazione presupposta deve essere anzi, del tutto indipendente (nella specie, enunciando l'esposto principio, la corte suprema ha ritenuto che il contratto di acquisto delle azioni di una società proprietaria di un panfilo, stipulato allo scopo, comune a entrambe le parti, di procurare all'acquirente la disponibilità dell'imbarcazione, potesse essere risolto per il venir meno del presupposto dell'immediata utilizzabilità di tale imbarcazione in seguito al sequestro giudiziario eseguito da un terzo, anche se tale sequestro non poteva essere addebitabile al venditore delle azioni)».

<sup>305</sup> Cfr. BUTTARO L., *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, 489.

<sup>306</sup> Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 214, per la concessione di un diritto di recesso al fine di evitare “l'imprigionamento” del socio; cfr. sul tema pure BUTTARO L., *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 1992, 488; e CENNI D., *La cessione di quote di s.r.l. per atto tra vivi*, in *Contr. e impr.*, 1993, 1124.

<sup>307</sup> Per la *società per azioni* il nuovo art. 2355-bis dispone che nel caso di azioni nominative e in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto «può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento» (comma 1); e

dispone infatti il comma 2 dell'art. 2469 che qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità (o altri rilevanti limiti al trasferimento, di cui oltre) delle partecipazioni, il socio può esercitare il diritto di recesso<sup>308</sup>, con l'unico temperamento che l'atto costitutivo (o lo statuto, che dir si voglia) può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato<sup>309</sup>; si tratta evidentemente di un termine che la legge consente di prevedere a tutela della coesione di una data compagine socia-

che le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante (comma 2) (questa disposizione pure si applica, ai sensi del comma 3, in ogni ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, salvo che sia previsto il gradimento e questo sia concesso).

Per le *società cooperative*, l'art. 2530, ultimo comma, dispone che «qualora l'atto costitutivo vieti la cessione della quota o delle azioni il socio può recedere dalla società, con preavviso di novanta giorni. Il diritto di recesso, in caso di divieto statutario di trasferimento della partecipazione, non può essere esercitato prima che siano decorsi due anni dall'ingresso del socio nella società».

<sup>308</sup> Esercitare il diritto di recesso significa domandare da parte del socio la liquidazione della propria partecipazione, in quanto «i soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale» (art. 2473, comma 3), la cui entità va dunque determinata tenendo conto del suo valore "corrente". Quindi, a meno di introdurre clausole statutarie che dispongano i criteri in base ai quali questa valutazione vada effettuata e quali siano le voci da considerare per comporre questo patrimonio, il criterio che la legge indica come *default* è indubbiamente quello della valutazione "venale" e quindi non certo al valore nominale né al valore meramente contabile. Tra l'altro, il medesimo terzo comma dell'art. 2473 dispone che, se vi sia disaccordo tra i soci in ordine alla determinazione del valore della quota del recedente, questa valutazione deve essere compiuta mediante una «relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente». A questo arbitraggio sul valore, aggiunge la norma in questione, si applica il primo comma dell'art. 1349 del Codice civile, con la conseguenza quindi che: a) l'arbitratore deve procedere con "equo apprezzamento" e non con mero arbitrio; b) se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice; c) non si applica la norma, propria dell'arbitratore che opera con "mero arbitrio" secondo cui la determinazione rimessa al terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede, conseguendosi dunque che per l'impugnativa è "sufficiente" addurre l'iniquità della valutazione.

<sup>309</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «nel secondo comma dell'art. 2469 si è espressamente previsto, in attuazione del secondo comma, lett. f), art. 3 della legge di delega, che nel caso in cui l'atto costitutivo prevede l'intrasferibilità della partecipazione o la assoggetti senza alcuna condizione o limite al gradimento di organi sociali, degli altri soci o di terzi spetta inderogabilmente al socio il diritto di recesso. È solo possibile, a tutela della buona fede contrattuale, porre limiti temporali per l'esercizio di tale diritto e impedire così comportamenti che pregiudichino l'interesse delle altre parti di un rapporto come quello societario: perciò si è ammessa la possibilità che l'atto costitutivo impedisca per i primi due anni dalla costituzione della società o dall'adesione a essa l'esercizio del diritto di recesso».

le<sup>310</sup> nella sua fase di *start-up*<sup>311</sup> fino a un limite (quello di due anni) oltrepassato il quale, se la società non è in grado di far fronte alla richiesta di liquidazione delle partecipazioni di un dato socio, nel bilanciamento degli interessi che occorre contemperare (tra quelli del socio al suo non imprigionamento e quelli della società a non subire svuotamenti del suo patrimonio), il legislatore ritiene dunque opportuno far prevalere quelli del socio, il tutto, ancora una volta, come affermazione del clima di “centralità” della persona del socio e delle sue esigenze che di sé ammanta, come più volte detto, tutta la riforma della società a responsabilità limitata.

Più precisamente, la previsione della normativa di riforma del diritto societario che attribuisce al socio il diritto di recesso nel caso di presenza nello statuto di clausole di intrasferibilità delle partecipazioni al capitale sociale della società a responsabilità limitata accomuna, sotto il profilo della facoltà di recesso dei soci che le “subiscano”, alle clausole di vera e propria intrasferibilità anche quelle previsioni statuarie da cui discendano:

- a. la subordinazione del trasferimento delle quote di società a responsabilità limitata al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi «senza prevederne condizioni e limiti» (è questa la definizione che dunque il legislatore usa per la clausola cosiddetta di “mero gradimento”, e cioè la clausola che appunto subordini la trasmissione della partecipazione al gradimento di un dato soggetto/organo senza che appunto l’espressione di detto gradimento sia subordinata “a condizioni o limiti” dai quali chi deve dare il *placet* sia condizionato);
- b. la subordinazione del trasferimento delle partecipazioni a causa di morte a «condizioni o limiti» che l’impediscano «nel caso concreto»<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> Secondo TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in Atti del convegno sul tema *La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 25 (del dattiloscritto), «il diritto di recesso costituisce oggetto di una previsione avente carattere imperativo, nei confronti della quale l’autonomia privata, mediante apposita clausola dell’atto costitutivo, può soltanto stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato (la facoltà dell’atto costitutivo di introdurre tale specifica limitazione sembra da riconoscere, in forza di un’interpretazione estensiva della norma, anche nell’ipotesi di ingresso di un nuovo socio a seguito di acquisto della partecipazione anziché di sua sottoscrizione in sede di aumento del capitale, dal momento che, nell’uno e nell’altro caso, le esigenze di stabilità della partecipazione che giustificano sul piano astratto la temporanea limitazione del diritto di recesso del socio impedito di cedere la propria partecipazione sembrano meritevoli di una eguale disciplina)».

<sup>311</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 203.

<sup>312</sup> “Nel caso concreto” significherebbe che ha diritto di recesso sia il socio di una società nel cui

In altri termini, può recedere dalla società a responsabilità limitata il socio che trovi nello statuto della società cui egli partecipa sia clausole che vietino radicalmente il trasferimento della partecipazione sia clausole di gradimento “mero”, per mero” intendendosi dunque che il gradimento non è sottoposto a “condizioni o limiti” (va notato che il recesso compete “in astratto” e cioè in ogni momento, per il solo effetto della presenza di una clausola siffatta nello statuto sociale, e che quindi il recesso non è “in concreto” connesso, per esempio, a un diniego di gradimento)<sup>313</sup>; allo stesso modo, può recedere il socio (o gli eredi del socio: ma per questi non si tratta di un vero e proprio recesso, quanto di un diritto alla liquidazione della quota nel cui subentro essi sono impediti, come *infra* specificato al par. 3.11.8) in presenza di clausole statutarie che impediscono agli eredi medesimi di subentrare nel capitale sociale al posto del socio defunto.

Attribuire il diritto di recesso<sup>314</sup> significa dunque invertire radicalmente lo spirito che caratterizzava il diritto previgente: prima, come detto, prevaleva l'interesse della società a preservare le proprie consistenze patrimoniali (e ciò anche nell'interesse dei suoi creditori), senza dover far fronte alla necessità di liquidare il socio o i suoi eredi<sup>315</sup>, e quindi prevaleva l'inte-

statuto vi sia una clausola di intrasmissibilità *mortis causa*, sia il socio (in ipotesi privo di discendenti) di una società nel cui statuto sia, per esempio, consentita la successione dei soli “discendenti” dei soci: in astratto, la successione è consentita, ma “nel caso concreto”, appunto, tale successione è impedita. Cfr. sul punto TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 17 (del dattiloscritto).

<sup>313</sup> Cfr. invece AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 63, la quale accampa dubbi sul punto se il diritto al recesso competa per la sola *generica* presenza della clausola di gradimento nell'atto costitutivo/statuto o se invero debba concretarsi uno *specifico* diniego rispetto a una richiesta di gradimento.

<sup>314</sup> La previsione di recesso in presenza di quelle clausole è di diritto imperativo e quindi inderogabile: in tal senso ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 65.

<sup>315</sup> Chi esercita il diritto di recesso a causa della presenza nelle tavole statutarie della società di una clausola di intrasferibilità delle partecipazioni, ha diritto a essere liquidato entro sei mesi dall'effettuazione della comunicazione di recesso. Il rimborso delle partecipazioni può avvenire:

- in primo luogo, a opera degli altri soci, i quali, in sostanza, si fanno carico in questo caso dell'acquisto delle partecipazioni del recedente; evidentemente, ciascun socio effettuerà questo acquisto delle partecipazioni del recedente in misura proporzionale alla caratura della propria partecipazione al capitale sociale, ma è pure possibile che i soci si accordino di effettuare un acquisto non proporzionale (e quindi che uno o più soci acquistino in misura maggiore o minore rispetto agli altri) oppure che solo taluni dei soci acquistino le partecipazioni del recedente mentre altri non acquistino nulla; più problematico è invece stabilire se, mancando l'accordo sull'acquisto non proporzionale, i soci che non intendano acquistare e che non vogliano vedere annacquata la loro caratura possano pretendere che sia la società a provvedere alla liquidazione del recedente,

resse a mantenere in vita la società per il “valore aggiunto” che, nel mondo economico, consegue all’esistenza stessa di un ente societario, rispetto all’interesse del socio a liberarsi dalle “catene” che gli derivano dalla sua iscrizione nel libro dei soci (si sa che è assai spesso difficile liquidare una partecipazione, stanti la scarsa disponibilità di mezzi finanziari utilizzabili a tal fine e la notoria scarsa patrimonializzazione delle società a responsabilità limitata, e che quindi lo scenario assai probabile, in questi casi, è addirittura quello dello scioglimento della società, appunto incapace di trovare le risorse necessarie a provvedere a quella liquidazione).

Oggi invece si instaura un clima normativo perfettamente antipodico rispetto a quello previgente: la riforma, come noto, mette al centro della situazione (pur tenendo sempre presenti le esigenze di tutela dei terzi connesse all’integrità del patrimonio sociale) la persona del socio e le sue esigenze, cosicché tutte le nuove norme sono indirizzate a tenere sempre in primo piano la figura del socio e a fargli ruotare attorno ogni altro interesse. Il legislatore non punta più, come prima, sull’interesse della società a

così impedendo agli altri soci, disponibili all’acquisto, di aumentare l’incidenza della propria partecipazione al capitale sociale sommando le quote già possedute con quelle acquistate dal recedente;

- in secondo luogo, a opera di un terzo, che (dice l’art. 2473, penultimo comma) deve essere «concordemente individuato da soci medesimi» e che quindi subentra nella compagine sociale sostituendosi al recedente: qui, in altri termini, non v’è spazio per decisioni a maggioranza, in quanto il terzo acquirente va, appunto “concordemente” individuato, e pertanto scelto dai soci non recedenti all’unanimità;
- in terzo luogo, una volta inutilmente esperiti i tentativi che precedono, a opera della società, la quale, a tal fine, deve utilizzare le riserve disponibili alla liquidazione del recedente o, se queste mancano, procedere a una corrispondente riduzione del capitale sociale, seguendo le medesime norme che presidono la decisione dei soci di ridurre il capitale sociale (e quindi in particolare la regola circa l’eseguibilità della riduzione soltanto dopo tre mesi dal giorno dell’iscrizione nel Registro delle Imprese della decisione medesima, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all’iscrizione abbia fatto opposizione).

Infine, ove anche quest’ultima modalità sia impraticabile, la società incapace di soddisfare l’istanza di liquidazione del recedente deve essere radicalmente liquidata: quindi, vanno pagati i debiti, vanno riscossi i crediti e il patrimonio che residua va ripartito tra tutti i soci, sia quello che ha chiesto il recesso sia gli altri. È qui dunque evidente che va in frantumi sotto l’impatto di queste previsioni il principio che aveva caratterizzato il diritto previgente circa la preminenza, sugli interessi personali del socio, dell’interesse della società all’integrità del proprio patrimonio e alla sua stessa esistenza: la società a responsabilità limitata, sotto questo aspetto, diventa nel nuovo diritto una vera e propria società di persone e il socio assume in questa struttura societaria una figura di «rilevanza centrale» (art. 3, comma 1, lett. a), D.lgs. 366/2001), con la conseguenza che (ferme restando le garanzie per i terzi circa la tutela della consistenza del patrimonio sociale) tutto può e deve essere piegato ai suoi interessi e che la società non è più un’entità che si sovrappone al socio e che ne comprime gli interessi ma è una forma organizzativa dell’attività imprenditoriale talmente impregnata delle persone dei suoi soci da dover essere il loro personale strumento operativo e da non poter né dover avere una missione diversa da quella del perseguimento degli obiettivi che il socio si propone giorno per giorno di raggiungere.

ogni costo, ma a ritagliare su misura per il socio le situazioni in cui egli si viene a trovare, senza più subordinare i suoi interessi a quelli della società della quale egli si trova a far parte.

#### 3.11.4 Le clausole di intrasferibilità (“assoluta” e “relativa”)

Come detto, dunque, dall’inserzione<sup>316</sup> nello statuto di una clausola di intrasferibilità delle partecipazioni deriva per qualsiasi<sup>317</sup> socio il diritto di recesso, con il solo (possibile, cioè se statutariamente previsto) temperamento del termine biennale (dalla data dell’atto costitutivo o dalla sottoscrizione della partecipazione) durante il quale il recesso non può essere esercitato.

Se senz’altro questa nuova previsione legislativa si applica dunque a una clausola di intrasferibilità “assoluta” (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale sono intrasferibili»), cioè “senza confini”, occorre ragionare un momento sulle conseguenze, a livello di recesso, che si determinerebbero per clausole che invece dispongano un’intrasferibilità “relativa”, cioè limitata entro un dato “perimetro” di possibili eventi; per esempio:

- un’intrasferibilità *solo per un certo periodo* (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale non possono essere trasferite per un triennio dal loro acquisto»);
- un’intrasferibilità *solo mediante certi negozi giuridici* (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale non possono essere trasferite che per negozio giuridico a titolo oneroso»);
- un’intrasferibilità *solo verso certi soggetti* (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale possono / non possono essere trasferite a soggetti diversi dai soci e dai loro parenti entro il quarto grado»);

*eccetera* (la casistica è ovviamente sterminata, stante l’infinito novero dei peculiari interessi personali dei soci che lo statuto della nuova società a responsabilità limitata è vocato a “ospitare”).

<sup>316</sup> Originaria (e cioè con l’introduzione di dette clausole già direttamente nell’atto costitutivo/statuto) o sopravvenuta (e cioè introducendole con una modificazione successiva dell’atto costitutivo/statuto, per il che pare occorrere l’unanimità dei consensi dei soci, in linea con quanto è prevalentemente ritenuto per l’introduzione di clausole di gradimento o di prelazione, sul che vedansi *infra* i parr. 3.11.6.3 e 3.11.7.4).

<sup>317</sup> Si tratta cioè di un diritto di recesso che non deriva al socio dal suo non aver partecipato all’adozione di una data decisione, ma che deriva (e quindi anche per il socio di maggioranza) dal “semplice” fatto della presenza nello statuto sociale di dette clausole.

Ritenere che qualsiasi previsione di intrasferibilità “relativa” (per assurdo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale non sono trasferibili per il periodo di una settimana dal loro acquisto») generi le stesse conseguenze (cioè ne scaturisca il diritto di recesso) che si determinano per effetto delle clausole di intrasferibilità “assoluta” è evidentemente eccessivo, senza che vi sia bisogno di motivare particolarmente questa affermazione; in altri termini, quando l’art. 2469, comma 2, si esprime nel senso che «qualora l’atto costitutivo preveda l’intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi *senza prevederne condizioni e limiti*, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte», occorre probabilmente leggere questa norma in modo che l’espressione «senza prevederne condizioni e limiti» non sia scritta come se riferita al solo caso della clausola di gradimento ma anche<sup>318</sup> al caso della clausola di intrasferibilità assoluta, con la conseguenza che, se si ha una clausola di *mera intrasferibilità*, così come accade per la clausola di *mero gradimento*, allora ben vi è il diritto di recesso, ma se si ha una clausola di *intrasferibilità “relativa”* (così come quando si ha una clausola di *gradimento non “mero”*) allora le porte del recesso si dovrebbero aprire solamente se si tratti di *condizioni e limiti di intrasferibilità* talmente “vasti” da determinare la qualificazione di quella clausola in termini di clausola di *mera intrasferibilità*.

Due considerazioni almeno discendono poi da questo ragionamento:

- a. la prima considerazione riguarda la clausola di prelazione, che è anch’essa una clausola che pone *condizioni e limiti* alla circolazione delle quote di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata<sup>319</sup>; ebbene, anche qui non si ha certo diritto di recesso ove i limiti previsti dalla clausola di prelazione non si traducano di fatto nella necessità di riqualificare quella clausola in termini di clausola di intrasferibilità assoluta ma dovrebbe nascere invece il diritto di recesso ogni qualvolta la clausola preveda condizioni di trasferibilità talmente limitate da impedire di fatto la circolazione delle partecipazioni<sup>320</sup>;

<sup>318</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 204.

<sup>319</sup> *Contra* SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, per il quale invece le clausole di prelazione «dovranno in via di principio considerarsi valide e ininfluenti ai fini dell’attribuzione del diritto di recesso in quanto, in generale, non comprimono il diritto all’*exit*».

<sup>320</sup> Per fare un esempio, si può prendere a riferimento il caso esaminato da App. Bologna, 6 febbraio 2001, in *Società*, 2001, 1069, ove quella Corte ha ritenuto che «costituisce un patto di prelazione a favore dei soci cedenti della società a responsabilità limitata, giustificato dal fine di impedire opera-

b. la seconda considerazione riguarda l'evidentissima difficoltà redazionale di queste clausole, dal cui letterale tenore dunque dipende l'attribuibilità ai soci del diritto di recesso: se esse vengano quindi inconsapevolmente scritte senza avvedutezza e senza la necessaria perizia oppure se esse, al contrario, vengano scritte avvedutamente ma creino una situazione di sostanziale intrasferibilità ecco che il giudice investito della questione se, stante un dato statuto, ai soci di quella società spetti o meno di essere liquidati, non potrà probabilmente non decidere nel senso della recedibilità.

È infatti inevitabile (e non potrebbe essere altrimenti, al cospetto delle infinite situazioni che nella pratica si presentano sotto questo profilo) ritenere che *le condizioni e i limiti* di cui all'art. 2469, comma 2, siano da qualificare nei termini di una vera e propria "clausola generale" di cui volta per volta la giurisprudenza pratica dovrà valutare la ricorrenza per attribuire o meno il diritto di recesso al socio della società nel cui statuto detti *condizioni e limiti* siano apposti. Ed è oltremodo difficile, a priori, indicare le linee guida del ragionamento che occorrerà sviluppare per giungere al risultato di consentire o di negare in queste fattispecie il diritto di recesso.

Tuttavia, qualche piccolo passo può fin da ora cominciare a compiersi.

Per esempio, può qui ripetersi che i concetti di intrasferibilità assoluta (e di gradimento mero) sono senz'altro da equiparare a un'intrasferibilità talmente difficoltosa<sup>321</sup> (o a un giudizio di gradimento talmente irragionevole o discrezionale) da non permetterne che una qualificazione in termini di clausole «che nel caso concreto impediscono il trasferimento».

Ancora, all'intrasferibilità assoluta è da equiparare un'intrasferibilità per un periodo troppo lungo<sup>322</sup>: sicuramente non è lungo un periodo di due anni (tanto è vero che la legge, sempre all'art. 2469, comma 2, come già detto, consente di introdurre nello statuto di società a responsabilità

zioni speculative della società acquirente e retrovedente, la scrittura privata con la quale si conviene: che alcuni fra i soci di una società a responsabilità limitata cedano le rispettive quote di partecipazione in una società a responsabilità limitata a una società per azioni; che la società per azioni, in data posteriore, con il "coinvolgimento" dei cedenti, verifichi, alla luce delle prospettive di sviluppi sinergici con le proprie attività, la sussistenza del proprio interesse a mantenere le partecipazioni acquisite; che tutti i soggetti titolari delle quote della società a responsabilità limitata non debbano cedere le proprie partecipazioni fino al momento della verifica; che la società per azioni avrà facoltà di retrovendere, a un prezzo predeterminato, le quote ai precedenti titolari qualora, in sede di verifica, manifesti disinteresse a rimanerne titolare».

<sup>321</sup> Circa una fattispecie di "combinazione" tra clausole di prelazione e clausole di gradimento cfr. Cass., 22 agosto 1997, n. 7857, in *Foro it.*, 1998, I, 878; in *Società*, 1998, 284; in *Contratti*, 1998, 113; in *Notariato*, 1998, 422.

<sup>322</sup> Ed è inevitabile a questo punto evocare i «convenienti limiti di tempo» di cui all'art. 1379.

limitata il divieto di recesso per un biennio nel caso in cui lo statuto stesso contenga clausole limitative della trasferibilità da cui discenda appunto il diritto di recesso), così come, probabilmente, non è lungo un periodo di cinque anni<sup>323</sup>, che è un termine normalmente tollerato dal legislatore (si vedano, per esempio, la durata quinquennale dei patti parasociali di cui all'art. 2341-*bis*, ove significativamente si prevede – di contro – il diritto di recesso dal contratto parasociale stipulato a tempo indeterminato, segno evidente che fino al quinquennio il legislatore tollera l'impegno; nonché, la durata quinquennale del patto di non concorrenza di cui all'art. 2596 e all'art. 2557; e ancora la disposizione del testatore di non dividere prima del passaggio di cinque anni dalla sua morte, di cui all'art. 713, comma 3; così come dall'art. 1111, comma 1, si desume che l'autorità giudiziaria può disporre la dilazione di un quinquennio rispetto alla domanda di un comunista di addivenire allo scioglimento della comunione).

A favore della plausibilità del termine quinquennale depone pure l'art. 2355-*bis*, comma 1, secondo cui lo statuto di società per azioni può sottoporre a particolari condizioni il trasferimento delle azioni «e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento».

Meno favore è invece probabilmente concedibile a un termine decennale, pur se un argomento non trascurabile è ritraibile dall'art. 1111, comma 2, ove si sancisce che «il patto di rimanere in comunione per un tempo non maggiore di dieci anni è valido e ha effetto anche per gli aventi causa dai partecipanti» e che «se è stato stipulato per un termine maggiore, questo si riduce a dieci anni» (pur se il successivo comma 3 fa salva, ed è da qui che può trarsi un argomento sfavorevole, la facoltà dell'autorità giudiziaria di «ordinare lo scioglimento della comunione prima del tempo convenuto» ove «gravi circostanze» lo richiedano). Invero, appare ardito “pescare” dal Libro (*statico*) “della Proprietà” argomenti limitativi della *dinamica* del Libro “del Lavoro”.

<sup>323</sup> Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, se il limite di due anni è tollerabile, il suo superamento, per esempio, fino a cinque anni, può essere connesso «in relazione a determinati risultati che ragionevolmente possono attendersi (o non attendersi) dall'impresa, senza che possa scattare il recesso in quanto appunto la clausola non sarebbe di assoluta intrasferibilità né impedirebbe concretamente di vendere se non a certe “condizioni” e “limiti”». In altri termini, lo scavalco del biennio sarebbe consentito, senza cioè darsi luogo a recesso nei casi in cui l'intrasferibilità fosse disposta «*ad libitum* o irragionevolmente per un periodo di tempo superiore a due anni. Prospettiva cioè che apre la strada alla legittimità di clausole di “irragionevole intrasferibilità” senza facoltà di recesso, ossia per un periodo maggiore di due anni, purché (in ciò dovrebbe consistere la ragionevolezza) vi sia una giustificazione nell'interesse di impresa o dei soci, e in ogni caso il periodo non sia troppo lungo».

**3.11.5** Intrasferibilità delle quote nei “vecchi” statuti e diritto di recesso

Se dunque l'introduzione nei nuovi statuti della previsione di intrasferibilità delle partecipazioni genera questa “ingombrante” facoltà di recesso del socio, è legittimo chiedersi come la riforma impatti con i “vecchi” statuti che contengano clausole di intrasferibilità delle partecipazioni al capitale di una data società a responsabilità limitata.

In altri termini: essendo state scritte (ed essendo state da tutti i soci accettate) quelle clausole di intrasferibilità in quel clima normativo che permetteva l'irrevocabile “prigionia” del socio nel libro dei soci, si applica dunque a queste situazioni la nuova norma che consente al socio “prigioniero” la facoltà di chiedere la liquidazione della quota di partecipazione? oppure questa nuova (e rivoluzionaria) normativa si applica solo alle clausole di intrasferibilità scritte dopo l'entrata in vigore della riforma?

A prima vista, quest'ultima tesi sembra più equa: se io ho accettato di “imprigionarmi” nel libro dei soci e quindi i miei consoci e io abbiamo puntato sul fatto che la società (e i suoi soci di conseguenza) non debbano trovarsi nella situazione, un bel giorno, di dover far fronte alla liquidazione della quota di chi pretenda di recedere, allora può sembrare iniquo che le regole con le quali questa partita è iniziata improvvisamente subiscano un radicale mutamento; sarebbe come se, in sostanza, scese in campo le squadre con undici giocatori a maglia azzurra contro altri undici a maglia verde, a un certo punto del primo tempo l'arbitro si togliesse la giacchetta nera e indossasse la maglia di una delle due squadre.

A questa visione, che è comunque suggestiva e che indubbiamente lascia il segno, va peraltro contrapposto il “freddo” ragionamento secondo cui la nuova norma non contiene previsioni di una sua applicazione solo per le clausole statutarie di intrasferibilità firmate dopo l'entrata in vigore della riforma e che quindi, a parte il ragionamento appena fatto (che peraltro punta molto su considerazioni di natura “economica” ma che di “giuridico” non appare poi essere granché dotato), non sembrano esservi fondate ragioni per non estendere l'applicazione della nuova norma sul diritto di recesso anche ai “vecchi” statuti, oltre che ovviamente applicarsi a quelli nuovi: se una legge “nuova” entra in vigore, inevitabilmente essa si applica anche alle situazioni “vecchie” sovrapponendosi a esse, a meno che in base a espliciti dettati normativi o a principi generali (del tipo: *nullum crimen, sine lege*) essa appunto non possa riverberare sulle partite che sono già iniziate. Ma se queste norme o questi principi manchino, come pare accada qui, ebbene è difficile lo sforzo di riassorbire questa esondazione della nuova norma entro gli argini degli statuti prima d'ora sottoscritti.

E quindi chi aveva fino a ora scommesso su queste clausole per puntare sulla necessaria permanenza in società di tutti i soci, senza che nessuno di essi (di maggioranza o di minoranza) potesse chiedere di essere liquidato,

ora dovrà probabilmente mutare le proprie strategie e ripensare i rapporti di forza, gli assetti e le situazioni alla luce della (indubbiamente) imbarazzante (sotto questo profilo) entrata in vigore del nuovo diritto.

### 3.11.6 La clausola di gradimento nella società a responsabilità limitata

La clausola di gradimento è la clausola per la quale il trasferimento della partecipazione è, caso per caso, subordinato:

- al *placet* immotivato del soggetto o dell'organo cui lo statuto attribuisce il potere di gradimento (è la cosiddetta clausola di "mero gradimento");
- al *placet* del soggetto o dell'organo cui lo statuto attribuisce il potere di verificare la sussistenza nel cessionario di determinati requisiti, oggettivi o soggettivi (cosiddetto gradimento "non mero").

Deputato al gradimento può essere un organo sociale (per esempio: l'organo amministrativo, l'assemblea dei soci, il collegio sindacale) o extrasociale (si pensi a un collegio di arbitratori), un singolo membro di quegli organi o anche un terzo estraneo rispetto alla società<sup>324</sup>.

La clausola di gradimento aveva finora rappresentato un problema solo nella società per azioni. Nella società a responsabilità limitata, infatti, potendosi addirittura prevedere statutariamente il divieto di circolazione delle quote di partecipazione al capitale sociale, l'inserzione della clausola di gradimento (sia che si trattasse di un gradimento "mero" sia che lo "sgradimento" fosse da suffragare con una motivazione) era, "per derivazione", ritenuta perfettamente valida<sup>325</sup> e non dava luogo a nessun problema: chi

<sup>324</sup> Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 110.

