

DIRITTI DI PARTECIPAZIONE DEGLI AZIONISTI E COLLEGIALITÀ NELL'ASSEMBLEA DELLE SOCIETÀ QUOTATE (*)

SERENELLA ROSSI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impatto della riforma sull'esercizio dei diritti di partecipazione degli azionisti: le valutazioni prognostiche e le analisi empiriche. – 3. Nuove modalità di svolgimento del procedimento deliberativo e funzioni della collegialità. – 4. Le convocazioni plurime dell'assemblea e la funzione compositoria del metodo collegiale. - 5. L'esperienza dei *virtual shareholders meetings*. – 6. La collegialità e le esigenze di composizione, responsabilità e trasparenza delle decisioni sociali

1. *Premessa.*

La ricerca di soluzioni normative in grado di incentivare la partecipazione degli azionisti alle decisioni sociali nelle società quotate è oggetto di perdurante attenzione nelle più recenti iniziative di riforma del diritto societario adottate in sede comunitaria e nazionale, mentre il tema della *shareholders democracy* e del ruolo degli investitori attivi nel governo societario continua ad impegnare il dibattito internazionale sull'organizzazione e la gestione della grande impresa azionaria

Come è noto, la direttiva 2007/36/CE ha voluto, da un lato, armonizzare le regole sulle modalità di partecipazione alle assemblee di società quotate presso gli stati membri, allo scopo di contrastare il *deficit* di accesso al voto transfrontaliero degli investitori esteri rivelato dal dato statistico, dall'altro amplificare ulteriormente gli strumenti normativi a disposizione degli azionisti per un più agevole ed efficace esercizio dei loro diritti di *voice*.

Più recentemente la Commissione UE ha avviato una nuova consultazione per individuare ulteriori interventi finalizzati a sollecitare gli investitori istituzionali all'esercizio dei loro diritti di voto e di partecipazione, in base alla persistente convinzione che il loro impegno nel controllo sulla gestione e nel dialogo con il *management* avvantaggi comunque il valore di lungo termine dell'impresa¹

L'ordinamento italiano, con il d.lg. n. 27/2010 e con il successivo d.lg. n. 91/2012 (c.d. Decreto correttivo), ha dato attuazione alla citata direttiva modificando e integrando sia la disciplina speciale degli emittenti quotati, sia alcune norme di diritto comune in tema di organi sociali e diritti dei soci, nel solco di un processo di più ampio riconoscimento di diritti di partecipazione degli azionisti di società quotate già avviato con le norme introdotte dal d.lg. n. 58/1998 (e successivamente dalla l. n. 262/2005). Ne è risultato un *mix* di norme imperative e di norme dispositive nel quale la valorizzazione dei diritti di partecipazione degli azionisti è stata in parte affidata ai meccanismi di *opt in* ed *opt out*

(*) Questo scritto è stato destinato al *Liber Amicorum Pietro Abbadessa*.

¹ V. L'Action Plan su *European Company Law and Corporate Governance*, varato dalla Commissione UE nel dicembre 2012 sulla scorta del *Green Paper* del 2011 (consultabile in http://ec.europa.eu/internal_market/company/index_en.htm) e, più recentemente, il *Summary of the informal discussions concerning the initiative on shareholders engagement* e la relativa *Road Map* sulla *Revision of the shareholders' rights directive* del febbraio 2013 (consultabili in http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs).

statutari, nella prospettiva che rimette al mercato il ruolo di selettore delle migliori regole di *governance* elaborate dalle singole società.

Nell'ambito dell'attuale disciplina, pertanto, solo alcuni dei diritti degli azionisti (ad es. il diritto di porre domande prima dell'assemblea, il diritto di presentare proposte su punti già posti all'ordine del giorno), nonché alcune parti della normativa (ad es. l'introduzione della *record date*, la soppressione dei limiti soggettivi e quantitativi al conferimento di deleghe di voto nelle società quotate, gli obblighi di informativa preassembleare nelle forme della relazione sulle materie all'ordine del giorno, gli obblighi di informazione da fornire via *web* sul sito *internet* della società), sono stati introdotti *ex novo* in adempimento delle prescrizioni comunitarie, mentre altre norme poste a tutela delle minoranze di società quotate e i diritti degli azionisti ivi riconosciuti hanno subito soltanto una revisione ed un approfondimento in sede di attuazione della direttiva (tale è il caso, ad es., del diritto di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno o della disciplina del voto per corrispondenza e della sollecitazione di deleghe di voto).

Ciò ha consentito di osservare, in un arco temporale sufficientemente lungo, l'effettività dei diritti riconosciuti, in modo progressivamente più ampio, agli azionisti di società quotate, nonché, più in generale, l'efficacia e l'attendibilità di un modello di *governance* societaria che affida al ruolo degli investitori attivi il monitoraggio sulla correttezza e l'efficienza dell'amministrazione delle grandi imprese e al mercato il compito di valorizzare tale modello premiandone i risultati, in un contesto peraltro segnato da rilevanti cambiamenti nell'organizzazione delle imprese e dei mercati e nelle strategie degli attori che vi operano.

In questa sede non mi occuperò di esaminare specificamente la disciplina dei diritti di partecipazione degli azionisti risultante dalle recenti riforme, già peraltro oggetto di studi ampi e approfonditi², né di entrare nel merito del complesso dibattito sul ruolo e gli effetti dello *shareholder activism* nel miglioramento del risultato imprenditoriale e nel controllo sui gestori dell'impresa.

L'obiettivo di queste brevi riflessioni è invece quello di valutare come le riforme (in atto e già compiute) in tema di diritti di partecipazione degli azionisti, nel quadro delle nuove prassi procedurali favorite dallo sviluppo delle nuove tecnologie, possano incidere sulla fisionomia del procedimento deliberativo delle società di capitali nel suo rapporto con la sua matrice originaria, rappresentata dalla formula collegiale che tuttora, ufficialmente, lo governa.

² Cfr., tra gli altri, AA.VV., *Il recepimento della Direttiva sui diritti degli azionisti – Seminario sul decreto legislativo 27/2010* (atti del convegno svolto presso l'Università degli Studi "La Sapienza" il 29 ottobre 2010, in *Giur. comm.*, 2011, I, 955 ss.; AA.VV., *La nuova disciplina dei diritti degli azionisti*, in *Leggi civ. comm.*, 2011, 505 ss.; N. ATLANTE, M. STELLA RICHTER JR, *Il recepimento in Italia della direttiva sui diritti degli azionisti e le modificazioni statutarie conseguenti*, in www.notariato.it; P. MONTALENTI, *La Direttiva azionisti e l'informazione preassembleare*, in *Giur. comm.*, 2011, 685 ss.; L. CALVOSA, *L'intervento e il voto in assemblea dopo l'attuazione della Direttiva sull'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 348 ss.; R. SACCHI, *Voto in base alla data di registrazione e voto per delega dopo l'attuazione della Direttiva azionisti*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 31 ss.; A. BUSANI, *Più partecipazione all'assemblea di società*, in *Soc.*, 2010, 401 ss.; N. ABRIANI, *Il "pungolo gentile" dell'assemblea "mite" tra attivismo degli azionisti e nuova governance societaria. Prime riflessioni sull'attuazione in Italia della Direttiva 2007/36*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Foschini*, Padova, 2011, 173 ss.; L. MULA, F. BRUNO, *I diritti preassembleari dei soci nel "Decreto Correttivo"*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 171 ss.

2. *L'impatto della riforma sull'esercizio dei diritti di partecipazione degli azionisti: le valutazioni prognostiche e le analisi empiriche.*

Le riforme che hanno condotto al rafforzamento dei diritti di partecipazione degli azionisti alle attività assembleari di società quotate si fondano sulla convinzione che la disponibilità di nuovi e più sofisticati poteri, diritti e tutele possa contribuire a rimuovere, almeno in parte, la tendenziale apatia degli azionisti estranei al controllo.

Ciò ha comportato una costante attenzione degli osservatori ai profili di effettività dei nuovi istituti, sia, all'inizio, in chiave prevalentemente prognostica (come valutazione del possibile impatto delle nuove disposizioni sui comportamenti degli investitori e pertanto sull'atteso incremento della loro partecipazione al voto e alle assemblee, date certe condizioni di contesto), sia, in tempi più recenti, con l'osservazione del dato empirico e l'analisi, anche su base statistica, dei comportamenti delle società e degli investitori nel vigore della nuova disciplina.

Nella prima prospettiva si è osservato come la scarsità delle iniziative di attivismo degli investitori nelle maggiori società italiane risulti storicamente ascrivibile anche a cause diverse da *deficit* di carattere normativo-istituzionale, e riferibili alla ridotta partecipazione percentuale degli investitori istituzionali nel capitale delle imprese considerate, alla prevalenza, nel nostro sistema, di società a capitale concentrato e a controllo coalizionale che scoraggerebbe (per i suoi connotati di maggiore opacità) l'investimento e la partecipazione al voto di investitori altrimenti attivi, alla concentrazione delle assemblee in un arco temporale molto ristretto³.

A ciò si aggiunge la preferenza per strategie di breve termine degli investitori professionali, dovuta alla diversificazione del portafoglio e ai doveri fiduciari nei confronti dei propri sottoscrittori, che li orienterebbero a privilegiare risultati di valorizzazione immediata dell'investimento.

Ciò non di meno si è confidato nell'utilità della riforma⁴, segnalando l'opportunità di espandere ulteriormente i diritti delle minoranze, in particolare ammettendo con maggiore ampiezza il loro potere propositivo⁵.

In tempi più recenti sono state invece avviate indagini *ex post*, volte sia a misurare gli effetti della riforma sulla crescita della partecipazione alle assemblee di società quotate, sia a verificare se e come le nuove modalità di esercizio dei diritti di *voce* delle minoranze possano incidere sulla fisionomia globale del procedimento deliberativo delle società.

E sul punto, se da un lato si è già registrato un sensibile incremento della partecipazione degli investitori istituzionali alle assemblee, da ascrivere verosimilmente all'introduzione della *record date*⁶,

³ Cfr., tra gli altri, M. BIANCHI, Relazione al convegno svolto presso l'Università degli Studi «La Sapienza» il 29 ottobre 2010, pubblicata in AA.VV., *Il recepimento della Direttiva sui diritti degli azionisti*, (nt. 2), 955 ss.

⁴ In particolare sono ritenute novità di maggiore impatto per il conseguimento degli obiettivi programmati, la rimozione del blocco delle azioni prima dell'assemblea, la semplificazione del procedimento di sollecitazione di deleghe di voto con l'eliminazione della necessità dell'intervento dell'intermediario, la previsione della possibilità per l'assemblea di deliberare in un'unica convocazione (così M. BIANCHI, Relazione al convegno svolto presso l'Università degli Studi «La Sapienza» il 29 ottobre 2010, (nt.2), 962 ss.).

⁵ Cfr gli interventi di F. DENOZZA, V. CALANDRA BUONAURA, in AA.VV., *Il recepimento della Direttiva sui diritti degli azionisti*, (nt. 2), 976 ss. e 987 ss.

⁶ Cfr. la ricerca condotta presso l'Università L. Bocconi su un campione di società quotate italiane a maggiore capitalizzazione, e presentata al convegno dal titolo «A quindici anni dal TUF. Bilanci e prospettive», svolto a Milano presso

dall'altro si è osservato un affievolimento delle dinamiche più propriamente assembleari, attribuibile ad una sorta di "burocratizzazione" dell'assemblea, che si assume sia indotta in gran parte proprio dall'ossequio ai dettagliati adempimenti procedurali richiesti dalla nuova disciplina sui diritti degli azionisti e alla loro prevalente collocazione in un tempo che precede quello della riunione assembleare. In particolare, l'enfasi posta dalla riforma sull'informazione preassembleare e la possibilità concessa ai soci di porre domande anche prima della riunione, finirebbero per deprimere ulteriormente le funzioni dell'assemblea, annullando perfino quella sua funzione informativa che pareva sopravvivere alla legittimazione delle forme di voto extrassembleare e al conseguente ridimensionamento della funzione ponderatoria e compositoria rimesse al dibattito tra i soci⁷.

Di qui la domanda se quelle regole non possano meritare un'ulteriore revisione, che tenga conto della persistente irrilevanza del momento prettamente collegiale nella definizione degli esiti delle decisioni sociali e della rilevata insensibilità di tali esiti agli effetti della discussione assembleare⁸.

3. Nuove modalità di svolgimento del procedimento deliberativo e funzioni della collegialità.

La recente riforma in tema di diritti di partecipazione degli azionisti esprime un potenziale di sicura innovazione sulla fisionomia del procedimento assembleare nelle società quotate. I doveri e i diritti di informazione preassembleare, l'obbligo della società di pubblicare sul proprio sito *internet* le informazioni dovute agli azionisti in vista dell'assemblea e la facoltà di utilizzarlo per fornire le risposte alle domande ricevute, unitamente alla spontanea creazione di *forum* di discussione sul *web* in cui gli azionisti esprimono e scambiano le loro idee e opinioni sulle vicende e le decisioni sociali (già peraltro riconosciuti e regolati da alcuni ordinamenti stranieri) paiono in grado di esternalizzare perfino il momento del dibattito tra i soci tradizionalmente affidato alla riunione assembleare⁹.

l'Università L. Bocconi il 13 e 14 giugno 2013. La misurazione del tasso di incremento della partecipazione alle assemblee del campione di società osservato è stata effettuata confrontando i dati riferibili al triennio successivo alla riforma del 2010 con quelli riferibili al triennio precedente. Per risultati parzialmente analoghi ottenuti con riferimento all'ambito delle assemblee di società costituite nei diversi paesi europei v. C. VAN DER ELST, *Shareholder Rights and Shareholder Activism: The Role of the General Meeting of Shareholders*, in www.ssrn.com.

⁷ Cfr. M. NOTARI, *Diritti di voice degli azionisti e tutela delle minoranze*, (Relazione presentata al convegno dal titolo «A quindici anni dal TUF. Bilanci e prospettive», Milano, 13-14 giugno 2013) inedita, che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'Autore. Sulla funzione informativa e istruttoria della collegialità v. S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Milano, 1997, 164 ss.; B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 463 ss., *ivi* 479 s.

⁸ Per M. NOTARI, *Diritti di voice degli azionisti*, (nt. 7), si potrebbe anche valutare l'opportunità di disporre una parziale compressione del diritto del singolo socio di prendere la parola in assemblea, riservandolo ai titolari di percentuali qualificate del capitale sociale, considerato che l'interesse ad esprimere opinioni, formulare domande e proposte alla società ed ai suoi amministratori può essere ora adeguatamente soddisfatto nella fase che precede l'assemblea, attraverso l'invio e lo scambio di comunicazioni preventive e l'eventuale loro pubblicazione sul sito *internet* della società. L'A. ritiene invece che l'obiettivo di favorire una più ampia partecipazione dei soci al voto possa essere meglio perseguito obbligando le società a consentire ai soci l'esercizio del voto a distanza, per corrispondenza o con voto elettronico (soluzione attualmente rimessa all'*opt in* statutario, e di fatto, riconosciuta da pochissimi statuti) e a rafforzare i diritti di iniziativa e proposta delle minoranze attive, semplificandone e agevolandone l'esercizio.

⁹ Sulla comunicazione tra azionisti che può svilupparsi nell'ambito dei *forum* sul *web* v. L. M. FAIRFAX, *Shareholder Democracy*, Durham, 2011, 118 (che pone peraltro dubbi sulla loro efficacia ed utilità); sugli ordinamenti europei che disciplinano i *forum* degli azionisti v. G. CAMPUS, *Intervento e informazione nelle assemblee on line di società quotate tra legislazione nazionale e comunitaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 457 ss., *ivi* 460, testo e nt. 7.

Viene quindi da chiedersi se ci si stia avviando verso un futuro in cui la riunione tra i soci, sotto la spinta delle nuove regole procedimentali, ma anche degli strumenti della *information technology*, possa vedere talmente ridimensionate le sue funzioni da condurre ad ammettere, anche nelle società per azioni, l'assunzione di deliberazioni non assembleari, adottate con metodo di tipo referendario o con tecniche di partecipazione puramente passive ad una consultazione telematica, come già previsto da alcuni ordinamenti contemporanei¹⁰.

La direttiva UE sui diritti degli azionisti, del resto, sebbene regoli il voto elettronico continuando a presupporre la convocazione di un'assemblea reale (art. 8)¹¹, ciò non di meno pare autorizzare un uso più "estremo" delle modalità telematiche in materia, poiché fa salve le regole che gli Stati membri possano aver adottato (o voler adottare) relativamente all'uso di «qualsiasi forma di partecipazione con mezzi elettronici» al «processo decisionale» della società (v. art. 8, ult. co.)

In realtà, il legislatore italiano, già prima che intervenisse la direttiva UE sui diritti degli azionisti a chiedere di agevolare la possibilità del voto a distanza e di modificare il procedimento deliberativo in modo da renderlo funzionale a tali nuove modalità di espressione del voto, ha accolto una concezione del metodo collegiale come procedimento deliberativo che può prescindere dall'effettivo sviluppo del dibattito assembleare. Infatti, non solo ha ammesso, nelle società a responsabilità limitata, la possibilità di raccogliere i consensi dei soci per iscritto, ma, già con le discipline in tema di voto per corrispondenza, voto per delega e patti parasociali di cui al d.lg. n. 58/1998 (ed ancor prima alla l. n. 474/1994), ha legittimato la formazione del voto in sede extrassembleare anche nel modello azionario, ove pur ha conservato la formula collegiale (e pertanto la necessità delle riunioni).

Per altro verso, la dottrina pubblicistica, che più approfonditamente ha indagato le caratteristiche funzionali della collegialità con riguardo ai collegi amministrativi, aveva già da tempo evidenziato che solo nei collegi c.d. "reali", cui è rimessa la ponderazione di un interesse unitario e superiore rispetto a quello dei suoi componenti, la fase della discussione è necessaria e la partecipazione in alcuni casi addirittura imposta dal legislatore. I collegi reali, tuttavia, rappresentano una netta minoranza nell'ambito della stessa collegialità amministrativa, ove prevalgono, viceversa, i collegi c.d. "virtuali", con esclusiva funzione di composizione di interessi diversi, nei quali la discussione non solo è attività del tutto eventuale, ma è talora suscettibile di essere legittimamente esclusa dallo stesso organo deliberante¹².

¹⁰ V. *infra*, § 5.

¹¹ L'art. 8 della direttiva individua, infatti, tre modalità alternative in cui le società possono consentire la partecipazione all'assemblea con mezzi elettronici, che sono: «a) la trasmissione in tempo reale dell'assemblea; b) la comunicazione a due vie, in tempo reale, che consenta agli azionisti di intervenire in assemblea da un'altra località; c) un meccanismo per esercitare il diritto di voto, prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, senza che sia necessario designare un rappresentante fisicamente presente alla stessa».

¹² Cfr. S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1980, 297. L'A., in particolare, dà conto della prassi di escludere la discussione nei collegi eligenti e di alcune teorie che ne affermano addirittura il divieto in questi casi. Sottolinea comunque che, laddove vi siano interessi o orientamenti già preliminarmente condivisi dai componenti di maggioranza, l'utilità della discussione verrebbe naturalmente meno, mancando la necessità attuale di operare una ricomposizione di interessi o di punti di vista. Tra gli studiosi di diritto commerciale, l'estraneità di ogni funzione di ponderazione collettiva alle attività rimesse all'assemblea di società di capitali, anche nel confronto con la ponderazione affidata ai collegi di diritto pubblico, era stata già colta da P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 300 ss., *ivi* 307.

Quella stessa dottrina, peraltro, segnalava che la flessibilità e la modularità delle regole che compongono il procedimento collegiale nei collegi amministrativi consegue alle ragioni per le quali il legislatore sceglie, di volta in volta, di governare l'assunzione di una decisione attraverso la costituzione di un collegio (garanzia di imparzialità nel perseguimento dell'interesse pubblico, mediazione con interessi esterni a quelli dell'amministrazione, mero accesso al procedimento di interessi terzi) nel quale la riunione personale non è necessariamente funzionale a consentire la discussione tra presenti, ma a volte è soltanto finalizzata ad assicurare la presenza contestuale dei portatori di interessi esterni all'amministrazione, in posizione minoritaria rispetto ad essa (e pertanto privi di un potere reale di condizionare la decisione), a garanzia e controllo della sua azione ed, eventualmente, dell'esecuzione di accordi già negoziati in altra sede¹³.

Ne deriva che l'elemento caratterizzante del procedimento collegiale non risiede tanto nella possibilità di svolgimento (e tanto meno nello svolgimento effettivo) della discussione tra i partecipanti, quanto piuttosto nella costituzione del gruppo deliberante in collegio, dove normalmente è concesso il diritto di prendere la parola a coloro che vi partecipano, ma la cui funzione non è necessariamente quella di assicurare lo sviluppo di una discussione quale passaggio necessario per l'assunzione di una decisione.

C'è quindi da chiedersi se anche nel procedimento deliberativo delle società per azioni, in considerazione delle novità introdotte dalle nuove regole e dalle nuove prassi, vi sia ancora motivo di conservare la formula collegiale¹⁴, consentendo ai soci di deliberare solo se riuniti in collegio, anche laddove la discussione assembleare perda intensità e rilevanza, e anche laddove, per ipotesi, il diritto di discussione dovesse essere limitato o compresso. C'è da chiedersi, cioè, se la costituzione dei soci in collegio, e pertanto la necessità della loro riunione in un'unità di tempo e di luogo a seguito di regolare convocazione, rivesta ancora qualche specifica utilità indipendentemente dall'esercizio del diritto di intervento e di parola che può avvenire in quella sede.

4. *Le convocazioni plurime dell'assemblea e la funzione compositoria del metodo collegiale.*

Una testimonianza della persistente utilità della regola collegiale, che prescinde dalla sua strumentalità a procurare la discussione tra i soci presenti, mi pare si possa rintracciare già nelle nuove regole in tema di convocazione di assemblea nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Come è noto, il d.lg. n. 27/2010 è intervenuto a modificare anche la disciplina della convocazione assembleare (artt. 2369 c.c. e 126, d.lg. n. 58/1998), consentendo alle società quotate e a quelle a

¹³ Cfr. F. ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Milano, 1985, 129 ss.

¹⁴ La materia è ora regolata, nelle società quotate, dall'art. 127 d.lg. n. 58/1998 che rimette al potere regolamentare della Consob la disciplina delle modalità di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370 c.c. il quale, a sua volta, autorizza gli statuti a «consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica». La Consob ha a sua volta indicato le forme di partecipazione all'assemblea mediante mezzi elettronici in quelle che consistano in una delle seguenti: «a) trasmissione in tempo reale dell'assemblea; b) comunicazione a due vie, in tempo reale, che consenta agli azionisti di intervenire in assemblea da un'altra località; c) un meccanismo per esercitare il diritto di voto, prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, senza che sia necessario designare un rappresentante fisicamente presente alla stessa» (art. 143-bis, reg. Emittenti).

capitale diffuso di optare per la convocazione unica di assemblea, con possibilità, per quest'ultima, di deliberare immediatamente con i più ridotti quozienti previsti per le convocazioni successive.

La norma è stata ulteriormente modificata dal d.lg. n. 91/2012 – [art. 1, 2° co., lett. a)] che ha elevato al rango di regola legale (e residuale), la convocazione unica, operante con i *quorum* sopra indicati, lasciando agli statuti la possibilità di disporre «*diversamente*».

Questa innovazione non era stata direttamente richiesta dalla direttiva sui diritti degli azionisti e, se da un lato può apparire coerente con gli obiettivi del legislatore comunitario laddove prova ad omologare la nostra disciplina a quella di altri paesi europei che non adottano la regola delle convocazioni plurime¹⁵, dall'altro si può osservare come la sua derogabilità ad opera dello statuto introduca elementi di incertezza in grado di minimizzare tali effetti e di frustrarne in gran parte l'obiettivo (soprattutto ove la scelta tra le due soluzioni sia rimessa dallo statuto all'organo amministrativo, come ora previsto da molte società).

Pertanto, più che a tutela della partecipazione degli azionisti, le nuove regole sulla convocazione assembleare di società aperte al mercato sembrerebbero andare a vantaggio della società e del suo interesse a ridurre i costi di organizzazione dell'assemblea e a raggiungere immediatamente il *quorum* deliberativo.

In realtà, ad un esame più approfondito, ed osservando le scelte effettuate dagli statuti delle maggiori società quotate italiane in materia di convocazione di assemblea, la norma pare rivelare una *ratio* più complessa.

In primo luogo è evidente che, così come riformata, la disciplina della seconda convocazione (e delle convocazioni successive) perde la sua originaria finalità, quella cioè di consentire alla società di raggiungere le maggioranze richieste per deliberare (tramite la previsione di una o più riunioni successive e la progressiva riduzione dei quozienti). Con le nuove regole, infatti, la facilità deliberativa sarebbe in ogni caso assicurata poiché l'assemblea riunita in convocazione unica può immediatamente deliberare con i più bassi quozienti previsti dalla legge.

È tuttavia da escludere che il legislatore abbia voluto conservare, per mero ossequio alla tradizione, una regola divenuta inutile. D'altro canto si può osservare come molti statuti di società quotate abbiano lasciato sopravvivere le convocazioni plurime di assemblea, conservando la relativa opzione nelle regole della propria organizzazione e generalmente rimettendone l'attivazione all'organo amministrativo in occasione della convocazione dell'assemblea¹⁶. Ciò fa dedurre, non solo che la regola sulle convocazioni successive svolge tuttora una precisa funzione nel procedimento, seppure diversa da quella

¹⁵ L. ENRIQUES, *Commento all'art. 2369 c.c.*, in *La nuova disciplina dei diritti degli azionisti*, a cura di Guerrieri, in *Leggi civ. comm.*, 2011, 350 ss.

¹⁶ V., ad. es., gli statuti di Telecom Italia s.p.a., Assicurazioni Generali s.p.a., Terna s.p.a., Dea Capital s.p.a. L'Assonime, in uno studio condotto prima dell'approvazione del Decreto Correttivo del 2012, aveva già rilevato che circa il 68% del campione di statuti esaminati aveva optato per la convocazione unica (all'epoca rimessa all'*opt in* statutario), ma solo il 4 % del campione aveva prescelto tale soluzione come esclusiva. Il restante 96% aveva rimesso tale scelta al consiglio di amministrazione, lasciando pertanto sopravvivere la regola delle convocazioni plurime come regola alternativa secondo la decisione adottata volta per volta dall'organo amministrativo. Cfr. V. ALLOTTI, P. SPATOLA, *Le assemblee delle società quotate: il d.lgs. n. 27 del 27 gennaio 2010, le prime esperienze applicative nel 2011 e il decreto correttivo del 2012 (d.lgs. n. 91 del 18 giugno 2012)*, in *www.assonime.it*, 16-17. Pare quindi che alla possibilità di convocazioni plurime le società annettano un'utilità reale, e che pertanto, ove applicata, restituisca un ruolo effettivo anche alla prima convocazione, come occasione di vera riunione dei soci (e non solo come mera formalità da adempiere, senza impegno di partecipazione, in vista della convocazione successiva).

tradizionalmente assoluta, ma che verosimilmente sopperisce ad esigenze comunque avvertite dalle stesse società.

Sul punto si è osservato che la regola delle convocazioni successive, così come è ora concepita, si rivela soprattutto funzionale a verificare la possibilità di assumere la deliberazione nell'ambito di un collegio più ampiamente rappresentativo della base sociale e con il più ampio consenso richiesto dai *quorum* deliberativi di prima convocazione¹⁷. Risulterebbe così valorizzata la funzione compositoria del metodo assembleare e la sua capacità di contenere la conflittualità tra soci legata ad iniziative di contestazione (impugnazione di delibere, esercizio del recesso, ecc.) dei soci assenti e dissenzienti

In realtà quell'obiettivo può essere più efficacemente conseguito solo se si offre ai proponenti la possibilità di adattare le proposte in funzione delle aspettative dei gruppi il cui consenso si vuole ottenere.

In questa prospettiva, il sistema delle convocazioni plurime pare effettivamente in grado di favorire la composizione di interessi tra soci (o tra gruppi di soci) se lo si osserva in relazione alla facoltà, ora concessa dall'art. 126, 1° co., d.lg. n. 58/1998 (come modificato dal Decreto correttivo del 2012) alle società quotate che abbiano previsto nei loro statuti la possibilità di convocazioni successive, di convocare una «nuova assemblea» quando la data della seconda o delle ulteriori convocazioni non sia stata indicata nell'avviso di convocazione della prima, con possibilità, quindi, non solo di sanatoria postuma di eventuali vizi dell'originaria convocazione, ma anche di integrazione e/o modifica dell'ordine del giorno (in cui va ricompreso il potere di formulare proposte nuove sulle materie già indicate) e di presentazione di nuove liste¹⁸ ad una adunanza legittimata a deliberare con i ridotti quozienti previsti dalla legge.

In base a tale disciplina, la seconda convocazione, con la possibilità di deliberare in quella sede su materie e proposte nuove o modificate, può risultare funzionale a consentire al gruppo di maggioranza successivamente alla prima convocazione la ricerca di un consenso allargato, e, ove necessario, del consenso di quegli investitori che abbiano esercitato (restando assenti alla prima convocazione) o possano esercitare (partecipando alla convocazione successiva e così elevando il *quorum* deliberativo) un potere di veto sull'assunzione della decisione.

Analogamente, quando l'assemblea sia chiamata a deliberare su proposte presentate dalle minoranze (tramite l'esercizio dei diritti di convocazione di assemblea o di integrazione dell'ordine del giorno), il sistema delle convocazioni plurime potrebbe consentire al gruppo di controllo di valutare anticipatamente le *chances* di successo dell'iniziativa nei casi in cui, pur mancando il numero legale in

¹⁷ Così N. ATLANTE, M. STELLA RICHTER JR, *Il recepimento*, (nt. 2), 6 ss. per i quali il sistema delle convocazioni plurime «rispond[e] solo alla tutela dell'interesse dei soci a fare in modo che vi sia (almeno in astratto) la possibilità che dal confronto assembleare e dal dibattito si giunga nella prima riunione a deliberazioni maggiormente condivise». In questa prospettiva anche la rimessione dell'opzione agli amministratori risulterebbe legittima perché in fondo funzionale ad un risultato che è (anche) nell'interesse delle minoranze. Del resto non pare che la decisione se procedere con una o più convocazioni possa prestarsi ad usi strumentali. Anche il rischio di accentuare l'*empty voting* collegato al prolungamento degli effetti della *record date* in presenza di convocazioni plurime difficilmente potrebbe essere sfruttato strategicamente dagli amministratori (in tal senso v. invece L. ENRIQUES, *Commento all'art. 2369 c.c.*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei diritti degli azionisti*, (nt. 15), 550 ss., *ivi* a 553 che non spiega tuttavia quale vantaggio potrebbero ricevere gli amministratori o il gruppo di controllo da un'espansione degli effetti della *record date* e del conseguente *empty voting*).

¹⁸ Come si ricava dallo stesso art. 126, d.lg. n. 58/1998, che consente in tal caso un termine di nuova convocazione abbreviato solo se non si modifichi l'elenco delle materie da trattare e che consente altresì la presentazione di nuove liste.

prima convocazione, la minoranza abbia dimostrato di poter contare su una percentuale di consensi non irrilevante¹⁹.

Se così fosse, si dovrebbe concludere che il metodo collegiale può svolgere una funzione compositoria indipendentemente dalle regole relative al diritto di discussione dei soci e che l'accordo capace di ottenere il consenso della maggioranza non necessariamente si produce come esito di un dibattito realmente attivato tra i membri del collegio riuniti in assemblea. Potrebbe invece conseguire ad accordi negoziati altrove (anche in sedi diverse dall'assemblea) o addirittura a mere strategie unilaterali delle parti (ad. es. di mera desistenza), peraltro agevolati da regole procedurali come quelle appena esaminate che pure governano il procedimento decisionale e che tuttavia, come nel caso di specie, non potrebbero operare se il gruppo dei soci non fosse costituito in collegio (se si adottasse, cioè, un metodo di votazione di tipo essenzialmente referendario).

Più in generale, la funzione compositoria della collegialità, pur agevolata dal confronto e dallo scambio di opinioni, pare poter prescindere dallo stesso effettivo sviluppo di una discussione in assemblea.

Infatti, al di là del sistema delle convocazioni plurime, i suoi effetti di composizione possono risultare garantiti anche ove l'assemblea si riunisca in convocazione unica già solo grazie alla costituzione del collegio e alla possibilità di censire in quella sede gli intervenuti, le percentuali di capitale da essi detenute (in proprio o per delega) e il *quorum* necessario per deliberare, la capacità delle minoranze di incidere sui risultati della votazione, le loro eventuali coalizioni, e in base a ciò valutare, già prima di passare alla votazione, i possibili esiti del procedimento e deliberare sulle specifiche strategie.

E sul punto, anche chi sottolinea la perdita di efficacia, e quindi di utilità, della fase della discussione nelle assemblee delle società quotate ritiene, ciò non di meno, che la riunione personale dei soci resti una fase essenziale del procedimento perché rappresenta «il luogo in cui ci si conta», il momento e l'occasione di verifica delle posizioni di potere dei soci e delle loro coalizioni²⁰.

Quegli effetti, tuttavia, possono essere apprezzati non tanto e non solo come funzionali ad una mera presa d'atto delle condizioni di forza dei partecipanti (per la quale basterebbe osservare il risultato finale della votazione), quanto in una prospettiva dinamica, rilevante nell'ambito dello stesso procedimento deliberativo e collegata alla gestione dei rapporti interni alla compagine sociale, quando una dialettica tra gruppi di soci sia stata attivata o si possa realisticamente attivare, anche al di fuori dello

¹⁹ Che quella appena indicata possa risultare una funzione affidata alla disciplina delle convocazioni plurime di società quotate mi pare si possa evincere proprio dalla possibilità, espressamente concessa dalla legge, di modificare l'ordine del giorno con riferimento ad un'assemblea destinata a riunirsi entro un termine molto breve, non superiore cioè ai trenta giorni previsti dalla legge. La legge, pertanto, non si limita ad ammettere l'ampliamento dell'ordine del giorno, come sarebbe ragionevole se la norma avesse il solo obiettivo di sfruttare la successiva convocazione di assemblea per deliberare su questioni di competenza dei soci divenute *medio tempore* rilevanti, ma consente espressamente la modifica dell'ordine del giorno e la presentazione di nuove liste, ciò che pare coerente soprattutto con l'obiettivo di favorire, per così dire "in corsa", e precisamente nell'intervallo di tempo che intercorre tra le convocazioni, il raggiungimento di soluzioni condivise da quella percentuale di soci che si potrebbe stimare necessaria in considerazione dell'affluenza all'assemblea già osservata in occasione della prima convocazione.

²⁰ Così F. CARBONETTI, *Il regolamento di assemblea*, in *Riv. società*, 2001, 156 ss., *ivi* 164; D'ALESSANDRO, *Un nuovo ruolo per l'assemblea nella società per azioni*, in AA.VV., *Verso un nuovo diritto societario*, a cura dell'Associazione D. Preite, Bologna, 2002, 153 ss., *ivi* 161 e più recentemente M. NOTARI, *Diritti di voice degli azionisti*, (nt. 7).

spazio e del tempo della riunione assembleare, e possa trovare in assemblea la sua definizione²¹. In particolare, anche se si tratta di una eventualità infrequente (ma il dato statistico e fattuale non pare poter incidere sulle caratteristiche del modello), questi scenari potrebbero rendere talora necessario procedere alla modifica, nel corso dell'assemblea, delle proposte messe ai voti, richiedendo a tal fine una serie di operazioni che in assenza della formula collegiale risulterebbe ben difficile realizzare²².

5. *L'esperienza dei virtual shareholders meetings.*

Discipline che consentono anche alle società per azioni, presenti certe condizioni, di deliberare senza assemblea (e talora senza convocazione) sono già state introdotte in alcuni ordinamenti stranieri.

Non si tratta soltanto del ricorso al voto elettronico o a forme di partecipazione in collegamento audio-video, che presuppongono comunque la costituzione dell'assemblea in un luogo fisico e la possibilità dei soci distanti di partecipare ai suoi lavori in video o tele conferenza²³. Si tratta invece di procedure che ammettono la raccolta dei consensi per iscritto o, in altri casi, l'assunzione della decisione tramite una consultazione esclusivamente telematica, in cui ai soci è data la sola possibilità di esprimere il proprio voto, in un arco temporale predeterminato, di seguire (via audio o attraverso comunicazioni scritte) l'andamento delle operazioni, con facoltà di inviare quesiti alla società tramite *e-mail* durante il loro svolgimento.

Una procedura del primo tipo è stata introdotta dal *Model Business Corporation Act*. La consultazione per iscritto (senza assemblea e senza convocazione) è ammessa in caso di consenso unanime, ma anche (su *opt in* statutario) nel caso di approvazione a maggioranza ove i consensi raggiungano il quoziente che sarebbe richiesto se al voto partecipasse l'intero capitale sociale (§ 7.04)²⁴.

Tra le procedure del secondo tipo, si possono invece annoverare le c.d. assemblee virtuali (*virtual shareholders meetings*), nella formula che è stata definita «*remote only*», in cui la consultazione avviene esclusivamente *on line*. In questi casi si richiede anzitutto la predisposizione di accorgimenti tecnici idonei a consentire una corretta verifica della titolarità del diritto di voto. Si chiede poi di dare modo a

²¹ Prospettiva che emerge in parte nelle tesi degli autori citati alla nt. 20 e in particolare nella ricostruzione di D'Alessandro.

²² Nelle consultazioni esclusivamente telematiche è quasi impossibile regolare adeguatamente la modifica della proposta nel corso della procedura e le sorti dei voti già espressi, né soluzioni adottate dagli attuali ordinamenti relativamente ai voti già espressi per delega o per corrispondenza prima dell'assemblea paiono idonee allo scopo. Si tratta infatti di situazioni diverse, sia perché in tali casi la proposta viene modificata comunque nell'ambito di una riunione "reale" e tra presenti, sia perché la percentuale dei voti espressi a distanza in questi casi è normalmente modesta.

²³ In tal caso infatti, la procedura si approssima molto a quella che tipicamente si svolge in un'adunanza di persone presenti ed offre ai soci garanzie sostanzialmente analoghe, tanto da essere ammessa anche in quegli ordinamenti (come quello italiano) che tuttora regolano l'assemblea secondo il modello collegiale. Sul punto v. A. PALAZZOLO, *La telematica nelle riunioni societarie*, in *Leggi civ. comm.*, 2003, II, 271 ss., *ivi* 277, il quale rileva come un'assemblea virtuale possa in realtà replicare fedelmente un'assemblea reale quando, con l'ausilio della telematica, si riescano a riprodurre tutte le condizioni tipiche della riunione in un tempo e in un luogo fisici. Sull'impatto che l'utilizzo delle tecnologie informatiche può avere sulla fisionomia del procedimento deliberativo di società e sulla loro compatibilità con le caratteristiche del metodo collegiale v. CAMPUS, *Intervento e informazione nelle assemblee on line*, (nt. 9); S. TURELLI, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, in *Riv. società*, 2004, 116 ss.; R. GUIDOTTI, *Partecipazione virtuale alle riunioni degli organi societari e riforma delle società non quotate*, in *Notariato*, 2002, 211 ss.

²⁴ Quando la nomina degli amministratori avviene con queste modalità, è inoltre consentito alla società di evitare la convocazione dell'assemblea annuale (§ 7.01).

tutti gli aventi diritto di esprimere il proprio voto e di seguire lo svolgimento della procedura di cui dovrà essere prevista una registrazione. Non sempre è garantita ai partecipanti la possibilità di comunicare tra loro o con la società durante lo svolgimento della procedura perché la normativa in molti casi dichiara sufficiente che ai soci collegati *on line* sia concesso di seguire il procedimento in modo passivo, via audio o attraverso comunicazioni scritte («*read or hear in real time*») ²⁵.

In quest'ultimo caso, il sistema di votazione si approssima ad un sistema di tipo referendario poiché i partecipanti vengono censiti individualmente e, dopo aver esercitato il loro diritto di voto, possono scollarsi liberamente.

Il primo ordinamento a consentire agli statuti di introdurre una simile modalità di voto è stato quello del Delaware, con una legge del 2000, seguito da leggi adottate da altri Stati nordamericani²⁶. In Europa, solo la Danimarca, al momento, ammette e regola le assemblee esclusivamente virtuali²⁷.

La decisione di procedere con il voto elettronico è generalmente rimessa agli amministratori.

Se la raccolta di consensi per iscritto prevista dal MBCA difficilmente può trovare applicazione nelle società aperte al mercato, data la misura del *quorum* richiesto per la decisione, le procedure di voto elettronico nella formula *remote only* sono state talora attivate da alcune società.

Tuttavia, contrariamente a quanto si potrebbe immaginare in considerazione della diffusione delle tecnologie informatiche nelle attività delle moderne organizzazioni, il loro uso è tutt'altro che frequente, e ciò sia a causa delle incertezze sul piano della stretta *compliance* ad una normativa non del tutto consolidata (si pensi solo ai rischi di invalidità della procedura ove si verificano disfunzioni di tipo tecnico nel collegamento *on line*), sia ad alcune riserve che, sul piano sistematico, sono state sollevate dagli interpreti e dagli stessi operatori.

L'utilità delle assemblee puramente virtuali risulta, infatti, piuttosto controversa e il sospetto che tale metodo possa compromettere in modo significativo la dialettica interna alla compagine sociale e la trasparenza dell'azione della società e dei suoi amministratori è stato talora avanzato, sia in sede di commento alla disciplina, sia nelle iniziative di alcuni investitori attivi e delle loro organizzazioni.

Si osserva in primo luogo che la relazione tra azionisti e società, limitata ad una comunicazione scritta e telematica, perderebbe quell'efficacia che solo una dialettica reale può garantire, e che, per altro

²⁵ Cfr. L. M. FAIRFAX, *Virtual Shareholders Meeting Reconsidered*, in *Seton Hall Law Rev.*, 2010, 1367 ss.; A. VAN DER KRANS, *The Virtual Shareholders Meeting: How to make it work?*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2007, 32 ss.

²⁶ Come segnalato, alcuni ordinamenti richiedono che ai soci sia permesso di comunicare agli altri e alla società la propria opinione, mediante dichiarazioni di voto che la società deve opportunamente circolarizzare, ma in molti casi è sufficiente che la società consenta ai soci di seguire, in modo passivo, lo sviluppo della procedura. Il Delaware, la California, il Kansas, il Kentucky ed altri ancora, stabiliscono soltanto che «*the corporation shall implement reasonable measures to provide such stockholders and proxyholders a reasonable opportunity to participate in the meeting and to vote on matters submitted to the stockholders, including an opportunity to read or hear the proceedings of the meeting substantially concurrently with such proceedings*»; la Florida e l'Illinois chiedono invece che sia concessa altresì ai soci «*an opportunity to communicate with each other*» (il Minnesota e il North Dakota chiedono che sia consentito «*to have the shareholder's remarks heard or read by other participants*»).

²⁷ In Danimarca la facoltà per le società di tenere assemblee in modalità esclusivamente elettronica è stata introdotta nel 2003 nell'ambito di un intervento di riforma della disciplina delle società di capitali. La disciplina danese richiede che ai soci sia consentito comunicare tra loro e con la società. Sul tema v. W. M. PEMMELAAR, *Towards a Virtual General Meeting: 'I accept' or 'I decline'?*, in *Utrecht Law Rev.*, 2008, 163 ss., *ivi* 170 ss.

C'è da osservare tuttavia, che molti ordinamenti consentono oggi la possibilità di fare ricorso a modalità elettroniche per lo svolgimento dell'assemblea, ma non chiariscono se l'assemblea possa svolgersi in modalità esclusivamente elettroniche (v. sul punto, tra gli altri, H. M. ALI, J. Z. HASSIM, Z. A. ZAINOL, *Some Legal Uncertainties in Electronic Corporate Meetings*, in *Int. Journal of Computer Theory and Engineering*, 20013, 284 ss.)

verso, la trasmissione esclusivamente a distanza, e in forma scritta, dell'informazione dovuta agli azionisti potrebbe consentire agli amministratori di limitarsi a risposte elusive e stereotipate e, in ultima analisi, di proteggersi da quell'*accountability* che solo nel confronto personale può essere adeguatamente sollecitata²⁸.

La consultazione elettronica così concepita comprimerebbe inoltre la possibilità di instaurare un dialogo interno alla compagine sociale. Non sempre infatti è previsto che gli azionisti possano comunicare tra loro durante la procedura, né che siano predisposte soluzioni tecniche idonee allo scopo. Lo stesso contatto con il *management* della società, già limitato ad uno scambio di domande e risposte scritte, non potrebbe che restare confinato al rapporto tra i diretti interlocutori, dal momento che la creazione di un *bulletin*, in cui gli interventi dei partecipanti possano essere resi pubblici tramite una progressiva registrazione, è una opzione soltanto facoltativa²⁹.

Perfino il gruppo di controllo, in alcuni casi, potrebbe vedere pregiudicati i propri interessi quando la società delibera con quelle procedure. Si è segnalato, infatti, il rischio di imprevedibilità del voto, sia perché le procure possono essere conferite in via elettronica e pertanto revocate fino all'ultimo istante della procedura, sia perché lo stesso voto può essere espresso «*last minute*», e, laddove l'esito della votazione non sia scontato, ciò potrebbe sorprendere la stessa società e i suoi amministratori impedendo di valutare strategie e soluzioni alternative³⁰, in particolare quando al voto partecipino minoranze attive (e magari i soci siano chiamati ad esprimersi su proposte che le stesse minoranze hanno posto all'ordine del giorno).

Il tutto a fronte di un vantaggio piuttosto modesto, consistente nel risparmio dei costi di convocazione e svolgimento dell'assemblea che potrebbe conseguire la società³¹.

I *remote only meetings* non paiono godere di maggior credito presso gli investitori, non solo per le ragioni esposte sopra, ma anche, talora, per motivi di tipo strettamente tecnico-operativo, come la frequente caduta della connessione, la difficoltà di interrompere la procedura per trasmettere (ove consentito) le proprie dichiarazioni o domande agli amministratori, l'impossibilità di percepire gli «umori» e le reazioni dei partecipanti e di ottenere risposte dirette, e non precostituite, dagli

²⁸ Cfr. L. M. FAIRFAX, *Virtual Shareholders Meeting Reconsidered*, (nt. 25), 1391 ss., E. BOROS, *Virtual Shareholder Meetings: Who Decides How Companies Make Decisions?*, in *Melbourne Univ. Law Rev.*, 2004 (28), 265 ss., *ivi* 274. In questa prospettiva anche la burocratizzazione delle assemblee osservata in relazione al nostro ordinamento potrebbe risultare non tanto una conseguenza delle scelte degli investitori, quanto piuttosto un effetto collaterale della concentrazione nella fase preliminare degli adempimenti informativi e organizzativi ora richiesti alla società e pertanto, più che una mera presa d'atto, potrebbe meritare delle contromisure e degli antidoti, conservando ai soci la facoltà e il diritto di prendere la parola in assemblea.

²⁹ Cfr. L. M. FAIRFAX, *Virtual Shareholders Meeting Reconsidered*, (nt. 25), 1391 ss.; A. VAN DER KRANS, *The Virtual Shareholders Meeting*, (nt. 25), 34; correttamente si osserva che i principi di correttezza e di parità di trattamento imporrebbero di mettere a disposizione dell'intera collettività dei soci ogni informazione richiesta da singoli azionisti e a questi comunicata, «a prescindere da ogni considerazione circa la loro rilevanza ai fini dell'esercizio consapevole e ponderato del diritto di voto» (così P. ABBADESSA, *Nuove regole in tema di procedimento assembleare e tutela delle minoranze*, in *Riv. società*, 2002, 170 ss., *ivi* 178). Da questo punto di vista, il nostro ordinamento pone una disciplina non priva di qualche ambiguità, non chiarendo se le risposte alle domande formulate dai soci prima dell'assemblea debbano essere obbligatoriamente trascritte anche nel sito *internet* della società (v. art. 127, 1° co. *bis*, d.lg. n. 58/1998).

³⁰ Cfr. L. M. FAIRFAX, *Virtual Shareholders Meeting Reconsidered*, (nt. 25), 1394, s.

³¹ Cfr. L. M. FAIRFAX, *Virtual Shareholders Meeting Reconsidered*, (nt. 25), 1390. È da escludere, infatti, che le assemblee in forma virtuale come sopra concepite avvantaggino l'interesse alla partecipazione delle minoranze, già soddisfatto dalla possibilità concessa a ciascun socio di votare per corrispondenza (anche in forma elettronica) in molti ordinamenti in cui l'assemblea è regolata secondo le formule tradizionali.

amministratori. Così, alcuni investitori attivi hanno talora espressamente e pubblicamente contestato la decisione delle società di convocare assemblee virtuali, organizzando specifiche iniziative finalizzate a convincere l'organo amministrativo della società a desistere dall'utilizzo di simili procedure. Questo risultato è stato in molti casi raggiunto³² e, allo stesso tempo, alcuni ordinamenti hanno provveduto a rivedere la normativa in vigore, limitandone l'ambito di applicazione³³.

Le riserve avanzate sull'effettiva utilità di simili modalità di voto, unitamente al sospetto che possano prestarsi ad abusi e ad usi strumentali a danno degli investitori, hanno, da ultimo, condotto molte società a rinunciare spontaneamente, anche per ragioni di immagine, continuando a convocare l'assemblea secondo le forme tradizionali.

6. *La collegialità e le esigenze di composizione, responsabilità e trasparenza delle decisioni sociali.*

Le considerazioni svolte finora non consentono di trarre conclusioni definitive sull'opportunità di sperimentare tecniche di assunzione delle decisioni sociali che prescindano del tutto dalla riunione dei soci anche nelle società per azioni, e in particolare in quelle aperte al mercato. Da un lato la valutazione degli eventuali benefici e delle possibili controindicazioni di una simile opzione è tuttora molto controversa e meriterebbe un approfondimento maggiore di quello che le è stato dedicato in questa sede. Dall'altro il ruolo dell'assemblea nelle vicende societarie inevitabilmente risente del mutamento degli stili, delle abitudini e delle strategie degli attori del sistema e delle conseguenti scelte che il legislatore di volta in volta effettua nella costruzione di un adeguato impianto di regole di *governance*.

Si può però osservare che la collegialità, intesa come procedimento basato sulla costituzione di un collegio deliberante, quindi di una riunione fisica (o anche solo virtuale ove realizzata con tecniche che garantiscano risultati del tutto equivalenti a quelli della partecipazione personale all'adunanza, come accade, ad es. nella video conferenza con collegamento a due vie), pare legarsi ad un modello di organizzazione, e, se vogliamo, di *governance* societaria, che presuppone la possibilità di un rapporto dialettico tra soci e tra soci e società, anche solo eventuale, anche solo potenziale, anche se sviluppato all'esterno della stessa riunione assembleare e tuttavia al suo interno verificato e ratificato nei suoi esiti e nei suoi effetti sulla deliberazione³⁴. Un sistema, in definitiva, che tuttora intende incoraggiare iniziative

³² V. per il caso di Intel, J. MCRITCHIE, *Intel Virtual Mtg Out for 2010 But Exploring Future with USPX*, in <http://corp.gov.net/wordpress/>. A seguito di questa iniziativa la società ha ripreso a convocare le assemblee limitandosi a consentire agli assenti la possibilità di esercitare il voto elettronico. Sullo scarso successo delle assemblee *on line* negli ordinamenti in cui sono ammesse v. anche W. M. PEMMELAAR, *Towards a Virtual General Meeting*, (nt. 27), 172; M. KANE, *Virtual Shareholder Meeting Flop*, in *news.conet.com*, (2001); A. VAN DER KRANS, *The Virtual Shareholders Meeting*, (nt. 25), 35.

³³ V. D. A. BIRNHAK, *Online Shareholder Meetings: Corporate Law Anomalies or the Future of Governance*, in *Rutgers Computer & Technologies Law Journal*, 2003, 423 ss., *ivi* 444, sulla decisione del Massachusetts di limitare il voto elettronico alle *private companies*, a seguito delle critiche pervenute alla sua applicazione nelle società aperte al mercato.

³⁴ La centralità della funzione compositiva della collegialità pare confermata dalla stessa scelta effettuata dal MBCA che, non a caso, legittima l'assunzione di decisioni non collegiali solo ove i proponenti abbiano già raccolto una percentuale di consensi pari ad una maggioranza (calcolata sull'intero capitale che avrebbe diritto di voto in assemblea) che difficilmente potrebbe essere messa in discussione in assemblea, anche in presenza di minoranze attive (ciò che minimizza la rilevanza della stessa riunione assembleare). In questa prospettiva la collegialità, più che a tutela dell'interesse immediato del singolo socio o di gruppi di soci, pare utile alla funzionalità del modello nel suo complesso (giacché, come si è osservato, anche la maggioranza potrebbe giovare nella dialettica con le minoranze attive).

sfidanti delle minoranze, disseminando nella disciplina disposizioni funzionali allo scopo e nel quale la funzione compositoria della collegialità svolge un ruolo comunque rilevante³⁵.

