

Ar2

Annalisa Postiglione

**Le operazioni sul capitale sociale nelle società
a responsabilità limitata**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5449-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

INDICE

CAPITOLO I

LA STRUTTURA ORGANIZZATIVA DELLE SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA E LA DISCIPLINA DEI CONFERIMENTI

1.1 Introduzione	p. 1
1.2 Principi generali	p. 6
1.3 La struttura organizzativa della società a responsabilità limitata	p. 9
1.4 La disciplina previgente e la generale applicabilità della disciplina delle società per azioni	p. 13
1.5 I conferimenti e il capitale sociale nella nuova s.r.l.	p. 17
1.6 La stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti	p. 23

CAPITOLO II

L'AUMENTO DEL CAPITALE E LA COMPLESSA DISCIPLINA DEL DIRITTO DI SOTTOSCRIZIONE

2.1 Condizioni per l'esecuzione dell'operazione	p. 34
2.2 La liberazione dei conferimenti promessi	p. 39
2.3 Un cenno alla recente disciplina dei conferimenti diversi dal denaro nella s.p.a.	p. 46
2.4 Segue. Un cenno alla recente disciplina dei conferimenti diversi dal denaro nella s.p.a.	p. 52
2.5 Competenza all'aumento del capitale sociale	p. 57
2.6 Il diritto di sottoscrizione	p. 59
2.7 Il diritto di opzione nella disciplina previgente.....	p. 67
2.8 Segue. Il diritto di opzione nella disciplina previgente	p. 70
2.9 Diritto di recesso dei soci dissenzienti	p. 73
2.10 Termine per l'esercizio del diritto di sottoscrizione	p. 76
2.11 Il sopraprezzo	p. 78
2.12 Diritto di prelazione sulle quote inoptate	p. 80
2.13 Cessione dell'opzione	p. 85
2.14 Il diritto di sottoscrizione in caso di quote sottoposte a pegno, usufrutto e sequestro	p. 88
2.15 L'aumento gratuito del capitale sociale	p. 93

CAPITOLO III

L'AUMENTO DELEGATO DEL CAPITALE SOCIALE

3.1 Aumento delegato	p. 96
3.2 I limiti e le modalità dell'aumento delegato	p. 99
3.3 Segue. I limiti e le modalità dell'aumento delegato	p. 105

CAPITOLO IV

GLI APPORTI DI MEZZI PROPRI ED I FINANZIAMENTI DEI SOCI

4.1 Gli apporti di mezzi propri e i finanziamenti dei soci	p. 110
4.2 Segue. Gli apporti di mezzi propri e i finanziamenti dei soci	p. 117

CAPITOLO V

LA RIDUZIONE NOMINALE DEL CAPITALE

5.1 La riduzione del capitale sociale	p. 125
5.2 Il superamento del presupposto dell'esuberanza del capitale	p. 125
5.3 I presupposti della riduzione e l'opposizione dei creditori ...	p. 128
5.4 La restituzione dei conferimenti	p. 136

CAPITOLO VI

LA RIDUZIONE DEL CAPITALE PER PERDITE

6.1 La riduzione del capitale sociale per perdite	p. 142
6.2 Il controllo della consistenza del patrimonio sociale	p. 151
6.3 La relazione sulla situazione patrimoniale	p. 158
6.4 Il ruolo dell'assemblea	p. 163
6.5 Ulteriori possibili provvedimenti	p. 167
6.6 La delega agli amministratori	p. 170
6.7 Riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale	p. 173
6.8 La riduzione a zero del capitale sociale	p. 177
6.9 Il diritto di sottoscrizione	p. 181
6.10 Termini per l'esercizio del diritto di sottoscrizione	p. 182

CAPITOLO I

LA STRUTTURA ORGANIZZATIVA DELLE SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA E LA DISCIPLINA DEI CONFERIMENTI

1.1 Introduzione.

Con la riforma¹ della disciplina delle società di capitali, che ha avuto il suo culmine nel 2003 con l'emanazione del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, successivamente modificato e integrato, il legislatore, in linea con la tendenza evolutiva di armonizzazione del diritto societario comunitario², ha profondamente

1 La riforma del diritto societario muove i suoi primi passi immediatamente dopo l'approvazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 che ha razionalizzato la disciplina del mercato finanziario e ha introdotto uno specifico «statuto» della società quotata, in particolare sotto il profilo della tutela delle minoranze. Per proseguire il cammino riformatore fu istituita la Commissione Mirone, il cui progetto venne fatto proprio dal governo allora in carica, il 26 maggio 2000, sotto forma di disegno di legge delega; per una ricostruzione delle linee guida della riforma Mirone, P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 378. La riforma venne poi ripresa in sede di commissioni parlamentari dopo le elezioni politiche e tradotta in legge delega con la L. 3 ottobre 2001, n. 366. Istituita la Commissione per la predisposizione dei decreti legislativi delegati, presieduta dall'on. Vietti, la riforma è stata prima attuata per la parte penalistica (D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61) e successivamente per la parte societaria con l'approvazione dei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6, corretto ed integrato dai DD. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 e 28 dicembre 2004, n. 310 e dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262. E' intervenuta infine un'ultima, meno armonica, riforma con il D. Lgs. 4 agosto 2008, n. 142 che ha modificato le norme dei conferimenti in denaro nelle società per azioni, quella dell'acquisto di azioni proprie e quella del divieto di assistenza finanziaria. Disciplina nuovamente correte dal D. Lgs. n. 224 del 29 novembre 2010 che le ha rese più compatibili con l'impianto iniziale della riforma e con la normativa comunitaria. I principi generali fissati nella legge delega (art. 2, L. n. 366/2001) possono schematizzarsi, senza pretesa di completezza, nei seguenti obiettivi: a) creare un sistema «modulare» degli schemi societari anche attraverso un ampio riconoscimento dell'autonomia statutaria; b) introdurre una forte semplificazione della disciplina; c) favorire l'accesso delle società ai mercati finanziari; d) elaborare una nuova configurazione della s.r.l. all'insegna della semplificazione - riducendo le norme imperative - e dell'autonomia organizzativa - con la valorizzazione dell'autoregolamentazione e della capacità di scelta dell'imprenditore collettivo. La finalità della riforma, infatti, è quella di fornire gli strumenti necessari per assicurare maggiore competitività alle imprese italiane, che sembravano svantaggiate rispetto alle altre imprese comunitarie a causa di un sistema caratterizzato da un elevato «tasso di farraginosità e inadeguatezza della legislazione, dall'incertezza e poca chiarezza di essa, dall'altrettanto elevato tasso di burocratizzazione e di inefficienza» del sistema (così G.M. FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, 4). Lo strumento indicato per conseguire la semplificazione della costituzione e dell'esercizio dell'impresa societaria viene individuato - tra gli altri - nell'autonomia statutaria, quale potere dei soci, in sede costituente, e dell'assemblea, durante la vita della società, di elaborare regole di organizzazione e di funzionamento adatte al tipo di attività economica svolta dalla società e al contesto in cui essa opera. Così, V. SALAFIA, *La bozza di legge delega Mirone di riforma del diritto societario e l'autonomia statutaria*, in *Società*, 2000, 1421.