<sup>325</sup> Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 519; Trib. Napoli, 28 maggio 1997, in *Società*, 1998, 71, secondo cui «la libera trasmissibilità non costituisce connotato essenziale delle quote di una s.r.l., ben potendo essere questa limitata al mero gradimento degli organi sociali o degli altri soci (Cass. n. 2054/1954, Cass. n. 11057/93). In questa stessa prospettiva si è giunti anche ad affermare la legittimità di una previsione di intrasmissibilità assoluta (Cass. n. 2637/93). A ulteriore corollario dell'orientamento indicato si è anche soliti ricordare che nelle società a responsabilità limitata, rispetto alle società per azioni, è più rilevante l'apporto personale, pur nel medesimo contesto di generale distacco della quota di partecipazione dalla persona fisica del socio quale minimo comun denominatore delle società di capitali; talché sembra più giustificato un orientamento di maggiore favore verso clausole che in qualche misura tendano alla salvaguardia della composizione sociale»; Trib. Roma, 23 marzo 1988, in *Società*, 1988, 627; Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Foro it.*, 1994, I, 1456; in *Società*, 1994, 475; in *Vita not.*, 1994, 820; App. Torino, 19 gennaio 2001, in *Notariato*, 2001, 374; e in *Riv. not.*, 2001, 935, secondo cui «stante la for-

avesse aderito a una società dotata di una tal clausola nel proprio statuto sapeva perfettamente di poter divenire “prigioniero” della società ove il soggetto deputato all’espressione del gradimento circa l’entrata in società di un nuovo soggetto non avesse espresso appunto parere favorevole.

Né avrebbe potuto invocarsi per analogia la disciplina positiva disposta per le clausole di gradimento nella circolazione di partecipazioni in società azionarie, per il motivo che alle società a responsabilità limitata non era ritenuta applicabile la normativa in tema di clausole di gradimento prevista espressamente per le società per azioni, anche in considerazione del rapporto più personalistico esistente tra socio e società<sup>326</sup>.

I problemi del gradimento invece sussistevano nella società per azioni, ove la questione era addirittura divenuta oggetto di una specifica previsione normativa (l’art. 22 della legge 4 giugno 1985 n. 281), in base alla quale si dichiarava «l’inefficacia» di clausole statutarie che avessero subordinato «gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali»; di modo che nella società per azioni era introducibile solamente una clausola di gradimento “non mero” (e cioè una clausola che prevedesse le ragioni in base alle quali l’organo o il soggetto preposti al gradimento avrebbero potuto negare, motivando l’opinione negativa, il proprio favore all’ingresso di un nuovo socio, il cessionario, al posto del socio cedente), fermo restando che non era da ritenersi viziata<sup>327</sup> la delibera con cui l’organo amministrativo di una società di capitali, nell’esercizio del potere statutario di deliberare sull’ammissione di nuovi soci, avesse concesso il gradimento senza però indicare o esigere l’indicazione dell’acquirente (posto che tale omissione era da interpretarsi come apprezzamento di irrilevanza dell’identificazione del nuovo socio ai fini della concessione del gradimento).

Ora, anche nella società a responsabilità limitata riformata fa dunque

mulazione dell’art. 2479 c.c., il quale consente la previsione statutaria dell’assoluta inceditibilità delle partecipazioni, è da ritenere ammissibile la previsione della necessità del gradimento degli altri soci per l’efficacia della cessione di quote a favore di un soggetto estraneo alla compagine sociale, e ciò anche in assenza di oneri di motivazione e di termini perentori entro i quali esprimere o negare il consenso». *Contra* Trib. Novara, 7 novembre 2000, in *Notariato*, 2001, 371; e in *Riv. not.*, 2001, 935, secondo cui «la clausola che subordina l’efficacia del trasferimento delle quote di società a responsabilità limitata a favore di soggetti diversi dai soci attuali al gradimento immotivato e insindacabile dei medesimi, deve ritenersi illegittima poiché non impedisce la violazione del dovere di buona fede nell’esecuzione dei contratti; perché possa validamente essere introdotta quale norma statutaria occorre espressamente prevedere un termine per l’espressione del gradimento alla cessione; decorso tale termine deve dirsi se, nel silenzio degli altri soci, il consenso si intende accordato o negato».

<sup>326</sup> App. Milano, 29 settembre 1987, in MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata, in Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 183.

<sup>327</sup> Cass., 15 novembre 1993, n. 11278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 873.

prepotente ingresso questa articolazione della clausola di gradimento in clausola di gradimento “mero” (ove l’espressione del gradimento non subisce né “condizioni” né “limiti”, la cui presenza comporta dunque l’attribuzione del diritto di recesso) e clausola di gradimento che invece preveda «condizioni e limiti» in base ai quali il gradimento possa essere negato, e ciò in quanto, appunto, nel primo caso il socio ha facoltà di recesso in ogni tempo (a meno che, come noto, lo statuto non disponga un termine, comunque non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non possa essere esercitato)<sup>328</sup>.

Come già detto per la clausola di intrasferibilità, anche per la clausola di gradimento si pone il problema di qualificare, in termini di attribuzione o meno del diritto di recesso, tutte quelle situazioni di gradimento “non mero” che nella realtà pratica possono variamente presentarsi (e che, anzi, massimamente nella materia del gradimento si presentano in mille sfaccettature proprio perché, trattandosi appunto “di gradimento”, e quindi spesso di un soggettivo giudizio di compatibilità tra il nuovo socio e i vecchi soci, le caratteristiche che il nuovo socio deve possedere per essere accolto in una data compagine sociale variano evidentemente da caso a caso): e si può trattare di requisiti che spaziano da quelli “più oggettivi” possibili, e che quindi non danno luogo a margini di discrezionalità (determinate qualifiche di studio o professionali, qualità personali come l’età, il sesso o la nazionalità) a quelli “più soggettivi” possibili, ove invece la discrezionalità è massima (per esempio, una clausola del tipo «la rispondenza delle qualità personali e professionali del futuro socio alle caratteristiche della società e della sua attività»).

Anche qui può essere dunque rilevato che il dato discriminante tra i casi in cui viene a spettare un diritto di recesso e quelli in cui tale diritto non compete è indicato dalla legge nella considerazione che si deve o meno trattare di «condizioni e limiti [...] che nel caso concreto impediscono il trasferimento» delle partecipazioni; e appare quindi inevitabile intravedere questo “impedimento” ogni qualvolta la discrezionalità del gradimento ecceda limiti di ordinaria ragionevolezza<sup>329</sup>.

<sup>328</sup> Si veda, per esempio, quanto elaborato per il gradimento “non mero” nella società per azioni da App. Milano, 29 settembre 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, 282, secondo cui «la subordinazione del rifiuto di gradimento» deve essere condizionata «alla presenza di elementi obiettivi e specifici» in quanto «la ratio dell’inefficacia va individuata da un lato nell’interesse del socio uscente a non rimanere prigioniero del suo titolo, dall’altro nell’interesse dei soci che esprimono la maggioranza e gli organi sociali a impedire le cosiddette “scalate” da parte di terzi estranei collegati all’interesse dell’impresa sociale di conservare un’autonomia omogenea».

<sup>329</sup> SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme impera-*

Infine, visto che l'istituto del recesso è deputato a tutelare il diritto del socio all'*exit* a fronte dell'imprigionamento che altrimenti gli deriverebbe da clausole di gradimento che non recassero "condizioni" e "limiti" per l'espressione del gradimento stesso, va probabilmente affermato, pur nel silenzio della legge, che questo diritto a fuoriuscire pare ricevere tutela anche ogni qualvolta la clausola di gradimento "mero" predisponga un meccanismo di acquisizione delle partecipazioni di titolarità del socio che intende uscire (su questo punto si veda anche l'art. 2355-*bis*, comma 2, per il quale «le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante»)<sup>330</sup>. E così non dovrebbe dare diritto a recesso<sup>331</sup>, per esempio, la clausola di gradimento, seppur espressa in termini di gradimento assolutamente "mero", per effetto della quale o gli altri soci o un terzo "presentato" al "recedente" dai soci stessi, si candidino per l'acquisto a prezzo "di mercato" delle quote del "recedente" medesimo.

### 3.11.6.1 *Il soggetto deputato al gradimento*

La nuova norma è interessante anche sotto il profilo che essa espressamente prevede una vasta scelta di soggetti cui l'espressione del gradimento<sup>332</sup> può essere delegata (facendo detta norma invero riferimento al «gradimento di organi sociali, di soci o di terzi»): pertanto, non solo organi societari (e quindi sia l'assemblea dei soci, sia il consiglio di amministrazione, sia – probabilmente – l'organo di controllo, con l'ovvia conseguenza del conflitto d'interessi di colui che si trovi contemporaneamente ad assumere la qualità di potenziale cedente o di membro dell'organo che deve esprimere il gradimento), ma anche singoli soci o addirittura soggetti estranei alla compagi-

*tive nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6, Milano, 2003, 205, parla di «requisiti così capricciosi e slegati all'interesse della società da configurare una intrasferibilità di fatto».*

<sup>330</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 4, n. 3.6, il socio in tal modo non è «prigioniero del suo titolo ed è così in grado di realizzare quell'interesse all'agevole disinvestimento che costituisce uno dei motivi essenziali della scelta della società per azioni e della sua diffusione».

<sup>331</sup> In tal senso cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205.

<sup>332</sup> Secondo App. Milano, 29 settembre 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, 282, «la manifestazione di gradimento, come ogni altra manifestazione di volontà, può essere tacita e desumersi da comportamenti e dichiarazioni univoci che presuppongano necessariamente il consenso del gruppo ad accettare il nuovo socio nella compagine sociale».

ne sociale<sup>333</sup> (si pensi, per esempio, al gradimento della *holding* sull'ingresso di nuovi soci nelle società del gruppo), cui sia dunque attribuito l'incarico di esprimere il gradimento nel caso che uno dei soci intenda cedere a terzi le proprie partecipazioni.

### 3.11.6.2 *Il gradimento "mero"*

Dovendosi d'ora in poi distinguere anche nella società a responsabilità limitata tra gradimento "mero" (solo qui vi è infatti, come si è detto, il diritto di recesso) e gradimento "non mero", è inevitabile andare a "pescare" nell'elaborazione sinora operata dalla giurisprudenza teorica e da quella pratica in ordine alla clausola di gradimento contemplata negli statuti delle società per azioni, per distinguere tra clausole efficaci e clausole inefficaci.

Ebbene, la legge 281/1985, che ha decretato l'inefficacia delle clausole di mero gradimento, è stata interpretata dalla dottrina, da un lato, nel senso che per clausole di gradimento "non mero" debbano intendersi quelle contenenti i criteri obbiettivi cui il gradimento debba ispirarsi; ma, d'altro lato, si è pure ritenuto che, a rendere il gradimento "non mero" sarebbe sufficiente l'indicazione di un acquirente gradito o, comunque, una motivazione del rifiuto obbiettivamente ispirata all'interesse sociale<sup>334</sup>.

La giurisprudenza<sup>335</sup> ha privilegiato l'interpretazione secondo cui il contemperamento tra l'interesse della società a impedire l'ingresso di elementi potenzialmente pregiudizievoli per la compagine sociale e il principio di libera trasferibilità delle partecipazioni può considerarsi compiuto mediante una clausola che, pur non indicando criteri prestabiliti per la concessio-

<sup>333</sup> Conforme ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 66. Giudica invece «singolare [...] il gradimento del terzo», RESCIGNO M., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1499.

<sup>334</sup> Cfr. CORSI F., *Il fantasma della clausola di gradimento*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 20; GAMBINO A., *Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985 n. 281*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 5; SANTOSUOSSO D.U., *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, Milano, 1993, 229.

<sup>335</sup> Per Cass., 20 luglio 1995, n. 7890, in *Società*, 1996, 155, «data la necessità di contemperamento delle opposte esigenze di assicurare, da un lato, l'alienabilità delle azioni e tutelare, d'altro lato, l'interesse della società a impedire l'ingresso di elementi potenzialmente pregiudizievoli per la compagine sociale, è valida ed efficace una clausola di gradimento che, quantunque non collegata a criteri statutariamente prestabiliti, prescriva l'obbligo, in caso di rifiuto, della designazione di altro acquirente gradito. In ipotesi di validità della clausola di gradimento è legittimato a chiedere l'autorizzazione per l'alienazione dei titoli azionari il solo socio alienante; qualora invece la clausola sia ritenuta nulla o il rifiuto illegittimo, anche il socio acquirente sarà legittimato a far valere l'opponibilità del trasferimento alla società».

ne o la negazione del gradimento, prescriva l'obbligo di designare un altro acquirente gradito; peraltro è stato pure sancito<sup>336</sup> che se la clausola di gradimento, ai fini della concessione del *placet*, facesse esclusivo riferimento "all'interesse sociale", ciò equivarrebbe a una sostanziale riserva di mero gradimento stante l'estrema genericità di una tale previsione.

### 3.11.6.3 *L'introduzione e la soppressione della clausola di gradimento*

Su questa materia la riforma non apporta espressamente alcuna novità<sup>337</sup>, cosicché (salvo intervenire sulla materia con apposite prescrizioni statutarie) si potrebbe perpetuare anche *post* riforma<sup>338</sup> il previgente orientamento secondo cui:

1. l'introduzione di una clausola di gradimento necessita del consenso di tutti i soci, in quanto incide sul diritto del socio di disporre della propria quota<sup>339</sup>;
2. per la rimozione della clausola di gradimento è sufficiente la maggioranza per le modifiche statutarie, in quanto, una volta introdotta, detta clausola concorre, al pari di ogni altra, alla regolamentazione della vita societaria e

<sup>336</sup> Cfr. Trib. Napoli, 9 febbraio 1993, in *Società*, 1993, 967, secondo cui «è illegittima, perché non rispettosa del dettato normativo, la clausola statutaria formulata con termini vaghi e ampi (nella fattispecie la concessione del gradimento è condizionata dalla verifica della conformità all'interesse sociale dell'ingresso nella società di quel determinato acquirente) da tradursi in una clausola di stile meramente apparente perché, formalmente rispettosa della disposizione, si traduce, in realtà, in una sostanziale affermazione di riserva di un gradimento mero».

<sup>337</sup> Conforme ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 66.

<sup>338</sup> *Contra* SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, nota 32, per il quale sia per l'introduzione che per la soppressione varrà il *quorum* disposto dall'art. 2479, ultimo comma (almeno la metà del capitale sociale); e pure TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 18 (del dattiloscritto), il quale, dallo spirito della riforma, ritiene di desumere lo sfavore per le soluzioni unanimitiche, ove non le preveda il legislatore.

<sup>339</sup> Cfr. Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Foro it.*, 1994, I, 1456; in *Società*, 1994, 475; in *Dir. fall.*, 1994, II, 773, secondo cui «l'introduzione nello statuto di una società a responsabilità limitata della clausola di gradimento dell'assemblea ordinaria per il caso di donazione della quota da parte di un socio, incidendo sul diritto del socio di disporre della propria quota in modo gratuito, non può aver luogo senza il consenso unanime dei soci»; Trib. Latina, 9 luglio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 444, secondo cui «non può essere omologata in una società a responsabilità limitata la delibera, adottata a maggioranza, con la quale si introduca l'intrasferibilità assoluta delle quote sociali, essendo invece necessario il consenso unanime dei soci».

si presta a essere modificata come qualsiasi altra clausola regolatrice di detta vita societaria<sup>340</sup>.

Invero, con la riforma vengono in considerazione una serie di osservazioni che non possono non lasciare il segno; e almeno:

- da un lato il rilievo che, ove il legislatore abbia ritenuto indispensabile una decisione unanime, ha dato mostra di avere la capacità di espressamente disporla (art. 2468, comma 4);
- d'altro lato il rilievo che l'art. 2437, in tema di recesso dalla società per azioni, ha previsto quale fattispecie di recesso il caso dell'introduzione e quello della rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni (dal che deve derivarsi che dette modifiche statutarie evidentemente possono essere assunte a maggioranza);
- d'ultimo lato il rilievo che a tutela del socio e del suo non imprigionamento è ora disposto il diritto di recesso e quindi tale tutela non dovrebbe più essere ricercata con la prescrizione di decisioni unanimi.

Insomma, in base a queste considerazioni dovrebbe potersi derivare che con decisione a maggioranza non solo si potrebbe (come prima) rimuovere dallo statuto una preesistente clausola di gradimento, ma pure che si potrebbe inserirla *ex novo*<sup>341</sup>.

Peraltro, potrebbe obiettarsi che la mancata ripetizione, nella disciplina della società a responsabilità limitata, della previsione di recesso apposta nella disciplina della società per azioni (per il caso dell'introduzione/rimozione dei vincoli alla circolazione delle partecipazioni), sarebbe un probante indizio per ritenere che, stante il carattere fortemente personalistico dei rapporti tra i soci della società a responsabilità limitata, in questo tipo

<sup>340</sup> Cfr. Trib. Milano, 4 giugno 1982, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile ipertestuale*, Torino, aggiornamento 2003, secondo cui «la deliberazione con la quale, modificando lo statuto sociale, l'assemblea di una società per azioni sopprime una preesistente clausola di gradimento contenuta nello statuto, non richiede, per la sua validità, il consenso unanime di tutti i soci». Cfr. però anche App. Milano, 29 gennaio 1993, in *Società*, 1993, 1213, secondo cui «il principio affermato in materia di società per azioni secondo il quale le clausole di gradimento introdotte all'unanimità negli statuti possono essere poi modificate anche a maggioranza, non trova automatica applicazione in tema di società a responsabilità limitata, in considerazione del carattere personalistico proprio di tale tipo di società che tende a configurarle come un ristretto gruppo di soci all'interno del quale l'identità personale di ciascuno acquista una rilevanza particolare e determina il consenso degli altri».

<sup>341</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, nota 32, il quale sostiene l'applicabilità del *quorum* di cui al nuovo art. 223-bis, comma 2, delle disposizioni di attuazione del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma, sia per introdurre che per sopprimere clausole di prelazione e gradimento.

societario sia pur sempre necessaria una decisione unanime (e, a questo punto, sia per l'introduzione nello statuto che per la rimozione dallo statuto della clausola di gradimento).

### 3.11.7 La clausola di prelazione

La nuova norma secondo la quale le quote di partecipazione al capitale sociale «sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo» (art. 2469, comma 1) legittima la previsione statutaria, oltre che di soluzioni "estreme" (e cioè di clausole che vietino radicalmente l'alienazione delle quote), anche di soluzioni "intermedie" tra il tassativo divieto di circolazione e la completa libertà di trasmissione delle partecipazioni, come per esempio capita per le clausole di gradimento e quelle di prelazione.

Quest'ultima clausola, tipicamente presente nell'assoluta maggioranza degli statuti di società a responsabilità limitata, è finalizzata a consentire ai soci, nel caso uno di loro intenda<sup>342</sup> alienare le proprie partecipazioni, di

<sup>342</sup> Sulla *denuntiatio*, cfr. Trib. Napoli, 21 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1997, 82, secondo cui «la *denuntiatio*, prevista dallo statuto societario in caso di trasferimento delle quote, non può consistere nell'enunciazione, da parte del promittente, della mera intenzione di vendere, ma comporta la comunicazione dei precisi termini del contratto che si intende concludere con il terzo, cioè di una proposta concreta rispondente ai requisiti previsti dall'art. 1325 c.c. e contenente le condizioni accettate dal terzo per procedere all'acquisto e che il destinatario può soltanto accettare o rifiutare; laddove la *denuntiatio* non risulti conforme a queste prescrizioni, non decorre lo *spatium deliberandi* fissato per l'esercizio del diritto di prelazione.»; Trib. Cassino, 9 settembre 1997, in *Società*, 1998, 415, secondo cui «la funzione della clausola di prelazione è quella di obbligare il socio che intende alienare tutta o parte della propria partecipazione sociale a comunicare agli altri soci tutti gli elementi dell'offerta pervenuta dal terzo (indicando eventualmente anche l'identità di quest'ultimo), che si rendono necessari per dare loro la piena consapevolezza dei termini dell'affare, e quindi la possibilità di valutare la convenienza o meno dell'esercizio della prelazione. La comunicazione dell'offerta (cosiddetta *denuntiatio*), pertanto, non può limitarsi alla mera enunciazione dell'intenzione di addivenire a quell'affare, ma deve indicare tutti gli elementi dell'accordo, sì da tradursi in una vera e propria proposta contrattuale. Non può ritenersi validamente effettuata, pertanto, la comunicazione compiuta congiuntamente da due o più soci, attraverso la quale costoro manifestano la propria volontà di alienare inscindibilmente l'insieme delle proprie partecipazioni, e indicano agli altri soci la percentuale unitaria dei rispettivi pacchetti azionari, nonché il prezzo unitario dell'offerta ricevuta dal terzo, senza individuare la quota di quest'ultimo specificamente riservata a ciascun pacchetto azionario»; Cass., 29 agosto 1998, n. 8645, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Società*, n. 717, secondo cui «in tema di vendita di azioni di una società, qualora il diritto di prelazione riconosciuto ai singoli soci da apposita clausola statutaria riguardi ogni singolo contratto avente a oggetto le azioni di ciascun socio, non è consentita la vendita in modo congiunto e per un prezzo globale delle azioni appartenenti a più soci, non operando, in tal caso, la regola della cosiddetta "inscindibilità della prelazione"; infatti, detta clausola statutaria, al pari di qualsiasi altra pattuizione riguardante posizioni soggettive individuali dei soci che venga iscritta nello statuto della società, ha efficacia reale, sicché i suoi effetti sono opponibili anche al terzo acquirente, e pertanto il patto "parasociale

essere preferiti come acquirenti delle quote oggetto di alienazione, a parità di condizioni rispetto a terzi estranei alla compagine sociale.

Ma se è facile, come si è appena fatto, individuare quali sono le finalità di questa clausola (preferire come acquirenti i consoci dell'alienante ai terzi non iscritti a libro soci), la redazione della clausola di prelazione è oltremodo difficoltosa in quanto le casistiche che si possono presentare nella prassi sono le più varie e quindi si possono verificare (come in effetti spesso si verificano) situazioni in cui la clausola di prelazione non riesce a raggiungere il suo scopo proprio perché il caso che in concreto si presenta (o che viene "confezionato ad arte" dal socio cedente) fuoriesce dalla previsione statutaria e non si presta a trovare in essa la propria disciplina.

### 3.11.71 *I vari casi di "alienazione"*

Il primo problema con il quale le clausole di prelazione spesso si "scontrano" nella prassi concreta è quello dell'individuazione delle situazioni giuridiche nelle quali la prelazione deve scattare: spesso infatti le clausole di prelazione, mal redatte sotto questo profilo<sup>343</sup>, si limitano a prevedere il solo caso della "compravendita" del diritto di "piena proprietà" delle quote di partecipazione al capitale sociale, quando invece la fuoriuscita di un socio dalla società (con il conseguente sorgere dell'interesse degli altri soci all'acquisizione delle sue partecipazioni) può avvenire in una miriade di altri casi. Infatti, si può trattare:

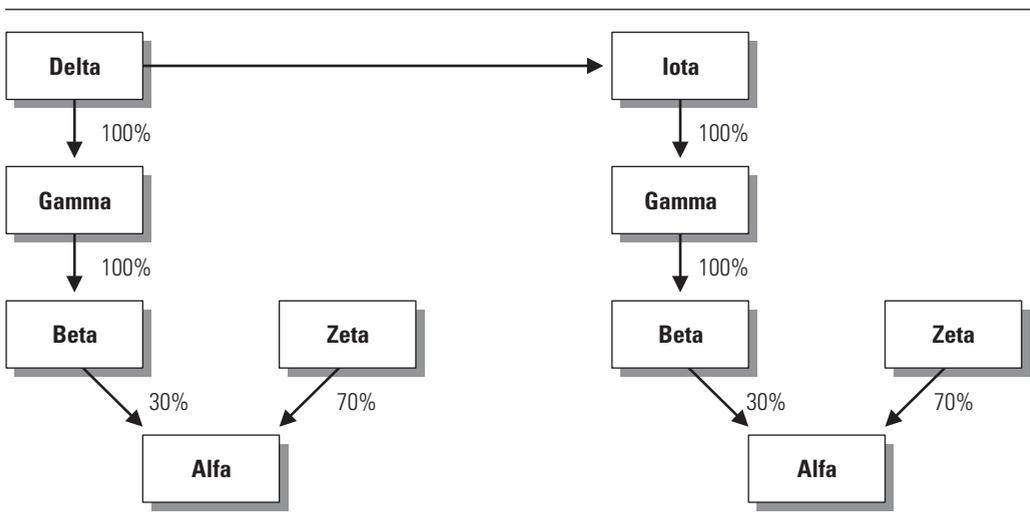
- a. in primo luogo, di una compravendita, ma non del diritto di piena proprietà, quanto del diritto di usufrutto o di nuda proprietà delle quote di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata;
- b. in secondo luogo, di negozi a titolo oneroso, come la compravendita, ma senza la previsione di un corrispettivo "fungibile" (qual è il denaro nella

le", con il quale alcuni soci si accordino per vendere congiuntamente le azioni di loro proprietà per un prezzo globale, intervenuto successivamente alla stipulazione della clausola di prelazione, non potrebbe legittimare la violazione del diritto di prelazione riconosciuto dalla stessa clausola ai soci che non abbiano aderito a detto patto parasociale». Cfr. pure CENICCOLA A., *Profili strutturali e funzionali della denuntiatio nella prelazione societaria*, in *Dir. e giur.*, 1997, 277.

<sup>343</sup> Cfr. Trib. Trieste, 14 agosto 1998, in *Giur. comm.*, 1998, II, 736, secondo cui «una clausola statutaria di prelazione che utilizza il termine "trasferimento di quote per atto tra vivi", [...] non consente di individuare con precisione le specifiche fattispecie traslative sulle quali la clausola deve spiegare i propri effetti; deve dunque essere senz'altro accertata quale fosse stata al momento della redazione dello statuto la comune intenzione delle parti che, nella specie, induce decisamente a ritenere che, nella generica espressione "trasferimento", i soci intendessero ricomprendere non soltanto la cessione della titolarità delle quote, ma anche la costituzione di diritti reali minori quali il pegno o l'usufrutto; le quote sociali conferite in pegno sono quindi sequestrabili».

- compravendita medesima): si pensi alla permuta, alla dazione in pagamento, alla costituzione di una rendita, al conferimento delle quote in una società ecc.<sup>344</sup>;
- c. in terzo luogo, di negozi da cui “indirettamente” derivi l’effetto della trasmissione delle partecipazioni al capitale di una società a responsabilità limitata: si pensi a una fusione ove la società incorporata detenga quelle partecipazioni, a una cessione d’azienda al cui novero esse appartengono, a una scissione ove alla società “beneficiaria” siano attribuite le quote di partecipazione già di titolarità della società “scissa”;
- d. in quarto luogo (qui la complicazione raggiunge probabilmente il massimo grado), delle ipotesi in cui, trattandosi di quote della società Alfa società a responsabilità limitata possedute dalla Beta società per azioni, avvenga una cessione delle partecipazioni di controllo della Beta società per azioni, con

**Figura 3.6** Cessione indiretta delle partecipazioni della società controllata mediante cessione delle partecipazioni della controllante



<sup>344</sup> Cfr. Trib. Milano, 6 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1220, secondo cui «presupposto di applicabilità della clausola statutaria di prelazione, stabilita “a parità di condizioni” è l’indifferenza della sostituzione del cessionario rispetto alle altre componenti negoziali della cessione; non costituisce quindi violazione della clausola la cessione delle quote sociali effettuata mediante loro conferimento in altra società, poiché essa realizza un negozio di tipo associativo e non un semplice contratto di scambio».

<sup>345</sup> Sulle possibili “interferenze” tra il negozio di donazione e la clausola di prelazione cfr. Trib. Milano, 24 maggio 1982, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1982, II, 338. Cfr. pure Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1340, secondo cui «la clausola dell’atto costitutivo di una società a responsa-

il che deriva un'altra ipotesi di *indiretta* "cessione" delle quote dell'Alfa società a responsabilità limitata;

e. in ultimo luogo, di negozi a titolo gratuito, quali una donazione<sup>345</sup>.

Ebbene, se una clausola di prelazione sia redatta, come spesso purtroppo accade, solamente con riferimento all'ipotesi che uno dei soci "venda" le proprie quote, è facile derivarne che in tutti i casi in cui il corrispettivo del negozio alienativo non sia "fungibile" (come accade invece nella compravendita) oppure in cui addirittura il corrispettivo non esista (trattandosi di un atto a titolo gratuito), quella clausola di prelazione è destinata a non funzionare e gli altri soci si trovano impotenti di fronte al subentro in società del soggetto che ha approfittato del negozio alienativo non prelazionabile dai consoci dell'alienante.