In questa prospettiva, il voto extrassembleare, come già regolato nelle forme del voto a distanza (per delega, per corrispondenza, anche in modalità elettronica), se svolge una funzione indispensabile a tutela della partecipazione al voto dell'azionista *retail* e della sua mobilitazione nell'ambito di iniziative organizzate da investitori di minoranza qualificati, non si presta a valorizzare l'interazione dialettica tra questi ultimi e il *management* (o il gruppo di controllo), né tantomeno a soddisfare quelle esigenze di trasparenza e pubblicità che in tali casi dovrebbero essere assicurate.

Il metodo collegiale pare quindi integrarsi funzionalmente con gli strumenti che il legislatore ha predisposto per valorizzare il ruolo dei soci attivi, e verosimilmente, la sua rilevanza seguirà le sorti delle discipline in esame, nonché lo spazio che il legislatore del futuro potrà riconoscere alle competenze dell'assemblea.

E sul punto non si può non considerare che le proposte di modernizzazione del diritto societario che stanno maturando in ambito europeo vanno nella direzione non solo e non tanto di confermare ed eventualmente rafforzare i diritti di partecipazione dei soci di minoranza, quanto di incoraggiare l'impegno (*engagement*) delle minoranze attive nel governo societario e di espandere le competenze dei soci in particolare a fini di controllo sulle operazioni in conflitto di interessi o con parti correlate³⁶.

Si osserva, per altro verso, che l'esercizio dei poteri di *voice* da parte degli investitori attivi si potrebbe realisticamente incentivare ripensando l'estensione dei poteri dei soci di determinare le decisioni sociali, e consentendo all'assemblea, a certe condizioni, di deliberare anche in materia di gestione, almeno nelle materie di c.d. «alta gestione»³⁷.

Ed in effetti, le iniziative di attivismo degli investitori registrate negli ordinamenti in cui esse sono più frequenti sono spesso finalizzate a far accogliere proposte di tipo gestionale, sebbene il risultato sia

³⁵ Né si potrebbe obiettare che questa ricostruzione si attaglia ad assemblee molto dinamiche, caratterizzate da forme di attivismo significative, quali non sono, al momento, molte società quotate italiane e nemmeno quelle di alcuni paesi europei. Come è stato osservato in sede di commento alla nuova disciplina delle maggioranze assembleari introdotta dalla d.lg. n. 58/1998 (Cfr. P. ABBADESSA, *Nuove regole in tema di procedimento assembleare e tutela delle minoranze*, in *Riv. società*, 2002, 170 ss., *ivi* 179 s.), il meccanismo dei *quorum* mobili, rapportati alla percentuale di capitale presente in assemblea e funzionale alla valorizzazione del ruolo di eventuali minoranze attive e della loro capacità di captare il consenso degli azionisti minori per contrastare le decisioni del gruppo di controllo, può svolgere, infatti, un adeguato effetto disciplinare anche se le condizioni alle quali il coefficiente di blocco può operare non sono facili da conseguire. E, di fatto, la sola previsione di un sistema che consenta l'attivazione di alcuni poteri di *voice* delle minoranze si è talora rivelata in grado di condizionare le decisioni del gruppo di controllo anche indipendentemente dal concreto esercizio di quei poteri [cfr. M. NOTARI, *Diritti di voice degli azionisti e tutela delle minoranze*, (nt. 7)].

³⁶ V. il *Green Paper* del 2011, (nt. 1), in cui l'impegno degli azionisti nel governo della società è riguardato come positivo anche ove motivato da interessi di breve termine poiché «*engagement by typical short-term-oriented institutional investors, such as "activist" hedge funds, may be beneficial, because it can act as catalyst for a change in governance and raise awareness among other shareholders*» (11, nt. 44).

³⁷ Cfr. l'intervento di F. DENOZZA, in AAVV, *Il recepimento della Direttiva sui diritti degli azionisti*, (nt. 2), 977 s. e quello di V. CALANDRA BUONAURA, *ivi* a 989 ss. L'apertura delle competenze assembleari ad almeno alcune delle tematiche gestionali potrebbe collegarsi a quella impostazione che ritiene sussistere un'ineludibile e naturale riserva a favore dei soci di alcune competenze (c.d. «competenze implicite»), anche in materia di gestione, riguardanti decisioni strategiche essenziali e fondanti della società partecipata (cfr. P. ABBADESSA, A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, in *Riv. società*, 2010, 269, *ivi* 301; G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione e controllo*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, Portale, Torino, 2006, 2, 29 ss.).

generalmente perseguito attraverso la richiesta di sostituzione degli amministratori, materia sulla quale è prevista la competenza dei soci³⁸.

Un'opzione di questo tipo apre questioni particolarmente complesse, relative alla distribuzione del potere decisionale nell'ambito delle società per azioni, al ruolo che alla collettività dei soci può essere attribuito nell'individuazione delle scelte funzionali alla realizzazione dell'interesse sociale ed, infine, alla tenuta e alla persistente affidabilità di un modello di *governance* che fonda sull'impegno degli investitori istituzionali la promessa della valorizzazione di lungo termine dell'impresa³⁹.

Non è possibile dare conto in questa sede dei termini del dibattito sui temi appena accennati. Quello che però si può rilevare è che la regola della collegialità, pur con la possibilità del voto a distanza per coloro che non vogliono o non possano partecipare all'assemblea e pur a prescindere dallo sviluppo della discussione assembleare e della rilevanza ad essa assegnata, non può essere dismessa tanto facilmente se l'ordinamento intenda conservare (o addirittura incrementare) il sistema di misure a sostegno della partecipazione attiva degli investitori qualificati, indipendentemente dalla circostanza che tale partecipazione si realizzi in concreto e in termini significativi.

Non solo, ma le proposte che stanno maturando in ambito comunitario in merito al rafforzamento dell'impegno degli investitori istituzionali nel governo delle società, anche tramite un'espansione delle loro competenze e dei loro poteri propositivi, annoverano altresì l'imposizione di precisi doveri di informazione sulle strategie sottese alle loro iniziative e sugli accordi che essi possano coltivare con il gruppo di controllo⁴⁰. In tal caso si può ipotizzare un incremento della massa di informazioni dovute agli azionisti, unitamente ad un aumento inevitabile della loro complessità⁴¹. Quell'informazione si potrà, e verosimilmente si dovrà, veicolare nelle forme dell'informazione extrassembleare, ma di certo, in una simile prospettiva, la gestione del procedimento deliberativo in forme non assembleari potrebbe indubbiamente penalizzare quelle esigenze di responsabilità, trasparenza e controllo non più solo

³⁸ Cfr. I. H-Y CHIU, *The foundations and Anatomy of Shareholder Activism*, Oxford and Portland, 2010, 71 ss. (in particolare i casi descritti delle iniziative di Knight Vinke su HSBC e di Trian Fund Management-Peltz su Cadbury Schweppes); L. M. FAIRFAX, *Shareholder Democracy*, (nt. 9), sulle strategie degli *hedge funds* che organizzano talora una *proxy campaign* per la sostituzione degli amministratori in carica come leva per indurre la società ad accettare le loro proposte attinenti a strategie di sviluppo, piani industriali e talora specifiche operazioni gestionali (v. ad es. il caso di Peltz su Heinz riferito a p. 106 ss.). L'a. segnala altresì come l'attivismo degli *hedge funds* su decisioni in materia di gestione abbia un effetto positivo sulla *performance* del titolo superiore a quello che hanno le iniziative di investitori istituzionali su decisioni attinenti a temi di *governance* societaria (v. p. 39; per osservazioni analoghe v. anche A. BRAV, W. JIANG, F. PARTNOY, R. THOMAS, *Hedge Fund Activism, Corporate Governance and Firm Performance*, in www.ssrn.com).

³⁹ V. il dibattito in corso negli ordinamenti anglosassoni sul potenziamento dei poteri di iniziativa e controllo degli azionisti come strategia di supporto ad interventi normativi di inasprimento delle regole in tema di responsabilità degli amministratori e a contrasto e prevenzione di quei comportamenti che hanno prodotto gli scandali finanziari dell'ultimo decennio e alimentato le ricorrenti crisi dei mercati. Sul punto v. L. M. FAIRFAX, *Shareholder Democracy*, *passim* e 141 ss.; L. BEBCHUCK, *The Case for Increasing Shareholder Power*, in www.ssrn.com (2005); S. BAINBRIDGE, *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, in www.ssrn.com (2005); J. G. HILL, *The Rising Tension between Shareholder and Director Power in the Common Law World*, in www.ssrn.com, (2010); ID, *Then and Now: Professor Berle and the Unpredictable Shareholder*, in www.ssrn.com (2010); L. A. STOUT, *New Thinking On "Shareholder Primacy"*, in www.ssrn.com (2011); I. H-Y CHIU, *The foundations and Anatomy of Shareholder Activism*, (nt. 38), 63 ss. e 111 ss.

⁴⁰ Cfr. la *Road Map sulla Revisione di the shareholders' rights directive* del febbraio 2013, (nt. 1), sul dibattito nell'ambito dell'ordinamento britannico in tema di doveri e responsabilità degli investitori istituzionali attivi v. I. H-Y CHIU, *The foundations and Anatomy of Shareholder Activism*, (nt. 38), 156 ss.

⁴¹ Cfr. il *Summary of the informal discussions concerning the initiative on shareholders engagement*, (nt. 1), 4, s., sulla difficoltà di individuare i contenuti adatti alla comunicazione al pubblico laddove si intenda rendere oggetto di obblighi informativi l'attività di negoziato tra gli investitori attivi e il gruppo di controllo.

sull'azione del *management*, ma sulle stesse relazioni interne alla compagine sociale (nonché sulle finalità delle iniziative di attivismo) che tale nuovo assetto di tutele pare indiscutibilmente reclamare.

LIBERALIZZAZIONI E GESTIONE COLLETTIVA DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE (*)

DAVIDE SARTI

Sommario: 1. La gestione collettiva dai monopoli nazionali alla liberalizzazione. – 2. I possibili modelli concorrenziali. – 3. I problemi di esternalità posti dalla concorrenza di prezzo nell’offerta di repertori identici. – 4. I problemi di esternalità posti dalla concorrenza di offerta di repertori differenziati. – 5. I problemi di esternalità posti dalla concorrenza verticale dell’offerta di differenti tipologie di diritti di sfruttamento. – 6. L’evoluzione del sistema verso la formazione di monopoli di fatto. – 7. I monopoli di fatto come tecnica di aggregazione degli interessi dei soggetti economicamente forti. – 8. La liberalizzazione come superamento dei modelli tradizionali di aggregazione di interessi: il “caso” dei produttori fonografici. – 9. Le contraddizioni del processo di liberalizzazione. Il sistema di tutela degli artisti come soggetti deboli ed i problemi di determinazione del compenso equo. – 10. Liberalizzazioni e regolamentazione.

1. La gestione collettiva dai monopoli nazionali alla liberalizzazione.

Nel quadro generale del diritto della proprietà intellettuale, il processo di liberalizzazione sta vivendo un momento importante nel settore delle attività di gestione collettiva dei diritti d’autore e connessi. Come noto, la gestione collettiva risponde all’esigenza di accentrare presso un numero ridotto di intermediari le attività di negoziazione e controllo dello sfruttamento delle opere dell’ingegno (anzitutto musicali) oggetto di innumerevoli utilizzazioni estremamente diffuse a livello mondiale: e ad esempio tradizionalmente da parte di radio, televisioni, locali da ballo; ma ora sempre più frequentemente da parte di gestori di siti accessibili in via telematica. Queste utilizzazioni non sono quindi controllabili e non possono essere oggetto di licenze concesse su base individuale da ogni singolo autore, artista o avente causa. Di qui l’esigenza per i titolari dei diritti d’autore e connessi di accentrare la gestione presso un unico intermediario. Sino ad oggi la gestione accentrata è stata organizzata su base tendenzialmente monopolistica e territoriale: secondo un sistema dove in ogni paese opera un unico soggetto che negozia e controlla all’interno del proprio territorio le utilizzazioni delle opere. Questo sistema riflette la difficoltà di organizzare a livello transnazionale controlli capillari, che in alcuni casi (si pensi alle utilizzazioni in discoteche e pubblici esercizi) richiedono la presenza *in loco* di personale. In Italia, la gestione collettiva dei diritti d’autore è addirittura oggetto di un monopolio legale attribuito alla SIAE dall’art. 180 l.a.

Nell’attuale contesto di liberalizzazione del mercato, la struttura tradizionalmente monopolistica e territoriale delle attività di gestione collettiva è apparsa insoddisfacente, anche alla luce dell’evoluzione tecnologica, che (secondo alcuni orientamenti espressi dalle autorità europee) dovrebbe consentire ora

di controllare l'utilizzazione delle opere dell'ingegno a distanza e per via telematica ⁽¹⁾. L'orientamento europeo ha trovato recentemente riscontro a livello italiano nell'art. 39, co. 2, d.l. 1/2012, secondo cui "l'attività di amministrazione e intermediazione dei diritti connessi al diritto d'autore di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in qualunque forma attuata, è libera".

2. I possibili modelli concorrenziali.

Gli obiettivi "politici" perseguiti dal processo di liberalizzazione appaiono tuttavia estremamente problematici. In astratto, questo processo può favorire diversi modelli concorrenziali, che non sono da considerare rigidamente alternativi, e possono perciò entro certi limiti convivere. Un primo modello potrebbe essere caratterizzato da una moltiplicazione delle *collecting* offerenti le medesime tipologie di licenze di diritti di sfruttamento economico (ad esempio, di pubblica esecuzione di opere musicali, di radiodiffusione o di comunicazione telematica in *streaming*) relativi al medesimo repertorio di opere. In questo modello la concorrenza fra diverse *collecting* sarebbe essenzialmente una concorrenza di prezzo sul mercato dell'offerta dei repertori delle opere gestite ⁽²⁾.

Un secondo modello potrebbe essere caratterizzato da una (ulteriore) disaggregazione "orizzontale" del repertorio delle diverse *collecting*, che offrirebbero licenze relative a diritti di sfruttamento economico su differenti repertori. In questo modello la concorrenza delle società di gestione collettiva potrebbe operare non solo sul piano del prezzo, ma anche su quello delle caratteristiche del prodotto, *id est* della tipologia del repertorio offerto agli utilizzatori. La dinamica concorrenziale potrebbe inoltre esplicarsi non solo nei rapporti con gli utilizzatori, ma anche nei rapporti con i titolari dei diritti d'autore o connessi, cui le *collecting* devono rivolgersi per potere acquisire "mandati" di gestione sufficienti a formare repertori economicamente profittevoli ⁽³⁾.

(*) Questo scritto è stato destinato alla raccolta di studi in onore di Mario Libertini.

(1) Gli orientamenti europei favorevoli ad un'apertura del mercato della gestione collettiva, con particolare riferimento alle utilizzazioni telematiche, emergono ad esempio dalle decisioni di Commissione CE, 8 ottobre 2002, 2003/300/CE, *Simulcast*, in *GUUE* 30 aprile 2003, L 107/58, in particolare al punto 61; Commissione CE, 16 luglio 2008, Comp/C2/38698, *CISAC*, in *AIDA*, 2011, 1388, in particolare ai punti 203 ss. Gli obiettivi di liberalizzazione vengono ulteriormente enunciati nella Raccomandazione della commissione 18 maggio 2005, 2005/737/CE, in *GUUE* 21 ottobre 2005, L 276/54. La decisione *CISAC* è stata peraltro parzialmente annullata da Trib., 12 aprile 2013, in causa T-442/08, *CISAC*, reperibile al sito curia.europa.eu. Le considerazioni del Tribunale in parte rispecchiano le osservazioni del presente lavoro, in particolare al paragrafo 3.

(2) Questo modello parrebbe auspicato ad esempio nella decisione di Commissione, *CISAC*, (nt. 1), in particolare ai punti 209 e 210: "i monopoli territoriali reciprocamente garantiti relativi alla concessione dei diritti di esecuzione pubblica fanno sì che ciascuna società di gestione collettiva possa far pagare i costi di gestione dei diritti e della fornitura della licenza senza dovere affrontare la pressione della concorrenza da parte delle altre società di gestione collettiva".

Un terzo modello concorrenziale potrebbe essere caratterizzato da una disaggregazione “verticale” dell’offerta. In questo modello diverse società di gestione collettiva potrebbero offrire differenti tipologie di diritti di sfruttamento economico relativi eventualmente anche alle stesse opere ⁽⁴⁾. E così ad esempio la gestione dei diritti di pubblica esecuzione di un repertorio di opere musicali potrebbe essere affidata ad una società di gestione collettiva diversa da quella offerente i diritti di comunicazione telematica in *streaming* del medesimo repertorio. E’ subito chiaro che questo modello potrebbe ulteriormente in diverso modo combinarsi con una disaggregazione “orizzontale” (e ad esempio determinare un’offerta concorrenziale di diversi repertori da parte di differenti società di gestione, limitatamente ai diritti di comunicazione in *streaming*). Il modello qui ipotizzato potrebbe comunque realizzare effetti di efficienza anche nella sua forma più pura (*id est*, non accompagnata da una concorrenza dell’offerta di differenti repertori): in quanto idoneo a favorire una specializzazione di distinte tipologie di servizi di gestione collettiva (ad esempio, di pubblica esecuzione in locali da ballo e rispettivamente di diffusione telematica in *streaming*) da parte di diverse società di gestione.

Un quarto modello potrebbe essere caratterizzato dalla formazione di monopoli naturali nel settore delle attività di intermediazione ⁽⁵⁾. Questo modello potrebbe in vario modo combinarsi con una concorrenza verticale dell’offerta: e ad esempio condurre ad una monopolizzazione da parte di una *collecting society* dell’offerta di licenze di pubblica esecuzione in locali da ballo; e ad una monopolizzazione

(3) Questa possibile evoluzione del mercato è evidenziata (ed apparentemente auspicata), con particolare riferimento ai rapporti fra *collecting* e titolari dei diritti, dalla decisione di Commissione CE, 22 maggio 2007, COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, reperibile al sito ec.europa.eu, in particolare ai punti 223 ss.: “the restructuring of the market provides for a new role for the collecting societies and a new relationship between publisher and collecting society in the field of the withdrawn rights. This new role is determined by the newly introduced competition between collecting societies for right-holders. Due to the withdrawal from the traditional collecting societies system, collecting societies will (for the withdrawn rights) adopt a role as agents and service providers for the publishers and will no longer act in the traditional sphere of the usual membership agreement and collecting societies’ statutes”.

(4) L’evoluzione verso un modello del genere non è chiaramente enunciata nelle decisioni della Commissione, ma appare auspicata implicitamente dalla Raccomandazione 18 maggio 2005, (nt. 1), in particolare ai punti 3 e 5.a), secondo cui “i titolari dei diritti dovrebbero avere la facoltà di determinare i diritti on line da affidare alla gestione collettiva”, e perciò la possibilità di frammentare la gestione di questi diritti in capo a differenti *collecting* (o fra *collecting* e gestori individuali).

(5) L’evoluzione verso un sistema di monopoli di fatto non è espressamente presa in considerazione dalla Commissione. La tendenza del mercato della gestione collettiva ad evolversi verso monopoli naturali è comunque generalmente considerata fisiologica ed accettata anche nei paesi in cui non esistono monopoli legali dell’attività di intermediazione; cfr. ad esempio J. DREXL, S. NÉRISON, F. TRUMPKE, R. M. HILTY, *Comments of the Max Planck Institute for intellectual property and competition law on the proposal for a directive of the European parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market com (2012)372*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-04 (nel seguito, *Max Planck Comments*, reperibile presso il sito www.ssrn.com, pubblicato anche in *GRUR int.*, 2006, 222), al punto 6 “the natural monopoly of collecting societies should be accepted as an efficient market solution. In principle, law should not try to impose competition on natural monopolies; otherwise it would endanger the efficiencies arising from the monopoly”; cfr. anche F. ROSSI DAL POZZO e J. ALBERTI, *Legittimità «comunitaria» e costituzionale del nuovo IMAIE: può sussistere un «interesse pubblico» a tutela del monopolio?*, in *AIDA*, 2011, 405, 421.

da parte di una *collecting society* differente dei diritti di messa a disposizione telematica in *streaming*. Il modello qui ipotizzato potrebbe in vario modo combinarsi addirittura con un certo livello di concorrenza “orizzontale”: ad esempio qualora l’offerta di diritti di esecuzione in sale da ballo venisse monopolizzata da un’unica società di gestione; ed invece i diritti di comunicazione in *streaming* venissero offerti in concorrenza da più *collecting*. Anche questo modello potrebbe comunque realizzare effetti positivi persino nella sua forma “pura” di formazione di un monopolio naturale in capo ad un’unica società di gestione collettiva, e risultare quindi preferibile ad un sistema non liberalizzato dell’attività di intermediazione. Il monopolio naturale dovrebbe infatti consolidarsi in capo ai soggetti che hanno dimostrato capacità di imporsi sui concorrenti e perciò maggiore efficienza; e che inoltre devono garantire il mantenimento di standard qualitativi elevati, per evitare di vedersi sostituiti da potenziali concorrenti, secondo un meccanismo analogo a quello tipico dei modelli di concorrenza “per il mercato” (6).

3. I problemi di esternalità posti dalla concorrenza di prezzo nell’offerta di repertori identici.

In una prospettiva di liberalizzazione, l’evoluzione del sistema verso l’uno o l’altro di questi modelli dovrebbe probabilmente essere non “guidata” dal legislatore, ma lasciata alla spontanea dinamica del mercato. La capacità del mercato di gestire e determinare i modelli concorrenziali più efficienti dell’attività di *collecting* sottovaluta tuttavia a mio avviso rilevanti problemi di esternalità.

La prima esternalità caratterizza il modello concorrenziale che moltiplica le *collecting* offerenti le medesime tipologie di diritti di utilizzazione delle opere dell’ingegno su un unico repertorio. Il sistema così ipotizzato potrebbe in particolare pregiudicare l’efficacia dell’*enforcement*: non solo perché ciascuna società di gestione collettiva interessata a lamentare utilizzazioni illecite dell’opera dovrebbe preliminarmente verificare se il consenso a questa utilizzazione sia stato in realtà prestato da società di gestione concorrenti; ma più in generale perché è comunque discutibile che la contraffazione di opere dell’ingegno possa essere lamentata da chi non vanta alcun diritto di esclusiva sulla negoziazione

(6) Particolarmente significative al riguardo mi sembrano le osservazioni di A. KATZ, *Commentary: is collective administration of copyrights justified by the economic literature?*, University of Toronto, Legal Studies Research Paper No. 1001954, 449, 2007, reperibile al sito www.ssrn.com, 454 s.: “even if under some conditions the «economics of aggregation» may confer competitive advantage on one bundler who is then able to out-compete any other competitor (thus in essence creating a new type of natural monopoly), there is a critical difference between such a situation and collective administration. While in both cases all works are ultimately provided as part of a single bundle, in the first case market competition determines the identity of the successful bundler, and the threat of being overtaken by another bundler through periodical competition-for-the-field disciplines its behavior (at least as long as creators are free to license through other bundlers as well). In the case of collective administration, however, at least in its current form in Canada, no such competitive discipline exists. This is because in some cases the collective model is dictated by the law, while in others the monopolistic position of the collective is cemented with exclusive relations between the collective and the copyright holders that it represents”. Le osservazioni mi paiono interessanti anche perché evidenziano le possibili inefficienze caratteristiche non soltanto di un vero e proprio monopolio legale come quello italiano, ma più in generale di qualsiasi forma di mercato regolamentato.

accentrata, e forse quindi non può azionare pretese inibitorie o risarcitorie a fronte di utilizzazioni che società concorrenti potrebbero comunque lecitamente consentire. D'altro canto nel sistema così congegnato l'azione giudiziaria esercitata da una società di gestione collettiva produrrebbe esternalità positive per le *collecting* concorrenti, ad esempio qualora sfociasse in una pronuncia inibitoria di utilizzazioni che nessuna di esse abbia consentito: ed allora non è chiaro perché un gestore dovrebbe assumersi costi e oneri di un'azione che andrebbe a vantaggio anche dei terzi ⁽⁷⁾. Un'azione congiunta di tutte le società di gestione collettiva, certo in astratto ipotizzabile, dovrebbe superare notevoli costi di transazione, e comunque in ultima analisi equivarrebbe ad una gestione pur sempre monopolistica (ancorché di monopolio congiunto) delle iniziative di *enforcement*, che a loro volta verosimilmente favorirebbe il coordinamento delle politiche di concessione delle licenze, vanificando l'interesse alla concorrenzialità.

4. I problemi di esternalità posti dalla concorrenza di offerta di repertori differenziati.

La presenza di esternalità caratterizzerebbe anche un sistema di concorrenza "orizzontale" dell'offerta di differenti repertori da parte di diverse società di gestione collettiva. Qui anzitutto la concorrenza nell'offerta dei diritti d'autore e connessi può determinare esternalità negative per i soggetti interessati all'utilizzazione delle opere a repertorio. Al riguardo è noto in particolare che gli utilizzatori (si pensi ad emittenti televisive, radiofoniche ed ora anche ai gestori di portali telematici) sono spesso interessati ad acquisire licenze estese a tutte le opere (specialmente musicali) protette, non potendo conoscere *ex ante* quali fra esse saranno oggetto di atti di sfruttamento; ed inoltre sono interessati ad estendere i loro diritti di licenza alle opere ancora da creare, confidando che anch'esse a loro volta entreranno a far parte del repertorio gestito dalla *collecting* contraente. La concorrenza orizzontale dell'offerta di differenti repertori ostacolerebbe quindi la possibilità per gli utilizzatori di acquisire con unico contratto licenze onnicomprensive di tutte le opere presenti e future.

D'altro canto il modello concorrenziale preso ora in considerazione si caratterizzerebbe a sua volta per la presenza di esternalità anche nella fase di *enforcement*. La *collecting* monopolista può infatti ragionevolmente agire in giudizio allegando e dimostrando la generica utilizzazione non autorizzata dell'intero repertorio delle opere o prestazioni protette da diritti d'autore o connessi. Viceversa la moltiplicazione dei repertori gestiti separatamente dalle società di gestione collettiva rende necessario che ciascuna *collecting* alleghi e dimostri l'utilizzazione specifica delle proprie opere. La concorrenza impone perciò un controllo delle utilizzazioni delle singole opere tanto più capillare quanto maggiore è il numero delle *collecting*: così che anzi, in un sistema di concorrenza perfetta, la gestione collettiva

(7) Il problema è stato giustamente evidenziato da Trib., *CISAC*, (nt. 1), al punto 151, secondo cui la Commissione nella decisione CISAC "non fornisce alcun elemento che consenta di comprendere come potrebbe svolgersi, tra SGC divenute concorrenti, come auspicato dalla Commissione, la cooperazione che essa ritiene necessaria, segnatamente, per talune attività di monitoraggio e per il perseguimento delle violazioni in giudizio".

perderebbe la propria ragion d'essere, per essere sostituita da una gestione individuale dei diritti su ciascuna singola opera. Il sistema di gestione collettiva vuole tuttavia in realtà proprio ridurre i costi di un controllo analitico delle utilizzazioni di opere diffuse a livello mondiale. L'ingresso sul mercato di nuove società di gestione collettiva determina quindi un aumento complessivo dei costi di negoziazione accentrata, a scapito delle *collecting* già attive sul mercato, e non responsabili di questo aumento.

5. I problemi di esternalità posti dalla concorrenza verticale dell'offerta di differenti tipologie di diritti di sfruttamento.

La presenza di esternalità caratterizzerebbe infine persino un modello di concorrenza "verticale", in cui diverse *collecting* offrano licenze relative a differenti tipologie di diritti di sfruttamento economico. Questo modello determinerebbe evidentemente le stesse esternalità evidenziate nei precedenti paragrafi qualora la concorrenza verticale si accompagnasse ad ulteriori eventuali tentativi di frammentare l'offerta del repertorio. Le esternalità sarebbero comunque presenti anche per l'eventualità che un'unica *collecting* gestisse l'intero repertorio (ad esempio, delle opere musicali) per la concessione di licenze relative ad una particolare modalità di utilizzazione (ad esempio, per la diffusione via radio); e che un'altra unica *collecting* gestisse il medesimo intero repertorio per la concessione di licenze relative ad una ulteriore e diversa modalità di utilizzazione (ad esempio, per la comunicazione al pubblico telematica in *streaming*). In realtà a ben vedere i mercati relativi alle diverse tipologie di utilizzazione spesso non sono completamente separati, ma sono anzi reciprocamente interdipendenti. Così ad esempio l'interesse ad acquisire licenze per la comunicazione telematica in *streaming* può dipendere dalle condizioni di ingresso sul mercato della comunicazione *off line*. In una ipotetica situazione in cui la radiodiffusione *off line* sfuggisse ad un controllo capillare delle società di gestione collettiva, ad esempio a causa delle difficoltà e degli elevati costi di *enforcement*, i potenziali utilizzatori potrebbero non avere interesse ad acquisire licenze di diffusione in *streaming*: e precisamente potrebbero optare per tecniche di diffusione *off line*, confidando di potere sfuggire all'*enforcement* e all'onere di pagamento di *royalties*. In questa prospettiva l'efficacia dell'*enforcement* in un settore di utilizzazione delle opere dell'ingegno condiziona l'efficacia della negoziazione collettiva con riferimento allo sfruttamento delle medesime opere su mercati diversi, ma che presentano effetti di sostituzione. Può essere allora inutile predisporre una società di gestione collettiva perfettamente organizzata e in grado di controllare tutte le utilizzazioni telematiche in *streaming*, di registrare e tenere una banca dati di tutte le opere così utilizzate, e di ripartire le *royalties* proporzionalmente alle utilizzazioni di ciascuna opera. Questa organizzazione è infatti destinata a fallire in mancanza di meccanismi idonei ad impedire utilizzazioni non autorizzate, avvengano esse per via telematica o per via radiofonica *off line*. Certo è astrattamente immaginabile che un'unica società di gestione collettiva sia in grado di reprimere efficacemente utilizzazioni *on line* e *off line*. Ciò presupporrebbe tuttavia un mercato in cui l'offerta di licenze non è affatto disaggregata, ma integrata ed ancora una volta monopolizzata: se la *collecting* attiva nel settore dello *streaming* è in grado di accertare e reprimere le diffusioni illecite *off line*, la stessa società ha interesse a negoziare le licenze anche in questo settore; e reciprocamente non ha convenienza ad attivare l'*enforcement* a vantaggio di altre *collecting* negoziatrici dei relativi diritti di diffusione *off line*. L'incapacità della *collecting* dei diritti di comunicazione in *streaming* di operare nell'*enforcement off line* determinerebbe d'altro canto ancora una volta un problema

di esternalità: il sistema di negoziazione accentrata richiederebbe infatti la presenza di altri soggetti (*collecting societies* diverse e radicate territorialmente in grado di controllare e reprimere utilizzazioni illecite *off line*, organi statali nell'esercizio di un potere di repressione poliziesca delle violazioni dei diritti d'autore e connessi): che dovrebbero assumersi i costi dell'accertamento dell'illecito extracontrattuale a vantaggio del gestore contrattuale dei diritti di sfruttamento telematico. Sembra allora semplicistica l'impostazione della Commissione europea, secondo cui l'interesse alla concorrenzialità della gestione collettiva dei diritti sulle utilizzazioni telematiche può essere perseguito prescindendo completamente dalla situazione concorrenziale del mercato della gestione collettiva degli atti di sfruttamento *off line* ⁽⁸⁾.

6. L'evoluzione del sistema verso la formazione di monopoli di fatto.

In questa prospettiva l'evoluzione del mercato della gestione collettiva verso modelli che vedono la compresenza di più *collecting* appare estremamente difficile, a meno che il sistema non evolva decisamente in direzione di una esternalizzazione dell'*enforcement*, scaricando sui pubblici poteri i costi di accertamento e repressione delle contraffazioni. In un sistema dove l'utilizzazione anche isolata di una singola opera senza consenso dei titolari dei diritti d'autore faccia scattare repressioni di tipo "poliziesco", si può forse immaginare che la gestione collettiva si limiti alle attività puramente negoziali di concessione di licenze, e che il timore di incorrere in sanzioni penali e amministrative costituisca un deterrente sufficientemente forte da spingere gli utilizzatori a negoziare con le *collecting* e a non porre in essere utilizzazioni illecite. L'esternalizzazione dei costi di *enforcement* potrebbe d'altro canto forse superare almeno in parte i problemi evidenziati nei precedenti paragrafi 4 e 5. Questa forma di esternalizzazione appare tuttavia politicamente assai discutibile, e comunque non precisamente in linea con un sistema concorrenziale liberalizzato, che in linea di principio dovrebbe imputare ai privati vantaggi e costi della propria iniziativa.

In realtà allo stato il processo di liberalizzazione delle attività di *collecting* sembra più probabilmente evolvere verso la formazione di monopoli di fatto. La gestione monopolistica dei diritti d'autore e connessi consente infatti di minimizzare i costi dell'intermediazione non solo per effetto della realizzazione di economie di scala ⁽⁹⁾, ma anche e prima ancora perché rende meno drammatici i

⁽⁸⁾ Questa impostazione emerge ad esempio dalla Raccomandazione della Commissione, 18 maggio 2005, che espressamente limita il suo campo di applicazione ai servizi musicali *on line*, con ciò disinteressandosi delle vicende del mercato *off line*.

⁽⁹⁾ Il dato è comunemente rilevato in dottrina; in particolare sull'importanza delle *collecting* quale strumento di abbassamento dei costi di contrattazione cfr. G. M. RICCIO, *Copyright collecting societies e regole di concorrenza*, Torino, 2012, 65 ss.; A. MIRONE, *Libertà di associazione e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2005, 133; *Max Planck Comments*, (nt. 5), 5; M. BESEN, N. KIRBY, C. SALOP, *An economic analysis of copyright collectives*, 78 *Virg. L. Rev.* 383 (1992), 390 s.; M. BESEN, N. KIRBY, *Compensating creators of intellectual property*, The Rand corporation, R-3751-MF, March 1989, reperibile al sito ssrn.com, 2 ss.; C. HANDKE, R. TOWSE, *Economics of copyright collecting societies*, *International Review of Intellectual Property and*

problemi di *enforcement* giudiziario. Il monopolista assolve ragionevolmente il proprio onere probatorio allegando che l'utilizzazione di alcune opere specificamente individuate costituisce in realtà indizio di utilizzazione dell'intero repertorio, mentre non deve allegare e provare analiticamente l'utilizzazione di ciascuna singola opera, né (a mio avviso) è tenuto ad allegare e dimostrare il danno derivante da ogni specifica utilizzazione. Poiché egli negozia e percepisce diritti di licenza relativi all'intero repertorio gestito, egli può corrispondentemente lamentare il danno derivante dalla mancata percezione di *royalties* corrispondenti al medesimo intero repertorio, non alle singole opere che lo compongono ⁽¹⁰⁾.

La formazione di monopoli naturali conseguenti al processo di liberalizzazione può allora anche sembrare soddisfacente in quanto lascia comunque al mercato il compito di selezionare il monopolista più efficiente, esponendolo ad un tempo alla pressione di concorrenti potenziali, e perciò continuamente stimolandolo a mantenere standard elevati di prestazione del servizio di intermediazione. Sul piano empirico, questa considerazione può del resto in effetti essere rafforzata dall'osservazione che i monopoli legali italiani nel settore dell'attività di *collecting* non hanno dato grande dimostrazione di efficienza ⁽¹¹⁾.

Ritengo tuttavia che il superamento dei monopoli legali o legislativamente regolamentati non possa essere sbrigativamente salutato con favore in nome di astratte considerazioni di efficienza; ma debba invece essere esaminato in tutte le sue ulteriori concrete implicazioni. E soprattutto ritengo che allo stato manchi nella legislazione europea e nazionale una coerente visione degli obiettivi sottostanti da un lato alla liberalizzazione, e dall'altro al riconoscimento di alcuni diritti di proprietà intellettuale, e specialmente dei diritti connessi degli artisti interpreti.

7. I monopoli di fatto come tecnica di aggregazione degli interessi dei soggetti economicamente forti.

competition Law, 2008, 2 ss.; A. ZABLOCKA, *Antitrust and copyright collectives. An economic analysis*, in *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, 2008, 15, reperibile al sito www.ssrn.com, 155 s. Mi sembra tuttavia che gli interpreti tendano a sottovalutare l'importanza delle *collecting* quali strumenti di gestione dei costi di *enforcement*.

⁽¹⁰⁾ Le considerazioni del testo assumono che il gestore monopolista sia una *collecting* in senso tecnico. In realtà non rientrano a mio avviso nella categoria delle *collecting* alcune nuove figure di gestori che perseguono interessi tipicamente capitalistici, e che devono conseguentemente allegare e provare l'utilizzazione di ciascuna singola opera. Ho in particolare sostenuto questa tesi in D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, in *AIDA*, 2013, 3 ss., cui rinvio per una compiuta trattazione del problema, in realtà assai delicato, e forse non ancora pienamente colto da dottrina e giurisprudenza. V. anche le considerazioni finali del presente lavoro.

⁽¹¹⁾ E la scarsa efficienza dei monopoli legali è valorizzata per sostenerne l'illegittimità da L. C. UBERTAZZI, *Le collecting degli artisti*, in *AIDA*, 2011, 394, 397 ss.; in senso analogo cfr. anche G. M. RICCIO, *Copyright collecting societies e regole di concorrenza*, (nt. 9), 219.

Gli obiettivi sottostanti ai tradizionali sistemi di monopolio, siano essi di tipo legale o di tipo naturale regolamentato dal legislatore ⁽¹²⁾, emergono con particolare evidenza considerando il monopolista storico della gestione dei diritti d'autore in Italia, e precisamente la SIAE, che apparentemente non è toccata dalla norma liberalizzatrice interna del d.l. 1/2012. Il monopolio legale della SIAE consente di negoziare unitariamente i diritti sull'intero repertorio delle opere protette da diritto d'autore, di cui la stessa SIAE accentra l'amministrazione; e per conseguenza consente di fissare i corrispettivi dell'utilizzazione del repertorio altrettanto unitariamente, senza imputarli distintamente ad una od altra opera. Corrispondentemente questo sistema consente di ripartire i compensi fra i titolari dei diritti d'autore delle opere a repertorio sulla base di criteri forfettari, senza necessariamente quantificare il numero delle utilizzazioni di una od altra opera, e il rispettivo valore di mercato. Il monopolio di intermediazione si ispira così non solo alla logica efficientista di evitare i costi e gli oneri di contrattazione delle licenze e del controllo delle utilizzazioni relative a ciascuna singola opera, ma persegue anche obiettivi "politici" più ampi. Esso sottende l'idea che i corrispettivi incassati dal monopolista legale vadano a remunerare il complesso del patrimonio delle opere dell'ingegno, nell'interesse generale alla promozione della cultura ⁽¹³⁾, non nell'interesse individuale di ciascun autore a venire premiato in funzione del successo riscontrato dalle proprie opere sul mercato ⁽¹⁴⁾. Tanto a sua volta giustifica una ripartizione dei corrispettivi ispirata a obiettivi sociali di sostegno di opere culturalmente meritorie e meno appetite dal mercato, o di istituzione di fondi con finalità "previdenziali", nell'interesse degli autori economicamente più deboli ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Penso in particolare al modello tedesco, che, pur in assenza di un monopolio legale, si è evoluto nel senso della formazione di monopoli naturali regolamentati dal legislatore in modo da filtrare l'accesso all'attività di *collecting*, e ad un tempo imporre alle società di gestione obblighi di contrarre con titolari dei diritti ed utilizzatori.

⁽¹³⁾ Sulla funzione di sostegno alla cultura storicamente perseguita dalle società di gestione collettiva tradizionali cfr. M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, a cura di P. Spada, Milano, 2006, 103 s.; M. RICOLFI, *Figure e tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, ibidem, 6, 7 s.

⁽¹⁴⁾ La conclusione è generalmente accolta anche nei sistemi che, pur non riconoscendo un monopolio legale, accettano la formazione di monopoli naturali regolamentati dal legislatore in funzione del perseguimento di finalità solidaristiche. Cfr. ad esempio J. E. DÖRDELMANN, *Gedanken zur Zukunft der Staatsansicht über Verwertungsgesellschaften*, in GRUR, 1999, 890, 894: "allerdings sollten sich alle Beteiligten der Tatsache bewusst sein, dass ein pauschales Verteilungssystem auch einen Ausdruck des Solidargedankens darstellt, der sicherlich nicht unmaßgeblich bei der Entscheidung des Gesetzgebers war, Verwertungsgesellschaften eine Sonderstellung zuzubilligen"; v. inoltre *Max Planck Comments*, (nt. 5), al punto 27: "internally, collecting societies are built on the principle of solidarity among different categories of rightholders. This implies unified tariffs for all works of the repertoire as well as blanket licences in most cases".

Il passaggio dai monopoli tradizionali (siano essi legali o comunque legislativamente regolamentati) a quelli naturali non regolamentati emargina tuttavia proprio i modelli di gestione ispirati a logiche “solidaristiche” e di sostegno generale della cultura. E’ infatti subito chiaro che esigenze di efficienza anzitutto inducono le società di gestione collettiva ad eliminare i fattori di costo rappresentati dalla necessità di accantonare fondi destinati a sovvenzionare opere meno appetite dal mercato, o ispirati a finalità di tipo “previdenziale”. Più in generale è altamente verosimile che le società di gestione collettiva tendano a privilegiare modelli ispirati agli interessi dei titolari dei diritti sulle opere di maggiore successo, emarginando i soggetti economicamente più deboli. La negoziazione dei diritti di maggiore valore economico tende infatti a realizzare economie di scala e a diminuire i costi dell’intermediazione: e questa diminuzione è tanto più probabile quanto maggiormente omogeneo è il valore economico delle opere intermedie. La negoziazione accentrata di diritti di valore economico omogeneo rende infatti maggiormente accettabili politiche di forfettizzazione dei criteri di ripartizione degli incassi, che evitino una quantificazione analitica dell’intensità delle singole utilizzazioni, con risparmio dei relativi costi. Ne deriva un quadro complessivo in cui il parametro di efficienza destinato a selezionare i monopolisti naturali è costituito dalla capacità di aggregare soggetti economicamente forti e portatori di interessi omogenei, anche a costo di pregiudicare gli interessi degli autori marginali ⁽¹⁶⁾.

8. La liberalizzazione come superamento dei modelli tradizionali di aggregazione di interessi: il “caso” dei produttori fonografici.

Le considerazioni esposte portano quindi a leggere il processo di liberalizzazione non nella prospettiva “ideologica” di perseguimento di obiettivi di disaggregazione dell’offerta dei servizi di gestione

⁽¹⁵⁾ Sulla correlazione fra tecniche di distribuzione dei proventi ed obiettivi solidaristici e culturali cfr. S. ERCOLANI, *Gli enti di gestione collettiva e la ripartizione dei diritti musicali*, in AA. VV., *Gestione collettiva dell’offerta e della domanda di prodotti culturali*, Milano, 2006, 142 ss.

⁽¹⁶⁾ Dal punto di vista empirico, la considerazione del testo pare confermata dall’osservazione (sempre più frequente in dottrina) secondo cui l’emersione di nuovi modelli di gestione collettiva sta determinando una emarginazione dei repertori di musica nazionale locale a vantaggio del repertorio di maggior successo commerciale formato dalle opere di musica angloamericana; cfr. *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zuhanden des Bundesministeriums der Justiz betreffend die Empfehlung der Europäischen Kommission über die Lizenzierung von Musik für das Internet vom 18. Oktober 2005 (2005/737/EG)*, in *GRUR int.*, 2006 222 (di seguito, *Max Planck Stellungnahme*), 223 ss.; *Max Planck Comments*, (nt. 5), 5; P. GYERTYÁNFY, *Collective management of music rights in Europe after the CISAC decision*, in *IIC*, 2010, 59, 83 ss.; G. MAZZIOTTI, *New licensing models for online music services in the European Union: from collective to customized management*, Columbia law school, paper number 11-269, April 2011, reperibile al sito www.ssrn.com, 12, 27 ss.; L. GUIBAULT, S. VAN GOMPEL, *Collective management in the European Union*, Amsterdam law school legal studies research paper No. 2012-08, reperibile al sito ssrn.com, 30 ss.; C. B. GRABER, *Collective rights management, competition policy and cultural diversity: EU lawmaking at a crossroads*, i-call working paper, n. 2012/04, October 2012, reperibile al sito ssrn.com, 11. Per ulteriori considerazioni e riferimenti cfr. P. M. SANFILIPPO, *La gestione collettiva dei diritti d’autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, in *AIDA*, 2007, 443, 456 ss.; G. M. RICCIO, *Copyright collecting societies e regole di concorrenza*, (nt. 9), 186 s., 205 ss.

collettiva, bensì in una prospettiva a mio avviso più realistica di disaggregazione di interessi che il sistema di monopoli tradizionali (siano essi legali o comunque legislativamente regolamentati) tendeva invece storicamente ad aggregare. In particolare il sistema del monopolio legale SIAE sottintende una volontà politica di istituire un doppio livello di aggregazione di interessi: da un lato gli interessi di tutti gli autori, indipendentemente dal successo economico delle loro opere; dall'altro degli autori ed editori, obbligati a confluire in un unico sistema di intermediazione. In questo quadro il sistema di gestione collettiva dei diritti connessi degli artisti sembrava (anche se con meno chiarezza) sottintendere un analogo obiettivo di aggregazione degli interessi di tutti gli artisti, ancora una volta indipendentemente dall'importanza economica delle loro prestazioni; e ad un tempo sembrava presupporre che gli interessi degli artisti fossero in contrapposizione e non potessero essere aggregati a quelli di altri soggetti, come gli autori, editori e produttori.

La spinta verso la liberalizzazione rimette in discussione questo sistema storico, per lasciare al mercato il compito di definire i modelli più efficienti di aggregazione. L'impressione è confermata dalle fasi del processo di "liberalizzazione" della gestione collettiva in Italia, che può essere letta come tentativo di superare i modelli tradizionali di aggregazione di interessi sottostanti alla disciplina dei monopoli legali, per sostituirli con nuovi modelli.

La spinta verso la liberalizzazione del mercato italiano della gestione collettiva è derivata principalmente dall'iniziativa dei produttori fonografici. Questa iniziativa è stata agevolata da un complesso di fattori, giuridici ed economici. Sul piano giuridico l'azione dei produttori fonografici è stata favorita dal rafforzamento dei loro diritti connessi, e ad un tempo dall'assenza di norme che prevedessero un monopolio legale della loro gestione. In assenza di un monopolio legale, la gestione collettiva ha favorito modelli di aggregazione di interessi fondati essenzialmente su considerazioni di carattere economico. In questa prospettiva appaiono interessanti (almeno) tre vicende.

a) Una prima vicenda significativa è rappresentata dall'uscita delle *major* discografiche dalla *collecting* storica dei produttori, e cioè da AFI – Associazione Fonografici Italiana. Questa uscita è in particolare avvenuta attraverso la costituzione di FIMI (Federazione Industria Musicale Italiana), la quale a sua volta ha ceduto il ramo d'azienda relativo alla gestione collettiva ad una società consortile di nuova costituzione, e cioè ad SCF - Società Consortile Fonografici, che attualmente di fatto monopolizza la gestione collettiva dei diritti dei produttori ⁽¹⁷⁾. Questa vicenda già di per sé conferma che un sistema di *collecting* liberalizzato tende a creare modelli di aggregazione fondati non sulla titolarità di una determinata tipologia di diritti (gli autori ed editori titolari dei diritti d'autore, i produttori fonografici, gli artisti interpreti titolari di diritti connessi), ma sull'omogeneità di valore economico dei diritti medesimi: nella specie sull'omogeneità degli interessi economici delle *major*, in contrapposizione ai produttori fonografici c.d. indipendenti.

(17) Su queste vicende cfr. S. LAVAGNINI, *Per una storia delle questioni di diritto relative ad Imaic*, in *AIDA*, 2012, 111.

b) Una seconda vicenda significativa è rappresentata dal contenzioso che ha visto contrapposte le *collecting* dei produttori (allora FIMI, unitamente ad AFI) e rispettivamente degli artisti (IMAIE), relativamente alla pretesa di questi ultimi al versamento dei compensi dovuti per l'utilizzazione dei fonogrammi. Qui in particolare i produttori fonografici hanno sostenuto in giudizio con successo da un lato che la *collecting* degli artisti non è legittimata a fare valere diritti a compenso eventualmente ceduti dagli artisti medesimi ai produttori; ed inoltre che essa è priva di legittimazione ad esercitare diritti a compenso spettanti agli artisti non associati, ed *in primis* agli artisti stranieri ⁽¹⁸⁾. Il sistema così ricostruito rende dunque possibile una duplice disaggregazione degli interessi degli artisti: e precisamente da un lato la disaggregazione degli interessi degli artisti che abbiano ceduto i loro diritti ai produttori, rispetto agli interessi di chi non abbia accettato questa cessione; d'altro lato la disaggregazione degli interessi degli artisti che abbiano o rispettivamente non abbiano aderito ad IMAIE. Reciprocamente, il sistema consente di aggregare l'interesse degli artisti a quello dei produttori, attraverso la cessione del diritto a questi ultimi.

L'aggregazione degli interessi di artisti e produttori può a sua volta riflettere situazioni economiche profondamente diverse. Può in particolare derivare da una effettiva omogeneità di interessi fra autore e produttore: qualora ad esempio essa avvenga a titolo oneroso, per un corrispettivo proporzionato al successo che la prestazione dell'artista troverà sul mercato grazie all'iniziativa del produttore. In questa situazione la liberalizzazione ancora una volta consente forme di aggregazione di interessi fondate non sulla omogeneità di categorie di titolari di diritti (artisti titolari di diritti connessi), ma sulla comunanza di interessi economici fra categorie differenti (produttori e artisti).

L'aggregazione di interessi fra artista e produttore può invece sembrare puramente formale e nominalistica qualora l'artista ceda il proprio diritto per un corrispettivo sproporzionato al successo economico della sua prestazione. Anche questa conseguenza è tuttavia coerente al sistema complessivo. L'artista che cede il suo diritto al compenso per corrispettivi inadeguati è verosimilmente un soggetto in posizione di debolezza economica, che proprio in virtù di questa sua debolezza sacrifica il proprio interesse. Il sacrificio dei soggetti deboli è allora conseguenza fisiologica di un sistema liberalizzatore: e cioè di un sistema che non intende imporre una protezione "di categoria". In altri termini: imporre una protezione di categoria a tutela degli artisti interpreti economicamente deboli significa imporre un modello di aggregazione di interessi in contrasto con la ragion d'essere della liberalizzazione. Il sacrificio degli artisti economicamente deboli è il prezzo da pagare per consentire agli artisti economicamente forti di aggregare i loro interessi a quelli di soggetti (i produttori) altrettanto forti economicamente.

c) Una terza vicenda significativa riguarda la recente costituzione di società di gestione collettiva sul mercato liberalizzato della gestione dei diritti degli artisti. E' in particolare interessante notare che almeno una di queste *collecting* (Itsright s.r.l.) è stata costituita per gestire in forma collettiva tanto i diritti

⁽¹⁸⁾ Cfr. Trib. Milano, 6 novembre 1999, in *AIDA*, 2000, 832.

degli artisti, quanto i diritti dei produttori fonografici, dando possibilità di partecipare in qualità di soci ad entrambe le categorie dei titolari ⁽¹⁹⁾. Ed in questa prospettiva diviene particolarmente evidente che il processo di liberalizzazione si sta rivelando funzionale ad aggregare interessi di differenti categorie.

9. *Le contraddizioni del processo di liberalizzazione. Il sistema di tutela degli artisti come soggetti deboli ed i problemi di determinazione del compenso equo.*

Le considerazioni esposte aiutano a ricostruire il reale fondamento della liberalizzazione e a “demitizzare” alcune affermazioni di principio, come quella secondo cui essa risulta funzionale allo “sviluppo del pluralismo competitivo” (così testualmente l’art. 39 d.l. 1/2012). Per parte mia non intendo esprimere valutazioni di tipo “politico” sulla meritevolezza degli obiettivi perseguiti dal legislatore. La scelta di favorire processi di riaggregazione fondati non sulla tipologia dei diritti di proprietà intellettuale, ma sulla capacità di integrare le economie individuali più forti, è in sé perfettamente legittima.

La spinta verso la liberalizzazione diviene tuttavia maggiormente discutibile se inquadrata nel contesto generale del sistema, ed in particolare proprio nel contesto dei diritti connessi degli artisti interpreti, cui specificamente si riferisce la norma liberalizzatrice italiana contenuta nell’art. 39 d.l. 1/2012. Il legislatore ha infatti progressivamente rafforzato i diritti degli artisti interpreti (anche) in quanto parti deboli del rapporto con i produttori: in particolare attraverso le norme che riconoscono loro remunerazioni comunque proporzionate al successo dei risultati delle rispettive prestazioni. Mi riferisco al diritto all’equo compenso riconosciuto agli artisti interpreti di opere cinematografiche e audiovisive (art. 84 l.a.), che il legislatore espressamente considera irrinunciabile; e forse anche al compenso degli artt. 73, 73-bis l.a., che è stato ritenuto disponibile e trasferibile al produttore ⁽²⁰⁾, ma che comunque pone problemi di tutela dell’artista in quanto contraente debole. Ora gli obiettivi di tutela degli artisti in quanto contraenti deboli sono a mio avviso inevitabilmente antitetici a quelli del processo di liberalizzazione delle loro *collecting*. In particolare il riconoscimento di un diritto a compenso sottintende la tutela di un interesse di categoria degli artisti, fisiologicamente contrapposto all’interesse a realizzare modelli di aggregazione fondati sulla capacità di integrare le economie individuali dei soggetti economicamente più forti.