2 Nel processo di armonizzazione del diritto societario si registra sia la tendenza a delineare un

innovato la disciplina delle società a responsabilità limitata, tanto che agli albori della riforma una affermazione ricorrente³ era che la società a responsabilità limitata non fosse più una «piccola società per azioni senza azioni⁴» bensì una «società di persone a responsabilità limitata». Questa semplificazione, come ogni semplificazione d'altronde, finisce, consapevolmente, per non cogliere a pieno la complessità del fenomeno, inducendo autorevole dottrina⁵ a definire la s.r.l., con un'espressione già in uso in legislazioni straniere, come una «società di capitali di carattere personale», ribadendone evidentemente la natura capitalistica; tuttavia entrambe le sintetiche definizioni costituiscono un interessante spunto di indagine

sistema omogeneo di norme nei singoli Stati, sia l'istituzione di una Società Europea che possa operare nei singoli stati membri. Scopo del Regolamento del Consiglio CE dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società Europea è infatti l'istituzione di un quadro giuridico uniforme nel cui ambito le società dei vari Stati membri siano in grado di programmare e di eseguire la riorganizzazione delle loro attività a livello comunitario. In particolare, il Regolamento relativo allo statuto della Società Europea conferisce ad un'impresa esistente che operi in almeno due Stati membri e che abbia un capitale minimo di 120.000 euro, non necessariamente quotata in borsa, l'opzione di mantenere l'attuale regime normativo «frammentato» nei vari Paesi UE o di registrarsi come «*Societas Europaea*» (in seguito denominata «SE»), scegliendo lo statuto unico europeo. Ai sensi dell'art. 2, la costituzione di tale società può essere realizzata attraverso la creazione di una *holding* o di una filiale comune, per fusione di società appartenenti a diversi Stati membri e, infine, attraverso la trasformazione di una società esistente costituita conformemente al diritto nazionale. La SE è costituita sotto forma di società per azioni europea, è dotata di personalità giuridica ed ha nella sua denominazione sociale l'indicazione espressa della sigla «SE». A tal fine, è sufficiente l'iscrizione nell'ordinario registro delle società di diritto nazionale, presso lo Stato membro in cui si trova la sede sociale della SE, non essendo prevista l'istituzione di un registro centrale a livello europeo; quanto agli altri obblighi di pubblicità, l'art. 13 stabilisce che gli atti della SE sono pubblicati secondo le modalità previste dalla legislazione dello Stato membro in cui la SE ha la sede legale. La sede legale della SE può essere trasferita da uno Stato membro all'altro, senza comportare lo scioglimento o la costituzione di una nuova persona giuridica; viene in tal modo garantita una maggiore flessibilità consentendo, di fatto, la sopravvivenza della società e il diretto riconoscimento dello Statuto interno nel nuovo Stato membro. Quanto alla struttura organizzativa, la SE è costituita da un'assemblea generale degli azionisti e da un organo amministrativo organizzato, alternativamente, secondo un sistema dualistico oppure secondo un sistema monistico.

La redazione dei conti annuali e consolidati di una SE e la regolamentazione dello scioglimento, della liquidazione, della gestione dello stato di crisi o di insolvenza resta soggetta alle disposizioni applicabili alle società per azioni conformemente alla legislazione dello Stato membro in cui la società ha la sede legale.

Come è evidente, non tutti gli aspetti della costituzione e del funzionamento della SE sono disciplinati dal Regolamento e molti sono i rinvii al diritto nazionale applicabile alle società per azioni del luogo della sede della SE. Questi rinvii riguardano in particolare: le modalità di costituzione, ivi comprese le procedure di controllo; il capitale sociale, di cui ci si limita a prescrivere l'ammontare che deve essere almeno di 120.000 euro; la responsabilità civile dei membri degli organi; lo svolgimento dell'assemblea generale nonché le procedure e il diritto di voto.

Di fronte a tutti questi rinvii assume una grande importanza la legislazione dello Stato ove ha sede la SE, pertanto è necessario stabilire con chiarezza quale è la legge nazionale applicabile ad una

per le questioni che attengono alla struttura capitalistica⁶ della s.r.l.

Non si tratta tanto di una questione di qualificazione tipologica della fattispecie societaria, essendo elemento comune a tutti gli ordinamenti europei la bipartizione tra società di persone e società di capitali⁷ e la previsione di diversi tipi di società di capitali, quanto piuttosto di delineare i tratti essenziali della minore società di capitali, sotto il particolare profilo delle operazioni sul capitale sociale.

Nel prosieguo dello studio, ci si domanderà se le norme che regolano le operazioni sul capitale facciano sì che la società a responsabilità limitata possa essere accomunata alla società per azioni, ovvero alle società di persone, o

SE. Per superare i dubbi derivanti dalla differenza tra la sede legale e quella effettiva, in cui viene svolta la gestione amministrativa, il Regolamento prevede che la sede legale e l'amministrazione centrale devono essere situate nello stesso Stato. Per un'analisi sulla disciplina della società europea, si segnala, senza pretesa di esaustività, AA.VV., *Lo statuto legale di società europea*, a cura di A. Principe, Napoli, 2002; AA.VV., *La nuova disciplina della società europea*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2008; M. CASSOTTANA, *Le influenze dell'ordinamento comunitario sulla riforma italiana*, in "Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa, a cura di V. Afferni e L. De Angelis, Milano, 2001, 47 ss.; D. CATERINO, *Il regolamento sulle Società Europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 479 ss.; G. DI MARCO, *La società europea: un nuovo tipo societario per le imprese comunitarie*, in *Società*, 2001, 756.

3 In tal senso, per tutti, P. MONTALENTI, *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi - Convegno di studi, La riforma delle società: Corporate governance, principi imperativi ed autonomia statutaria*, Alba, 23 novembre 2002, in *Società*, 2-bis, 2003, 341; rilevano come la s.r.l. possa per alcuni versi costituire un modello di frontiera tra le società di persone e la società per azioni, F. DI SABATO, *La società a responsabilità limitata come tipo intermedio fra società di persone e società di capitali*, in "Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa, a cura di V. Afferni e L. De Angelis, Milano, 2001, 8 ss.; P. BENAZZO, *La s.r.l. nella riforma del diritto societario: società di capitali o società di persone?*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 105.

4 Nel vigore della previgente disciplina veniva sottolineata l'appartenenza della società a responsabilità limitata al modello capitalistico puro, tendendo ad appiattare la s.r.l. sulla s.p.a., senza conferirle un'autonoma configurazione, sottolineando piuttosto gli elementi dimensionali della s.r.l. Come puntualmente rilevato, tuttavia, già la relazione ministeriale al codice civile evidenziava che la differenza tra le due società di capitali poteva registrarsi anche in considerazione della maggiore autonomia statutaria riconosciuta alla s.r.l., di una più elastica organizzazione interna ed una meno rigorosa tutela del socio, quale possibile investitore; sul punto, G. ZANARONE, *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 409 e 416 ss.

5 In tal senso, G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 146.

6 Autorevole dottrina giustifica parzialmente la mancanza di autonomia tipologica rispetto alla società per azioni della s.r.l., così come disciplinata prima della riforma del 2003, in considerazione della più recente nascita e diffusione di tale tipo di società. La collettiva e l'accomandita, infatti, hanno radici medioevali, la società anonima discende dalle seicentesche Compagnie delle Indie, mentre la società a responsabilità limitata, sia che la si riconduca al prototipo della *private company* britannica, sia che la si faccia derivare dalla tedesca *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, vanta ascendenze non anteriori al XIX secolo. Ed è anche questa più giovane età che ha fatto sì che la s.r.l. venisse delineata come una tipologia caratterizzata da

piuttosto costituisca un autonomo tipo di società non solo formalmente, della qual cosa non si dubita, ma anche sostanzialmente. Ed ancora, si valuterà se la sensazione di massima autonomia statutaria⁸ che si percepisce chiaramente nella disciplina delle s.r.l., riguardi anche le norme sulle operazioni sul capitale, oppure solo l'organizzazione dell'assetto societario. La struttura organizzativa delle società a responsabilità limitata, infatti, è oggetto di una disciplina autonoma e peculiare che conferisce a tale tipo societario una fisionomia originale rispetto alle altre società di capitali.

Il modello legale previsto per la società a responsabilità limitata, fa sì che la società possa indubbiamente costituire uno strumento nuovo e, sotto alcuni

elementi personalistici, decisamente accentuati dopo la riforma, ma sostanzialmente e chiaramente riconducibile al *genus* delle società di capitali. Una società immaginata e spesso costituita per esercitare piccole imprese a base familiare, ma al contempo priva di limiti dimensionali verso l'alto e perciò talvolta utilizzata anche per scopi imprenditoriali più ambiziosi, la s.r.l. ha finito per essere molte cose ad un tempo solo e la sua disciplina giuridica ha quasi sempre risentito delle strutture normative delineate per società di tipo diverso, rischiando di appiattirsi su di esse senza trovare una propria originale specificità. Così, R. RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 664. Si comprende così anche l'interesse mostrato dagli interpreti rispetto alla recente – se confrontata con l'intera storia della disciplina delle società capitalistiche - introduzione di norme volte ad accentuare l'autonomia tipologica della s.r.l., consentendo agli operatori di adeguare la struttura della società alle esigenze concretamente avvertite, evidentemente nei limiti in cui questo è comunque possibile.