Se invece si voglia fare in modo che la clausola di prelazione "copra" anche ogni ipotesi di alienazione delle quote diversa da quella della vera e propria compravendita, occorre che essa sia redatta in modo da:

- "trasformare" in corrispettivo fungibile (cioè in denaro) tutti quei casi in cui il negozio alienativo non preveda la fungibilità del corrispettivo: per esempio, in caso di permuta, occorrerà prevedere che, a chi dovrebbe ricevere in permuta la quota del socio cedente, sia trasferibile, da parte dei soci che intendono esercitare la prelazione, una somma di denaro di valore pari a quello della quota oggetto di permuta;
- sostituire, nel patrimonio del donatario, al valore della quota oggetto di donazione, un valore in denaro di misura pari a quello della quota stessa, in modo che anche in caso di donazione della quota siano soddisfatti gli interessi dei consoci del donante (a non vedere entrare il donatario in società)

bilità limitata, la quale contempra il diritto di prelazione degli altri soci in caso di trasferimenti di quote sociali per atti tra vivi, è concettualmente riferibile ai soli trasferimenti onerosi, mentre una sua estensione a quelli a titolo gratuito sarebbe ammissibile solo in presenza di un'espressa previsione in tal senso; ciò in quanto la libera trasferibilità delle quote di società a responsabilità limitata è da vedersi come regola, mentre un divieto di disposizione a titolo gratuito, in cui si risolverebbe sostanzialmente l'estensione della prelazione ai trasferimenti di quel tipo, è da ritenersi eccezione, certamente consentita, ma a condizione di una pattuizione esplicita»; Trib. Verona, 21 luglio 1995, in *Riv. not.*, 1996, 945, secondo cui «poiché la successione non può identificarsi con l'alienazione intesa come trasferimento a titolo particolare dei diritti sulle azioni, non è consentita in alcun modo la limitazione della circolazione delle azioni *mortis causa*; conseguentemente, la clausola statutaria che preveda la facoltà, per i soci superstiti di una società di capitali, di accettare o meno l'ingresso degli eredi del socio defunto non appare legittima ai sensi dell'art. 2355 c.c.»; Trib. Milano, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 250, secondo cui «sembra opinabile la contestabilità da parte della società di una violazione di una clausola statutaria di prelazione che non preveda espressamente l'ipotesi traslativa della donazione e non indichi i criteri per la determinazione del corrispettivo della cessione».

e quelli del donatario (a vedere composto il proprio patrimonio di un valore corrispondente a quello della quota oggetto di donazione).

### **3.11.7.2** *Il prezzo della quota proposta in vendita*

Un altro problema che spesso si genera a causa della redazione di clausole di prelazione non scritte con la dovuta precisione è quello del possibile “aggiramento” della clausola stessa mediante la simulazione del prezzo di cessione.

In altri termini, per scoraggiare i consoci del cedente a esercitare il diritto di prelazione, il cedente stesso può essere indotto a esagerare il prezzo di cessione rispetto al valore effettivo della partecipazione (salvo poi non riscuoterlo mai, sul che gli altri soci hanno scarsissime possibilità di controllo).

Anche qui è dunque opportuno procedere mediante adeguate previsioni statutarie, come quella secondo cui gli altri soci, che “subiscono” la pretesa del socio alienante di un prezzo ritenuto spropositato, possono attivare un giudizio di arbitraggio del prezzo stesso, in modo da poter acquisire le quote proposte in vendita pagando il prezzo stabilito dall’arbitratore, o ancor meglio quelle secondo cui:

- a. ove il prezzo proposto dal socio cedente sia maggiore del valore stabilito dal collegio di arbitraggio, la proposta si intenda fatta per il prezzo pari al valore stabilito dal collegio di arbitraggio;
- b. ove il prezzo proposto dal socio cedente sia minore del valore stabilito dal collegio di arbitraggio, la proposta si intenda fatta per il prezzo proposto dal proponente.

Si può inoltre incrementare il disincentivo per chi intenda cedere le proprie quote pensando di aggirare il diritto di prelazione dei consoci mediante queste manovre di innalzamento ingiustificato del prezzo di cessione prevedendo, per esempio, che le spese del collegio di arbitraggio siano a carico per metà del socio che intende trasferire la propria partecipazione e per metà a carico di coloro che esercitano la prelazione; e che, peraltro, qualora dall’arbitraggio emerga che il valore della partecipazione stimata sia inferiore di oltre una certa percentuale al prezzo richiesto dal socio cedente, l’intero costo dell’arbitraggio gravi sul socio cedente stesso.

### **3.11.7.3** *La valutazione della quota ceduta*

Sia nel caso appena visto, e cioè quello dell’arbitraggio sul prezzo di cessione, sia quando i consoci del cedente intendono esercitare il proprio diritto di prelazione nel caso di alienazione delle quote senza corrispettivo (cioè per donazione) o con corrispettivo infungibile (come nel caso di permuta,

rendita, conferimento ecc.), si deve dunque far luogo a una valutazione della quota oggetto di cessione al fine della sua monetizzazione in denaro.

Su questo punto, nel diritto previgente è mancato qualsiasi riferimento normativo mentre nell'ordinamento discendente dalla riforma si può probabilmente trovare un punto di ancoraggio nel disposto del nuovo art. 2437-ter, ove si disciplina la valutazione delle azioni nel caso di recesso del socio dalla società per azioni: in quella norma dunque si dice che il valore delle azioni è determinato tenendo conto «della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali» e che «lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione».

Ebbene, quando si tratti di disciplinare la valutazione delle quote del socio cedente per permettere l'esercizio del diritto di prelazione da parte dei suoi consoci, è dunque opportuno inserire nello statuto della società la previsione secondo cui, per esempio, quel valore deve essere computato tenendo in considerazione la redditività della società, il valore attuale dei suoi beni materiali e immateriali e di ogni altra circostanza e condizione che siano normalmente tenute in considerazione nella tecnica valutativa delle partecipazioni societarie, ivi compresa la circostanza che, ove si tratti di valutare una quota di partecipazione da cui derivi il controllo della società, al suo valore è da aggiungere anche quello che viene comunemente definito quale "premio di maggioranza".

È inoltre da prevedere che nel calcolo del valore della società sia pure computato quello che deriva dall'avviamento della società, da determinarsi con le formule di calcolo ritenute maggiormente adeguate a seconda dello specifico comparto economico in cui la società opera o dell'attività che in concreto la società svolge, non dimenticando (forse come criterio residuale) la formuletta, spesso cara al fisco, secondo la quale l'avviamento si considera valere in misura pari alla media, ridotta alla metà, tra l'ammontare totale del fatturato degli ultimi tre esercizi e l'ammontare totale degli utili conseguiti negli ultimi tre esercizi.

#### **3.11.7.4** *L'introduzione e la rimozione della clausola di prelazione*

Così come rilevato in tema di clausola di gradimento, anche sotto il profilo dell'introduzione/rimozione della clausola di prelazione la riforma non apporta esplicitamente alcuna novità.

Pertanto, ove si ritenga di riproporre (a meno che gli argomenti di cui *supra* al par. 3.11.6.3 non legittimino decisioni a maggioranza circa l'introduzione/rimozione di clausole di prelazione) il previgente orientamento, va

qui ripetuto che l'introduzione della clausola di prelazione in uno statuto che non preveda alcuna disciplina sul punto va adottata con l'unanime consenso dei soci<sup>346</sup>, in quanto si tratta dell'introduzione di un vincolo alla libertà di trasferimento delle proprie partecipazioni; quando invece la modificazione di una clausola di prelazione già vigente in un dato statuto nonché la sua soppressione sono eventi da qualificare alla stregua di ordinarie decisioni di modifica dello statuto sociale, da adottarsi pertanto con le maggioranze che nel caso specifico sono richieste<sup>347</sup>.

<sup>346</sup> Cfr. Cass., 15 luglio 1993 n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235, secondo cui «la soppressione nello statuto di una società per azioni della clausola di prelazione in caso di vendita delle azioni non richiede il consenso di tutti gli azionisti, atteso che essa ripristina il regime legale di libera circolazione delle azioni (art. 2022 c.c.), a differenza dell'introduzione della medesima clausola, che limita il potere dispositivo dell'azionista; la maggioranza necessaria per la soppressione della prelazione è quella prevista in via generale per il funzionamento dell'assemblea straordinaria (art. 2346, in relazione agli artt. 2365, 2368, 2369 e 2369-bis c.c.), senza che sia applicabile per quanto concerne le deliberazioni in seconda e terza convocazione, la regola maggioritaria fissata dall'art. 2441 comma 5 c.c. per la soppressione dell'opzione, poiché, nonostante l'analogia tra le due ipotesi di soppressione, la natura eccezionale di quest'ultima disposizione non ne consente un'estensione analogica»; Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828, secondo cui «le clausole limitative della circolazione delle quote sociali (in particolare quelle che sanciscono il diritto di prelazione dei soci in caso di alienazione delle quote) possono essere introdotte nell'atto costitutivo mediante deliberazione adottata con il voto unanime dei soci». *Contra* tuttavia App. Milano, 1° luglio 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 257, per il quale «la clausola di prelazione non è una fattispecie contrattuale estranea al contratto sociale ma costituisce una clausola organizzativa posta a tutela dell'interesse sociale. Pertanto, ne è legittima l'introduzione nello statuto di una società per azioni con una deliberazione assembleare approvata a maggioranza»; e Trib. Milano, 4 novembre 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 866.

<sup>347</sup> Cfr. Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235, sopra riportata; App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Vita Not.*, 1994, I, 295, per il quale «le clausole di prelazione, una volta inserite nello statuto, diventano patti sociali che oltre a riguardare i soci *uti singuli* riguardano anche la società in quanto fanno sorgere l'interesse di questa al corretto svolgersi del procedimento di inserimento di terzi nella compagine sociale; è pertanto ammissibile la soppressione di una clausola statutaria di prelazione con deliberazione dell'assemblea che vincoli anche la minoranza dissenziente»; App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Vita not.*, 1994, I, 295; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Società*, 1997, 390; in *Giust. civ.*, 1997, I, 107; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 586; in *Riv. not.*, 1997, 534, secondo cui «è valida la deliberazione assembleare di società a responsabilità limitata, adottata con le maggioranze prescritte per la modificazione dell'atto costitutivo, soppressiva della clausola con cui viene attribuito a ciascun socio un diritto di prelazione sulle quote degli altri in caso di cessione a terzi delle stesse, clausola contenuta nel medesimo atto costitutivo o nello statuto della società, ancorché tale deliberazione non sia di per sé idonea a incidere sugli effetti parasociali del patto di prelazione intercorso tra i soci». Cfr. però App. Bari, 15 aprile 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1231, secondo cui «la delibera con la quale l'assemblea di una società a responsabilità limitata esclude a maggioranza il diritto di prelazione attribuito ai soci dallo statuto è contraria alla legge e non può essere omologata, in quanto dispone di un diritto soggettivo del socio che non può essere eliminato senza il suo consenso»; e Trib. Ascoli Piceno, 22 novembre 1988, in *Società*, 1989, 186, «può essere soppressa con il consenso di tutti i soci, e non con voto a maggioranza, la clausola statutaria conferente ai soci il diritto di prelazione nell'acquisto delle quote, la quale attribuisce ai soci *uti singuli* il dirit-

Infatti, una volta fatto il suo ingresso in uno statuto, la clausola di prelazione regola la vita sociale come qualsiasi altra norma statutaria e quindi è soggetta alle procedure di emendamento o di abrogazione alla stessa stregua di ogni altra clausola dello statuto stesso.

### 3.11.75 *Il trasferimento di partecipazioni attuato in dispregio al diritto di (gradimento e di) prelazione*

Se una quota di partecipazione sia trasferita senza permettere agli aventi diritto l'esercizio del diritto di prelazione, pur dovendosi rilevare la diffusa opinione che l'atto in questione sia inefficace sia *inter partes* che *erga omnes*<sup>348</sup> e quindi anche verso la società, che può pertanto legittimamente rifiutarsi di annotarlo nel libro dei soci<sup>349</sup>, va sottolineato il pregio della tesi (in quanto l'altra opinione, appena riferita, sconta evidentemente troppo l'idea che la cessione della quota sia inquadrabile come una cessione di contratto, che è pertanto inefficace in caso di mancanza di consenso del contraente ceduto) che invece vuole il trasferimento valido *inter partes* ma inopponibile nei confronti della società<sup>350</sup>.

to soggettivo sia a escludere l'intrusione di estranei nella società, sia quello patrimoniale ad accrescere proporzionalmente la loro partecipazione sociale acquisendo i titoli posti in vendita».

<sup>348</sup> Cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 705, secondo cui «la violazione del patto stipulato tra le parti produce conseguenze rilevanti esclusivamente tra le parti stesse, mentre l'acquisto effettuato dal terzo in violazione della clausola convenzionale resta pienamente efficace (cosiddetta efficacia obbligatoria del patto di prelazione). Nel campo societario, tuttavia, tale tesi viene completamente sovvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti le quali tendono a riconoscere alla clausola statutaria la cosiddetta efficacia reale (cfr., per esempio, Cass. n. 3702 del 1957; Cass. n. 2763 del 1973; Trib. Napoli, 2 maggio 1975; Trib. Milano, 25 febbraio 1988 ecc.). [...] il fondamento e la legittimità della clausola di prelazione inserita negli statuti societari trova la sua ragion d'essere nella legge stessa la quale all'art. 2479 c.c. espressamente prevede il limite pattizio alla libera circolazione delle azioni; orbene, una volta considerato che l'atto costitutivo e lo statuto della società a responsabilità limitata sono resi pubblici mediante il loro deposito presso la cancelleria commerciale, non si vede come il terzo acquirente possa invocare la propria buona fede per far salvo il proprio acquisto».

<sup>349</sup> Cfr. Trib. Milano, 23 settembre 1991, in *Società*, 1992, 357, secondo cui in caso di violazione del diritto di prelazione, la società ha legittimazione e interesse a negare all'acquirente l'iscrizione nel libro dei soci e, in caso di contestazione, a ottenere una pronuncia giudiziale che statuisca l'inefficacia del negozio di trasferimento della partecipazione. Per la tesi dell'inefficacia cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 37; e Trib. Bari, 28 giugno 1974, in *Dir. fall.*, 1975, II, 122; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 280.

<sup>350</sup> Cfr. nel senso della validità del trasferimento *inter partes* App. Milano, 18 luglio 1952, in *Foro it.*, 1953, I, 905; e Cass., 16 giugno 1954, n. 1054, in *Temì*, 1955, 451.

La tesi della nullità<sup>351</sup> appare infatti eccessiva (la sanzione della nullità deve invero discendere o da una specifica previsione normativa in tal senso o dalla violazione di una norma imperativa, posta a presidio di interessi superiori ai contraenti e da essi non disponibili, e nulla di tutto ciò appare esservi in questo caso)<sup>352</sup>; così come eccessiva appare l'opinione della "riscattabilità"<sup>353</sup> della quota alienata a terzi da parte dell'avente diritto alla prelazione, in quanto derivare una siffatta efficacia dalla pubblicazione nel Registro Imprese dello statuto recante la clausola di prelazione sembra appunto derivare troppo<sup>354</sup>.

<sup>351</sup> Cfr. Cass., 16 giugno 1954, n. 2054, in *Foro it.*, 1955, I, 209, secondo cui «se le quote di una società a responsabilità limitata non sono cedibili senza il consenso dell'assemblea, una cessione senza tale consenso è inefficace rispetto alla società, che può però sempre concedere successivamente tale consenso anche in via implicita approvando la cessione successivamente fatta dal primo cessionario. Il socio di una società a responsabilità limitata, le cui quote siano cedibili solo con il consenso dell'assemblea, non è legittimato a far dichiarare la nullità di una cessione di quote avvenuta senza il consenso dell'assemblea»; Cass., 21 ottobre 1973, n. 2763, in MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata, in Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 192; Trib. Milano, 27 febbraio 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 564, secondo cui «è nulla la vendita di quote sociali effettuata in violazione del patto statutario di prelazione»; App. Bari, 29 aprile 1989, in *Società*, 1989, 1165, secondo cui «la clausola di prelazione concernente il trasferimento di quote sociali, contenuta nello statuto sociale regolarmente pubblicato, opera in modo reale, creando un vero e proprio vincolo obiettivo di intrasferibilità che, se inosservato, produce la nullità del contratto stipulato in violazione di esso e rende ammissibile la condanna del terzo acquirente al risarcimento del danno»; Trib. Cagliari, 7 gennaio 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 125.

<sup>352</sup> Cfr. ancora Trib. Napoli, 4 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 705, secondo cui «la nullità è un vizio che attiene all'essenza stessa del negozio ed è prevista dalla legge solo nelle ipotesi più gravi: per esempio, in mancanza di forma *a substantiam*, nel caso in cui l'oggetto sia mancante, impossibile, illecito, indeterminato; per quanto riguarda la causa, quando essa manchi o sia illecita o nel caso in cui il motivo, comune a entrambe le parti, sia illecito ecc. Nel caso di specie, il negozio stipulato dalle parti non è intrinsecamente affetto da vizi radicali, né pare possa parlarsi di causa illecita perché non si vede quali norme imperative siano state violate, né convenzionalmente le parti hanno inteso stabilire come conseguenza della violazione tale sanzione. Per gli stessi motivi ci sembra ancor più azzardato parlare di annullabilità del negozio, mancando qualsiasi norma dalla quale far discendere tale conseguenza. Più corretto appare inquadrare la fattispecie nell'ambito dell'inefficacia dell'atto».

<sup>353</sup> Cfr. Cass., 30 marzo 1963, n. 794, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2449; Cass., 26 aprile 1968, n. 1270, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1670; Pret. Roma, 25 febbraio 1981, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1981, II, 485; Pret. Terni, 29 ottobre 1999, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 90, secondo cui «qualora una quota di s.r.l. sia stata ceduta senza rispettare il diritto di prelazione dei soci, la cessione stessa è inefficace nei confronti del socio prelazionario pretermesso il quale, ove il trasferimento non sia venuto meno sì che il socio alienante abbia riacquisito la titolarità delle quote cedute, può esercitare il diritto di riscatto». Cfr. anche ZUDDAS G., *Vendita a un terzo attuata senza rispettare il diritto di prelazione dei soci*, in *Dir. e giur.*, 1971, 771; MELI V., *La clausola di prelazione negli statuti di S.p.A.*, Napoli, 1991, 175. Nel senso della pretendibilità del solo risarcimento dei danni patiti, cfr. D'ALESSANDRO F., *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 27.

<sup>354</sup> Cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 705, secondo cui «la clausola statuta-

**3.11.8** La clausola di “consolidazione” o di “accrescimento” in caso di morte

Nella materia dei trasferimenti delle partecipazioni al capitale della società a responsabilità limitata, la riforma incide anche su un altro tema, quello della sorte delle partecipazioni al capitale sociale nel caso di morte del socio, su cui finora non vi erano mai state esplicite previsioni normative e che pertanto era materia esclusivamente riservata all'elaborazione statutaria, in base ai principi generali dell'ordinamento<sup>355</sup>.

Il risultato cui questa elaborazione era giunta è dunque il seguente:

- a. le quote di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata possono essere oggetto (si veda *supra* al par. 3.8.2. la questione della divisibilità della quota tra i successori) di una “normale” successione a causa di morte, sia come parte del patrimonio ereditario dimesso dal defunto a favore degli eredi, sia come oggetto di uno specifico legato<sup>356</sup>;
- b. lo statuto può radicalmente vietare la trasmissione *mortis causa* delle partecipazioni al capitale di società a responsabilità limitata (in tal caso

ria che attribuisce ai soci il diritto di prelazione sulla quota alienata da un consocio ha efficacia reale. Il trasferimento di una quota in violazione della clausola statutaria che attribuisce ai soci il diritto di prelazione è inefficace e la società è legittimata a rifiutare l'iscrizione nel libro dei soci. Il socio pretermesso è legittimato a far valere l'inefficacia del trasferimento ma non può riscattare la quota alienata»; Trib. Roma, 18 marzo 1998, in *Società*, 1998, 1185, secondo cui «la clausola dello statuto di società per azioni che attribuisce ai soci il diritto di prelazione sulle azioni alienate da un altro membro della compagine sociale legittima il socio pretermesso a far valere l'inefficacia del trasferimento in violazione di detta clausola, nei confronti tanto del socio inadempiente quanto del terzo acquirente, ma non a esercitare il diritto di riscatto delle azioni alienate in dispregio della clausola».

<sup>355</sup> Cfr. CALVOSA L., *Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, in *Banca, borsa tit. di cred.*, 1992, I, 635; PICONE L., *Trasferibilità della quota del socio defunto ai soci superstiti*, in *Società*, 1997, 414; per Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, in *Società*, 1994, 1185, «la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti di una società di capitali, in caso di morte di uno di essi, il diritto di acquistare – entro un determinato periodo di tempo e secondo un valore da determinarsi secondo criteri prestabiliti – dagli eredi del *de cuius* le azioni già appartenute a quest'ultimo e pervenute *iure successionis* agli eredi medesimi, non viola il divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., in quanto il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, con la conseguenza che la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione per l'acquisto suddetta, senza che ne risulti incisa la disciplina legale della delazione ereditaria o che si configurino gli estremi di un patto di consolidazione delle azioni fra soci, caratterizzandosi, invece, la clausola soltanto come atto *inter vivos*, non contrastante, in quanto tale, neanche con la norma dell'art. 2355, comma 3 c.c., che legittima disposizioni statutarie intese a sottoporre a particolari condizioni l'alienazione di azioni nominative».

<sup>356</sup> Su una fattispecie di legato di quote di società a responsabilità limitata cfr. T. Roma, 11 gennaio 2001, in *Arch. civ.*, 2001, 771.

- agli eredi spetta la liquidazione del valore della quota già di titolarità del defunto);
- c. le quote di società a responsabilità limitata possono infine “consolidarsi” (cioè accrescersi) sugli altri soci<sup>357</sup>, con la conseguente necessità di liquidare gli eredi del socio defunto<sup>358</sup>, i quali, pertanto, non subentrano in società<sup>359</sup>.

Nel diritto previgente non è invece stata ritenuta ammissibile<sup>360</sup> la fattispecie “contraria”, e cioè l’attribuzione agli eredi della facoltà alternativa di subentrare in società o di pretendere la liquidazione della quota, poiché ciò – si riteneva – sarebbe equivalso alla concessione di un diritto di recesso (ma questo scenario oggi ovviamente può cambiare essendo i casi di recesso statutariamente “addomesticabili”: cfr. *infra* il par. 4.2.1).

<sup>357</sup> La liquidazione avviene a opera degli altri soci (ciascuno in proporzione alla sua quota di partecipazione al capitale sociale) e non a opera della società, poiché, se il debito della liquidazione della quota fosse in capo alla società, se ne avrebbe una riduzione del capitale sociale al di fuori dei casi consentiti: cfr. SALAFIA V., *Liquidazione della quota agli eredi del socio di s.r.l.*, in *Società*, 1987, 904.

<sup>358</sup> La clausola in esame pertanto “convertirebbe” la quota in un credito e detto credito (in luogo della quota) sarebbe dunque oggetto di trasmissione ereditaria: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MES-SINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 214. Sulla questione della validità della clausola sotto il profilo “civilistico”, cfr. da ultimo, D’AURIA M., *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. not.*, 2003, 657.

<sup>359</sup> Cfr. App. Bologna, 23 settembre 1996, in *Società*, 1997, 420, secondo cui «lo scopo evidente dell’intera clausola è quello di circoscrivere la compagine sociale ai soli soci e di mantenere inalterata la proporzionalità delle quote, conseguendo in via pattizia la soluzione di recente indicata da un giudice di merito (Trib. Verona, 27 giugno 1989, ric. soc. Verivet) e facendo salva unicamente una diversa valutazione dell’interesse della società da parte dei soci superstiti al momento del verificarsi della successione a titolo particolare o universale (mancato esercizio della prelazione nel caso di vendita e facoltà di proseguire la società con gli eredi). Già da tale annotazione discende che lo scopo comune perseguito dalle parti del contratto di società non è quello di regolare la successione dei contraenti o di disporre di diritti successori, ma unicamente quello di conferire un determinato assetto alla società dopo che si fosse verificato l’evento morte, individuando sin dall’origine il diritto trasmissibile nel suo contenuto (il credito monetario e non la quota) e nel soggetto obbligato (i soci). In sostanza – come affermato dalla Cassazione in una fattispecie sotto qualche aspetto analogo, anche se certamente non in tutto assimilabile alla presente (cfr. Cass., 16 aprile 1994, n. 3609) – con la stipulazione di tale clausola “nasce un vincolo che trova la propria giustificazione causale solamente nell’esigenza di consentire ai soci superstiti una valutazione circa l’interesse societario e l’opportunità di fare entrare nella compagine sociale soggetti estranei [...]. Di tal che la morte del socio non assume una rilevanza causale, ma meramente temporale e accidentale”; la morte, quindi, anche nel caso che ne occupa, viene considerata unicamente come l’evento che determina l’operatività della clausola e non come causa della stessa, secondo la struttura, pienamente lecita dei negozi *post mortem*».

<sup>360</sup> Cfr. Trib. Napoli, 21 ottobre 1983, in *Società*, 1984, 667; PAPPÀ MONTEFORTE V., *Limiti dell’autonomia statutaria nella trasmissione mortis causa di quote di s.r.l.*, in *Dir. e giur.*, 1984, 1040.

Nella prassi statutaria, infine, venivano variamente risolti i problemi (che vengono trattati oltre, nei paragrafi successivi a questo):

1. dell'automaticità o meno di questa "esclusione" degli eredi del socio defunto dalla società (se cioè il loro subentro in società o la loro liquidazione fosse da decidersi dai soci "superstiti" o se la liquidazione fosse una conseguenza "automatica" in caso di morte);
2. della quantificazione del valore da liquidare al defunto;
3. dei termini temporali in base ai quali questa liquidazione avrebbe dovuto concretamente avvenire.

La nuova disciplina del diritto societario prefigura dunque due scenari in ordine alla morte del socio e alla conseguente sorte della sua partecipazione:

- a. lo statuto nulla preveda: in tal caso, l'erede (o il legatario) deve essere iscritto a libro soci (per l'art. 7 del R.D. 29 marzo 1942, n. 239, implicitamente richiamato dal nuovo art. 2470, comma 2, detta iscrizione deve avvenire su presentazione del certificato di morte, di copia del testamento, se esista, e di un atto di notorietà giudiziale o notarile, attestante la qualità di erede o di legatario);
- b. lo statuto preveda o il divieto di trasmissione *mortis causa* o «ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte» (si pensi a un diritto di "consolidazione" – o di "accrescimento" – dei soci superstiti)<sup>361</sup>; in tal caso, secondo la riforma, al socio (se ovviamente è in vita) oppure agli eredi o ai legatari (se il socio è defunto) spetta il diritto di recesso.

In quest'ultimo caso va osservato, evidentemente, che il diritto "di recesso" degli eredi (e la conseguente valorizzazione e liquidazione della loro quota) è disposto dalla riforma in modo assai atecnico in quanto:

- sia nel caso che lo statuto si limiti a prevedere l'intrasferibilità della partecipazione per successione a causa di morte o l'accrescimento della quota del defunto sui soci superstiti senza nulla dire della sorte degli eredi;

<sup>361</sup> Si deve invero trattare di un limite che "impedisca" la trasmissione *mortis causa*: e così, per esempio, una clausola di consolidazione "automatica" (del tipo: «in caso di morte del socio la sua quota si accresce ai soci superstiti») mentre una clausola di consolidazione "opzionale" (del tipo: «in caso di morte i soci superstiti possono decidere se liquidare gli eredi o se consentirne il subentro in società») non "impedendo" il trasferimento della quota agli eredi, ma preconizzandone solamente l'eventualità, non pare essere ascrivibile nel novero di quelle che danno luogo a diritto di recesso.

- sia nel caso in cui lo statuto preveda già di per sé la possibilità dei soci superstiti di consolidarsi la quota del defunto e di liquidare gli eredi;

a costoro non spetta alcun diritto “di recesso” (e, come detto, si rivela quindi atecnica, nella sua brevità, la norma di cui all’art. 2469, comma 2)<sup>362</sup>, mancandone i presupposti: essi, infatti, sono già fuori dalla società (per effetto di automatismo statutario o per effetto di una decisione dei soci superstiti che, in base allo statuto, vogliono impedire l’ingresso degli eredi in società) e non può porsi appunto una questione di recesso per chi non sia mai subentrato in società per essergli stato questo subingresso impedito.

### 3.11.8.1 *Il consolidamento “automatico” o “opzionale”*

La riforma incide peraltro solo sul diritto alla liquidazione per gli eredi impediti all’ingresso in società, ma nulla dice su una serie di altre questioni, che quindi rimangono affidate, com’è sinora avvenuto, all’elaborazione della prassi statutaria, prima fra tutte quella di stabilire se l’impedimento al subentro degli eredi in società al posto del socio defunto sia un accadimento automatico, per effetto stesso della morte, o sia invece una conseguenza di una decisione da adottarsi dagli altri soci.