La differenza di impostazione emerge interrogandosi sui parametri di determinazione dell’ “equità” del compenso riscosso attraverso l’intermediazione dell’attività di *collecting*. Al riguardo occorre

⁽¹⁹⁾ Lo statuto di Itsright s.r.l. è reperibile all’indirizzo http://www.itsright.it/docs/statuto_itsright_25mar13.pdf

⁽²⁰⁾ Cfr. L. C. UBERTAZZI, *Le collecting degli artisti*, (nt. 11), 394.

precisamente chiedersi se l' "equità" debba essere verificata considerando l'importo globale dei compensi (direttamente o indirettamente) versati alla *collecting* dagli utilizzatori dell'opera protetta; oppure debba considerare gli importi percepiti dai singoli artisti interpreti in seguito alla ripartizione effettuata dalla società di gestione collettiva. Su questo punto non risulta che si sia ancora concentrata l'attenzione di dottrina, giurisprudenza e delle autorità europee, le quali probabilmente presuppongono che l'equità del compenso percepito dalla *collecting* necessariamente determini la ripartizione di un compenso equo a favore degli artisti, almeno quando la gestione collettiva rispetti principi di efficienza. Ritengo tuttavia si tratti di assunzione semplicistica. Basti pensare ad una *collecting* costituita in forma di società di capitali, che percepisca dagli utilizzatori compensi significativi, venga amministrata efficientemente, ma riduca l'importo destinato agli artisti per aumentare corrispondentemente l'utile distribuibile fra i soci. Dire che le politiche di distribuzione dell'utile sono irrilevanti sul piano della valutazione dell'equità del compenso percepito dall'artista interprete equivale a rimettere in discussione il principio di irrinunciabilità del compenso, e la logica di tutela del contraente debole ad esso sottostante: almeno nei casi (come quello dell'art. 84 l.a.) in cui l'irrinunciabilità è espressamente prevista dal legislatore. In particolare appare misteriosa la ragione per cui l'artista non potrebbe rinunciare al suo equo compenso a vantaggio del produttore, e non potrebbe dunque consentire a quest'ultimo di beneficiare interamente dei vantaggi economici derivanti dallo sfruttamento della prestazione artistica; mentre potrebbe rinunciare al suo compenso in favore della *collecting*, e consentire che quest'ultima ripartisca fra i propri soci i medesimi vantaggi. Concludere all'opposto che la valutazione di equità del compenso deve prendere in considerazione anche le politiche di ripartizione della *collecting* a vantaggio degli artisti significa contraddire gli obiettivi del processo di liberalizzazione: lo stimolo ad operare con efficienza sul mercato deriva infatti essenzialmente dalla possibilità di trarre profitto dallo svolgimento di attività di intermediazione, così che obblighi di destinazione agli artisti degli avanzi di gestione realizzati attraverso le efficienze della *collecting* rischiano di far venire meno l'interesse delle imprese a realizzare le "maggiori economicità", cui fa riferimento l'art. 39 d.l. 1/2012.

10. *Liberalizzazioni e regolamentazione.*

Alcune delle criticità da ultimo evidenziate del processo di liberalizzazione sono probabilmente state colte dal legislatore nazionale, che ha in effetti demandato ad un decreto del presidente del consiglio dei ministri il compito di introdurre regole relative all'attività di *collecting* "nell'interesse dei titolari aventi diritto": e perciò ragionevolmente nell'interesse ad armonizzare la logica efficientista con quella di tutela degli artisti in quanto soggetti deboli. Per parte mia in altri lavori ho cercato di dimostrare che una possibilità di contemperamento è pensabile qualificando *collecting* in senso tecnico soltanto le organizzazioni prive di finalità di remunerazione del capitale e orientate al perseguimento di interessi generali di categoria; e ad un tempo limitando alle *collecting* così strutturate la legittimazione a fare valere pretese "legificate" come quelle al pagamento dell'equo compenso ⁽²¹⁾. Ho tuttavia l'impressione che un

⁽²¹⁾ Per la dimostrazione di questa tesi devo necessariamente rinviare a D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette*

sistema del genere troverebbe notevoli difficoltà ad imporsi nell'applicazione del diritto "vivente" ⁽²²⁾. E per questa ragione devo esprimere allo stato un certo scetticismo sulle prospettive di evoluzione della disciplina di liberalizzazione delle *collecting* in un sistema logicamente coerente.

alla direttiva, (nt. 10) , in particolare 19 ss. e 37 s.; ho inoltre cercato di dimostrare che questa lettura risulta accettabile anche nel quadro della norma italiana liberalizzatrice in D. SARTI, *La "liberalizzazione" della gestione collettiva dei diritti connessi degli artisti interpreti*, di prossima pubblicazione in *Nuove leggi civ. comm.*

⁽²²⁾ Né sembrerebbe accolto dalla dottrina italiana; cfr. ad esempio M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, (nt. 13), 121 s., secondo cui l'introduzione di un regime concorrenziale dovrebbe attrarre all'interno di un'unica disciplina tanto le *collecting* tradizionali quanto quelle che seguano diversi modelli, ad esempio strutturandosi quali intermediari indipendenti (fisiologicamente orientati, mi pare di potere aggiungere, ad obiettivi di tipo capitalistico). Un analogo ordine di idee emerge da Commissione CE, *Universal/BMG Music Publishing*, (nt. 3), in particolare nel passo riportato alla precedente nota 3.

APPUNTI SULLA EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'AMMINISTRAZIONE DELLE SOCIETÀ QUOTATE E SULLE SUE PROSPETTIVE DI RIFORMA*

MARIO STELLA RICHTER JR

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della disciplina dell'amministrazione delle società quotate. – 2. Alcuni principi ordinatori. – 3. Autodisciplina e autonomia statutaria. – 4. I limiti dell'attuale assetto. – 5. Prospettive e proposte di riforma. – 6. Congedo.

1. *L'evoluzione della disciplina dell'amministrazione delle società quotate.* Innanzi tutto una osservazione sulla evoluzione storica della disciplina dell'amministrazione delle società quotate. Né la c.d. mini-riforma delle società del 1974 (l. n. 216/1974), con la quale si istituì la Consob, né la versione originaria del T.U.F. (d.lgs. n. 58/1998) contenevano previsioni particolari sull'organo amministrativo delle società emittenti: non si rintracciavano, dunque, indicazioni né in punto di *funzioni*, né in punto di *struttura* dell'organo amministrativo. Le uniche previsioni che di riflesso incidevano sulla disciplina dell'amministrazione degli emittenti erano alcune disposizioni in materia di collegio sindacale da cui era possibile inferire specifiche funzioni degli amministratori: la predisposizione di una struttura organizzativa adeguata (art. 149, comma 1, lett. c, T.U.F.) e, nell'ambito della stessa, la individuazione di responsabili del sistema di controllo interno [art. 150, comma 3 (ora 4), T.U.F.]; la attuazione di una regolare e periodica informativa degli amministratori nei confronti dei sindaci (art. 150, comma 1, T.U.F.).

Nel 2003 viene fatto un intervento di mero coordinamento del T.U.F. alle novità recate con la riforma organica delle società di capitali, e ciò essenzialmente per tenere conto del fatto che funzioni di controllo, fino ad allora riferite esclusivamente al collegio sindacale, devono poter competere, nei nuovi e alternativi sistemi di amministrazione e controllo¹, a organi amministrativi (il consiglio di sorveglianza) o a loro articolazioni interne (il comitato di controllo sulla gestione).

* Questi appunti sono stati scritti in guisa di *Conclusioni* al primo dei *Seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale della Società e la Borsa*, dedicato a “*Gli amministratori*” e tenutosi a Roma il 6 giugno 2014.

¹ I sistemi di amministrazione e controllo così detti alternativi sono stati dunque (dopo iniziali dubbi, che, per vero, non avevano ragione di essere) espressamente ammessi per gli emittenti da specifiche disposizioni del T.U.F. Ciò nondimeno, non hanno ricevuto alcuna significativa applicazione tra le società quotate: meno di due emittenti su cento ricorrono al sistema dualistico o a quello monistico, mentre gli altri restano saldamente organizzati con la modalità tradizionale. Come se ciò non bastasse, assai di recente si è inaugurata una fase di ulteriore ripensamento della funzionalità del sistema dualistico da parte delle poche società quotate che lo avevano fin ad ora adottato.

In realtà, la riforma organica del 2003 reca – come è noto – profondissime innovazioni in materia di funzioni e ancor prima di struttura dell'organo amministrativo.

2. *Alcuni principi ordinatori.*

Tuttavia, le novità in tema di disciplina dell'amministrazione introdotte dalla riforma organica, per divenire parte essenziale e connotante dello statuto speciale della società quotata, debbono attendere la promulgazione della c.d. legge sulla tutela del risparmio (l. n. 262/2005): si arriva così alla fine del 2005.

Tale legge – al di là delle severe critiche che furono abbastanza giustamente riservate alla tecnica normativa utilizzata – costituisce il vero e proprio punto di svolta per il tema che ci occupa. Essa introduce nel T.U.F. una specifica sezione appositamente dedicata agli “*organi di amministrazione*” e le disposizioni contenute in quella sezione inducono una serie di implicazioni assai significative. Vediamone alcune².

(i) La disposizione che prescrive che i componenti del consiglio di amministrazione siano eletti con il voto di lista (art. 147-*ter*, comma 1, TUF) pone implicitamente la regola che la società quotata può essere amministrata solo da organi pluripersonali e, quindi, collegiali.

(ii) La medesima previsione – prima ancora di essere funzionale a rendere possibile una particolare composizione del collegio – connota il procedimento di nomina delle cariche sociali e ne vincola lo svolgimento in tutte le fasi³:

- le proposte su cui deliberare, e cioè le liste, si formano necessariamente *prima e al di fuori* della riunione assembleare, con indubbio incentivo al coinvolgimento degli investitori istituzionali e professionali, ma con un irrigidimento delle possibili dinamiche all'interno della adunanza assembleare (mi riferisco alla incapacità degli stessi investitori istituzionali di intervenire, fare proposte e votare al di fuori di un “percorso” prefissato e predeterminato);

- la legittimazione ad avanzare proposte deliberative non è più di ciascun socio ma è riservata ad aliquote qualificate di capitale sociale;

- l'oggetto della deliberazione è necessariamente unitario, nel senso che l'assemblea deve deliberare sulla complessiva formazione dell'organo e non può adottare tante deliberazioni quanti sono i componenti dell'organo da eleggere (ovviamente in caso di rinnovo integrale del consiglio)⁴.

² Per il tentativo di compiuta interpretazione, in chiave essenzialmente sistematica, delle regole speciali relative alla elezione e composizione dell'organo amministrativo di una società quotata mi permetto di rinviare al mio *Sulla composizione e sulla elezione dell'organo amministrativo di una società quotata*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 51 ss.

³ Così anche S. ALVARO, G. MOLLO, G. SICILIANO, *Il voto di lista per la rappresentanza di azionisti di minoranza nell'organo di amministrazione delle società quotate*, Quaderno giuridico della Consob n. 1 (novembre 2012), spec. 17 s.

(iii) Alla necessaria unitarietà della delibera sono ricollegati ulteriori profili di rilevante novità e cioè quelli riguardanti le tante regole relative alla *composizione* dell'organo o degli organi amministrativi. Attraverso una serie ormai numerosa di interventi correttivi, modificativi e soprattutto integrativi, le norme del T.U.F. prevedono che, nell'ambito del consiglio di amministrazione (o del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione), vi siano necessariamente o vi possano essere, sol che una componente della compagine sociale lo voglia, componenti con specifici requisiti personali di *onorabilità* (art. 147-*quinquies* T.U.F.), di *indipendenza* (art. 147-*ter*, comma 4, T.U.F.), di *provenienza* dalla scelta, dalla proposta e dalla decisione di una certa componente della compagine sociale (di "maggioranza" e di "minoranza": art. 147-*ter*, comma 3, TUF), di *genere* (art. 147-*ter*, comma 1-*ter*, T.U.F.); non, tuttavia, di *professionalità*: il che mi pare una anomalia in un sistema che ha raggiunto questo grado di incisività (e, se si vuole, di paternalismo) nel regolare la composizione dell'organo amministrativo di una società quotata⁵. Al di là di una serie di questioni minute relative all'applicazione di queste diverse regole (stratificatesi in modo non sempre ordinato), le norme in questione rappresentano soprattutto la decisa tendenza dell'ordinamento a rendere il consiglio di amministrazione di una società quotata anzitutto il luogo di *composizione* se non di vari interessi quanto meno delle tantissime ed egualmente possibili visioni dell'interesse sociale⁶.

(iv) All'accresciuto peso della etero-regolamentazione sui profili strutturali e funzionali della organizzazione corrisponde una decisa enfattizzazione del rilievo della dimensione procedimentale dell'azione dell'organo amministrativo, con la emersione, talora raccomandata talaltra imposta, di pareri e altre attività istruttorie. Questa accentuata procedimentalizzazione dell'azione amministrativa si manifesta:

⁴ E sempre che si tratti di votare, scegliendo tra liste contrapposte. Ove invece fosse presentata una sola lista e ove questa fosse composta di un numero di candidati maggiore di quelli da eleggere, lo statuto potrebbe già oggi prevedere un meccanismo di scelta referendaria degli amministratori sul modello del c.d. *majority voting* statunitense; modello ora propugnato come soluzione preferibile, *de lege ferenda*, da M. BELCREDI, L. CAPRIO, *Prove di manutenzione per il voto di lista*, in www.lavoce.info.

⁵ Sulla necessità di tornare a concentrarsi sul requisito di professionalità insiste, da ultimo, P. MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, 413 ss., spec. 414.

⁶ La accresciuta rilevanza della dimensione dialettica all'interno dell'organo amministrativo – che pare anche essere conseguenza della presenza in consiglio di amministratori espressione di diverse componenti della compagine sociale e che sempre più spesso sfocia in non commendevoli polemiche fatte strumentalmente trapelare dai protagonisti – pone il problema del regime di pubblicità delle opinioni dei dissenzienti. Si tratta di una questione rispetto alla quale si deve ricordare come il principio generale del nostro sistema – principio che dunque governa anche il funzionamento degli organi collegiali delle società – sia quello per cui non vi è spazio alla *pubblicità* di opinioni dissenzienti, salvo che nei casi espressamente previsti dalla normativa secondaria (mi riferisco alle due note ipotesi di *dissenting opinion* sul parere dell'emittente in caso di O.P.A. e su pareri e decisioni in materia di operazioni con parti correlate) e che il dissenso viene manifestato e fatto constare nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio a norma dell'art. 2392, comma 3, cod. civ., ma deve restare riservato. Inoltre, mi pare che, al di là della sicura vigenza del ricordato principio generale, una indiscriminata affermazione della possibilità di dare pubblicità alle opinioni dei singoli consiglieri e delle relative motivazioni al di fuori del consiglio costituisca un pericoloso *vulnus* al riserbo che dovrebbe rigorosamente coprire l'operato e le decisioni del consiglio e degli amministratori.

- in primo luogo, nella creazione di una dialettica pressoché necessaria tra componenti esecutive e non esecutive all'interno dell'organo amministrativo (necessariamente pluripersonale, come si è detto)⁷;
- in secondo luogo, nella creazione di una necessaria dialettica tra componenti indipendenti e non indipendenti (ma in sostanza esecutive);
- in terzo luogo, nel ricorso sempre più frequente (e talora imposto: mi riferisco alla disciplina delle operazioni con parti correlate) alla creazione di articolazioni interne del consiglio con funzioni consultive e istruttorie;
- infine, assume sempre più rilievo il tema, ancora da indagare compiutamente⁸, della *motivazione delle deliberazioni* dell'organo amministrativo e delle sue articolazioni interne.

3. *Autodisciplina e autonomia statutaria.*

⁷ Il principio generale, pur sempre valido anche per gli emittenti, è che, per quanto previsto dallo statuto o autorizzato dall'assemblea, il ricorso alla delega non è obbligatorio per il consiglio di amministrazione: resta nella potestà e nella responsabilità del consiglio valutare la opportunità di ricorrervi e resta nella potestà del consiglio il potere di scegliere quale concreto e puntuale assetto dare alle deleghe gestorie (numero, struttura, ambito). Tuttavia, la stessa riforma organica del diritto societario ha reso in certo senso naturale fare ricorso alla delega nei consigli di amministrazione. In questo senso militano le previsioni dei commi 3 e 5 dell'art. 2381 cod. civ., con i quali il legislatore prende implicitamente atto che l'organo amministrativo, soprattutto se numeroso e formato da professionalità e componenti diverse e quindi anzitutto quello di una società quotata, difficilmente potrebbe efficacemente assolvere i propri compiti senza articolare nel suo seno le funzioni tra una componente esecutiva, e quindi delegata, e una componente non esecutiva, e quindi delegante; e questo non solo perché sarebbe difficile pensare che il consiglio si riunisca con la frequenza necessaria, ma anche perché la impresa non si presta a essere gestita con decisioni prese in modo assembleare. Il punto diventa allora non tanto quello di chiedersi che cosa succede se i soci vogliono la società gestita da uno o più amministratori delegati e i consiglieri di amministrazione non danno seguito a questa indicazione (magari espressa in assemblea al momento della nomina); ma cosa succede se gli amministratori, eletti in una società il cui statuto non prevede la possibilità di delega (o la limita a certe modalità, ad es. alla sola delega collegiale al comitato esecutivo), si avvedono che l'assetto organizzativo che ne deriva è inadeguato rispetto alle esigenze di quella impresa che sono chiamate a gestire. Mi pare che la risposta da darsi è che gli amministratori dovrebbero convocare un'assemblea per chiedere ai soci di autorizzare il ricorso alla delega, illustrandone le ragioni. Se poi l'assemblea non dovesse dare seguito a tale proposta, il consiglio avrebbe comunque la possibilità di attuare un assetto di deleghe interne attraverso l'attribuzione "in concreto" di funzioni a uno o più amministratori (come si esprime l'art. 2391, comma 1, cod. civ.).

Se poi il consiglio non procede a delegare ad alcuno dei suoi componenti alcuna funzione gestoria mi pare che si ponga una ulteriore questione, cui qui posso solo accennare; e cioè il problema di come considerare gli amministratori posti allora, almeno formalmente, tutti sullo stesso piano: sono tutti esecutivi o sono tutti non esecutivi (magari perché le funzioni esecutive sono attribuite, non delegate, si noti bene, al direttore generale)? Il problema è rilevante soprattutto nelle società quotate per le quali si impone (art. 147-ter, comma 4, T.U.F.) e si raccomanda (dal Codice di autodisciplina promosso da Borsa italiana) la presenza di componenti indipendenti all'interno del consiglio; la qual cosa non sarebbe evidentemente possibile se si considerassero tutti gli amministratori come titolari, in quanto componenti di un organo collegiale, di una funzione esecutiva (posto che la qualifica di esecutivo è quasi in ogni caso incompatibile con quella di indipendente).

⁸ Sulla rilevanza della motivazione in talune scelte gestorie v., da ultimo, le importanti considerazioni di G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, Giuffrè, 2014, 29 ss.

Tali essendo le tendenze e le linee della evoluzione del T.U.F., pare evidente come si sia andati sempre più verso una regolamentazione minuta e vincolante dei profili strutturali e funzionali relativi all'organo o agli organi amministrativi⁹.

Ciò è avvenuto – come si diceva – anzitutto attraverso specifiche disposizioni di legge, ma anche attraverso l'azione delle autorità di regolazione e di vigilanza. L'accelerazione degli ultimissimi anni nella compressione della autonomia statutaria e, più in generale, della autonomia di impresa è veramente imponente e mi pare un dato su cui riflettere. Essa sembrerebbe trovare la sua giustificazione nelle varie crisi che si sono succedute negli anni recenti: crisi finanziarie, economiche, di legalità. Bisogna, tuttavia, anche evitare che siano poi le stesse regole a ostacolare il mercato e il sistema quando mostra di potersi risollevarsi da dette crisi.

Ad ogni modo, una delle prime e più dirette conseguenze di questa progressiva regolamentazione imperativa dei sistemi di governo societario mi pare rappresentata da un certo svuotamento di significato della esperienza della autoregolamentazione e del codice di autodisciplina, che pure era stata una esperienza assai significativa per il miglioramento del buon governo societario tra la fine del '900 e i primissimi anni di questo secolo. Restituire spazio alla autonomia statutaria e alla libertà di impresa potrebbe rivitalizzare la importante funzione dell'autoregolamentazione.

4. I limiti dell'attuale assetto.

Perciò credo che sia venuto il momento di ripensare – in modo scevro da pregiudizi e “particolarismi” – i meccanismi di elezione e le regole sulla composizione del consiglio di amministrazione. Se ne iniziò concretamente a parlare nei tavoli tecnici organizzati un paio di anni fa dalla Consob e sul punto è significativamente tornato il Presidente Vegas nell'ultimo incontro con il mercato finanziario¹⁰.

Le regole vigenti appaiono, a mio avviso, non pienamente congruenti con la attuale realtà societaria per più ordini di ragioni.

(i) Abbiamo a che fare con un sistema oramai troppo rigidamente regolato per una realtà – quella appunto delle società emittenti di diritto italiano – estremamente diversificata e in sempre più rapida evoluzione: che cosa hanno in comune una società come l'Eni e una che capitalizza l'equivalente del valore di pochi appartamenti al centro di Milano? che cosa hanno in comune società con qualche

⁹ Come conferma anche il limitatissimo spazio lasciato alla autonomia statutaria per introdurre presupposti più restrittivi per l'esercizio del diritto di presentare candidature e votare liste per le cariche sociali; al riguardo si vedano, ad esempio, le ipotesi fatte da L.A. BIANCHI, *Note in materia di clausole di sbarramento ai fini della presentazione di liste per l'elezione di amministratori indipendenti*, in *Il diritto delle società oggi. Studi in onore di G. Zanarone*, Torino, Utet, 2011, 399 ss.

¹⁰ *Incontro annuale con il mercato finanziario. Discorso del Presidente Giuseppe Vegas*, Milano, 5 maggio 2014, 15. L'esigenza di un ripensamento traspare anche in S. ALVARO, G. MOLLO, G. SICILIANO, (nt. 3), spec. 30 ss.

centinaio di migliaia di azionisti iscritti al libro soci e società con poche centinaia di soci? la stessa composizione delle compagnie sociali e delle sue diverse *constituencies* è profondamente mutata anche solo negli ultimi dieci anni.

(ii) Dobbiamo comunque tenere presente che ormai sul nostro mercato regolamentato e anche sul suo segmento più rappresentativo sono quotate un certo numero di società di diritto straniero¹¹ e quindi si pone inevitabilmente, anche all'interno del medesimo mercato, un tema di concorrenza tra ordinamenti.

(iii) Alcuni degli istituti cui si è alluso, e primo fra tutti quello del voto di lista (con obbligo di riserva di alcuni posti in consiglio alla lista di minoranza), danno buona prova di sé – e l'osservazione è largamente condivisa in letteratura¹² – solo in presenza di una compagine sociale composta in misura significativa da una ampia platea di “investitori istituzionali” (i quali, peraltro, sono una realtà assai variegata e si dimostrano alla prova dei fatti portatori di interessi fortemente eterogenei, sicché anche per loro è da rifiutarsi qualsiasi ragionamento omologante e generalizzante).

(iv) D'altro canto, la contrapposizione tra amministratori così detti di maggioranza e amministratori così detti di minoranza ha senso (logico prima che giuridico) solo in presenza di uno stabile assetto proprietario della società. Ma tale stabile assetto è sempre più spesso in via di superamento: se è infatti vero, da un lato, che sul nostro mercato una vera e propria *publicly held corporation* (da non confondersi con la *public company*) resta pur sempre una *rara avis*, è altrettanto vero, d'altro lato, che non è infrequente da ultimo constatare come liste di candidati, che all'atto della presentazione sono percepite e credute di maggioranza, risultano, alla prova del voto, di minoranza e, correlativamente, le liste presentate come di minoranza (e perciò magari composte di un numero incompleto di candidati) risultino di maggioranza (per effetto del convergere su di esse dei voti del “mercato”)¹³.

5. Prospettive e proposte di riforma.

Affermare che un sistema deve essere ripensato non è, tuttavia, sufficiente se non ci si fa carico di avanzare delle proposte almeno sulla direzione del ripensamento. A mio avviso, esse dovrebbero essere, in coerenza con quanto appena detto, le seguenti.

¹¹ La capitalizzazione delle società estere ricomprese nel FTSE-Mib è di oltre 26 miliardi di euro, su un totale di 410 e incide quindi per il 6,35 % circa (dati del maggio 2014 consultabili in <http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/statistiche/statistiche-storiche>).

¹² Per esempio, da ultimo, L. ENRIQUES, *La carica dei fondi in assemblea? Positiva, ma si può fare di più. Ecco come*, in *Corriere Economia* del 26 maggio 2014, 13.

¹³ Il fenomeno è recente, ma in via di diffusione grazie anche agli effetti combinati della *record date* e del maggior peso di investitori istituzionali stranieri nel capitale delle società italiane quotate.

Anzitutto, si devono isolare, nell'ambito dello statuto speciale della società quotata, alcune regole su nomina e composizione del consiglio di amministrazione che valgano solo per le società a grande capitalizzazione e con compagine azionaria estremamente diffusa (in sostanza le *blue chips* o, per avere un riferimento più preciso, le società del FTSE-Mib¹⁴). Solo per queste si giustificano molti degli istituti oggi inderogabilmente previsti in materia di composizione degli organi amministrativi.

Più in generale direi che deve diminuirsi il grado di rigidità e imperatività delle regole sulla composizione del consiglio, mentre vanno mantenute le disposizioni che impongono di rendere autonoma, nell'ambito del procedimento deliberativo, e anticipata nel tempo, rispetto alla data dell'assemblea, la fase di proposizione delle candidature. Con il ruolo predominante che oggi svolgono gli investitori professionali non è pensabile, pena la loro sostanziale emarginazione dalle dinamiche assembleari, che le proposte di voto siano fatte per la prima volta in assemblea. Benissimo quindi la tecnica delle liste e del voto di lista per la elezione delle cariche sociali, ma maggiore elasticità nella previsione della modalità di composizione dei consigli di amministrazione.

La restituzione di spazio all'autonomia statutaria naturalmente dovrà avvenire in modo graduale e quindi, anzitutto, nel pieno rispetto degli affidamenti di chi ha investito in quelle società confidando in un certo sistema di governo societario fin qui inderogabilmente garantito da norme di legge (intendo cioè dire che la modificazione delle correlative regole statutarie dovrebbe essere, in ogni caso, presupposto per l'esercizio del diritto di recesso¹⁵).

Sempre in nome del suddetto passaggio graduale si potrà pensare di fare ricorso a *norme* bensì imperative ma *temporanee*, che mi pare abbiano dato buona prova qualora fin qui utilizzate. Mi riferisco chiaramente alla disciplina delle quote di genere che tra non molto perderà il suo carattere imperativo, ma che ha indubbiamente fatto a tutti apprezzare il valore della diversità nell'ambito di un organo collegiale anche con funzioni di composizione quale è definitivamente divenuto il consiglio di amministrazione¹⁶. Intendo dire che molte delle previsioni attualmente vigenti senza limiti di tempo, come quelle sugli amministratori "di minoranza" o indipendenti, potrebbero essere rese temporanee.

Inoltre, la esigenza di una maggiore flessibilità potrebbe essere soddisfatta in modi che comunque non si risolvano nella adozione di un sistema di elezione degli organi sociali schiettamente maggioritario. Intendo dire che è ben possibile pensare di affiancare al sistema del voto di lista con riserva necessaria di posti in consiglio per la minoranza altre possibili soluzioni che pure consentano di

¹⁴ Si tenga comunque presente che le società che compongono l'indice del FTSE-Mib capitalizzano oltre l'80% della intera capitalizzazione delle società quotate alla Borsa italiana (secondo i dati del maggio 2014, consultabili in <http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/statistiche/statistiche-storiche>).

¹⁵ A tale fine, sarebbe probabilmente opportuno prevedere espressamente per legge, in occasione della modificazione dell'art. 147-ter T.U.F., che la modificazione statutaria resa conseguentemente possibile sia presupposto del diritto di recesso. Infatti, potrebbe essere dubbia l'applicazione dell'art. 2437, comma 1, lett. g) cod. civ.

¹⁶ Ricordo che la stessa proposta di Direttiva comunitaria volta a promuovere l'equilibrio di genere negli organi amministrativi delle società quotate europee prevede norme di carattere temporaneo (destinate a scadere nel 2028).

dare adeguata diversità al consiglio anche in punto di estrazione delle sue diverse componenti. Penso quindi al voto cumulativo o a meccanismi elettorali proporzionali (a cominciare dal diffusissimo metodo D'Hondt o dei quozienti interi), ma senza riserva necessaria per le minoranze ove non attingano le soglie richieste dal meccanismo stesso.

Una esigenza di “pluralismo” e di diversificazione nella composizione dell'organo amministrativo collegiale potrebbe essere anche perseguita e realizzata imponendo (sempre statutariamente) liste con un numero di persone più alto di quelle da eleggere e con possibilità quindi di valorizzare le preferenze della compagine sociale¹⁷. Anche qui molto dipende ovviamente dalle singole realtà societarie.

Ripensare una legislazione troppo minuta e cogente consentirebbe non solo di eliminare alcune previsioni che comportano difficili problemi interpretativi (quali quelli indicati nel *1° Rapporto sulla applicazione del codice di autodisciplina*¹⁸, e cioè la eliminazione di una doppia definizione di indipendenza), ma di sanare delle vere e proprie aporie legislative come quella che impone la presenza di un consigliere indipendente nei consigli di gestione con più di quattro componenti (art. 147-*quater*, comma 1, TUF).

Sempre a proposito del requisito della indipendenza, e nella misura in cui mantenga questa centralità, pare arrivato il momento di iniziare a pensare istituti di autodisciplina che ne consentano un controllo e una verifica anche a istanza di componenti endosocietarie.

Naturalmente, molto si attende dagli emittenti e dall'autodisciplina. Autonomia statutaria e raccomandazioni autodisciplinari sarebbero chiamate a riappropriarsi del fondamentale ruolo di innovazione e di traduzione in modelli adatti alle diverse realtà societarie dei principi che dovrebbero allora costituire il contenuto del futuro auspicato assetto normativo. In questo senso, gli statuti possono poi prendere in seria considerazione il ricorso a istituti negletti nella pratica, ma già oggi sicuramente utilizzabili; e, in questo senso, molto mi pare che si possa ancora fare a livello di Codice di autodisciplina per incoraggiare il ricorso a queste pratiche.

¹⁷ E' il già ricordato sistema del *majority vote*, propugnato da M. BELCREDI, L. CAPRIO, (nt. 4), i quali, tuttavia, auspicano – se ben comprendo – che esso sia previsto e inderogabilmente imposto dalla legge come soluzione necessaria, mentre, a mio avviso, all'attuale sistema dovrebbe sostituirsi un sistema più flessibile, con disposizioni di principio e variare a seconda delle diverse realtà societarie, nell'ambito del quale questa potrebbe essere una delle soluzioni statutariamente realizzabili, ma non anche quella normativamente imposta. Nel medesimo senso va nella sostanza la recente (e forse troppo complessa) proposta di L. ENRIQUES, (nt. 12), secondo il quale, «fermo il sistema del voto di lista», si dovrebbe prevedere che i singoli candidati siano soggetti anche a un voto individuale e «in caso di mancato gradimento da parte della maggioranza» i componenti eletti dovrebbero «assoggettarsi a un voto individuale nell'assemblea annuale successiva» e, se anche in quella sede non raggiungessero la maggioranza, decadrebbero.

¹⁸ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Relazione Annuale 2013. 1° Rapporto sull'applicazione del Codice di Autodisciplina*, p. 12: «Il Comitato si chiede se non siano maturi i tempi per tentare di ricondurre a un criterio unitario la definizione d'indipendenza. Questo approccio consentirebbe di superare la dicotomia tra “amministratori indipendenti da legge” e “amministratori indipendenti da autodisciplina”».

Penso anzitutto al riconoscimento da parte di clausole statutarie di una legittimazione concorrente del consiglio di amministrazione uscente alla proposizione di liste di candidati¹⁹. Candidature provenienti dal vecchio consiglio di amministrazione (peraltro sistematicamente coerenti con l'istituto della cooptazione) avrebbero a mio avviso il grande pregio di essere viste con estremo favore dagli investitori istituzionali (soprattutto) stranieri, che sono adusi a tale prassi, e, inoltre, consentirebbe di dare effettività e concretezza a quella raccomandazione (che fin qui mi è parsa un esercizio un po' di stile) in virtù della quale il consiglio di amministrazione, tenuto conto degli esiti dell'autovalutazione e prima del suo rinnovo, dovrebbe esprimere orientamenti sulla sua futura composizione²⁰.

Sarebbe ormai opportuno che gli stessi statuti imponessero la presentazione di liste complete di candidati²¹, quanto meno per l'organo di controllo²², posto che non ha molto senso pensare *ex ante* – almeno di fronte ad assetti proprietari poco concentrati – a liste di maggioranza o di minoranza.

Anche meccanismi di rinnovo parziale dell'organo amministrativo, come quello del c.d. *staggered board*, dovrebbero essere tenuti maggiormente presenti da quelle realtà societarie legittimamente in cerca di un assetto di controllo più stabile e di un profilo che per semplicità direi più *istituzionale e manageriale*.

¹⁹ Anche qui mi parrebbe inopportuno farne oggetto di obbligo [come invece auspicato da M. BELCREDI, L. CAPRIO, (nt. 4)]; potrebbe invece, in una prospettiva di riforma, prevedersi con norma dispositiva la legittimazione del consiglio a presentare liste di candidati per il suo rinnovo.

²⁰ *Codice di autodisciplina* (2011), criterio applicativo 1.C.1, lett. h.

²¹ Mentre per L. ENRIQUES, (nt. 12), il rimedio dovrebbe consistere nell'imporre (normativamente, a quanto capisco) che «il socio presentatore di una lista debba contestualmente presentare le proposte conseguenti alla mancata elezione dell'intero consiglio, a pena di inammissibilità di proposte di candidati da parte sua o di soggetti a lui collegati in assemblea» (e al riguardo rilevo la inopportunità di riproporre a livello normativo una ulteriore ipotesi di collegamento rilevante, ipotesi di sempre incertissima interpretazione; d'altronde è facile osservare che qualsiasi socio, anche in nessun modo collegato, avrebbe comunque il potere in assemblea di proporre candidati “graditi” al socio presentatore della lista... a meno che non si ritenga che costituisca ipotesi di “collegamento” il fatto stesso di proporre nomi da quest'ultimo voluti).

²² Nel caso dell'organo di controllo, infatti, non viene comunque in rilievo la remora degli investitori istituzionali di fare proposte che possano portare, attraverso la nomina della eventuale maggioranza degli amministratori, a svolgere una influenza dominante sulle scelte di vertice relative alla gestione della (e cioè anzitutto la scelta della maggioranza degli amministratori). Di tale remora si dovrebbe poi approfondire fondamento e ragionevolezza, che potrebbe risiedere anche nei maggiori costi e oneri che la presentazione di una lista (ma allora, ancora una volta, essenzialmente di amministratori) comporta in termini di selezione dei candidati, di condivisione del consenso sui loro nomi, ecc.

Nella pratica dei *proxy contests* statunitensi gli investitori attivisti hanno fatto negli ultimi anni largo ricorso alle così dette *short (or minority) slates* e sono state assai più raramente utilizzate le *control (or majority)* o le *full slates*. Sulle ragioni del successo della regola della SEC che consente la presentazione di *short slates* (17 C.F.R. § 14a-4(d)) cfr. T. BRIGGS, *Corporate governance and the new hedge fund activism: An empirical analysis*, in 32 *J. Corp. L.*, 2007, 681 ss., a 688, e M. EREDE, *Governing Corporations with Concentrated Ownership Structure: An Empirical Analysis of Hedge Fund Activism in Italy and Germany, and Its Evolution*, in *ECFR* 2013, 228 ss., a 344, secondo i quali le *short slates* permettono «a less confrontational (and therefore less risky) engagement with management that might be more attractive to an institutional voting base».

Infine, una maggiore attenzione dovrebbe essere riposta nei *requisiti di professionalità*, eventualmente prevedendosi, accanto a quelli di professionalità *generica* (valevoli per tutti gli amministratori), requisiti di professionalità *specifici* per una componente del collegio. In questa prospettiva, al fine di valorizzare le specifiche competenze dei singoli componenti all'interno del consiglio, sarebbe pure possibile pensare alla previsione di un *casting vote* consiliare da riconoscersi in capo a singoli amministratori (individuati per il loro specifico requisito di professionalità) per specifiche deliberazioni.

6. *Congedo.*

In realtà – e concludo – non c'è un unico modello di società quotata; così come non è opportuno ipotizzare una unica concezione di interesse che la stessa è chiamata a perseguire. Come possono essere e, aggiungerei, debbono poter essere tanti, nel loro concreto atteggiarsi, gli interessi sociali, così mi pare necessario che essi trovino modo di manifestarsi statutariamente, anche nelle regole sul governo della società.

SCELTE STRATEGICHE E DI GOVERNANCE NELLA SOCIETÀ TRA PROFESSIONISTI

ILARIA CAPELLI

SOMMARIO: 1. Le società tra professionisti nel disegno delle liberalizzazioni - 2. La società tra professionisti e i modelli societari codicistici – 3. Le diverse “categorie” di soci e i rapporti di forza. – 4. L’amministrazione della società. - 4.1 Amministrazione e oggetto sociale della società “professionista”. 4.2 Amministrazione ed esecuzione della prestazione professionale. - 4.3 I requisiti soggettivi degli amministratori. - 5. L’amministrazione delle società tra professionisti di persone. - 6. I sistemi di amministrazione nelle società “professioniste” per azioni e a responsabilità limitata. 7. Conclusioni.

1. *Le società tra professionisti nel disegno delle liberalizzazioni.*

Le recenti regole dettate in materia di società tra professionisti¹, regole che impattano con indubbia veemenza sull’ordinamento delle professioni protette, si inseriscono coerentemente in un più ampio flusso normativo, sinteticamente definito, dal legislatore stesso e dagli operatori, con il termine *liberalizzazione*. Questo esteso fenomeno, di cui appunto le regole sulle società tra professionisti fanno parte², comprende e giustifica interventi eterogenei³, accomunati dallo scopo ideale di (contribuire a) dare un impulso all’economia, nella convinzione secondo cui il miglioramento generale dell’assetto normativo, o delle “regole del gioco”, sia in grado di modificare sensibilmente le attuali condizioni dei ceti produttivi. In questa prospettiva, la *liberalizzazione* si concretizza nel permettere l’acquisizione della *qualifica professionale*, e l’esercizio della relativa attività, a soggetti ulteriori e diversi rispetto a quelli cui tradizionalmente essa spetta.

¹ Art. 10, comma 10, legge 12 novembre 2011, n. 183, modificato dall’art. 9 *bis* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27; d.m. 8 febbraio 2013, n. 34.

² Sono da collocare nel più ampio fenomeno della liberalizzazione persino i principi più restrittivi, rispetto alla disciplina dedicata alla s.t.p., contenuti nell’art. 5 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, con cui il Governo è delegato a prevedere l’esercizio in forma societaria della professione di avvocato.

³ Come osserva J. E. STIGLITZ, *Globalisation and its discontents*, trad. it., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002, 58, la liberalizzazione, con cui si intende l’eliminazione da una parte dell’interferenza del governo sui mercati finanziari e dei capitali, e dall’altra delle barriere al commercio, ha molte dimensioni. Sul piano normativo, tale polimorfismo si manifesta in molteplici interventi da parte del legislatore che, di volta in volta, ha inteso la liberalizzazione ora come allentamento dei vincoli all’esercizio delle attività economiche, ora come promozione dell’apertura di determinati settori economici al principio di concorrenza, ora come semplificazione di procedimenti.

Le società tra professionisti, che ora godono dello *status* professionale nei termini che avremo occasione di esaminare⁴, sono il frutto di un lungo e tortuoso cammino di avvicinamento al sistema delle società commerciali⁵. In termini più generali, tra i più recenti interventi del legislatore nel senso della liberalizzazione delle attività produttive, coinvolgenti anche l'esercizio di attività professionali, si segnala il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148: l'art. 3, *abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*, al primo comma, sancisce l'obbligo per Comuni, Province, Regioni e Stato di adeguare i propri ordinamenti al principio secondo cui *"l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"*⁶ e, coerentemente, il successivo quinto comma, alla lett. a), sancisce il principio di libertà di *"accesso alla professione"*, consentendo unicamente le limitazioni che rispondano a ragioni di interesse pubblico⁷.

La centralità del principio di libertà dell'iniziativa economica, così solennemente ribadita dal legislatore, è accompagnata dalla prescrizione dell'obbligo di abbracciare un preciso indirizzo interpretativo per superare eventuali dubbi sui casi concreti: indirizzo che si ispira, radicalmente, alla valorizzazione della libertà d'impresa, così che, come lo stesso legislatore enfaticamente impone, le disposizioni che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva⁸. In tali circostanze, risulta possibile alle s.t.p. accedere ai nuovi modelli societari *minori*, quali la società a responsabilità limitata semplificata⁹.

⁴ La società tra professionisti è definita dalla dottrina come la società che ha come oggetto sociale l'esercizio in comune di una professione e che all'esterno appaia come il professionista: M. RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, Milano, 1985, 3, il quale che richiama V. BUONOCORE, *Le società di avvocati: problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, II, Milano, 1969, 141.

⁵ Si pensi, senza alcuna pretesa di ricostruire in termini diacronici la vicenda, all'abrogazione della legge 23 novembre 1939, n. 1815, avvenuta grazie all'art. 24 della legge 7 agosto 1997, n. 266 (che ha abrogato l'art. 2 della l. n. 1815/1939) e all'art. 10, comma 11, legge 12 novembre 2011, n. 183; in argomento, anche per l'analisi delle cause dei ripetuti insuccessi dei ripetuti interventi del legislatore in materia, si vedano le considerazioni di C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, in *Riv. not.*, 2012, 2 ss.

⁶ La norma fa salvi taluni settori di intervento quali, ad esempio, la protezione della salute umana e la sicurezza, e i vincoli derivanti dalle norme costituzionali, dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; in questa prospettiva, la regola generale che sancisce la libertà dell'iniziativa economica si concilia con l'apertura alle iniziative economiche professionali collettive, e quindi con la possibilità di costituire società tra professionisti con la salvaguardia degli interessi coinvolti mediante la predisposizione di norme a ciò dedicate (e questa è proprio la tecnica utilizzata dal legislatore nella redazione dell'art. 10, comma 10, legge 12 novembre 2011, n. 183).

⁷ Coerenti con l'intento di liberalizzare il settore delle professioni sono anche altri interventi di cui non potremo occuparci nel corso del lavoro, dedicato agli aspetti "societari" della questione: si pensi, ad esempio, all'abrogazione delle tariffe professionali disposta dall'art. 9, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27.

⁸ Si veda l'art. 1, *Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, secondo comma: la norma impone che le disposizioni recanti limitazioni o restrizioni all'esercizio dell'attività economica siano in ogni caso interpretate in senso "tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato" alle esigenze di protezione di interessi pubblici eventualmente confliggenti con l'esercizio dell'attività. A ciò si aggiunge la previsione secondo cui sono abrogate (art. 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3: (*omissis*) "le norme che

In questo breve inquadramento generale, alcune considerazioni a parte vanno dedicate all'esercizio in forma societaria della professione di avvocato. La c.d. Riforma Forense (legge delega 31 dicembre 2012, n. 247) si mostra in forte controtendenza rispetto alla disciplina contenuta nella già citata legge 12 novembre 2011, n. 183, in tema di società tra professionisti in generale, per la presenza di restrizioni e vincoli specifici che determinano, nel loro insieme, una forte distonia tra i principi applicabili alle società "forensi" e la disciplina dedicata alle società "professionali" in generale (dalla l. n. 183/2011). L'art. 5 della Legge Delega, infatti, delinea una società di avvocati, di persone o di capitali, in cui, a differenza di quanto previsto per le società tra professionisti in generale dalla legge 12 novembre 2011, n. 183, lo *status* di socio è strettamente ed insolubilmente legato alla qualifica professionale, con la conseguente esclusione, in qualsiasi misura, della possibilità che i componenti della società siano soci "di capitale"; la stretta connessione tra le persone fisiche iscritte all'albo e la società professionale si esprime, inoltre, nella rigorosa previsione secondo cui i componenti dell'organo di gestione non possano essere estranei alla compagine sociale e, dunque, non possano che essere i professionisti-soci. Si registra, dunque, un netto cambiamento di rotta rispetto alla disciplina "generale" sulle società tra

pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti".

⁹ Per quanto riguarda la società semplificata, disciplinata dall'art. 2463 *bis*, si segnala l'avvenuta eliminazione del requisito anagrafico dei 35 anni d'età, con la conseguenza che può divenire socio di una s.r.l.s. qualsiasi persona fisica di età inferiore o superiore ai 35 anni per effetto delle modifiche apportate all'art. 2463 *bis* dall'art. 9, comma 13, lett. a) del d.l. 28 giugno 2013 n. 76, conv. in legge dall'art. 1, comma 1, della legge 9 agosto 2013, n. 99; in argomento, rinvio all'analisi di A. BARTOLACELLI, "Novissime" modifiche alla disciplina della s.r.l.s.: saggio minimo di diritto transitorio, in *N.D.S.*, 16/2013, 7 ss. Un ostacolo all'utilizzo di tale strumento giuridico per l'esercizio collettivo o comunque in forma societaria dell'attività professionale potrebbe essere rappresentato dall'adozione del modello *standard* di atto costitutivo di cui al Decreto del Ministero della Giustizia del 23 giugno 2012; il tema della possibilità di inserire clausole aggiuntive all'interno del modello *standard*, contenente le clausole minime essenziali, ha visto l'intervento del Ministero per lo Sviluppo Economico che, con nota prot. n. 33 del 2 gennaio 2013, si è allineato alla nota prot. n. 43644 del 10 dicembre 2012 del Ministero della Giustizia ove si conferma che "l'atto costitutivo e lo statuto delle società in questione ben possono essere integrati dalla volontà negoziale delle parti" (in argomento, si rinvia a L. DE ANGELIS, *S.r.l.s., statuto standard optional*, in *Italia Oggi* del 14 gennaio 2013; contrario alla variabilità del testo ministeriale è M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. soc.*, 2012, 1112-1113); la l. 9 agosto 2013, n. 99, di conversione del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, ha spostato la questione nei termini dell'inderogabilità del modello *standard*, giusta l'avvenuto inserimento, nell'art. 2463 *bis*, della precisazione secondo cui "Le clausole del modello *standard* tipizzato sono inderogabili"; in argomento, rinvio a A. BUSANI, *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10 mila euro*, in *Le società*, 10/2013, 1068. La società tra professionisti può anche ricorrere alla s.r.l. "ordinaria" con capitale sociale sotto i diecimila euro, regolata dal quarto comma dell'art. 2463 e soggetta al meccanismo della progressiva patrimonializzazione forzata prevista dal quinto comma dell'art. 2463, introdotto dall'art. 9, comma 15 ter d.l. 76/2013, fino a che la riserva legale non raggiunga l'ammontare di 10 mila euro.

professionisti e rispetto alle regole “comuni” in tema di società in generale, con la spiccata rilevanza delle persone fisiche dei professionisti, posti accuratamente al riparo da ogni possibile ingerenza esterna¹⁰.

I descritti interventi del legislatore sulle professioni interessano diversi aspetti dell’attività professionale, giungendo così ad incidere sul tradizionale ruolo del professionista: la prestazione professionale non risulta più essere *esclusivamente* espressione delle competenze e dell’impegno di una persona fisica, quando la controparte del contratto di prestazione d’opera non sia una persona fisica, ma una società *qualificata*. E, per rimarcare l’effetto delle nuove norme sul ruolo sociale del professionista, è utile ricordare che alla società che svolge prestazioni professionali possono partecipare, sia pure in misura limitata (l. n. 183/2011), anche soci privi della prevista abilitazione professionale¹¹.

La disciplina dettata dalla l. n. 183/2011 apre, come si diceva, a nuovi soggetti nel campo della prestazione di servizi professionali e introduce regole volte, nell’intenzione del legislatore, a conciliare la specialità delle professioni protette con l’esercizio delle stesse in forma societaria¹²; tra i diversi temi aperti, che riguardano sia il ruolo del professionista, sia la regolamentazione delle società tra professionisti, ci si soffermerà, in particolare, sulla *governance* delle s.t.p. e sulle scelte strategiche possibili nell’ambito della legislazione attuale.

¹⁰ È sterilizzata ogni ingerenza proveniente dalla contitolarità del capitale sociale da parte di soggetti non professionisti, nonché qualsiasi intromissione da parte di non professionisti nella gestione dell’attività sociale. Siffatta chiusura a possibili interventi esterni, nella contitolarità del capitale e nella gestione, è il risultato di un atteggiamento di grande cautela fatto proprio da una consistente parte del mondo professionale forense; l’esigenza di cautela, nello specifico settore della professione forense, è stata ulteriormente ribadita nell’estate 2013, in occasione delle incertezze discendenti dalla scadenza del termine per la delega in mancanza di approvazione del decreto delegato da parte del Governo. Segnali contraddittori stanno quindi rendendo incerto il percorso della società tra avvocati, in quanto lo scorso 4 agosto 2013 scadeva il termine fissato dalla l. n. 247/2012 per esercitare la delega sulla disciplina specifica per le società tra avvocati, con la conseguente potenziale applicazione, nonostante la forte opposizione del CNF, della disciplina dettata in tema di società tra professionisti in generale disciplinata dall’art. 10, l. 183/2011 e dal successivo d.m. 8 febbraio 2013, n. 34.

¹¹ Ciò non vale, come si evidenziava poc’anzi, per i principi generali sulle società forensi contenuti nella l. n. 247 del 2012.

¹² La società tra professionisti ha avuto, nel momento in cui si scrive e, quindi, a pochi mesi dall’entrata in vigore del relativo regolamento (d.m. 8 febbraio 2013, n. 34) una timida accoglienza nella pratica; del resto, anche la società tra avvocati ex d.lgs. n. 2001/96 risulta poco conosciuta alla prassi. Si segnala che tra le poche richieste di iscrizione di società tra professionisti pervenute all’Ordine dei Commercialisti di Milano, una è stata rigettata per il perseguimento di un oggetto sociale comprendente un’attività riservata, un’altra perché partecipata da una società fiduciaria, con la conseguente predisposizione di un velo tra partecipazione e società, velo non coerente con le esigenze di *disclosure* tutelate dalle regole sulla società tra professionisti. A pochi mesi dall’entrata in vigore del regolamento, le s.t.p. sono una decina, costituite da medici, dentisti, commercialisti e avvocati, come riporta il *Sole 24Ore* del 21 ottobre 2013.

Per affrontare la questione, occorre preliminarmente inquadrare il rapporto che intercorre tra la scarsa disciplina dettata in materia di esercizio in comune dell'attività professionale e ciò che, dal nostro punto di vista, può essere definito quale "*diritto societario comune*"¹³.

2. *La società tra professionisti e i modelli societari codicistici*

Il complesso delle regole dedicate alle società tra professionisti dall'art. 10, l. 12 novembre 2011, n. 183, si compone di poche disposizioni, destinate ad integrare le norme di diritto societario "comune" e volte a regolare gli aspetti caratterizzanti della forma giuridica destinata all'attività professionale.

Con una tecnica legislativa che evoca quanto è accaduto per le imprese sociali¹⁴, non si è creato un nuovo modello giuridico o un tipo sociale cui ricondurre le caratteristiche specifiche del fenomeno che si intende regolare, ma è stata data la possibilità, entro determinati limiti e con precise regole di salvaguardia dei diversi interessi in gioco, di esercitare un'attività professionale ricorrendo "ai modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile", i quali - ferme restando le caratteristiche dell'organizzazione nella forma giuridica prescelta - risulteranno *declinati* verso l'esercizio di tale attività, mediante pochi, ma assai significativi, interventi in punto di disciplina applicabile.

L'esito di questa operazione, volta a preservare le peculiarità dell'attività professionale mediante specifici interventi che trovano applicazione indipendentemente dal tipo prescelto, è l'introduzione di una disciplina transi tipica, che risulta decisamente complessa sul piano della concreta applicazione delle singole norme (in relazione ai diversi modelli cui può ricorrere l'ente che esercita l'attività professionale); l'interprete è, dunque, chiamato a valutare i diversi aspetti della disciplina dettata in materia di società professionali, affinché le regole "speciali" possano essere correttamente "calate" nella complessiva regolazione del tipo prescelto.

¹³ In questo scritto ci si occuperà segnatamente della *governance* della società regolata dall'art. 10 della l. n. 183/2011, lasciando sullo sfondo le questioni sollevate dalla legge delega del 2012 sull'avvocatura.