7 I paesi della Comunità Europea ammettono differenti forme associative in forza delle quali sono esercitate le attività economiche, queste sono generalmente suddivise nelle due figure della *partnership* e della *company*. L'essenziale, ma non universale, distinzione tra tali due generiche forme consiste nel fatto che mentre le *partnership* sono basate su un accordo individuale tra i soci e sono dunque caratterizzate da una tendenziale rilevanza dell'*intuitus personae* e da un'autonomia patrimoniale imperfetta, le *company* sono organizzazioni dotate di personalità giuridica, di autonomia patrimoniale perfetta e mostrano una certa indipendenza rispetto ai soci e ai promotori. In altre parole la distinzione è tra società di persone o *partnership* e società di capitali o *capital company*, distinzione che in alcuni ordinamenti diviene ancora più marcata, come, ad esempio, nel Regno Unito, che considera *partnership* e *company* come entità completamente divergenti ai fini della trattazione legale. Il suo diritto societario, infatti, si riferisce esclusivamente a due specifiche organizzazioni commerciali, *public limited company* e *private limited company*, laddove la figura della *partnership* è vista principalmente come attività contrattuale. La conseguenza di questo differente approccio è che nel sistema continentale c'è una tendenziale sovrapposizione della trattazione giuridica delle *partnership* e delle *company*, mentre esiste una completa dicotomia nel sistema britannico. Tratto comune di tutte le *partnership* è che sono fondamentalmente "*personal relationship*", ossia caratterizzate dal fatto che il rapporto tra i *partner* è oggetto della loro stessa volontà contrattuale, ed è proprio la natura contrattuale del rapporto che fa sì che le *partnership* possano essere utilizzate anche per forme associative di natura societaria tra professionisti, per l'esercizio della libera professione. All'interno delle *partnership*, infatti, si distinguono le *civil partnership*, molto diffuse in Francia, Germania e Belgio, che non hanno fini commerciali, e le *general partnership*, che hanno come oggetto l'esercizio dell'attività di impresa. Al pari di quanto accade nelle società di persone italiane, le *partnership* sono amministrate e rappresentate da ciascuno dei soci, salvo che lo statuto non preveda diversamente, inoltre i *partner* sono solidalmente responsabili per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa. E' per tale ragione che in Europa, complessivamente, non sono lo strumento più utilizzato per esercitare le

aspetti, unico nello scenario del diritto societario.

Nella materia delle operazioni sul capitale l'ampliamento della sfera dell'autonomia contrattuale, che caratterizza la nuova società a responsabilità limitata e la emancipa dal modello azionario, subisce, tuttavia, una limitazione per la presenza di norme imperative e tendenzialmente inderogabili che mirano alla tutela del patrimonio, a garanzia dei soci di minoranza, dei creditori e dei terzi in genere. Sotto tale profilo, infatti, viene mantenuta «una adeguata protezione delle esigenze di tutela dell'integrità patrimoniale della società»⁹, in armonia con il principio contenuto nel secondo comma, lettera i) dell'art. 3 della legge delega n. 366/2001, secondo cui la riforma deve «prevedere norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale».

Nel corso dell'analisi si farà spesso riferimento al capitale sociale e alle sue

attività commerciali, soprattutto dopo che tutti gli Stati hanno introdotto rilevanti elementi di personalizzazione nelle società a responsabilità limitata.

Ciascuno dei paesi europei annovera poi una forma alternativa alle *partnership*: la *limited partnership* che permette ad alcuni soci di avere una limitata responsabilità, pur partecipando ad una società che prevede soci a responsabilità illimitata, costituendo ciò che nel sistema italiano corrisponde alla società in accomandita semplice. Il tema comune è rappresentato da due tipi di soci i *limited* o *silent partner* e i *general* o *managing*; i primi sono autorizzati ad agire in nome della partnership e sono individualmente responsabili per tutte le obbligazioni da essa assunte; i secondi invece hanno una limitata responsabilità, ma anche un più ridotto potere gestionale. Le *limited partnership*, probabilmente a causa della loro natura per certi versi ibrida, sono raramente utilizzate in alcuni paesi quali Francia e UK, più popolari, anche se comunque poco diffuse, in altri quali la Germania e l'Italia.

Ben più diffuse sono, invece, le *private company*, presenti in tutti gli ordinamenti europei. Si tratta di forme di organizzazioni commerciali che consentono di beneficiare della responsabilità limitata e del pieno riconoscimento della personalità giuridica, ma che non consentono l'accesso al mercato dei capitali per tramite degli strumenti finanziari (azioni e obbligazioni) e che corrispondono, con diverse sfumature, alla s.r.l.

Dalle *private company* si distinguono le *public company*, che sono concepite per le grandi imprese, hanno accesso all'intero mercato dei capitali per acquisire mezzi finanziari, sia sotto forma di capitale proprio degli azionisti, che di capitale obbligazionario da parte degli obbligazionisti. Caratteristiche comuni delle *public company* sono la libera trasferibilità dei titoli, l'elaborato sistema di controllo, la tutela dei diritti delle minoranze, il controllo dello sviluppo e dell'effettiva esistenza del capitale sociale, la regolamentazione delle operazioni straordinarie (trasformazioni, fusioni e scissioni) a tutela degli interessi pubblici e degli azionisti. Si rinvia alla nota 14 per l'analisi delle principali caratteristiche delle *private company* di diritto inglese.

8 Il principio di autonomia, a differenza del principio di libertà, che è un principio assoluto, che trova in se stesso la sua ragione, è un concetto finalistico. Vale a dire che l'autonomia non ha in se stessa la sua ragione d'essere, ma nelle finalità che si intende perseguire e negli interessi sottesi a tali finalità. Sul ruolo dell'autonomia privata nel nuovo diritto societario, cfr. M. VIETTI, *Le linee guida della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 267 ss.; O. CAGNASSO, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci della «nuova» società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 368 ss.

9 Così, M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, Milano, 2003, 38 e 50.

molteplici funzioni, sottolineando come una valutazione più dinamica della funzione dei conferimenti, che sottolinei i profili di garanzia patrimoniale per i creditori, ma anche quelli più strettamente organizzativi, con rilievi interni alla compagine sociale, ed economici, legati all'esercizio dell'attività d'impresa¹⁰ è un elemento che caratterizza non solo le s.r.l., ma anche le s.p.a., per certi versi prescindendo dalla dimensione e dalla struttura della stessa. La funzione del capitale sociale e la natura giuridica del conferimento in società sono, infatti, questioni ancora aperte che coinvolgono sia la struttura societaria, sia le scelte di investimento dei soci che la partecipano¹¹.

1.2 Principi generali.

Sul piano dei principi generali, con la riforma introdotta nel 2003, nel rispetto di quanto già previsto nel codice del 1942, si sono esclusi automatismi nella adozione di modelli societari, riconoscendo ai contraenti ampia libertà di scelta del modello reputato più adatto all'esercizio associato dell'attività economica, indipendentemente dalla dimensione dell'impresa e dal numero dei soci¹². Questo principio è correlato all'altro secondo il quale i due principali modelli di società capitalistiche, quello azionario e quello della s.r.l., devono essere fra di loro significativamente differenziati, in modo da corrispondere l'uno alla organizzazione delle grandi compagini societarie e l'altro alle società di dimensioni inferiori i cui soci vogliono godere del beneficio della limitazione della responsabilità¹³, senza però che la scelta sia imposta dalla legge.

In base al testo della riforma appare superata la dicotomia concettuale fra *private company* e *public company* di diritto inglese¹⁴, con cui la Commissione

10 Sottolinea già da tempo la funzione economica dei conferimenti, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, 33.