Per dirimere ogni possibile dubbio operativo su questo punto, è dunque opportuno che la questione sia espressamente disciplinata e risolta negli statuti: e così, si potranno volta a volta introdurre previsioni in base alle quali, a causa della morte, la quota del defunto automaticamente si consolida sui superstiti (e agli eredi ne è dovuta la monetizzazione) oppure previsioni circa la mera eventualità di una tale conseguenza di impedimento al subentro; in altri termini, per via statutaria si può disporre che, in caso di

<sup>362</sup> Cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 65, secondo cui «suscita perplessità, cospicua anche se di ordine meramente concettuale e senza implicazioni operative, la previsione di eredi da un lato non ammessi a succedere *mortis causa* nella posizione associativa del socio defunto, e ciò per la ricorrenza delle previste fattispecie condizionanti, dall’altro ammessi al recesso in quanto tali e sulla base, incidentalmente, di una regolamentazione intitolata (cfr. art. 2473) “recesso del socio”. È innegabile che si è persa nella specie la corretta misura terminologica nella definizione del rapporto tra eredi del socio e rimborso della partecipazione di quest’ultimo»; e ancora (a pag. 66) «la previsione di un diritto di recesso a favore dell’erede del socio non ammesso in società per effetto di un vincolo di intransmissibilità è la rappresentazione di una norma concettualmente opinabile perché presuppone una qualità associativa che non appartiene, per quanto ovvio, all’erede. Ne consegue che essa va letta alla stregua di un’indicazione tecnico-operativa utile a rappresentare il diritto dell’erede alla liquidazione della quota».

morte, siano i soci superstiti a decidere (e con quale *quorum*) se gli eredi possano subentrare o meno.

Si tratta ovviamente di una decisione che gli eredi debbono “subire”, non potendo essi in tal caso invocare comunque un diritto di recesso, in quanto la previsione statutaria impedisce solo eventualmente il subentro al defunto e non è quindi ascrivibile al novero di quelle previsioni di intrasferibilità della partecipazione da cui discende la facoltà di recesso.

### 3.11.8.2 *Il valore da liquidare agli eredi del socio defunto*

Dato che «i soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale» (art. 2473, comma 3), la valutazione della partecipazione va dunque effettuata tenendo conto del suo valore “corrente”.

Quindi, a meno che si possano introdurre clausole statutarie (sul che vedasi *infra* il par. 4.6.1) che dispongano i criteri in base ai quali questa valutazione vada effettuata e quali siano le voci da considerare per comporre questo patrimonio (in questa materia c'è sempre, tra l'altro, da stabilire come individuare il valore d'avviamento), il criterio che la legge indica è indubbiamente quello della valutazione “venale” e quindi non si riferisce certo al valore nominale né al valore meramente contabile.

Va infine ricordato che l'art. 2473, comma 3, dispone che, se vi sia disaccordo tra i soci in ordine alla determinazione del valore della quota del recedente, questa valutazione deve essere compiuta mediante una «relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente».

### 3.11.8.3 *La tempistica della liquidazione degli eredi*

Questa materia, finora delegata alla prassi statutaria, riceve ora un deciso *input* da parte del legislatore: l'art. 2473, comma 4, dispone infatti che il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro sei mesi dalla comunicazione di recesso che il socio inoltra alla società. Si tratta di una norma che non prevede deroghe, ma è da credere che statutariamente si potranno senz'altro introdurre abbreviazioni (e probabilmente anche dilazioni).

È poi evidente che, se siano i soci superstiti a decidere la liquidazione degli eredi o se essa sia disposta “in automatico” dallo statuto, devono essere i soci stessi a far fronte di tasca propria (godendo essi dell'accrescimento) alla liquidazione degli eredi.

Se invece gli eredi maturano (ed esercitano) un “diritto di recesso” per effetto della presenza di clausole statutarie che impediscano *tout court* la

trasmissione *mortis causa* ecco che si dovranno seguire le “ordinarie” norme in tema di liquidazione del socio recedente:

- a. la liquidazione può avvenire mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi;
- b. qualora ciò non avvenga, il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o in mancanza corrispondentemente riducendo il capitale sociale;
- c. qualora le procedure predette non risultino possibili, la società deve essere posta in liquidazione.

### 3.11.9 Il trasferimento della quota del socio d'opera

Un nuovo problema che la riforma solleva (stante l'impraticabilità dei conferimenti d'opera nel previgente ordinamento) è quello del trasferimento della quota che un dato socio abbia acquisito promettendo alla società la propria opera (e fintantoché l'opera sia in corso di esecuzione, poiché, a opera terminata, nessun problema appare prospettarsi).

Questo nuovo problema si pone sotto una pluralità di profili, tra cui:

1. se la quota del socio d'opera sia trasferibile “in corso d'opera”;
2. se in caso di trasferibilità l'acquirente subentri in una quota interamente liberata;
3. se in caso di trasferibilità all'acquirente faccia carico di eseguire la parte di opera che il cedente non abbia ancora eseguito.

L'ordinamento pare non offrire indizi in materia, se non i seguenti rilievi:

- l'enunciazione della regola generale in base alla quale (art. 2469, comma 1) «le partecipazioni sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo»;
- l'abolizione a opera della riforma della previgente previsione di cui al “vecchio” art. 2478, comma 2, in base al quale le quote cui era connesso l'obbligo delle “prestazioni accessorie” potevano essere trasferite solo con il consenso degli amministratori.

Altra premessa è quella secondo cui, ovviamente, se ai problemi di cui sopra sia stata data soluzione statutaria (che, stante il vuoto in cui la materia in commento si dibatte, si appalesa vieppiù opportuna), nessuna questione più si porrebbe (e che l'addomesticabilità statutaria di questa materia sia possibile, lo dimostrano sia il predetto vuoto normativo che il clima di tendenziale autonomia statutaria che pervade tutta la disciplina della

società a responsabilità limitata fino al limite del diritto imperativo che, su date tematiche, sia esplicitamente imposto dal legislatore).

Il problema che qui ci si pone è dunque quello della disciplina di questa materia in assenza di apposite previsioni statutarie. Ora, nell'affrontarlo, non si può prescindere dalla natura del conferimento d'opera, se cioè si tratti di un "vero e proprio" conferimento di un'opera o di un servizio oppure invece si tratti di un conferimento di "valore", e cioè del "valore" dell'opera promessa.

Già si è opinato in questo secondo senso, quando (si veda *supra* il par. 2.2.6) si è affrontato il tema del conferimento d'opera dell'unico socio per verificare se, in quel caso, a fronte dell'opera promessa ma non ancora interamente eseguita, si potesse o meno affermare di essere in presenza di un capitale per intero liberato, con ciò che da questa considerazione consegue in termini di responsabilità dell'unico socio per le obbligazioni sociali in caso di insolvenza della società e in termini di eseguibilità di futuri aumenti di capitale sociale, che invero non possono essere eseguiti finché il capitale precedentemente sottoscritto non sia stato versato per l'intero.

Quelle conclusioni qui si richiamano e per brevità non si ripetono, ma si danno per acquisite: esse permettono di contribuire dunque anche alla risoluzione della questione qui in esame. Infatti, se anche in caso di conferimento d'opera il conferimento stesso si intenda per liberato all'atto della sottoscrizione (e quindi anche prima che l'opera promessa venga per intero portata esattamente a termine), non si pone alcun problema di trasmissione di una quota non liberata.

Restano però le altre questioni:

- chi eseguirà l'opera dopo il trasferimento della quota?
- è possibile pensare che la società "subisca" il trasferimento della quota e si trovi ad avere un esecutore dell'opera diverso da quello con il quale la prestazione dell'opera era stata concordata?
- più in generale, non è forse che tutte queste problematiche conducano a far ritenere che la trasmissione della quota non sia possibile?

Ebbene, la risposta è che la quota del socio d'opera è invero liberamente trasmissibile<sup>363</sup>) in quanto non vi sono preclusioni (a meno che esse siano

<sup>363</sup> Per ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 64, «parrebbe lecito ritenere che la quota assegnata al socio d'opera non rifletta un'intrinseca intrasferibilità sino a quando detto socio resti tale».

statutariamente pattuite) al trasferimento di una quota del socio d'opera che non abbia ancora completato il suo adempimento; e che detta quota è trasmissibile, come detto, quale quota per intero liberata.

Resta poi il problema del completamento dell'opera promessa da parte del socio d'industria cedente.

Immaginandoci per ora una prestazione d'opera che le parti (conferente e conferitaria) non abbiano ritenuto e non ritengano tuttora "fungibile" (e cioè eseguibile anche da soggetti diversi dall'originario socio d'industria), se dunque Tizio, facchino "provetto", dopo aver contratto con la società Alfa (avente a oggetto l'esecuzione di traslochi) l'impegno di conferire, per 6mila euro, la propria opera di facchino per quattro mesi (il perito ha infatti stabilito che il lavoro di facchinaggio per otto ore al giorno per cinque giorni alla settimana ha un valore di millecinquecento euro al mese e Tizio ha così consegnato alla società una polizza assicurativa per l'esecuzione di questo suo impegno), trascorso un mese, non si trovi già più a suo agio e intenda andarsene dalla società (avendo trovato per la propria quota un acquirente, Caio, che non può lavorare avendo perduto una gamba in un incidente d'auto, il quale punta tuttavia sugli utili che potrebbero derivare dall'attività di facchinaggio, in quanto la società opera in una località ove sta sorgendo un importante polo logistico) egli – come detto – può tranquillamente cedere la sua quota a Caio (che evidentemente non potrà/dovrà prestare alcuna sua opera).

Nel caso di conferimento d'opera, infatti, il soggetto "socio" stipula con il soggetto "società" un contratto avente a oggetto la prestazione di un'opera che come "corrispettivo" ha l'ottenimento, da parte del conferente, di una quota di partecipazione al capitale della società conferitaria.

Ora, è difficile affermare (anzi è da escludere), perché nessun dato normativo vi è in tal senso, che l'obbligo di eseguire una data prestazione da parte del *soggetto-socio* divenga una qualità *oggettiva* della quota ottenuta in corrispettivo.

Più che immaginare dunque che un obbligo personale del socio divenga una caratteristica oggettiva della sua partecipazione<sup>364</sup> e che con essa quin-

<sup>364</sup> Che le attribuzioni personali (attive o passive) dei soci non divengano caratteristiche delle loro quote (sul che vedasi *supra* il par. 3.10.3) lo conferma anche l'art. 2468, comma 3, ove si contempla «l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili». Nel senso della "oggettivazione" delle prestazioni nelle quote era invece il "vecchio" art. 2477, che come detto necessitava il consenso degli amministratori, in caso di assunzione da parte di taluno dei soci di effettuare "prestazioni accessorie", per la cessione delle «quote a cui è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette». Nel medesimo senso anche l'attuale art. 2344, in tema di prestazioni accessorie nella società per azioni, per il quale «le azioni alle quali è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette devono essere nominative e non sono trasferibili senza il consenso degli amministratori».

di quell'obbligo si trasferisca, occorre immaginare invece che la prestazione e la quota siano due mondi che tra sé non comunicano: la quota ottenuta a fronte del conferimento è identica a tutte le altre quote, non incorpora in sé le particolari posizioni soggettive attive e passive di cui il suo titolare fosse centro di imputazione e, se circola, circola senza trascinare con sé alcun obbligo di prestazione di servizio<sup>365</sup>.

Quest'obbligo permane invero in capo al cedente/conferente l'opera, il quale, anche in caso di cessione della partecipazione ottenuta a fronte del suo conferimento non ancora eseguito per l'intero, resta tuttavia obbligato a effettuarlo (e, se si renda inadempiente, colpevolmente o meno, a presidio dell'integrità del capitale sociale vi è pur sempre il rimedio dell'escussione della fideiussione/polizza che venne depositata in società all'atto della sottoscrizione del conferimento d'opera); implausibile sarebbe, di contro, ritenere che, cessata la qualità di socio, cessi anche l'obbligo di prestazione d'opera.

Fino a qui si è dunque immaginata una prestazione che non sia stata considerata "fungibile" (cioè eseguibile anche da un eventuale avente causa del socio d'industria) nel contratto stipulato tra il conferente e la società conferitaria: in tal caso, pertanto, non potendosi immaginare una continuazione dell'opera da parte dell'avente causa (o di terzi), infatti non resta che l'alternativa tra la continuazione dell'opera da parte dell'originario socio d'industria (che pur abbia ceduto la sua quota) e l'escussione della garanzia a fronte del mancato completamento dell'opera promessa da parte del socio d'industria medesimo.

Ma sono immaginabili anche altre situazioni, "intermedie" rispetto a quelle di cui finora si è parlato, e che vengano volta a volta negoziate tra i soggetti coinvolti: si pensi al caso della prestazione di servizio fungibile (esempio: effettuare una fornitura di un cereale di una certa qualità per

<sup>365</sup> Mi pare invece che ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 63, immagini una circolazione dell'obbligo di prestazione unitamente alla circolazione della partecipazione, quando afferma che «nel senso della libera trasferibilità della quota del socio d'opera si pongono sia la mancata riproduzione del comma 2 del precedente art. 2478, con il conseguente venir meno dell'unico vincolo che l'assisteva nel sistema previgente, sia, e non secondariamente, l'essere la società sollevata dai riflessi patrimoniali connessi all'inadempimento del cessionario della quota o alla morte del socio in virtù della possibilità di escutere la garanzia bancaria o assicurativa di cui al citato art. 2464». Più esplicito il medesimo Autore alla successiva pag. 75 (*sub art. 2471*) ove, nella fattispecie dell'espropriazione della partecipazione, afferma che «sia la fase amichevole che la designazione societaria *ex asta* dovranno farsi carico degli elementi anche statuari che caratterizzano le quote interessate dall'espropriazione, così che, [...] quote non liberate o con prestazioni accessorie implicheranno l'assunzione dei relativi obblighi».

un dato periodo a determinate scadenze) ove sarà possibile prevedere *ab origine* nel contratto di conferimento tra socio e società (cui ovviamente il cessionario dovrà poi aderire) oppure pattuire (tra società, cedente e cessionario), all'atto della cessione della quota del socio d'industria, la continuazione (evidentemente a spese del cedente) dell'esecuzione dell'opera ancora incompiuta da parte del cessionario (che sia quindi ritenuto in grado di effettuare la stessa fornitura) o di terzi.

Così anche nel caso di decesso del socio d'industria; in tale ipotesi infatti si aprono i seguenti possibili scenari:

- escussione della polizza/fideiussione da parte della società a causa del mancato completamento dell'opera (oppure: versamento da parte degli eredi alla società del controvalore dell'opera ancora da eseguire);
- continuazione dell'opera da parte dell'erede (se la prestazione sia "fungibile", l'erede sia d'accordo e la società l'abbia consentito *ab origine* o lo consenta all'atto della successione);
- continuazione (a spese dell'eredità) dell'opera da parte di terzi (ove vi consentano eredi e società).

### 3.11.10 La doppia alienazione della quota di società a responsabilità limitata

La riforma del diritto societario innova radicalmente il trattamento della doppia alienazione di quota di società a responsabilità limitata a opera del medesimo venditore a favore di due diversi acquirenti: il caso è quello del venditore Tizio che vende la sua quota di partecipazione al capitale sociale dell'Alfa società a responsabilità limitata prima all'acquirente Caio e poi all'acquirente Sempronio.

Prima della riforma si era ritenuto principalmente che questo caso fosse regolato<sup>366</sup> dal principio generale (*prior in tempore potior in iure*) in base

<sup>366</sup> Cfr. Cass., 21 febbraio 1966, n. 540, in *Giust. civ.*, 1966, I, 436; Cass., 18 febbraio 1985, n. 1355, in *Giur. comm.*, 1985, II, 437; in *Dir. fall.*, 1985, II, 346, secondo cui «per l'opponibilità alla massa fallimentare del trasferimento di quota di società a responsabilità limitata è sufficiente che lo stesso risulti da atto scritto avente data certa anche in mancanza di iscrizione nel libro dei soci»; RORDORF R., *Opponibilità al creditore pignorante del trasferimento di quote di s.r.l. non trascritto nel libro dei soci*, in *Società*, 1985, 950.

Per la tesi invece della risoluzione del conflitto in base alla priorità nell'iscrizione del trasferimento nel libro soci cfr., per esempio, RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 218; Trib. Bologna, 2 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1044, secondo cui «il conflitto tra più acquirenti di quote di società a responsabilità limitata va risolto sulla base della priorità della valida iscrizione sul libro dei soci; analogamente deve risolversi il conflitto tra il successivo acquirente e il titolare originario, quando questi ne riacquisti la proprietà per effetto della risoluzione del negozio di cessione».

al quale tra i due acquirenti prevale Caio, e cioè colui che per primo ha stipulato il contratto di acquisto, sulla base della considerazione che quando il doppio venditore Tizio si presenta a firmare la seconda vendita con l'acquirente Sempronio, Tizio in quel momento non può vendere più nulla avendo già venduto a Caio; il doppio venditore, in sostanza, con la prima vendita perde la legittimazione a disporre della quota, avendola già alienata, con il risultato che Sempronio non può quindi acquistare nulla, avendo Tizio già effettuato l'acquisto della quota medesima<sup>367</sup>.

Questo modo di risolvere la questione della doppia vendita della stessa partecipazione sociale, che viene ora innovato dalla riforma, non ha mai subito variazioni dall'entrata del Codice civile del 1942 in avanti, e ciò nemmeno a seguito della cosiddetta "Legge Mancino" (legge 12 agosto 1993 n. 310), che introdusse, come noto, il principio della necessità (non beninteso ai fini della validità della cessione bensì "solo" ai fini dell'iscrizione della cessione a libro soci) dell'atto traslativo in forma autentica e della sua conseguente pubblicazione nel Registro delle Imprese (prima infatti non vi era

Sull'applicabilità al trasferimento di quote di società a responsabilità limitata dell'art. 1155 in tema di possesso di buona fede di beni mobili cfr. BIONDI B., *Trasferimento di quote e funzione del libro dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 228.

Cfr. anche Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Foro it.*, 1987, I, 1101; in *Giust. civ.*, 1987, I, 36; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 499; in *Riv. not.*, 1987, 567; in *Giur. comm.*, 1987, II, 741, secondo cui «è inopponibile al terzo che in buona fede abbia acquistato una quota di società a responsabilità limitata e iscritto l'acquisto sul libro soci, il precedente pignoramento (nella specie, non iscritto sul libro soci) della quota stessa eseguito nelle forme del pignoramento presso terzi»; Cass., 27 gennaio 1984, n. 640, in *Giur. comm.*, 1984, II, 520, secondo cui «qualora il creditore di un preteso socio di una società a responsabilità limitata proceda a pignoramento della quota sociale del debitore, nelle forme dell'espropriazione forzata presso terzi, l'opponibilità al creditore medesimo, da parte della società, della scrittura privata non autenticata, con la quale detto socio abbia trasferito ad altri la propria quota, come mezzo al fine di disconoscere l'esistenza di un debito di essa società terza pignorata, nei confronti del debitore escusso, resta regolata non dalle disposizioni dell'art. 2479 c.c., circa l'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci e le relative modalità, che sono rilevanti solo con riguardo all'opponibilità del trasferimento stesso alla società, bensì dalla norma di cui all'art. 2914, n. 4 c.c., in tema di efficacia nei confronti del creditore pignorante delle alienazioni anteriori al pignoramento; in applicazione di tale norma, pertanto, e vertendosi in ipotesi di trasferimento di un bene per il quale non è configurabile una materiale trasmissione di possesso, la suddetta opponibilità deve essere riconosciuta quando la società provi l'autenticità della sottoscrizione dell'indicata scrittura, e la medesima presenti inoltre una data certa anteriore al pignoramento, secondo i criteri fissati dall'art. 2704 c.c. (nella specie: per morte del sottoscrittore)».

<sup>367</sup> Cfr. GUIDOTTI R., *In tema di pubblicità, forma e nullità del contratto di trasferimento di quote di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, 519. Per la rilevanza della formalità presso il Registro delle Imprese anche nel regime previgente cfr. invece CENNI D., *L'iscrizione nel Registro delle Imprese e doppia alienazione di azienda e di quote di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, 467. Per la prevalenza dell'avente causa che, indipendentemente dalla data del contratto traslativo, abbia per primo iscritto detto atto nel Registro delle Imprese: Trib. Milano, 2 febbraio 1995, in *Notariato*, 1995, 599.

necessità dell'atto notarile, nessuna pubblicità della cessione veniva fatta nel Registro delle Imprese, tutto si svolgeva nel "segreto" del libro soci)<sup>368</sup>.

In sostanza, anche dopo la legge 310/1993, in assenza di una norma specifica, non si è mai potuto ritenere il Registro Imprese dotato delle medesime peculiarità dei registri immobiliari, ove la formalità eseguita per prima (anche se discendente da un atto stipulato posteriormente) prevale su quella eseguita dopo (art. 2644 del Codice civile). Al massimo, infatti, il Registro Imprese ha la funzione di rendere opponibili ai terzi gli eventi di cui è disposta la pubblicizzazione: secondo l'art. 2193 del Codice civile «i fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questo provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza».

La riforma predisposta dalla "Commissione Vietti" opera invece in questo campo una radicale innovazione<sup>369</sup>: viene infatti introdotta la "rivoluzionaria" previsione che anche la pubblicità nel Registro Imprese (analoga a quella dei registri immobiliari) ha effetto "dichiarativo" per gli acquisti (e cioè di consentire la prevalenza di chi per primo effettua l'adempimento pubblicitario, indipendentemente dalla priorità nella data di stipula del contratto traslativo), di modo che viene previsto che «se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che ha effettuato in buona fede l'iscrizione nel Registro delle Imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore» (art. 2470, comma 3)<sup>370</sup>; questa regola di conflitto serve<sup>371</sup> anche, ovviamente, a dirimere

<sup>368</sup> Per Trib. Bologna, 30 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 932, anche alla luce della normativa di cui alla legge 310/1993, «sembra doversi riconfermare l'estraneità delle formalità previste ad altri fini (pubblicitari) rispetto al perfezionamento del negozio traslativo come contratto a forma libera e comunque pienamente efficace *inter partes* (v. Cass. 3419/1981), e neppure il carattere costitutivo dell'annotazione nel libro dei soci del trasferimento (v. Trib. Bologna, 5 febbraio 1992), quanto piuttosto la valutazione del perfezionamento dell'*iter* previsto dalla nuova normativa per prevenire e rendere opponibile anche alla società e ai terzi il trasferimento stesso, sia *inter vivos* che *mortis causa*, con prescrizione di una serie di vincoli formali che vanno inquadrati nella categoria delle cosiddette forme a *regulartatem* in cui queste assumono l'unico significato di presupposto legale per il raggiungimento di effetti ulteriori che altrimenti il negozio, pur perfetto, non potrebbe ottenere».

<sup>369</sup> Anticipano la riforma Trib. Perugia, 25 febbraio 2002, in *Società*, 2002, 1008; e in *Notariato*, 2002, 591, secondo cui «la trascrizione della domanda giudiziale volta a far accertare la simulazione di un atto di trasferimento di quote di società a responsabilità limitata, al fine di risolvere il conflitto con eventuali acquirenti delle quote, deve essere iscritta nel Registro delle Imprese»; Trib. Milano, 4 aprile 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1196; e in *Giur. comm.*, 2001, II, 635, secondo cui «può iscriversi nel Registro delle Imprese la domanda del creditore del simulato alienante diretta a ottenere l'accertamento della simulazione della cessione della quota di una società a responsabilità limitata».

<sup>370</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «nell'art. 2470, oltre ad affrontare alcuni aspetti tecnici, ci si è posto il problema se e quale tutela

il contrasto, per esempio, tra un creditore che esegua un sequestro o che consegua un pegno e l'acquirente della piena proprietà di una partecipazione o di un diritto di usufrutto su di essa.

Assunta dunque questa funzione dichiarativa, l'obbligo di eseguire l'adempiamento pubblicitario diviene ancor più stringente e assai maggiore la responsabilità di chi, indugiano, causerà l'altrui prevalenza e quindi una situazione di danno a carico del primo acquirente/secondo trascrivente. Vi è dunque una radicale svolta nel servizio pubblicitario offerto dal Registro delle Imprese, esaltandosene con questa innovazione la funzione di sicurezza<sup>372</sup> nella contrattazione che ha a oggetto la cessione di partecipazioni al capitale delle società a responsabilità limitata. Ciò che evidentemente riddonda pure sulla delicatezza del compito di chi introduce atti nel Registro stesso: infatti, tanto più la pubblicità legale funziona quanto più vi è un'efficiente veicolazione privilegiata degli atti da pubblicare attraverso un novero ben individuato di soggetti preposti (con conseguenti gravami di responsabilità) al vaglio della loro conformità all'ordinamento e quindi a costituire una sorta di filtro in nome della complessiva efficienza del sistema.

A dire il vero, non vi è peraltro una completa equiparazione del Registro delle Imprese al sistema di pubblicità immobiliare, ove la buona fede del secondo acquirente – primo trascrivente non conta (ai fini della prevalenza sul primo acquirente, in quanto ben conta invece in tema di sua responsabilità per danni): nel campo del trasferimento delle partecipazioni invece la

debba riconoscersi all'acquirente della partecipazione sociale. Al riguardo si è ritenuto che, pur essendo la loro circolazione sottoposta a un regime di pubblicità presso il Registro delle Imprese, non si potesse adottare la soluzione tradizionale per la pubblicità immobiliare. Si è osservato infatti, al di là di ogni problema dogmatico che sarà compito della dottrina e giurisprudenza affrontare, che siffatta soluzione avrebbe condotto al risultato paradossale secondo cui l'acquirente di una partecipazione in società a responsabilità limitata verrebbe a godere di una tutela persino maggiore rispetto a quella di cui gode chi acquista un titolo di credito o uno strumento finanziario dematerializzato: il risultato paradossale, cioè, di tutelare maggiormente chi acquista una posizione giuridica non tipicamente destinata alla circolazione, come la partecipazione in società a responsabilità limitata, rispetto a chi acquista un titolo azionario che invece si caratterizza per quella tipica destinazione. Perciò, nel terzo comma dell'art. 2470 si è adottata una soluzione che appare equilibrata sul piano di una valutazione degli interessi e che viene sostanzialmente a riprodurre quella dell'art. 1155 per la circolazione dei beni mobili: nel caso di conflitto tra acquirenti della partecipazione la prevalenza di colui che per primo ottiene l'iscrizione del trasferimento nel Registro delle Imprese non consegue semplicemente alla sua priorità temporale, ma richiede inoltre il requisito soggettivo della buona fede».

<sup>371</sup> Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 483.

<sup>372</sup> Che sarà tanto più effettiva quanto più il Registro sia aggiornato ed esauriente; è poi scontata qualsiasi considerazione circa la fondamentale necessità di rigorosità nell'ordine di *iscrizione* dei vari atti a seconda della protocollazione dei ricevuti *depositi* degli atti stessi.

prevalenza del primo trascrivente è infatti corroborata da un mix (tra le regole della pubblicità immobiliare e quelle di circolazione dei beni mobili e dei titoli di credito: artt. 2644, 1153 e 1155) dato dalla più tempestiva esecuzione dell'onere pubblicitario e dalla sua condizione di buona fede.

Forse, prescrivendo questo requisito della buona fede, si è persa l'occasione di consegnare la questione della doppia vendita al giudizio oggettivo delle date e si è conferita rilevanza a un elemento soggettivo (quello appunto della "buona fede") su cui inevitabilmente non si perderà l'occasione di incardinare controversie giudiziarie di lungo e dubbio esito.

Peraltro, così facendo il legislatore ha voluto evidentemente esprimere (seppur con i "costi" di cui sopra) uno sforzo "sistematico"; e cioè:

- da un lato, non ha inteso apprestare per le quote di società a responsabilità limitata (tendenzialmente vocate ad avere infrequenti vicende traslative) un regime di circolazione "più favorevole" rispetto a quello delle azioni di società per azioni, tendenzialmente vocate invece ad avere un regime circolatorio addirittura "frenetico"<sup>373</sup>: se quindi la circolazione delle azioni, in caso di "doppia vendita" è subordinata al principio di "buona fede" (*ex art.* 1155, se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore), è stato ritenuto che al medesimo principio dovesse soggiacere la traslazione di quote di società a responsabilità limitata;
- d'altro lato, ha inteso utilizzare il Registro delle Imprese per le funzioni che gli sono proprie: e quindi, così come il fatto/atto non iscritto nel Registro può essere opposto ai terzi, anche se non trascritto, purché si dimostri che essi ne erano ugualmente a conoscenza (art. 2193), così anche chi iscrive per secondo un acquisto anteriore è ammesso a provare che chi ha iscritto per primo sapeva della cessione già fatta ad altri e che quindi si tratta di una pubblicità non eseguita in buona fede<sup>374</sup>.

Occorre inoltre notare che la buona fede è un requisito che deve sussistere

<sup>373</sup> Secondo ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2470*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 71, si tratta di un «assunto sorprendente perché è difficile apprezzare la consistenza di un rapporto possibile tra maggiore o minore destinazione alla circolazione da un lato ed entità della tutela dall'altro, essendo peraltro evidente che non è questo il metro per definire i livelli di protezione delle posizioni giuridiche soggettive».