¹⁴ Mi riferisco alla legge sull'impresa sociale, d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 (attuazione della legge delega 13 giugno 2005, n. 118), entrata in vigore a seguito di un lungo e complesso dibattito in ordine alla possibilità di dare vita ad una nuova imprenditorialità a finalità sociale, mediante il ricorso a diverse forme giuridiche, comprese le società di persone e le società di capitali. In argomento, rinvio al mio saggio *I diversi modelli di impresa sociale dopo il D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, 753 ss. Nella legge sull'impresa sociale l'operazione risulta ancora più spinta, in quanto le forme giuridiche coinvolte spaziano dai modelli regolati nel Libro I del Codice Civile alle società. Sotto questa prospettiva l'intervento del legislatore in tema di società tra professionisti è maggiormente affine a quanto già previsto per le società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (art. 61 t.u.f.) e per le società per la gestione accentrata di strumenti finanziari (art. 80 t.u.f.): in tali casi, infatti, il legislatore è intervenuto sulla disciplina dei diversi tipi di società, per meglio adattarla alle esigenze e alle peculiarità dell'impresa in particolari settori come, appunto, nella disciplina degli intermediari finanziari, in cui le caratteristiche dell'attività e la necessità di tutelare peculiari interessi hanno imposto l'introduzione di norme integrative o derogatorie rispetto alla disciplina del diritto societario comune.

La soluzione alle possibili *antinomie* è data dal ricorso al generale criterio di compatibilità. In effetti, molte disposizioni del diritto societario comune invocano detto criterio: si pensi all'art. 2454, che affida la regolamentazione delle s.a.p.a. alle *norme relative alle società per azioni, in quanto compatibili* con le disposizioni dettate per il tipo e all'art. 2379, ultimo comma, in tema di deliberazioni nulle, che prevede l'applicazione *in quanto compatibili* del settimo e ottavo comma dell'art. 2377¹⁵. Un'espressa clausola di compatibilità si riscontra poi nella disciplina dettata in tema di s.r.l.s. (art. 2463 *bis*, ultimo comma), con lo scopo di regolare i rapporti tra il tipo *ordinario* e il modello predisposto dal legislatore con finalità di stimolo per l'economia.

Il criterio di compatibilità, in tali ultimi casi previsto dal legislatore mediante un'espressa clausola di salvezza *ad hoc*, e per vero assente nella legge sulle società tra professionisti, consente di aprire una breccia nel sistema generale, in quanto determina, accanto all'applicazione con prevalenza delle regole espressamente dedicate al *sottotipo*, regole da intendersi quali *lex specialis*, l'obbligo in capo all'interprete di valutare, volta per volta, e quindi anche per le disposizioni non espressamente derogate, la coerenza della disciplina generale con la specifica funzione dell'istituto¹⁶.

In questa prospettiva, la disciplina in materia di società tra professionisti si pone quale nucleo normativo che dialoga con le norme del tipo cui la società appartiene.

Tale confronto sarà oggetto di analisi nelle prossime pagine; ulteriori questioni si prospettano quando si estende il campo di osservazione oltre l'orizzonte del diritto societario, fino al diritto generale d'impresa, ed in particolare dell'impresa commerciale. Sul tema della natura dell'attività professionale¹⁷

¹⁵ Altri esempi sono ricavabili dalle disposizioni contenute nell'art. 2519, primo comma, nell'art. 2510, primo comma, in materia di società cooperative e negli artt. 2525 e 2547 per le società di mutua assicurazione; per le s.p.a., si vedano altresì le disposizioni in tema di sistemi alternativi di amministrazione e controllo (artt. 2409 *undecies* e 2409 *quaterdecies*, 2409 *quinquiesdecies* e 2409 *octiesdecies*).

¹⁶ L'attuazione del criterio di compatibilità negli esempi appena portati è certamente ben definibile dal contesto, posto che per la s.a.p.a. si tratterà di tenere in debita considerazione, nell'applicazione delle norme sulla s.p.a., la circostanza della presenza di soci illimitatamente responsabili e, per le s.r.l.s. il criterio di compatibilità esplicherà i propri effetti nell'alveo delle norme relative alla formazione e alla conservazione del capitale sociale, in ragione dello speciale regime applicato al capitale di tali società. Va notato che, per ciò che concerne le società tra professionisti, le norme di settore sono dedicate ad una pluralità di aspetti e ad una molteplicità di piani di intervento, quali la previsione della *prevalenza* del ceto professionale (art. 10, quarto comma, lett. b), l'esclusione del socio professionista che abbia perso la qualifica (lett. d), la denominazione sociale (comma 5), ecc.: il ricorso al criterio di compatibilità per la ricostruzione della disciplina applicabile consente di coordinare il *diritto societario comune* e il sottosistema rappresentato dalle *società professionali*, sottosistema che appunto condivide, con i modelli generali, la piena natura societaria.

¹⁷ La questione solo accennata nel testo, e che gli scopi di questo lavoro non consentono di affrontare approfonditamente, evoca il tema della società civile, che ha appassionato la dottrina meno recente; in relazione alla società tra avvocati, la dottrina ha escluso che l'attività svolta possa costituire attività d'impresa, ed anche di impresa civile, se ammissibile: P. MONTALENTI, *Le società tra avvocati*, in *Le Società*, 2001, 1169; sul tema dell'impresa civile, senza pretesa di completezza rinvio agli scritti di G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Trattato di diritto privato* Iudica Zatti, Milano, 2000, 211; G. SCHIANO DI PEPE, *L'oggetto sociale nella società tra professionisti*, in AA.VV., *La società tra avvocati*, a cura di L. De Angelis, Milano, 2003, 131; S. ROSSI, E. CODAZZI, *La società tra professionisti: l'oggetto sociale*, in *Le Società*, 2012, 5.

si confrontano le regole generali e gli indizi normativi posti dal legislatore del 2011, il quale disegna la società tra professionisti quale ente che esercita direttamente un'attività professionale; ciò comporta, sempre con riferimento alle regole dedicate alle s.t.p., che la società, in quanto soggetta all'iscrizione nell'albo professionale e vincolata alla regola dell'esclusività dell'oggetto sociale¹⁸, non possa essere soggetta alle procedure concorsuali, alla stessa stregua di ciò che accade per i professionisti che esercitano la propria attività individualmente¹⁹.

3. Le diverse "categorie" di soci e i rapporti di forza.

Prima di affrontare il complesso tema della *governance* delle società tra professionisti, secondo i diversi modelli possibili a mente della legge n. 183, è opportuno svolgere talune considerazioni in merito alla compagine sociale e ai rapporti di forza interni alla società.

¹⁸ Per quanto riguarda l'oggetto sociale della s.t.p., si osserva che l'art. 10, quarto comma, lett. a), impone, ai fini dell'acquisizione della qualifica di società tra professionisti, la previsione statutaria inerente all'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci; tale norma, pur riferendosi certamente all'oggetto sociale, non lo definisce, limitandosi ad imporre, per il tramite di un'apposita clausola dell'atto costitutivo, la competenza esclusiva dell'attività professionale in capo ai soci, da interpretare correttamente come soci professionisti. Secondo una parte della dottrina [C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, (nt. 4), 13 e G. MARASÀ, *I confini delle società tra professionisti*, in *Le Società*, 2012, 399], la ricostruzione di un oggetto sociale professionale esclusivo - tale da espungere, ad esempio, le attività commerciali non collegate con l'esercizio della professione - si porrebbe in contrasto con l'obiettivo della liberalizzazione dello svolgimento delle attività economiche, obiettivo che risulta esplicitato, come si anticipava, dall'art. 3, comma 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138. Si osserva, tuttavia, che il vincolo dell'esclusività dell'oggetto sociale professionale non viola la libertà di iniziativa economica, nella misura in cui le attività "escluse" possono essere esercitate da una diversa società (non tra professionisti) partecipata dal medesimo socio. L'esclusività dell'oggetto sociale professionale risulta, inoltre, ricavabile dal complesso delle norme in tema di s.t.p.: dalla prevista iscrizione all'albo professionale della società stessa (art. 10, settimo comma) discende l'inammissibilità di un oggetto sociale misto, che consenta, ad esempio, un'attività commerciale totalmente svincolata rispetto all'attività professionale prevista, o l'esercizio di professioni non protette o lo svolgimento, in genere, di attività imprenditoriali estranee alla professione. Sarebbe, infatti, incongruo sottoporre al regime disciplinare di un ordine professionale una società che eserciti (anche) un'attività commerciale completamente slegata rispetto allo svolgimento degli incarichi professionali; d'altra parte, con riferimento alla persona fisica del professionista, gli ordinamenti professionali non violano il principio di libertà di iniziativa economica quando escludono la possibilità di svolgere una contestuale attività imprenditoriale; in argomento, rinvio a O. CAGNASSO, *Soggetti ed oggetto della società tra professionisti*, in *NDS*, 2012, 12.

¹⁹ Alla stregua di ciò che accade per la società tra avvocati: art. 16, d.lgs. 96/2001. In tema di s.t.p., rinvio al documento del Comitato Unitario Permanente degli Ordini e Collegi Professionali: *Le società tra professionisti: esame della normativa e proposte di intervento*, reperibile in <http://www.leggioggi.it/allegati/circolare-2-gennaio-2012/>; sulle ambiguità della l. n. 183/2011 anche in merito alla soggezione alle procedure concorsuali, rinvio a D. CATERINO, *Appunti in tema di soci e rapporti tra i soci nelle società per l'esercizio delle attività professionali di cui alla legge n. 183/2011*, https://www.academia.edu/2480414/Appunti_in_tema_di_soci_e_rapporti_tra_soci_nelle_societa_per_l'esercizio_delle_attivita_professionali_di_cui_alla_leggen._183_2011. Diversamente, la società *non professionista* mero prestatore di servizi strumentali all'attività professionale (esercitata da altri) è assoggettabile a fallimento; così M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *NLCC*, 2012, 18 ss. e A. TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, in *Le Società*, 2012, 36 ss.

L'accesso alla qualifica di *società tra professionisti* da parte delle società di persone e di capitali non costituisce il mero effetto di un atto di volontà, ma esige il rispetto di una serie di condizioni, in parte contenute nella normativa di rango primario, in parte contenute nella prevista normazione secondaria²⁰. Tra queste condizioni si registra la necessità che una parte dei soci sia dotata di specifici requisiti soggettivi professionali²¹.

Il socio professionista può essere anche l'unico socio²² e vede remunerata l'esecuzione dell'incarico per il quale risulta designato²³ tramite la partecipazione agli utili della società, oppure

²⁰ La disciplina in tema di società tra professionisti si caratterizza per il fatto di prevedere la regolazione di società, di persone e di capitali, da parte di norme di rango secondario. Non si tratta di un'assoluta novità in tema di società chiuse, in quanto [com'è stato osservato: si veda C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, (nt. 4), 2 ss.] le recenti ondate liberalizzatrici si sono espresse anche con riferimento alla perdita di rilevanza dell'ammontare del capitale sociale (art. 2463 *bis*) e, com'è noto, la regolazione delle società semplificate si realizza anche per il tramite di norme di rango regolamentare (contenenti lo statuto *standard* delle società semplificate: decreto 23 giugno 2012, n. 135, in G.U. 14 agosto 2012, n. 189). Precedenti tentativi di regolare, per mezzo di fonti secondarie, la struttura finanziaria delle s.r.l. non erano andati a buon fine, come dimostra la vicenda dei versamenti sostitutivi del capitale sociale (art. 2464, comma quarto).

²¹ La rilevanza sociale della qualifica professionale è evidenziata anche dal previsto divieto di *doppia partecipazione*, previsto dall'art. 10, sesto comma. La violazione di tale divieto (che non impedisce al professionista di esercitare l'attività professionale in proprio, se lo statuto della società di cui fa parte non lo vieta) è sanzionata dall'ordine o dal collegio di appartenenza; sul versante societario, sussistono dubbi interpretativi in merito alle conseguenze della sopraggiunta titolarità di partecipazioni incompatibili, ora in seguito all'acquisto di azioni o quote, ora per l'avvenuta costituzione di una nuova società, giusta la stipulazione di un contratto sociale da parte di un soggetto a ciò non (più) legittimato; si può prospettare la nullità della partecipazione per contrarietà a norma imperativa, oppure individuare un obbligo di trasferimento della partecipazione analogo a quello in tema di azioni proprie (artt. 2357 e 2357 *bis*); in argomento, rinvio a M. CIAN, *La nuova società tra professionisti*, (nt. 19), 12. Si osserva, altresì, che il divieto in capo alla persona fisica attiene certamente alla partecipazione plurima come *professionista*; diversamente, e in linea con il principio di libertà di iniziativa economica, la partecipazione in un'altra società tra professionisti (di capitali) in qualità di mero investitore potrebbe essere letta quale vicenda sostanzialmente neutra rispetto alla società di cui il soggetto è socio professionista. Non mancano però le perplessità, dato che ci si chiede fino a che punto la partecipazione di un soggetto abilitato ad una determinata attività professionale in una società avente ad oggetto sociale proprio l'esercizio di quella attività possa essere considerata - ed etichettata - come *di mero investimento*. Ciò in quanto, da un punto di vista fattuale, la partecipazione alla seconda società, benché presenti le caratteristiche di un investimento "di mero capitale", potrebbe in realtà rivelarsi *professionalmente* rilevante, in vista dei rapporti di forza interni alla società e della complessiva rilevanza esterna delle vicende che attengono ai soci; in termini generali, poi, si ricorda che la legge non introduce alcun obbligo a carico del socio abilitato di apportare materialmente la propria attività professionale, ma si dà rilevanza alla mera presenza, nella compagine sociale, di una certa quantità di soggetti abilitati; per questo ritengo che siano da escludere forme "ibride" di *doppia partecipazione*, ovvero come professionista in una società e come socio di capitale in un'altra.

²² Nella società tra professionisti la pluralità dei soci non rappresenta un requisito tipologico essenziale, in quanto è ammissibile la costituzione di una società tra professionisti con un solo socio, nel qual caso il socio dovrà necessariamente avere la qualifica professionale. In argomento: G. MARASÀ, *I confini delle società tra professionisti*, (nt. 18), 397 e M. CIAN, *La nuova società tra professionisti*, (nt. 19), 12; O. CAGNASSO, *Soggetti ed oggetto della società tra professionisti*, (nt. 18), 11; M. SPIOTTA, *La società unipersonale: una parabola normativa*, Milano, 2012, 117.

²³ All'attività possono contribuire anche i dipendenti, eventualmente dotati, a loro volta, della qualifica professionale; costoro, tuttavia, non possono essere designati per l'esecuzione dell'incarico, come risulta dal disposto dell'art. 10, terzo comma, lett. c), essendo tale funzione riservata ai soli soci professionisti. Dunque, l'attività dei dipendenti è esercitata

secondo gli accordi con la società medesima, nel caso in cui la prestazione professionale non costituisca oggetto di conferimento²⁴.

Uno degli aspetti più innovativi della l. n. 183/2011 è legato alla presenza, nella compagine sociale, di soggetti privi della qualifica professionale; al riguardo i non professionisti costituiscono una categoria non omogenea, poiché la loro presenza è giustificata sia “per prestazioni tecniche”²⁵, sia “per finalità di investimento”. Con riferimento a questi ultimi, si apre la possibilità che la s.t.p. sia partecipata

secondo il meccanismo della collaborazione sostitutiva o ausiliaria (art. 2232) “sotto la direzione e responsabilità” del professionista designato: C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, (nt. 4), 13; in argomento, in generale, rinvio a I. UBERTI – BONA, *Interpretazione evolutiva dell'art. 2232 del codice civile e della legge 23 novembre 1939, n. 1815*, in AA.VV., *Le società di professionisti*, Milano, 1973, 103; C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica delle società di professionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 104; A. BUONGIORNO, *Società fra esercenti libere professioni*, in AA.VV., *Le società di professionisti*, Milano, 1973, 242; P. SPADA, *Tipicità delle società ed associazioni “atipiche” fra professionisti*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 120; C. IBBA, D. LATELLA, D. PIRAS, P. DE ANGELIS, C. MACRÌ, *Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1987, 395.

²⁴ Nulla esclude che il socio professionista conferisca denaro o beni in natura (o altre utilità, sempre se suscettibili di conferimento), né dalla lettera della legge si ricava un generico obbligo a carico del socio professionista di apportare, a titolo di conferimento o dietro remunerazione diretta, la propria attività professionale in società. In tale ultimo caso, si realizza un'ipotesi di socio professionista “di capitale”, ipotesi che non si può escludere almeno in astratto, posto che la condizione del professionista non implica l'obbligo di eseguire prestazioni professionali. Anzi, il socio professionista è in grado, anche senza eseguire una specifica prestazione, di portare in società utilità spesso non direttamente quantificabili e nemmeno conferibili, di modo che una limitazione all'ingresso di tali soci, che definirei “professionisti di capitale”, non risulterebbe in alcun modo giustificata. Il rinvio ai modelli societari contenuto nell'art. 10, terzo comma, pone la questione del coordinamento tra la disciplina specificamente dedicata alle società tra professionisti e le norme che delineano il tipo s.p.a., con particolare riguardo alle regole sui conferimenti e al divieto di conferire prestazioni d'opera o di servizi. In una società tra professionisti per azioni, il socio professionista non è legittimato ad apportare a titolo di conferimento *unicamente* la propria attività professionale, essendo sollevato dall'obbligo di conferire denaro o beni in natura: l'adozione del tipo s.p.a. per lo svolgimento di attività professionali implica, infatti, il rispetto delle relative regole in materia di formazione e conservazione del capitale sociale. D'altra parte, mancano le condizioni per consentire l'applicazione, al tipo s.p.a., delle disposizioni in tema di conferimenti d'opera previste, ad esempio, per le s.r.l., mentre permangono, anche per le società tra professionisti per azioni, le esigenze che impongono di espungere le prestazioni d'opera dalle entità conferibili. In generale, con riferimento a tutti i *modelli societari* cui è fatto rinvio, si pone la questione relativa all'ammontare della remunerazione del socio professionista: manca, infatti, una regola che garantisca la prevalenza dei professionisti nella ripartizione degli utili sulla falsariga di quanto previsto in merito alla prevalenza del ceto professionale nelle decisioni o deliberazioni dei soci, con la possibilità che agli utili partecipino in misura preponderante i soci non professionisti, e specialmente i soci “per finalità di investimento”. Per regolare i diritti patrimoniali dei soci, professionisti e non, è possibile ricorrere, nelle s.r.l., all'istituto regolato dall'art. 2468, terzo comma, oppure, per le s.p.a., alla previsione di diverse categorie di azioni, rispondenti alle esigenze (e ai diritti) delle diverse categorie di soci: per i soci investitori e i non professionisti in generale è possibile prevedere l'emissione di azioni con diritto di voto limitato o a scalare, mentre per i professionisti appartenenti a diversi ordini o collegi professionali possono essere previste diverse categorie di azioni a voto pieno; con riferimento al tema generale delle quote con particolari diritti, rinvio a A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, Milano, 2009, *passim*.

²⁵ I soci per prestazioni tecniche sono soggetti che svolgono prestazioni di supporto tecnico-organizzativo, specialmente nel caso di studi professionali di grandi dimensioni; si pensi al responsabile organizzativo (*office manager* o funzioni simili), al responsabile del personale dipendente, al responsabile dell'*information technology*, al responsabile della comunicazione, ecc. Costoro possono, nelle società ove ciò è consentito, conferire unicamente prestazioni d'opera e servizi; in argomento, rinvio a A. STABILINI, *I soci non professionisti*, in *Le Società*, 2012, 18.

da soci persone giuridiche, rendendosi così possibile una peculiare articolazione per gruppi, limitata o comunque caratterizzata dal fatto che, sul piano delle deliberazioni o delle decisioni *dei soci*, deve essere rispettato il principio della prevalenza del ceto professionale, secondo cui *in ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci* (art. 10, quarto comma, lett. b).

Si osserva, a tale proposito, che la società che partecipa alla s.t.p. può essere, a sua volta, una s.t.p., dotata della *qualifica* professionale e conseguentemente iscritta all'ordine o collegio di riferimento²⁶. Tale società potrebbe avere interesse ad essere annoverata, in virtù della qualifica acquisita, tra i *professionisti*, con l'effetto di poter essere computata nella maggioranza qualificata dei due terzi prevista dall'appena evocato art. 10, quarto comma, lett. b), e persino di poter essere designata per l'esecuzione della prestazione, giusta il disposto della successiva lett. c).

Una simile lettura, tuttavia, si porrebbe in aperto contrasto con la *ratio* della disciplina in questione, volta a salvaguardare l'apporto dei soci professionisti persone fisiche, giusta il riferimento "ai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale". Si può, dunque, ritenere che i soci professionisti siano unicamente persone fisiche, mentre nulla esclude che l'investimento o la prestazione tecnica possano provenire da una persona giuridica socia della s.t.p.²⁷.

L'ingresso dei non professionisti implica la necessità di approfondire la questione dei rapporti di forza fra le diverse categorie di soci. Sul punto giova ricordare che il testo originario dell'art. 10 non riportava alcuna indicazione in proposito e che solo con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, è stato introdotto un criterio generale, in presenza del quale la società può assumere la *qualifica professionale*: il numero dei soci professionisti e la loro partecipazione al capitale sociale deve essere tale da determinare la maggioranza dei due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci. Tale regola va a caratterizzare la s.t.p. quale società il cui controllo fa capo a soggetti

²⁶ La s.t.p., come dispone l'art. 10, settimo comma, è *sogetta al regime disciplinare dell'ordine al quale risulti iscritta*. Come efficacemente rilevato da C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, (nt. 4), 5, tale espressione, intesa letterariamente, non imporrebbe l'obbligo di iscrizione; ciononostante, l'iscrizione risulta necessaria quantomeno per l'acquisizione della qualifica professionale.

²⁷ La questione si collega poi, nel caso di investitore persona giuridica, a temi più vasti, in quanto l'investitore persona giuridica può, a sua volta, essere controllato da un'altra società, o ente, anche estero, in un contesto in cui la disciplina non dà precise indicazioni in merito al soddisfacimento delle esigenze di trasparenza, ovvero in ordine all'individuazione dei soggetti che detengono il controllo dei soci investitori. L'espressa previsione della necessaria maggioranza qualificata dei professionisti rende remota l'evenienza di un controllo sulla s.t.p. per il tramite di investitori; ciononostante, la partecipazione di un determinato ente o socio persona fisica nella persona giuridica, che è a sua volta socia di una s.t.p. può avere rilevanti riflessi reputazionali, in un contesto in cui il cliente può legittimamente decidere di rivolgersi o meno ad una determinata s.t.p. dopo aver valutato non solo la persona del singolo socio professionista che provvederà a designare ex art. 10, quarto comma, lett. c), ma anche l'identità degli altri soci. I soci professionisti, dunque, sono portatori di un interesse alla trasparenza, per evitare di veder danneggiata la propria reputazione professionale.

abilitati ed ha lo scopo di limitare l'ingerenza del socio non professionista nelle scelte strategiche della società²⁸.

La finalità di favorire il ceto professionale rispetto ai soci non professionisti²⁹ è chiara, ma non mancano ambiguità³⁰. Ci si chiede se tale disposizione si limiti ad imporre un'astratta *relazione* di forza,

²⁸ La dottrina [M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, (nt. 19), 12 ss.] osserva che il contingentamento della partecipazione del socio non professionista evoca il limite posto, nella società cooperativa, al potere dei soci finanziatori, che appunto non possono esprimere più di un terzo dei voti in assemblea, né eleggere più di un terzo dei membri degli organi di amministrazione e di controllo. La prescritta proporzione deve sussistere in astratto, ossia a prescindere da eventuali assenze; non sono rilevanti eventuali sospensioni del diritto di voto relative a determinate decisioni, come nel caso delle delibere concernenti la promozione dell'azione di responsabilità nei confronti dei soci amministratori e nel caso del socio moroso: cfr. M. CIAN, *op. cit.*, 13 e A. STABILINI, (nt. 25), 50.

²⁹ La norma evoca la legge francese n. 90-1258: l'art. 5 prevede che più della metà del capitale sociale e dei diritti di voto devono essere posseduti direttamente o indirettamente da professionisti che esercitano nell'ambito della società: in argomento, rinvio a E. CODAZZI, *La società tra professionisti e il regime di responsabilità dei soci per l'esercizio dell'attività professionale. Qualche considerazione sul tema alla luce dei principi sulle liberalizzazioni dei servizi professionali*, in *Osserv. del dir. civ. e comm.*, 2013, 313. La dottrina è critica nei confronti del sistema delineato dal legislatore, perché non si esclude, né si attenua, il rischio di imprenditorializzazione della s.t.p.: così G. MARASÀ *I confini della società tra professionisti*, (nt. 18), 401.

³⁰ Le questioni da chiarire attengono non solo alla corretta individuazione del rapporto di forza nei diversi tipi sociali, ma anche alle possibili vicende che coinvolgono i soci professionisti e che possono incidere su tali rapporti di forza. La rilevanza della qualifica professionale si riverbera sulle vicende legate all'*exit* del socio professionista, in ragione della delicatezza dei rapporti tra i professionisti e tra questi e la società. In particolare, la tutela dell'indipendenza del professionista, sancita dalla previsione della possibilità di opporre agli altri soci il segreto concernente le attività professionali a lui affidate (art. 10, settimo comma), impone di consentire con larghezza il recesso, tramite apposite clausole statutarie che permettano di armonizzare la struttura societaria con le esigenze professionali, giusta il disposto dell'art. 2473 per le s.r.l. (ove l'atto costitutivo può stabilire quando e con quali modalità il socio possa esercitare il diritto di recesso). In argomento, si rinvia, per tutti, a P. REVIGLIONE, *Il recesso nella società a responsabilità limitata*, Milano, 2008, *passim*. La regola capitalistica e quella professionale trovano un punto di maggiore attrito con riferimento all'istituto dell'esclusione (in generale, rinvio, per tutti, a M. PERRINO, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, n. 6. I, 810 ss.; cfr. M. MALTONI, *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, n. 3, 307 ss.); infatti, per l'esclusione nella s.t.p. vale il limite previsto nell'ultima parte dell'art. 2473 *bis*, norma che fa espresso divieto, in caso di esclusione del socio, di rimborsare le partecipazioni mediante una riduzione del capitale sociale e che può essere interpretata come espressione di un principio generale, in tema di società di capitali, volto ad assicurare la conservazione del capitale sociale, indipendentemente dalle vicende relative allo scioglimento individuale del rapporto sociale. La norma citata, infatti, è rivolta alla tutela dell'integrità dell'apparato produttivo, tutela rispetto alla quale l'interesse dei soci all'esclusione di uno di essi è, nella disciplina generale della s.r.l., postergato, con la conseguenza dell'inefficacia della delibera di esclusione o della revoca implicita della decisione di esclusione o della revoca del procedimento di liquidazione; in argomento, rinvio a G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, I, 881; D. GALLETTI, *sub art. 2473 bis*, in A. M. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 1926; F. ZABBAN, *sub art. 2473 bis*, in P. Benazzo, S. Patriarca (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 309; F. MAGLIULO, *Il recesso e l'esclusione*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari (a cura di), *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, 248; C. ESPOSITO, *L'esclusione come strumento generale di exit societario*, in *Riv. not.*, 2004, 288. Nelle s.t.p., data la natura dell'interesse tutelato dalla norma che prevede la specifica causa di esclusione del socio (non più) professionista, si pongono sullo stesso piano due esigenze, parimenti meritevoli di tutela: quella dei terzi creditori all'integrità dell'apparato produttivo e quella generale alla conservazione della professionalità in capo alla società, professionalità che discende anche dalla qualifica professionale del singolo; ma poiché l'acquisizione della qualifica professionale in capo ad una società non giustifica una minore tutela dei

mantenendo così invariati i *quorum* previsti per le deliberazioni assembleari. Se così fosse, la prevalenza del ceto professionale sui soci investitori ed anche sui soci che conferiscono prestazioni tecniche può essere concretamente espressa *se* i soci professionisti decidono di partecipare, di fatto, alle decisioni e alle deliberazioni sociali³¹.

Diversamente, la norma potrebbe essere interpretata in termini maggiormente incidenti sul funzionamento della società, anche se non del tutto corrispondenti alla lettera della legge, nel senso dell'imposizione di maggioranze diverse da quelle previste dal diritto comune societario, a favore del ceto professionale.

Entrambe le soluzioni prospettate si confrontano, poi, con il possibile intervento dell'autonomia statutaria che, per favorire ancor più, rispetto alla legge, la posizione del ceto professionale, è in condizione di predisporre specifiche clausole che aumentino la misura della prevista *relazione*, fino al punto da imporre che alcune decisioni, le più importanti, debbano essere supportate dall'unanimità dei consensi dei professionisti³².

A ciò si aggiunge la possibilità di regolare i rapporti tra i soci, nelle società tra professionisti di capitali, mediante la previsione del voto capitaro. Tale modalità di voto, valorizzando la volontà del singolo indipendentemente dall'ammontare della partecipazione, risulta particolarmente adatta a

creditori, pare ragionevole ritenere che, nel caso in cui l'esclusione comporti il rimborso della partecipazione mediante una riduzione del capitale sociale, non resti che provvedere alla liquidazione della società; in argomento, in generale, si rinvia a P. PISCITELLO, *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, in P. Abbadessa, G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Torino, 2007, 741; B. PETRAZZINI, *L'esclusione del socio nella s.r.l.*, in M. Sarale (diretto da), *Le nuove s.r.l.*, Torino, 2008, 286. Una questione a parte attiene al possibile inserimento di clausole di esclusione coinvolgenti i soci investitori, nel silenzio del legislatore: anche l'investitore, infatti, può rendersi protagonista di vicende in grado di minare il rapporto di fiducia e, in generale, la reputazione della società e, di riflesso, dei soci; ove possibile, la previsione di specifiche cause di esclusione per gli investitori consentirebbe di meglio perseguire gli scopi specifici della s.t.p. e di adattare il tipo prescelto all'esercizio dell'attività professionale.

³¹ La regola della necessaria prevalenza del ceto professionale nella misura dei due terzi ha certamente una forte efficacia in termini di identificazione del modello societario professionale, dato che in mancanza di questa disposizione, che indica la misura dei rapporti di forza, l'unico limite sarebbe stato la non ammissibilità di una società tra professionisti costituita tra soli soci capitalisti [in argomento, rinvio alle considerazioni di M. CIAN, *La nuova società tra professionisti*, (nt. 19), 9]. Si tratta, però, di una disposizione che caratterizza solo formalmente il modello societario professionale, dato che presuppone una non sempre presente unicità di vedute all'interno del ceto professionale; in caso di disaccordo tra i professionisti potrebbe prevalere (ma naturalmente ciò dipende dai concreti rapporti di forza all'interno della società) il gruppo di professionisti che si allea con i non professionisti, i quali si rivelerebbero in questo modo determinanti nei rapporti di forza interni.

³² La condizione posta dall'art. 10, quarto comma, lett. b) potrebbe essere pienamente soddisfatta anche in presenza di un numero di soci professionisti o di una partecipazione al capitale degli stessi che costituisca di fatto una *minoranza*, ma abbia in virtù di specifiche clausole statutarie il potere, complessivo, di prevalere sulla volontà dei soci privi della qualifica professionale. Per quanto riguarda le s.r.l., la norma che dispone la prevalenza del ceto professionale deve coordinarsi con la previsione di diritti particolari dei soci ex art. 2468, terzo comma, aventi ad oggetto la decisione, o il veto, nelle materie che sono affidate alle deliberazioni e o alle decisioni dei soci; in argomento, rinvio all'analisi di M. CIAN, *La nuova società tra professionisti*, (nt. 19), 11.

garantire il principio di prevalenza del ceto professionale previsto dall'art. 10, quarto comma, lett. b). Giusta la disposizione dell'art. 2351, terzo comma, norma che attenua la regola generale *one share one vote*, potrebbe essere possibile ammettere, nelle s.p.a. chiuse, la clausola del voto per teste³³, considerandola una particolare versione del voto a scalare, o meglio la sua massima estremizzazione³⁴.

Il voto capitarario, invece, non risulta permesso nelle s.r.l., alla luce del disposto dell'art. 2479, quinto comma, perché il voto di ciascuno vale in misura proporzionale alla partecipazione³⁵.

La disposizione contenuta nell'art. 10, quarto comma, lett. b), risulta corredata da una vigorosa sanzione³⁶, che denuncia la centralità di tale regola in ordine alla stessa *riconoscibilità* dell'ente quale società tra professionisti. La sanzione in questione, infatti, non si limita ad incidere sulla *qualifica* professionale della società, con la prevista cancellazione dall'albo, ma colpisce la stessa esistenza dell'ente, per il quale impone lo scioglimento³⁷.

Ad una prima lettura, tale disposizione appare eccessivamente severa, in quanto si potrebbe supporre che la cancellazione dall'albo sia una sanzione sufficiente per impedire il proseguimento di attività non (più) consentite. A tale severità, però, non segue pari efficacia, poiché, mentre un soggetto terzo, appunto l'ordine o il collegio professionale, potrà disporre la cancellazione dall'albo, viceversa, il verificarsi di una causa di scioglimento deve, secondo le regole generali (art. 2484), essere accertato dagli stessi amministratori della società, che in ipotesi di omissione risulteranno personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dai terzi (art. 2485); oppure dal tribunale, ma su istanza dei soci, degli amministratori o dei sindaci.

³³ Si veda A. BLANDINI, *Le azioni a voto limitato nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 485, e MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, 98.

³⁴ Cfr. C. FORMICA, *sub 2351*, in A. M. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011, 363 e G. PALMIERI, *Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.*, in *Riv. Soc.*, 2012, 901.

³⁵ Si tratta di una regola derogabile solo limitatamente ai già evocati diritti *ad personam* previsti dal terzo comma dell'art. 2468. Sull'inammissibilità, nella s.r.l., del voto per teste, limitato, condizionato, scalare, multiplo, ecc., si rinvia a G. PALMIERI, *Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.*, (nt. 34), 877; L. SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. impr.*, 2003, 1361 e N. ABRIANI, *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Milano, 2012, 208.

³⁶ Si tratta di una norma imperativa, pertanto eventuali patti parasociali stipulati in contrasto con essa sono colpiti da nullità virtuale.

³⁷ La società tra professionisti risulta soggetta anche alle altre cause di scioglimento previste per il modello codicistico di riferimento, cause di scioglimento che possono discendere dal verificarsi di eventi predeterminati, quali la scadenza del termine di durata previsto nell'atto costitutivo e le altre cause previste nell'atto costitutivo, eventualmente connesse alle specificità della s.t.p.; a queste si aggiungono le cause di scioglimento anticipato, quali la volontà dei soci e il provvedimento dell'autorità governativa. In particolare, l'inattività degli organi sociali può discendere da un insanabile dissidio tra i soci, specialmente tra i soci professionisti, e la specifica rilevanza esterna di tali soggetti, unita alla generale difficoltà di scindere le scelte economiche professionali da quelle personali, induce a considerare con maggiore attenzione i casi di paralisi o inattività dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, quando derivino da un contrasto oggettivamente insanabile.

La mancata previsione di una legittimazione di terzi a promuovere l'accertamento della causa di scioglimento rende, come si diceva, meno incisiva la disposizione posta a salvaguardia della prevalenza del ceto professionale, a meno di non inquadrare tale vicenda, forzando notevolmente la lettera della legge³⁸, nel novero delle cause nullità della società: nullità per illiceità dell'oggetto sociale o, direttamente, per la violazione dell'art. 10, quarto comma, lett. b) - norma che, dunque, per le sole s.t.p. aggiungerebbe un'ulteriore ipotesi di nullità, accanto a quelle di diritto societario "comune". In ogni caso, senza voler estendere la nullità oltre i propri naturali confini, gli effetti della violazione della norma che impone la prevalenza del ceto professionale sono analoghi agli effetti della nullità delle società e la disciplina dettata per le s.t.p. consente, inoltre, di sanare l'irregolare situazione mediante un intervento successivo, che ristabilisca *la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi*³⁹.

Quando, poi, non risulti possibile ristabilire la prevalenza del ceto professionale, lo scioglimento potrebbe essere evitato, ricorrendo alle regole codicistiche, per il tramite di una delibera di cambiamento dell'oggetto sociale. Soccorre, a tale proposito, la norma contenuta nel penultimo comma dell'art. 2332, ove si dispone che la nullità non può essere dichiarata - e, dunque, non si fa luogo alla nomina dei liquidatori - quando la causa della stessa sia stata eliminata. La società potrà, in questo contesto, proseguire con un diverso oggetto sociale, naturalmente priva della qualifica professionale che la contraddistingueva. Tale soluzione, benché non immediatamente riferibile al dettato legislativo, appare come più aderente al principio generale di conservazione dell'impresa; diversamente, anche ritenendo necessario procedere allo scioglimento in mancanza del ristabilimento della prescritta prevalenza dei soci professionisti, non potrebbe essere impedita una tempestiva trasformazione, possibile appunto, com'è noto, anche per le società in liquidazione, oltre che per quelle sottoposte ad una procedura concorsuale (art. 2499)⁴⁰.

Gli effetti dello scioglimento si riverberano sull'attività comune e, naturalmente, sugli incarichi già assegnati ai professionisti per l'esecuzione, incarichi che potrebbero non essere esauriti, né potrebbe ipotizzarsi un automatico "riparto" a favore dei soci professionisti, salvo naturalmente che ciò sia stato oggetto di un'apposita pattuizione⁴¹.

³⁸ I casi di nullità previsti dall'art. 2332 attengono a vizi genetici della società, relativi alla forma dell'atto costitutivo, all'oggetto sociale o alla mancanza, nell'atto costitutivo di determinati elementi; diversamente, la mancata prevalenza dei professionisti potrebbe derivare da fatti sopravvenuti; ciò rende difficilmente inquadrabile la vicenda nell'ambito della nullità della società.

³⁹ Si può ritenere che in pendenza del termine perentorio di sei mesi, alla scadenza del quale la società si scioglie, la società possa continuare a svolgere la propria attività professionale, naturalmente purché vi sia almeno un socio professionista che possa eseguire l'incarico. Si tratta, dunque, di un periodo durante il quale la società mantiene la qualifica professionale e continua a svolgere l'attività, pur avendo ricevuto una sorta di "avviso".

⁴⁰ Sul punto, rinvio a MONTAGNANI, *sub* artt. 2462-2510, in *Comm. Sandulli, Santoro*, Torino, 2003; D. SANTOSUOSSO, *sub* art. 2499, in *Comm. Niccolini, Stagno D'Alcontres*, Napoli, 2004.

⁴¹ In tali circostanze resta, comunque, aperta la questione relativa alla responsabilità professionale. La lacuna legislativa sul punto impone all'autonomia statutaria di intervenire predisponendo, ad esempio, forme di assegnazione dell'incarico, quali

4. *L'amministrazione della società.*

L'art. 10, quarto comma, lett. b), nel delineare i rapporti di forza tra il ceto professionale e gli altri soci, si occupa espressamente delle sole decisioni dei soci e non dà indicazioni in ordine all'amministrazione della società: nulla è previsto in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori, né in ordine alla composizione del consiglio di amministrazione⁴². Dalla disposizione appena richiamata si desume che gli amministratori sono, di regola, espressione della volontà del ceto professionale, cui la legge affida la sovranità sulla società, ma non è ricavabile se si possano designare quali amministratori i non professionisti⁴³.

4.1 *Amministrazione e oggetto sociale della società "professionista".*

Per poter affrontare la questione dell'amministrazione della s.t.p. è necessario tornare a riflettere sulla natura dell'ente: come si accennava, infatti, il legislatore non crea un modello autonomo, ma rinvia ai "modelli societari" e tale tecnica normativa si presta a più soluzioni interpretative, fra loro molto diverse, fra le quali si può annoverare anche una lettura decisamente "restrittiva" che, lungi dall'aprire alla generale ammissibilità di vere e proprie società, anche di capitali, tra professionisti, a pieno titolo appartenenti al tipo prescelto dai soci in sede di costituzione, ricostruisca il riferimento ai "modelli societari" contenuto nella l. 183/2011 unicamente come un mero rinvio alla (sola) disciplina dei tipi delle società lucrative e delle cooperative (rinvio che, per vero, sarebbe espresso, se così inteso, in termini piuttosto enfatici), in un contesto di piena e assoluta separatezza fra i tipi societari codicistici e le "società" tra professionisti.

Se ci si pone nell'appena descritta prospettiva, il richiamo alle regole contenute nei titoli V e VI del libro V del codice civile legittimerebbe solo una ricostruzione *per rinvio* del funzionamento dell'ente, senza per questo chiarire la natura dello stesso. Nonostante il *nomen* "società", l'ente in questione,

cessioni del contratto, regolando conseguentemente gli aspetti patrimoniali, dato che il professionista dopo la cessione riceverà direttamente il compenso pattuito per la prestazione.

⁴² Cfr. G. MARASÀ, *I confini delle società tra professionisti*, (nt. 18), 404. Il controllo sulla *governance* risulta affidato *ex ante* al notaio e all'ordine, in sede di iscrizione all'albo, con una probabile particolare attenzione, da parte dell'ordine professionale, per la salvaguardia delle "ragioni" della professione (riservatezza, segreto professionale, prevenzione dei conflitti di interesse).

⁴³ Il problema era già stato preso in considerazione dal legislatore, dato che nelle bozze della l. 183/2011, come segnalato dal Consiglio Nazionale Forense, si prevedeva per i soci non professionisti il divieto, poi cancellato, di partecipare all'amministrazione della società. Prima ancora, nella bozza del regolamento attuativo della legge Bersani, predisposta dal Ministero di Grazia e Giustizia, si apriva alla possibilità di s.t.p. nella forma di società di capitali, con soci non professionisti, con la previsione secondo cui l'organo di amministrazione della società avrebbe dovuto essere formato in maggioranza dai soci professionisti; a costoro avrebbero dovuto essere riservate le cariche di presidente e amministratore delegato. Il parere negativo del Consiglio di Stato, il 9 marzo 1998, ha bloccato l'iter del provvedimento; in argomento, rinvio a A. DI CARO, *Il modello della STP*, in *Le Società*, 2001, 1163 e A. BERTOLOTTI, *Disposizioni generali sulle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Rescigno, XVI, *Impresa e lavoro*, t. 1, Torino, 2008, 153.

dedicato all'esercizio delle professioni "protette", risponderebbe a principi autonomi, ai quali si dovrebbero per conseguenza piegare le ordinarie norme societarie. Una simile lettura risulta coerente con le molteplici soluzioni conosciute dalla nostra tradizione giuridica e utilizzate dalla prassi quali strumento o ausilio all'attività del professionista iscritto ad un ordine: si pensi alle *società di mezzi*, cioè alla costituzione di un organismo avente la sola funzione di agevolare o rendere meno onerosa l'attività dei singoli professionisti, i quali restano così gli esclusivi titolari di ogni aspetto della prestazione professionale⁴⁴; si pensi, altresì, al possibile ausilio all'attività professionale da parte di un ente che abbia il mero ruolo di mandatario per la stipulazione di contratti relativi alla prestazione professionale, per conto ed eventualmente nel nome del professionista⁴⁵: sempre presupponendo un'interpretazione riduttiva del rinvio contenuto nel terzo comma dell'art. 10, una ricostruzione della società tra professionisti quale mandatario per la stipulazione presso la clientela di contratti, relativi alla prestazione professionale, potrebbe dirsi anche coerente con una forte (e probabilmente eccessiva) valorizzazione

⁴⁴ La dottrina meno recente ha ipotizzato situazioni di comproprietà di strumenti necessari per l'esercizio della professione e di riparto delle spese per i beni di cui ciascun professionista si serve individualmente: A. GALLO, *Società di professionisti e società di progettazione: una confusione non ancora superata*, in *Giur. di merito*, 1981, I, 918; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 213 e 214, nota 209; C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica delle società di professionisti*, (nt. 23), 118; G. SCHIANO DI PEPE, *Spunti di una riflessione in tema di società tra professionisti*, in *Riv. not.*, 1976, 972; ID., *Le società di professionisti*, Milano, 1977, 81 ss. L'ordinamento francese conosce e regola da tempo la *société civile de moyens (SCM)*: l'art. 36, l. n. 66/879 del 29 novembre 1966, stabilisce infatti che: "Nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires, les personnes physiques ou morales exerçant des professions libérales et notamment les officiers publics et ministériels, peuvent constituer entre elles des sociétés civiles ayant pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité. A cet effet, les associés mettent en commun les moyens utiles à l'exercice de leurs professions, sans que la société puisse elle-même exercer celle-ci". Nel nostro ordinamento la formula *società di mezzi* è legata alla nozione di società propria del previgente codice civile: l'art. 1705, infatti, consentiva a più persone di costituire una società per assicurarsi determinate cose o il loro uso o i frutti di queste; in tale caso faceva difetto il fine della divisione degli utili sancito dall'art. 1697 (che dava la definizione generale di società), ma vi era un fine più specifico, ovvero l'uso dei beni; la scomparsa di una nozione di società di stampo precapitalistico conferma l'uso non tecnicamente corretto in tale caso del termine "società" e testimonia l'abbandono dell'antica società di stampo romanistico, con l'affermazione di un modello di società che si manifesta all'esterno e che si pone, almeno dal punto di vista patrimoniale, come un ente staccato dalle persone dei singoli soci; per gli effetti di tale mutamento di prospettiva sulla possibilità di concepire una società tra professionisti, data la scomparsa della società civile, rinvio a M. RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, (nt. 4), 20.

⁴⁵ Una forma di collaborazione fra professionisti è l'assunzione, anche sistematica, di incarichi da parte di più professionisti, come nel caso di mandato legale passivamente collettivo, di progetto architettonico collettivo e del consulto medico; in argomento, rinvio a P. SPADA, *Tipicità delle società ed associazioni "atipiche" fra professionisti*, (nt. 23), 117, ivi 121; in questi casi si verifica un "concorso paritetico" alla produzione del servizio intellettuale che si differenzia dalla collaborazione di sostituti o ausiliari, ma che non è tale da trasferire il centro di imputazione dell'attività intellettuale dal singolo professionista al "gruppo", così che, se il rapporto intercorre fra il cliente e una pluralità di professionisti, ad ognuno deve riconoscersi "la piena libertà di accettare o meno l'incarico, di recedere dal contratto in qualsiasi momento (persino in mancanza di giusta causa, sia pure, in tale caso con accollo della conseguente responsabilità) e di scegliere le concrete modalità di esecuzione dell'opera": P. SCHLESINGER, *Problemi di riforma della disciplina positiva nella prestazione d'opera intellettuale*, in AA.VV., *Le società tra professionisti*, Milano, 1973, 81 e 90. Se invece il rapporto intercorre tra il cliente e una società di professionisti, ogni decisione non è più individuale, ma di gruppo, sia che riguardi l'accettazione dell'incarico, il recesso dal contratto o una determinata linea d'azione piuttosto che un'altra: V. BUONOCORE, *Primi orientamenti della giurisprudenza ordinaria in tema di società professionali*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 89; G. DE FERRA, *Società di professionisti e società professionali*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 387; C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica delle società di professionisti*, (nt. 23), 113; cfr. altresì, in ordine alla differenza tra il coordinamento di più attività individuali e l'esercizio di un'attività comune: P. SPADA, *La tipicità delle società*, (nt. 44), 152.

della norma contenuta nel quarto comma dell'art. 10, l. 183/2011 che, imponendo l'*esercizio in via esclusiva* dell'attività professionale *da parte dei soci*, concentra in capo ai *soci professionisti-persone fisiche* l'attuazione del contratto⁴⁶.

Una diversa lettura delle nuove norme, di certo più coerente con il generale disegno delle liberalizzazioni, attribuisce alla l. n. 183/2011 il significato più profondo di consentire l'accesso all'attività economica professionale alle società regolate nei titoli V e VI del libro V del codice civile, società che si aggiungono alle persone fisiche, cui tale accesso era tradizionalmente riservato. Le società tra professionisti cui fa riferimento la legge citata sono, per conseguenza, *vere e proprie società* che, come tali, partecipano alla natura delle società "comuni", con la conseguente piena applicazione dei relativi principi e delle modalità di funzionamento; risultano, per conseguenza, ammissibili le sole deroghe necessarie per la tutela degli interessi generali, deroghe che sono espressamente indicate nell'art. 10, l. n. 183/2011⁴⁷.

⁴⁶ Date tali premesse, la "società" fra professionisti potrebbe legittimamente atteggiarsi quale contratto con comunione di scopo, naturalmente quando risultino coinvolti più consoci, o contratto di collaborazione, che presenta rilevanti affinità funzionali con i modelli organizzativi tradizionali quali le associazioni, o meglio le cooperative e i consorzi con attività esterna. L'espressione "società tra professionisti" farebbe riferimento ad una sorta di "agenzia" per la stipulazione dei contratti relativi all'attività professionale; anzi sarebbe proprio la normativa in esame a consentire che tali contratti possano essere stipulati non direttamente dai professionisti che eseguiranno personalmente la prestazione d'opera intellettuale, bensì da un ente, di cui i professionisti risultino essere i componenti e i mandanti. In questa prospettiva, la "società" tra professionisti dovrebbe essere intesa come un ente di diritto speciale, caratterizzato dallo scopo mutualistico, rivolto concretamente ad incrementare il profitto del singolo e non alla realizzazione di un lucro in capo al gruppo dei soci o all'ente personificato, cui far seguire la successiva ripartizione dell'utile in proporzione ai conferimenti effettuati; per una ricostruzione della "società di professionisti" che riguarda l'assetto organizzativo e gestionale e non quello professionale, cfr. C. STOLFI, *Struttura e natura giuridica delle società di professionisti*, (nt. 23), 120 ss., ivi 123. La società tra professionisti, così intesa, presenterebbe forti affinità con la società consortile, avendo altresì in comune con quest'ultima la necessaria *qualifica* dei soci: *imprenditoriale*, per le società consortili; *professionale*, per le società tra professionisti. In assenza di tali disposizioni, infatti, nessun soggetto dovrebbe reputarsi legittimato a stipulare tali negozi, salvo il caso in cui sussista un apposito mandato da parte del professionista medesimo e ciò sia consentito dall'ordinamento professionale di riferimento. Affinità strutturali potrebbero essere riscontrate, altresì, con il Gruppo Europeo di Interesse Economico, il cui scopo consiste nel facilitare o sviluppare l'attività economica degli aderenti per permettere loro di migliorare i propri risultati: l'art. 3 del regolamento CEE n. 2137/85 assegna al GEIE un ruolo rigorosamente ausiliario e strumentale alle attività dei partecipanti, escludendo l'esercizio di un'attività del gruppo che possa avere "lo scopo di realizzare profitti per se stesso"; pertanto, l'attività dell'ente si collega e non si sostituisce all'attività economica dei suoi membri, avendo lo scopo di agevolare le posizioni dei singoli, mediante la predisposizione di un insieme di servizi che siano in grado di far conseguire un vantaggio economicamente valutabile in capo ai singoli partecipanti, i quali in tal modo incrementerebbero il proprio profitto individuale: in argomento, rinvio a M. SARALE, *Consorzi e società consortili*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. III, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, 438. Il GEIE, come il consorzio, si caratterizza per essere un ente strumentale e di ausilio, dotato di vocazione mutualistica: G. VOLPE PUTZOLU, *Geie e consorzi*, in *Società*, 1990, 172. Secondo questa prospettiva, la "società" tra professionisti avrebbe, in realtà, uno scopo mutualistico, rivolto concretamente ad incrementare il profitto del singolo e non alla realizzazione di un lucro in capo al gruppo dei soci o all'ente personificato, cui far seguire la successiva ripartizione dell'utile in proporzione ai conferimenti effettuati.

⁴⁷ A tale proposito si può richiamare il dibattito che ha coinvolto le società consortili, in occasione del quale si sono poste numerose questioni interpretative relative all'esigenza di armonizzare la disciplina dettata per il modello societario prescelto con gli scopi consortili. Si ricorda, tra i temi che sono stati oggetto di attenzione in ragione della qualifica imprenditoriale dei

La società tra professionisti svolge un'attività economica *professionale* e si pone nei confronti della clientela, o per utilizzare la terminologia del legislatore, degli "utenti", quale controparte contrattuale. In questo contesto, l'esercizio in comune dell'attività economica-professionale incontra un (solo ma importante) limite nella disposizione contenuta nell'art. 10, quarto comma, lett. c), che, ai fini dell'acquisizione della *qualifica professionale*, impone all'autonomia statutaria la predisposizione di specifici criteri e modalità affinché *l'esecuzione dell'incarico* sia affidata solo a soci professionisti⁴⁸.

4.2 *Amministrazione ed esecuzione della prestazione professionale.*

La società "professionista" presenta taluni aspetti particolari, che discendono sia dalla rilevanza della persona del socio professionista, sia dalla sussistenza di un oggetto sociale professionale, con la conseguente sottoposizione dell'ente ai poteri dell'ordine presso il cui albo risulta iscritto. In tale contesto, l'amministrazione della società tra professionisti assume inevitabilmente alcuni connotati peculiari, in ragione della necessità di armonizzare specifiche caratteristiche, tra loro difficilmente conciliabili: da una parte, la comunanza dell'attività con altri soggetti, anche non professionisti e, dall'altra, la riserva di esecuzione della prestazione in capo al socio professionista designato⁴⁹.