11 Per una completa ed articolata analisi delle funzioni del capitale sociale e della natura del conferimento, si v. G. FERRI JR, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, *passim*, il quale sottolinea, tra l'altro, come il conferimento non debba essere analizzato solo avuto riguardo all'ente associativo e dunque in termini di trasferimento di beni o di destinazione di elementi produttivi all'attività esercitata in forma societaria, ma anche, e soprattutto, considerando le scelte di investimento del socio conferente (v. pp. 32 ss.).

12 Sulla difficoltà di identificazione tipologica delle società e in particolare della società a responsabilità limitata, nonché per una prima valutazione complessiva della riforma delle società di capitali, si v., S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 728 ss., e in particolare 734.

13 Il legislatore formula discipline differenziate per i due modelli societari della s.r.l. e della s.p.a., e la scelta del tipo contrattuale da adottare avverrà, dunque, non in base ad un criterio predeterminato dalla legge, ma in forza della libera volontà dei soci, che volta per volta apprezzeranno la convenienza dell'uno o dell'altro tipo. In tal senso V. SALAFIA, *La riforma del diritto societario dalla bozza Mirone alla legge delega*, in *Società*, 2001, 1293, già in occasione dell'approvazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366.

14 Tre sono i tipi di *private company* previsti dal *Companies Act* del 1985 nella legislazione inglese e confermati nel *Companies Act* del 2006: la *private company* a responsabilità limitata con capitale azionario (*limited by shares*), la *private company* a responsabilità limitata alla prestazione

Mirone aveva iniziato i lavori, anche se l'idea di fondo di configurare la società per azioni come società più rivolta al mercato e tendenzialmente partecipata da un numero maggiore di soci, spinti da un movente più spiccatamente speculativo, con una netta distinzione tra proprietà e *management*, e la società a responsabilità limitata come una società a più ristretta compagine sociale¹⁵, caratterizzata da una maggiore personalizzazione, indubbiamente permane. La scelta tuttavia non è imposta dal legislatore e ogni semplificazione sulla s.r.l. rischia di non cogliere la complessità della scelta normativa.

L'ampia libertà in materia di conferimenti, l'estensione del diritto di recesso, la facoltà di introdurre in statuto ipotesi di esclusione, la derogabilità del metodo

di una garanzia, con capitale azionario (*limited by guarantee*), e la *private company* a responsabilità limitata alla prestazione di una garanzia senza capitale azionario. Di questi, il modello più diffuso è il primo.

Elemento essenziale del *Companies Act* del 1985 era la possibilità di adottare un regime elettivo di *private company*, che consentisse di semplificare la struttura e la gestione della società ed è soprattutto questo il modello che ha consentito l'evoluzione legislativa sfociata nella riforma del 2006 che ha ricevuto l'assenso reale l'8 novembre 2006 ed è entrato in vigore in modo scaglionato nel tempo, in sincronia con l'introduzione delle necessarie norme regolamentari applicative, sino all'1 ottobre 2009. L'assemblea dei soci, infatti, può introdurre una o più delle seguenti significative deroghe alla disciplina di base (sez. 379A CA 1985), deliberando, all'unanimità (la delibera è detta *elective resolution*):

1) di non presentare il bilancio e le relazioni sulla gestione, degli amministratori e dei revisori, all'assemblea per l'approvazione; questa documentazione sarà invece inviata ad ogni singolo socio ed obbligazionista della società (sez. 252 CA 1985); resta però fermo il diritto dei soci e dei revisori di chiedere, nonostante l'opzione per il regime elettivo, la presentazione della documentazione in assemblea (sez. 253 CA 1985);

2) di non convocare l'assemblea annuale; anche in questo caso, è fatto salvo il diritto del socio di chiederne, comunque, la convocazione (sez. 366A CA 1985);

3) di assumere le decisioni senza rispettare il metodo assembleare (sezz. 381A ss. CA 1985);

4) di non nominare i revisori annualmente (la disciplina ordinaria prevede la nomina dei revisori ogni anno, in occasione dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio), scegliendo la prosecuzione automatica del rapporto con i revisori già in carica; in questo caso il rapporto può interrompersi mediante approvazione di una delibera che ne decida la cessazione (sez. 386 CA 1985);

5) di delegare agli amministratori il potere di collocare le azioni e le obbligazioni anche al di là dei limiti temporali previsti dalla disciplina ordinaria (sez. 80A CA 1985).

Di particolare rilievo sono anche le previsioni introdotte per la prima volta, dal *Companies Act* 2006, che codifica in dettaglio gli obblighi ed i doveri degli amministratori, precedentemente regolati dalla *Common Law* (con una giurisprudenza a volte anche molto risalente), introducendo una previsione normativa dei doveri degli amministratori e, in particolare:

- dell'obbligo di agire nei limiti dei poteri conferiti (*Duty to act within powers*);

- del dovere di promuovere il successo della società (*Duty to promote the success of the company*), che si deve articolare considerando le conseguenze di lungo periodo, gli interessi dei dipendenti della società, la promozione dei rapporti di affari con i fornitori, i clienti e i finanziatori, l'impatto delle attività sociali sulla comunità e l'ambiente e la necessità di agire equamente considerando tutti i soci;

- dell'obbligo di esercitare un proprio giudizio indipendente nell'amministrare (*Duty to exercise independent judgment*);

collegiale, sia per le decisioni dei soci, sia per l'amministrazione della società, avvicinano in misura consistente la s.r.l. al sistema delle società di persone, mentre la possibilità di emettere titoli di debito, sia pure collocabili esclusivamente presso investitori istituzionali, fa cadere alcune delle barriere che tradizionalmente limitavano l'accesso della s.r.l. al sistema finanziario, sì da renderla più vicina alla s.p.a.

Sono dunque la grande flessibilità da un lato, la minor distanza, quanto alle tecniche di finanziamento, dalla società per azioni, dall'altro lato, a far sì che la s.r.l. possa a diventare il modello-base dell'impresa collettiva di minori

- del dovere di agire con ragionevole cura, professionalità e diligenza nell'amministrare la società (*Duty to exercise reasonable care, skill and diligence*);

- del dovere di evitare conflitti d'interesse con la società, di non accettare benefici da terzi e di dichiarare gli interessi personali.

Per un approfondimento delle complesse questioni legate all'adempimento di tali obblighi da parte degli amministratori, si v. A. HICKS – S.H. Goo, *Company Law*, Oxford, 2008, 385 ss.; B. HANNIGAN, *Company Law*, Oxford, 2009, part. II.

Ed ancora, dall'1 ottobre 2007 i soci di *private company*, possono essere chiamati ad esprimere il voto assembleare con delibere scritte (*Written resolutions*), oppure continuare, come per il passato, a deliberare con metodo assembleare.

Con la procedura delle delibere scritte la *private company* invia a tutti i soci, per posta o per *e-mail* o anche con pubblicazione sul proprio sito *web*, un questionario e la documentazione relativa all'oggetto delle proposte, insieme ad indicazioni sul come manifestare la loro volontà ed al termine entro il quale esprimere il voto (termine che non può essere inferiore a ventotto giorni dalla data di pubblicizzazione).

Ed ancora, dal 6 aprile 2008 sono state modificate le norme relative alla forma e al contenuto dei bilanci delle società. Particolari semplificazioni si applicano alle *small companies*, definite come quelle società che hanno un volume d'affari annuo inferiore a 5,6 milioni di sterline, un totale di bilancio inferiore a 2,8 milioni di sterline e meno di 50 dipendenti. Per queste società vengono inoltre abbreviati i termini per il deposito del bilancio e degli altri documenti sociali, vengono dettate, ed in alcuni casi aumentate, le multe previste nel caso di ritardi negli adempimenti richiesti per legge.

Infine, la riforma abolisce l'*authorised capital*, cioè il capitale che può essere aumentato dagli amministratori, senza il previo consenso dei soci, e si prevede per entrambe le società di capitali la possibilità di ridurre il capitale sociale senza l'intervento del tribunale, mentre sempre e solo per le private *limited company* è possibile fornire assistenza finanziaria all'acquisto delle proprie azioni.