<sup>374</sup> Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 482.

re in capo all'acquirente (non solo evidentemente all'atto della stipula del contratto traslativo, ma anche) al momento dell'esecuzione della formalità pubblicitaria (dice infatti l'art. 2470, comma 3, che «se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che per prima *ha effettuato in buona fede l'iscrizione* nel Registro delle Imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore): quindi la regola in base alla quale è sufficiente che la buona fede «vi sia stata al tempo dell'acquisto» (art. 1147, comma 3), nel senso che non rileva la “mala fede sopravvenuta” (cioè non perde gli effetti della propria originaria buona fede chi sia, successivamente all'acquisto, venuto a conoscenza della già intervenuta vendita ad altri), va “adattata” al caso in esame ove va quindi detto che la “mala fede” sopravvenuta tra la data dell'acquisto e la data di “iscrizione” nel Registro delle Imprese (e quindi anche dopo il “deposito” della pratica presso il Registro stesso) pregiudica l'acquisto di chi abbia stipulato successivamente a un altro contratto traslativo avente a oggetto le medesime partecipazioni.

Resta comunque fermo che, com'è regola generale (mancando nella legge di riforma un esplicito addossamento dell'onere probatorio in capo al primo trascrivente) la buona fede «è presunta» (art. 1147, comma 3)<sup>375</sup> e che quindi è onere probatorio del primo acquirente “leso” dall'altrui più tempestiva pubblicità provare lo stato di mala fede della controparte, per impedirne l'acquisto.

### 3.11.11 L'acquisto *a non domino* della quota di società a responsabilità limitata?

La predetta introduzione della norma di conflitto tra più acquirenti della medesima quota di partecipazione al capitale sociale di società a responsabilità limitata, avendo come autore un medesimo dante causa, sollecita una riflessione anche sulla questione se si possa configurare un acquisto *a non domino* della quota stessa: non più quindi, come sopra, un conflitto tra acquirenti dal medesimo dante causa che sia in effetti il titolare della partecipazione oggetto di una pluralità di cessioni, bensì il problema se l'acquirente dal dante causa che non sia titolare della quota possa invocare (magari accampano la sua buona fede, magari unitamente allo svolgimento delle “normali” formalità di iscrizione dell'atto di acquisto della partecipazione nel Registro delle Imprese e della sua annotazione nel libro dei soci) l'acquisizione della titolarità della quota.

<sup>375</sup> Conforme SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 207.

Il problema è che seppur la quota sia considerabile in termini di bene mobile, non si può tuttavia da ciò giungere all'applicazione dell'art. 1153 sull'acquisto dei beni mobili *a non domino*: presupposto di quest'ultima norma, infatti, è quello che si tratti di un bene mobile "non registrato" nella cui circolazione ha dunque massimo rilievo (unitamente beninteso ad altri presupposti: la "buona fede" e il "titolo idoneo") la "pubblicità" che si determina con la "consegna" della cosa stessa dal *non dominus* all'avente causa *a non domino*.

Ma ove un sistema pubblicitario invero sia predisposto appunto per "supportare" la trasmissione dei beni che in quel sistema siano "registrati" (e quindi ove il surrogato della "pubblicità" creata dalla "consegna" non possa dispiegare le sue valenze, in quanto "schiacciato" sotto il peso della pubblicità legale che il legislatore abbia predisposto), allora l'acquisto *a non domino* non si rende possibile: cosicché, la quota di società a responsabilità limitata, che è bene "registrato" al pari degli immobili e degli altri beni mobili soggetti a registrazione, ben si può acquistare *a non domino*, ma con gli effetti di cui all'art. 1478, e cioè con l'effetto che l'acquirente può acquisire la titolarità del bene solo «nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa».

### 3.11.12 L'iscrizione a libro soci dei mutamenti nella compagine sociale

Nella materia dell'iscrizione nel libro dei soci delle mutazioni che avvengono nella compagine sociale (trasferimenti di quote per atto tra vivi, aumenti o ricostituzioni del capitale sociale con ingresso di nuovi soci, morte del socio ecc.) il nuovo Codice civile (art. 2470):

- a. nel caso di trasferimento *mortis causa*, introduce esplicitamente (comma 2, terzo periodo) nella società a responsabilità limitata la stessa normativa (prima applicata alle società a responsabilità limitata solo per analogia in mancanza di una norma espressa) che per la società per azioni è prevista dall'art. 7 del regio decreto 29 marzo 1942, n. 239 in tema di «successione a causa di morte nella proprietà delle azioni»;
- b. nel caso di trasferimento *inter vivos* conferma la normativa previgente secondo la quale:
  1. il trasferimento di partecipazioni «ha effetto» di fronte alla società solo con l'iscrizione a libro soci (comma 1)<sup>376</sup>;

<sup>376</sup> Cfr. PALLADINO F., *Osservazioni sull'iscrizione nel libro dei soci di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1993, II, 150; Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1380, secondo cui «il negozio traslativo per atto tra vivi di tale quota sociale, nei rapporti *inter partes*, è contratto a forma libera, valido ed efficace dal momento del suo perfezionamento; nei confronti

2. l'annotazione nel libro soci può essere fatta “solo” previa esibizione dell'atto traslativo che rechi la menzione dell'avvenuto suo deposito presso il Registro delle Imprese<sup>377</sup>.

Ai fini che precedono, secondo l'art. 2470, comma 2, «l'atto di trasferimento, con sottoscrizione autenticata<sup>378</sup>, deve essere depositato entro trenta giorni<sup>379</sup>, a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del Registro delle Imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale».

### 3.11.12.1 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote a causa di morte*

Dispone dunque il nuovo art. 2470, comma 2, terzo periodo, che, in caso di trasferimento *mortis causa* di quote di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata, il deposito al Registro Imprese e l'iscrizione nel libro dei soci<sup>380</sup> sono effettuati a richiesta dell'erede (o del legatario della quota) verso presentazione della documentazione richiesta per l'annotazione nel libro dei soci dei corrispondenti trasferimenti in materia di società per azioni.

Questa documentazione comprende (art. 7, R.D. 239/1942):

- a. il certificato di morte;
- b. la copia del testamento, ove esista;

della società, a norma dell'art. 2479, secondo comma Codice civile, è efficace soltanto dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci»; App. Trento, 13 dicembre 2001, in *Società*, 2002, 442; in *Vita not.*, 2002, 887, secondo cui «dal momento della sottoscrizione dell'aumento di capitale scindibile, il socio può esercitare tutti i diritti derivanti dalla sottoscrizione, con l'effetto che la sua quota di capitale deve essere misurata tenendo conto della sottoscrizione già effettuata».

<sup>377</sup> Cfr. GUIDOTTI R., *Ancora sul deposito (per l'iscrizione) di cui al 4° comma dell'art. 2479 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 502.

<sup>378</sup> Ovviamente, poiché il “meno” sta nel “più”, ciò vale a maggior ragione se il trasferimento della partecipazione sia rogato per atto pubblico.

<sup>379</sup> Se si tratta di un atto stipulato all'estero, il termine di trenta giorni decorre dal giorno del deposito dell'atto in Italia (art. 1, comma 1, legge 13 marzo 1980, n. 73); per effettuare l'atto di deposito in Italia c'è tempo quarantacinque giorni dalla data dell'atto traslativo (art. 1, comma 1, legge 13 marzo 1980, n. 73); il deposito in Italia va effettuato presso un qualsiasi notaio o presso un qualsiasi archivio notarile distrettuale (art. 106, comma 1, n. 4), legge 16 febbraio 1913, n. 89). Cfr. pure ANGELELLI C., *Atti di pegno su quote di società a responsabilità limitata costituiti all'estero e imposta di registro*, in *Boll. trib.*, 1995, 1162.

<sup>380</sup> Cfr. Trib. Lagonegro, 16 febbraio 2000, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 2000, I, 539, secondo cui non produce effetto nei confronti della società l'iscrizione del trasferimento per causa di morte delle quote di capitale delle società a responsabilità limitata nel libro dei soci, qualora non siano stati effettuati preventivamente il deposito e l'iscrizione nel Registro delle Imprese del relativo titolo.

- c. un atto di notorietà giudiziale o notarile attestante la qualità di erede (e quindi l'avvenuta accettazione ereditaria)<sup>381</sup> o legatario di chi chiede l'iscrizione nel libro dei soci.

Ovviamente, stante l'avvenuta soppressione dell'imposta di successione, non deve essere più presentata<sup>382</sup> la prova dell'avvenuta ostensione al fisco del passaggio dal defunto agli eredi delle partecipazioni al capitale sociale.

### 3.11.12.2 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote per atto tra vivi*

In questo ambito, l'art. 2470, comma 2, primi due periodi, del nuovo Codice civile dispone dunque che il libro dei soci può essere "movimentato" solo se alla società sia esibito il titolo del trasferimento (cioè l'atto notarile recante, per esempio, la donazione o la compravendita delle quote trasferite) munito degli estremi dell'avvenuto suo deposito presso il Registro delle Imprese.

L'organo amministrativo della società, una volta ricevuta questa documentazione e dopo averla sottoposta a un controllo meramente formale (senza cioè poter entrare nel merito della validità del titolo del trasferimento)<sup>383</sup>, deve<sup>384</sup> senza indugio<sup>385</sup> procedere all'iscrizione del trasferimento nel

<sup>381</sup> Cfr. Uff. registro imprese Ferrara, 12 gennaio 2000, in *Notariato*, 2000, 460, secondo cui «in forza del combinato disposto degli artt. 2479-bis c.c., 7 R.D. 29 marzo 1942, n. 239 e 459 c.c., l'atto di notorietà giudiziale o notarile attestante la qualità di erede di quote di società a responsabilità limitata deve documentare l'avvenuta accettazione dell'eredità, in quanto la delazione che segue l'apertura della successione non è di per sé sola sufficiente all'acquisto dello *status* di erede del chiamato».

<sup>382</sup> È quindi un *lapsus* quello di FICO D., *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 18, nota 8, il quale ritiene tuttora dovuto il predetto adempimento tributario.

<sup>383</sup> Per App. Milano, 27 settembre 1983, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1273, è legittimato a partecipare all'assemblea della società per azioni colui che giustifichi il suo diritto in base al titolo e all'annotazione nel libro dei soci e che abbia depositato il titolo stesso, non potendosi compiere accertamenti volti a certificare la sostanziale validità dei negozi di trasferimento dei diritti sulle azioni, fra acquirente e originario titolare; per Pret. Roma, 21 marzo 1988, in *Temì rom.*, 1988, 146, «l'iscrizione della cessione delle quote nelle società a responsabilità limitata è un atto dovuto e l'amministratore deve provvedervi senza avere alcun diritto di sindacato sul contenuto della cessione» ed è quindi «esperibile la procedura d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. per imporre agli amministratori di società a responsabilità limitata l'iscrizione nel libro soci del trasferimento di quote ai sensi dell'art. 2479 c.c.»; per App. Milano, 29 novembre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 3400, «è invalida l'annotazione sul libro soci dei trasferimenti di quote qualora sia eseguita da persona del tutto estranea all'organo preposto all'amministrazione della società e senza che, in nessun modo, tale organo abbia manifestato la propria volontà in proposito»; per Trib. Roma, 8 luglio 1997, in *Società*, 1998, 77, «l'acquirente di azioni ha un diritto soggettivo perfetto all'iscrizione del trasferimento nel libro soci, soggetto al controllo formale dell'esistenza e regolarità del negozio traslativo. È invece inammissibile qualsivoglia sindacato sostanziale sulla natura giuridica del contratto di compravendita delle azioni che non

libro soci (dalla quale dipende, come detto, l'efficacia dell'avvenuto trasferimento nei confronti della società e pure, in caso di trasferimento di quota non interamente liberata, la decorrenza del termine di tre anni di durata della responsabilità dell'alienante – che non scatta, invero, dalla data del trasferimento, ma appunto da quella dell'annotazione sul libro soci: art. 2472, comma 1); nell'ambito di questo controllo formale, per esempio, rientra il rilievo:

- se l'atto di cui è richiesta l'annotazione sia effettivamente un titolo legittimante il trasferimento delle partecipazioni che ne sono oggetto (e così, come deve essere rifiutata l'annotazione di un contratto preliminare<sup>386</sup>,

si traduca in inesistenza o nullità suscettibile di essere fatta valere anche dalla società sulla base di un interesse concreto; pertanto, sono del tutto irrilevanti riferimenti a una presunta simulazione relativa soggettiva o a forme di interposizione reale»; secondo Trib. Bologna, 22 marzo 2000, in *Società*, 2000, 1466, «l'efficacia del trasferimento delle quote nei confronti della società e la conseguente legittimazione all'esercizio dei diritti sociali dipendono in via esclusiva dall'annotazione nel libro dei soci, la quale ultima è unicamente subordinata all'esibizione di un titolo formalmente idoneo a trasferire la titolarità della quota, previamente depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese; la volontà assembleare si forma, pertanto, regolarmente anche laddove vi concorra il voto determinante di colui che sul piano sostanziale non sia titolare della quota, risultandone però tale sul piano formale, mentre nessuna rilevanza assumono, nei confronti della società, i vizi del titolo sulla cui base si è eseguita l'iscrizione». Per ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2470*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 71, alla società è sottratto «ogni sostanziale potere-dovere di valutazione circa l'esistenza, la validità e l'efficacia della cessione perché risolte tutte a monte dall'intervenuto per autentica e dall'iscrizione nel Registro delle Imprese».

<sup>384</sup> A pena di sua responsabilità: cfr., per esempio, RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 223; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 283, nota 96.

<sup>385</sup> Va notato che la riforma più non riproduce il disposto del “vecchio” art. 2479, comma 3, per il quale agli amministratori era concesso un termine di trenta giorni per effettuare la scritturazione del libro soci: la soppressione del termine coincide con il rilievo della sua completa inutilità (ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2470*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 70, ascrive la mancata riproposizione del termine alla «preferenza del legislatore per l'assenza di vincoli temporali che, nella specie, era suscettibile di porsi come fonte di oggettivi ritardi» e paventa che «l'assenza di un limite temporale per l'iscrizione riproduce la potenzialità di ritardi ingiustificati degli amministratori» i quali tuttavia debbono procedere «con la sollecitudine imposta dai tempi e dalle circostanze») perché è ovvio che gli amministratori, a pena di loro responsabilità per i danni che si determinino per il loro ritardo, debbano provvedere nel più breve tempo possibile a effettuare la formalità di iscrizione del trasferimento di quote nel libro dei soci, dalla quale dipende il “riconoscimento” del nuovo socio da parte della società e la possibilità di esercizio dei suoi diritti sociali.

<sup>386</sup> Cfr. Trib. Grosseto, 26 aprile 1980, in *Foro pad.*, 1980, I, 82.

deve pure essere rifiutata quella di un contratto sospensivamente condizionato)<sup>387</sup>;

- se per tale atto siano state rispettate le prescritte formalità (per esempio, che il contratto sia stato stipulato con il ministero notarile e che ne sia stata fatta iscrizione al Registro delle Imprese);
- se l'atto di trasferimento violi in ipotesi l'eventuale diritto di prelazione che sia sancito nello statuto sociale, ciò che infatti abiliterebbe il rifiuto di procedere all'iscrizione del trasferimento in dispregio a detto patto di preferenza<sup>388</sup> ecc.

Di contro, se la società non ha sindacato sulla validità dell'atto di cui viene chiesta l'annotazione nel libro soci, così pure l'eventuale iscrizione nel libro dei soci (che – come visto – ha una natura meramente dichiarativa nei confronti della società) di un atto traslativo invalido o inefficace non produce per l'atto iscritto alcuna conseguenza giuridica ulteriore rispetto alla sua condizione patologica, che dunque non viene sanata e permane intatta, e cioè così com'era prima della scritturazione del libro soci<sup>389</sup>.

<sup>387</sup> Cfr. App. Palermo, 25 marzo 1961, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1962, II, 441.

<sup>388</sup> Cfr. Trib. Milano, 23 settembre 1991, in *Società*, 1992, 357, secondo cui «in caso di violazione del diritto di prelazione, la società ha legittimazione e interesse a negare all'acquirente l'iscrizione nel libro dei soci e, in caso di contestazione, a ottenere una pronuncia giudiziale che statuisca l'inefficacia del negozio di trasferimento della partecipazione».

<sup>389</sup> Per Trib. Bologna, 30 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 932, «il significato letterale delle nuove norme, nonché il coordinamento tra l'art. 2479, terzo comma ("l'atto di trasferimento delle quote, con sottoscrizione autenticata, deve essere depositato entro trenta giorni per l'iscrizione") e l'art. 2479-bis c.c. ("il deposito dei trasferimenti a causa di morte per l'iscrizione nel Registro delle Imprese e la conseguente iscrizione nel libro dei soci"), non lascia adito a dubbi sul condizionamento a tale adempimento di cui è onerato il notaio rogante, della concreta iscrizione del trasferimento nel libro dei soci, perché la "legittimazione" del socio nuovo iscritto non si può trarre soltanto dall'iscrizione nel libro dei soci, bensì dal perfezionamento dell'*iter* pubblicitario complesso costituito dall'iscrizione siccome conseguente a deposito dell'atto per la sua prevista previa iscrizione nel Registro delle Imprese. E l'eventuale vizio dell'iscrizione nel libro dei soci non si pone come mera irregolarità, assumendo il carattere della contrarietà all'interesse pubblico che il procedimento nella sua interezza vuole garantire, e, quindi, la violazione di norma procedimentale al cui rispetto risulta subordinata l'opponibilità concreta dell'iscrizione non soltanto ai terzi ma anche nei rapporti endosocietari. Con l'ulteriore conseguenza che la situazione del socio illegittimamente iscritto va considerata simile a quella del socio non iscritto. D'altra parte in relazione alla natura costitutiva dell'iscrizione ogni vizio della stessa pare incidere direttamente su tale carattere, con la conseguenza del venir meno di ogni irregolare iscrizione intervenuta per il mancato compimento dell'*iter* procedimentale previsto. Inoltre, proprio in relazione a tale efficacia, anche il successivo adempimento del deposito dell'atto presso il Registro delle Imprese non può avere alcun effetto sanante sulla delibera che, in conseguenza di tale invalida iscrizione, sia intervenuta. Infatti è soltanto dal perfezionamento del complesso procedimento, voluto dalla legge per rendere opponibile non solo con effetti esterni ma anche con effetti interni, alla società il trasferimento, che si verificherà l'effetto dell'op-

Nella materia del trasferimento delle partecipazioni, piuttosto, la riforma perde probabilmente un'occasione per fare chiarezza su una tematica che, dalla "legge Mancino" in avanti, ha sempre creato numerosi dubbi operativi e quindi per snellire un po' le procedure e renderle meno problematiche (prima della legge 310/1993 il libro dei soci era infatti movimentabile più facilmente, e cioè dietro la sola esibizione dell'atto di trasferimento oppure dietro la scritturazione della cessione stessa sul libro, e quindi senza alcun riferimento all'effettuazione delle pratiche pubblicitarie, introdotte appunto alla fine del 1993).

Ci si intende riferire a quei frequentissimi casi in cui, in coincidenza con la cessione delle partecipazioni (in particolare, se passa di mano l'intero capitale sociale), occorra operare le modificazioni statutarie del più vario tipo, da quelle più semplici (modifiche della denominazione sociale, dell'oggetto, della sede ecc.) a quelle più complesse (come le nomine di nuovi amministratori oppure le operazioni sul capitale sociale e, in specie, quelle di ricapitalizzazione che si rendano necessarie dopo le perdite maturate nel corso della gestione "precedente", la quale dunque, con la cessione delle quote, "abbandona il campo")<sup>390</sup>.

In questi frangenti sorgono infatti problemi "procedurali" per il motivo che, da un lato, i "vecchi" soci (quelli che cedono le loro quote) ovviamente non sentono ragioni (specie se, nel caso specifico, sussistano ragioni di contrasto o di lite) per partecipare a operazioni di "riassetto" della società per permetterle una "nuova vita" con i soci subentranti; e che, d'altro lato, i "nuovi" soci non sarebbero abilitati a partecipare ad assemblee<sup>391</sup> non es-

ponibilità in conseguenza dell'iscrizione nel libro dei soci; per cui, l'eventuale deliberazione assunta precedentemente al perfezionarsi di tale *iter* rimarrà sicuramente viziata dalla constatazione che la delibera stessa risulta essere stata presa dall'assemblea in mancanza del prescritto *quorum* deliberativo». Cfr. pure Cass., 17 dicembre 1997, n. 12752, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1003; in *Società*, 1998, 665; in *Giur. it.*, 1998, 1186, secondo cui «le annotazioni nel libro dei soci hanno valore documentale in relazione alla posizione del socio all'interno della società; pertanto esse, essendo prive di ogni effetto dispositivo, possono e devono essere modificate ove si accerti la non rispondenza alla realtà dei dati e delle situazioni iscritte».

<sup>390</sup> Cfr. GUARNIERI G., *Cessione di quote di società a responsabilità limitata: ammissibile l'iscrizione "d'urgenza" nel libro dei soci*, in *Società*, 1998, 313.

<sup>391</sup> Cfr. Trib. Bologna, 22 marzo 2000, in *Società*, 2000, 1466, secondo cui «l'efficacia del trasferimento delle quote nei confronti della società e la conseguente legittimazione all'esercizio dei diritti sociali dipendono in via esclusiva dall'annotazione nel libro dei soci, la quale ultima è unicamente subordinata all'esibizione di un titolo formalmente idoneo a trasferire la titolarità della quota, previamente depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese; la volontà assembleare si forma, pertanto, regolarmente anche laddove vi concorra il voto determinante di colui che sul piano sostanziale non sia titolare della quota, risultandone però tale sul piano formale, mentre nessuna rilevanza assumono, nei confronti della società, i vizi del titolo sulla cui base si è eseguita l'iscrizione».

sendo appunto essi iscritti a libro soci (infatti, il loro acquisto è appena avvenuto, l'atto di trasferimento è appena stipulato e non è ancora evidentemente depositato al Registro delle Imprese e non potrebbe per questo procedersi ad alcuna iscrizione dei nuovi soci nel libro dei soci).

Un metodo invalso nella prassi per *bypassare* il problema, ma ovviamente senza risolverlo, è quello del rilascio da parte dei "vecchi" soci ai "nuovi" soci di una "delega" a partecipare all'assemblea contestuale all'atto di cessione delle partecipazioni: ma il problema così non si risolve, perché all'assemblea partecipa bensì formalmente il delegato, ma sostanzialmente vi vota il delegante, con il che siamo d'accapo.

Una soluzione forse più adeguata è quella di ragionare un momento sulla ragione della norma che dispone l'iscrizione a libro soci solo una volta eseguite le formalità sopra descritte: dettando quella norma, infatti, il legislatore evidentemente si è figurato una "scena" (quella dell'atto di cessione delle partecipazioni) che avviene di necessità in uno studio notarile (e non più, come accadeva prima nel 1993, nella sede sociale, in quanto la cessione, nella maggior parte dei casi, come noto, veniva materialmente e contestualmente scritta sul libro dei soci) e quindi al di fuori della sfera societaria e di cui la società e il suo organo amministrativo possono anche venire informati *ex post* (salvo il caso delle notifiche necessarie per permettere l'espressione del gradimento del nuovo socio o il diritto di prelazione dei vecchi soci).

Ebbene, in quel caso (quello della società che viene informata *ex post* dell'intervenuta cessione delle partecipazioni), è ovvio che per movimentare il libro dei soci la legge pretenda dagli amministratori l'acquisizione della più assoluta certezza circa l'avvenuto svolgimento delle formalità imposte dalla legge per il trasferimento delle quote, e quindi l'esibizione dell'atto di trasferimento munito della dimostrazione dell'effettuato adempimento pubblicitario.

Ma se, come peraltro normalmente accade, la cessione delle partecipazioni sia (una scena che si svolge non più a un "tavolo" della società bensì in un "tavolo" notarile, ma sia comunque) una scena cui "tutta" la società partecipa "in diretta", allora non si vede il perché un amministratore peccerebbe di negligenza o compirebbe chissà quale abuso nell'annotare "in diretta" nel libro soci l'avvenuta cessione di quote per permettere ai nuovi soci di partecipare fin da subito agli eventi societari immediatamente conseguenti alla cessione delle partecipazioni.

Invero, nella società a responsabilità limitata, società a ristrettissima base sociale che, con la riforma, ha assunto veri e propri connotati di una società di persone, l'evento della cessione delle quote è un momento cui gli altri soci (che normalmente coincidono con gli amministratori) non possono non partecipare, e non solo per regolare gli immancabili diritti di prelazione (o eventuali pendenze economiche): la continuazione della società

con Caio piuttosto che con Tizio è infatti un evento che non può non essere concordato tra tutti gli attori della vita societaria, stante appunto la forte compenetrazione che vi è nella società a responsabilità limitata tra il ceto dei soci e il ceto dei gestori della società stessa, come accade in qualsiasi società personale.

Così, visto che, nella quasi totalità dei casi, “tutta” la società, in ogni sua espressione, assiste “personalmente” all’evento della cessione, e visto che la “scena” avviene in presenza di un pubblico ufficiale, gravato per legge del dovere di pubblicizzare l’atto di cessione, appare francamente eccessivo attendere l’evento pubblicitario per annotare il libro soci e non appare d’altro canto così abusivo e contrario a chissà quale interesse (del sistema in generale o di qualche soggetto in particolare) l’annotazione immediata del libro dei soci; anzi, l’interesse concreto è proprio quello contrario, e cioè di un’annotazione immediata del libro medesimo.

È vero, peraltro, che la priorità nell’esecuzione (in buona fede) della pubblicità presso il Registro delle Imprese è ora indicata dal legislatore come fattore di prevalenza nel caso di doppia alienazione della stessa quota da parte del medesimo cedente, e che quindi la formalità pubblicitaria assume maggiore consistenza che nel sistema precedente: ma trarre da ciò argomenti per impedire la scritturazione immediata del libro soci (e cioè prima della pubblicità della cessione nel Registro delle Imprese) appare eccessivo, in quanto, in un caso di “doppia vendita” ben potrebbe darsi che il primo acquirente (secondo trascrivente) si presenti per primo alla sede sociale per annotare il libro soci, il quale quindi verrebbe movimentato con un’annotazione inefficace che dovrebbe pertanto essere cancellata una volta dimostrata la prevalenza del secondo acquirente / primo trascrivente (per avere più tempestivamente eseguito in buona fede l’adempimento pubblicitario).

Infine, vista l’ampiezza dell’autonomia statutaria che il legislatore della riforma ha regalato alle società a responsabilità limitata, altrettanto non appare implausibile l’apposizione negli statuti societari di una regoletta la quale, più o meno, dica che «in deroga all’art. 2470, comma 2, del Codice civile, può farsi luogo all’iscrizione nel libro dei soci anche anteriormente al deposito presso il Registro Imprese dell’atto di trasferimento o comunque dell’atto dal quale consegue una modificazione della compagine sociale, ove a esso partecipino tutti i soci (sia quelli uscenti sia quelli entranti) e tutti i componenti dell’organo amministrativo»; con il che l’amministratore potrebbe sentirsi “più tranquillo” e la società può sentirsi “più legittimata” a operare fin da subito con i suoi nuovi soci.

Insomma la regola (art. 2470, comma 2) in base alla quale «l’iscrizione del trasferimento nel libro dei soci ha luogo, su richiesta dell’alienante o dell’acquirente, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l’avvenuto deposito» dovrebbe potersi intendere scritta come se prevedes-

se l'*iter* dalla medesima disposto solo se l'atto di cessione non avvenga in presenza di tutti i soci e di tutti gli amministratori, caso nel quale dunque alla scritturazione del libro soci potrebbe invece farsi luogo anche prima dell'iscrizione dell'atto di cessione presso il Registro delle Imprese.

### 3.11.13 Pegno, sequestro e usufrutto di quote di società a responsabilità limitata

La disciplina di riforma del diritto societario reca un'espressa disciplina per il caso dell'usufrutto, del pegno e del sequestro di quote di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata; nella disciplina previgente l'argomento non era per nulla trattato dalla legge, cosicché, a parte ogni perplessità<sup>392</sup> circa la sottoponibilità della quote di società a responsabilità limitata a pegno, usufrutto o sequestro<sup>393</sup>, si finiva di regola<sup>394</sup> per

<sup>392</sup> Era comunque pacificamente ritenuta la sottoponibilità delle quote di società a responsabilità limitata a pegno e a usufrutto: cfr., per esempio, RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1060; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 224; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 133.

<sup>393</sup> Secondo ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2471-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 77, l'espressa formulazione della nuova norma «pare risolvere in senso affermativo la *vexata quaestio* relativa all'ammissibilità del sequestro giudiziario». Sull'assoggettamento a sequestro giudiziario delle azioni cfr. Trib. Roma, 23 marzo 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 2502, secondo cui «non sono assoggettabili a sequestro giudiziario le quote di società a responsabilità limitata»; Trib. Napoli, 6 aprile 1987, in *Società*, 1987, 644, secondo cui «le quote di società a responsabilità limitata possono essere assoggettate a sequestro giudiziario»; Trib. Milano, 21 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 622, secondo cui «le quote relative al capitale delle società a responsabilità limitata sono suscettibili di sequestro giudiziario *ex art.* 670, c.p.c.»; Trib. Milano, 14 dicembre 1989 e 15 gennaio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 1010; Trib. Chiavari, 6 giugno 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 621, secondo cui «è ammissibile il sequestro giudiziale di quota di società a responsabilità limitata»; Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, 1331; in *Giur. it.*, 2000, 2309.