Il tema del corretto rapporto fra l'esecuzione riservata al socio professionista (art. 10, quarto comma, lett. c) e la gestione della società costituisce la chiave di volta del sistema.

L'individuazione del socio professionista esecutore non si pone necessariamente in contrasto con la predisposizione *comune* di particolari procedure o modalità di svolgimento dell'incarico, con la

consorziate, il problema relativo all'ammissibilità di deliberazioni unanimi, quando l'ente abbia assunto il modello della società per azioni: sul punto rinvio allo Studio 187/2011/I (D. SANTOSUOSSO) del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 31 maggio 2011. La soluzione a tale questione e a questioni analoghe si fonda sull'individuazione del corretto rapporto tra la causa societaria (art. 2247) e i fini consortili (art. 2602): chi considera prevalenti i fini consortili attribuisce anche al consorzio in forma societaria la natura di contratto associativo misto (M. MALESANI, *sub* 2615 *ter*, in A. M. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011); diversamente, chi ritiene che la qualifica consortile non determini la configurazione di un tipo societario *sui generis*, ma connoti unicamente le finalità (appunto, consortili) di tali società, ritiene consentiti, rispetto alla disciplina prevista per le società, solo quei temperamenti che possano trovare ingresso tramite l'autonomia statutaria, fatte salve le norme societarie inderogabili qualificanti il tipo societario prescelto: in argomento, si rinvia a M. SARALE, (nt. 46), 541 ss.; ID., *La posizione della Cassazione sulla disciplina delle società consortili: i limiti della rilevanza causale sulla forma societaria*, in *Giur. comm.* 2005, II, 396 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le società consortili*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1998.

⁴⁸ La Riforma Forense, pur con la descritta maggiore cautela, si pone sulla stessa lunghezza d'onda, posto che l'art. 4 della l. n. 247/2012 distingue nettamente la condizione dell'associazione tra avvocati dall'esercizio in comune dell'attività professionale, previsto dall'art. 5, in cui l'incarico professionale è conferito direttamente alla società.

⁴⁹ In ordine alla natura fiduciaria del rapporto fra il cliente e il professionista, con riferimento però alla normativa previgente, rinvio a G. SCOGNAMIGLIO, *Amministrazione e responsabilità nelle società tra avvocati*, in *Riv. dir. imp.*, 2003, 328.

determinazione *da parte del gruppo* del prezzo delle prestazioni professionali e con la fissazione di regole operative omogenee ulteriori rispetto alle norme di legge e alle regole deontologiche. Risultano, di conseguenza, di competenza degli amministratori attività per certo inibite alla società di mezzi, in quanto non meramente prodromiche rispetto al momento *professionale*, quali la ricezione e l'accettazione degli incarichi professionali (che saranno affidati ai soci per l'esecuzione)⁵⁰; la concreta regolazione del rapporto professionale, regolazione che confluisce nel contenuto dei contratti di prestazione d'opera professionale⁵¹; l'attività di coordinamento delle tariffe dei diversi professionisti; la presentazione delle parcelle e la riscossione, fino all'eventuale recupero dei crediti⁵². Inoltre sono di competenza degli amministratori, e contestualmente si pongono in continuità con l'attività professionale, le decisioni di carattere strategico, quali la scelta dei settori ove investire e gli ambiti professionali con riferimento ai quali focalizzare l'attività sociale. La società, poi, nonostante la prevista *riserva di esecuzione*, conserva un potere-dovere di vigilanza, preordinato ad assicurare che la prestazione professionale sia eseguita in tempo utile; di conseguenza gli amministratori possono sollecitare il professionista incaricato, proporre l'eventuale sua sostituzione al cliente e adottare i provvedimenti opportuni o necessari per non incorrere in sanzioni da parte dell'ordine presso il cui albo è iscritta la società⁵³.

⁵⁰ L'architettura interna della società dovrebbe, dunque, essere in grado di garantire l'indipendenza del professionista esecutore e, contestualmente, di consentire alla società, in virtù della piena titolarità del rapporto, di revocare l'incarico a tutela della propria posizione di controparte nel rapporto d'opera professionale; inoltre, le vicende del professionista esecutore, quali l'*exit* dello stesso dalla società, impongono alla società stessa di provvedere per assicurare la continuità nell'espletamento dell'incarico. In questa peculiare condizione, che il legislatore ha completamente ignorato, ma che costituisce il momento nodale della s.t.p., si rivelano di difficile soluzione questioni pratiche che si pongono sulla *borderline* tra l'esecuzione della prestazione e la gestione dell'attività nel suo complesso: si pensi all'esercizio da parte della società del diritto - eventualmente pattuito nel contratto di prestazione d'opera professionale - di recedere dal rapporto con il cliente, o alla domanda giudiziale di risoluzione del contratto medesimo in assenza di una concorde volontà del socio professionista esecutore. Si pensi, ancora, sul diverso versante dei rapporti interni, alla revoca dell'incarico affidato al socio, quando ciò risulti necessario per la condotta dello stesso socio attuata in violazione delle regole deontologiche.

⁵¹ Come si accennava, uno dei maggiori elementi di ambiguità dell'impianto relativo alle s.t.p. riguarda proprio il rapporto tra l'esecuzione della prestazione e l'attività di gestione dell'ente che è parte del rapporto di prestazione d'opera intellettuale, con la conseguente necessità di comprendere se la necessaria esecuzione da parte di un professionista implichi necessariamente l'assunzione da parte dei professionisti (e solo di essi) della carica di amministratore; in argomento, si veda *infra* il testo e G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti. Impresa professionale e società tra professionisti*, Milano, 1977, 192. L'estensione del potere di gestione delinea l'estensione del potere di rappresentanza, così che l'amministratore munito del potere di rappresentanza avrà il potere di compiere tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale, salve le limitazioni risultanti dall'atto costitutivo o dalla procura.

⁵² La fase finale del rapporto, ad esempio, vede un'evidente sovrapposizione di competenze fra l'attività esecutiva del socio amministratore e l'attività di gestione, come nel caso dell'eventuale recupero del credito presso il cliente in presenza delle medesime esigenze di riservatezza che caratterizzano il rapporto esclusivo con il professionista; con riferimento all'intero rapporto con il cliente, inoltre, la tenuta dell'archivio delle pratiche e l'elaborazione elettronica dei dati seguono logiche diverse rispetto alle imprese commerciali: in argomento, rinvio a M. CIAN, *La nuova società tra professionisti*, (nt. 19), 18 ss.

⁵³ Infatti, neppure in seguito all'affidamento dell'incarico potrebbe dirsi spostata la titolarità del rapporto, il quale non cessa di far capo alla società, la società non agisce come rappresentante del socio, né è configurabile un contratto a favore del

Dunque, nelle società tra professionisti esiste, e non è mai completamente evitabile, una sorta di “endemica” sovrapposizione tra l’attività amministrativa e l’attività esecutiva, dato che gli atti di gestione possono influenzare direttamente o indirettamente gli atti esecutivi del rapporto ed essere determinanti per delineare la stessa fisionomia della prestazione professionale resa da parte del socio professionista incaricato.

Date le circostanze, risulta ragionevole, e in linea con un criterio ermeneutico conservativo del significato della norma, attribuire alla stessa una portata tale da ancorare l’esclusiva del socio professionista incaricato, prevista dall’art. 10, quarto comma, lett. c), alla tutela del singolo utente, quale garanzia di riservatezza e preservazione del segreto sulle sole informazioni sensibili⁵⁴.

Tale ricostruzione risulta coerente con l’*esercizio in comune* dell’attività professionale, materialmente *svolta* (utilizzando un termine che evoca l’attuazione materiale ed esecutiva di un’attività, come si ricava dalla lettera dell’art. 2602, in tema di consorzi) da un soggetto – persona fisica – determinato. La società che esercita l’attività professionale mantiene, con il limite dell’esecuzione diretta, la titolarità dell’attività medesima: l’ente, infatti, rimane responsabile per gli obblighi nei confronti di controparte, indipendentemente dall’avvenuta designazione del socio professionista esecutore⁵⁵.

4.3 I requisiti soggettivi degli amministratori.

Il tema della ricostruzione dell’ampiezza dell’attività amministrativa in rapporto con la riserva di esecuzione è strettamente connesso con l’individuazione dei requisiti soggettivi degli amministratori: ci si chiede se, data la già descritta “endemica” sovrapposizione tra l’attività amministrativa e l’attività esecutiva, gli amministratori, o la maggioranza di essi, debbano necessariamente essere scelti tra i professionisti.

Nel silenzio del legislatore circa la *governance* delle s.t.p., l’unico indizio normativo a disposizione è rappresentato dall’art. 12 del regolamento⁵⁶, che sancisce la responsabilità disciplinare della società in

terzo; con riferimento alla società tra avvocati, rinvio ad A. VISCUSI, *La società tra avvocati: il regime della responsabilità patrimoniale, professionale e disciplinare*, in *Riv. dir. imp.*, 2003, 353.

⁵⁴ In argomento, per l’analisi del significato, in tale contesto, dell’*esecuzione* della prestazione da parte del socio professionista, rinvio a M. ZACCHEO, *Società tra professionisti e professioni protette*, in *Le Società*, 2012, 18.

⁵⁵ Confermata la natura societaria dell’ente, il rischio connesso all’esercizio dell’attività professionale - rischio che, in diversi contesti, è definibile come “rischio d’impresa” - grava direttamente sull’organizzazione comune: nel caso di s.t.p. in forma di società di capitali, per esempio, non potranno essere chiesti ai soci apporti ulteriori rispetto al conferito, né si potrà far obbligo ai medesimi di apportare quanto necessario per il perseguimento degli scopi dell’ente, come accade, invece, per gli imprenditori riuniti in un consorzio.

⁵⁶ Decr. 8 febbraio 2013, n. 34, Regolamento in materia di società per l’esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico, ai sensi dell’articolo 10, comma 10, della legge 12 novembre 2011, n. 183; art. 12: “Ferma la responsabilità disciplinare del socio professionista, che è soggetto alle regole deontologiche dell’ordine o collegio al quale è

solido con il professionista per le violazioni compiute dal professionista medesimo, quando il fatto sia riconducibile alle direttive impartite dalla società⁵⁷; tale norma, oltre ad evidenziare lo stretto collegamento tra la fase esecutiva e l'attività comune, evidenzia la necessità dello scambio di informazioni relative all'attività professionale fra il socio esecutore e gli amministratori, i quali hanno correlativamente il diritto di essere informati sull'esecuzione dell'incarico, salvi i soli dati coperti da segreto professionale.

Una soluzione legata ad una visione molto tradizionale del fenomeno⁵⁸ potrebbe individuare gli amministratori della s.t.p. direttamente, e di fatto, nei soci professionisti di volta in volta incaricati dell'esecuzione dei singoli incarichi: il socio professionista assumerebbe così la veste di naturale gestore della società⁵⁹, sottoposto - anche se non formalmente nominato amministratore - ai doveri di natura generale previsti dalla disciplina in tema di amministrazione societaria, quali le norme che impongono di agire con diligenza e senza conflitti di interessi.

La ricostruzione del sistema di *governance* della società tra professionisti in termini di *amministrazione diffusa*, in quanto attribuita di volta in volta ad ogni professionista incaricato, non

iscritto, la società professionale risponde disciplinarmente delle violazioni delle norme deontologiche dell'ordine al quale risulta iscritta. Se la violazione deontologica commessa dal socio professionista, anche iscritto ad un ordine o collegio diverso da quello della società, è ricollegabile a direttive impartite dalla società, la responsabilità disciplinare del socio concorre con quella della società". Una simile possibilità è, per vero, contemplata espressamente dal legislatore anche per le società tra avvocati nell'art. 30, secondo comma, d.lgs. n. 96/2001, ove si prevede che, se la violazione è commessa dal socio, ma risulti ricollegabile alle direttive impartite dalla società, la responsabilità disciplinare del socio concorre con quella della società, la quale risponde delle violazioni di norme professionali e deontologiche.

⁵⁷ La violazione può, pertanto, essere ricollegabile alle direttive impartite dalla società, o meglio dai suoi amministratori, ed è prevista sul presupposto di fatto dell'esistenza di un flusso di istruzioni, indipendentemente dalla circostanza che il socio sia tenuto o meno ad eseguirle: in argomento, si veda M. CIAN, *Gli assetti proprietari delle società tra professionisti*, in *NLCC*, 2013, 343.

⁵⁸ Benché per le s.p.a. resti lo scoglio del principio contenuto nell'art. 2380 *bis*, secondo una parte della dottrina uno degli elementi identificativi della s.t.p. sarebbe la fisiologica corrispondenza tra la qualità di socio e l'assunzione della carica amministrativa: E. CODAZZI, *La "Società professionista". Modelli di disciplina e considerazioni di sistema*, Varese, 2012, 93; cfr. A. M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali*, Milano, 2004, 185; l'equiparazione tra l'amministratore e il professionista discende da preoccupazioni circa la salvaguardia dell'indipendenza del professionista e della sua libera determinazione nello svolgimento della attività professionali [in argomento: V. BUONOCORE, *Le società di avvocati*, (nt. 4), 157] ed è altresì prevista espressamente nella società tra avvocati regolata dal d.lgs. n. 96 del 2001: l'art. 23, infatti, impone che l'amministrazione della società sia affidata ai soci, tutti necessariamente dotati della qualifica professionale, e non possa essere affidata a terzi; in argomento, rinvio a M. RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, (nt. 4), 105; G. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, (nt. 51), 179 e 192; C. MONTAGNANI, *Il "tipo" della società fra professionisti*, 1014 e P. MONTALENTI, *L'amministrazione delle società tra avvocati*, in (a cura di L. De Angelis), *La società di avvocati*, Milano, 2003, 176, ove si osserva che la norma risulta diretta ad escludere in radice la riproposizione della questione dell'ammissibilità dell'amministratore *extraneus* nelle società di persone; sempre nella società tra avvocati, si introduce come modello di *default* l'amministrazione disgiunta che, in tali circostanze, vale a creare un nesso ancora più stretto tra l'amministrazione e l'esecuzione della prestazione professionale.

⁵⁹ Mi riferisco alla gestione come dimensione fattuale e sostanziale del fenomeno: sul punto, rinvio ad C. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, 997.

convince. Rendono perplessi ragioni di coerenza con la natura societaria dell'ente, in un contesto in cui né dalla lettera della legge, né da un'interpretazione strumentale agli scopi che il legislatore si era prefissato risulta giustificato un simile scostamento rispetto ai principi societari⁶⁰. Si rinvergono nella legge, invece, segnali contrari ad una siffatto sistema di *amministrazione diffusa*: la norma contenuta nell'art. 10, settimo comma, consente al socio professionista esecutore di opporre alla società (ovvero ai suoi amministratori) il segreto e, quindi, presuppone l'alterità tra il professionista che esegue la prestazione e gli amministratori. Anzi, la necessaria comunanza dell'attività sociale-professionale fra i soci, compresi anche i consoci non professionisti, apre alla possibilità che gli amministratori di s.t.p. siano i soci non professionisti; così, del resto, ha ragionato il Consiglio di Stato nel parere del 5 luglio 2012, n. 3127, ove si prospetta l'ipotesi di amministratori non professionisti, esclusi unicamente dalla fase meramente esecutiva della prestazione professionale, necessariamente di competenza del socio professionista di volta in volta designato⁶¹.

L'ingresso di non professionisti nell'organo amministrativo non è regolato dal legislatore, che si limita ad imporre la regola della prevalenza del ceto professionale, nella misura dei due terzi, nelle sole deliberazioni e decisioni dei soci.

Il silenzio del legislatore in merito alla composizione dell'organo amministrativo comporta la possibilità che i soci eleggano i componenti dell'organo amministrativo senza particolari vincoli in merito alla sua composizione; in altre circostanze, invece, il legislatore è intervenuto sul punto, e in modo chiaro.

Si pensi alla regolazione delle società tra avvocati, per le quali l'art. 23, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, prescrive che l'amministrazione della società "spetta ai soci" – che devono essere in possesso del titolo di avvocato (art. 21) – e "non può essere affidata ai terzi"; sempre in tema di società tra avvocati, l'art. 5, secondo comma, lett. d), l. 31 dicembre 2012, n. 247, prevede che i componenti dell'organo di gestione "non possano essere estranei alla compagine sociale", la quale a sua volta risulta formata unicamente da soggetti iscritti all'albo. In tali casi è evidente la preoccupazione che la gestione non cada nelle mani di soggetti diversi dai professionisti.

In altri casi il legislatore è intervenuto espressamente per assicurare la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione ai soggetti abilitati: nelle società di revisione, infatti, la maggioranza del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione deve

⁶⁰ Si tratterebbe, in sostanza, di ricondurre la titolarità dell'iniziativa economica non alla società, ma ai soci professionisti, con la riduzione del potere di gestione alle sole attività strumentali e di contorno; tale ricostruzione sconta un vizio di impostazione, riducendo l'attività della società alla somma dell'esecuzione delle singole prestazioni; in un contesto societario, invece, il perseguimento dell'oggetto professionale e l'esecuzione della prestazione si pongono su piani differenti, in quanto il perseguimento dell'oggetto sociale è certamente compito della società, per il tramite degli organi competenti.

⁶¹ Inoltre, la presenza di amministratori non professionisti potrebbe consentire una migliore sintesi degli interessi espressi dai diversi gruppi di soci; in argomento, in generale, rinvio a H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Il governo delle società di capitali*, in AA. VV. (a cura di L. Enriques), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, 43.

essere formata da persone fisiche abilitate all'esercizio della revisione legale in uno degli Stati membri dell'Unione europea (art. 2, quarto comma, lett. b, d.lgs. n. 39/2010).

Il legislatore, dunque, quando ha voluto intervenire sulla composizione dell'organo amministrativo, ora riservando l'ingresso nello stesso solo a particolari soggetti, ora predisponendo un vincolo che vede la maggioranza dei consiglieri di amministrazione dotati di specifiche caratteristiche, è espressamente intervenuto in tal senso; con riferimento alle s.t.p., invece, il silenzio del legislatore sulla composizione dell'organo amministrativo implica la libertà, per i soci, di modulare la composizione secondo le diverse esigenze e circostanze, e attribuisce ancor maggiore centralità alla regola contenuta nell'art. 10, quarto comma, lett. b), quale norma che, imponendo a pena di scioglimento della società la prevalenza del ceto professionale nelle deliberazioni o decisioni dei soci, attribuisce sostanzialmente ai professionisti il diritto di designare chi vogliono quale amministratore della società.

Naturalmente la soluzione prospettata, con il possibile ingresso di amministratori estranei all'attività professionale ed anche, ove il tipo sociale lo consenta, di amministratori non soci, si deve confrontare con le molteplici possibilità che l'autonomia statutaria offre. Lo statuto può direttamente intervenire sui requisiti necessari per accedere alla carica di consigliere di amministrazione (art. 2387, primo comma) e può altresì modulare le regole di selezione degli amministratori ad esempio introducendo il voto di lista⁶², così modulando i rapporti tra gli interessi collettivi delle categorie di soci, quali i professionisti in generale, i professionisti appartenenti a diversi ordini professionali, nel caso di s.t.p. multidisciplinare, i soci investitori e i soci per prestazioni tecniche. La stabilità nei rapporti tra le categorie di consoci può, inoltre, essere salvaguardata dalla clausola *simul stabunt simul cadent*.

Per quanto riguarda la s.r.l., le strategie di nomina consentite all'autonomia statutaria possono inoltre avvalersi dell'attribuzione ai singoli soci professionisti di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società (art. 2468, comma terzo). In mancanza di un intervento del legislatore sulla gestione della s.t.p., anche il socio non professionista di una s.r.l. può vedersi attribuire particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società ex art. 2468, terzo comma, nel rispetto del richiamato vincolo che impone la maggioranza qualificata dei soci professionisti nelle deliberazioni e decisioni dei soci (art. 10, quarto comma, lett. b).

In generale, poi, un'ulteriore disposizione di legge, volta a limitare o modulare l'accesso di non professionisti nell'organo gestorio, quale la disposizione citata in tema di società di revisione, risulterebbe poco coerente con l'ampiezza dell'autonomia statutaria riconosciuta alle s.r.l. giusta il ruolo centrale assegnato ai soci e alle loro determinazioni nell'attività sociale⁶³. Com'è noto, infatti, nella s.r.l.

⁶² Il voto di lista per l'elezione dei componenti del consiglio di amministrazione può, ad esempio, garantire la presenza di componenti indicati dai soci non professionisti, contemperando le esigenze dei diversi gruppi di soci pur nel rispetto della regola, ricavata dal sistema, che esige che la maggioranza degli amministratori siano dotati della qualifica professionale.

⁶³ In ordine alla centralità del socio nella s.r.l. mi limito a rinviare a G. ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Studi giuridici per G. Rossi*, vol. 1, Milano, 2002, 119; ID., *Introduzione alla nuova s.r.l.*, in *Riv. Soc.*, 2003, 58.

la collettività dei soci può assumere il ruolo di organo sovrano⁶⁴, al quale sono riservate prerogative di istruzione e poteri di ingerenza nei confronti dell'organo gestorio, attraverso apposite disposizioni statutarie o la sistematica avocazione delle decisioni spettanti agli amministratori⁶⁵.

5. *L'amministrazione delle società tra professionisti di persone.*

La legge sulle s.t.p. tace anche in merito al regime legale di amministrazione delle società tra professionisti di persone, a differenza di ciò che accade per la società tra avvocati, in relazione alla quale l'art. 23, d.lgs. n. 96 del 2001, l'amministrazione disgiuntiva è indicata quale regime legale⁶⁶. Poiché, diversamente rispetto alle appena citate società tra avvocati, nelle s.t.p. possono assumere la qualifica di socio amministratore anche soggetti privi della qualifica professionale, si pone la questione relativa alla concreta configurabilità di un'amministrazione disgiunta in presenza di soci amministratori non professionisti, dato che, com'è noto, il socio amministratore può adottare le decisioni che ritiene opportune senza le garanzie di carattere procedimentale e informativo che invece caratterizzano il funzionamento dell'organo amministrativo collegiale⁶⁷.

In tali circostanze, la soluzione che meglio consente di contemperare i diversi interessi in gioco, in presenza di soci amministratori non professionisti, non risultando praticabile l'estensione della regola della prevalenza del ceto professionale prevista per le decisioni dei soci, consiste nel valorizzare gli obblighi di informazione preventiva, obblighi che si fondano sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di società. Nell'amministrazione disgiunta delle s.t.p. di persone, infatti, si pone in termini più intensi, rispetto al diritto comune societario, la questione generale relativa al diritto del singolo socio all'informazione preventiva e al correlativo obbligo del socio amministratore, che si accinge a porre in

⁶⁴ Come avviene nella GmbH tedesca, in argomento rinvio a P. RAINELLI, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non assembleari*, Milano, 2011, 5; a ciò è legato il bilanciamento cui provvede l'art. 2476, settimo comma, in tema di responsabilità civile nella quale incorrono i soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

⁶⁵ Nella s.t.p. in forma di s.r.l. il socio non amministratore può essere chiamato ad interferire nella gestione quando la società si avvalga del sistema dell'assemblea amministratrice; in ordine a tale possibilità nella s.r.l. in generale, ove può accadere che l'intera amministrazione risulti affidata ai soci, con soppressione dell'organo amministrativo, si veda: R. RORDORF, *I sistemi di amministrazione e controllo nella nuova s.r.l.*, in *Le Società*, 2003, 667; in tema di possibile spostamento di competenze, rinvio a P. BENAZZO, *La società a responsabilità limitata nella riforma del diritto societario: società di capitali o società di persone?*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 123, il quale richiama il dibattito sviluppatosi in tema di assemblea amministratrice introdotta per la piccola società cooperativa dall'art. 21, l. 266 del 1997; cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, (nt. 30), 937 ss. e SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (Guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 491, nota 11.

⁶⁶ In argomento, rinvio a P. MONTALENTI, *L'amministrazione delle società tra avvocati*, (nt. 58), 179.

⁶⁷ Sul punto, rinvio alle considerazioni di E. CODAZZI, *La società professionista*, (nt. 58), 96; sull'eventuale veto posto dal socio amministratore decidono i soci con la maggioranza prevista dall'art. 10, quarto comma, lett. b).

essere un atto o un'operazione, di informare gli altri delle proprie intenzioni⁶⁸. La presenza di un obbligo informativo rinforzato è in grado di potenziare la gestione della s.t.p., perché consente di mettere in luce, al momento dell'assunzione e della distribuzione degli incarichi professionali, eventuali situazioni di incompatibilità tra gli stessi professionisti e, inoltre, favorisce uno svolgimento coordinato dell'attività.

All'autonomia statutaria è affidata la scelta di modelli alternativi, quali l'amministrazione disgiunta di alcuni soltanto dei soci, l'amministrazione congiunta di tutti i soci, l'amministrazione congiunta di alcuni soltanto dei soci, e ove si opti per il modello dell'amministrazione congiunta, è data la possibilità di scelta fra il criterio unanimitario e di quello di maggioranza per l'assunzione delle decisioni (artt. 2257 e 2258). Il modello congiuntivo può essere proficuamente utilizzato al fine di soddisfare l'esigenza di meglio ponderare le decisioni di particolare importanza per la società quali, ad esempio, la scelta di assumere nuovi incarichi e con quali modalità⁶⁹.

6. I sistemi di amministrazione nelle società "professioniste" per azioni e a responsabilità limitata.

In tema di società tra professionisti costituite in forma di s.p.a. si osserva che le specifiche qualità personali degli amministratori professionisti e dei non professionisti possono essere valorizzate ricorrendo all'articolazione dell'organo amministrativo in organi delegati ed esecutivi, questi ultimi composti in ipotesi dagli amministratori non professionisti, purché siano garantiti i flussi informativi, previsti dalla legge, fra il consiglio di amministrazione e i delegati, cui si aggiunge il dovere, in capo

⁶⁸ Con riferimento alla società tra avvocati, rinvio a G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 49), 331; secondo l'Autrice sarebbe ragionevole rafforzare il diritto di ciascun socio amministratore di essere preventivamente informato, per lo meno in ordine a quella parte rilevante e caratteristica dell'amministrazione che consiste nella ricezione, accettazione e distribuzione tra soci degli incarichi professionali; cfr. P. MONTALENTI, *L'amministrazione delle società tra avvocati*, (nt. 58), 179, per la diversa tesi secondo cui non vi sarebbe un diritto di essere previamente informati, perché altrimenti il sistema disgiuntivo verrebbe trasformato nel suo opposto e l'istanza di efficienza risulterebbe vanificata; in senso analogo, ma con riferimento alle società artigiane: P. M. SANFILIPPO, *L'amministrazione delle società artigiane a responsabilità limitata*, in *RDS*, 2007, 103; in generale, cfr. V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo, ne il Codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 96, testo e nota 34. Per la s.t.p. si può ritenere che almeno l'obbligo di correttezza esiga che quelle attività che risultino strettamente connesse con l'esecuzione della prestazione professionale, quali l'accettazione degli incarichi e la distribuzione tra i soci, non siano poste in essere da parte di un socio amministratore all'insaputa degli altri, ma di esse sia data una tempestiva notizia agli altri amministratori.

⁶⁹ A. M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali*, (nt. 58), 190, prospetta come più adatto alle s.t.p. di persone il metodo congiuntivo; può, inoltre, essere adottato il sistema di amministrazione basato sulla presenza di un organo collegiale o di un amministratore unico, come prospetta, per le società di avvocati, G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 49), 326. Tra le società di persone, la s.a.s. presenta il vantaggio di concentrare i poteri e le responsabilità in capo ai soci professionisti in qualità di accomandatari; diversamente, non risulta percorribile la soluzione speculare, qual è l'assunzione della qualifica di accomandatari ai soci capitalisti e di accomandanti ai professionisti. Ciò in quanto una simile organizzazione si porrebbe in contrasto direttamente con la disposizione in materia di decisioni dei soci contenuta nell'art. 10, quarto comma, lett. b), posto che l'art. 2319, per la nomina degli amministratori, rende necessario il consenso degli accomandatari e l'approvazione degli accomandanti che rappresentino la maggioranza del capitale da essi sottoscritto.

all'organo amministrativo, di valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili (art. 2381, commi terzo, quinto e sesto)⁷⁰.

Un ulteriore aspetto, anch'esso non preso in considerazione dal legislatore, attiene al possibile conflitto di interessi fra l'amministratore e la società: nella s.t.p. l'interesse dell'amministratore può facilmente esprimersi, in contrasto con l'interesse della società, mediante forme di appropriazione di *corporate opportunities* nel momento dell'affidamento dell'incarico professionale, sia da parte di amministratori professionisti, sia da parte di amministratori non professionisti che, in assenza di una designazione da parte del cliente, attribuiscono l'incarico di eseguire la prestazione professionale ad un socio professionista⁷¹.

Proseguendo con l'analisi, l'amministrazione della s.t.p. può essere articolata secondo uno dei sistemi alternativi previsti per le s.p.a.; in tali sistemi, la messa a punto di una gestione mista - comprendente anche i non professionisti - potrebbe apparire *prima facie* semplice ed anzi le caratteristiche del sistema dualistico e monistico sembrerebbero particolarmente adatte a contemperare i diversi interessi dei soci professionisti e dei non professionisti; ciononostante, il legislatore non è intervenuto per rimuovere gli ostacoli che concretamente impediscono alla s.t.p. di avvalersi dei sistemi alternativi.

In particolare, il sistema di amministrazione dualistico consentirebbe di rafforzare la presenza, negli organi della società, dei soci professionisti, mediante l'attribuzione agli stessi della carica di consiglieri di sorveglianza: un consiglio di sorveglianza di marcata impronta "professionale", in quanto costituito per intero da soci professionisti, potrebbe esprimere un consiglio di gestione composto da soggetti non dotati dell'abilitazione professionale, ma portatori di caratteristiche utili per l'amministrazione di una società di dimensioni rilevanti; in una simile condizione la prevalenza del ceto professionale si esprimerebbe anche per il tramite degli ampi poteri di vigilanza del consiglio di sorveglianza delineati dall'art. 2409 *terdecies* nei riguardi del consiglio di gestione; nonché per il tramite della decisione in ordine all'approvazione del bilancio e, se previste, grazie alle funzioni di alta amministrazione (art. 2409 *terdecis*, lett. f *bis*) attribuite al consiglio di sorveglianza.

⁷⁰ Si osserva, altresì, che anche per la composizione del collegio sindacale nulla è previsto dalla legge in tema di s.t.p. e quindi si pone la questione relativa alla necessità o meno che tra i componenti del collegio sindacale debbano essere designati dei professionisti; a tale proposito, si può ritenere che, anche in virtù degli specifici requisiti richiesti per i sindaci, costoro possano essere privi dell'abilitazione ad esercitare la professione che costituisce l'oggetto sociale, purché naturalmente siano espressione del ceto professionale in virtù della regola che impone la maggioranza dei due terzi a favore dei professionisti nelle decisioni dei soci, tra le quali naturalmente si annovera la nomina dei sindaci.

⁷¹ Si pensi al caso più evidente in cui il socio amministratore rappresentante della società designi se stesso quale professionista incaricato. In tale caso, in cui l'amministratore rappresentante indichi se stesso come professionista esecutore, ritengo necessaria, oltre all'applicazione della disciplina contenuta nell'art. 2391, focalizzata sulla *disclosure* dell'interesse dell'amministratore, l'applicazione delle regole generali che richiedono l'autorizzazione della società, trattandosi di un contratto concluso dal rappresentante con se stesso (art. 1395).

I molti vantaggi di un simile schema nella composizione degli interessi dei soci professionisti e dei soci non professionisti non sono, però, concretamente ottenibili, in quanto la prospettata soluzione trova un insuperabile ostacolo nella regola in tema di indipendenza dei consiglieri di sorveglianza i quali, a mente dell'art. 2409 *duodecies*, decimo comma, lett. c) non possono essere legati alla società (o alle società da questa controllate o a quelle sottoposte a comune controllo) da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita che ne compromettano l'indipendenza: non possono, quindi, essere consiglieri di sorveglianza proprio quei soci cui sono affidati incarichi professionali.

Anche il sistema monistico potrebbe essere utilmente impiegato per le s.t.p. nella misura in cui semplifica i rapporti e lo scambio di informazioni tra il consiglio di amministrazione e il comitato per il controllo sulla gestione⁷² e potrebbe aprire le porte a consiglieri di amministrazione non professionisti, secondo uno schema in cui il comitato per il controllo sulla gestione risulti composto dagli esponenti del ceto professionale⁷³. Tuttavia, analogamente a quanto si riscontra in tema di sistema dualistico, anche il sistema monistico non può essere utilmente piegato agli scopi di una s.t.p.: per i componenti del comitato di controllo, l'art. 2409 *septiesdecies*, infatti, rinvia ai requisiti di indipendenza previsti per i sindaci dall'art. 2399, dando così rilevanza alla prestazione d'opera professionale retribuita, che esclude, quindi, la possibilità di accedere al comitato per i soci professionisti designati per l'esecuzione della prestazione professionale⁷⁴.

Problemi di coordinamento, del tutto ignorati dal legislatore, si pongono anche con riferimento alla gestione delle s.r.l.: mi riferisco non solo agli accennati problemi relativi alla gestione non collegiale (in ordine ai quali si prospetta quale soluzione la valorizzazione degli obblighi di informazione preventiva), ma anche alla già richiamata possibilità che i soci non amministratori siano coinvolti nelle decisioni di natura gestoria, mediante atti decisori o di consenso o di autorizzazione (art. 2476, settimo comma); ciò implica, indipendentemente dalle maggioranze che possono essere espresse in assemblea, e di cui si occupa l'art. 10, comma quarto, lett. b), che i soci non professionisti possano intervenire nell'amministrazione della società, grazie all'accordo con gli altri soci ed anche in virtù di specifiche

⁷² Com'è noto, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 definisce il sistema monistico quale modello di *governance* semplificato e più flessibile rispetto agli altri modelli, con la caratteristica di privilegiare la circolazione delle informazioni tra l'organo amministrativo e l'organo deputato al controllo, con conseguenti risparmi di tempo e costi ed una elevata trasparenza.

⁷³ I soci, inoltre, potrebbero intensamente avvalersi della facoltà concessa dall'art. 2409 *octiesdecies*, fissando in statuto la necessità di stringenti requisiti di onorabilità e di professionalità, così attribuendo il ruolo di componente del comitato per il controllo sulla gestione a soggetti dotati di elevate qualifiche professionali (anche se non necessariamente dotati della qualificazione professionale).

⁷⁴ A ciò si aggiunge la previsione contenuta nell'art. art. 2409 *octiesdecies*, secondo comma, che esclude i componenti del comitato dallo svolgimento, anche di fatto, di funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale; date le circostanze, dunque, i sistemi alternativi potrebbero funzionare unicamente nel caso in cui all'interno della società risultino presenti soci professionisti per statuto professionalmente inattivi, altrimenti definibili come soci professionisti di capitale i quali, pur disponendo dell'abilitazione professionale non svolgano per scelta prestazioni professionali per la società.

clausole statutarie che si ispirino al modello dell'assemblea amministratrice⁷⁵, oppure a seguito della sottoposizione spontanea di particolari argomenti da parte degli amministratori o dell'istanza in tal senso di una minoranza.

L'ampio ventaglio di possibilità offerto dalla disciplina in tema di s.r.l. rende più evidente, se ancora ve ne fosse bisogno, l'inadeguatezza della previsione che si limita a imporre la prevalenza del ceto professionale secondo la misura dei due terzi del numero dei soci professionisti e della loro partecipazione al capitale sociale nelle deliberazioni o decisioni dei soci: si tratta di una misura che risulta determinante per decidere le sorti di una delibera dell'assemblea straordinaria di una s.p.a., ma che risulta priva di significato in un contesto, come quello delle s.r.l., in cui anche il socio non professionista può essere chiamato, in virtù di un'apposita clausola statutaria, a prendere decisioni di carattere amministrativo o ad autorizzare tali decisioni⁷⁶.

7. Conclusioni.

Il tema della *governance* della s.t.p. non è stato affrontato dal legislatore, il quale si è unicamente preoccupato, per il tramite della regola che assicura la prevalenza del ceto professionale nelle decisioni e deliberazioni dei soci, di assicurare che gli amministratori siano espressione del ceto professionale, quando questo risulti compatto e, per conseguenza, si avvalga della maggioranza dei due terzi posta a sua disposizione in virtù della norma contenuta nell'art. 10, quarto comma, lett. b). Il disinteresse, così manifestato, per gli aspetti descritti nel corso di queste pagine risulta vieppiù sorprendente se si tengono in considerazione le origini culturali e gli scopi della riforma in tema di s.t.p., ovvero l'intenzione, sull'onda delle liberalizzazioni, di consentire anche alle società l'accesso al mercato delle professioni protette: il vero elemento di novità, rispetto al tradizionale modo di intendere l'attività professionale, non è rappresentato *staticamente* dalla sola possibilità per i non professionisti di essere soci di una società iscritta ad un albo professionale; la novità, invero, si esprime *in termini dinamici*, ovvero nel fatto che, nell'amministrazione di tale "società professionista"⁷⁷, entrino in gioco interessi, prassi e modalità di

⁷⁵ Diffusamente, sul tema: G. PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata, regime legale e modelli statutarie*, Padova, 2011; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, (nt. 30), 1253; cfr. M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 426, che ritiene che le decisioni assembleari in materia gestoria debbano essere necessariamente vincolanti, rappresentando ciò un tratto tipologico distintivo della stessa s.r.l.

⁷⁶ Nel sistema delle s.r.l., è previsto il caso in cui il socio non amministratore possa decidere o autorizzare il compimento di atti e, conseguentemente, risultare responsabile con gli amministratori ai sensi del settimo comma dell'art. 2476, per gli atti dannosi per la società, i soci o i terzi: ciò apre alla possibilità, non presa in considerazione dal legislatore in sede di regolazione della s.t.p., che i soci non professionisti si ingeriscano legittimamente nell'amministrazione della società, con il solo limite della responsabilità per danni [se ciò, naturalmente, risulti consentito nell'atto costitutivo, trattandosi dell'esercizio di un corrispondente potere giuridico da parte dei soci: così G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, (nt. 30), 1125, 1126].

⁷⁷ Secondo la denominazione suggerita da E. CODAZZI, *La "Società professionista"*, (nt. 58), *passim*.

esecuzione provenienti dal mondo non professionale; l'apertura ai soci non professionisti si pone, in questa prospettiva, solo quale antecedente logico rispetto all'ingresso di amministratori non professionisti⁷⁸.

Il silenzio del legislatore su aspetti così determinanti per l'operatività delle s.t.p. si riverbererà inesorabilmente sui costi di transazione e, probabilmente, deprimerà la diffusione del nuovo modello, riservandolo alle sole iniziative in grado di far fronte a rischi e spese.

⁷⁸ Il legislatore si è mosso secondo una logica volta unicamente alla rimozione di barriere restrittive, con la conseguente apertura alle società del mercato dei servizi professionali relativo alle professioni "protette"; in argomento, rinvio alla "Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali", COM (2004) 83, Bruxelles, 9 febbraio 2004, reperibile in B. O'CONNOR, *The Regulation of Business Structures for the Legal Profession*, in *Società tra professionisti*, speciale di *Le Società*, 2012, 59 ss.; ciò è avvenuto senza approfondire gli aspetti relativi ai rapporti interni alla società, ai possibili conflitti di interessi tra gruppi di soci istituzionalmente differenti e alla struttura organizzativa della società. Un simile atteggiamento non si riscontra, invece, in un ordinamento vicino al nostro, ma con una più lunga tradizione in materia di società tra professionisti: nell'ordinamento francese, infatti, la *société d'exercice libéral (SEL)*, creata per permettere alle *professions libérales* di esercitare l'attività tramite una società di capitali - nella forma della società a responsabilità limitata (*SELARL*), della società anonima (*SELAFA*), della società per azioni semplificata (*SELAS*) e della società in accomandita per azioni (*SELCA*) - vede regolati gli aspetti relativi all'amministrazione; l'art. 12, l. n. 90/1258 del 31 dicembre 1990, "relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé", dispone che: "Les gérants, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doivent être des associés exerçant leur profession au sein de la société". Solo per la più antica *société civile professionnelle (SCP)*, che nel diritto francese è una società non commerciale sottoposta al diritto civile, l'art. 11, l. n. 66/879, del 29 novembre 1966, dispone che: "Tous les associés sont gérants sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants parmi les associés ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur. (...) Les pouvoirs des gérants ne peuvent en aucun cas avoir pour effet de créer une subordination des associés à la société pour l'accomplissement de leurs actes professionnels".

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELL'S.R.L.S.

Nell'intricata "matassa" delle "nuove" s.r.l.: ricercare un bandolo o tagliare il filo?

ALESSIO BARTOLACELLI (*)

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'ambito di interesse: ricognizione delle modifiche del 2012/13 alla disciplina delle s.r.l. - 2. Profili di innovazione. - 3. Istituzione di nuovi modelli societari, costituzione di società e creazione di valore sociale. - 4. S.r.l. "ordinaria" a ridotta capitalizzazione e s.r.l.s.: a) punti di contatto. - 5. (*Segue*) b) peculiarità della s.r.l.s.: agevolazioni economiche alla costituzione, necessario utilizzo del modello di atto costitutivo tipizzato, capitale massimo inferiore a diecimila euro, riserva di costituzione a favore delle sole persone fisiche, denominazione sociale specifica. "Riqualificazione" delle s.r.l.c.r. già costituite come s.r.l. semplificate. - 6. a) Le agevolazioni alla costituzione di una s.r.l.s.- 7. b) L'adozione di un atto costitutivo tipizzato. - 8. (*Segue*) Le caratteristiche dell'atto costitutivo tipizzato e la compatibilità con la disciplina della s.r.l. "ordinaria". - 8.1 Clausole obsolete. - 8.2 Amministrazione. - 8.3 Rappresentanza. Conflitto d'interessi. Controlli. - 8.4 Decisioni dei soci. - 9. c) Il capitale sociale massimo al di sotto di diecimila euro. - 10. d) La limitazione soggettiva dei soci alle persone fisiche. - 11. e) La denominazione sociale specifica e la "riqualificazione" delle s.r.l. a capitale ridotto. - 12. Cenni ad esperienze straniere rispetto a taluni specifici aspetti delle s.r.l. a ridotta capitalizzazione, semplificate e non. - 13. Considerazioni conclusive e proposte operative.

* alessio.bartolacelli@unitn.it - Dottore di ricerca in diritto commerciale e TRENTINO & Marie Curie Fellow nell'Università di Trento. Il presente articolo - parte di una più ampia indagine sulle società a ridotta capitalizzazione in funzione della loro partecipazione a gruppi europei di interesse economico - è frutto delle ricerche condotte nell'ambito del progetto "GEIE/GECT-TN", co-finanziato da Provincia autonoma di Trento ed Unione Europea - 7° programma quadro della ricerca - Marie Curie Action - COFUND - progetto TRENTINO.

Questo studio costituisce una versione blandamente emendata e con aggiornamenti bibliografici e normativi del *paper* presentato per la discussione al V Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale" sul tema: "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi", tenutosi in Roma il 21 e 22 febbraio 2014. L'autore desidera ringraziare in particolare Massimo Bione, Vincenzo Calandra Buonauro, Elisabetta Pederzini, Rolandino Guidotti e Filippo Rossi per i preziosi commenti ad una versione precedente di questo scritto, e Carlo Ibba e Matteo Rescigno per le osservazioni mosse in occasione della discussione al convegno romano; ferma naturalmente restando la sua esclusiva responsabilità per ogni inesattezza, errore od azzardo che si possa qui rinvenire.

1. Delimitazione dell'ambito di interesse: ricognizione delle modifiche del 2012/13 alla disciplina delle s.r.l.

Le molte modifiche normative che si sono succedute nel corso degli ultimi ventiquattro mesi nell'ambito della disciplina delle s.r.l. lasciano inalterato, dopo (ben) un semestre senza interventi di rilievo *de iure condito*, il quesito rispetto la riconducibilità di tali novità ad un disegno complessivo, piuttosto che non a provvedimenti *spot*, tra loro scollegati.

Vale la pena di ricordare, per sommi capi, gli elementi essenziali di cui si discorre. Nel gennaio 2012 il d.l. 1, c.d. "salva Italia", introduce nel nostro ordinamento la s.r.l. semplificata¹, riservandone la

¹ Su s.r.l.s. e s.r.l.c.r., introdotte dall'ordinamento italiano attraverso, rispettivamente, l'art. 3 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, e dall'art. 44 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, si v. P. REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata: un "buco nero" nel sistema delle società di capitali*, in *NDS*, 4/2012, 11 ss.; ID., *La società a responsabilità limitata semplificata*, in M. BIONE, R. GUIDOTTI, E. PEDERZINI (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Trattato Galgano*, 2012, 637 ss.; A. BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi*, in *NDS*, 12/2012, 21 ss.; F. ATTANASIO, *S.r.l. semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?*, in *Società*, 2012, 894 ss.; V. SALAFIA, *La società a responsabilità limitata semplificata e il Tribunale delle Imprese*, in *Società*, 2012, 154 ss.; R. GUIDOTTI, E. PEDERZINI, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *ILcaso.it*, <http://www.ilcaso.it/opinioni/308-guidotti-perderzini-10-09-12.pdf>, ora anche M. BIONE, R. GUIDOTTI, E. PEDERZINI (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, cit. in questa nota, 659 ss.; M. SPIOTTA, *S.r.l. unilaterale «semplificata» o a «capitale ridotto»: problemi e prospettive*, in *NDS*, 18/2012, 54 ss.; M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. soc.*, 2012, 1101 ss.; C.A. BUSI, A. BUSANI, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)*, in *Società*, 2012, 1305 ss.; M. NOTARI, *Intervento del 24 settembre 2012 presso il Consiglio notarile di Milano*, disponibile in internet all'indirizzo <http://player.vimeo.com/video/51593880>; M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 65 ss.; C. IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 242 ss., 251 ss.; G.B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, 325 ss., spec. 331 s.; E. GINEVRA, *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 169 ss.; S. PATRIARCA, *Le società a responsabilità limitata a capitale ridotto dopo un anno: ancora più dubbi che certezze?*, in *NDS*, 21/2013, 8 ss.

A seguito dell'emanazione del d.l. 76/2013, sia consentito il rinvio a A. BARTOLACELLI, "Novissime" modifiche alla disciplina della s.r.l.s.: saggio minimo di diritto transitorio, in *NDS*, 16/2013, 7 ss.; post legge di conversione A. BUSANI, *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro*, in *Società*, 2013, 1068 ss.; G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, 1086 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, 1085 ss.; C. MONTAGNANI, *Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 395 ss.; G. FERRI jr., *Recenti novità legislative in materia di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 415 ss.; G.A. RESCIO, *Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate)*, in *RDS*, 2013, 495 ss.; F. TASSINARI, "Ne sexies in idem": la ricerca del legislatore italiano di semplificare la costituzione delle s.r.l., in *Soc. e contratti*, 2013, 9/2013, 8 ss.; C.A. BUSI, *La controriforma delle s.r.l. e le operazioni straordinarie*, in *Soc. e contratti*, 2013, 9/2013, 25 ss.; L. BENATTI, sub art. 2463-bis, in A.L. SANTINI, L. SALVATORE, L. BENATTI, M.G. PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata. Libro quinto: Lavoro. Art. 2462-2483*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, 2014.

Inoltre, i Consigli notarili hanno iniziato l'elaborazione di massime da utilizzare nel caso di costituzione e vicende legate alle s.r.l. "varianti"; si segnalano nello specifico le massime 127-132 redatte dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano e rese pubbliche il 5 marzo 2013 (reperibili in internet all'indirizzo <http://www.consiglionotarilemilano.it/notai/massime-commissione-societa.aspx>) e gli Orientamenti societari R.A. 1-5 e R.B. 1 pubblicati nel settembre 2012 (ma R.A. 1 modificato e motivato nel settembre 2013) dalla Commissione società del Comitato interregionale dei Consigli notarili delle tre Venezie (reperibili in internet all'indirizzo <http://www.notaitriveneto.it/dettaglio-massime-triveneto-131-srl-semplificata.html#inizio>). Ancora in ambito di notariato,

costituzione a sole persone fisiche che non avessero compiuto i trentacinque anni d'età. In sede di conversione, a marzo, il modello (ancora non fruibile agli operatori, nonostante qualche isolato avviso contrario², in ragione dell'assenza del modello tipizzato di elaborazione ministeriale, presupposto dal testo di legge) viene pesantemente modificato, pur mantenendo la limitazione *ratione aetatis* dei potenziali soci³. Dopo che i primissimi commentatori dei provvedimenti ebbero paventato dubbi di illegittimità costituzionale anche in relazione a tale profilo⁴, il legislatore governativo sembrava, ancora nel giugno 2012, volere tornare sui suoi passi, di fatto consentendo la fruizione del modello anche a soggetti *over 35*⁵. L'illusione di un simile intervento di semplificazione, che peraltro bene si sarebbe

si segnala lo studio n. 221-2013/I del Consiglio nazionale del Notariato, redatto da G. FERRI jr., *Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, ed approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 febbraio 2013, <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/societa-capitali/221-13-i.pdf>, ed in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 135 ss.; e, dopo la l. 99/2013, lo studio, redatto da D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *Le nuove S.r.l.*, ed approvato dal CNN il 12 dicembre 2013, <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2013-12-16/studio-nuove-srl-notariato-221538.shtml?uid=ABFdcTk>.

Infine, sul tema anche ASSONIME ha focalizzato la propria attenzione con la circolare n. 29 del 30 ottobre 2012, *La società a responsabilità limitata con capitale ridotto*, riportata in *Riv. soc.*, 2012, 1268 ss.; e, più di recente, M. BIANCHINI, *Le nuove Società a responsabilità limitata. Questioni interpretative della nuova disciplina*, intervento alla Giornata di Studi *Le nuove società a responsabilità limitata*, Macerata, 12 aprile 2012, reperibile in internet all'indirizzo <http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/dettaglio.jsp?id=245553&idTipologiaDettaglio=375>.

² A. BAUDINO, (nt. 1), 36 ss.

³ In sede di conversione, tuttavia si ritenne opportuno espungere dal testo normativo ogni riferimento alla decadenza dei soci dal loro *status* al compimento del trentacinquesimo anno di età, che era invece previsto nella originaria versione della norma.

⁴ P. REVIGLIONE, *La società semplificata*, (nt. 1), p. 11 ss.; e, sia pure in termini problematici, F.M. MUCCIARELLI, *Dubbi sulle società da un euro*, in *lavoce.info*, 3.2.2012, <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1002834.html>.

⁵ L'effettiva genesi del provvedimento è invero controversa. In data 15 giugno 2012, infatti, una settimana prima dell'approvazione del d.l. 83/2012, il Consiglio dei Ministri aveva lasciato trapelare una bozza di decreto dalla quale si desumeva che l'*iter* seguito per l'ampliamento dei legittimati sarebbe stato proprio l'espunzione del limite di età fissato a trentacinque anni alla data di costituzione. Indicazioni in tale senso sono riportate nella sezione "segnalazioni di diritto commerciale", in *NDS*, 13/2012, 92 ("Il Consiglio dei Ministri, in data 15 giugno 2012, ha approvato il Decreto sviluppo ... con il quale, tra l'altro, è stata modificata la disciplina della s.r.l. semplificata, prevedendo la possibilità che essa sia costituita anche da coloro che abbiano superato i 35 anni di età"), in M. IORI (a cura di), *La nuova s.r.l. semplificata. Modelli societari e agevolazioni per giovani e professionisti*, Milano, Il sole 24 ore, 2012, 5 ss., nonché dalla stampa quotidiana specializzata (*La Srl semplificata aperta a tutti*, in *Il sole 24 ore* del 16 giugno 2012, 20). La versione riportata nella bozza non è attualmente disponibile in alcun sito governativo ufficiale, ma se ne trova ancora traccia, al momento in cui si scrive – giugno 2014 – ad esempio all'indirizzo internet <http://it.scribd.com/doc/97205187/bozza-20120615>, specificamente all'art. 23 (p. 34), rubricato "S.R.L. semplificata", si legge: "1. All'art. 3 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, sono apportate le seguenti modificazioni: a) nella rubrica, le parole "dei giovani" sono soppresse; b) il comma 2 è sostituito dal seguente: "con atto di natura non regolamentare del Ministro della Giustizia è adottato, su proposta del Consiglio nazionale del notariato, il modello *standard* cui devono conformarsi l'Atto costitutivo e lo Statuto, con la conseguente nullità di ogni clausola modificativa o integrativa, sostituita di diritto dalla corrispondente previsione del modulo"; c) il comma 3 è sostituito dal seguente: "3. L'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese sono esenti dal diritto di bollo qualora i soci siano di età inferiore a 35 anni e non sono dovuti onorari notarili"; d) Il

attagliato alla denominazione del nuovo sottotipo societario a responsabilità limitata, era tuttavia destinata a durare il breve spazio di dieci giorni; al termine della decade si appalesò, col primo decreto c.d. “cresci Italia”, che la soluzione preferita dal governo era nel senso non già di una “apertura” del modello della s.r.l.s. a soggetti ultratrentacinquenni, bensì della creazione di un nuovo modello *ad hoc*, la s.r.l. a capitale ridotto⁶.