15 Non vi è alcun dubbio che per i Paesi dell'Europa continentale il modello di riferimento della disciplina delle società di capitali è quello adottato dalla Germania, il quale prevede due distinte discipline: una per la società per azioni (la *Aktiengesellschaft*, di seguito, AG) ed una per la società a responsabilità limitata (la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, di seguito, GmbH).

Attualmente, il modello di società rappresentato dalla AG, regolato in Germania dalla *Aktiengesetz* (di seguito AktG) del 6 settembre 1965 e successive modificazioni, è considerato quello che per eccellenza è in grado di realizzare le esigenze delle imprese di grandi dimensioni, senza tuttavia imporre un legame biunivoco tra dimensione e tipo sociale. Ciò nonostante, non può dirsi che quello della AG sia il tipo societario più diffuso nella realtà economica tedesca: accanto ad esso sono presenti altri importanti tipi di società, numericamente prevalenti. Fenomeno che si registra in egual misura in tutti gli stati europei.

Quanto alle altre società di capitali, esse sono regolate da specifiche norme: la AktG disciplina la

dimensioni¹⁶, attirando a sé sia società per azioni sia società personali che intendano limitare la responsabilità patrimoniale dei partecipanti, ma anche società familiari al vertice di importanti gruppi industriali e società interessate a costituire *joint venture* con altri *partner* di pari dimensioni¹⁷.

1.3 La struttura organizzativa della società a responsabilità limitata.

La flessibilità dei modelli cui si è accennato corrisponde all'idea di non irrigidire il rapporto tra tipologie economiche d'impresa e schemi giuridici e di lasciare invece agli operatori la scelta tra una pluralità articolata di moduli organizzativi, rafforzata dal forte spazio attribuito all'autonomia statutaria. E nella s.r.l. l'autonomia statutaria trova spazi ancora più accentuati di quelli, pur rilevanti, registrati nella s.p.a.¹⁸, tanto da costituire una caratteristica tipologica del

società in accomandita per azioni (*Kom-manditgesellschaft auf Aktien*, o più comunemente *KgaA*), come un sottotipo di società per azioni; mentre una legge del 20 aprile 1892, più volte aggiornata ed integrata, disciplina in modo autonomo la società a responsabilità limitata, che è in Germania, come in tutti gli altri Paesi europei, il più diffuso modello di società di capitali.

16 Contribuisce alla personalizzazione della struttura della s.r.l., rendendola uno strumento particolarmente adatto nei casi di compagnie sociali ristrette, anche la normativa fiscale, che consente la tassazione dei redditi prodotti dalla società direttamente in capo ai soci. L'art. 116 del D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986, Testo Unico sulle Imposte sui Redditi, come modificato dall'art. 1, co. 1, del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 e dall'art. 36, co. 16, lettera a), del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, consente, infatti, alle società a responsabilità limitata il cui volume di ricavi non supera le soglie previste per l'applicazione degli studi di settore e con una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche in numero non superiore a 10 di optare per il regime di trasparenza fiscale delle società di persone, con imputazione e conseguente tassazione del reddito direttamente sulle persone fisiche partecipanti.

17 In tal senso, C. MOTTI, *La società a responsabilità limitata: introduzione alla nuova disciplina, in La riforma delle società di capitali: aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Milano, 2004, 102.

18 La riforma che ha interessato la s.r.l. ha riguardato in effetti anche la maggiore società di capitali, la s.p.a., in linea con un processo di sempre maggiore apertura di tale tipo di società al mercato dei capitali, anche tramite l'inserimento di elementi che rendano più appetibile l'acquisto della partecipazione. Ancora una volta modello di tale processo è la legislazione tedesca. Tra i modelli societari esistenti in Germania, infatti, quello della AG (la *Aktiengesellschaft*) si presta ad essere quello più efficace per favorire la formazione di grandi complessi industriali privati, anche articolati in gruppi, e per consentire l'afflusso dei capitali in forme alternative rispetto al prestito bancario tradizionale, caratteristica esaltata nelle società quotate in borsa. La *AktG*, che disciplina le società per azioni, è stata più volte modificata o integrata soprattutto per l'esigenza di armonizzazione con la legislazione comunitaria. In particolare merita menzione la legge del 2 agosto 1994, che ha introdotto per la prima volta una disciplina speciale per le società per azioni di piccole dimensioni, segnando più nettamente la distinzione tra disciplina delle società quotate e delle società non-quotate e la legge del 27 aprile 1998, che ha innovato sostanzialmente la disciplina delle società, migliorando il controllo e la trasparenza nella gestione delle s.p.a., al fine di rafforzare il mercato finanziario tedesco, tradizionalmente meno evoluto di quello statunitense (in tal senso, G. DI MARCO, *La riforma tedesca del diritto delle società per azioni*, in *Società*, 1998, 154).

La riforma delle società per azioni si articola su due punti nodali: a) viene intensificata la distinzione tra disciplina delle società quotate e disciplina delle società non quotate, già introdotta

contratto¹⁹.

Tracciare le linee della nuova s.r.l. è complesso, considerato che in effetti la disciplina precedente non prevedeva una compiuta regolamentazione, ed indubbiamente la struttura organizzativa è uno degli aspetti che maggiormente corrisponde al paradigma di *società di persone a responsabilità limitata*. Tuttavia, alcuni elementi sono sufficienti a dare il senso della complessità strutturale della società e della centralità che il capitale continua a rivestire.

Senza alcuna pretesa di completezza, si pensi al minor spazio lasciato alla proponibilità dell'azione per la declaratoria di nullità dell'aumento e della riduzione del capitale: al pari di quanto avviene nella fusione, eseguite le iscrizioni (o, nel caso di riduzione, eseguita anche parzialmente la delibera), l'invalidità non può essere pronunciata e resta salvo il diritto al risarcimento del danno (art. 2479-ter c.c. che richiama l'art. 2379-ter c.c.); alla previsione, anche per la s.r.l., della possibilità di attribuire statutariamente agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale (art. 2481 c.c.), nonché all'astratta possibilità di riservare l'aumento di capitali a terzi, sempre che fosse statutariamente previsto e salvo il diritto di recesso dei soci dissenzienti (art. 2481-bis c.c.). Ed ancora, a tutela dei terzi si stabilisce che il rimborso dei finanziamenti dei soci è postergato alla soddisfazione degli altri creditori e che se la restituzione è avvenuta nell'anno precedente al fallimento, le somme devono essere restituite alla società (art. 2467 c.c.). Viene mantenuto il divieto di emissione di titoli obbligazionari di massa, ma si consente di prevedere nell'atto costitutivo la facoltà degli amministratori o dei soci di emettere, a fronte dell'assunzione di prestiti, titoli di debito con sottoscrizione esclusivamente riservata ad investitori professionali²⁰. La legge non indica limiti di valore

con la citata legge del 1994; b) viene riformata la disciplina della *corporate governance* della società, nelle strutture dell'assemblea dei soci (*Hauptversammlung*), del consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) e dei revisori contabili esterni (*Abschlußprüfer*). Gli interventi sugli assetti della società si incentrano sulla intensificazione dei controlli e della trasparenza: i controlli sono resi maggiormente effettivi con la revisione delle norme sugli organi di controllo interni ed esterni, nonché con nuove regole di condotta imposte agli amministratori e la maggiore trasparenza è garantita, nonostante la facilitazione nell'accesso alla quotazione di borsa, tramite l'applicazione di regole di pubblicità più penetranti rispetto a quelle ordinariamente imposte alle società per azioni.

19 La società a responsabilità limitata è infatti caratterizzata da una più ampia autonomia statutaria in quanto tipo sociale funzionalmente preordinato alla "incorporazione" di realtà societarie "chiuse" (al mercato del capitale di rischio e del capitale di credito), in contrapposizione alle società "aperte"; cfr. P. MARCHETTI, *L'autonomia statutaria nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 562 ss.; C. ANGELICI, *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio, M. Rispoli Farina, G. Rotondo, Milano, 2000, 36 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Dalla riforma del diritto delle società quotate alla riforma del diritto delle società di capitali e ritorno*, in *Assogestioni, Quaderni di documentazione giuridica*, n. 25, Roma, Bancaria Editrice, 2002, 16 ss. Sulla autonomia statutaria che «cresce man mano che ci si allontana dal mercato dei capitali, fino a diventare massima, sul piano organizzativo, e quasi illimitata, nella detipizzata nuova s.r.l.», cfr. L. ROVELLI, in *Contratto e impresa*, 2002, 826.