<sup>394</sup> Era, per esempio, controverso a chi spettasse il diritto di voto in caso di usufrutto o di pegno perché all'opinione dell'applicazione analogica delle norme sulla società per azioni (cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, Padova, 1994, 804), si contrapponeva la tesi (RIVOLTA G.C.M., *Pegno e usufrutto di quota di s.r.l. e diritto di voto*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 205) che escludeva l'applicazione alla società a responsabilità limitata delle norme della società per azioni non espressamente richiamate. Cfr. anche Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828, secondo cui «è legittima la disposizione statutaria che attribuisce, in caso di pegno di quote, il diritto di voto al socio debitore anziché al creditore pignoratizio»; Trib. Teramo, 6 marzo 1992, in *Dir. fall.*, 1994, II, 144, secondo cui «il titolare di un diritto di pegno sulla quota di una società a responsabilità limitata non è legittimato a votare nell'assemblea straordinaria della società che delibera sulla proposta di

applicare, per analogia<sup>395</sup>, la peraltro scarna normativa che il Codice civile dedicava ai diritti sulle azioni.

Oggi, dunque, risolto ogni dubbio, la nuova legge, ripetendo (erroneamente) lo stesso concetto nell'art. 2468, comma 5, e nell'art. 2471-*bis*, dispone che al pegno, all'usufrutto<sup>396</sup> e al sequestro di quote di società a responsabilità limitata si applicano le corrispondenti norme previste per le azioni nella disciplina della società per azioni (e cioè l'art. 2352).

Dovrebbe peraltro rimanere fermo che pegno e usufrutto non possano concernere una quota intrasferibile per statuto e che, in tale ipotesi, il pegno e l'usufrutto si concreterebbero "soltanto" in un diritto di credito agli utili<sup>397</sup>; e che, qualora nello statuto vi siano clausole di prelazione o di gradimento, pure in caso di trasferimento/constituzione del diritto di usufrutto occorra esperire le procedure statutariamente disposte<sup>398</sup>.

### 3.11.13.1 *Il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*

Ai sensi dell'art. 2352, comma 1, in caso di pegno o di usufrutto della quota di società a responsabilità limitata, il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci<sup>399</sup> (e quindi pure il diritto di iniziativa di dette

amministrazione controllata»; Trib. Udine, 14 gennaio 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, 161, secondo cui «nelle società a responsabilità limitata, in caso di pegno di quota, il diritto di voto spetta al creditore pignoratizio. È quindi invalida la deliberazione assunta dal titolare di una quota pari al 99,96 per cento del capitale sociale, in assenza del creditore avente un diritto di pegno sulla medesima quota societaria»; Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Giur. it.*, 2000, 2309; e in *Società*, 2000, 1331, secondo cui «il diritto di voto nell'assemblea di società a responsabilità limitata, per le quote che siano state date in usufrutto, compete unicamente all'usufruttuario».

<sup>395</sup> Cfr. Trib. Udine, 25 febbraio 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, 978, secondo cui «non può essere omologata la deliberazione dell'assemblea straordinaria di una società a responsabilità limitata che attribuisce il diritto di voto sulle quote pignorate, anziché al creditore pignoratizio, al socio pignorato, in assenza di una convenzione tra le parti interessate che stabiliscano di derogare alla disposizione dell'art. 2352 c.c., applicabile anche alle società a responsabilità limitata».

<sup>396</sup> Circa la garanzia dovuta dall'usufruttuario ai sensi dell'art. 1003 del Codice civile, cfr. Trib. Bologna, 12 luglio 2001, in *Società*, 2002, 592.

<sup>397</sup> Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 145.

<sup>398</sup> Cfr. GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 171.

<sup>399</sup> Va notato che in materia di società per azioni l'affermazione recata dall'art. 2370, comma 2, per la quale «possono intervenire all'assemblea [solo, *n.d.a.*] gli azionisti cui spetta il diritto di voto» viene commentata nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 5, nel senso che «il diritto di intervento in assemblea è stato reso funzionale all'espressione del voto; si è perciò circoscritto il diritto di intervento ai soli azionisti cui spetta il diritto di voto, così escludendo l'intervento dei nudi proprietari delle azioni».

decisioni) spetta, in linea di principio, al creditore pignoratizio o all'usufruttuario, salvo che le parti derogino a tale principio prevedendo la permanenza del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci in capo al socio oppure prevedendo, come deve pure ritenersi consentito, la "sospensione" del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci per le quote date in pegno o in usufrutto.

Nel caso di sequestro della quota di società a responsabilità limitata, l'esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci spetta invece al nominato custode giudiziario.

Con riguardo proprio al caso del sequestro, la nuova norma peraltro non ammette esplicitamente, a differenza di quanto stabilito per l'usufrutto e il pegno delle quote, un'attribuzione del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci diversa da quella disposta per il custode giudiziario; pare però possibile affermare che il giudice possa, in relazione alla concreta situazione e al fine di individuare il miglior assetto organizzativo degli interessi coinvolti, decidere diversamente, disponendo, per esempio, il mantenimento della titolarità del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni dei soci in capo al socio che ha subito il sequestro oppure, anche qui, ritenendolo "sospeso" per tutta la durata del sequestro della quota.

### 3.11.13.2 *Modalità di esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*

La riforma non coglie tuttavia l'occasione per chiarire quanta "libertà" sia data al titolare del diritto reale parziario<sup>400</sup> e, ora, anche al custode seque-

<sup>400</sup> Cfr. Cass., 17 giugno 1953, n. 1795, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1954, II, 342, secondo cui «nel caso di azioni date in pegno, il diritto di voto spettante al creditore pignoratizio non è limitato alle sole assemblee ordinarie della società, ma si estende anche alle deliberazioni di carattere straordinario»; App. Roma, 3 aprile 1958, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 83, secondo cui «nel pegno di azioni il naturale interesse del creditore pignoratizio alla tutela del proprio credito non può subire limitazioni per il solo fatto che è in contrasto con l'interesse dell'azionista debitore. L'unico limite che il creditore pignoratizio incontra, nell'esercizio del diritto di voto inerente alle azioni ricevute in pegno, è quello di non agire esclusivamente in *odium debitoris*, e cioè che egli non si serva del voto per scopi del tutto egoistici e che non coincidono né con l'interesse sociale né con quello del debitore»; Cass., 1° marzo 1986, n. 1309, in *Foro it.*, 1986, I, 3054, secondo cui «non è configurabile, per mancanza del nesso di causalità, responsabilità *ex delicto* nei confronti dei creditori sociali a carico del creditore pignoratizio di tutte le quote della società a responsabilità limitata, che non abbia ottemperato al suo obbligo di vigilare sul buon andamento dell'amministrazione della società e abbia quindi favorito la lesione della garanzia patrimoniale (nella specie: la società era fallita su istanza dello stesso creditore pignoratizio)»; App. Bologna, 30 ottobre 1993, in *Gius.*, 1994, 127, secondo cui «l'abuso commesso dall'usufruttuario in sede di esercizio del diritto di voto rileva esclusivamente nei rapporti *inter partes*, mentre, nei confronti della società, rimane del tutto irrile-

stratario, nell'esercitare il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci.

La discussione, che era sorta sotto il Codice previgente e che resta dunque destinata a continuare anche dopo la riforma, attiene alla definizione dell'eventuale coinvolgimento del socio (o del giudice) nell'espressione del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni dei soci da parte dell'usufruttuario, del creditore pignoratizio o del custode sequestratario, quando nell'atto che istituisce il vincolo sulle quote non viene previsto nulla sotto questo profilo; l'orientamento prevalente<sup>401</sup>, che evidentemente si impone

vante (nella specie, è stata esclusa l'invalidità delle delibere assunte con il voto determinante dell'usufruttuario che, tramite l'esercizio del voto, aveva "abusato" del suo diritto di usufrutto); Trib. Milano, 11 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 830, «qualora il creditore pignoratizio eserciti il diritto di voto a lui spettante ai sensi dell'art. 2352 in violazione del dovere di conservare il valore delle azioni avute in pegno, ciò non si riflette sulla validità della delibera, ma incide unicamente sul piano dei rapporti interni tra debitore e creditore, legittimando una richiesta di risarcimento dei danni che ne siano eventualmente derivati»; inoltre, «il creditore pignoratizio, nell'esercizio del diritto di voto a lui spettante, deve ispirarsi ai criteri della buona amministrazione e della conservazione del valore delle azioni. A tal fine, egli deve peraltro attenersi al perseguimento dell'interesse sociale, che è del tutto diverso dall'interesse del singolo socio (nella specie si è negato che la delibera di messa in liquidazione possa ritenersi contraria all'interesse della società)»; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 520, secondo cui «il diritto di voto nell'assemblea della società a responsabilità limitata, per le quote che siano state date in usufrutto, compete unicamente all'usufruttuario, il quale esercita al riguardo un diritto suo proprio e perciò non è obbligato ad attenersi alle eventuali istruzioni di voto che gli abbia impartito il nudo proprietario; nell'esercitare tale diritto, però, l'usufruttuario deve astenersi da comportamenti che possano arrecare ingiusto danno al nudo proprietario e in particolare da modi di esercizio del predetto diritto che possano compromettere la conservazione del valore economico della partecipazione in società; l'eventuale violazione di tale obbligo, tuttavia, espone il responsabile al rischio di estinzione dell'usufrutto, nonché all'azione risarcitoria del proprietario danneggiato, ma non può riflettersi sulla validità del voto espresso in assemblea, né, di conseguenza, sulla validità della deliberazione che l'assemblea abbia adottato, anche se quel voto sia risultato determinante»; Trib. Bologna, 6 dicembre 2000, in *Società*, 2001, 865, secondo cui «non può essere emesso il provvedimento cautelare richiesto dai nudi proprietari delle quote di una società a responsabilità limitata al fine di ottenere la cessazione dei diritti di usufrutto e pegno, gravanti sulle quote, per abuso di potere consistente nella mancata assunzione da parte del creditore pignoratizio, quale titolare del diritto di voto, della delibera di proroga della società rispetto al termine statutariamente fissato»; ancora Trib. Bologna, 12 luglio 2001, in *Società*, 2002, 592, secondo cui «può accogliersi la domanda di cessazione dell'usufrutto su quota di società a responsabilità limitata per comportamento abusivo dell'usufruttuario nell'esercizio dei diritti inerenti alla quota solo qualora sia dedotta una condotta che possa concretamente qualificarsi come violazione del dovere di diligenza incombente all'usufruttuario o che comunque evidenzi un pericolo in atto di lesione del patrimonio sociale; l'abuso non può quindi essere desunto dal solo discostarsi del voto dell'usufruttuario dai desiderata dei nudi proprietari».

<sup>401</sup> Ma cfr. Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Giur. it.*, 2000, 2309, secondo cui «il diritto di voto nell'assemblea di società a responsabilità limitata, per le quote che siano state date in usufrutto, compete unicamente all'usufruttuario, il quale esercita un diritto suo proprio e non vota in nome e per conto del nudo proprietario. Ne consegue che l'usufruttuario può anche votare in contrasto con le istruzioni eventualmente impartite dal nudo proprietario, senza che ciò si rifletta sulla validità della

anche dopo l'entrata in vigore della riforma, riconosceva al socio (o al giudice, per il caso di sequestro delle azioni) il diritto di essere coinvolto, mediante una sua consultazione preventiva da parte del titolare del diritto parziario o del custode, nelle deliberazioni che avessero potuto incidere in modo diretto e potenzialmente pregiudizievole sulla sfera degli interessi del socio stesso (si pensi alla deliberazione di scioglimento anticipato della società, per la cui adozione pare dunque indispensabile che usufruttuario, creditore pignoratizio o custode debbano chiedere istruzioni vincolanti, rispettivamente, al socio o al giudice).

### 3.11.13.3 *Il diritto d'opzione*

Se le quote attribuiscono un diritto di opzione (si pensi all'opzione spettante ai soci sulle quote di nuova emissione in sede di aumento del capitale), questo diritto spetta al socio (art. 2352, comma 2), che deve esercitarlo tramite il titolare del diritto frazionario provvedendo a versare allo stesso le somme necessarie almeno tre giorni prima della scadenza. In mancanza, il diritto d'opzione deve essere alienato per conto del socio, a mezzo di una banca o di un intermediario autorizzato alla negoziazione nei mercati regolamentati<sup>402</sup>.

Precisa, inoltre, la norma, a differenza di prima, che al socio stesso sono attribuite le quote sottoscritte in base al diritto di opzione; il problema, sotto il vigore della previgente norma che nulla disponeva, era fortemente controverso<sup>403</sup> e tutte le soluzioni erano state prospettate<sup>404</sup>: dall'attribuzione

delibera, potendo solo esporre l'usufruttuario, in caso di abuso, alla cessazione dell'usufrutto e all'azione risarcitoria».

<sup>402</sup> Cfr. Trib. Lecce, 18 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1986, II, 380, secondo cui «l'obbligo, incombenente sul creditore pignoratizio, di alienare il diritto di opzione non esercitato dall'azionista sussiste anche in caso di mancanza di istruzioni da parte di quest'ultimo e per titoli non quotati in borsa».

<sup>403</sup> Nell'ipotesi di aumento di capitale a pagamento vi era incertezza se il pegno si estendesse automaticamente alle azioni optate o al ricavato dalla vendita dei diritti nei limiti necessari alla conservazione della garanzia del credito (cfr. NOBILI R., *Contributo allo studio del diritto di opzione nella società per azioni*, Milano, 1958, 280) o se il creditore pignoratizio potesse unicamente domandare che gli venisse prestata altra idonea garanzia e, in mancanza, pretendere l'immediato pagamento del credito o farsi autorizzare dal giudice alla vendita delle azioni prima che si stacchi il diritto di opzione (cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 281). Secondo PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. II, t. 1, Torino, 1991, 331, in caso di aumento gratuito del capitale, il pegno si sarebbe dovuto estendere automaticamente alle nuove azioni. Per Trib. Roma, 12 aprile 1943, in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, 165, «in caso di aumento del capitale di una società per azioni, il diritto di opzione sulle azioni ordinarie di nuova emissione spetta, in virtù dell'art. 2352 c.c., al proprietario e non già all'usufruttuario delle azioni vecchie».

delle quote optate all'usufruttuario o al creditore pignoratizio, alla spettanza delle stesse all'usufruttuario (ma non al creditore pignoratizio), ma con l'obbligo per questi di pagare al socio gli interessi sulle somme dal medesimo versate per permettere l'esercizio dell'opzione; e, ancora, all'attribuzione delle quote al socio.

Ed è appunto quest'ultima la soluzione dunque accolta con la riforma del diritto societario.

#### 3.11.13.4 *Aumento gratuito del capitale sociale*

Viceversa, nel caso di aumento gratuito del capitale sociale mediante passaggio a capitale di riserve statutarie, il pegno, l'usufrutto o il sequestro si estendono (art. 2352, comma 3) alle quote di "nuova emissione"; la nuova norma, diversamente dalla disciplina introdotta con riguardo all'aumento del capitale a pagamento, codifica invero un principio normativamente inespresso ma pacificamente praticato nel vigore della normativa<sup>405</sup>.

#### 3.11.13.5 *Richiamo dei decimi mancanti*

Se il socio non abbia provveduto all'integrale versamento dei decimi sui conferimenti effettuati in società, se ne ha che (art. 2352, comma 4):

- in caso di pegno, è il socio stesso che deve provvedere al versamento delle somme necessarie almeno tre giorni prima della scadenza del termine per effettuare i versamenti; se il socio è inadempiente, il creditore pignoratizio può vendere le quote a mezzo di una banca o di un intermediario autorizzato alla negoziazione nei mercati regolamentati;
- in caso di usufrutto, viceversa, è l'usufruttuario che deve provvedere al versamento dei decimi "di sua tasca", salvo il diritto alla restituzione delle somme anticipate al termine dell'usufrutto.

<sup>404</sup> Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 238; si veda per esempio, Cass., 9 dicembre 1992, n. 13019, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3033, secondo cui «pignorata la quota di un socio in una società a responsabilità limitata e deliberati successivamente dall'assemblea dei soci l'azzeramento, per perdite, e il contemporaneo aumento del capitale sociale, se il diritto di opzione viene esercitato, il pignoramento produce i suoi effetti sul valore di questo diritto».

<sup>405</sup> Cfr. Trib. Udine, 22 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 38, secondo cui «è legittima, e può essere omologata, la deliberazione di aumento di capitale (attuata utilizzando riserve straordinarie disponibili) con la quale si dispone che il diritto di usufrutto gravante sulle precedenti azioni venga proporzionalmente esteso alle azioni gratuite di nuova emissione».

### 3.11.13.6 *L'esercizio dei "diritti diversi"*

La nuova norma prevede (art. 2352, comma 6) che, salvo risulti diversamente dal titolo o dal provvedimento del giudice, i diritti amministrativi "diversi" da quelli previsti e disciplinati dall'art. 2352 (che sono, per esempio, il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci, il diritto d'opzione sulle quote di nuova emissione e il diritto sulle quote assegnate gratuitamente), «nel caso di pegno o di usufrutto, spettano sia al socio sia al creditore pignoratizio o all'usufruttuario»<sup>406</sup>; nel caso di sequestro essi sono esercitati invece "solo" dal custode<sup>407</sup>.

È probabilmente questa la novità più significativa portata dalla riforma sulla materia, tale da rivoluzionare l'orientamento operativo che si era consolidato sotto il vigore della precedente normativa; infatti, nel silenzio della vecchia disciplina, era prevalente<sup>408</sup> l'orientamento che riteneva l'esercizio

<sup>406</sup> Secondo ASQUINI A., *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 25, il diritto di recesso spetta al socio, ma può essere esercitato solo quando il creditore pignoratizio o l'usufruttuario nell'ambito delle deliberazioni che danno diritto a recesso abbiano espresso voto contrario oppure siano rimasti assenti.

<sup>407</sup> Secondo Trib. Bologna, 3 agosto 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 111, «non può essere accolta, nella fase di attuazione di provvedimento di sequestro conservativo di quote di società a responsabilità limitata, la richiesta, avanzata dal creditore sequestrante, di autorizzare il custode a richiedere la convocazione dell'assemblea al fine di proporre e votare la sostituzione dell'amministratore in carica, poiché in tal modo la custodia delle quote si trasformerebbe in custodia della società».

<sup>408</sup> Cfr. Trib. Milano, 14 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 1050, secondo cui «deve essere affermato il diritto del creditore pignoratizio a chiedere la convocazione dell'assemblea. [...] il diritto di voto non ha alcun contenuto se non è posto in condizione di esprimersi, e quindi, per l'indispensabile connessione tra voto e riunione assembleare, l'iniziativa per la convocazione dell'assemblea costituisce un accessorio imprescindibile del diritto di voto. Il pericolo che il creditore pignoratizio espropri il debitore dall'amministrazione della società è, da un lato, insito nella funzione di garanzia del soddisfacimento del credito e, d'altro canto, è bilanciato dall'obbligo del creditore pignoratizio di amministrare con diligenza il diritto di voto e dalla connessa responsabilità per danni causati volontariamente alla società e ai soci». Secondo Trib. Roma, 28 gennaio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 811, il creditore pignoratizio di quote di società a responsabilità limitata senza convenzione contraria all'esercizio del diritto di voto, è legittimato a richiedere la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2367; per Trib. Milano, 14 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 309, «il creditore pignoratizio della totalità delle quote di una società a responsabilità limitata a cui spetti il diritto di voto è legittimato a chiedere la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2367 c.c., configurandosi tale diritto come strumentale al voto».

Per il caso del sequestro, mentre per App. Messina, 30 ottobre 1949, citata in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Codice civile ipertestuale*, sub art. 2367, aggiornamento 2003, il socio, le cui azioni sono sottoposte a sequestro giudiziario, non perde il diritto di richiedere la convocazione straordinaria dell'assemblea sociale (tale diritto è distinto e indipendente dal diritto di voto, e le azioni vincolate da sequestro debbono essere computate per la determinazione della quota minima di capitale richiesta dall'art. 2367 c.c.), per App. Torino, 30 novembre 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 238, il sequestratario e amministratore di quasi tutte le quote di una società a

dei diritti sociali, di natura amministrativa e patrimoniale, “diversi” da quelli considerati dall’art. 2352, di competenza esclusiva del titolare del diritto frazionario.

La regola stabilita per l’esercizio del diritto di partecipare all’adozione delle decisioni da parte dei soci veniva insomma assunta a principio generale<sup>409</sup>, regolatore dell’attribuzione complessiva della gamma dei diritti “diversi” da quelli espressamente previsti dalla norma; al titolare del diritto parziario si riconosceva così la competenza esclusiva, per esempio, a impugnare le decisioni dei soci<sup>410</sup> e a compiere atti di ispezione<sup>411</sup>.

Con la riforma, dunque, si cambia, poiché:

a. è innanzitutto il titolo costitutivo dell’usufrutto o del pegno a stabilire se i

responsabilità limitata è legittimato a richiedere la convocazione dell’assemblea della società ai sensi dell’art. 2367 c.c.

<sup>409</sup> Cfr. Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Società*, 1997, 390, secondo cui «se ci si sofferma sulla natura del diritto di usufrutto e su quel che caratterizza, in termini generali, la posizione dell’usufruttuario rispetto all’oggetto del suo diritto, se ne trae conferma che l’attribuzione all’usufruttuario medesimo della legittimazione al voto inerente alla partecipazione sociale, lungi dal rappresentare una anomalia, costituisce un’ovvia esplicitazione di quel diritto. È proprio dell’usufruttuario, infatti, il godere della *res*, e perciò stesso, l’usarla, il possederla, il custodirla e l’amministrarla. A lui spetta, in una parola, il diritto di trarre da quella cosa ogni possibile utilità (artt. 981, 982 e 1004 c.c.) sia pure con l’obbligo di non alterarne la destinazione economica. E allora, dovendosi trasporre tali concetti a un diritto di usufrutto che abbia a oggetto non già una *res* suscettibile di fruizione e utilizzo naturali e immediati, bensì una posizione giuridica rappresentata dalla partecipazione in società, sembra del tutto logico affermare che agli accennati poteri di utilizzare, possedere, custodire e amministrare debba in questo caso corrispondere il potere di esercitare i diritti amministrativi inerenti alla partecipazione. Potere che spetta quindi all’usufruttuario come naturale esplicitazione del suo diritto, e non invece al nudo proprietario, il quale di regola non ha alcuna potestà diretta sulla cosa, né ha titolo per gestirla o per trarne utilità di sorta (salvo patto contrario), ma ha solo il diritto di reagire a particolari abusi commessi dall’usufruttuario in suo danno provocando la cessazione dell’usufrutto a norma dell’art. 1015 c.c.».

<sup>410</sup> Cfr. Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Giur. comm.*, 1978, II, 24, secondo cui «il socio le cui azioni siano sottoposte a pegno o usufrutto e sia privato del diritto di voto, non è legittimato all’impugnazione delle deliberazioni annullabili quando il creditore pignoratizio e l’usufruttuario abbiano contribuito con il loro voto alla formazione delle deliberazioni impugnate»; e pure Trib. Milano, 17 febbraio 1955, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 397, secondo cui «il socio che ha costituito in pegno l’azione o la quota è legittimato a impugnare la deliberazione sociale annullabile»; Trib. Firenze, 3 marzo 1964, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 315, secondo cui «la legittimazione all’impugnativa di una deliberazione assembleare non può essere disgiunta da quella all’esercizio del voto nell’assemblea: pertanto, in caso di usufrutto di azioni, unico legittimato all’impugnativa è l’usufruttuario»; Trib. Messina, 28 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1987, I, 602, secondo cui «in ipotesi di usufrutto di azioni, legittimato all’impugnativa delle delibere assembleari annullabili non è il socio, bensì, esclusivamente, l’usufruttuario».

<sup>411</sup> Cfr. PROVERBIO D., *Pegno di quote di società a responsabilità limitata ed esercizio dei diritti di controllo ex art. 2489 c.c.*, in *Società*, 1999, 71.

- diritti “diversi”, tutti o alcuni, spettino esclusivamente al titolare del diritto parziario oppure al socio;
- b. se il titolo nulla precisi, scatta la norma di *default* recata dall’art. 2352, comma 6; e cioè i diritti “diversi” spettano tanto al socio quanto al creditore pignoratizio o all’usufruttuario, che possono esercitarli in modo disgiunto (ciò è argomentabile dall’art. 1716, comma 2) l’uno dall’altro;
- c. in caso di sequestro delle quote, invece, vi è una competenza esclusiva del custode sequestratario.

### 3.11.13.7 *L’atto costitutivo dell’usufrutto e del pegno*

Su questa materia la riforma non apporta alcuna novità, se non la definitiva specificazione che la quota di partecipazione al capitale della società a responsabilità limitata è un bene immateriale equiparato ai beni mobili registrati e che quindi il pegno si costituisce sulla quota con le stesse modalità con le quali esso si costituisce su qualsiasi altro bene mobile (e pertanto non nelle forme della costituzione del pegno su crediti).

Deve quindi intendersi perpetuata, anche dopo la riforma<sup>412</sup>, l’opinione previgente<sup>413</sup> secondo cui sia l’atto costitutivo del diritto di usufrutto<sup>414</sup> (che ben rientra nel concetto di atto “di trasferimento” ai sensi dell’art. 2470, comma 2)<sup>415</sup>, sia l’atto costitutivo del diritto di pegno (il quale “preconizza” il trasferimento, se la quota sia condotta a esecuzione), seppur perfezionabili per effetto del solo consenso dei contraenti<sup>416</sup>, per essere efficaci

<sup>412</sup> Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 554; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 209.

<sup>413</sup> Cfr. Trib. Milano, 18 ottobre 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 495; Trib. Milano, 28 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2109.

<sup>414</sup> L’usufrutto può essere convenuto sia all’atto della costituzione della società che successivamente: cfr. Cass., 7 gennaio 1987, n. 4, in *Società*, 1987, 439, secondo cui «il conferimento in società della nuda proprietà e dell’usufrutto di un immobile da parte di soggetti diversi con l’acquisto di azioni da parte dei nudi proprietari cedenti e dell’usufrutto sulle stesse azioni da parte dell’usufruttuario dell’immobile, non fa sorgere nell’usufruttuario lo *status* di socio, ma implica la rinuncia all’usufrutto immobiliare a favore dei nudi proprietari con contestuale conferimento in società della piena proprietà dell’immobile e la separata costituzione, a favore dell’ex usufruttuario, di un diritto di usufrutto sulle azioni».

<sup>415</sup> Cfr. MILONE L., LOPS P., *Il pegno, l’espropriazione e il sequestro della quota nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. fall.*, 1985, I, 461.

<sup>416</sup> Secondo Pret. Torino, 23 novembre 1991, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1992, II, 106, il nudo proprietario non può costituire in pegno i titoli azionari di sua proprietà senza il consenso dell’usufruttuario e non è pertanto ammissibile il ricorso, *ex art.* 700 c.p.c., con il quale il nudo proprietario chiede la disponibilità dei titoli azionari di sua proprietà al fine di costituirli in pegno.

nei confronti della società e dei terzi abbisognano (anche se nella legge, per vero, nulla si dice di queste formalità) della forma pubblica (o della scrittura privata autenticata) ai fini della loro inserzione nel Registro delle Imprese e della conseguente loro trascrizione nel libro dei soci<sup>417</sup>.

### 3.11.14 L'espropriazione della partecipazione

Dopo aver ribadito, all'art. 2471, che la partecipazione al capitale di una società a responsabilità limitata può formare oggetto di espropriazione (nella forma dell'esecuzione presso terzi)<sup>418</sup>, il legislatore della riforma del diritto societario innova la disciplina previgente<sup>419</sup> sotto il profilo dell'indicazione delle modalità operative che occorre praticare per effettuare il pignoramento, il quale ora va eseguito (così pubblicizzando al massimo la procedura) mediante:

- a. notificazione del pignoramento (che deve contenere le indicazioni previste nell'art. 543 c.p.c., l'ingiunzione al debitore di cui all'art. 492 c.p.c., unitamente alla citazione del debitore e della società a comparire davanti al giudice dell'esecuzione affinché la società renda la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., e cioè riferisca – non certo sul valore della partecipazione, ma<sup>420</sup> – sulla posizione societaria del debitore, sulla consistenza della sua quota e sulla presenza di eventuali vincoli su di essa) al debitore e alla società;
- b. sua iscrizione nel Registro delle Imprese<sup>421</sup>;
- c. sua annotazione nel libro dei soci da parte degli amministratori.

<sup>417</sup> Circa l'estensibilità al pegno (ma anche all'usufrutto e al sequestro) della disciplina pubblicitaria che la legge dispone per il trasferimento delle partecipazioni, cfr. Trib. Bologna, 26 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 1997, II, 477.

<sup>418</sup> In tal senso nel diritto previgente: SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 150; e Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 499.

<sup>419</sup> Nel cui silenzio era stato variamente ritenuto (oltre alla tesi poi accolta della riforma, quella del pignoramento mobiliare presso terzi) che il pignoramento si dovesse effettuare con le regole del pignoramento di credito (artt. 543 e 544 c.p.c.: Cass., 4 aprile 1997, n. 2926, in *Giur. comm.*, 1999, II, 437) oppure con la pubblicizzazione del pignoramento presso il Registro delle Imprese (cfr. BONSIGNORI A., *L'espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, Milano, 1961, *passim*).