Tale ulteriore sottotipo⁷, peraltro, *ab hoc tantum* non era – comprensibilmente⁸ – destinato a restare a lungo, attesa l’unica, ma significativa, modifica apportata al testo da parte della legge di conversione: l’inserimento del comma 4-*bis* all’art. 44, d.l. 83/2012, infatti, ha consentito di ritenere, in sede interpretativa, che l’accessibilità al modello in parola non fosse riservata ai soli soggetti che già avessero compiuto il trentacinquesimo anno di età, ben potendo essere parte della compagine pure infratrentacinquenni non interessati alle agevolazioni riconosciute dal legislatore per la costituzione di una s.r.l.s.; l’importanza di tale disposizione, su cui si avrà modo di tornare, è acuita dal fatto che si tratta di tutto ciò che resta, dopo gli interventi normativi del 2013, della “fu” s.r.l. a capitale ridotto.

Nel lasso di tempo intercorrente tra l’istituzione della s.r.l.c.r. ad opera del d.l. 83/2012 e la conversione del decreto attraverso la l. 134/2012, poi, è stata data piena esecuzione pure alla disciplina della s.r.l.s., attraverso l’emanazione del modello tipizzato di atto costitutivo, elaborato dal Ministero della Giustizia di concerto con quelli dell’Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico⁹. Evidentemente tale documento si basava sulle disposizioni normative in vigore in quel dato momento, e dunque, anche nei richiami “fissi” alle norme di legge, era coerente con l’impostazione che la norma

Ministero della Giustizia fissa l’importo massimo per il rimborso delle spese generali che il Notaio può chiedere nel caso in cui i soci abbiano età superiore ai 35 anni. 2. All’art. 2463bis del Codice Civile, come introdotto dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, sono apportate le seguenti modificazioni: a) Al primo comma le parole: “che non abbiano compiuto i 35 anni di età alla data della costituzione”, sono soppresse; b) Il quarto comma è sostituito dal seguente: “una quota pari al 25% degli utili netti risultanti dal bilancio approvato annualmente è imputata a riserva indisponibile sino a che questa unitamente al capitale raggiunge l’ammontare di 10.000 euro”. È evidente come la bozza in discorso non espliciti alcuna specifica funzione normativa; il suo esame, tuttavia, è di grande utilità per rilevare il rapporto intercorrente tra s.r.l. semplificata e a capitale ridotto.

⁶ Cfr. d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, che reca la disciplina della s.r.l.c.r. all’interno dell’art. 44.

⁷ La questione se s.r.l.s. (e s.r.l.c.r.) sia da considerarsi tipo autonomo, ovvero sottotipo o variante della s.r.l. “ordinaria” non vuole essere affrontato in questa sede. Basti per ora riferire che, nonostante ondivaghe prese di posizione in una fase immediatamente seguente l’introduzione delle fattispecie, la dottrina prevalente tende a riconoscere nelle s.r.l. semplificate sottotipi o varianti pienamente riconducibili al tipo s.r.l.: M. CIAN, (nt. 1), 1105; M. RESCIGNO, (nt. 1), 68; M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), spec. 1109 ss. Secondo G. FERRI jr., *Prime osservazioni*, (nt. 1), 9, non si ravviserebbero neppure gli estremi per la qualificazione di società semplificate e a capitale ridotto neppure in termini di sottotipo o variante, bensì quali mere discipline eccezionali e derogatorie. *Contra*, autorevolmente, e dunque a favore della tesi dell’autonomia tipologica G.C.M. RIVOLTA, nella sua *Comunicazione* al Convegno *Il diritto societario nell’era della crisi*, Napoli, 11-12 ottobre 2013.

⁸ Troppi problemi avrebbe causato il mantenimento della fruibilità del modello ai soli ultratrentacinquenni, primo tra tutti la negazione di possibilità di società a capitale ridotto costituite sia da *under* che *over* 35 contemporaneamente.

⁹ Il decreto ministeriale Giustizia che reca il modello tipizzato è il n. 138 del 23 giugno 2012, pubblicato sulla G.U. n. 189 del 14 agosto dello stesso anno.

primaria aveva dettato. A partire dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale di tale documento – la cui formulazione era peraltro sin da allora tutt’altro che esente da criticità¹⁰ –, il modello della s.r.l.s. diveniva, dunque, pienamente fruibile.

A tali interventi, poi, ancora ad ottobre 2012 si aggiungevano le disposizioni di un ulteriore d.l., il 179/2012, che agli artt. 25-32 ss. fornisce la disciplina delle imprese cc.dd. “*start-up* innovative”. Evidentemente tale intervento normativo trascende l’ambito delle sole s.r.l., delineando una disciplina per ogni tipo di impresa connotata dalle peculiarità individuate dal testo di legge; tuttavia, è ugualmente ben più che plausibile il ritenere che, allorché si intenda iniziare un’attività innovativa beneficiando della responsabilità limitata, il modello societario di riferimento sarà in primo luogo quello della s.r.l., anche in ragione dei nuovi “sottotipi” cui già si è fatto cenno, e delle riduzioni dei costi di costituzione cui essi hanno dato luogo. E ciò, si badi, non solo per le s.r.l. “*start-up* innovative”, che naturalmente sono le prime cui porre mente in tale frangente, ma anche per gli incubatori certificati che sono esplicitamente considerati da parte del decreto in parola.

Il legislatore del d.l. 179 mostra di essere pienamente consapevole di tale circostanza; non a caso l’art. 26 si riferisce proprio alle *start-up* costituite in forma societaria dettando deroghe alla disciplina generalmente prevista in primo luogo per le s.r.l. Deroghe che, in vasta misura, consentono se non altro di insinuare il dubbio che, da un punto di vista tipologico, si possa continuare a ritenere la s.r.l. “*start-up* innovativa” una società a responsabilità limitata a tutti gli effetti, potendo essere messo parzialmente in discussione persino il suo stesso carattere “chiuso”; ed ancora con la trasmigrazione, in campo di s.r.l., di norme ed istituti che sino ad allora avevano avuto un loro *habitat*, di certo non sempre fecondo¹¹, nelle sole società azionarie.

Questa, dunque, la situazione alla fine del 2012. Sbaglierebbe chi pensasse che tale *status quo* era destinato ad essere stabile. I primi mesi dell’anno successivo sono infatti stati testimoni di una del tutto appropriata volontà di sistematizzazione da parte del legislatore governativo, il quale, anche sulla scorta degli orientamenti emersi in dottrina, ha inteso modificare ulteriormente il quadro normativo di riferimento attraverso il d.l. 76 del 28 giugno 2013 e la relativa legge di conversione, n. 99 del 9 agosto.

È ampiamente noto come tali interventi abbiano nuovamente causato una modifica dei connotati della s.r.l.s., rendendo infine il modello fruibile indipendentemente dall’età dei soci, eliminando di conseguenza la sanzione della nullità per i trasferimenti delle quote a favore di soggetti ultratrentacinquenni, consentendo che l’amministrazione della società sia affidata a soggetti anche estranei alla compagine societaria¹² e tentando di risolvere in via definitiva la *vexata quaestio* della derogabilità o meno dell’atto costitutivo tipizzato.

¹⁰ Si v. diffusamente *infra*, in particolare i §§ 7 ss.

¹¹ Si ponga mente alla facoltà, accordata ora alle s.r.l. *start-up* innovativa di emettere strumenti finanziari partecipativi *ex art.* 2346, sesto comma, c.c., istituto che, a dieci anni dall’entrata in vigore della riforma, non può certamente essere annoverato tra i più fulgidi successi di quest’ultima.

¹² E, potenzialmente, dati anche gli sviluppi giurisprudenziali sul punto, anche diversi dalle persone fisiche; si v. ancora *infra* i §§ 8.2 e 10.

Secondo effetto dei provvedimenti in parola è costituito dalla eliminazione del sottotipo s.r.l.c.r., ancorché, attese le già cennate modifiche apportate al modello s.r.l.s., ben si potrebbe argomentare che, se nella forma ad essere abrogata – o, nell'inedito linguaggio normativo, “riqualificata” – è stata la s.r.l. a capitale ridotto, sostanzialmente tale modulo organizzativo resiste quasi interamente nella disciplina ora vigente della s.r.l. semplificata. I tratti caratterizzanti di quest'ultima, infatti, coincidono ora quasi integralmente con quelli in precedenza dettati per le s.r.l. a capitale ridotto; l'unica differenza sostanziale tra le due discipline è tuttavia di impatto fondamentale proprio ai fini di “qualificazione” evidentemente desiderati dal legislatore, ma che si rivelano essere correttamente coordinati solo in misura parziale.

La differenza tra i modelli s.r.l.s. e s.r.l.c.r., fotografati appena prima dell'entrata in vigore del d.l. 76/2013, infatti, era innanzitutto relativa alla possibilità, per le s.r.l. a capitale ridotto, di valersi di un atto costitutivo non standardizzato, a differenza di quanto doveva accadere, per espressa previsione di legge e nonostante indicazioni tutt'altro che chiare fornite da diverse Amministrazioni dello Stato, per le s.r.l. semplificate¹³. Ciò significa che l'utilizzo del modello tipizzato di atto costitutivo da parte dei soci di una s.r.l.c.r. era certamente possibile, ma non era destinato a rappresentare in alcun modo una condizione “abituale”, atteso che, per così dire, l'uso di un modello tipico era da leggersi quale contropartita per la gratuità delle prestazioni notarili di costituzione, secondo quanto previsto dall'art. 3, d.l. 1/2012¹⁴.

Ora, il d.l. 76/2013 ha previsto la non ulteriore fruibilità del modello s.r.l.c.r., stabilendo al contempo che le società appartenenti a tale sottotipo che già fossero state costituite alla data di entrata in vigore del citato d.l.¹⁵ dovessero essere, appunto, “qualificate” come s.r.l.s. Pur tacendo ora del significato da attribuirsi al concetto di “qualificazione”, una simile previsione poteva forse essere ritenuta coerente atteso il testo dell'art. 2463-*bis* risultante a seguito del d.l. 76, *ante* conversione; ed anzi, tale previsione era certamente invocabile da parte di coloro che già *ab ovo* ritenevano che l'atto

¹³ Il Ministero dello Sviluppo Economico, Dipartimento per l'impresa e l'internazionalizzazione, si è espresso sull'aspetto oggetto di trattazione con due note, la 170741 del 31 luglio 2012 e la 182223 del 30 agosto successivo. In entrambe le occasioni l'intendimento emerso era di ritenere lo statuto *standard* per la s.r.l.s. immutabile, attesa la possibilità, per chi fosse stato interessato ad una sua alterazione od integrazione, di accedere al modello s.r.l. a capitale ridotto. L'opinione emersa in tale sede, dunque, era rispettosa di una interpretazione sistematica e pare a chi scrive assolutamente inattaccabile sotto il profilo argomentativo, ancorché fosse dal medesimo Dipartimento rilevato che si versava in una situazione in cui erano assenti dati normativi oggettivi che consentissero una interpretazione inequivoca nel senso in cui si esprimeva.

Il Ministero della Giustizia, d'altro canto, con nota prot. 43644 del 10 dicembre 2012, la cui diffusione è peraltro stata curata dallo stesso Ministero dello Sviluppo Economico mediante circolare, ha fornito un parere in senso diametralmente opposto, fondato essenzialmente sul presupposto (corretto in astratto, ma ad avviso di chi scrive non condivisibile in concreto) della fondamentale importanza dell'autonomia negoziale nel tipo s.r.l.; ma si vedano, in relazione all'autonomia statutaria nella s.r.l., le più che mai attuali considerazioni di V. DI CATALDO, *Società a responsabilità limitata e autonomia statutaria. Un regalo poco utilizzato, e forse poco utile*, in P. BENAZZO, M. CERA, S. PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, UTET, 2011, 295 ss.

¹⁴ E, peraltro, ribadito dallo stesso atto costitutivo tipizzato, alla clausola n. 10.

¹⁵ Ovvero dal 28 giugno 2013 stesso, come prescritto dal d.l. 76, nonostante talune problematiche di diritto transitorio, su cui, se piace, si v. A. BARTOLACELLI, (nt. 1), 23 ss.

costitutivo tipizzato potesse essere quanto meno integrato, se non modificato, e nonostante previsioni legali apparentemente in contrasto con tale soluzione. Il ragionamento, in sostanza, poteva essere nel senso che, prevedendo l'entrata delle esistenti s.r.l.c.r. (a statuto "libero") nel novero delle s.r.l.s. (a statuto suppostamente "vincolato"), si sarebbe in sostanza legittimato *ex nunc* il pensiero che la necessaria conformità al modello tipizzato prevista dall'art. 2463-*bis* si risolvesse in poco più che una petizione di principio. L'intero sistema non avrebbe brillato per linearità, ma perlomeno avrebbe avuto una sua coerenza di fondo, per quanto discutibile.

Una simile ricostruzione, tuttavia, è ora osteggiata, sul punto, dal testo dell'art. 2463-*bis* risultante a seguito dell'approvazione della legge di conversione del d.l. 76, ovvero la legge 99 del 9 agosto 2013. Si deve a tale provvedimento, infatti, l'introduzione del terzo comma dell'art. 2463-*bis*, ovvero la previsione di inderogabilità delle clausole dell'atto costitutivo tipizzato.

Indubbiamente lo scopo di tale introduzione era da rinvenirsi proprio nella incertezza regnante rispetto alla eventuale modificabilità dell'atto costitutivo tipizzato e, se del caso, al grado di alterazione cui lo stesso potesse essere soggetto senza che ciò comportasse l'abbandono del modello semplificato – e, soprattutto, delle agevolazioni economiche alla costituzione che ne costituivano l'*appeal* maggiore. Di qui a dire che tale finalità sia stata effettivamente realizzata, tuttavia, il passo è tutt'altro che breve.

Da un lato, infatti, il riferimento alle sole *clausole* dell'atto costitutivo tipizzato come inderogabili non consente di sciogliere ogni dubbio; non tanto, naturalmente, sulla alterabilità delle clausole presenti, le quali, pur non esenti, come tra breve si vedrà, da talune incongruenze, restano cristallizzate nella loro formulazione per espressa previsione di legge; quanto, sotto altro profilo, riguardo la possibilità di introdurre clausole ulteriori rispetto a quelle legali, che, attesa la formulazione della norma in parola, parrebbe del tutto legittima, ancorché non bene si intenda se con permanenza o meno dell'azzeramento degli onorari notarili relativi alla costituzione.

Ma è il secondo profilo che maggiormente interessa ai fini qui considerati: la previsione di inderogabilità delle clausole dell'atto costitutivo tipico presente nella legge di conversione del d.l. 76/2013, infatti, rende dunque indispensabile un approccio alla s.r.l.s. che la veda necessariamente "ingessata" nei confini determinati dalle clausole suddette; e ciò, dunque, mantiene e rafforza la sostanziale divergenza del modello rispetto alla s.r.l.c.r., che era dunque caratterizzata dalla libertà di formulazione dell'atto costitutivo. Ciò, naturalmente, a discapito della piena logicità di una "riqualificazione" delle società a capitale ridotto già costituite come s.r.l. semplificate.

Se il ragionamento sin qui condotto non fosse sufficiente alla dimostrazione, essa trova prova ulteriore nella seconda modifica apportata dalla l. 99/2013, di respiro invero più sistematico: in base ai commi quarto e quinto dell'art. 2463, infatti, è oggi possibile costituire s.r.l. "ordinarie" derogando al capitale minimo di diecimila euro, a patto che i conferimenti siano effettuati necessariamente in denaro ed integralmente liberati; in tale caso la riserva legale dovrà essere formata mediante ritenzione di un quinto degli utili netti annuali sin quando essa, unitamente al capitale sociale, non abbia raggiunto la soglia di diecimila euro.

Ora, è evidente come la situazione prefigurata da tali disposizioni conduca alla costituzione di società a responsabilità limitata con atto costitutivo a formulazione "libera" pure in assenza di un capitale minimo pari ad almeno diecimila euro; situazione, pertanto, perfettamente coincidente con quella delle s.r.l. a capitale ridotto già costituite, rispetto alle quali risulta, quindi, incomprensibile la

“qualificazione” in termini di s.r.l.s. anziché non di s.r.l. “ordinaria”, sia pure con capitale (legittimamente) sotto soglia¹⁶.

Si perdoni il “taglio” quasi “giornalistico” che questa ricognizione ha assunto, ma si sarà notato come parte delle difficoltà interpretative che già si è iniziato a segnalare derivino in maniera diretta dal succedersi degli interventi normativi. È comunque di tutta evidenza come il denominatore di larga parte, se non tutti gli interventi posti in essere dal legislatore del 2012/2013 è legato al capitale sociale inteso nella sua accezione più ampia, nel senso di ravvisare in esso una barriera, evidentemente giudicata insormontabile nonostante la sua modesta entità, alla costituzione di nuove imprese¹⁷.

2. Profili di innovazione.

La riduzione dell'incidenza del fattore capitalistico sui costi di costituzione di una società non è naturalmente una novità assoluta. E ciò, si badi, non solo nell'analisi comparata, che vede negli ultimi

¹⁶ Salvo che non si consideri, come *infra* nel testo sarà fatto, assolutamente centrale ai fini classificatori il ruolo dispiegato dal tetto massimo di capitale vigente anche per le s.r.l.c.r.

¹⁷ E testimonianza di ciò deriva anche dalla relazione illustrativa al d.l. 83/12, in cui si rilevava come con l'apertura del modello di s.r.l. “a un euro” a qualunque persona fisica interessata si perseguiva lo scopo del miglioramento, con un avanzamento di sei posti, della “posizione del nostro Paese nella classifica del «*Doing Business*»”. La relazione illustrativa del d.l. 83/2012 è reperibile in internet all'indirizzo http://leg16.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0060880#; essa prosegue rilevando che “L'Italia occupa il 77° posto della classifica nella specifica voce «*Starting a business*», scontando prevalentemente i maggiori costi per l'avvio di impresa. La graduatoria viene compilata su specifici *case study* e la fattispecie srl semplificata oggetto della norma non viene presa in considerazione in quanto limitata ai soli soggetti di età non superiore a 35 anni. La sola rimozione del vincolo anagrafico consentirebbe di uniformarsi al *benchmark* dei nostri competitori europei, garantendo un avanzamento di ben sei posti nella classifica generale, con i conseguenti effetti – diretti ed indiretti – sulle dinamiche economico-produttive”. La classifica considerata nella relazione è consultabile al sito internet <http://www.doingbusiness.org/rankings> e le specificità del nostro Paese trovano un approfondimento di analisi all'URL <http://www.doingbusiness.org/data/exploreconomies/italy/>. Da esse si desume tra l'altro che, anche ove si ritenga il miglioramento del *ranking* menzionato (piuttosto che non della situazione oggettiva che determina tale risultato) un adeguato obiettivo di politica legislativa, l'Italia si segnala comunque per occupare l'ottantasettesima posizione mondiale (trentesima su trentuno nell'area dei Paesi OCSE ad alto reddito) nella graduatoria generale relativa alla *ease of doing business*, con significativi picchi negativi negli specifici settori *enforcing contracts* (158°), *paying taxes* (134°), *getting electricity* (109°), *getting credit* (98°). Quest'ultimo aspetto assume una rilevanza tutt'altro che secondaria proprio per quanto concerne le forme societarie qui in considerazione, in cui evidentemente la potenziale assenza di capitale sociale dovrebbe trovare adeguata compensazione proprio nella capacità di accesso al credito, innanzitutto bancario, da parte delle società.

Il miglioramento di posizione di cui si discorre nel testo, peraltro, è desumibile dall'algoritmo di simulazione presente nello stesso sito internet della classifica *Doing Business*; ove si provveda a sostituire il dato presente nella colonna “*Cost (% of income per capital)*” con il valore “0” (corrispondente alla costituzione della società in tendenziale assenza di capitale sociale (ad es.: € 1), si ottiene appunto, oltre al miglioramento della posizione generale dall'87° all'81° posto, un avanzamento pure nella specifica graduatoria “*Starting a Business*” da 77° a 35°, che pone comunque il nostro Paese alle spalle, restando al solo ambito europeo, di Irlanda, Regno Unito, Francia, Portogallo, Slovenia, Danimarca e Cipro.

anni una tendenza sempre più generalizzata ad un sostanziale azzeramento di tale posta di bilancio¹⁸, ma anche nella stessa esperienza di diritto interno.

Prendendo le mosse da quest'ultima, e limitandosi al caso delle s.r.l., è stato anche di recente autorevolmente sottolineato come la possibilità di sostituzione del conferimento in denaro con una polizza di assicurazione o una fideiussione bancaria, come previsto dall'art. 2464, quarto comma, (ora) terzo periodo, sia restata lettera morta a causa della mancata emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che ne determinasse le caratteristiche minime¹⁹. Evidentemente l'attuazione di tale dettame normativo, lungi dal costituire un sostanziale azzeramento dell'onere "capitale sociale", avrebbe tuttavia comportato una possibile diminuzione dei costi iniziali necessari alla costituzione di una s.r.l.; le già cennate modifiche al capitale sociale minimo contenute al quarto e quinto comma dell'art. 2463, d'altra parte, sono la pietra tombale proprio della (inattuata) previsione in discorso.

Per quanto concerne il profilo comparatistico, d'altro canto, in questa sede è appena opportuno rimarcare come, oltre alle ormai datate esperienze che hanno certamente costituito il riferimento ultimo relativo alla costituzione della s.r.l.s. italiana (*UG* tedesca e *SPRL-Starter* belga), sulla medesima scia nuovi modelli abbiano ormai preso forma in tutta Europa.

Tra di essi, sotto il profilo della nascita di appositi modelli societari caratterizzati da un capitale minimo inferiore a quello normalmente stabilito per la società a base chiusa di riferimento, vale la pena di citare quantomeno la *IKE* greca e la *IVS* di diritto danese (senza dimenticare i regime particolari della *sociedad limitada de formación sucesiva* spagnola²⁰ e della *Gründungsprivilegierung* austriaca) per quanto riguarda il diritto vigente; nonché la recentissima riforma della *SPRL-Starter* belga, ed il progetto di modernizzazione della *SARL* in Lussemburgo, anche attraverso la creazione di una variante "semplificata" sulla scorta dell'esperienza belga, avanzato dalla locale Camera di Commercio nell'ambito di una più ampia revisione dell'istituto delle società a base chiusa in tale Paese.

D'altro lato, molti sono pure gli ordinamenti in cui il capitale minimo richiesto per legge all'atto della costituzione ha visto una diminuzione sostanziale che, spesso, ha portato alla costituzione di società *nummo uno*: all'esperienza, ormai datata, della Francia²¹, si sono recentemente rifatti Portogallo, Olanda ed Estonia. Significative diminuzioni, pur senza giungere a teorizzare capitali sociali minimi pari all'unità di euro, si sono poi avute negli ultimi anni in Austria, Norvegia, Finlandia, ancora Danimarca, Svezia e Polonia.

¹⁸ Si consenta sul punto di rinviare a A. BARTOLACELLI, *Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 519 ss. e ID., *Nuove esperienze europee in tema di costituzione "semplificata" e "a basso costo" di società con responsabilità limitata*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2014, in cui potranno essere rinvenuti i riferimenti normativi e dottrinali alle singole esperienze che saranno citate nel testo.

¹⁹ In tale senso G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, 1237 ss., 1238 s.

²⁰ Che si affianca alla ormai datata *SLNE* vigente sin dal 2003, e che risulta espunta dal progetto di *nuevo código mercantil* recentemente approvato dal Governo spagnolo.

²¹ La previsione ha ormai compiuto i dieci anni di età, derivando la modifica dell'art. L 223-2 *Code de Commerce* dalla approvazione della *Loi* 1 agosto 2003, n. 721.

Da questo punto di vista, è corretto ritenere che l'innovazione principale prevista dal legislatore italiano nell'ultima versione delle norme osservate è data da una duplicazione di intervento sin qui inedita. Anche solo un rapido sguardo comparatistico ha mostrato che le vie della creazione di un modello societario “*starter*” e della diminuzione del capitale sociale minimo richiesto per la costituzione di una società “chiusa” nella sua versione “ordinaria” sono normalmente intese come alternative. Nell'esperienza italiana, invece, è esse si sono da ultimo cumulate, dando origine ad una s.r.l. semplificata che, allo stato attuale, non sembra avere particolare significato se non quello connesso all'abbattimento dei costi necessari per la sua costituzione²².

Ancorché sia qui possibile trattarla solo incidentalmente, meno battuta risulta, invece, la strada delle c.d. “*start-up* innovative”; come è stato autorevolmente segnalato²³, il legislatore italiano è stato sul punto decisamente più rapido nella regolazione del fenomeno di quanto non sia accaduto a suoi omologhi europei e non²⁴. Si deve peraltro segnalare come le diverse agevolazioni riconosciute a quanti intendano costituire società nell'ambito dell'innovazione sono suscettibili di combinarsi, perlomeno in larga parte, con i già citati provvedimenti che rendono assai meno costoso l'accesso ad una forma societaria caratterizzata da limitazione della responsabilità, congiungendo così incentivi di tipo tradizionalmente societario con altri di matrice giuslavoristica ed ancora diversi di tipo fiscale, creando dunque un ambiente che, complessivamente considerato, costituisce un *habitat* potenzialmente ideale allo sviluppo del fenomeno. L'innovazione riscontrabile in materia, dunque, si esplica già in tale frangente, proprio nell'aver inteso predisporre una cornice normativa appetibile per le *start-up*, così da favorirne la creazione. Una simile operazione di coordinamento, a ben vedere, già era stata condotta nell'ambito della disciplina dei distretti produttivi a partire dal 2005, ma essa non poteva che essere differenziata nei contenuti da distretto a distretto, limitando per così dire la uniformazione al singolo distretto produttivo, e l'ambito di deroghe cui dava luogo risultava essere decisamente di minore rilievo. L'intervento in materia di *start-up*, invece, è assai più ambizioso e di più ampia portata; inoltre, se si pone mente alla evoluzione del fenomeno dei distretti produttivi, che hanno poi dato vita alla disciplina propria dei distretti tecnologici, si può ravvisare nella disciplina delle *start-up* un ulteriore passo avanti identificando nei parchi tecnologici che spesso costituiscono i soggetti incubatori delle imprese di nuova costituzione particolarissimi distretti di dimensione ridotta ed estrema concentrazione, ma certamente a vocazione innovativa.

Oltre a ciò, poi, l'innovazione è insita nell'idea stessa della *start-up* come denominata dal legislatore del 2012, il quale ha voluto connotare tali forme imprenditoriali proprio in virtù del loro oggetto sociale costituito in via esclusiva (o prevalente, qualunque cosa ciò significhi in base ad un giudizio evidentemente prognostico) da “lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico”, oltre che da una serie di ulteriori requisiti

²² Si v. *infra*, in particolare § 13.

²³ Da M. CIAN, nella sua *Comunicazione* al già cit. (nt. 7) convegno *Il diritto societario nell'era della crisi*.

²⁴ Al di fuori dei confini dell'Unione si deve ricordare, perlomeno il c.d. *JOBS Act* (acronimo per *Jumpstart Our Business Startups Act*) statunitense sottoscritto dal Presidente Obama il 5 aprile 2012.

aventi la funzione di delimitare il novero delle imprese che possono fruire delle agevolazioni previste, che tuttavia non paiono modificare in maniera sostanziale la definizione della fattispecie.

All'innovazione "fisiologica", poi, corrisponde un'innovazione "di sistema" per le *start-up* che si siano costituite in forma di s.r.l., alle quali sono concesse le diverse deroghe alla disciplina "ordinaria" riportate all'art. 26 del d.l. 179/2012. Da un punto di vista sistematico, è opportuno operare una duplice suddivisione di esse in base a criteri soggettivi (ovvero se la deroga si applica alla sola *start-up* ovvero anche all'incubatore certificato) e temporali (tra deroghe operanti a tempo indeterminato, ovvero quelle la cui attività sia limitata ad un preciso momento).

3. *Istituzione di nuovi modelli societari, costituzione di società e creazione di valore sociale.*

È opportuno innanzitutto interrogarsi su cosa si debba intendere per "valore". Il termine, invero, potrebbe avere differenti accezioni, e dunque è assolutamente prioritario stabilire una definizione che possa fungere da guida nell'analisi. Il concetto di valore utilizzato dal legislatore italiano delle s.r.l. negli ultimi due anni pare essere legato ad una equivalenza di fondo tra creazione di nuove società ed aumento di benessere sociale, latamente inteso. Come pure assai di recente e con molta autorevolezza è stato segnalato²⁵, una simile impostazione non necessariamente rende giustizia alla realtà: la nascita di nuove società (e ancor più di nuovi modelli organizzativi, indipendentemente dal fatto che assurgano o meno a "tipo") non automaticamente comporta un miglioramento della situazione economica nazionale sotto che, peraltro, costituiva l'espresso desiderio del legislatore del d.l. 1/2012. Perché ciò possa accadere, anzi, è necessario che alla previsione di nuovi istituti corrispondano regole almeno chiare, auspicabilmente efficienti, necessariamente dotate di un accettabile tasso di stabilità. A ben vedere, l'intera cronistoria delle riforme susseguitesi che è stata oggetto di attenzione nel primo paragrafo fornisce certamente uno "spaccato" di come sia discutibile la sussistenza di almeno uno dei tre pilastri appena citati.

Evidentemente non potrà essere invocata la stabilità delle regole, per un legislatore che ha modificato la disciplina applicabile sei volte in venti mesi²⁶, e che in ciascuna di tali occasioni ha utilizzato uno strumento, il decreto legge, che certamente non costituisce, né può costituire, l'esempio di massima riflessione sulle opzioni legislative di volta in volta applicate.

Riguardo la chiarezza delle disposizioni, neppure tale aspetto è stato esente da profili di estrema problematicità: per quanto riguarda la s.r.l. semplificata, gli interpreti si sono sin da immediatamente dopo la sua creazione interrogati sul significato della previsione di "conformità" dell'atto costitutivo al modello tipizzato. Se le ondivaghe conclusioni cui si è di volta in volta pervenuti sono, in certa misura, frutto naturale di un "gioco delle parti" che è insito alla stessa natura esegetica della norma, non pare altrettanto normale che le posizioni di diverse Amministrazioni dello Stato si contraddicano come è invece accaduto, non senza strascichi dal sapore polemico²⁷.

²⁵ M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1090.

²⁶ Ed a tale fine è addirittura illuminante il titolo di un contributo, reperito solo grazie alla cortesia di Carlo Ibba, ad opera di F. TASSINARI, "Ne sexies in idem", (nt. 1).

²⁷ Si v. *supra*, nt. 13.

È tuttavia sotto il profilo dell'efficienza che le carenze derivanti dalla situazione che è venuta creandosi si manifestano in maniera più drammatica; e non si discorre tanto di efficienza in termini economici, che pure sarebbe argomento meritevole di un autonomo studio, ma che non è in questa sede oggetto di attenzione, bensì di efficienza nel rapporto tra norme ed istituti perché, e qui si denuncia l'idea che sta alla base di queste pagine, la s.r.l. semplificata non ha, oggi, nel nostro Paese, alcuna ragione di esistenza non già come tipo, ma neppure come modello a sé stante.

4. S.r.l. "ordinaria" a ridotta capitalizzazione e s.r.l.s.: a) punti di contatto.

Vi è già stato chi, nell'analizzare la natura della s.r.l.s. a seguito del d.l. 76/2013 e della sua legge di conversione 99/2013 ha correttamente preso le mosse dalla modifica della disciplina del capitale della s.r.l., per poi analizzare la fattispecie della s.r.l.s. di conseguenza²⁸. Il metodo pare condivisibile, in quanto l'attribuzione di una eccessiva importanza al legame con il percorso storico-normativo che ha condotto alla situazione oggi vigente, se può forse essere di qualche utilità in chiave interpretativa, danneggia la piena comprensione del quadro "definitivo" in cui ci si muove.

La s.r.l. "ordinaria", dunque, può ora essere costituita con un capitale minimo di un euro, a patto che i conferimenti, sin quando il capitale non abbia raggiunto i diecimila euro, siano necessariamente in denaro e diano integralmente liberati e versati nelle mani degli amministratori. Sino a che il capitale si mantiene al di sotto della soglia dei diecimila euro, viene derogata, per espressa previsione dell'art. 2463, quinto comma, la disciplina della riserva legale altrimenti applicabile alle s.r.l. con capitale superiore o pari a diecimila euro, dettata dall'art. 2430 in materia di s.p.a. Anziché, dunque, appostare a riserva almeno un ventesimo degli utili netti annuali sino a che la riserva non abbia raggiunto un quinto del capitale sociale, è necessario nella fattispecie in esame che sia appostata a riserva legale una somma pari ad almeno un quinto degli utili netti, sino a che la riserva, addizionata al capitale sociale, non raggiunga i diecimila euro²⁹. Sembrerebbe solo parzialmente corretto ritenere che la previsione in questione sostituisca integralmente la previsione originaria dell'art. 2430, per cui alla riserva legale formata ai sensi del quinto comma, art. 2463 non dovrebbero aggiungersi utili netti nella misura minima del cinque per cento al fine di rispettare anche il dettato dell'art. 2430.

La formulazione introdotta all'art. 2463, infatti, costituisce agli occhi di chi scrive certamente una deroga sia procedurale (riguardante le *modalità* di costituzione della riserva), sia sostanziale (riguardante l'*entità* della riserva) alla previsione generale³⁰, ma trova nella sua stessa formulazione letterale una limitazione temporale "fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l'ammontare di diecimila euro". Ciò significa che, sino a quando tale condizione non sia realizzata,

²⁸ D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1).

²⁹ La soluzione è, come *infra* (§ 12) si avrà modo di osservare, presente con varietà di accenti in diverse esperienze europee.

³⁰ Che peraltro, al terzo comma, fa salve eventuali previsioni differenti contenute in leggi speciali. Ora, è evidente che quest'ultima previsione è innanzitutto dedicata alla regolamentazione di fattispecie alquanto differenti da quella qui in considerazione, e segnatamente innanzitutto le imprese bancarie, ma non si vede ragione per cui la "legge speciale" derogatoria non possa essere la l. 99/2013 che ha introdotto il quinto comma dell'art. 2463; il tutto, naturalmente, a tacere del fatto che quest'ultima norma, indipendentemente dal terzo comma dell'art. 2430, è di per sé sufficiente a derogare legittimamente le norme generali in tema di riserva legale.

saranno da applicarsi le norme derogatorie portate dal quinto comma dell'art. 2463, mentre dal momento in cui sia raggiunta la soglia, ove ciò sia richiesto, dovrà darsi attuazione all'art. 2430³¹.

Rispetto alla riserva così formata, il legislatore si premura di sottolineare come essa possa trovare un duplice utilizzo; oltre alla sua naturale, ed incontrovertita, funzione di “cuscinetto” a protezione del capitale sociale³², viene esplicitamente previsto, sulla scorta della disciplina tedesca³³, che essa possa essere utilizzata al fine di un aumento del capitale sociale, con previsione che evidentemente tradisce comunque uno storico (comprensibile) *favor* del legislatore per il capitale sociale.

L'eventualità di diminuzione della riserva legale “per qualsiasi ragione” viene poi regolata con norma esattamente equivalente a quella data dall'art. 2430, con richiamo alla applicazione dello stesso quinto comma dell'art. 2463; naturalmente, ove la riserva sia stata, parzialmente od integralmente, utilizzata per capitalizzare la società, l'applicazione dell'art. 2463, quinto comma, piuttosto che 2430 deriverà dall'importo a cui il capitale sociale si sia attestato a seguito dell'operazione.

Queste le sole norme che il legislatore detta specificamente per le s.r.l. “ordinarie” a capitalizzazione ridotta; ciò significa che, come è stato anche assai di recente segnalato³⁴, e con soluzione cui era comunque possibile giungere anche *ante* l. 99/2013 riguardo le s.r.l. semplificate, le norme in materia di variazioni del capitale sociale, ed in particolare modo di riduzione per perdite, sono da ritenersi applicabili³⁵.

³¹ Si potrebbe infatti, *ictu oculi*, essere tentati di ritenere che l'entità della riserva legale formatasi ai sensi dell'art. 2463, quinto comma, c.c., sarà comunque sempre superiore a quella prevista dall'art. 2430. Ciò, in realtà, è vero solamente sin quando il capitale sociale sia inferiore al valore di 8.333,33 euro. Solo in quel momento la differenza tra capitale e soglia di diecimila euro (1.666,67 euro) è pari ad un quinto del capitale sociale stesso. La conseguenza di ciò è che, ove il capitale sociale sia superiore al detto importo, la riserva legale dovrà essere formata, sino alla concorrenza dei diecimila euro, secondo le regole dettate dall'art. 2463, quinto comma, mentre dovranno essere seguite le disposizioni generali dell'art. 2430 per la parte, eccedente i diecimila euro tra capitale e riserva, necessaria a portare la riserva legale ad (almeno) un quinto del capitale sociale. Un esempio forse chiarirà meglio la situazione: ove il capitale della società sia pari a 9.000 euro, la riserva da formarsi secondo le regole dell'art. 2463, quinto comma, sarà pari a 1.000 euro. Tale ultimo importo, tuttavia è inferiore ai 1.800 euro che costituirebbero la riserva da formarsi ai sensi dell'art. 2430, ragione per cui i rimanenti 800 euro di riserva dovranno essere accantonati seguendo il metodo di formazione richiesto dalla norma da ultimo citata. Se così non fosse, infatti, le società a ridotta capitalizzazione avrebbero un vantaggio francamente non comprensibile rispetto a quelle con capitalizzazione pari o superiore a diecimila euro, potendo accantonare a riserva importi (ancor più) irrisori, proprio quando le peculiarità del modello societario dovrebbero suggerire una particolare prudenza sotto tale profilo.

³² Si v., per tutti, G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato Colombo-Portale*, 7, 1994, 513 ss.

³³ § 5a(3)1, *GmbHG*.

³⁴ M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1102 (spec. nt. 25) e 1111 s.

³⁵ E, riterrei, incidentalmente, anche quelle per le riduzioni volontarie di capitale (nello stesso senso D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 16 e 18; A. BUSANI, *La nuova*, (nt. 1), 1082; *Contra*: M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1111). La soluzione cui si perviene è rafforzata dall'assenza, nella disciplina della s.r.l. “ordinaria” con capitale *under* 10.000 euro, di una previsione di applicabilità delle restanti norme in materia di s.r.l. “in quanto compatibili”, come invece previsto dall'art. 2463-*bis*, quinto comma, c.c.; e ciò sulla base della considerazione che nel caso sin qui esaminato non sussiste alcun dubbio rispetto al fatto che la società sia comunque pienamente una s.r.l. a tutti gli effetti.

È dunque opportuno segnalare in prima battuta quali siano i punti di tangenza, o persino di sovrapposibilità, della disciplina della s.r.l. semplificata rispetto alla fattispecie sin qui considerata.

Iniziando dalla disciplina esplicitata, in fase genetica, l'atto costitutivo deve essere redatto in forma di atto pubblico, ed è possibile la costituzione di s.r.l. semplificate sia unipersonali che pluripersonali.

Ancora, prescindendo per il momento dal tema dell'atto costitutivo tipizzato e dalla sua eventuale modificabilità, gli elementi che esso deve contenere si rifanno quasi interamente all'elencazione fornita dall'art. 2463, secondo comma³⁶; le difformità rispetto a quest'ultima elencazione sono, di fatto, i punti di relativa discordanza tra le due discipline, che saranno oggetto di esame nei seguenti paragrafi.

La chiave di volta del sistema rispetto alla riconducibilità della s.r.l. semplificata alla s.r.l. "ordinaria" è poi costituita dall'ultimo comma dell'art. 2463-*bis*, a norma del quale "salvo quanto previsto dal presente articolo, si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni del presente capo in quanto compatibili".

Il capo in questione è, evidentemente, il capo VII del titolo V, libro V del Codice civile, relativo alle società a responsabilità limitata, ed attese le modificazioni che si sono susseguite nella disciplina di tale tipo sociale, è evidente il ruolo del tutto centrale assunto dalla norma in discorso; per una migliore analisi di ciò è tuttavia ora opportuno procedere alla ricognizione delle caratteristiche peculiari della s.r.l. semplificata e della pretesa differenza che la loro presenza comporta rispetto al modello s.r.l. "tradizionale".

5. (Segue) *b) peculiarità della s.r.l.s.: agevolazioni economiche alla costituzione, necessario utilizzo del modello di atto costitutivo tipizzato, capitale massimo inferiore a diecimila euro, riserva di costituzione a favore delle sole persone fisiche, denominazione sociale specifica. "Riqualificazione" delle s.r.l.c.r. già costituite come s.r.l. semplificate.*

La s.r.l. semplificata si caratterizza, rispetto alla versione "ordinaria" del medesimo tipo sotto alcuni profili, sia sostanziali che procedurali.

Iniziando da questi ultimi, la s.r.l. semplificata può, oggi, essere costituita beneficiando della esenzione dal pagamento degli onorari notarili, nonché dalla corresponsione dell'imposta di bollo e dei diritti di segreteria connessi all'iscrizione nel Registro delle Imprese. La scelta del legislatore è desumibile, ancorché non in maniera esente da ogni incertezza, dal testo dell'art. 3, d.l. 1/2012, il quale,

³⁶ Fermo restando quanto *infra* si sosterrà riguardo l'atto costitutivo tipizzato, non risultano nella sostanza replicati, nella formulazione riportata all'art. 2463-*bis*, i soli punti 5 e 9 dell'elencazione fornita dall'art. 2463; in verità il punto 5 ("i conferimenti di ciascun socio ed il valore attribuito [ai] crediti e ai beni conferiti in natura") è poi stato reintegrato, per quanto di applicabilità – ovvero la sola parte iniziale relativa ai conferimenti, non potendo darsi conferimenti di crediti o effettuati in natura – nel modello tipizzato di emanazione ministeriale, mentre l'assenza del punto 9 ("l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società") è di diretta derivazione della velleitaria impostazione del legislatore che ritiene i costi di costituzione di una s.r.l.s. approssimarsi allo zero al punto tale da rendere inutile la previsione, ancorché indicativa, di essi all'interno dell'atto costitutivo.

tuttavia faceva riferimento alla s.r.l. semplificata “prima maniera”³⁷, con accesso riservato alle sole persone fisiche infratrentacinquenni. Il dubbio potrebbe sorgere rispetto all’ambito soggettivo di applicazione della norma: siccome la regola era in origine applicabile alle sole società costituite da soggetti che non avessero compiuto il trentacinquesimo anno di età, vi è certezza assoluta che l’intervenuta modifica della disciplina della s.r.l.s. nel senso di “apertura” del modello alle persone fisiche anche *over 35* si rifletta anche sul dettato del d.l. 1/2012? In altre parole: siccome le riforme da ultime venute hanno modificato *direttamente* l’art. 2463-*bis*, c.c., senza operare alcun intervento sull’art. 3, d.l. 1/2012 che tale norma introduceva nell’ordinamento, i commi successivi al primo³⁸ di quest’ultima norma sono da ritenersi *de plano* applicabili alla s.r.l.s. nella sua più recente configurazione? O piuttosto l’agevolazione deve essere ritenuta limitata alla *sostanza* dell’art. 2463-*bis ante* modifiche successive? Per quanto l’adesione alla seconda ipotesi potrebbe trovare giustificazione nell’intento originario della norma, ovvero nel desiderio di agevolare la costituzione di società a responsabilità limitata da parte dei “giovani”, sicché il beneficio economico sarebbe in tale modo fruibile ai soli *under 35*, è decisamente da preferirsi per evidenti ragioni di certezza del diritto la prima soluzione, interpretando dunque i commi successivi al primo del d.l. 1/2012 come una sorta di “rinvio fisso” al modello organizzativo “s.r.l. semplificata” nella sua configurazione attualmente vigente (e nelle sue tutt’altro che improbabili, versioni future)³⁹.

Inoltre, ancora discorrendo di benefici procedurali connessi alla costituzione di una s.r.l. semplificata, si deve notare come l’unico comma “superstite” dell’art. 44, d.l. 83/2012, che disciplinava la “fu” s.r.l. a capitale ridotto, il 4-*bis*, prevede ora che il Ministero dell’Economia e delle Finanze debba, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, promuovere un accordo con l’associazione bancaria italiana “per fornire credito a condizioni agevolate ai giovani di età inferiore ai trentacinque anni, che intraprendano attività imprenditoriale attraverso la costituzione di una società a responsabilità limitata semplificata”.

Passando al profilo sostanziale, il beneficio della gratuità notarile, oltre alle esenzioni relative alla corresponsione di diritti di bollo e segreteria, trova una ragione d’essere nella postulata necessità che la s.r.l. semplificata sia costituita attraverso un documento genetico tipizzato, secondo le indicazioni del legislatore primario, da parte del Ministero della Giustizia, di concerto con i dicasteri dell’Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico. In questo senso si può sostenere che il destinatario della previsione del secondo comma, art. 2463-*bis*, è il regolamentatore, per sua natura secondario, che a tali prescrizioni deve attenersi nella redazione del modello tipizzato. In certo senso, dunque, la funzione principale della citata disposizione è quella di delimitare una “delega legislativa minima” al

³⁷ E dunque, anzi, utilizzando l’impropria espressione in un primo momento utilizzata dal medesimo legislatore, alla società semplificata a responsabilità limitata.

³⁸ Che si limitava a dettare il testo dell’art. 2463-*bis*, c.c.

³⁹ Ciò non toglie che l’art. 3 del d.l. 1/2012 necessita comunque di interventi di aggiornamento alla mutata situazione normativa, se non altro, come si desume dalla semplice lettura del secondo comma relativo a tempi di emanazione dell’atto costitutivo tipizzato da parte del Ministero della Giustizia, che, come tra breve si vedrà, dovrà essere oggetto di una sostanziale operazione di modifica.

regolamentatore ministeriale, il cui ruolo può essere tuttavia interpretato secondo una linea d'azione per così dire "minimalista", che si preoccupi cioè semplicemente del fatto che nel modello tipizzato siano presenti tutte le indicazioni richieste dalla legge; ovvero una più "moderatamente interventista", che oltre a contemplare le informazioni previste a norma dell'art. 2463-*bis*, secondo comma, conceda ulteriori elementi, eventualmente in una logica *opt-in/opt-out* che dunque consenta alle parti, all'interno della cornice legale, di scegliere talune soluzioni che meglio si adattino alla concreta conformazione della società; ovvero ancora, ed è questa la soluzione che potremmo definire più "radicalmente interventista", che fornisca nel modello *standard* ulteriori elementi che, pure non trovando una imperatività di ordine legale nel testo di legge, siano espressione di una discrezionalità del regolamentatore secondario. Ed il tema assume un significato del tutto rilevante in quanto è ora stabilito al terzo comma dell'art. 2463-*bis* che le clausole del modello *standard* sono inderogabili, con intenzione che, pure evidentemente volta a porre un termine alle questioni interpretative che sul punto si sono rincorse, trova tuttavia una formulazione assai perfetibile e tutt'altro che esente dal adito ad ulteriori interrogativi.

La funzione del secondo comma dell'art. 2463-*bis*, si diceva, è principalmente di indirizzo del regolamentatore; tale scopo non è tuttavia esclusivo, in quanto da esso risulta pure di tutta evidenza un ruolo normativo essenziale rispetto agli elementi tipici del modello in discorso. Si tratta, naturalmente, della specifica disciplina del capitale sociale (minimo) e dei conferimenti.

A ben vedere, infatti, il punto che ovviamente costituì il tratto distintivo di maggiore rilevanza della neonata s.r.l. semplificata, ovvero la possibilità di costituzione della società con un capitale sociale di appena un singolo euro, non trova altra regolamentazione se non nel numero 3 del secondo comma, art. 2463-*bis*; e allo stesso modo le regole relative al conferimento, che deve necessariamente essere in denaro ed interamente versato direttamente nelle mani degli amministratori, prima delle modifiche apportate agli artt. 2463 e 2464 dalla legge 99/2013 di conversione del d.l. 76/2013, costituivano all'epoca deroghe alla disciplina generale delle s.r.l., mentre risultano oggi null'altro che ridondanti richiami a regole generali che sarebbero già applicabili alla s.r.l.s. in virtù dell'ultimo comma dell'art. 2463-*bis*⁴⁰. L'unico elemento caratterizzante restato come patrimonio esclusivo della s.r.l.s., sotto il profilo in esame, è costituito dal "tetto" di capitalizzazione massima al di sotto dei diecimila euro, come peraltro risulta, ancora una volta, dal numero 3 del secondo comma, art. 2463-*bis*.

Ancora osservando il secondo comma, al punto 1), unitamente al primo, si rinviene la quarta peculiarità della s.r.l. semplificata, ovvero il fatto che la costituzione della società sia consentita alle sole persone fisiche, senza che nulla più sia ora specificato riguardo l'eventuale cessione successiva a soggetti diversi da persone fisiche, e non rilevando più in alcun modo l'età anagrafica dei soci; una significativa

⁴⁰ Si può anzi, in questo caso, sostenere che la s.r.l.s. sia stata una sorta di "laboratorio" per il legislatore della s.r.l. "ordinaria" nella elaborazione di soluzioni generali che potessero essere applicate in via generale al tipo tradizionale. Ciò risulterà di maggiore chiarezza anche allorché si affronti la questione da un punto di vista comparato, essendo sia la limitazione dei conferimenti al solo denaro per le società costituite con requisiti di capitale minimi (*UG* tedesca, *SPRL-S* belga e, ora *SLFS* spagnola), sia la consegna diretta del conferimento stesso nelle mani degli amministratori (ancora *SPRL-S* belga e *SQ* portoghese) ormai soluzioni acquisite all'esperienza internazionale.

modificazione è tuttavia stata apportata dal d.l. 76/2013 in punto di amministrazione della società, con riflessi tuttavia non indifferenti alla composizione soggettiva della compagine sociale.

Infine, la denominazione della società, secondo quanto riportato dal secondo comma, punto 2) e dal quarto comma, deve contenere la dicitura “società a responsabilità limitata semplificata”, e deve essere accompagnata dall’indicazione dell’ammontare del capitale sociale sottoscritto e versato, della sede sociale e dell’ufficio del Registro delle Imprese presso cui è stata effettuata l’iscrizione sia nella corrispondenza della società, sia nel sito internet della stessa, risultando di non perfetta comprensione se sia sufficiente tale disposizione a fare ritenere obbligatorio, per una s.r.l.s., avere un proprio “spazio elettronico destinato alla comunicazione collegato con la rete telematica ad accesso pubblico”⁴¹.

Infine, ancorché non si tratti di regime giuridico peculiare applicabile alle s.r.l. semplificate, si deve ricordare come le s.r.l. a capitale ridotto già esistenti, delle cui norme organizzative il d.l. 76/2013 ha disposto l’abrogazione, sono state dal medesimo intervento normativo “riqualificate” come s.r.l. semplificate.

È ora opportuno, dunque, analizzare specificamente ciascuna delle citate peculiarità.

6. a) *Le agevolazioni alla costituzione di una s.r.l.s.*

Già si è detto come la norma che disciplina il regime agevolato dei costi di costituzione di una s.r.l. semplificata non è del tutto esente da profili problematici. In particolare, siccome non pare ancora del tutto risolta la questione della integrabilità del contenuto dell’atto costitutivo *standard*, ove ciò sia ritenuto ammissibile⁴² resta il dubbio riguardo la eventuale corresponsione di un compenso al notaio rogante per la introduzione di clausole non ricomprese nel modello tipizzato.

Ora, meglio si dirà tra breve della rilevanza piuttosto limitata che tali clausole potranno assumere, ma sin d’ora si può sostenere che, da un punto di vista di principio, se effettivamente si ritiene la “gratuità” della prestazione notarile la contropartita alla tendenziale rigidità del modello tipizzato, ogni eventuale (possibile) integrazione dello stesso dovrebbe comportare un costo da corrispondersi al professionista rogante. La s.r.l. semplificata, in altri termini, potrebbe essere efficacemente (ancorché forse senza grande originalità) equiparata ad una compagnia aerea *low-cost*: il servizio reso dall’atto costitutivo tipizzato è effettivamente minimale⁴³, ma comunque sufficiente allo scopo; ogni eventuale possibile *extra* sarà a pagamento: imbarco prioritario/previsione di un termine finale alla società; posto riservato/inclusione di giuste cause di esclusione dei soci; vendita di bevande a bordo/previsione di riserve statutarie, e così via dicendo.

Evidentemente una simile impostazione consente di limitare l’impatto della previsione di gratuità delle prestazioni notarili per la costituzione, evitando dunque di abusare di uno strumento la cui liceità costituzionale sarebbe peraltro da indagare con maggiore profondità di quanto non sia consentito

⁴¹ Come rilevato già da E. PEDERZINI – R. GUIDOTTI, (nt. 1), 5 per il caso della società a responsabilità limitata a capitale ridotto.

⁴² Si esprime in questa sede un giudizio sostanzialmente positivo a riguardo; si v. *infra*, § 7.

⁴³ M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1110 lo definisce, efficacemente, il “fantasma di uno statuto”.

da queste righe⁴⁴. Allo stesso modo consente di immaginare la s.r.l. semplificata in un'ottica di "geometria variabile" che è tutt'altro che estranea al "tipo" s.r.l.