20 Come correttamente sottolineato da V. SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità*

all'emissione poiché, non essendo operazioni effettuate direttamente con il pubblico, i relativi limiti dipendono solo dal grado di fiducia che la società riesce a riscuotere presso gli investitori professionali, i quali si assumono il rischio potenziale di sottoscrivere una quantità eccessiva di titoli rispetto all'effettiva consistenza patrimoniale della società, in considerazione della loro naturale attitudine a valutare il rischio dell'investimento, ovvero di valutare se l'operazione sia eccessivamente rischiosa.

Quanto agli aspetti più strettamente organizzativi, ed ancora senza pretesa di completezza, una prima fondamentale differenza rispetto alla società per azioni è rappresentata dal carattere tendenzialmente derogabile e suppletivo²¹ delle regole relative alle decisioni dei soci e all'amministrazione della società. Il legislatore ha inteso prevedere, infatti, una generale libertà di organizzazione, riconoscendo in particolare «ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci²²», assegnando ai soci un ruolo centrale e al contempo versatile. In attuazione di tali principi la stessa ripartizione delle competenze tra soci e amministratori è rimessa alla volontà dei soci, che possono stabilire nell'atto costitutivo quale equilibrio creare tra i due organi; non vengono infatti riprodotti né i limiti alla devoluzione ai soci di decisioni in materia gestoria, posti per le società azionarie dall'art. 2364, n. 5 c.c., né il principio generale in base al quale «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori». Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. le uniche materie riservate alla competenza dell'organo amministrativo sono rappresentate dalla redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione. Al di là di queste ipotesi, l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata può legittimamente deferire alla volontà vincolante dei soci qualunque decisione amministrativa, sino al limite di riconoscere ai soci un potere di veto o la facoltà di impartire direttive vincolanti relativamente a determinate operazioni, senza con ciò escludere la generale competenza gestoria degli amministratori, con evidente necessità di chiarire puntualmente poteri e competenze, onde evitare possibili sovrapposizioni o carenze, con conseguenti problemi in tema di responsabilità degli amministratori. Una decisione dei soci può inoltre essere sollecitata, in ogni momento e su qualunque materia, da ciascun amministratore e dai soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, ai sensi del quarto comma dell'art. 2479 c.c. E l'autonomia da quella che un tempo era indubbiamente una

limitata, in *Società*, 2003, 12, l'emissione dei titoli di debito rappresenta una modalità del prestito che rende interessante l'operazione per l'investitore perché gli consente, con la cessione a terzi del titolo, di smobilizzare l'investimento prima della scadenza, anche se questo vantaggio è neutralizzato, in parte, dalla solidale responsabilità del cedente con la società emittente, in caso di insolvenza di questa.

21 Così, N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2012, 306.

22 Così l'art. 3, co. 1, lett. c) ed e) della L. delega 366/2001.

“sorella maggiore” è ancora più marcata se si considera la scelta di fondo che il legislatore ha effettuato: nella s.r.l., indicazione di un unico sistema di amministrazione e controllo, che può essere al suo interno variamente configurato sulla base delle scelte effettuate nel contratto sociale, nella s.p.a., invece, previsione di diversi sistemi di amministrazione e controllo ma minore autonomia nella concreta configurazione degli organi.

La connotazione personalistica e la centralità della volontà dei soci della s.r.l. si riflettono, infine, sulla disciplina dei controlli, le cui caratteristiche fondamentali, oltre alla nota obbligatorietà²³ della nomina del collegio sindacale solo al superamento di specifici parametri, sono il riconoscimento di incisivi poteri di controllo a tutti i soci non amministratori²⁴, indipendentemente dalla quota di capitale da essi posseduta e la mancata previsione di forme di intervento giudiziario sulla regolarità della gestione²⁵ corrispondenti a quelle previste per la società per azioni dall'art. 2409 c.c.

Se non vi è dubbio che la struttura organizzativa qualifica fortemente la società a responsabilità limitata, l'analisi della disciplina delle operazioni sul capitale costituirà lo spunto per verificare se effettivamente si sia delineata una *società di persone a responsabilità limitata*, o meglio *una società di capitali di carattere personale*, tanto da costituire un nuovo tipo²⁶ societario, e se ciò sia

23 L'esclusione dell'obbligo di nomina di un organo di controllo interno per le società a responsabilità di minori dimensioni si registra anche negli altri ordinamenti europei e sottolinea la tendenza a strutturare il sistema di *governance* in funzione delle esigenze che le società possono potenzialmente registrare, in considerazione della struttura economico-patrimoniale dell'attività esercitata. Sull'argomento, con particolare riguardo alle società per azioni di minori dimensioni, cfr. T. BAUMS, *Il sistema di «corporate governance» in Germania ed i suoi recenti sviluppi*, in *Riv. soc.*, 1999, 2 ss.

24 Per una puntuale ricostruzione della disciplina di cui all'art. 2476 c.c., con particolare riguardo alla possibilità di prevedere clausole statutarie che integrino o derogino alla disciplina legale, anche in considerazione della struttura tipologica della s.r.l. e del ruolo riconosciuto all'autonomia statutaria di tale società, si rinvia a N. ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 155 ss., ove ulteriori riferimenti.

25 Quest'ultima scelta rischia di privare i soci della s.r.l. di uno strumento incisivo e per molti aspetti non sostituito. Indubbiamente la nuova disciplina sul recesso, potrebbe consentire al socio maggiori possibilità di interrompere la partecipazione nella società nel caso di dissenso sulla gestione della stessa, sempre ovviamente che la società si sia avvalsa della facoltà di prevedere statutariamente ulteriori cause di recesso oltre quelle legali, ma si tratta di uno strumento evidentemente diverso. Come pure non sembra che il penetrante potere di controllo da parte dei soci sulla gestione della società possa pienamente compensare la soppressione del controllo giudiziario.

26 Come noto, il primo comma dell'art. 1322 c.c. prevede che le parti possano liberamente determinare il contenuto del contratto e il secondo comma riconosce loro il potere di concludere contratti atipici, ossia causalmente connotati da una funzione diversa da quelle tipicamente formalizzate dal diritto positivo. Tradizionalmente l'applicazione della norma al diritto societario è stata decisamente limitata al primo comma, escludendosi la possibilità, per l'autonomia privata, di concludere contratti atipici di società, nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2249 c.c., da cui

vero rispetto alla società a responsabilità limitata così come disegnata dal legislatore o lo sia solo quando, per l'ampia autonomia statutaria riconosciuta alla società, l'atto costitutivo introduca una serie di deroghe sì che la società a responsabilità limitata, tipologicamente simile ad una società per azioni, possa tendere alle società di persone per espressa scelta dei soci.

1.4 La disciplina previgente e la generale applicabilità della disciplina delle società per azioni.

La normativa sulle modificazioni del capitale sociale nella s.r.l. recepisce il disposto della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, che, all'art. 3, lett. a), stabilisce, in linea generale, la previsione da parte dei decreti delegati di «un autonomo ed organico complesso di norme». Anche l'articolata materia delle operazioni sul capitale trova così una disciplina completa nella sede sua propria della società a responsabilità limitata, alla quale vengono dedicati gli articoli dal 2481 al 2482-*quater* c.c.

La legislazione precedente aveva concentrato la regolamentazione delle modifiche del capitale sociale in sole due norme: l'art. 2495 c.c. (aumento del capitale) e l'art. 2496 c.c. (riduzione del capitale). La sinteticità di queste disposizioni trovava giustificazione nella tecnica adottata in via generale dal legislatore del 1942, ossia di disciplinare la società a responsabilità limitata mediante un continuo e incompleto rinvio alle norme sulla società per azioni²⁷.

si fa discendere il c.d. principio di tipicità. Per il problema della tipicità dei contratti di società, si v., per tutti, P. SPADA, *La tipicità della società per azioni*, Milano, 1974, 12 ss.