<sup>420</sup> Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 242.

<sup>421</sup> Cfr. nel diritto previgente Trib. Milano, 28 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2109; e in *Società*, 2000, 1460, secondo cui «la possibilità di iscrivere nel Registro delle Imprese il provvedimento con cui si dispone il pignoramento della quota di società a responsabilità discende dall'applicazione delle regole novellate sul suo trasferimento e non contrasta pertanto con il principio di tipicità delle iscrizioni».

Occorre distinguere gli effetti di tutti questi passaggi<sup>422</sup>; nel silenzio del legislatore, ma in armonia con le previsioni normative in tema di fattispecie analoghe, è da ritenere (come deve pure ritenersi per l'omologo caso del *sequestro* della quota di partecipazione) che:

- l'iscrizione nel Registro Imprese (sulla tempestività delle cui procedure e sul rigoroso ordine da seguire in base alla protocollazione dei ricevuti depositi va richiamato quanto detto *supra* al par. 3.11.10, in tema di doppia alienazione della quota) vale al fine dell'efficacia del pignoramento nei confronti dei terzi (e quindi, per esempio, al fine di risolvere il conflitto tra il creditore pignorante e il terzo acquirente della quota del socio pignorato);
- l'annotazione nel libro dei soci vale invece come efficacia del pignoramento nei confronti dell'esplicazione della vita societaria (peraltro, durante la procedura esecutiva, salvi i provvedimenti del giudice dell'esecuzione di cui all'art. 66 c.p.c., i diritti amministrativi continuano a competere al socio esecutato).

Circa le modalità della vendita forzata (premettendosi che l'ordine del giudice di vendere la partecipazione deve essere notificata alla società a cura del creditore), sia in una procedura di espropriazione senza fallimento che in una procedura di vendita fallimentare<sup>423</sup>, la riforma poi dispone che:

- se la partecipazione «non è liberamente trasferibile»<sup>424</sup> e il creditore, il debitore e la società non si accordano sulla vendita della quota stessa, la vendita ha luogo all'incanto;
- la vendita è priva di effetto se, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la

<sup>422</sup> Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 209.

<sup>423</sup> Cfr. ROCCO DI TORREPADULA N., *La vendita fallimentare di quota di società a responsabilità limitata in presenza di clausola di prelazione*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, 83.

<sup>424</sup> Dubita che tra i casi di partecipazione "non liberamente trasferibile" rientri anche il caso della clausola di intrasferibilità assoluta (caso nel quale l'espropriazione non sarebbe consentita): GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 483. Nel diritto previgente, sotto il profilo se la quota fosse espropriabile anche in presenza di una clausola statutaria di assoluta intrasferibilità, cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 120; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 240. Cfr. pure MELI V., *Inapplicabilità dell'art. 2480 c.c. in presenza di una clausola di prelazione al trasferimento di quote di società a responsabilità limitata*, in *Foro it.*, 1992, I, 844; e Cass., 3 aprile 1991, n. 3482, in *Società*, 1991, 1204.

società<sup>425</sup> presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo (il che risolve con effetto retroattivo l'avvenuta aggiudicazione)<sup>426</sup>.

In altri termini, il legislatore dà il massimo rilievo al carattere personalistico che spesso di sé informa la composizione della compagine sociale della società a responsabilità limitata e cerca di evitare il più possibile (fermo restando il diritto del creditore di soddisfare le sue pretese creditorie) l'ingresso di terzi "estranei": cosicché, in primo luogo viene sollecitata una composizione "amichevole" e, in secondo luogo, quando si sia proceduto invece – stante il fallimento del tentativo amichevole – alla vendita all'incanto, gli effetti di questa possono essere annullati se la società presenta un proprio "cavaliere bianco", che così si sostituisce all'aggiudicatario<sup>427</sup>.

### 3.12 Il finanziamento dei soci alla società

La riforma del diritto societario riserva una particolare attenzione alla materia dei finanziamenti dei soci alla loro società, argomento che nel sistema normativo del Codice civile previgente era solo accennato, in quanto esso era considerato unicamente come possibile voce del passivo dello stato patrimoniale della società finanziata, al fine appunto di esplicitare (e di distinguere dagli altri debiti) il debito della società verso i propri soci finanziatori.

Invece, il "finanziamento soci" ha avuto un particolare fervore nella pras-

<sup>425</sup> Va ricordato il dissidio, nel diritto previgente, se la "società" sia impersonata in questo caso dall'organo amministrativo, come pare, o dal consesso dei soci: cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 282.

<sup>426</sup> Cfr. Cass., 3 aprile 1991, n. 3482, in *Foro it.*, 1992, I, 842; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 195; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1570, secondo cui «in caso di fallimento del socio di società a responsabilità limitata, le disposizioni sulla vendita all'incanto della sua quota di partecipazione nel solo caso in cui il creditore, il debitore e la società non si accordino diversamente e sull'inefficacia di tale vendita ove, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenti altro acquirente per lo stesso prezzo, risultano inapplicabili in presenza di limitazioni poste nell'interesse dei soci, come quelle conseguenti all'operatività di clausole statutarie attributive di diritti di prelazione in favore di taluno dei soci medesimi o di tutti, in proporzione alle rispettive quote».

<sup>427</sup> Ricorda infine ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2471*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 75, che «sia la fase amichevole che la designazione societaria *ex asta* dovranno farsi carico degli elementi anche statutari che caratterizzano le quote interessate dall'espropriazione, così che, [...] dovranno essere rispettati i vincoli alla trasferibilità rappresentati dal possesso da parte dell'acquirente di determinati requisiti soggettivi o dalla necessità del consenso, per gradimento, dei soggetti designati a esprimerlo».

si statutaria degli ultimi dieci anni, a causa dell'intervenuta normativa bancaria in tema di raccolta del risparmio: il legislatore del Testo unico della legge bancaria del 1993 si preoccupò infatti di imporre particolari norme di comportamento alle società che volessero acquisire finanziamenti dai soci, per distinguere questa prassi operativa dall'altrimenti illecite prassi di raccolta non autorizzata di risparmio presso il pubblico che, tra l'altro, è penalmente sanzionata.

### 3.12.1 Finanziamento soci e raccolta del risparmio

Il problema nacque dunque quando l'art. 11 del "TULB" (la "legge bancaria" recata dal testo unico contenuto nel D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), dopo aver definito come «raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma» e dopo aver sancito che «la raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche», indicò che il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) avrebbe dovuto stabilire «limiti e criteri, anche con riguardo all'attività e alla forma giuridica dei soggetti, in base ai quali non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata:

- a. presso soci e dipendenti;
- b. presso società controllanti, controllate o collegate [...] e presso controllate da una stessa controllante».

Il CICR provvide con la deliberazione 3 marzo 1994, intitolata "disciplina della raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" e pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 58 del 1° marzo 1994. In tale delibera il CICR decretò dunque che la raccolta di risparmio tramite acquisizione di fondi con obbligo di rimborso presso soci non è considerata "raccolta di risparmio tra il pubblico" (e quindi a essa non sono applicabili le sanzioni penali dettate per l'illegittima raccolta di risparmio) se effettuata in ottemperanza alle disposizioni della delibera stessa e cioè:

- a. la raccolta deve essere rivolta a soggetti iscritti nel libro dei soci da almeno tre mesi che detengano una partecipazione di almeno il 2 per cento del capitale sociale risultante dall'ultimo bilancio approvato;
- b. tale facoltà deve essere prevista dallo statuto.

Tra l'altro, ancor oggi non è molto chiaro se il termine dei tre mesi valga anche per le società di nuova costituzione (se così fosse, le nuove società sarebbero invero condannate all'inoperatività ove non avessero altre fonti di finanziamento – per esempio, quelle bancarie – stante che il loro esiguo capitale non è certo in grado di far fronte alle immediate loro esigenze di

funzionamento) o, come pare meglio, solo per le società già costituite nelle quali, subentrando un nuovo socio, vi sarebbe appunto la necessità di attendere un trimestre prima di consentire a questi di finanziare la società.

Ebbene, a fronte della normativa appena descritta, negli statuti sono iniziate a fiorire clausole (che ovviamente continuano a dover essere presenti anche nel vigore della riforma del diritto societario) abilitanti gli apporti dei soci alla società con diritto alla restituzione, e ciò:

- sia in una più flessibile versione “breve” (nel senso di permettere i finanziamenti dei soci “nei limiti e con le modalità richiesti dalla normativa tempo per tempo in vigore”);
- sia in una più rigida forma “estesa” (nel senso di permettere i finanziamenti ai soli soci “iscritti a libro soci da almeno tre mesi e che detengano una partecipazione al capitale sociale pari almeno al 2 per cento del capitale sociale quale risulta dall’ultimo bilancio approvato”).

### 3.12.2 Il finanziamento dei soci dopo la riforma del diritto societario

La riforma si occupa dunque espressamente della materia dei finanziamenti soci, ma sotto un particolare angolo visuale, e cioè quello del possibile conflitto che si verifica tra i creditori “ordinari” della società (per esempio, i fornitori) e i soci quando, rimborsando i finanziamenti ai soci, si generi l’incapienza della società per il pagamento dei creditori “ordinari”<sup>428</sup>.

Ebbene, afferma ora il nuovo art. 2467 del Codice civile che<sup>429</sup>:

- a. il rimborso dei finanziamenti dei soci<sup>430</sup> a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori;

<sup>428</sup> Lamenta l’inopportunità che il legislatore abbia contemplato i soli “finanziamenti” e non abbia rivolto la sua attenzione anche alla concessione di garanzie, specie ai creditori “forti”, MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 16. Peraltro, non appare implausibile interpretare estensivamente la normativa in commento e ritenerla estesa anche alla materie delle garanzie concesse dai soci.

<sup>429</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «di rilievo è ancora, riguardo alla disciplina degli apporti dei soci, la nuova regola dell’art. 2467. Con la quale si affronta un tema da tempo noto sul piano comparatistico, ma che nel nostro sistema non aveva fin qui trovato un esplicito inquadramento legislativo: il tema cioè dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentano come capitale di credito, ma nella sostanza economica costituiscono parte del capitale proprio. La soluzione è stata quella, comune alla maggior parte degli ordinamenti e sostanzialmente già affermata in giurisprudenza, di una postergazione dei relativi crediti rispetto a quelli degli altri creditori».

- b. se il rimborso è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito<sup>431</sup>.

Evidentemente, il legislatore prende atto della cronica<sup>432</sup> sottocapitalizzazione “nominale” delle società a responsabilità limitata (e cioè del fatto che esse ben dispongono dei mezzi finanziari occorrenti, “solo” che questi mezzi non appartengono, come dovrebbe invero accadere, alla società, ma sono da essa presi a prestito) e del fatto che nella prassi professionale si usano qualificare come “finanziamenti” quegli apporti<sup>433</sup> dei soci alla società che, stante detto ridotto dimensionamento della struttura patrimoniale della società medesima, sarebbero invero da considerare come veri e propri conferimenti<sup>434</sup>; con la non indifferente conseguenza che<sup>435</sup>:

- ove si tratti di *conferimenti*, i soci che li effettuino non avrebbero diritto a

<sup>430</sup> Va sottolineato che la normativa in commento riguarda coloro che sono “soci”. Ci si potrebbe peraltro porre un problema di applicabilità della disciplina in esame al soggetto che, non essendo socio quando il finanziamento è stato effettuato, sia invece socio all'atto del rimborso. A questo caso, secondo TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 19 (del dattiloscritto), la disciplina in commento non si applica. Io invece avrei qualche dubbio.

<sup>431</sup> Secondo TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 21 (del dattiloscritto), la nuova norma si applica anche ai rimborsi dei finanziamenti effettuati dal 1° gennaio 2004 in avanti, pur se il finanziamento (poi rimborsato) sia avvenuto anteriormente.

<sup>432</sup> Cfr., sull'argomento, PORTALE G.B., *Capitale sociale e conferimento nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, 69; Idem, *Capitale sociale e S.p.A. sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 27.

<sup>433</sup> Cfr. RUBINO DE RITIS M., *Gli apporti “spontanei” in società di capitali*, Torino, 2001, 128; PARRELLA L., *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2002, 112; GINEVRA E., *Sulla qualificazione dei “finanziamenti” dei soci alla società partecipata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2002, II, 723.

<sup>434</sup> Cfr. Cass., 2 febbraio 1967, n. 298, in *Foro it. Mass.*, 1967, secondo cui «i conferimenti in senso proprio consistono nell'apporto di denaro, di beni in natura o di crediti per costituire il capitale sociale, in cambio dei quali il socio conferente riceve dei titoli equivalenti al valore di ciò che ha conferito, denominati azioni; diverso è, invece, il significato di finanziamento, che attiene alla sovvenzione di danaro o di beni in favore della società, per cui il solvente assume la figura di creditore e non di socio della società, restando quindi al di fuori del vincolo sociale».

<sup>435</sup> Secondo Cass., 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Foro it.*, 1981, I, 26, «nell'indagine sullo stato d'insolvenza di una società di capitali, al fine della dichiarazione di fallimento della medesima, non vanno considerati come passività i versamenti effettuati dai soci in conto di futuro aumento di capitale, atteso che questi, salvo specifiche pattuizioni in contrario che li trasformino in comuni finanziamenti, non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, potendo essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione». Secondo App. Torino, 21 luglio 1995, in *Società*, 1996,

ripetere l'apporto effettuato se non in sede di ripartizione del patrimonio sociale allo spirare della fase di liquidazione<sup>436</sup>;

- ove si tratti invece di *finanziamenti*, i soci che li effettuino hanno ovviamente il diritto di restituzione dal momento in cui il contratto di finanziamento lo consente<sup>437</sup>;

insomma alterando la regola in base alla quale il rischio dei soci dovrebbe essere postergato al rischio dei creditori sociali<sup>438</sup>.

53, «i versamenti effettuati dai soci in conto di un futuro aumento del capitale sociale, pur non determinando un incremento automatico del capitale stesso e pur non attribuendo alle somme relative la condizione propria del capitale, presentano una causa diversa da quella del mutuo, cui non è riconnessa un'obbligazione attuale di restituzione, essendo invece presente una finalità intesa a ricollegarvi diritti insiti nella partecipazione societaria». Gli apporti in conto capitale, invece, secondo FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 439, essendo versamenti volontari poiché sono effettuati senza che sussista un corrispondente obbligo per i soci, non sono qualificabili come conferimenti.

<sup>436</sup> Per esempio, veri e propri conferimenti sono gli apporti dei soci “in conto capitale”, “in conto futuro aumento di capitale” (cfr. PORTALE G.B., *Appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1995, I, 93), a “fondo perduto”, a “copertura perdite”, a “copertura future perdite” ecc.: questi apporti sono evidentemente non soggetti a restituzione (e non sussiste quindi un credito del socio al loro rimborso, se non in sede di liquidazione della società oppure a fronte di una decisione dei soci di riduzione del patrimonio netto con corrispondente rimborso dei soci) in quanto concorrono a formare il patrimonio netto della società e non il debito che la società ha verso i terzi e quindi la norma in esame non li riguarda (riguardando essa invece i veri e propri “finanziamenti” e cioè quegli apporti che integrano per la società un debito corrispondente a un credito del socio finanziatore).

Cfr. anche Cass., 14 dicembre 1998, n. 12539, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Società*, n. 527, secondo cui «il versamento effettuato dai soci della società in conto di futuro aumento di capitale, pur determinando un incremento del capitale sociale e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale, ha una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è simile, invece, a quella del conferimento in conto capitale, che è un conferimento a rischio; ne deriva che all'autonomia privata sono consentiti, nelle società di capitali, conferimenti atipici e ciò sia nel senso che si tratta di conferimenti eseguiti al di fuori degli schemi giuridico-formali previsti per la costituzione delle società e per l'aumento del capitale sociale, sia perché sono conferimenti destinati a incrementare il patrimonio della società fuori del capitale».

Ora, la nuova norma di cui all'art. 2467, a cautela dei terzi creditori, “trasforma” i finanziamenti in (quasi) conferimenti, ma non impatta sui “veri e propri” conferimenti, la cui effettuazione, non generando un debito per la società, ma un incremento del suo patrimonio netto, costituisce un aumento di garanzie per i terzi.

Non appare quindi comprensibile come SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 202, possa affermare, con riguardo ai «“versamenti soci” in conto capitale», che la loro «legittimità sembra ormai esclusa dalla norma in esame [l'art. 2467, n.d.a.]».

<sup>437</sup> Cfr. CHIOMENTI V.F., *Ancora sugli apporti al capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dai conferimenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 239.

<sup>438</sup> Cfr. PORTALE G.B., ZOPPINI A., *Disciplina finanziaria all'europea*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2003.

Ora, la nuova norma ci viene dunque a dire che se la società necessita di apporti da parte dei soci e se questi apporti siano qualificati, nel rapporto tra società finanziata e socio finanziatore, come “finanziamento soci” e cioè come versamenti *mutui causa*<sup>439</sup>, essi ora devono ricevere un trattamento dal quale, sotto il punto di vista della loro restituzione da parte della società, deriva una loro forte assimilazione ai conferimenti e cioè ai versamenti *societatis causa*<sup>440</sup>: e quindi, ove la società si determini a effettuare pagamenti dei propri debiti, ai soci devono essere infatti preferiti i creditori; e poi, ancora, se il fallimento della società sia alle porte, i rimborsi dei finanziamenti non possono essere effettuati perché si va a rischio di restituzione da parte del socio rimborsato a favore della società (e di conseguente responsabilità dell'amministratore che ha provveduto al rimborso).

La norma in questione, è evidente, ha il suo massimo riverbero nel corso di una procedura esecutiva, fallimentare o meno; peraltro essa si estende oltre l'ambito della mera esecuzione per fungere da norma di comportamento per l'amministratore che si trova a gestire dazioni e rimborsi e che pertanto non può non incorrere in responsabilità<sup>441</sup> ove in detta attività non tenga in conto, pregiudicandole, le ragioni dei creditori.

### 3.12.3 La postergazione dei soci ai creditori di pari grado

La prima prescrizione che discende dalla norma in esame è dunque quella secondo cui, nel caso di conflitto tra fornitori (o altri creditori chirografari) e soci, occorre privilegiare il pagamento dei debiti della società verso i terzi e quindi posporre il credito dei soci (che invero sarebbe di pari grado) a quello dei creditori “ordinari”.

In altri termini, l'amministratore che rimborsa<sup>442</sup> deve prestare attenzio-

<sup>439</sup> Secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 49, sarebbero estranei a questa previsione normativa «i prestiti “onerati”, ancorché a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a meno che il tasso di interesse sia simbolico (e fissato allora, per finalità elusive, specie se di fatto neppure riscosso). [...] il legislatore intende penalizzare i prestiti “sostitutivi” dei conferimenti e non possono considerarsi tali i prestiti non gratuiti, ancorché effettuati dai soci stessi».

<sup>440</sup> Di «significativa apertura per la congruità del patrimonio netto» parla SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 200.

<sup>441</sup> Cfr. TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 21 (del dattiloscritto).

<sup>442</sup> Paventa che la norma impedisca i rimborsi dei finanziamenti RESCIGNO M., in *Parere dei com-*

ne a che il rimborso del finanziamento non generi l'incapacità della società di far fronte ai suoi impegni con i creditori diversi dai soci (che sono a loro volta creditori per il rimborso dei finanziamenti effettuati): se infatti si determinasse una situazione nella quale il rimborso del finanziamento pregiudicasse il diritto dei creditori sociali "ordinari" a ricevere il pagamento di quanto loro dovuto, quel rimborso si rivelerebbe illecito e fonte di responsabilità per chi l'abbia effettuato.

#### 3.12.4 Il fallimento della società che rimborsa il finanziamento

La sostanziale equiparazione dei finanziamenti dei soci ai veri e propri conferimenti, che il legislatore realizza antergando il diritto dei creditori ordinari rispetto al credito dei soci al rimborso del finanziamento, ha poi un'altra evidente espressione ove, entro un anno<sup>443</sup> dal giorno in cui il finanziamento sia rimborsato dalla società ai soci, la società rimborsante fallisca.

In tal caso, infatti, la nuova norma dispone dunque che quel pagamento<sup>444</sup> che il socio riceve a titolo di rimborso del suo finanziamento deve essere restituito alla società: infatti, così come, in quella situazione di insolvenza, non si potrebbe certo far luogo alla restituzione dei conferimenti ai soci, così anche se sia effettuato il pagamento ai soci del loro credito al rimborso del finanziamento, la sorte del rimborso non muta (in quanto esso è considerato *ipso iure* come "convertito" da capitale di debito a capitale proprio della società): detto rimborso dunque non può essere effettuato e, in caso di effettuazione (oltre a generarsi un'inevitabile responsabilità dell'amministratore che lo legittimi con il suo comportamento), la società, tramite la curatela fallimentare, ha il diritto di ripetere quel rimborso<sup>445</sup>.

*ponenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano, in Riv. soc., 2002, 1499. Cfr. anche DE ANGELIS L., Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori, in Società, 2002, 1464.*

<sup>443</sup> Sottolinea TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in Atti del convegno sul tema *La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 21 (del dattiloscritto), che si tratta di un "anno solare" e non di un "esercizio".

<sup>444</sup> Cfr. per il caso che, nell'anno anteriore al fallimento il socio, oltre che ricevere rimborsi, abbia effettuato anche dei versamenti, FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 50, il quale ritiene che la somma che in tal caso il socio deve restituire alla società deve essere pari alla differenza tra quanto il socio ha avuto in rimborso e quanto il socio stesso abbia versato nell'ultimo anno.

<sup>445</sup> Sottolinea come la norma in commento non sia appropriata per il caso dei finanziamenti erogati

### 3.12.5 La presunzione di finanziamento

Accanto alla disciplina di postergazione dei crediti dei soci agli altri chirografi della società, appena commentata, il legislatore della riforma enuncia, nel secondo comma del medesimo art. 2467, anche una presunzione “assoluta” (e cioè la norma non esplicita la possibilità di una prova contraria da parte del socio): ai fini dell’applicazione delle norme appena viste (la preferenza del credito del fornitore rispetto a quello del socio e la ripetibilità del rimborso al socio effettuato nell’anno anteriore al fallimento), vanno dunque considerati come finanziamenti dei soci a favore della società «quelli, in qualsiasi forma effettuati<sup>446</sup>, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio<sup>447</sup> dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento»<sup>448</sup>.

dalle banche, divenute socie in funzione del “salvataggio” della società finanziata, PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 264.

<sup>446</sup> Parlando di “finanziamenti in qualsiasi forma effettuati” il legislatore accumuna, per ragioni di omogeneità, alla vere e proprie dazioni di denaro, anche tutte quelle utilità che il socio apporta alla società e che servono, in senso lato, a “finanziarla”. L’esempio dei «finanziamenti indiretti mediante rilascio di garanzie» è di CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 327; mentre alla figura del pagamento da parte del socio di un debito della società ricorre FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 50, «non potendovi essere differenza tra questa ipotesi e quella del *previo* versamento di somme alla società a titolo di finanziamento»; si può inoltre immaginare l’applicazione della norma in commento ad altre ipotesi quali quelle del credito che in capo al socio sorga per una fornitura effettuata a favore della società o per il diritto di regresso che, sempre in capo al socio, si formi a causa dell’escussione di una garanzia prestata dal socio a favore della società. In questi due ultimi casi, invero, il credito del socio (da fornitura; da regresso ecc.) si può “trasformare” in credito da finanziamento, sia per esser ciò stato esplicitamente convenuto tra socio e società (si pensi a una corrispondenza in tal senso) sia perché ciò si desuma, per esempio, dall’inusuale trattamento che la società faccia di detto debito (per esempio, si pensi al caso di una società ove vi sia una costante abitudine di pagare a “90 giorni” e ove invece questo credito rimanga impagato per molti mesi, senza che da ciò consegua un particolare attivismo del socio creditore nel procurarsi la riscossione e ove, anzi, la questione rimanga nel completo silenzio, da ciò dunque evidenziandosi chiaramente come il socio “stia facendo credito” alla società) e si rende dunque applicabile la normativa disposta dal legislatore della riforma per gli apporti “direttamente” effettuati a titolo di “veri e propri” finanziamenti soci.

<sup>447</sup> Sul rilievo che uno *squilibrio* possa essere *eccessivo* discettano le *Osservazioni dell’Istituto di diritto Angelo Sraffa dell’Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1537.

<sup>448</sup> Nel diritto tedesco, a seguito di una novella del 1980, è stato introdotto il par. 32° nel *GmbHG* per il quale il prestito concesso dal socio alla società in un momento in cui avrebbe dovuto come normale uomo d’affari effettuare un conferimento (trattandosi, per esempio, di una fase di difficoltà

È di nuovo la materia della notoria ed endemica sottocapitalizzazione delle società a responsabilità limitata; qualora dunque si abbiano le seguenti situazioni:

- a. la situazione patrimoniale della società “finanziata” manifesta un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto;
- b. la società versa in una situazione finanziaria tale da legittimare la necessità di un vero e proprio conferimento (il quale sarebbe in tal caso un atto “ragionevole”);

e qualora quindi in tali situazioni (si operi un versamento di capitale di debito, e quindi) non si operi un vero e proprio apporto *societatis causa* e cioè un conferimento nel capitale sociale, che non dà diritto alla sua restituzione se non nella fase di dissoluzione della società (e cioè quando i soci si spartiscono il patrimonio residuo dalla liquidazione, ove ciascuno di essi cerca di ottenere la restituzione dei conferimenti effettuati)<sup>449</sup>, ebbene, in

in cui la società non sarebbe più in grado di ottenere finanziamenti) non dà adito a un credito di restituzione suscettibile di essere fatto valere nella procedura concorsuale cui la società sia stata eventualmente assoggettata. Nel *Code des sociétés* belga (artt. 229 n. 5 e 215) i soci fondatori di una *société privée à responsabilité limitée* rispondono solidalmente, nella misura fissata dal giudice, delle obbligazioni di quest'ultima, in caso di fallimento della medesima pronunciato entro tre anni dalla data della sua costituzione, se risulta, alla luce di un piano finanziario depositato in tale data presso il notaio rogante e trasmesso al giudice del fallimento, che il capitale sociale era, all'atto della costituzione, manifestamente insufficiente per assicurare l'esercizio normale dell'attività programmata per un periodo di almeno due anni: cfr. ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 157.

<sup>449</sup> Cfr. Cass., 19 marzo 1996, n. 2314, in *Società*, 1996, 1267, secondo cui ricercando «la qualificazione e la concreta disciplina degli accennati apporti di patrimonio fuori capitale, che la prassi contabile designa sovente con denominazioni diverse (“soci in conto capitale”, “soci in conto futuro aumento di capitale” o “in conto copertura future perdite”, “conto versamento soci”, “conto finanziamento soci infruttifero”, e simili), [...] non può farsi a meno di notare [...] che altro sono i versamenti genericamente effettuati “in conto capitale”, altro quelli che si riferiscono a un futuro e ben determinato aumento del capitale sociale. Mentre per i primi non sembra dubbio che si tratti di apporti di patrimonio dei quali la società è libera di disporre come di qualsiasi altra riserva (anche, ma non necessariamente, adoperandoli in futuro per aumentare il capitale nominale), senza che possa venire in questione alcun diritto al rimborso del socio fin quando non sia stata liquidata l'impresa collettiva, la situazione si presenta in termini diversi nella seconda delle due fattispecie sopra ipotizzate. Quando, infatti, le parti abbiano stabilito un chiaro collegamento causale tra il versamento eseguito dal socio e un prossimo aumento del capitale, è in genere da ritenere che esse abbiano inteso condizionare risolutivamente l'acquisizione patrimoniale della società alla futura deliberazione di aumento del capitale nominale. Il versamento eseguito dal socio sarà pertanto, in tal caso, solo provvisoriamente da includere tra le riserve e dovrà, poi, ove l'assemblea effettivamente deliberi l'ipotizzato aumento del capitale nominale della società, rifluire in quest'ultima posta di bilancio e assumere i caratteri tipici del conferimento di capitale (in senso giuridico). Ma se, viceversa, l'aumento non

quelle situazioni, qualsiasi apporto si faccia alla società diverso dai “conferimenti” in senso stretto, esso è da qualificarsi in termini di “finanziamento” (o “quasi conferimento”), qualunque sia la forma di cui sia rivestito quell’apporto ed è quindi da trattarsi come tale. Esso pertanto è soggetto a essere postergato nel suo rimborso agli altri creditori chirografari della società e dà alla società diritto di ripetizione ove il suo rimborso sia pagato ai soci nell’anno anteriore al fallimento.