Appena poche righe devono essere spese riguardo il residuo dell'art. 44, d.l. 83/2012. Evidentemente questa previsione, da condursi senza nuovi o maggiori oneri per le finanze pubbliche, è espressione di un velleitario filogiovanilismo di cui il legislatore fatica non poco a liberarsi. Non è stato sufficiente, infatti, espungere il riferimento ai soli infratrentacinquenni quali soggetti legittimati alla costituzione di una s.r.l.s.; l'ondata demagogica si è dispiegata sul reale punto di debolezza della nuova disciplina, ovvero la considerazione che, nonostante il legislatore non mostri di accorgersene, la possibilità di costituzione di una società in assenza sostanziale di capitale sociale non rende di per sé dispensabile il fatto che la società i suoi soci dispongano di mezzi di finanziamento dell'impresa. Mezzi di finanziamento che non verranno certamente dal capitale proprio della società, e senno non si intenderebbe la scelta di costituire una s.r.l.s., bensì normalmente da garanzie personali dei soci. Questo l'ambito in cui ci si muove allorché si analizza il comma 4-*bis* dell'art. 44, d.l. 83/2012; e la conclusione cui non si può non giungere è, a tacere del perché il legislatore mostri tale paterna predilezione per i soli giovani infratrentacinquenni, il chiedersi perché mai l'agevolazione debba essere loro riconosciuta solo quando optino per la costituzione di una s.r.l.s., e non, invece, allorché decidano per la costituzione di una s.r.l. "ordinaria", magari con un capitale superiore ai diecimila euro, che ora più che mai assume la sola funzione di una *Seriositätsschwelle*. Una risposta potrebbe essere che la costituzione di una s.r.l.s. "obbligherebbe" i soci ad attenersi (almeno) alle previsioni di cui all'atto costitutivo tipizzato, su cui si potrebbe supporre che lo Stato abbia esercitato un controllo preventivo di legalità e, ciò che è più rilevante in questa prospettiva, di efficienza. Così francamente non pare comunque, per le ragioni che tra breve si vedranno⁴⁵.

È naturalmente demandata al Ministero dell'Economia, insieme ad ABI, la definizione dei particolari rispetto a tale accordo, ma la previsione legale di cui si è appena discusso pare francamente di difficile comprensibilità.

7. b) *L'adozione di un atto costitutivo tipizzato.*

La previsione che l'atto costitutivo di una s.r.l. semplificata debba essere "in conformità al modello *standard* tipizzato" attraverso un decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con i colleghi dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico costituisce, sin dalla primissima formulazione della norma, uno dei tratti caratterizzanti del modello in discorso.

L'intero dibattito sul punto non può che muovere innanzitutto dalla interpretazione da fornirsi all'espressione "in conformità" di cui all'art. 2463-*bis*, secondo comma. La discussione sul punto è stata accesa fin dai primissimi commenti, ed è stata inconsuetamente impreziosita dalle già osservate divergenti opinioni di volta in volta rilasciate da diverse amministrazioni dello Stato⁴⁶. Da un punto di

⁴⁴ Si limiterebbe inoltre l'impatto dell'infausto meccanismo che vede la riforma da compiersi "senza maggiori oneri per lo Stato" allo stretto necessario (per una critica a tale atteggiamento del legislatore si v. M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1094), lasciando tuttavia la libertà per ogni ulteriore inserimento di clausole (compatibili) nell'atto costitutivo.

⁴⁵ I medesimi rilievi sono espressi, da M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1094 s.

⁴⁶ Si v. *supra*, nt. 13.

vista strettamente normativo, alla previsione del già citato secondo comma, art. 2463-*bis*, che genericamente discorre di “conformità”, segue il d.m. Giustizia n. 138 del 23 giugno 2012, che, recando appunto il testo di detto statuto *standard*, ribadisce, al primo comma, il concetto di “conformità”, mentre si premura, al secondo comma, di fornire una sorta di interpretazione autentica del concetto di “conformità”, da leggersi in relazione all’ultimo comma dell’art. 2463-*bis*, per cui si applicano, per quanto non regolato dal modello *standard*, le restanti disposizioni dettate in tema di s.r.l. “*ove non derogate dalla volontà delle parti*”. È evidente che tale eventuale deroga non può che essere contenuta dalle disposizioni dell’atto costitutivo/statuto⁴⁷, e ove si ritenesse quest’ultimo non suscettibile neppure di integrazioni rispetto al testo tipizzato, allora la disposizione in parola sarebbe assolutamente insensata.

Esplora in realtà una funzione fondamentale per la ricostruzione qui proposta una norma che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe probabilmente dovuto avere effetto diametralmente opposto⁴⁸. Ci si riferisce, naturalmente, al terzo comma dell’art. 2463-*bis*, introdotto dalla l. 99/2013, a norma del quale le clausole dell’atto costitutivo tipizzato sono definite come inderogabili. La convinzione maturata rispetto alla specifica problematica si basa sul tenore letterale della previsione, congiuntamente ad un dato ormai appartenente alla storia interpretativa della norma nella sua previgente formulazione.

Se, infatti, è vero che il legislatore ha inteso regolare il fenomeno della modifica del modello *standard*, tale intenzione non poteva non essere diretta derivazione proprio delle perplessità e delle difficoltà interpretative che gli operatori avevano sperimentato durante i primi diciotto mesi di vigenza della norma⁴⁹. La formulazione usata, tuttavia, non lascia completa certezza riguardo l’ambito applicativo.

Altro è, infatti, definire immodificabile – se non, ovviamente, nelle parti soggette a *compilazione* da parte del notaio rogante, la più importante delle quali è naturalmente la definizione dello scopo sociale – l’atto costitutivo tipizzato nella sua interezza; ed altro, invece, utilizzare il concetto di *inderogabilità* non già per l’atto costitutivo, bensì per le *clausole* che lo compongono. E, ancora, la formulazione utilizzata non consente di ritenere che l’inderogabilità delle clausole debba essere intesa

⁴⁷ La deroga da parte della legge, ovvero dell’autorità regolamentante è evidentemente ammessa a prescindere.

⁴⁸ Nel vigore della precedente disciplina della s.r.l.s. chi scrive aveva in altra sede (A. BARTOLACELLI, *The New Italian Almost Capitalless Private Companies: a Brand New Tile in the Mosaic*, in corso di pubblicazione su *European Company and Financial Law Review*, 10 del manoscritto) espresso una differente opinione in merito alla modificabilità dell’atto costitutivo tipizzato, sostenendone la inalterabilità assoluta. Tale opinione era dovuta da un lato al tenore (in verità immodificato) delle norme che si riferiscono alla necessaria “conformità” dell’atto costitutivo al testo standardizzato, e dall’altro all’alternativa che veniva offerta per la costituzione di società a capitalizzazione inferiore a diecimila euro, anche agli infratrentacinquenni, mediante la s.r.l.c.r., in cui nulla era detto riguardo la necessità di utilizzare il testo tipizzato.

⁴⁹ Ed anzi, appena dodici mesi scarsi, se si pone mente al fatto che il decreto ministeriale recante il testo dell’atto costitutivo tipizzato ha visto la propria pubblicazione in Gazzetta Ufficiale il 14 agosto 2012 (nonostante rechi data di approvazione 23 giugno 2012, comunque in ritardo di quasi un mese rispetto alle tempistiche dettate dall’art. 3, secondo comma, d.l. 1/2012, che ne prevedeva l’emanazione entro i sessanta giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del medesimo d.l., avvenuta il 25 marzo 2012), mentre la previsione di cui all’attuale art. 2463-*bis*, terzo comma è dovuta non già al d.l. 76/2013 nella sua formulazione originaria, bensì alla legge di conversione che ha introdotto la lettera *b-bis*) al tredicesimo comma dell’art. 9.

nella loro interezza, o, meglio, ove esse siano congiuntamente considerate⁵⁰, bensì ben si può leggere nel senso che *ciascuna di esse* è, nella sua individualità, inderogabile⁵¹.

In aggiunta a ciò, anche ove si ritenesse che la definizione di inderogabilità abbracci l'atto costitutivo tipizzato nella sua interezza, tuttavia non si deve confondere l'inderogabilità – ossia la non modificabilità di una prescrizione legale da parte della volontà delle parti – con la non integrabilità dell'atto costitutivo, che resta ad avviso di chi scrive su di un piano differente.

La prescrizione di inderogabilità delle clausole statutarie, infatti, assurge su di un piano generale a criterio di interpretazione della stessa necessità di conformazione dell'atto costitutivo concreto al modello tipizzato. In altre parole, il rispetto della tassatività delle clausole presenti in quest'ultimo fornisce il requisito necessario e sufficiente per aversi la prescritta conformità; ciò, tuttavia, non esclude *a priori* che possano essere introdotte nell'atto costitutivo “concreto” clausole ulteriori, mantenendosi la società regolata secondo il modello della s.r.l.s. allorché tali clausole siano a loro volta conformi – nel senso che, ovviamente, non le derogano, né dettino una disciplina in concreto incompatibile – alle clausole “tipiche” previste dal modello *standard*⁵².

Ancora proseguendo su questo ragionamento, dunque, l'inderogabilità delle clausole è riferita al loro contenuto, e dunque si pone quale limite al *contenuto* di *ulteriori* clausole che l'autonomia statutaria intenda introdurre nell'atto costitutivo⁵³.

⁵⁰ Come invece ritiene M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1098 ss. e 1105 s. ove si legge che “è stato chiarito che sono “inderogabili” sia il modello nel suo complesso, sia ciascuna delle sue clausole”. Nello stesso senso, D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 24

⁵¹ In aggiunta a tali argomenti, poi, si può sostenere che la formulazione letterale utilizzata dal legislatore del terzo comma, art. 2463-*bis* suggerisce una differenziazione tra clausole previste dal modello *standard*, inderogabili, e clausole previste dalla volontà delle parti, per loro natura libere.

Si deve peraltro segnalare il parere offerto da C. MONTAGNANI, (nt. 1), 402 s., secondo la quale è necessario operare una distinzione tra “clausole” e “indicazioni”, rientrando tra le prime, ai fini della inderogabilità imposta dall'art. 2463-*bis*, terzo comma, solamente le “norme relative al funzionamento della società”, di cui all'art. 2463, secondo comma, n. 7, richiamato dall'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 4, di cui sarebbero espressione i punti 5 ed 8 del modello tipizzato. Nonostante l'avviso dell'A. sia nel senso di ritenere “in parte superato” (p. 402) il dettato del modello tipizzato in ragione delle modificazioni apportate al testo dell'art. 2463-*bis* da parte del d.l. 76/2013 e della l. 99/2013 e dunque lasci intendere una propensione per la caducazione (automatica e totale, parrebbe di arguire, sia nel primo che nel secondo caso) dei punti 4 e 5 del modello, ci si permette qui di ritenere, per le ragioni che *infra*, nt. 61 e testo corrispondente saranno con più compiutezza esposte, che la vigenza di tali punti rimane impregiudicata (salvo per la sanzione della nullità per trasferimenti che contravvengano il punto 4), e che pertanto sia il punto 4 che il 5 sono da ritenersi clausola (in quanto “norma relativa al funzionamento della società”, nella misura in cui sono determinati i soggetti cui si possa validamente trasferire la partecipazione sociale) inderogabile proprio in virtù della previsione dell'art. 2463-*bis*, terzo comma.

⁵² Con i riflessi sulle agevolazioni economiche riconosciute in sede di costituzione della società già anticipate nel paragrafo precedente.

⁵³ A stretto rigore di logica, ancorché paia trattarsi più che altro di caso di scuola, il ragionamento svolto nel testo implica che pure le clausole stesse contenute nell'atto costitutivo tipizzato sarebbero soggette a modificabilità; e non solamente nel senso “ottativo” di scelta tra due soluzioni predeterminate a seconda della concreta volontà delle parti (esempio tipico: l'amministrazione mono o pluripersonale), ma pure “additivo”, che dunque contempra l'aggiunta, nel testo della clausola, di elementi ulteriori, nel rispetto del criterio di compatibilità di cui tra breve si tratterà nel testo. Un diverso intendimento risulterebbe francamente incomprensibile, in ragione del fatto che le previsioni “aggiunte” potrebbero essere tali, nella

È proprio in questo senso, dunque, che deve essere letta la previsione di cui al quinto comma dell'art. 2463-*bis*: atteso che l'atto costitutivo tipizzato potrebbe contenere previsioni che, per quanto legittime, potrebbero esorbitare il minimo richiesto dal secondo comma precedente⁵⁴, la compatibilità delle disposizioni dettate al Capo VII alla s.r.l. semplificata dovrà essere valutata anche in relazione a quanto esplicitamente previsto, od implicitamente richiamato, dal modello standardizzato, che assume così inedite vesti intermedie tra libera espressione della volontà delle parti e dettato normativo sia pure di origine secondaria; si potrebbe discorrere, sul punto, di "volontà necessitata" dei soci⁵⁵. Risulta dunque imprescindibile una pur sommaria analisi del contenuto dell'atto costitutivo tipizzato.

8. (Segue) *Le caratteristiche dell'atto costitutivo tipizzato e la compatibilità con la disciplina della s.r.l. "ordinaria"*.

Come già più volte riferito, il modello *standard* dell'atto costitutivo è stato emanato dal Ministero della Giustizia, di concerto con i dicasteri dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico attraverso il d.m. 23 giugno 2012, n. 138. Alla data in cui si scrive (giugno 2014) non risulta ancora alcuna modifica a tale regolamento, nonostante essa sia, per le ragioni che tra breve si vedranno, ben più che auspicabile⁵⁶.

Una previsione normativa che definisce le clausole dell'atto costitutivo tipizzato come inderogabili, infatti, è inevitabilmente fonte di grande responsabilità per il regolamentatore; esso, infatti, è responsabile non solo per il rispetto, nella redazione del regolamento, delle "istruzioni" ricevute dalla norma di grado sovraordinato che attribuisce il potere – nel caso in esame, l'art. 3, secondo comma, d.l. 1/2012 e l'art. 2463-*bis*, secondo comma, c.c. –, bensì pure di ogni ulteriore previsione che egli intenda includere all'interno del modello, oltre che delle concrete modalità redazionali del testo.

È necessario sin d'ora sottolineare come il regolamentatore del 2012 ha optato per un modello tipizzato veramente minimale, ma le cui soluzioni non paiono essere sempre le maggiormente adatte alla situazione concreta della s.r.l.s.; una simile considerazione, ora accentuata dalla modificazione della disciplina primaria di riferimento, poteva tuttavia essere svolta anche sotto la previgente disciplina; ciò che maggiormente importa è, comunque, il fatto che la previsione di inderogabilità delle clausole dello statuto tipizzato protegge ora, nonostante i loro limiti, le previsioni contenute nel d.m. 138/2012 *che non si pongano in una situazione di contrarietà a norme imperative di legge*.

ricostruzione che qui si propone, anche all'interno di apposite clausole autonome, per le quali non si porrebbe, salvo il generale rispetto del generale requisito della conformità, alcuna problematica specifica.

⁵⁴ Si tratta di quei casi che, *supra*, sono stati denominati "moderatamente" o "radicalmente interventisti".

⁵⁵ Vale tuttavia la pena di ricordare che nel caso in esame non si versa in una situazione in cui i soggetti interessati alla costituzione di una società non hanno a disposizione un'alternativa. La costituzione di una s.r.l. "ordinaria", ancorché a ridotta capitalizzazione, resta nella piena disponibilità delle parti, ragione per cui, ancora una volta, nella inderogabilità delle clausole determinate nel modello tipizzato è da leggersi la contropartita per la riduzione dei costi connessi alla fase genetica dell'ente.

⁵⁶ A. BUSANI, *La nuova*, (nt. 1), 1069, nt. 1 definisce il decreto recante il nuovo modello come "preannunciato"; M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1105 più prudentemente rileva come non sia "fuor di luogo suggerire che, con le ultime evoluzioni normative, il modello *standard* tipizzato possa e anzi debba essere aggiornato".

La Tabella A allegata al d.m. Giustizia 138/2012 si compone di appena dieci clausole, che in larga parte riflettono le prescrizioni del secondo comma, art. 2463-*bis*⁵⁷. Questo può essere certamente

⁵⁷ Per maggiore agio del lettore si riproduce di seguito il testo dell'atto costitutivo tipizzato:

“L'anno ..., il giorno ... del mese di ... in ..., innanzi a me ... notaio in ... con sede in ... è/sono presente/i il/i signore/i (cognome, nome, data, luogo di nascita, domicilio, cittadinanza), della cui identità personale ed età anagrafica io notaio sono certo.

1. Il/I comparente/i costituisce/costituiscono, ai sensi dell'articolo 2463-bis del codice civile, una società a responsabilità limitata semplificata sotto la denominazione “... società a responsabilità limitata semplificata”, con sede in ... (indicazione di eventuali sedi secondarie).

2. La società ha per oggetto le seguenti attività: ...

3. Il capitale sociale ammonta ad € ... e viene sottoscritto nel modo seguente:

il Signor/la Signora sottoscrive una quota del valore nominale di € ... pari al ... percento del capitale.

...

4. È vietato il trasferimento delle quote, per atto tra vivi, a persone che abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla data della cessione/trasferimento e l'eventuale atto è conseguentemente nullo.

5. L'amministrazione della società è affidata a uno o più soci scelti con decisione dei soci.

6. Viene/vengono nominato/i amministratore/i il/i signori: ... (eventuale specificazione del ruolo svolto nell'ambito del consiglio d'amministrazione), il quale/i quali presente/i accetta/no dichiarando non sussistere a proprio/loro carico cause di decadenza o di ineleggibilità ad amministratore della società.

7. All'organo di amministrazione spetta la rappresentanza generale della società.

8. L'assemblea dei soci, ove sia richiesta deliberazione assembleare per la decisione dei soci, è presieduta dall'amministratore unico o dal presidente del consiglio di amministrazione.

9. I soci dichiarano che conferimenti sono stati eseguiti nel modo seguente:

Il signor/la signora ha versato all'organo amministrativo, che ne rilascia ampia e liberatoria quietanza, la somma di € ... a mezzo di ...

(...)

L'organo amministrativo dichiara di aver ricevuto la predetta somma ed attesta che il capitale sociale è interamente versato.

10. Il presente atto, per espressa previsione di legge, è esente da diritto di bollo e di segreteria e non sono dovuti onorari notarili.

Richiesto, io notaio ho ricevuto il presente atto, scritto con mezzi elettronici da persona di mia fiducia e composto di fogli ... per intere facciate e parte fin qui, da me letto alla/e parte/i che lo ha/hanno approvato e sottoscritto alle ore ...

Firma dei comparenti

Firma del notaio”

sostenuto per le clausole 1, 2 e 3, che si richiamano, rispettivamente, ai numeri 2, 4 (in rinvio al n. 3, art. 2463, secondo comma), 3 e 4 (in rinvio al n. 6, art. 2463, secondo comma) del secondo comma, art. 2463-*bis*, e che non creano particolari problemi nella loro formulazione. Ancorché non specificamente richiesta dall'art. 2463-*bis*, anche la clausola 9 dell'atto costitutivo tipizzato pare essere coerente con il modello organizzativo della s.r.l.s.: la quantificazione del conferimento di ciascun socio e della modalità concreta di (integrale) liberazione non è stata richiesta dal formulatore dell'art. 2463-*bis*, ma sembra comunque oltremodo opportuno che la specificazione sia stata data all'interno del modello tipico⁵⁸. Si può peraltro sostenere che la contemporanea presenza delle clausole 3 e 9 all'interno del modello *standard* potrebbe in ipotesi condurre a ritenere possibile una attribuzione delle quote in misura non proporzionale ai conferimenti effettuati, a norma di quanto previsto dall'art. 2468, secondo comma, secondo periodo⁵⁹; se così non fosse, atteso che, a norma dell'articolo da ultimo citato, la partecipazione si presume in assenza di pattuizione contraria proporzionale al conferimento, sarebbe stato sufficiente dare conto di uno dei due termini all'interno dell'atto costitutivo, per poterne automaticamente ricavare il secondo: proprio l'eventuale difformità tra le risultanze del conferimento effettuato dal singolo socio (n. 9) in rapporto al capitale sociale (n. 3) e la quota di partecipazione in valore percentuale rispetto al capitale sociale (ancora n. 3) può costituire tale pattuizione contraria.

8.1 *Clausole obsolete.*

Vi sono poi talune clausole che rispecchiano certamente una prescrizione legale di fonte primaria, ma che hanno subito l'obsolescenza derivata dalla caducazione della norma principale di riferimento. Il caso più eclatante è certamente quello della clausola n. 4, ma vi sono riflessi della medesima vicenda anche nella clausola 5, e persino nel preambolo all'articolato dell'atto costitutivo. È opportuno esaminare separatamente ciascuna di tali ipotesi, premettendo che i punti fondamentali del mutamento di disciplina che hanno influito sulla piena legittimità di tali clausole sono relativi alla caducazione del limite di età ai trentacinque anni e al riconoscimento della possibilità che siano amministratori della società anche soggetti non soci della stessa.

In riferimento al preambolo, in esso il notaio rogante l'atto certifica non solo, come d'uso, l'identità personale delle parti contraenti, ma pure la loro età anagrafica. Tale accertamento, peraltro, trova una propria disciplina all'art. 2 del d.m. Giustizia 138/2012, che a sua volta provvede al rinvio all'art. 49 della legge notarile. Evidentemente la caducazione del requisito di età per la costituzione della s.r.l.s. rende del tutto inutile il relativo accertamento da parte del notaio, ancorché non paia in pratica

⁵⁸ Il secondo comma dell'art. 2463-*bis*, infatti, non richiama in alcun modo il punto 5 del secondo comma, art. 2463. Ciò non è probabilmente frutto di una svista del legislatore della s.r.l.s., ma del tentativo da parte dello stesso di evitare di generare dubbi all'interprete sulle entità conferibili, atteso che la formulazione della previsione da ultimo citata considera espressamente anche "il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura", per loro natura esclusi nelle "semplificate".

⁵⁹ Il fatto che vi siano due clausole separate dell'atto costitutive dedicate una alla quota di partecipazione al capitale della società (la n. 3) ed una ai conferimenti effettuati (la n. 9) può portare, come si è visto nel testo, a ritenere legittima l'attribuzione di quote non proporzionali ai conferimenti, ancorché, probabilmente, la funzione immaginata dal regolamentatore nella redazione di tale ultima clausola dell'atto costitutivo tipico era limitata a dare atto delle modalità di liberazione del conferimento medesimo, attraverso contanti o assegno circolare, e garantirne la quietanza da parte dell'organo amministrativo.

necessario assumere alcuna specifica ed autonoma iniziativa normativa di emendamento del testo tipizzato: la data di nascita delle parti è, in effetti, uno degli elementi che già in via usuale vengono utilizzati al fine di procedere all'identificazione personale delle parti, ragione per cui l'età anagrafica, indipendentemente dalla specifica menzione, risulta già essere stata di per sé accertata attraverso tale operazione.

Derivante dalla medesima problematica, ma di più complessa risoluzione è la vicenda relativa alla clausola 4. In essa viene riprodotto in maniera quasi pedissequa il dettato normativo del previgente quarto comma dell'art. 2463-*bis*, che era diretta derivazione del principio dell'accessibilità al modello societario in parola da parte di sole persone fisiche infratrentacinquenni. Da un punto di vista terminologico, mentre il dettato normativo primario all'epoca vigente sanzionava con la nullità l'atto di cessione di quote a soci (*sic*) non provvisti dei requisiti anagrafici, l'atto costitutivo tipizzato meglio specificava il concetto riferendosi ai trasferimenti “per atto tra vivi” a favore di “persone che [avessero] compiuto i trentacinque anni di età alla data della cessione/trasferimento”, premurandosi di rimarcare che “l'eventuale atto è conseguentemente nullo”⁶⁰. La differenza tra “cessione” e “trasferimento” presente nelle due previsioni non pare tuttavia da sopravvalutare, dovendosi intendere la seconda, all'interno del testo *standard* come specificazione, anche terminologica, della prima. Restando su di un piano letterale, piuttosto, non si comprende all'interno della quarta clausola dell'atto costitutivo tipizzato l'avverbio “conseguentemente”: la nullità dell'atto di cessione posto in essere in violazione della norma (allora) vigente non è determinato da altro che non dalla previsione della nullità quale sanzione fornita dalla norma stessa. In altri termini, la nullità era la sanzione specificamente comminata dall'ordinamento nel caso di cessione della quota in violazione delle prescrizioni legali, non il generico rimedio che, di per sé, conseguiva alla violazione di una previsione statutaria.

Non paia il rilievo appena svolto come uno sterile esercizio retorico: la sua utilità ai fini del ragionamento viene a dispiegarsi immediatamente. Si è detto come, in assenza di una nuova formulazione dell'atto costitutivo tipizzato da parte del regolamentatore, quello attualmente in vigore espliciti pienamente i suoi effetti – con l'ulteriore garanzia offerta dalla previsione di inderogabilità delle clausole data dal terzo comma dell'art. 2463-*bis* – in quanto non sia contrario a norme imperative di legge. Ora, ragionando da un punto di vista generale ed astratto, la previsione per cui il trasferimento delle quote della società potrebbe validamente avvenire solamente a favore di soggetti persone fisiche che non abbiano compiuto il trentacinquesimo anno di vita alla data in cui la cessione si perfeziona pare probabilmente eccentrica, ma del tutto legittima ove sia liberamente inserita dalle parti all'interno di un atto costitutivo “a formulazione libera” di una s.r.l. “ordinaria”. Ciò che alle parti sarebbe comunque

⁶⁰ Si noterà come, da un lato, nulla era previsto in merito alla successione *mortis causa* nella titolarità delle quote da parte di soggetti che non rispettassero i requisiti anagrafici stabiliti dal legislatore; dall'altro il fatto che nessuna particolare previsione fosse comunque dettata in merito al trasferimento di quote a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche. Dalla previsione esplicitata, tuttavia, parte della dottrina aveva inferito che la sanzione connessa alla violazione del divieto da ultimo menzionato non potesse essere differente dalla nullità, ritenendo evidentemente che i requisiti anagrafici previsti dal primo comma non potessero essere adempiuti che da persone fisiche: cfr. M. RESCIGNO, (nt. 1), 74 s. A seguito delle modifiche da ultime apportate alla disciplina della s.r.l.s., la caduta della disciplina in parola ha condotto i primissimi commentatori a ritenere che il trasferimento a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche risultasse nella sostanza liberalizzato: M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1108 s. Per una differente lettura della situazione oggi esistente si v. *infra*, il prossimo § 10.

precluso, invece, è lo stabilire come conseguenza giuridica di una simile violazione la sanzione della nullità, che rappresenta strumento dell'ordinamento, ed indisponibile alle parti.

Da questo ragionamento si desume che, con la caduta dell'*ex* quarto comma dell'art. 2463-*bis*, non decade automaticamente l'*intera* clausola 4 dell'atto costitutivo tipizzato, ma – purtroppo, *verbigratia* – la sola parte in cui è prevista la nullità dell'atto quale conseguenza della violazione⁶¹; la *pars maior* della

⁶¹ Con il conseguente dovere da parte del notaio rogante di espungere dalla redazione dell'atto costitutivo “concreto” le parole “e l'eventuale atto è conseguentemente nullo”.

Si deve segnalare che l'interpretazione qui fornita è difforme da quanto sostenuto dalla nota del Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, n. 118972.U dell'11 settembre 2013, integrata da comunicazione del 16 settembre successivo (purtroppo non disponibile sul sito internet ufficiale del Ministero e consultati grazie al cortese interessamento della dott.ssa Marilena Bello) la quale, preso atto del fatto che il modello *standard* “non appare più completamente armonico con il disposto della norma primaria”, ritiene che le sue clausole 4 e 5 siano da ritenersi soppresse.

Nonostante l'autorevolezza dell'origine, la modalità irrituale utilizzata per la comunicazione non lascia ritenere che essa possa integrare una valida modalità di espunzione di disposizioni presenti in una fonte gerarchicamente sovraordinata; ragione per cui la detta nota non ha funzione che di interpretazione, qualificata ma non vincolante.

Nello stesso senso della nota ministeriale si esprimono D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 33 s.; A. BUSANI, *La nuova*, (nt. 1), 1077, nonché, in sede di discussione di una precedente – ma nella sostanza identica – versione di questo articolo in occasione del V Convegno annuale dell'Associazione “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 21-22 febbraio 2014, C. IBBA e M. RESCIGNO, sulla base della considerazione che l'interpretazione qui offerta equivarrebbe a fare prevalere una norma di rango secondario anteriore ad una di rango primario posteriore, oltre ad essere in contrasto con l'asserita volontà sistematizzatrice del legislatore del 2013 di cui *supra* al § 1 si è detto.

Sia in questa sede consentita una breve replica sul punto.

Innanzitutto, in riferimento alla gerarchia delle fonti, già si è incidentalmente sostenuto nel testo che, attesa la formulazione della norma, l'intero art. 2463-*bis* ha quale destinatario non già l'utente finale della norma, ovvero il potenziale socio di s.r.l.s.; e neppure il professionista cui questi intenda in ipotesi rivolgersi per la formalizzazione della sua volontà, come invece accade per l'art. 2463 in ragione del principio dell'autonomia statutaria. Il destinatario primo della previsione di cui all'art. 2463-*bis*, è, al contrario, il compilatore dell'atto costitutivo tipizzato; in altri termini, alla connaturatamente infinita possibilità di declinazione delle soluzioni adottabili da parte del pubblico dei fruitori (potenziali soci e loro professionisti di fiducia) di una s.r.l. si sostituisce, nel caso concreto, un unico interlocutore, peraltro rappresentato da un'altra Amministrazione dello Stato, ovvero il Ministero della Giustizia.

Quale *l'input* offerto dal d.l. 76/2013 e dalla sua legge di attuazione, 99/2013, a tale interlocutore? Ad avviso di chi scrive, è da intendersi non già nel senso della abrogazione del contenuto *dell'atto costitutivo tipizzato*, ma semplicemente *di taluni requisiti necessari e minimi* che lo stesso debba avere, postulando l'*eventuale* sostituzione delle clausole non (più) necessarie, ma legittime: a) l'intervento *diretto* del regolatore di tale aspetto; e b) nel rispetto della gerarchia delle fonti. In altre parole, il legislatore primario comunica al regolamentatore che il modello tipizzato che da quest'ultimo dovrà essere compilato potrà legittimamente contenere *ancora meno* requisiti essenziali di quelli in precedenza previsti, coerentemente con lo scopo dell'intervento normativo alla base del d.l. 76/2013 e della l. 99/2013.

Ciò naturalmente sta a significare che le modifiche al modello *non necessitate da una contrarietà* alla norma di legge – queste ultime, al contrario, come nel caso osservato della sanzione della nullità, operano *ipso iure* – potranno essere effettuate dal Ministero della Giustizia, mediante un decreto emanato di concerto con i Ministeri dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico, che integri, emendi o sostituisca il precedente modello tipizzato.

In altri termini: eccezion fatta per la sanzione della nullità, di cui si è detto nel testo, le restanti parti delle clausole 4 e 5 non sono di per sé in contraddizione con il contenuto minimo richiesto per il modello *standard*, e possono essere intese come espressione della volontà del regolatore, alla stregua rispettivamente di una clausola limitativa della circolazione delle azioni e di una di riserva di amministrazione in capo ai soci, come ben potrebbero essere introdotte quale espressione di autonomia statutaria in atti costitutivi anche di s.r.l. “ordinarie”.

Il punto, semmai, è di intendere se il regolamentatore abbia il *potere* di introdurre clausole ulteriori, non strettamente necessitate dal dettato normativo primario, ossia da quanto previsto dall’art. 2463-*bis*. Evidentemente, le clausole in discorso sarebbero, *oggi*, espressione di ciò, a seguito di un “declassamento” che da essenziali per l’attuazione della *voluntas legis* nella vigenza dell’art. 2463-*bis ante* d.l. 76/2013, le vede divenire meramente accessorie – ma, ancora una volta, *non* illegittime – dopo l’entrata in vigore di tale norma. E con riferimento a tale aspetto, avente naturalmente valenza ben più generale, si deve rilevare come perlomeno già la clausola 8 del modello *standard*, che non risulta essere stata oggetto di alcuna contestazione sul punto, fornisce una regola non strettamente necessitata dalla normativa in tema di s.r.l.s., nonostante sull’aspetto normato trovasse comunque applicazione (del tutto compatibile con la natura del modello s.r.l.s.) quanto prescritto dall’art. 2479-*bis*, quarto comma, per cui, nell’assenza di una disposizione statutaria, la presidenza dell’assemblea spetta alla persona “designata dagli intervenuti”. Se si ammette la legittimità dell’introduzione di tale clausola, pare francamente difficile negare una potestà regolamentare “ulteriore” rispetto allo stretto necessario a favore del compilatore del decreto ministeriale. E ciò è normativamente confermato anche dall’art. 4, disposizioni sulla legge in generale, non contenendo alcuna di tali clausole una norma contraria alle disposizioni di legge.

Ciò detto riguardo la gerarchia delle fonti, appena una brevissima notazione in tema di successione temporale dei provvedimenti.

Se si aderisce alla interpretazione qui suggerita, l’intervento successivo del legislatore primario non ha effetto di abrogazione diretta delle norme *ulteriori e non incompatibili* previste nel modello tipizzato, ancorché queste siano di formulazione precedente.

Il legislatore storico, nel momento (agosto 2013) in cui ha introdotto l’attuale terzo comma all’art. 2463-*bis*, statuendo l’inderogabilità delle clausole del modello tipizzato, era ragionevolmente a conoscenza del contenuto di tali disposizioni dettate attraverso decreto ministeriale nel giugno (ma pubblicate nell’agosto) 2012; lo ha fatto ugualmente: nonostante la coscienza del contenuto del modello tipizzato, ne ha cristallizzato il contenuto, rendendolo indisponibile – se non in sede di integrazione, ma non certamente all’alterazione pattizia – e, quel che è peggio, non ha neppure esplicitamente previsto la necessità di una revisione di tale modello.

Il legittimato alla normazione, infatti, non solo non si è ancora espresso (a giugno 2014) nel senso di una modificazione dell’atto costitutivo tipizzato nelle modalità idonee ad alterarlo (decreto ministeriale del dicastero Giustizia, di concerto con Economia e Finanze e Sviluppo Economico; e non certamente la coppia di note protocollari del settembre 2013 di cui *supra*), ma neppure risulta tenuto a farlo in forza di una disposizione cogente in tale senso.

Ora, la nuova formulazione dell’art. 2463-*bis* comporta certamente l’abrogazione delle disposizioni *di rango primario* previgenti, ma non determina *di per sé* lo stato di *incompatibilità* tra le nuove disposizioni (codicistiche) e le precedenti (regolamentari), se non sotto il più volte citato profilo della nullità quale sanzione per il trasferimento illegittimo. Il tutto salvo volere estendere in maniera ad avviso di chi scrive eccessiva il concetto di incompatibilità presupposto dall’art. 15, disposizioni sulla legge in generale.

D’altra parte, è nostro parere che l’impostazione complessiva della discussione sul punto risenta in maniera eccessiva e decisiva di una certa *path dependence* rispetto alla genesi delle norme in discorso, che invece dovrebbe essere estranea ad una interpretazione oggettiva e slegata dalla contingenza temporale. In sostanza: l’interprete che, ignaro in tutto o in parte dell’accidentato, tortuoso, incoerente e plausibilmente incompleto percorso compiuto per giungere alla formulazione attuale dell’art. 2463-*bis*, si trovasse a leggere tale norma come oggi la conosciamo, e vi affiancasse il modello tipizzato di atto

clausola resta vigente, traendo con sé il paradosso di mantenere in vita con una normativa secondaria preesistente ciò che si è voluto abrogare con la modifica della norma primaria⁶². E, se ciò non bastasse, con l'ulteriore problema di identificazione delle conseguenze della violazione del divieto (di origine statutaria, sia pure "imposta") di alienazione della quota a soggetti che avessero già compiuto i trentacinque anni di età⁶³.

Il medesimo criterio soccorre nell'interpretazione della clausola 5 dell'atto costitutivo tipizzato. Atteso che, in base alla disciplina vigente per la s.r.l. – e, dopo il d.l. 76/2013, anche per la s.r.l.s. – non è più necessario che l'amministratore di una società a responsabilità limitata sia socio della stessa, non è tuttavia revocabile in dubbio che una clausola statutaria che limiti l'accesso alla funzione amministrativa a soli componenti la compagine societaria sia pienamente legittima, ed è anzi espressione della stessa regola di *default* prevista dall'art. 2475 capoverso. In questo senso, dunque, nonostante la modifica della norma primaria, che visto l'espunzione dall'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 5, della previsione che gli amministratori necessariamente dovessero essere scelti tra i soci, la regola permane vigente sia in virtù della presenza della clausola 5 nell'atto costitutivo tipizzato, sia del dispositivo dettato dal capoverso dell'art. 2475.

Risulta di piana evidenza, dunque, che in riferimento alle clausole sin qui considerate, se in origine era possibile affermare che l'intervento del regolatore ministeriale era stato improntato al minimo necessario per fare fronte alla richiesta della norma primaria, esso ha subito una sorta di "mutazione genetica" determinata dal succedersi degli emendamenti del testo di legge che consente ora

costitutivo, avrebbe i mezzi solamente per giudicare dell'illegittimità della previsione della nullità rispetto ai trasferimenti di quota a favore di ultratrentacinquenni, e null'altro. E pure l'interpretazione storico/sistematica che egli volesse intraprendere e che sarebbe necessaria per giungere alla sostanziale inapplicabilità delle clausole 4 e 5 del modello non potrebbe comunque essere idonea ad una funzione così "ortopedico/ablative" di un testo, sia pure originato da normativa secondaria, sia pure almeno parzialmente incoerente (ma non incompatibile) con il percorso nomopoietico primario, sia pure precedente nel tempo nella sua entrata in vigore, ma pur sempre esistente nell'ordinamento come espresso *verbum legis*, per di più cristallizzato nella sua intangibilità da una norma primaria (l'attuale terzo comma dell'art. 2463-*bis*).

Dalla prosecuzione della trattazione emergerà, poi, come vi siano anche elementi sostanziali che facciano preferire la permanenza in vigore delle clausole in discorso rispetto alla loro decadenza; in particolare, sulla base della clausola 4 si può continuare a ritenere applicabile un generale divieto di trasferimento delle quote a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche, che altrimenti non emergerebbe esplicitamente dal dettato normativo primario, che si occupa della sola fase costitutiva (si ricordi la posizione di M.S. SPOLIDORO, citata alla nt. precedente); mentre la persistenza della clausola 5 ovvierebbe al paradosso potenziale di un amministratore non persona fisica, ove si accolga la legittimità di tale fattispecie, in una società formata necessariamente da sole persone fisiche. È evidente che le clausole di cui si discorre hanno un impatto che travalica, e non di poco, i due aspetti appena menzionati (la limitazione all'avente causa infratrentacinquenne e l'amministrazione necessariamente affidata ad un socio); tuttavia questa efficacia in certo senso ultronea rispetto allo scopo primariamente perseguendo pare il prezzo (forse necessario, e probabilmente troppo esoso) da pagare per mantenere in vigore perlomeno la parte più ragionevole della argomentazione.

⁶² Di paradosso discorre G. MARASÀ, (nt. 1), 1089.

⁶³ Il caso non pare invero dissimile da quello della violazione di una clausola di prelazione statutaria, e non si vede per quale ragione la sanzione dell'ordinamento non debba essere individuata nella stessa maniera. Si v. comunque *infra*, § 10.

di ritenere che, nella “scala” di intensità già ricordata, esso si posizioni non più come “minimalista”, ma in senso spiccatamente “interventista”.

Per vero una simile conclusione si vede rafforzata anche dalla lettura delle rimanenti clausole previste dallo statuto⁶⁴ tipizzato, con la ulteriore considerazione che le modifiche apportate alla disciplina della s.r.l.s. dal d.l. 76/2013 e dalla legge di conversione 99/2013 non hanno avuto su di esse alcun tipo di impatto; per tale ragione, se si può sostenere che il testo tipizzato è caratterizzato da un deciso minimalismo, perlomeno formale, nella sostanza esso ha tuttavia operato scelte tutt’altro che neutrali per quanto concerne l’amministrazione e la rappresentanza della società e le decisioni dei soci, ancorché mediante la predisposizione di un sistema solamente abbozzato, tra “detto e non detto”, che certo non favorisce l’opera dell’interprete.

8.2 Amministrazione.

Riguardo l’amministrazione della società, l’art. 2463-*bis* si limita a richiamare (secondo comma, n. 4) taluni dei requisiti prescritti per la s.r.l. “ordinaria” e, segnatamente, i numeri 7 ed 8 del secondo comma, art. 2463, a norma dei quali l’atto costitutivo deve prevedere “le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l’amministrazione, la rappresentanza”, e “le persone cui è affidata l’amministrazione e l’eventuale soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti”; nonché a ribadire (secondo comma, n. 6), che l’atto costitutivo deve contenere indicazione de “gli amministratori”. In base al diritto ora vigente quest’ultimo requisito risulta ridondante, in quanto già incluso in tutto e per tutto nella richiamata previsione di cui al n. 8, secondo comma, art. 2463; esso altro non è che il residuo dell’opera riformatrice del d.l. 76/2013 che, come si è poc’anzi segnalato, ha espunto le parole “i quali devono essere scelti tra i soci”.

Attesa l’ampia autonomia statutaria concessa sul punto ai soci di s.r.l. “ordinaria”, la formulazione dell’atto costitutivo tipizzato non poteva non operare scelte che, nella loro discrezionalità, sono suscettibili di essere fattore di successo (od insuccesso) per l’intero istituto.

Come già anticipato, in base alla clausola 5 l’amministrazione della s.r.l.s. può essere sia uni che pluripersonale, ma gli amministratori devono essere necessariamente soci della società. Mentre non si pone alcun particolare problema nel caso dell’amministrazione unipersonale, nessuna specifica previsione è dettata allorché si sia in presenza di più amministratori. Dovendosi applicare, per quanto non previsto specificamente per la s.r.l.s., la disciplina generale della s.r.l., in tale ipotesi si dovrà costituire un consiglio di amministrazione, a norma del terzo comma, art. 2475, primo periodo; esso rappresenta evidentemente il sistema amministrativo di *default* predisposto dal legislatore.

Coerentemente con tale lettura, l’atto costitutivo *standard* si limita a prevedere che, ove siano nominati, con decisione dei soci, più amministratori si provveda in sede di integrazione notarile dell’atto all’eventuale “specificazione del ruolo svolto all’interno del consiglio di amministrazione”. Attesa tuttavia la già asserita possibilità di integrazione dell’atto costitutivo *standard* non pare impossibile che

⁶⁴ A norma dell’art. 1, d.m. Giustizia 138/2012, l’atto costitutivo *standard* reca “anche le norme statutarie”, per cui non paiono sorgere particolari problematiche nell’utilizzare i concetti di “atto costitutivo” e “statuto” come perfettamente coincidenti nell’ipotesi in esame, ancorché sia ormai comune il riferimento all’ipotesi in esame come di società senza statuto: cfr. A. BUSANI, *La nuova*, (nt. 1), 1070.

l'autonomia statutaria si dispieghi nel senso di prevedere apposite clausole che, a norma del quarto comma dell'art. 2475, attenuino il modello di amministrazione collegiale consentendo l'adozione di decisioni mediante consultazione scritta o consenso prestato per iscritto⁶⁵. Così come nulla vieta la predisposizione di una specifica clausola che, a norma dell'art. 2479, cpv., riservi alla competenza dei soci la decisione su determinati atti, anche gestori, della società. Ovviamente, in assenza di tali clausole, la competenza gestoria del consiglio di amministrazione sarà piena ed il suo svolgimento sarà caratterizzato dalla completa applicazione del metodo collegiale.

Trattandosi, invece, di metodi *alternativi* a quello basato sul consiglio di amministrazione, per cui ha evidentemente optato il regolatore ministeriale, non potrà trovare spazio nella s.r.l.s. l'applicazione di un sistema congiuntivo o disgiuntivo, essendo questi da prevedersi espressamente nell'atto costitutivo a norma dell'art. 2475, terzo comma, secondo periodo.

Restano certamente applicabili, come peraltro è desumibile anche dalla stessa clausola 6 dell'atto costitutivo tipizzato, le norme generali in materia di decadenza ed ineleggibilità degli amministratori⁶⁶.

8.3 *Rappresentanza. Conflitto d'interessi. Controlli.*

Più complesso è il quadro d'insieme allorché si tratti della rappresentanza generale della società. Ancora l'atto costitutivo tipizzato specifica, alla clausola 7, che quest'ultima spetta all'organo di amministrazione. Se è evidente che, in un regime di amministrazione unipersonale, l'organo amministrativo è da individuarsi *de plano* nell'amministratore unico, esso, ove siano presenti una pluralità di gestori, non potrà che essere costituito dal consiglio di amministrazione⁶⁷. Proprio quest'ultima eventualità implica difficoltà tutt'altro che secondarie di ordine interpretativo ed applicativo: la mera previsione della rappresentanza in capo ad un organo, infatti, non consente l'immediata identificazione dei soggetti dotati di potere di firma. In questo è evidente che la struttura delineata dall'atto costitutivo *standard* potrebbe implicare una deroga sostanziale rispetto a quanto disposto dall'art. 2475-*bis*, cpv., ove si statuisce che “gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società”: altro è l'attribuzione di tale potere genericamente in capo “agli amministratori”, con le problematiche che ciò comporta in materia di esercizio congiunto o disgiunto del potere di firma⁶⁸; ed altro prevedere che tale potere riposi

⁶⁵ Con le naturali avvertenze da utilizzarsi già nella s.r.l. “ordinaria” in queste ipotesi; si v. per tutti G. ZANARONE, sub *art. 2475*, in ID., *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario Schlesinger*, II, 2010, spec. 974 ss.

⁶⁶ In particolare sottolineava M. RESCIGNO, (nt. 1), 79 come nella s.r.l.s. *ante* modificazioni del 2013 la perdita della qualità di socio determinasse pure, ovviamente, la decadenza dalla carica di amministratore; sulla base della lettura che si è data in questo scritto in relazione al mantenimento della vigenza delle previsioni dell'atto costitutivo tipizzato fino a che non intervenga una formale modificazione dello stesso ad opera dell'autorità ministeriale a ciò preposta, le conclusioni dell'A. permangono valide in virtù di quanto previsto dalla clausola 5.

⁶⁷ E si v., pure in contesto differente e con estensione piuttosto limitata, si v. l'interpretazione di G. ZANARONE, (nt. 65), 973 s. rispetto al significato dell'ultimo comma dell'art. 2475.

⁶⁸ Si v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁸, a cura di M. Campobasso, Torino, UTET, 2012, 386 ss.

nell'*organo* (in questo caso) collegiale di amministrazione. Ci si può e deve dunque domandare quale sia la modalità da seguirsi nella pratica per individuare materialmente titolare o titolari di tale facoltà.

Appunto il fatto che alla clausola 7 sia menzionato l'*organo* potrebbe lasciare desumere che esso debba essere considerato nel suo *plenum*. A ben vedere, la situazione che si produce, in questo caso per previsione legale, è simile a quella in cui lo statuto di una s.p.a. non abbia provveduto, a norma di quanto previsto dall'art. 2328, secondo comma, n. 9, all'indicazione di quali tra gli amministratori siano dotati del potere di firma. In presenza di un simile problema, come è stato recentemente ricordato⁶⁹, la dottrina ha individuato perlomeno cinque differenti e contrastanti soluzioni che si possono così riassumere: (i) firma disgiunta a favore di tutti gli amministratori; (ii) firma congiunta di tutti gli amministratori; (iii) firma congiunta della maggioranza degli amministratori; (iv) esercizio del potere di rappresentanza secondo il metodo collegiale; (v) nessuna attribuzione di potere di rappresentanza agli amministratori. Ora, atteso che l'atto costitutivo comunque fornisce l'attribuzione del potere di rappresentanza all'*organo* amministrativo, se non altro per questo la soluzione *sub* (v) non potrà darsi. Tra le quattro soluzioni restanti, si deve rilevare come la possibilità di una firma disgiunta in capo agli amministratori sia stata revocata in dubbio, quale regime di *default* non solo per la s.p.a.⁷⁰, ma anche, sulla scorta della medesima *ratio*, per la s.r.l. "ordinaria"⁷¹, pure avendo la formulazione dell'art. 2475-*bis* un tenore tale da ritenerla soluzione teoricamente più plausibile in quest'ultimo tipo sociale che non nelle anonime. Restano quindi le ipotesi di firma congiunta di tutti gli amministratori, della loro maggioranza o dell'esercizio secondo il metodo collegiale proprio del sistema di amministrazione. Pur nella consapevolezza che, come è stato efficacemente ed autorevolmente rilevato, il metodo collegiale "non si presta a regolare la manifestazione esterna" della volontà della società⁷², si ritiene tuttavia opportuno aderire nel caso di specie alla soluzione *sub* (iii)⁷³. Ciò in quanto la necessità di adottare un sistema di firma congiunta di tutti gli amministratori determinerebbe nella sostanza un potere di veto in capo ad un eventuale gestore dissenziente⁷⁴, ed una simile eventualità pare essere massimamente da

⁶⁹ C. MALBERTI, *sub art. 2384*, in *Commentario* Marchetti, vol. *Amministratori* (a cura di F. GHEZZI), Milano, EGEE-Giuffrè, 2005, 183 ss.

⁷⁰ V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, 1991, 107 ss., 131 ss.

⁷¹ Così E. PEDERZINI, *L'amministrazione e la rappresentanza*, in M. BIONE, R. GUIDOTTI, E. PEDERZINI (a cura di), (nt. 1), 283 ss., 337.

⁷² Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 70), 132, che si pone in contrasto con la pur risalente opinione di G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, 145.

⁷³ G. ZANARONE, *sub art. 2475-bis*, in ID., (nt. 65), 998, sulla scorta di P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1975, 155.

⁷⁴ Il problema era naturalmente preso in considerazione anche dai fautori della necessità della rappresentanza congiunta nella s.p.a. (V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 70), 132, nt. 12); tuttavia nel pensiero dell'A. citato una simile eventualità non faceva che "rendere palese la convenienza ad adottare formule più snelle di quella legale attraverso l'apposito regolamento statutario". Una simile impostazione risente in modo decisivo dell'essere espressa la considerazione rispetto ad un tipo sociale in cui la previsione della rappresentanza in capo al consiglio di amministrazione rappresentava un regime normativo

evitare proprio al fine di scongiurare pericoli di *deadlock* per quanto concerne l'attività esterna della società. Il fatto, poi, che ai fini di rappresentare all'esterno la volontà sociale sia necessaria la firma della maggioranza degli amministratori in carica non pare costituire, ai fini dell'informazione dei terzi, un sistema più gravoso di quello basato sulla firma congiunta di tutti gli amministratori. Non essendovi all'interno dell'atto costitutivo *standard* alcuna previsione riguardo eventuali decisioni da assumersi con maggioranze qualificate, ovvero all'unanimità, la maggioranza degli amministratori che si occuperà della gestione avrà la competenza anche in relazione alla rappresentanza della società⁷⁵, ricalcandosi così lo schema che la dottrina ha inteso da adottarsi in relazione al coordinamento tra sistema di gestione interna e modalità della rappresentanza esterna nelle società⁷⁶; per tale ragione, è indifferente, agli occhi del terzo, il fatto che a firmare sia la totalità degli amministratori, ovvero solo la loro maggioranza: l'onere informativo riguardo la titolarità del potere amministrativo che grava sul terzo contraente con la società non risulta accresciuto - ed anzi, semmai, diminuito - dal fatto che questi si debba preoccupare non già del fatto che *tutti* gli amministratori abbiano apposto la propria sottoscrizione sul contratto, bensì che tale operazione sia stata compiuta solo dalla maggioranza di essi.

Sin qui per quanto concerne il regime direttamente applicabile in tema di rappresentanza; sorge tuttavia un'ulteriore questione: è nel potere dei soci stabilire pattiziamente una regola differente? A ben vedere, la risposta non potrà che essere negativa.

Come già si è ricordato, la clausola 6 dell'atto costitutivo *standard* riporta la possibilità di indicare, ove sia presente un consiglio di amministrazione, il *ruolo* da ciascun amministratore ricoperto all'interno del collegio. Ora, la nozione di *ruolo* in un simile contesto è decisamente inusuale: altrove (art. 2328, secondo comma, n.9) il legislatore prescrive che siano indicati i *poteri* degli amministratori, "indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società"; ed anche ove si consideri l'ambito della s.r.l., non già di *ruoli* si discorre al numero 7, secondo comma, art. 2463, bensì genericamente di "norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione, la rappresentanza". Ora, attesa l'assenza di una pregressa esperienza in merito al significato da attribuirsi al termine "ruolo", appare sensato ipotizzare che l'interpretazione possa essere modulata anche sulla base di un giudizio di utilità nell'applicazione della norma.

derogabile dalla volontà delle parti, il che è controvertibile in tema di s.r.l.s. ove il regime previsto dall'atto costitutivo *standard* rappresenta invece una previsione inderogabile, salvo quanto tra breve sarà nel testo discusso.