²⁷ La s.r.l. nasce come tipo di società commerciale nella seconda metà del secolo scorso e da allora ha avuto un'ampia diffusione in tutti i paesi europei. La sua nascita viene fatta risalire alla fine del 1800 in Germania, quale risposta ad una specifica esigenza pratica: costituire una società di capitali che fosse connotata da una certa personalizzazione del rapporto associativo. Così, con la legge del 20 aprile 1892, la Germania ha introdotto la s.r.l., scelta di compromesso tra una società anonima semplificata e una collettiva con responsabilità limitata.

In Gran Bretagna l'equivalente della s.r.l. – la *private company* – si diffuse, prima della codificazione tedesca, come una situazione di fatto, in considerazione del carattere liberale del *Companies Act* del 1862, che consentiva la deroga di molte norme; opportunità sfruttata dalle società a ristretta partecipazione per introdurre elementi di personalizzazione nella società anonima, tanto che società con elementi tipici della s.r.l. già esistevano prima della formale codificazione di questo tipo di società. Il legislatore è poi intervenuto nel tentativo di predisporre un sistema più rigoroso con il *Companies Act* del 1948 elaborando la c.d. *Exempt Private Company* ed ancora nel 1980 con il *Companies Act* che connota in modo più marcato le *private company*, anche come conseguenza dell'introduzione della seconda direttiva comunitaria in materia di società. La *private company* ha assunto così un carattere residuale rispetto alla *public company*, con la previsione di alcune specifiche restrizioni operative: non può emettere obbligazioni, la composizione societaria e l'organizzazione sociale tende alla stabilità, con la conseguente possibile introduzione di clausole di limitazione al trasferimento della partecipazione, i soci hanno un maggiore potere di controllo sull'operato degli amministratori.

Quanto agli altri ordinamenti, la legge tedesca del 1892 ha avuto una grande diffusione nella regolamentazione del diritto societario degli altri stati europei occidentali e in Austria la legge del 3 marzo 1906 ha riprodotto la legge tedesca con l'introduzione di minime modifiche.

I vantaggi della riforma²⁸ sono indubbi: vengono meno quelle incertezze interpretative legate alla discontinuità e incompletezza con cui le disposizioni sulla società per azioni venivano richiamate in sede di società a responsabilità limitata. L'alternarsi di richiami e di silenzi, infatti, aveva ingenerato una serie di dubbi e talvolta di ardite interpretazioni che, almeno sotto questo profilo, il nuovo testo normativo dovrebbe aver fugato.

E' noto che la disciplina della società a responsabilità limitata ricalcava, in larga parte, quella della società per azioni, trattandosi in entrambi i casi di società di capitali²⁹; tuttavia, la tecnica utilizzata dal legislatore per delineare la disciplina della società a responsabilità limitata non era lineare. Leggendo, infatti, gli articoli del Capo VII, Libro V, del codice civile, ci si trovava in presenza di un corpo normativo composto da alcune disposizioni specifiche relative esclusivamente alla s.r.l., alcune disposizioni che sostanzialmente ripetevano le corrispondenti norme relative alla società per azioni e altre disposizioni che specificamente rinviavano a singole norme della società per azioni. Mancava dunque un rinvio di carattere generale alla disciplina delle società per azioni "in quanto compatibile" e tale tecnica normativa ha creato non poche incertezze nell'interprete³⁰ intento a

In Francia, l'esperienza dell'applicazione di questa legge in Alsazia e Lorena ha influito sull'emanazione della legge del 7 marzo 1925, la quale si distinse da quella austriaca per l'accentuazione degli elementi personalistici, che vennero introdotti, modificando più volte la legge del 1925, sino alla emanazione della legge delle società commerciali del 24 luglio 1966, successivamente modificata da diverse disposizioni, nelle quali si registra un progressivo avvicinamento alla società anonima.

In Belgio la legge del 9 luglio 1935, sotto l'influenza della legge francese, definì le «società di persone a responsabilità limitata», anch'essa successivamente modificata.

In Svizzera la s.r.l. fu introdotta dal *Código de Obligaciones* con modificazione del 1936 (art. 772 ss del *C.d.O.*) caratterizzata da una matrice personalistica e dalla fissazione di un capitale sociale minimo ed uno massimo.

Infine, il codice di commercio spagnolo del 1885 non disciplinava la s.r.l., tuttavia l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 122 del codice di commercio ha fatto sì che degli elementi tipici di quella che sarebbe stata poi la s.r.l. fossero introdotti in altri tipi sociali. Lo stesso effetto ebbe l'art. 108 del Regolamento del *Registro Mercantil*, approvato con R.D. del 20 dicembre 1919 e la normativa fiscale. La prima formale disciplina della s.r.l. è stata invece emanata con legge del 17 luglio 1953, anch'essa successivamente modificata. La necessità di ammodernare la disciplina, nonché di adeguarla a quanto prescritto dalla dodicesima direttiva comunitaria in materia societaria condusse all'emissione della legge n. 2 del 23 marzo 1995, più volte integrata e modificata.

28 Per una prima valutazione, cfr. G. ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nella riforma. Modelli legali e modelli statutari*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 39 ss.; Id., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58 ss.

29 Sulla crisi, almeno per quanto concerne le sue applicazioni al diritto societario, del «metodo tipologico», v. M. S. SPOLIDORO, *La società a responsabilità limitata (Le ragioni di una scelta)*, in *Foro pad.*, 1991, II, 29 ss.

30 Nonostante la previgente disciplina avesse attribuito alle società a responsabilità limitata una fisionomia molto simile a quella delle società per azioni si sono comunque registrati autorevoli contributi allo studio delle specificità delle società a responsabilità limitata, sia nel confronto con la maggiore società di capitali, sia con le società di persone. Tra gli autori che maggiormente si

ricostruire la disciplina integrale delle società a responsabilità limitata. Se ordinari problemi interpretativi si ponevano nei casi in cui il legislatore aveva specificamente disciplinato alcuni aspetti, ovvero aveva richiamato norme relative alla disciplina delle società per azioni, problemi più articolati sorgevano di fronte alle lacune legislative, cioè di fronte a quelle ipotesi in cui il legislatore non aveva provveduto a disciplinare alcuni specifici aspetti della s.r.l. né aveva rinviato ad altre norme della società per azioni.

Di fronte al silenzio del legislatore sono state prospettate dalla dottrina diverse soluzioni.

Da una parte si poneva la dottrina maggioritaria, la quale, al fine di colmare le lacune legislative, applicava per analogia i principi e le norme della società per azioni, ancorché questi non fossero state espressamente richiamate³¹. Infatti, la configurazione sistematica della società per azioni quale modello *tipo* delle società di capitali, nonché le indubbie affinità esistenti tra le due società, inducevano l'interprete, di fronte alle lacune legislative nella disciplina delle società a responsabilità limitata, ad applicare, per *analogia legis*, sul disposto dell'art. 12, secondo comma delle preleggi, le corrispondenti norme che disciplinavano le società per azioni³².

sono interessati alla società a responsabilità limitata, interpretando i numerosi silenzi del legislatore e fornendo a chi intendeva e intende studiare tale tipo di società illuminanti spunti di riflessione, si segnalano: G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in Commentario codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971; G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, VIII, Padova, 1988; V. CALANDRA BUONAURA, *L'aumento di capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. II, Padova, 1997; G.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1985; Id., voce *Società a responsabilità limitata*, in Enc. giur. Treccani, XXIX, Roma, 1993.