L’“eccessivo squilibrio” dell’indebitamento e la “ragionevolezza” del conferimento sono dunque “clausole generali” della cui interpretazione il legislatore fa evidentemente consegna alla giurisprudenza<sup>450</sup>, la quale non potrà evidentemente non ravvisarne l’occorrenza in tutti quei casi in cui la situazione societaria approdi a uno stato di decozione<sup>451</sup>. In altri termini, si tratta di una questione che si avvita su se stessa: se è “finanziamento” tutto ciò che è apportato in una situazione di squilibrio, lo stato di insolvenza sarà da sé la prova dello squilibrio e la restituzione di quell’apporto avrà le regole sopra esposte; insomma, la situazione di squilibrio,

dovesse essere deliberato dall’assemblea (la quale, ovviamente, è del tutto libera nelle sue determinazioni), il socio avrà diritto alla restituzione di quanto versato: non perché si è trattato di un mutuo, bensì per essere venuta successivamente meno la causa giustificativa dell’attribuzione patrimoniale da lui eseguita in favore della società (e, quindi, secondo i principi della restituzione dell’indebitato). Ove, peraltro, la previsione del futuro aumento del capitale nominale, cui il versamento dovrebbe essere condizionato, sia solo generica – come non di rado avviene – e quindi priva di ogni indicazione della data, o almeno dell’epoca, entro la quale l’ipotizzata condizione dovrebbe verificarsi, s’impone la scelta tra due soluzioni alternative: o si dovrà interpretativamente ritenere che, per il fatto stesso di non avere fissato alcuna indicazione temporale, le parti abbiano inteso in realtà lasciare comunque le somme versate dal socio nella piena disponibilità della società e che, quindi, il riferimento al futuro aumento di capitale non valga a configurare una condizione risolutiva del conferimento ma serva solo a ribadire la possibilità che la società adoperi in tal senso la relativa riserva; oppure si dovrà – come suggerito da autorevole dottrina – far ricorso in via analogica, alla disposizione dell’art. 1183, Codice civile, e ammettere che il socio possa chiedere al giudice la fissazione di un termine entro il quale la società sia tenuta a riunire l’assemblea per decidere in ordine all’ipotizzato aumento del capitale nominale, così da provocare l’avveramento o il mancato avveramento della condizione cui il conferimento è risolutivamente condizionato».

<sup>450</sup> Per DE ANGELIS L., *Dal capitale “leggero” al capitale “sottile”: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1463, occorre mettersi in «buona pace per tutto il contenzioso cui potrà dare origine l’indeterminatezza di questo rinvio alla clausola generale della ragionevolezza, che ha un significato sufficientemente definito nella *common law* – nel cui sistema la giurisprudenza suole frequentemente valutare gli atti e i comportamenti in base allo *standard of reasonable man* – ma che non ne ha uno altrettanto sicuro nella *civil law* e segnatamente nel diritto italiano».

<sup>451</sup> Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 48, secondo il quale «il legislatore» è «consapevole che, il più delle volte, è proprio la situazione di crisi della società a indurre i soci a riprendersi quanto versato, danneggiando così gli “altri” creditori della società».

lungi dall'essere la situazione da dimostrare, diventa essa stessa la prova che quel che è stato appostato tra i debiti della società invero va accasato nel suo patrimonio netto<sup>452</sup>.

Comunque, nell'ambito di un'endemica, "ordinaria" e ricorrente situazione di sottocapitalizzazione:

- se lo "squilibrio" tra mezzi propri e indebitamento pare essere un concetto che identifica un'*oggettiva* situazione di corto respiro (come quando le banche non intendono affidare la società oltre un certo tetto, anzi premono per accertare quanto i soci "credano" essi stessi nella loro attività, "sfidandoli" ad attingere dal salvadanaio personale);
- la "ragionevolezza" pare essere un concetto riferibile a *sogettive* valutazioni di opportunità (per esempio: finanziare nuovi investimenti, nuove strategie, nuove intraprese in nuovi mercati ecc.)<sup>453</sup>; cosicché "ragionevole"<sup>454</sup> sarebbe ricorrere a un apporto di capitale di credito dei soci per tamponare momentanee e non ricorrenti difficoltà "di cassa" e altrettanto "ragionevole" sarebbe ricorrere invece al capitale di rischio quando si tratti di effettuare un investimento la cui redditività non sia tale da remunerare il pagamento di interessi o addirittura il rimborso del capitale preso a prestito dal sistema bancario.

### 3.12.6 Finanziamento soci e società per azioni

Tutta la normativa fin qui illustrata è dettata dal legislatore della riforma per la sola società a responsabilità limitata: nella disciplina della nuova società per azioni della materia del finanziamento soci invece non v'è traccia e quindi (stante che la situazione di ordinaria sottocapitalizzazio-

<sup>452</sup> Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «il problema più difficile è senza dubbio quello di individuare criteri idonei a distinguere tale forma di apporto rispetto ai rapporti finanziari tra soci e società che non meritano di essere distinti da quelli con un qualsiasi terzo. E la soluzione indicata dal secondo comma dell'art. 2467, non potendosi in via generale individuare parametri quantitativi, è stata quella di un approccio tipologico con il quale, dovendosi ricercare se la causa del finanziamento è da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito): in tal senso l'interprete è invitato ad adottare un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi».

<sup>453</sup> SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 201.

<sup>454</sup> Secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 49.

ne riguarda anche le società per azioni, le quali spesso attingono capitale di debito dalle tasche dei propri soci, specie se siano di dimensioni ridotte, e quindi tanto quanto attingono le società a responsabilità limitata) si pone un problema di possibile applicabilità analogica ai finanziamenti dei soci di società per azioni della disciplina appena vista e dedicata dal legislatore ai finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata.

Va detto innanzitutto che il travaso delle norme dal mondo della società a responsabilità limitata al mondo della società per azioni, e viceversa, è un'operazione che, dopo la riforma, è assai difficoltosa: nel sistema previgente, i due tipi societari erano pressoché sovrapposti, la società a responsabilità limitata era una specie di "sorella minore" della società per azioni in quanto perlopiù disciplinata dalle medesime norme, non vi era sostanziale differenza tra i due tipi societari ed era assai facile prelevare dall'analitica disciplina della società per azioni norme perfettamente adatte a colmare i vuoti esistenti nella scarna normativa che il Codice civile dedicava invece alle società a responsabilità limitata.

Di contro, nel nuovo sistema delineato dalla riforma, come noto, i due insiemi normativi sono stati nettamente differenziati e al previgente sistema di "vasi comunicanti" è stato sostituito ora un assetto normativo ove le regole riferite alla società per azioni e quelle riferite alla società a responsabilità limitata sono assai autonome e tra loro difficilmente compatibili, in quanto il legislatore, creando due nuovi "autonomi e organici" (così si esprime la legge delega 366/2001) insiemi di norme ha inteso riferire:

- a. le norme della società per azioni alle società di dimensioni medio grandi, a base azionaria tendenzialmente diffusa e vocate a richiamare capitale di rischio dal mercato (si tratta di norme quindi dotate di un maggior grado di imperatività proprio perché volte a disciplinare una struttura che si rivolge al mercato e che deve essere caratterizzata da regole certe e stabili);
- b. le norme della società a responsabilità limitata alle società di dimensioni medio piccole e a compagini ristrette di soci, ove il valore da tutelare non è più quello della facilità di circolazione del titolo azionario, come nel caso della società per azioni, stante la sua vocazione al mercato, ma quello della "rilevanza centrale" del socio nella vita della società.

È a tutti noto infatti che, nella massima parte delle società a responsabilità limitata, il ceto dei soci coincide con il ceto degli amministratori, la società in tanto opera in quanto i soci vi lavorano continuativamente, la società si basa non sulla solidità della sua struttura patrimoniale quanto appunto sull'apporto quotidiano che i soci offrono: ed è per questo, dunque, che la normativa della nuova società a responsabilità limitata viene proposta dal legislatore come un'impalcatura da applicarsi ove i soci non diversamente di-

spongano nell'atto costitutivo (o statuto, che dir si voglia), ma che è fortissimamente adattabile alle esigenze del caso concreto e, in particolare, a quelle dei soci che vogliono far valere la propria personalità e la propria individualità in tutto l'arco di sviluppo della vita societaria, dal suo esordio fino al suo esito finale.

Ebbene, in questo quadro normativo, appare evidente la ragione per la quale il legislatore della riforma ha inteso riferirsi al fenomeno del "finanziamento soci" solamente quando ha disciplinato la nuova società a responsabilità limitata, e non anche quando ha disciplinato la nuova società per azioni: se si pensa al "finanziamento soci", infatti, non ci si può certo riferire a una società di rilevanti dimensioni, specie ove il suo capitale sia parcellizzato e diffuso. Il fenomeno del finanziamento soci è infatti tipico e "confinato" al campo delle società a ristretta base sociale, ove il portafoglio personale dei soci quasi si "confonde" con la cassa della società e dove è dunque accaduto "normale" che, così come il socio finanzia le proprie esigenze personali e la propria famiglia, egli finanzia pure la propria attività.

Ma certo che se il "vestito" della società per azioni non sia utilizzato, nel caso concreto, per interpretare il fenomeno imprenditoriale per il quale esso è stato confezionato (e cioè la grande società, specie se a capitale diffuso), ma sia fatto indossare a quel fenomeno imprenditoriale (di più ridotte dimensioni e a base sociale assai ristretta) per il quale il legislatore ha pensato, come più adatte, le norme dettate sotto il capitolo della società a responsabilità limitata, ecco che lì invece il travaso delle norme dal tipo societario società a responsabilità limitata al tipo societario società per azioni non appare più così implausibile<sup>455</sup>, anzi diviene "normale".

In altri termini, se nella società per azioni si opera con le stesse modalità

<sup>455</sup> Non esclude l'applicazione delle norme in commento alla società per azioni PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 263; parla di «tutt'altro che improbabile estensibilità analogica della norma alla Società per azioni» MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 6 (del dattiloscritto). Nel medesimo senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 232. Secondo RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 54, per il quale «non è improbabile» che le regole sui finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata «finiranno per non rappresentare una caratteristica propria della s.r.l. ma saranno viste con l'emersione sistematica di principi [...] che diventerebbe illogico non applicare analogicamente anche alla società per azioni». Nega invece l'applicazione analogica delle norme in commento TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 19 (del dattiloscritto).

in cui si opera nella società a responsabilità limitata (endemica sottocapitalizzazione, situazione di costante squilibrio tra patrimonio e indebitamento, frequente ricorso al finanziamento soci ecc.), nulla impedisce (anzi tutto trama per) un'applicazione anche alla società per azioni delle norme dettate dal legislatore della riforma per il finanziamento soci nella società a responsabilità limitata: sarebbe infatti «opinione assolutamente pacifica che le regole concernenti il finanziamento dei soci, dettate per la società a responsabilità limitata, sono norme che esprimono principi generali del diritto dell'impresa, applicabili quindi anche alla società per azioni»<sup>456</sup>.

Ora, se si abbia una società per azioni a cui favore i soci effettuino continue operazioni di finanziamento, se quella sia evidentemente una società per azioni a capitale concentrato in poche mani, se la prassi del ripetuto finanziamento evidenzi di per sé lo squilibrio tra il patrimonio della società finanziata e il suo indebitamento, ebbene nulla osta a utilizzare la norma di cui all'art. 2467 anche alla società per azioni, se è vero, com'è vero, che essa esprime il concetto di non sacrificare i creditori "ordinari" alla volontà di sottocapitalizzazione che i soci della società manifestano non effettuando conferimenti ma solo apporti con diritto alla restituzione delle somme versate in situazioni che invece di prestiti redimibili di capitale di debito richiederebbero iniezioni irredimibili di capitale di rischio.

### 3.12.7 Finanziamento soci e gruppi di società

Tra l'altro, un argomento che appare formidabile per l'estensione alla società per azioni delle norme sul finanziamento dei soci nella società a responsabilità limitata è quello che si desume dal nuovo art. 2497-*quinquies* in tema di gruppi di società: in quella norma si dice infatti che «ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti a essa sottoposti si applica l'art. 2467».

In altri termini, ove la capogruppo (o una società del medesimo gruppo) operi finanziamenti *intercompany* a favore di un'altra società del gruppo, per il rimborso di detto finanziamento valgono le medesime regole dettate per il rimborso del finanziamento fatto dai soci alla società a responsabilità limitata, e cioè:

- a. il rimborso dei finanziamenti alla società finanziatrice è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori della società finanziata;

<sup>456</sup> PORTALE G.B., ZOPPINI A., *Disciplina finanziaria all'europea*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2003.

- b.* se il rimborso alla società finanziatrice è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società finanziata, quel pagamento deve essere restituito.

### 3.13 I titoli di debito

Innovando radicalmente rispetto al sistema previgente (ove la raccolta del capitale di debito mediante emissione di titoli era vietata, con il fine di evitare la creazione, mediante il titolo, di un mercato secondario dei diritti di credito: secondo il “vecchio” art. 2486, infatti, «alla società a responsabilità limitata non è consentita l'emissione di obbligazioni»), incardinato su un netto distacco tra società a responsabilità e mercato (e sulla “condanna” della società a responsabilità limitata al credito bancario e quindi esclusivamente alle risorse dei propri soci), la riforma consente invece (art. 2483) alla società a responsabilità limitata di «emettere titoli di debito», e cioè di ricorrere alla tecnica cartolare per permettere la liquidazione del credito nel mercato secondario dei titoli, che in tal modo si origina, e così per agevolare la ricerca di finanziamenti da parte della società a responsabilità limitata; il tutto in ossequio al criterio direttivo di cui all'art. 3, comma 2, lett. *g*) della legge 366/2001, secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto «disciplinare condizioni e limiti per l'emissione e 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».

#### 3.13.1 La consegna della disciplina dei titoli di debito a una totale autonomia statutaria

Il legislatore non ha assoggettato l'emissione dei titoli di debito della società a responsabilità limitata, così come invece accade per la società per azioni, a stringenti condizioni o limiti (per esempio, in tema di “quantità” di titoli emettabili, per esempio, in rapporto al patrimonio netto della società emittente), preferendo invece la nuova legge rimettere totalmente all'autonomia statutaria la regolamentazione dell'emissione delle obbligazioni di società a responsabilità limitata; infatti, secondo la legge di riforma, l'atto costitutivo (e/o lo statuto) della società a responsabilità limitata (art. 2483, comma 1):

- a.* deve stabilire di chi deve essere la competenza a decidere l'emissione delle obbligazioni (e cioè se essa spetti agli amministratori o ai soci);
- b.* può stabilire inoltre «gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione».

La ragione della totale rimessione di questa materia all'autonomia statuta-

ria risiede nella considerazione che, mentre l'emissione delle obbligazioni di società per azioni si interfaccia direttamente con il mercato, nel campo della società a responsabilità limitata (che è una struttura societaria "chiusa" per definizione, e con una "chiusura" non rimuovibile: art. 2468, comma 1) il *bypass* con il mercato è stato ideato dal legislatore nell'obbligatoria interposizione (tra la società e il mercato, appunto) di un soggetto capace, per sua caratteristica professionale, da un lato, di giudicare, la "bontà" della società emittente e "l'appetibilità" del prestito emesso e, dall'altro lato, di garantire il mercato in caso di circolazione dei titoli di debito emessi dalla società a responsabilità limitata.

È dunque per queste considerazioni che la legge non pone condizioni o limiti per le emissioni obbligazionarie delle società a responsabilità limitata: imponendo non solo che il prestito debba essere sottoscritto unicamente da «investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale» (art. 2483, comma 2), ma anche che «in caso di successiva circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti», la legge confida più sulle valutazioni da operarsi caso per caso a opera dell'investitore professionale personalmente coinvolto in prima linea ella vicenda dell'emissione, che sulla definizione aprioristica di "paletti" valevoli per qualsiasi caso si presenti nella pratica operativa.

In sostanza, se l'investitore del caso concreto sottoscrive le obbligazioni emesse dalla società a responsabilità limitata rischia in quell'affare il proprio patrimonio; se poi le obbligazioni circolino, accanto a una responsabilità patrimoniale, si cumula pure la responsabilità "morale" derivante dalla garanzia che quell'investitore dà al mercato per la solvenza dell'emittente; mercato che dunque, se fosse tradito, difficilmente in futuro farebbe tranquillo affidamento sulla parola di quello stesso investitore. Ecco perché è molto meglio l'analisi da parte di quell'investitore del singolo prestito emesso dalla singola società a responsabilità limitata, piuttosto che l'asettico rispetto da parte della società stessa di regole di legge delimitanti i prestiti obbligazionari che qualsiasi società potrebbe emettere rispettando gli astratti presupposti che fossero stabiliti *ex lege* una volta per tutte.

### 3.13.2 Dalle cambiali finanziarie ai titoli di debito

Il riconoscimento, operato dalla riforma del diritto societario, della possibilità di ricorrere al mercato del capitale di debito da parte di una struttura imprenditoriale "chiusa" come la società a responsabilità limitata, deriva evidentemente dal cammino che la nostra legislazione ha compiuto, per affrancare le imprese da quel percorso a senso unico verso il credito bancario, a partire dall'art. 11 del D.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 fino a giungere all'art. 2, comma 1, del D.lgs. 4 agosto 1999 n. 342, il quale ultimo ha consentito l'emissione di obbligazioni da parte delle cooperative.

Venne ad affermare dunque l'art. 11, comma 4, del testo unico bancario, che il divieto di raccolta di risparmio presso il pubblico a opera di soggetti diversi dalle banche (di cui al comma 2 del medesimo art. 11) non avrebbe dovuto applicarsi, tra gli altri (per quel che qui interessa):

«*c*) alle società per azioni e in accomandita per azioni per la raccolta effettuata, nei limiti previsti dal codice civile, mediante l'emissione di obbligazioni;

*c-bis*) alle società cooperative per la raccolta effettuata mediante l'emissione di obbligazioni;

*d*) alle società e agli enti con titoli negoziati in un mercato regolamentato per la raccolta effettuata mediante titoli anche obbligazionari;

*d-bis*) agli enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale individuati dal CICR;

*e*) alle imprese per la raccolta effettuata tramite banche ed enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale che esercitano attività assicurativa o finanziaria;

*f*) agli enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale che svolgono attività assicurativa o finanziaria, per la raccolta a essi specificamente consentita da disposizioni di legge;

*g*) alle società per la cartolarizzazione dei crediti [...]».

Ora, dato che la società a responsabilità limitata evidentemente rientra nella categoria di cui sopra alla lett. *e*) (e che quindi avrebbe potuto raccogliere capitale di debito con le modalità oltre specificate), va tenuto presente che il comma 4-*bis* del predetto art. 11 del TUB afferma che «il CICR stabilisce limiti e criteri per la raccolta effettuata dai soggetti indicati nelle lett. *c-bis*), *d*), *d-bis*), ed *e*) del comma 4». Sulla base di questo "mandato", il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio ha poi dunque adottato la deliberazione 3 marzo 1994, intitolata "Disciplina della raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" (pubblicata in Gazzetta Ufficiale 11 marzo 1994, n. 58), ove si legge, tra l'altro, che, limitandoci al caso che ci interessa, la raccolta di risparmio tra il pubblico è consentita alla società a responsabilità limitata, al ricorrere dei seguenti presupposti e condizioni:

- a.* i bilanci degli ultimi tre esercizi siano in utile;
- b.* i titoli siano assistiti da garanzia, in misura non inferiore al cinquanta per cento del loro valore di sottoscrizione, rilasciate da:
  1. banche autorizzate in Italia e banche comunitarie di cui all'art. 1, comma 2, lett. *d*) e *b*), del decreto legislativo n. 385 del 1993;
  2. società finanziarie iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.lgs. n. 385 del 1993;

3. società ed enti di assicurazione autorizzati ai sensi della legge 10 giugno 1978, n. 295, e della legge 22 ottobre 1986, n. 742;
- c. l'identità del garante e l'ammontare della garanzia prestata siano chiaramente indicati sui titoli;
- d. la raccolta sia effettuata mediante l'emissione di:
1. "cambiali finanziarie" di cui alla legge 13 gennaio 1994, n. 43;
  2. titoli, anche al portatore, denominati "certificati di investimento";
- e. l'ammontare della raccolta effettuata mediante "cambiali finanziarie" e "certificati di investimento" non ecceda unitamente alla raccolta mediante obbligazioni, il limite del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato;
- f. il taglio minimo dei titoli non sia inferiore a lire cento milioni.

Se dunque fino a ora la società a responsabilità limitata ha potuto confrontarsi con il mercato e sollecitare il versamento di capitale di debito con i limiti e le modalità esplicitati nel testo unico bancario e nella conseguente normativa regolamentare, ora, per effetto della riforma, alla possibilità di reperire finanziamenti mediante cambiali finanziarie e certificati di investimento si affianca anche<sup>457</sup> la possibilità di emettere "titoli di debito"<sup>458</sup>: strumento che non ha (mai finora avuto) una definizione legislativa e che è "solo" menzionato nell'art. 1, comma 2, del D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, ove, alla lett. b) (dell'elenco degli "strumenti finanziari") sono appunto contemplati «le obbligazioni, i titoli di Stato e *gli altri titoli di debito* negoziabili sul mercato dei capitali», con il che facendosi del "titolo di debito" una fattispecie parificabile a una "normale" obbligazione e quindi alla categoria dei titoli «emessi non già *solvendi causa* ma *credendi causa*, cioè in funzione della provvista di capitale di credito»<sup>459</sup>.

<sup>457</sup> Per PORZIO M., sub *Articolo 2483*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 231, i titoli di debito di cui all'art. 2483 entreranno dunque in competizione con la raccolta di finanziamenti con gli strumenti di cui all'art. 11, comma 4, del testo unico bancario, che appaiono meno costosi (la fideiussione deve riguardare solo il cinquanta per cento del valore di sottoscrizione dei titoli) ma che sono condizionati alla sussistenza dei presupposti della chiusura in utile degli ultimi tre bilanci e al fatto che la raccolta effettuata mediante "cambiali finanziarie" e "certificati di investimento" non ecceda unitamente alla raccolta mediante obbligazioni, il limite del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato.

<sup>458</sup> È quindi opportuno che nello statuto della società a responsabilità limitata si faccia menzione di tutte queste possibilità di ricorso al mercato del capitale di debito.

<sup>459</sup> SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 1 (del dattiloscritto).

In sostanza, si tratta di<sup>460</sup>:

- uno “strumento finanziario” (art. 1, comma 2, lett. *b*), testo unico finanza);
- un mezzo di raccolta del risparmio tra il pubblico (art. 11 TUB);
- un titolo “di massa” («la decisione di emissione dei titoli [...] può [...] prevedere che, *previo consenso della maggioranza dei possessori*<sup>461</sup> dei titoli, la società possa modificare tali condizioni e modalità»: art. 2483, comma 3);
- un “valore mobiliare” (ai fini e ai sensi art. 129 TUB)
- un “prodotto finanziario” (ai fini del regime del prospetto in caso di sollecitazione all’investimento di cui agli art. 94 e ss. TUF);

che incorpora il diritto a pretendere<sup>462</sup> la restituzione di un finanziamento.

### 3.13.3 La decisione di emissione dei titoli di debito

Laconica è, come sopra detto, la disciplina legislativa in materia. L’art. 2483, comma 1, prescrive infatti solamente che l’emissione è consentita «se l’atto costitutivo lo prevede» (e quindi se vi sia una disposizione statutaria in tal senso), altrimenti l’emissione non è possibile. La relativa decisione deve essere assunta dall’organo sociale a ciò statutariamente deputato («l’atto costitutivo attribuisce la relativa competenza ai soci o agli amministratori»: è sempre il comma 1 dell’art. 2483) e deve ovviamente rispettare i «limiti, le modalità e le maggioranze» che siano stabilite dallo statuto medesimo:

- se si tratti di decisione dell’organo amministrativo (ed esso sia a composizione pluripersonale), essa può essere assunta, a seconda dei casi, o collegialmente o mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2475, comma 4);
- allo stesso modo, se si tratti di decisione dei soci, questi decidono collegialmente, a meno che, anche qui, l’atto costitutivo non preveda che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2479, commi 3 e 4).

<sup>460</sup> Cfr. SPADA P., *L’emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

<sup>461</sup> Pare non trattarsi quindi di una decisione necessariamente collegiale.

<sup>462</sup> Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 244; PORZIO M., sub *Articolo 2483*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 229.

Le condizioni regolamentari del prestito, stante l'assenza di qualsiasi prescrizione legislativa sul punto, devono essere pertanto definite volta per volta nella decisione di emissione, con la conseguente possibilità di creazione, a seguito di una pluralità di emissioni, di un insieme di titoli distinti l'uno dall'altro da profonde diversità (e, in questo senso, tra di loro caratterizzati quindi da un forte grado di atipicità). E così si possono immaginare<sup>463</sup> per esempio:

- titoli postergati;
- titoli indicizzati;
- titoli variabili nella remunerazione in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società ecc.

Inoltre, l'ampiezza dell'autonomia statutaria della società a responsabilità limitata è tale da non permettere di ravvisare limiti nell'emettibilità di obbligazioni convertibili in capitale di rischio<sup>464</sup> nell'assenza di limiti legislativi sul punto (e, come pare, di divieti discendenti da principi non scritti).

La decisione di emissione dei titoli di debito deve essere iscritta a cura degli amministratori presso il Registro delle Imprese (art. 2483, comma 3).

#### 3.13.4 La circolazione dei titoli di debito

Dovendo essere «sottoscritti soltanto da investitori professionali<sup>465</sup> soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali» (art. 2483, comma 2, primo periodo), i titoli di debito debbono essere nominativi, anche in funzione del fatto che «in caso di successiva circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza<sup>466</sup> della società nei confronti degli

<sup>463</sup> Cfr. SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 3 (del dattiloscritto).

<sup>464</sup> Cfr. in tal senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 244. *Contra* SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 3 (del dattiloscritto).

<sup>465</sup> Secondo SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 5 (del dattiloscritto), è bene che nello statuto sia specificato che i titoli sono offerti a investitori professionali "sulla base di trattative personalizzate" in modo da qualificare "privata" la raccolta e rendere così immune la società emittente dalle complesse normative in materia bancaria e di intermediazione finanziaria in tema di raccolta del risparmio tra il pubblico, di emissione di valori mobiliari e di sollecitazione all'investimento.

<sup>466</sup> Parrebbe trattarsi più di una fideiussione dell'intero importo versato che della garanzia dovuta

acquirenti» (art. 2483, comma 2, secondo periodo). Ma forse non è impensabile nemmeno un titolo al portatore<sup>467</sup>, il cui sottoscrittore (e successivo garante in caso di circolazione del titolo) sia esplicitato non tanto sul titolo quanto nella decisione di emissione.

Nel caso in cui dunque il titolo sottoscritto dall'investitore professionale soggetto a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali venga messo in circolazione (attività riservata alle "imprese di investimento" di cui all'art. 18 del testo unico finanza e da svolgersi con le modalità di sollecitazione del pubblico risparmio di cui agli art. 94 e ss. del TUF medesimo), il primo sottoscrittore deve rispondere verso l'acquirente del titolo (si deve intendere sia il primo acquirente che un successivo avente causa)<sup>468</sup> nel caso in cui la società emittente, alla scadenza del prestito, si renda inadempiente rispetto all'obbligo di restituzione del prestito.

Non godono invece di questa garanzia gli acquirenti dei titoli di debito che rientrino nelle due seguenti categorie:

- a. coloro che siano «investitori professionali»<sup>469</sup> (dalla qualità professionale dell'acquirente deriva invero l'assunzione in proprio del rischio del finanziamento);
- b. i soci della società medesima, per l'evidente ragione che non c'è bisogno che essi siano garantiti dell'insolvenza della loro stessa società.

### 3.13.5 Gli "investitori professionali"

Questa nozione («investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali») è probabilmente ricavabile<sup>470</sup>:

- a. in parte dal testo unico bancario (art. 11, comma 4, e deliberazione Cicer 3

(art. 1267) da chi cede un credito, il quale risponde invero solamente «nei limiti di quanto ha ricevuto»; in quest'ultimo senso cfr. però SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

<sup>467</sup> Contra SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

<sup>468</sup> Cfr. in tal senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 244.

<sup>469</sup> Non è specificato se qui si debba trattare di "investitori professionali" che siano "soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali".

<sup>470</sup> Cfr. PORZIO M., sub *Articolo 2483*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 230.

marzo 1994), con ciò facendosi riferimento alle banche autorizzate in Italia e alle banche comunitarie (di cui all'art. 1, comma 2, lett. *d*) e *b*), del D.Lgs. n. 385 del 1993), alle società finanziarie iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo n. 385 del 1993, e alle società e agli enti di assicurazione autorizzati ai sensi della legge 10 giugno 1978, n. 295, e della legge 22 ottobre 1986, n. 742;

- b.* in parte dal testo unico della finanza (art. 1, comma 1, lett. *h*) e art. 18), con ciò facendosi dunque riferimento alle banche, alle Sim, alle società di gestione del risparmio, agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del testo unico bancario.

Si può poi attingere pure<sup>471</sup> all'art. 28 (rubricato "Investitori professionali") della Deliberazione Consob 14 maggio 1999, n. 11971 (recante "Approvazione del regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di emittenti"), il quale rimanda all'art. 31 della Deliberazione Consob 1° luglio 1998, n. 11522 (recante "Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari"), ove al comma 2 si legge che «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 artt. 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».

---

<sup>471</sup> Cfr. SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 3 (del dattiloscritto).