31 Tra i molti cfr. A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 449, secondo il quale nell'interpretazione di una siffatta disciplina, si poneva il quesito se il fatto che fossero state riprodotte in sede di società a responsabilità limitata talune disposizioni dettate per la società per azioni, e che numerose altre fossero state specificamente richiamate, dovesse precludere l'applicazione alla società a responsabilità limitata di ogni norma statuita in sede di società per azioni che non fosse qui riprodotta o esplicitamente richiamata. Quesito al quale l'Autore rispondeva in senso negativo, riconoscendo l'applicabilità di norme non richiamate, precisando, tuttavia, che l'applicazione alla società a responsabilità limitata di norme dettate in sede di società per azioni e non riprodotte, né richiamate specificamente, avveniva sulla base di un procedimento analogico, e non di applicazione diretta. Conseguentemente, tale procedimento di applicazione analogica non poteva utilizzarsi in tutte quelle sedi in cui il legislatore, sia pur implicitamente, per via di riproduzione e richiami di norme e di statuizioni di norme originali, aveva «instaurato un sistema concluso, una disciplina completa, che non consente applicazione di norme non previste in quella specifica sede». Nello stesso senso, L.F. PAOLUCCI, *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato Rescigno*, 17, Torino, 1985, 259, secondo il quale la stretta affinità esistente fra società per azioni e società a responsabilità limitata consentiva, in assenza di un riferimento diretto, il ricorso all'applicazione analogica delle norme dettate per le società per azioni che rappresentava il prototipo delle società di capitali.

32 L'applicazione analogica delle norme sulla società per azioni doveva, peraltro, avvenire nel

Secondo altra autorevole, ma isolata, dottrina, veniva esclusa, in linea di principio, la possibilità di estendere analogicamente alla società a responsabilità limitata le norme relative alla società per azioni non esplicitamente richiamate, ove si trattasse di norme contenute nel codice al momento della sua entrata in vigore. Le omissioni del legislatore erano, infatti, considerate non semplici "lacune", ma manifestazione della volontà del legislatore di non estendere alla società a responsabilità limitata i singoli precetti previsti per la società per azioni³³. La stessa dottrina, consapevole dell'impossibilità di fondare la disciplina della società a responsabilità limitata esclusivamente sulla disciplina per la stessa dettata, aveva proposto di colmare eventuali lacune normative mediante l'estensione analogica al tipo sociale in esame delle norme riguardanti le società di persone³⁴.

La tesi maggioritaria, pur nella autorevolezza dei suoi sostenitori e pur essendo l'unica concretamente percorribile, non era tuttavia del tutto soddisfacente, soprattutto con riferimento ai principi generali del nostro ordinamento. Infatti, se da una parte era corretto affermare che la tesi che non voleva l'applicazione analogica si basava su una mera supposizione della volontà del legislatore³⁵, d'altra parte dichiarare applicabili alla società a responsabilità

rispetto delle regole al riguardo previste, verificando caso per caso se ricorressero i presupposti dell'applicazione analogica: esistenza di una effettiva lacuna normativa e compatibilità con i caratteri della società a responsabilità limitata delle soluzioni normative dettate per la società per azioni; così, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2002, 511. E' stato, quindi, affermato che le norme della disciplina della società per azioni non specificamente richiamate non dovessero essere applicate alle società a responsabilità limitata, e ciò sia quando fosse stato possibile desumere dal mancato richiamo del caso di specie una specifica volontà del legislatore di non applicare la relativa norma della società per azioni, sia quando le norme della società per azioni avessero carattere eccezionale ovvero fossero specificamente connesse alle peculiarità dello specifico istituto disciplinato; così F. FERRARA JR - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 713.

33 Così G.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 48 e 49, il quale riteneva che la ragione tecnica dell'impossibilità di procedere ad applicazione analogica delle norme non richiamate consisteva, ora, «nella inesistenza di lacuna legislativa, in cui risiede il presupposto di quel procedimento interpretativo, quando il mancato richiamo rende direttamente applicabili altre disposizioni o non introduce deroghe alle stesse; ora invece, se l'omissione del richiamo determina una lacuna, nell'impossibilità di colmarla con l'estensione di disposizioni rispetto alle quali si è manifestata la volizione legislativa di non applicarle».

34 G.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 35 ss. Tale tesi è stata in parte criticata da G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, cit., 178, per il quale «non si possono estendere analogicamente le norme in materia di società per azioni o di società di persone che risultino funzionali ad elementi tipologicamente estranei alla società a responsabilità limitata (...). Viceversa, non dovrebbero esservi ostacoli all'estensione analogica di norme che, pur trovando collocazione nella *sedes materiae* della società per azioni o delle varie società personali, riflettono elementi tipologici che queste figure hanno in comune con la società a responsabilità limitata, o addirittura sono espressione di principi generali dell'intero diritto societario»

35 V. SALAFIA, *Limitazione e soppressione del diritto di opzione nelle società a r.l.*, in *Società*, 1994, 1609.

limitata le norme non specificamente richiamate della società per azioni apriva la strada ad una possibile e inaccettabile arbitrarietà: applicare, richiamando il principio generale dell'*analogia legis*, norme che il legislatore aveva volutamente escluso³⁶.

Nell'attuale disciplina delle società a responsabilità limitata manca un espresso e generico rinvio alle norme delle società per azioni, come pure a quelle della società di persone, con la conseguenza che, nel caso di vuoto normativo, il ricorso all'applicazione analogica della disciplina dettata per una società, piuttosto che di quella dettata per l'altra, presuppone un'attenta analisi degli elementi letterali e sistematici delle norme che regolano la stessa s.r.l. e dello statuto che i soci hanno delineato. Inoltre il ricorso all'estensione analogica può avvenire solo nell'impossibilità di interpretare le lacune normative alla luce della disciplina espressamente prevista per la società a responsabilità limitata, proprio perché essa costituisce un tipo autonomo rispetto agli altri³⁷.

1.5 I conferimenti e il capitale sociale nella nuova s.r.l.

Il capitale sociale³⁸ della società a responsabilità limitata non deve essere inferiore a diecimila³⁹ euro e può essere costituito da ogni elemento suscettibile di

36 A tal proposito soccorreva l'art. 12 delle preleggi secondo il quale «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Ma ciò nonostante non si poteva negare la difficoltà in cui l'interprete veniva a trovarsi, il quale doveva necessariamente attribuire un significato al silenzio del legislatore tramite un'interpretazione della volontà di quest'ultimo non sempre agevole.

37 Ad esempio, nel silenzio dell'atto costitutivo in ordine all'attribuzione della competenza ad escludere il socio nei casi previsti dal medesimo, potrebbe ritenersi applicabile la disciplina dell'esclusione del socio moroso, con conseguente attribuzione di tale facoltà agli amministratori. Ed ancora, nel silenzio dell'atto costitutivo sulla revoca degli amministratori, potrebbe argomentarsi, dall'espressa previsione della legittimazione del singolo socio a richiedere, in sede cautelare, la revoca degli amministratori in ipotesi di gravi irregolarità nella gestione della società, la sussistenza della facoltà dei singoli soci di richiedere la revoca, in via giudiziaria, degli amministratori. Per entrambe le conclusioni, O. CAGNASSO, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci della «nuova» società a responsabilità limitata*, cit., 370 ss.

38 Non costituirà oggetto del presente lavoro l'analisi della c.d. società a responsabilità limitata semplificata, disciplinata dall'art. 2463-bis c.c., introdotto dall'art. 3, co. 1 del D.L. 24 febbraio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27. Si tratta, infatti, di una disciplina volta a favorire lo sviluppo economico e l'esercizio dell'attività di impresa da parte di soci particolarmente giovani, prevedendo, tra l'altro, che la società possa essere costituita con un capitale di un euro. Probabilmente l'art. 2463-bis c.c. costituirà un nuovo tassello nel lungo dibattito sul ruolo del capitale sociale nelle società di capitali, ma ad una prima lettura, e senza alcuna pretesa di completezza, la norma sembra avere piuttosto una natura forzosamente derogatoria, al solo fine di semplificare la procedura amministrativa di costituzione. Ma non è questo il luogo in cui approfondire la questione.

39 Nelle società per azioni il capitale sociale minimo è stato portato da centomila euro a centoventimila euro, ribadendo comunque una tendenza alla sottocapitalizzazione delle società di capitali che già era stata sottolineata nel vigore della previgente disciplina; in tal senso, infatti, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1 ss.; L.