⁷⁵ Si badi, tuttavia, che a rilevare è la maggioranza, ma non l'identità dei singoli amministratori che la compongono. In altre parole, se in pratica è plausibile che la maggioranza che assume la decisione di amministrazione sarà composta dai medesimi amministratori che poi rappresenteranno la società, non è richiesto inderogabilmente che ciò accada in sempre in questi termini; per cui sarà sufficiente che le decisioni del consiglio siano assunte a maggioranza, e che la rappresentanza della società avvenga a maggioranza, non importando che tali due maggioranze siano composte dai medesimi consiglieri di amministrazione. E ciò, *ictu oculi*, pare dovrebbe valere pure in caso di parità dei voti all'interno del c.d.a. ove sia stabilito un *casting vote* a favore del presidente.

⁷⁶ V. per tutti G. ZANARONE, (nt. 73), 996 ss.

In particolare, è evidente che il “ruolo” cui *in primis* si riferisce il regolamentatore è da ricercarsi nell’individuazione delle figure che, classicamente, si rinvencono nelle strutture consiliari, in primo luogo al presidente. Presidente che, in presenza di un organo amministrativo pluripersonale, non potrà non darsi, atteso anche il dettato della clausola 8 del medesimo atto costitutivo tipizzato, ai sensi della quale spetterà a tale soggetto la presidenza dell’assemblea dei soci⁷⁷. Ma, a ben vedere, il concetto di “ruolo” pare suscettibile di una estensione che travalichi il solo limite dell’individuazione del presidente del consiglio. Di fatto, anche l’individuazione di uno o più amministratori delegati determina, in capo ad esso od essi, l’attribuzione di un “ruolo”, legittimando una simile lettura una sorta di amministrazione disgiuntiva attenuata⁷⁸. Ma, per tornare al quesito da cui si sono prese le mosse, e dunque ammesso che sia possibile la configurazione del “ruolo” nel senso di attribuzione di una delega amministrativa, questo determina di per sé pure la possibilità di configurare una delega del potere di rappresentanza? E, ove uno o più amministratori delegati siano stati designati in atto costitutivo, sarà da ritenersi loro implicitamente attribuita pure una delega di rappresentanza?

Il problema pare più complesso di quanto *ictu oculi* si potrebbe immaginare. Il “ruolo” di cui discorre la clausola 6 deve essere “svolto nell’ambito del consiglio di amministrazione”. In questo senso il potere di rappresentanza non sarebbe propriamente da ricomprendersi nelle attività *interne* del c.d.a. - fungendo anzi tale previsione da fonte di legittimazione della già asserita possibilità di nomina di uno o più amministratori delegati -, ma in quelle semmai *esterne*. La rappresentanza, poi, attiene all’ambito delle competenze del consiglio nel suo *plenum*, come è confermato dalla stessa clausola 7; in presenza di una previsione di delega di rappresentanza alla clausola 6 ci si troverebbe nella inaccettabile situazione di un documento in cui la clausola appena menzionata attribuirebbe *de facto* il potere di firma in capo ad un solo amministratore⁷⁹, mentre la disposizione appena successiva dell’atto costitutivo rimarcherebbe tale facoltà come propria dell’organo amministrativo (da intendersi nel suo *plenum*, con una identificazione dei soggetti sottoscrittori da operarsi secondo le regole testé esaminate); e non dissimile sarà il ragionamento rispetto alla possibilità che all’amministratore delegato spetti in via automatica una delega di rappresentanza: non essendo questa ammissibile in termini generali, la regola non soffrirà alcuna eccezione in sola ragione della particolare qualifica dell’amministratore munito di delega (amministrativa)⁸⁰.

⁷⁷ La specificazione del ruolo, invero, è solo eventuale per la doppia ragione che, da un lato, l’organo amministrativo benissimo potrebbe essere, come già si è detto, un organo unipersonale; dall’altro in considerazione del fatto che, anche ove si fosse in presenza di un organo pluripersonale, la presidenza potrebbe essere attribuita a seguito di una successiva deliberazione del consiglio.

⁷⁸ Applicandosi all’ipotesi in discorso l’art. 2381 dettato in tema di s.p.a., tuttavia, per l’attribuzione di una delega amministrativa all’interno del c.d.a. non sarà necessaria una apposita previsione all’interno dell’atto costitutivo, essendo a ciò sufficiente una delibera dei soci in tale senso; una simile soluzione pare tuttavia oggi percorribile, attesa la lettura offerta riguardo l’integrabilità dell’atto costitutivo *standard*.

⁷⁹ Che, con tutta probabilità, seguendo l’*id quod plerumque accidit*, sarà il presidente del c.d.a.

⁸⁰ Ciò, naturalmente, non esclude la possibilità che il consiglio di amministrazione autonomamente attribuisca specifico mandato con rappresentanza per singoli atti, attraverso il rilascio di procure *ad hoc*. In tale caso, in ossequio alla clausola 5

L'aspetto da ultimo considerato è quello che maggiormente pare degno di nota. Esplicando l'atto costitutivo *standard* una funzione di norma integrativa, atta a derogare la disciplina della s.r.l. "ordinaria"⁸¹, la previsione della clausola 7 funge da deroga al primo comma dell'art. 2475-*bis*, che prevede la rappresentanza generale della società genericamente in capo agli amministratori. Nella sostanza, la previsione della titolarità del potere di rappresentanza in capo all'organo amministrativo evidentemente esclude che nella s.r.l.s. si possa ipotizzare la facoltà di firma a favore del singolo amministratore della società. La disposizione relativa alla s.r.l.s., tuttavia, ha una natura del tutto peculiare: rispetto alla previsioni dettate in tema di s.r.l. "ordinaria" essa si atteggia quale esercizio dell'autonomia statutaria; autonomia che, si potrebbe sostenere, nell'ipotesi di una s.r.l. "classica" ben avrebbe potuto essere modellata in un senso maggiormente rispondente alle esigenze della logica prima ancora che della società, ma che, nella s.r.l.s. in primo luogo autonomia non è, essendo frutto di una previsione inderogabile del legislatore, ed in secondo luogo impone alla società vincoli a livello amministrativo e rappresentativo non facilmente comprensibili per enti che non dovrebbero essere caratterizzati da strutture societarie rigide.

Attesa l'inderogabilità delle clausole dell'atto costitutivo *standard*, dunque, la previsione di cui alla clausola 7 in relazione alla rappresentanza attribuita all'organo amministrativo (da intendersi nel suo *plenum*, secondo il ragionamento appena svolto) non è suscettibile di modifica da parte dell'autonomia delle parti. Conseguenza di ciò è l'impossibilità di inserimento di una delega del potere di rappresentanza in capo ad un solo amministratore quale specificazione del "ruolo" da esso ricoperto nell'ambito del consiglio di amministrazione a norma della clausola 6.

Verificando la compatibilità delle norme generali dettate in materia di amministrazione della s.r.l. al modello semplificato, poi, una simile situazione potrebbe creare un "corto circuito" allorché ci si accosti alla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2475-*bis*: di per sé la soluzione accolta che afferma la necessità di firma congiunta da parte della maggioranza degli amministratori potrebbe configurare una volontaria limitazione dei poteri degli altri gestori, con conseguente applicazione del regime di inopponibilità ai terzi delle stesse⁸²; ove si consideri la prevalenza della sostanza sulla forma si può tuttavia sostenere che, nel caso qui considerato, la soluzione non debba essere questa. La ragione della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2475-*bis*, infatti, ha evidentemente lo scopo, anche

dell'atto costitutivo tipizzato, il delegato dovrà necessariamente essere, se non amministratore, perlomeno socio della società. L'attribuzione di tale limitato potere di rappresentanza è possibile, naturalmente, in quanto la sua fonte non incide sull'atto costitutivo, e proprio in virtù della efficacia ristretta al compimento di singoli atti.

⁸¹ E, se così non fosse, non si intenderebbe pienamente il significato del rinvio generale alle norme dettate in tema di s.r.l. solamente "in quanto compatibili" con il modello della s.r.l.s.

⁸² Ancorché si debba segnalare che siffatta ricostruzione, per quanto accettata dalla dottrina prevalente, non è tuttavia unanimemente accolta. Si v. G. ZANARONE, (nt. 73), 1000; E. PEDERZINI, (nt. 71), 345 ss.; *contra* N. ABRIANI, sub *artt.* 2475-*bis/ter*, in P. BENAZZO, S. PATRIARCA (a cura di), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, UTET, 2006, 347 ss., 348 s., il quale ritiene onere dei terzi perlomeno la verifica della titolarità del potere di rappresentanza in capo all'amministratore.

su impulso originario del legislatore comunitario⁸³, di fornire ai terzi che si trovino a contrattare con la società un *surplus* di garanzia rispetto a quella normalmente loro accordata dall'applicazione delle norme generali in materia di pubblicità commerciale; ora, ancorché la previsione del regime di rappresentanza congiunta della maggioranza degli amministratori derivi formalmente dall'atto costitutivo, non è possibile tacere che questo è in realtà espressione diretta ed inderogabile della volontà del solo legislatore⁸⁴. In tale senso, anche ove si ravvisi nell'attribuzione del potere di rappresentanza congiuntiva in capo alla maggioranza degli amministratori una corrispondente limitazione delle prerogative dei singoli gestori, ciò avviene tuttavia per espressa previsione legislativa, ragione per cui i limiti suddetti saranno da trattarsi come legali e non volontari⁸⁵. Conseguenza di ciò è, dunque, l'inapplicabilità del secondo comma dell'art. 2475-*bis* alla s.r.l.s., e dunque la possibilità di opporre ai terzi che abbiano a contrarre con la società la mancata legittimazione del singolo amministratore ad agire validamente in nome e per conto della società⁸⁶.

Nessuna particolare problematica sorge invece per quanto concerne l'applicabilità alla s.r.l.s. di quanto disposto all'art. 2475-*ter* in materia di conflitto di interessi degli amministratori, che si deve dunque ritenere pianamente compatibile con il modello semplificato.

La medesima soluzione si può dare, sia pure con talune distinzioni, in relazione all'art. 2476. Senza dubbio l'estensione dell'area della responsabilità degli amministratori sarà da ritenersi coincidente con quella desumibile per la s.r.l. "ordinaria"; nella semplificata, tuttavia, è evidente come l'inosservanza dei doveri imposti dall'atto costitutivo possano essere in relazione unicamente al "ruolo" dal singolo consigliere svolto, in un sistema a gestione pluripersonale, all'interno del consiglio di amministrazione, e vale pertanto quanto già ampiamente riferito a riguardo della valenza da attribuirsi al concetto di "ruolo".

⁸³ Si ricorda che l'inopponibilità ai terzi degli atti compiuti dagli amministratori, ma estranei all'oggetto sociale è norma che fu recepita nel nostro ordinamento in ottemperanza alla **direttiva 9 marzo 1968, n. 151, del Consiglio dei Ministri delle Comunità europee**.

⁸⁴ Sia pure "di secondo livello", essendo il d.m. di emanazione chiaramente fonte secondaria, che tuttavia assume il rango di integrazione di fonte primaria *per relationem*.

⁸⁵ Limiti legali che trovano ulteriore conferma nella specifica denominazione che la ragione sociale della s.r.l.s. deve necessariamente contenere, e che altrimenti sarebbe priva di un significato apprezzabile; si v. *infra*, § 11. Evidentemente non sarebbe così nel caso in cui si versasse nella medesima situazione all'interno di una s.r.l. "ordinaria" o comunque con atto costitutivo a formulazione non vincolata, in cui il regime di rappresentanza in capo all'organo amministrativo fosse stato liberamente scelto dai soci all'atto della costituzione della società. In tale ipotesi, evidentemente, l'effettiva volontarietà del regime scelto determinerà l'applicazione della norma oggetto di analisi.

⁸⁶ Salva l'eventuale possibilità di ratifica dell'atto da parte della società sulla base delle norme dettate in tema di *falsus procurator*.

Il tema della rappresentanza è oggetto di considerazione specifica da parte di G.A. RESCIO, (nt. 1), 500, ove ritiene che, in assenza di indicazioni in atto costitutivo, la rappresentanza seguirà regole stabilite dall'organo amministrativo al proprio interno, e delle quali occorrerà dare adeguata informazione ai terzi.

Ancora: salvo che l'atto costitutivo tipizzato sia integrato con clausole *ad hoc*, si deve ritenere sulla scorta del quinto comma che l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere rinunziata o transatta, al ricorrere delle soglie di partecipazione che ivi sono previste.

Non si vede poi alcuna ragione valida che osti al riconoscimento, in capo ai soci di s.r.l.s. che non ricoprono la carica di amministratore, del diritto d'informazione individuale, anche attraverso l'operato di professionisti di propria fiducia, stabilito dal secondo comma della norma ora in esame.

Ancora in merito alla funzione di controllo, si ricorda che la fonte legale primaria in relazione ad esso, sia pure limitata alla previsione del "soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti", è rappresentata dal richiamo all'art. 2463, secondo comma, n. 8); il regolatore ministeriale non si è tuttavia occupato di tale questione, per cui la creazione di un apposito organo di controllo sulla gestione o sui conti della società è demandata all'autonomia statutaria in via di integrazione del modello standardizzato. Anche in assenza di specifica previsione all'interno dell'atto costitutivo, poi, è tuttavia possibile ipotizzare in linea astratta la nomina di tali soggetti ove ricorrano i presupposti per l'obbligatorietà della presenza degli organi in discorso. Ci si riferisce non già, certamente, all'ipotesi di cui all'ormai abrogato – ad opera dell'art. 20, comma ottavo, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116 – secondo comma dell'art. 2477, la cui compatibilità con la s.r.l.s. era esclusa *in nuce* dalla stessa natura di quest'ultima; quanto ai casi riportati al comma successivo, ovvero qualora la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato, ove controlli una società obbligata alla revisione legale dei conti, o per due esercizi consecutivi non abbia rispettato due dei limiti previsti per l'accesso al beneficio del bilancio redatto in forma semplificata: nonostante la scarsa dotazione patrimoniale della "semplificata", infatti, nulla pare tuttavia essere d'ostacolo al ritenere che sia a questa possibile l'assunzione di partecipazioni, anche di controllo, in altre imprese societarie, potendo ciò determinare evidentemente situazioni riconducibili alle prime due ipotesi di nomina obbligatoria dell'organo di controllo o del revisore. Ugualmente, per quanto concerne il terzo caso disciplinato, i parametri riportati all'art. 2435-*bis* al fine di individuare le società che possono redigere il bilancio in forma abbreviata hanno solo marginalmente a che vedere con la dotazione di capitale dell'impresa considerata; in tale senso pare possibile, seppur improbabile, che la s.r.l.s. possa avere un attivo dello stato patrimoniale superiore a € 4.400.000, ricavi da vendite e prestazioni non inferiori a € 8.800.000 ed oltre cinquanta dipendenti occupati in media durante l'esercizio⁸⁷. In ragione di ciò, oltre che del fatto che il controllo obbligatorio non presuppone alcuna specifica previsione dell'atto costitutivo, applicandosi ai sensi del quinto comma, art. 2477, il regime previsto per le s.p.a., pare ragionevole ritenere la norma in questione applicabile anche alla s.r.l.s.⁸⁸.

⁸⁷ Si noti, incidentalmente, come il fatto che la società non superi un dato requisito dimensionale per quanto concerne il numero medio di dipendenti occupati (in quel caso, cinque) costituiva nell'ordinamento belga condizione essenziale per l'applicabilità alla società del regime della *SPRL-S*; la norma è stata abrogata dalla legge di riforma delle *SPRL-S*, *loi* 15 gennaio 2014, pubblicata sul *Moniteur Belge* n. 35, del 3 febbraio 2014.

⁸⁸ E dunque sarà l'assemblea, a norma dell'art. 2477, sesto comma, a dovere provvedere alla nomina dell'organo di controllo (evidentemente costituito da un solo sindaco effettivo, attesa la mancanza di diversa previsione nell'atto costitutivo) o del

8.4 Decisioni dei soci.

Venendo infine al tema delle decisioni dei soci, l'applicabilità delle norme dettate per le s.r.l. "ordinarie" alla s.r.l.s. deve essere ancora verificata sulla base di quanto previsto, oltre che dal testo dell'art. 2463-bis, dall'atto costitutivo *standard*. Tale valutazione appare in verità non così piana come si potrebbe *ictu oculi* ritenere.

In base a quanto disposto dall'art. 2479 è nella disponibilità dell'autonomia negoziale la scelta della forma decisionale da adottarsi da parte della società, lasciando tuttavia come opzione di *default* il sistema assembleare. L'atto costitutivo tipizzato della s.r.l.s., tuttavia, non prende posizione sul punto, lasciando solo alcuni indizi, peraltro non perfettamente univoci. In particolare, la clausola 8 prevede che "l'assemblea dei soci, *ove sia richiesta deliberazione assembleare per la decisione dei soci*, è presieduta dall'amministratore unico o dal presidente del consiglio di amministrazione". Tale formulazione, se risolve il problema della presidenza dell'assemblea⁸⁹, tuttavia pare lasciare aperta la possibilità a decisioni dei soci in forma non assembleare. A ben vedere, ciò non è possibile come sistema di *default*, mentre previsioni alternative potrebbero essere inserite nell'atto costitutivo concreto, ad esempio nel senso di autorizzare l'adozione di decisioni attraverso consultazione scritta o consenso espresso per iscritto.

È evidente che, essendo il ricorso a tali strumenti assolutamente opzionale, e per di più né "gratuito", né tanto meno di legittimità pacificamente riconosciuta, la menomazione che soffre il modello nel suo complesso è di impatto fortissimo proprio in ragione delle specificità proprie e dei soci che se ne avvalgono; e tuttavia la farragine che ne deriva si pone in linea con le già osservate incertezze relative al regime amministrativo e a quello della rappresentanza, determinando un modello societario il cui utilizzo resta agevole solo in linea teorica, ma non alla prova della gestione quotidiana delle problematiche legate alla vita dell'ente.

In assenza di ogni ulteriore indicazione statutaria, dunque, il combinato disposto dei primi due commi dell'art. 2479 determina che l'assemblea ha competenza decisionale non già solamente sulle materie ad essa esplicitamente riservate ai sensi del quarto comma (modificazioni dell'atto costitutivo e decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o rilevante modificazione dei diritti dei soci), bensì l'intero novero di materie comprese nel secondo

revisore entro trenta giorni dalla seduta in cui sia approvato il bilancio relativo all'esercizio in cui i limiti riportati nel testo siano stati superati.

⁸⁹ Il quale, peraltro, non era di soluzione necessitata da parte dell'atto costitutivo, supplendo a tale fine il disposto di cui al quarto comma dell'art. 2479-bis: "L'assemblea è presieduta dalla persona indicata dall'atto costitutivo o, in mancanza, da quella designata dagli intervenuti". La *mancanza* di cui discorre la norma può essere letta sia come assenza del presidente designato - ed in tale senso la disposizione recupera la propria validità nel caso in cui all'assemblea non sia presente l'amministratore unico od il presidente del c.d.a. -, sia nel caso di assenza di designazione (cfr. G. ZANARONE, sub *art. 2479-bis*, in ID., (nt. 65), 1308 ss., 1342 ss.).

comma: approvazione del bilancio e distribuzione degli utili, nomina degli amministratori⁹⁰, nomina del sindaco o del revisore nei casi, già esaminati, in cui essi siano previsti per legge.

A tale catalogo di diretta discendenza normativa, si accompagna la previsione generale di cui al primo comma dell'art. 2479, in base alla quale i soci sono investiti della legittimazione a decidere su quegli argomenti loro devoluti da uno o più amministratori, ovvero tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale⁹¹. Evidentemente, quando non sia dall'atto costitutivo previsto alcun metodo decisionale alternativo all'assemblea, la devoluzione alla competenza dei soci è automaticamente effettuata a favore dell'organo assembleare, come pure desumibile da quanto disposto dal quarto comma della medesima disposizione.

Per quanto concerne il procedimento assembleare, il diritto soggettivo di ogni socio a partecipare alle decisioni, stabilito dal quinto comma dell'art. 2479, trova nel capoverso della norma immediatamente successiva la propria forma di attuazione: la convocazione dovrà essere effettuata mediante lettera raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima dell'adunanza⁹²; la disciplina dell'assemblea totalitaria prevista dall'ultimo comma dell'articolo 2479-*bis* tuttavia consente, specialmente nelle s.r.l.s. di dimensione ridotta, di evitare, ove vi sia un sostanziale accordo da parte di tutti i soci, le more del procedimento di convocazione, essendo sufficiente la partecipazione alla deliberazione dell'intero capitale sociale e la mera informazione del sindaco ove questo sia stato nominato⁹³. È comunque evidente come la possibilità che alcuni tra gli intervenuti si oppongano alla trattazione di taluni argomenti funge da forte disincentivo all'uso (o forse all'abuso) di tale strumento ove si tratti di deliberazioni di accettazione non piana da parte di tutti i soci.

⁹⁰ Ancorché essa non sia espressamente prevista dall'atto costitutivo. L'assenza di previsioni in tale senso nell'atto costitutivo determina la durata del rapporto di amministrazione *sine die*; ciò, ovviamente, non esclude che, per vicende anche naturali legate alle persone degli amministratori, si possa rendere necessaria la nomina di nuovi gestori. Competenza in tale senso che non può che spettare ai soci, come peraltro è desumibile, oltre che dai principi generali dell'ordinamento, dal fatto stesso che sono questi ultimi, attraverso la sottoscrizione dell'atto costitutivo, a designare i primi amministratori. Ed allo stesso modo si può sostenere che al potere di nomina in capo ai soci si accompagni pure quello di revoca degli amministratori, sia ove ricorra giusta causa, sia quando ciò non avvenga (così N. ABRIANI, sub *art. 2475*, in P. BENAZZO, S. PATRIARCA (a cura di), (nt. 82), 327 ss., 335 ss.; E. PEDERZINI, (nt. 82), 293 s.), pure in assenza di una esplicita previsione in tale senso. Previsione che, comunque, potrà essere oggetto di integrazione dell'atto costitutivo tipizzato.

⁹¹ Il che si sostanzia nella pratica come la possibilità per il singolo amministratore che sia in dissenso rispetto ad una decisione da assumersi da parte del consiglio di investire della stessa l'organo assembleare, con "implicito esautoramento" dell'organo amministrativo su tale questione; sul punto: G. ZANARONE, sub *art. 2479*, in ID., (nt. 65), 1249 ss., 1255 s. e ID., sub *art. 2475*, *ivi*, 925 ss., 976 s.

⁹² Con la possibilità di prevedere clausole statutarie che contengano sia metodi *alternativi* che *ulteriori*, rispetto al precetto legale, di informazione ai soci.

⁹³ Evidentemente nessun dubbio si pone per la presenza degli amministratori: dovendo ancora oggi necessariamente essere questi ultimi soci della s.r.l.s., sulla base della interpretazione *supra* offerta, la presenza dell'intero capitale sociale automaticamente implica che assistano anch'essi all'assemblea.

Per quanto concerne il luogo in cui si tiene il consesso assembleare e la disciplina dei *quorum* relativi, non vi sono ostacoli all'applicazione del terzo comma, art. 2479-*bis*: l'assemblea si terrà presso la sede sociale, con *quorum* costitutivo fissato nel cinquanta per cento del capitale sociale e deliberativo nella maggioranza assoluta del capitale intervenuto, salvi i *quorum* rafforzati in occasione di delibere modificative dell'atto costitutivo e di assunzione di decisioni riguardo operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modifica dei diritti attribuiti ai soci, che devono vedere il voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale.

Della presidenza dell'assemblea, già si è detto come essa spetti al presidente del consiglio di amministrazione o all'amministratore unico. Nessuna particolare problematica si pone per la s.r.l.s. all'applicazione del quarto comma, art. 2479-*bis*, così come pare essere *de plano* attuabile quanto disposto dall'art. 2479-*ter* in tema di invalidità delle decisioni dei soci e conflitto di interessi.

Sin qui in relazione alla disciplina applicabile alla s.r.l.s. in ragione delle clausole previste dall'atto costitutivo tipizzato – salvo le eventuali integrazioni a ciascun luogo segnalate – e la disciplina generale della s.r.l. compatibile ai sensi del quinto comma art. 2463-*bis* al modello semplificato. Ciò non esclude, tuttavia, che ulteriori clausole possano essere inserite all'interno dell'atto costitutivo concreto; tra esse, e senza pretesa di completezza in questa sede, si considerino l'attribuzione di diritti particolari riguardanti l'amministrazione o la distribuzione degli utili a taluni soci, ai sensi dell'art. 2468, terzo comma; eventuali clausole di intrasferibilità, prelazione o gradimento delle partecipazioni; la previsione di specifiche cause di recesso e/o di esclusione per giusta causa del socio; l'emissione di titoli di debito⁹⁴.

9. c) *Il capitale sociale massimo al di sotto di diecimila euro.*

Ulteriore peculiarità della s.r.l. semplificata rispetto al modello "ordinario" è il fatto che il capitale sociale debba necessariamente mantenersi al di sotto dei diecimila euro previsti dall'art. 2463, secondo comma, n. 4. La norma poteva essere dotata di significato e rilevanza all'epoca della sua introduzione; i diecimila euro ivi menzionati erano la somma necessaria per la costituzione di una s.r.l. "ordinaria" e la formulazione della regola tradiva il retropensiero del legislatore che, in presenza della disponibilità di tale somma, riteneva comunque preferibile il ricorso al modello "ordinario" rispetto a quello "semplificato"⁹⁵. La possibilità accordata dall'art. 2463-*bis* era allora l'unica modalità a disposizione per accedere al beneficio dell'esercizio di una impresa con responsabilità limitata dei soci in assenza di un esborso iniziale teorico di almeno diecimila euro⁹⁶, e dunque allorquando si fosse deciso di aumentare il capitale sociale ad un importo superiore a diecimila euro, ciò avrebbe comportato

⁹⁴ E, per ulteriori spunti, si v. *infra*, il § 13.

⁹⁵ Nel medesimo senso si v. M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1095.

⁹⁶ Teorico in quanto i diecimila euro sarebbero stati da versare contestualmente alla costituzione della società solamente allorché quest'ultima fosse stata composta da un unico socio, essendo diversamente sufficiente il versamento di un quarto dei conferimenti in denaro sottoscritti, così da aversi la possibilità di una s.r.l. neocostituita con un capitale sociale versato di appena duemilacinquecento euro.

l'abbandono del modello semplificato a favore di un accesso alla s.r.l. "ordinaria" che avrebbe consentito, tra l'altro, l'abbandono della formulazione vincolata dell'atto costitutivo/statuto.

La situazione è tuttavia mutata in maniera decisiva. È oggi ben più che discutibile che i predetti diecimila euro costituiscano il capitale sociale minimo per la costituzione di una s.r.l. "ordinaria"⁹⁷, e la ricerca di un significato per il tetto di capitale previsto dall'art. 2463-*bis* per la s.r.l.s. non può prescindere dalla comprensione di cosa in effetti rappresentino i diecimila euro richiesti dall'art. 2463, secondo comma, numero 4.

L'introduzione dei commi quarto e quinto all'art. 2463, infatti, consente di rinvenire il capitale minimo richiesto per la costituzione di una s.r.l. "ordinaria" nell'unità di euro. Tale affermazione è tuttavia veritiera a patto che il conferimento relativo sia effettuato integralmente all'atto della costituzione⁹⁸ e solo in denaro⁹⁹.

Ciò, in altri termini, significa che l'importo di diecimila euro rappresenta oggi piuttosto una semplice soglia di riferimento per l'applicazione di una (parzialmente) differente disciplina dei conferimenti dei soci¹⁰⁰ di s.r.l.; e ciò sia in riferimento ai conferimenti in denaro¹⁰¹, sia per quelli diversi dal denaro e che risultano preclusi sino a quando la soglia non sia stata superata¹⁰².

Come già ricordato, poi, sulla scorta di una consolidata esperienza a livello comparato¹⁰³ il legislatore dell'agosto 2013 ha accolto suggerimenti pervenutigli anche dall'accademia¹⁰⁴, prevedendo che, sino a che il capitale sociale addizionato della riserva legale non abbia raggiunto la quota/soglia a diecimila euro, almeno il venti per cento degli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato debbano essere destinati ad appostazione a riserva legale.

⁹⁷ Cfr. D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 12.

⁹⁸ E anche, pare ragionevole supporre, in caso di aumento del capitale che non comporti per quest'ultimo uno "sforamento" della soglia dei diecimila euro.

⁹⁹ L'ulteriore previsione contenuta nel quarto comma, infatti, che richiede che il conferimento sia versato "alle persone cui è affidata l'amministrazione" non fa che replicare, come peraltro accade anche all'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 3, quanto già in via generale previsto all'art. 2464, quarto comma, come emendato dalla l. 99/2013 di conversione (con modificazioni, peraltro incidenti sul punto) del d.l. 76/2013.

¹⁰⁰ E che, al di là di ragioni legate alla specifica tradizione giuridica continentale, pare trovare giustificazioni piuttosto modeste.

¹⁰¹ Che, allorché la società non sia unipersonale, potranno essere inizialmente liberati anche solamente nel limite del 25%.

¹⁰² Resta inteso che questi concorrono comunque al superamento della soglia; *contra* M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1103, che motiva a partire da un'assenza di giustificazione dei costi che deriverebbero dal passaggio da "semplificata" ad "ordinaria". A ben vedere il problema del transito non si dovrebbe porre: se il conferimento in natura determina il superamento della soglia dei diecimila euro, la conversione è obbligatoria in ragione del regime del capitale; se, al contrario, il capitale resta "sottosoglia", allora non vi sarà possibilità di conversione comunque, non essendo possibile conferimenti in natura neppure nella s.r.l. "ordinaria" a ridotta capitalizzazione. In questo caso il conferimento non potrà essere effettuato.

¹⁰³ La soluzione in concreto adottata si rifà a quella utilizzata anche dai legislatori tedesco e belga e, più recentemente, danese e spagnolo. Si v. più diffusamente *infra*, § 12.

¹⁰⁴ O, perlomeno, lo ipotizza C. IBBA, (nt. 1), 252.

Il quadro complessivo in cui si versa, dunque, determina una serie di considerazioni. In primo luogo il legislatore ritiene evidentemente il denaro in generale, ed il conferimento in denaro in particolare come preferibili in senso assoluto ad ogni diversa entità suscettibile di valutazione economica ed in quanto tale di potenziale conferibilità all'interno della s.r.l. "ordinaria" ai sensi dell'art. 2464, secondo comma. Ciò era naturalmente desumibile anche dalla previsione di cui al comma immediatamente successivo a quello testé citato, ma la cornice risultante dalle ultime alterazioni della disciplina della s.r.l. conferma nettamente questa impressione.

Ciò, tuttavia, induce ad una seconda riflessione: il conferimento in denaro è un valore aggiunto *di per sé* per la società? E ciò indipendentemente dalla sua entità? Non pare necessario un esame particolarmente approfondito per giungere ad una risposta in senso negativo¹⁰⁵. Il denaro è certamente fonte della maggiore possibile garanzia a favore dei terzi, in ragione della sua liquidità, ma il profilo garantistico non è senza dubbio la fonte di ispirazione del legislatore di società in cui è sufficiente un capitale fissato all'unità di euro, così come nella sostanza non lo era quando il capitale minimo era pari a diecimila euro.

Il conferimento in denaro sarebbe forse più utile rispetto ad altri di differente natura ai fini produttivistici, ma anche in questo caso l'entità del conferimento in denaro, e dunque pure del capitale da esso risultante, ha rilevanza assoluta ai fini dell'acquisto, da parte della società, dei beni di cui non disponga in via diretta. E proprio quest'ultima considerazione è, anzi, la giustificazione stessa dell'opportunità dei conferimenti in natura, che appunto sono volti a consentire alla società la disponibilità di un bene normalmente da destinarsi allo svolgimento dell'attività produttiva¹⁰⁶.

Nessun *favor* ontologico, poi, il conferimento in denaro detiene se si considera la funzione organizzativa interna: anche a tacere della possibilità ora accordata di partecipazioni attribuite in misura non proporzionale al conferimento, la modalità di *default* per l'individuazione della quota di partecipazione non è legata alla *natura* del conferimento, bensì alla *valutazione* dello stesso. Valutazione che, *ça va sans dire*, è immediata nel caso del denaro, ma che per definizione, a norma del già citato secondo comma, art. 2464, è possibile (*recte*: deve essere possibile) per qualunque bene si conferisca alla s.r.l.

Già solo da queste poche considerazioni è evidente come il limite al solo denaro per i conferimenti nelle società con capitale inferiore a diecimila euro ha poco significato; così come il significato della soglia stessa posta a diecimila euro è difficilmente comprensibile, se non considerando i limiti di un legislatore balzubiente, affetto da attacchi sempre più frequenti di "vorrei ma non posso" riguardo l'eliminazione del capitale sociale e finendo per garantirne la sopravvivenza attraverso il suo simulacro del quinto comma, art. 2463.

¹⁰⁵ È della stessa idea M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1099 s.

¹⁰⁶ Anche per tale ragione pare poco comprensibile, ancorché non inedito a livello comparato, il proibire nelle s.r.l. a ridotta capitalizzazione, siano esse semplificate od "ordinarie", il conferimento di beni in natura o persino di polizze assicurative o fidejussioni bancarie che garantiscano l'opera od il servizio prestato dal socio a favore della società. Vi è chi ritenga che tale proibizione sia da ricondursi alla necessità di evitare alla costituenda società la farraginoso e costosa procedura di valutazione dei conferimenti: A. BUSANI, *La nuova*, (nt. 1), 1075.

Si potrebbe, in verità, ritenere che l'importo di diecimila euro rappresenti, come già si è *en passant* ricordato, null'altro che una soglia di serietà, che segni il confine tra le società (ed i soci) che abbiano concrete intenzioni imprenditoriali e quelle che ne siano invece sprovviste. Una simile lettura, per quanto condivisibile forse sotto il profilo empirico, risulta pericolosa in astratto; aderirvi significherebbe riconoscere che le società a capitalizzazione inferiore a diecimila euro sarebbero automaticamente relegate agli *unsaubere Geschäfte* paventati dalla dottrina tedesca per le *UG*¹⁰⁷, e cioè ad affari dalla dubbia meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento. E, naturalmente, un simile pensiero varrebbe tanto più per la s.r.l.s., società che per sua natura non potrà mai avere dotazioni di capitale superiori a diecimila euro. E ancora sul medesimo percorso argomentativo non si può non tornare all'idea stessa di "creazione di valore" rispetto alle novità normative sulla s.r.l. del 2012/2013: è evidente che la creazione di società "senza valore" non potrà univocamente essere considerato un "valore" di per sé per l'ordinamento.

Questo riconduce infine alla domanda iniziale: perché mantenere un tetto massimo di capitale per le s.r.l. semplificate? Evidentemente la ragione di straordinarietà che connotava la norma alle sue origini non è oggi più invocabile, perlomeno non nei medesimi termini in cui lo era all'epoca della sua introduzione, e la situazione in cui si versa è che la semplificata che intenda dotarsi – finalmente – di un capitale superiore a diecimila euro deve necessariamente operare la propria conversione in s.r.l. "ordinaria", con conseguente modifica (anche) della denominazione sociale ed i costi connessi all'operazione¹⁰⁸. E ciò anche quando il transito al modello principale avvenga attraverso appostazione a capitale della riserva legale secondo lo schema suggerito dallo stesso quinto comma dell'art. 2463¹⁰⁹, non essendo state predisposte a tale fine delle procedure che agevolino il compimento dell'operazione¹¹⁰.

D'altra parte, ulteriore declinazione di questa motivazione è il fatto che il legislatore continui a ritenere la s.r.l. semplificata in qualche modo come opzione "straordinaria", di mera agevolazione economica rispetto ai costi di costituzione di una s.r.l. "ordinaria" e dunque il tetto massimo per il capitale sociale sarebbe conseguenza, e non causa, della sua – ipotetica – diversità rispetto a quest'ultima a ridotta capitalizzazione. Si vorrebbe in altre parole evitare che, ove sia disponibile la liquidità necessaria al raggiungimento della soglia, essa non sia impiegata effettivamente per la capitalizzazione della società e dunque l'obbligatorio "passaggio" al modello "ordinario", onde evitare l'abuso nell'utilizzo della forma organizzativa semplificata quando la società sia "a regime". Se è vero che l'applicazione alla s.r.l.s. del quinto comma art. 2463 è certamente un passo in tale direzione,

¹⁰⁷ Ne dà conto, proprio come significato alternativo della sigla *UG*, G.B. PORTALE, (nt. 19), 1241. La considerazione è in qualche modo confermata da M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1093 ss. e 1095.

¹⁰⁸ Così anche, da ultimo M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1098; già in precedenza il punto era pacifico: M. RESCIGNO, (nt. 1), 77, nt. 27; M. NOTARI, (nt.1); G. FERRI jr., *Prime osservazioni*, (nt. 1), 7.

¹⁰⁹ Che evidentemente è di piana applicazione anche alle s.r.l.s., nonostante l'assenza di uno specifico richiamo, in virtù della clausola generale di compatibilità presente all'ultimo comma dell'art. 2463-*bis*, come segnalato anche da M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1103; G. MARASÀ, (nt. 1), 1092; D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 28; F. TASSINARI, (nt. 1), 20; *contra* C.A. BUSI, (nt. 1), 29.

¹¹⁰ Per cenni a livello comparatistico sul punto si v. *infra*, § 12, spec. nt. 129.

motivando a partire dalla tendenziale equivalenza, per i soci, di una indisponibilità di risorse derivante da appostazione a riserva legale piuttosto che non a capitale sociale, il quadro normativo nel suo complesso non pare tuttavia in grado di disinnescare eventuali ipotesi di abuso, come si avrà modo di osservare.

Tali considerazioni, poi, valgono in linea generale anche per le s.r.l. “ordinarie” a ridotta capitalizzazione. Tra i due modelli, infatti, il punto di discriminare a livello normativo è dato dalla sola necessità per la s.r.l.s. di utilizzare necessariamente l’atto costitutivo tipizzato, e dal potere essere suoi soci solamente le persone fisiche.

10. d) *La limitazione soggettiva dei soci alle persone fisiche.*

Anche il poter essere soci di una s.r.l.s. le sole persone fisiche è retaggio della primissima formulazione della norma, che era “premiata” nei confronti degli infratrentacinquenni; evidentemente il requisito di età non poteva essere posseduto ragionevolmente da un soggetto differente dalla persona fisica, ma il mantenimento della limitazione anche successivamente alla caduta del requisito dell’età anagrafica è comunque sensato, perlomeno sotto il profilo sostanziale, salvo rilevare una curiosa situazione cui dà origine la combinazione delle norme oggi vigenti.

La permanenza della limitazione alle persone fisiche in fase di costituzione della società si può giustificare con un ragionamento *a contrariis*: se l’ente ipotetico socio fondatore era dotato di sufficienti risorse per essere creato e mantenersi funzionante, è forse plausibile ritenere che esso non sarà in grado di provvedere al pagamento degli onorari notarili e dei diritti di segreteria? A ben vedere ciò proprio non pare. È pure vero che tale argomento rischia di ingenerare uno squilibrio concettuale per cui la persona fisica verserebbe sempre in condizioni di ristrettezza economica¹¹¹, mentre tale assunto non varrebbe mai per l’ente.

Con un tentativo di maggiore equilibrio si potrebbe sostenere, invece, che la natura eccezionale della s.r.l. semplificata di cui già s’è fatta menzione nel paragrafo scorso consiglia di per sé la limitazione nel novero dei legittimati alla costituzione, e la scelta, in tale senso, per le persone fisiche può essere spiegato, da un lato, con un *favor* all’imprenditoria “di primo livello”, che, quindi, non godeva già in precedenza del beneficio della limitazione patrimoniale; e, dall’altro e complementariamente, con l’*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, di Occamiana memoria e di cui vi sono numerose testimonianze nel diritto societario riformato¹¹².

Questo in fase di costituzione della società; ma il precetto in discorso sopravvive anche *durante societate*, vedendo così preclusi i trasferimenti delle quote a soggetti diversi dalle persone fisiche? Ancorché parte autorevole della dottrina¹¹³ si esprima contro tale ipotesi, pare a chi scrive che la soluzione debba essere differente. È pure vero che l’abolizione del quarto comma dell’art. 2463-*bis* ha

¹¹¹ Già rilevato rispetto all’abrogato requisito dell’età anagrafica da M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 17, nt. 14 per cui, nell’idea del legislatore, alla giovinezza sarebbe sempre associata l’idea di scarsità di mezzi.

¹¹² Si pensi, per tutte, all’istituzione dei patrimoni destinati al singolo affare, o alla regolamentazione delle cc.dd. trasformazioni eterogenee.

¹¹³ M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1097.

privato i fautori della teoria che nega la legittima trasferibilità delle quote a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche di una norma *teoricamente* applicabile anche a tale ipotesi; allo stesso modo, però, si deve rilevare come il rimedio che in tale comma si invocava – la nullità dell'atto relativo al trasferimento della partecipazione a soggetti che non detenessero i prescritti requisiti di età anagrafica – era di carattere straordinario, ed in quanto tale poteva già allora essere discutibile una sua applicazione in via estensiva a soggetti diversi dalle persone fisiche¹¹⁴.

Ove si accolga il rilievo appena compiuto, è evidente che la situazione sostanziale non viene in alcun modo intaccata dal mutamento del quadro normativo di riferimento. Ci si può e deve chiedere, allora, se il trasferimento delle quote a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche fosse sempre stato da intendersi vietato, oppure sia *ex tunc* legittimo.

È opinione di chi scrive – meditata per quanto possa consentire il *tourbillon* di legislazione in cui si è stati negli ultimi due anni trascinati – che sia sensato ritenere che il trasferimento a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche sia sempre stato illegittimo. In caso contrario sarebbe frustrata la stessa previsione di costituzione riservata a favore delle sole persone fisiche, rendendo invece legittima la pratica di costituire la società per poi trasferire immediatamente le partecipazioni a soggetti non autorizzati alla sola costituzione (ma evidentemente, nell'idea di chi aderisce alla tesi permissiva, non alla detenzione delle partecipazioni).

Bisogna dunque domandarsi quale sia la sanzione applicabile ad un trasferimento a favore di soggetti che non dispongano dei requisiti previsti dal primo comma, art. 2463-*bis*. A tal fine ci si deve chiedere se vi sia una assoluta incompatibilità, per i soggetti non legittimati alla costituzione, alla titolarità di partecipazioni in s.r.l.s.

Per quanto riguarda il mancato possesso dei requisiti *ratione aetatis*, previsti nella vigenza dell'*ex* quarto comma, art. 2463-*bis* si deve ritenere che così non fosse. La conclusione discende dal fatto che l'ordinamento non prevedeva¹¹⁵ alcuna incompatibilità del socio che, per il normale decorso del tempo, fosse restato all'interno della compagine societaria anche successivamente al compimento del trentacinquesimo anno di età; e, ad ulteriore conferma dell'affermazione, si può sostenere che era stata necessaria l'introduzione di una specifica disposizione normativa – appunto l'*ex* quarto comma – per sanzionare con la nullità la cessione a favore di non legittimati. D'altro canto, l'eventuale incompatibilità assoluta tra età anagrafica pari o superiore a trentacinque anni e titolarità di una partecipazione di una s.r.l.s. sarebbe dovuta derivare da una apposita norma imperativa di legge, che invece il legislatore non ha inteso predisporre¹¹⁶. Ad ulteriore sostegno di tale ricostruzione, poi, si deve ricordare come la

¹¹⁴ Indice ulteriore si potrebbe rinvenire anche nella formulazione letterale della norma ora abrogata, che non si limitava ad individuare la fattispecie nell'assenza dei requisiti *tout court* previsti al primo comma (primo dei quali, ovviamente, l'essere l'avente causa persona fisica), ma citava esplicitamente i soli requisiti *di età*.

¹¹⁵ Salvo nella primissima versione della norma, la formulazione originaria dell'art. 3, d.l. 1/2012, *ante* conversione. Nel sistema successivamente vigente l'unica voce in tale senso era di C.A. BUSI, A. BUSANI, (nt. 1), 1315 ss.

¹¹⁶ Ed in tale caso non sarebbe stata invece necessaria la norma specifica dell'*ex* quarto comma, in quanto la nullità dell'operazione sarebbe derivata in via diretta dalla violazione, appunto, di una norma imperativa.

nullità prevista dal comma abrogato non colpiva che il negozio di trasferimento *inter vivos*¹¹⁷, riconoscendo presumibilmente come validi i trasferimenti a favore di persone fisiche ultratrentacinquenni avvenuti a seguito di successioni *mortis causa*.

Rispetto al problema del trasferimento di partecipazioni a soggetti non persone fisiche già si è rilevato come il legislatore non abbia preso posizione alcuna. Le alternative che si pongono, dunque, sono quattro: il trasferimento potrebbe essere *a)* valido ed efficace; *b)* valido ma inefficace; *c)* invalido ed annullabile; *d)* nullo.

L'ipotesi da cui si sono prese le mosse esclude le ipotesi *sub a)* e *d)*. Ove l'atto di trasferimento fosse riconosciuto valido ed efficace, non si comprenderebbe il significato della limitazione di legittimazione alle sole persone fisiche prevista per la costituzione nella società¹¹⁸. D'altro canto, il postulare la nullità dell'atto di trasferimento della partecipazione a non legittimati poteva essere discutibile già nella vigenza dell'*ex* quarto comma, art. 2463-*bis* in ragione dell'estensione della fattispecie in presenza di una sanzione straordinaria come la nullità; e pare a maggior ragione impossibile oggi, dopo l'abrogazione di tale norma ed in assenza di altre disposizioni imperative rispetto alle quali possa essere dimostrata la contrarietà.

A ben vedere, anche la soluzione di una eventuale annullabilità non risulta praticabile, non ricorrendone in alcun modo i presupposti, salvo eventualmente ipotizzare, con argomentazione francamente impervia, che i soggetti diversi dalle persone fisiche non siano, per lo specifico negozio traslativo, dotati di capacità legale di contrarre.

Già per esclusione, dunque, non resta che l'adesione all'ipotesi *sub b)*, e dunque ipotizzare che le cessioni avvenute a favore di soggetti non persone fisiche debbano essere considerate valide ma inefficaci. Tale conclusione è in verità confermata anche da una ulteriore considerazione: l'efficacia nei confronti della società del negozio di cessione può essere ritenuta sospesa sino a quando non sia effettuata a favore di un soggetto che sia legittimato alla titolarità piena della partecipazione della s.r.l.s., ovvero una persona fisica. In questo senso, l'essere l'avente causa persona fisica rappresenta condizione (legale) di efficacia del negozio traslativo nei confronti della società¹¹⁹.

Le conclusioni cui tale ragionamento conduce, poi, sono perfettamente compatibili con l'attuale – disastrosa – formulazione dell'atto costitutivo *standard*; come già si è avuto occasione di osservare, la

¹¹⁷ Così, perlomeno, nella formulazione accolta dal testo dell'atto costitutivo *standard*, come si è a suo luogo osservato.

¹¹⁸ E, d'altra parte, pare a chi scrive che da un trasferimento di partecipazione a soggetto non persona fisica non possa derivare una automatica riqualificazione della società come s.r.l. "ordinaria" a ridotta capitalizzazione. Una simile soluzione, atteso che lo *status* agevolato della s.r.l.s. si esplica nel solo momento genetico con la riduzione dei costi, risulterebbe "premiata" nei confronti di condotte volte a profittare della riduzione dei costi di creazione della società salvo poi bypassare la limitazione soggettiva della compagine sociale ristretta alle sole persone fisiche mediante il trasferimento a soggetti non persone fisiche e conseguente riqualificazione dell'ente.

¹¹⁹ Pur nella consapevolezza che la proposta soluzione potrebbe comportare difficoltà anche molto gravi per la vita della società, essa pare tuttavia la più rispettosa dello spirito dell'istituto e della coerenza tra le norme che lo regolano, con uniformità di trattamento, in assenza di norme che prevedano applicazioni differenziate, per le cessioni che si perfezionino con atto tra vivi e successioni *mortis causa*. Paiono a favore di una cessione legittima alle sole persone fisiche pure D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 31 s.; A. BUSANI, *Le nuove*, (nt. 1), 1074.

clausola 4 resta in vigore, salvo per il riferimento alla sanzione della nullità per l'atto di cessione compiuto in violazione. Non potendo dunque più essere, per le ragioni già a suo luogo evidenziate, la nullità la risposta dell'ordinamento ad una condotta non conforme, l'eventuale violazione della clausola dovrebbe condurre, conformemente con l'opinione maggioritaria della dottrina in materia di violazione di clausola di prelazione¹²⁰, all'inefficacia della cessione di fronte alla società. E ciò vale a dire, dunque, la medesima risposta che l'ordinamento darebbe ad ogni caso di violazione del divieto di cessione a soggetti non legittimati, secondo la ricostruzione qui proposta.

Di un'ultima questione resta da trattare in relazione alla limitazione dei soggetti legittimati alla costituzione della s.r.l. semplificata, ancorché interessi il tema solo tangenzialmente. Già si è rilevato come tra le modifiche apportate dal d.l. 76/2013 figura pure l'espunzione, all'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 6), delle parole "i quali devono essere scelti tra i soci" riferite agli amministratori della società. Ora, senza entrare nel merito delle ragioni che hanno spinto il legislatore a tale intervento, la soluzione che, anche sulla scorta di recenti pronunzie giurisprudenziali, viene legittimata è quella di una società in cui la compagine societaria è necessariamente formata da sole persone fisiche, mentre l'amministrazione potrà essere legittimamente affidata anche a soggetti di natura differente rispetto a queste ultime¹²¹. L'uso del futuro nell'esposizione è tuttavia d'obbligo: la già osservata clausola 5 dell'atto costitutivo *standard*, infatti, sino a che non sarà modificata, non consente ancora oggi la nomina quale amministratore della società a responsabilità limitata semplificata di chi non sia pure socio della stessa, escludendosi così in base alla ricostruzione qui offerta la possibilità di un amministratore che non sia persona fisica¹²².

11. e) *La denominazione sociale specifica e la "riqualificazione" delle s.r.l. a capitale ridotto.*

Ultima peculiarità della s.r.l. semplificata è costituita dalla specifica denominazione che la contraddistingue, a norma di quanto previsto all'art. 2463-*bis*. Si deve anzi osservare come, nelle scarse disposizioni dettate dal legislatore nell'art. 2463-*bis*, la questione della denominazione sociale è citata ben due volte, al secondo comma, n. 2 e al quarto comma.

È opportuno appena domandarsi il perché di un simile interesse del legislatore alla questione della denominazione sociale "differenziata". In verità la ragione può essere ancora una volta rinvenuta nel vorticoso succedersi delle norme: la denominazione sociale doveva evidentemente fungere da segnale incontrovertibile dell'essere la società a responsabilità limitata semplificata dotata di un capitale sociale inferiore al capitale minimo richiesto per la costituzione di una s.r.l. "ordinaria"; la medesima notazione poteva, peraltro, replicarsi allorché si discorresse di s.r.l. a capitale ridotto. Entrambe cessano

¹²⁰ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, (nt. 68), 241, spec. nt. 101.

¹²¹ Cfr. K. MARTUCCI, *L'ente amministratore di società di capitali nel diritto tedesco, svizzero e francese (appunti per misurarsi con un problema ancora aperto nel diritto italiano)*, in RDS, 2009, 370 ss.; G. PESCATORE, *L'amministratore persona giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 43 ss.; A. CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Torino, Giappichelli, 2013.

¹²² Il problema si potrà semmai porre ove il prossimo modello di atto costitutivo tipizzato non prenda esplicitamente in considerazione la possibilità di nominare soggetti esterni alla compagine sociale, quale deroga alla norma dispositiva dell'art. 2475, primo comma; sul punto, ritenendolo tuttavia già sin d'ora di attualità in base alla ricostruzione complessiva ivi offerta, si v. D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 29 s.

tuttavia di avere un senso – ed il legislatore mostra di averne coscienza non prevedendo alcuna specifica denominazione in questo caso – con l’abbattimento del capitale sociale minimo per la s.r.l. da diecimila ad un euro.

Il valore di stigma sociale¹²³, o perlomeno di spia di pericolo, che doveva promanare dalla denominazione *ad hoc* non può più essere univocamente ricollegato alla scarsa entità del capitale sociale. O, meglio, il collegamento al capitale può oggi essere nel senso di segnalare ai terzi il fatto che si tratta di società il cui capitale *non potrà mai* essere pari o superiore a diecimila euro¹²⁴.

Oltre a tale aspetto, la denominazione “dedicata”, unitamente, ora, alla inderogabilità delle clausole presenti nell’atto costitutivo *standard* può consentire di avere *ictu oculi* coscienza della struttura organizzativa basica¹²⁵ della società, ben sapendo, tuttavia, che a parte la limitazione del capitale sociale al di sotto della soglia dei diecimila euro ogni altra soluzione organizzativa teorizzata ed adottata dal legislatore della s.r.l.s. e dal conseguente regolatore ministeriale potrebbe oggi essere replicata nella s.r.l. “ordinaria”, i cui soci ben potrebbero adottare l’atto costitutivo tipizzato, così come limitare l’amministrazione a soli soci, e così via dicendo.

Anche rispetto a questa lettura vi è tuttavia una criticità per così dire, di sistema, derivante ancora una volta dalle previsioni contenute nel d.l. 76/2013. Si tratta della “qualificazione” delle s.r.l. a capitale ridotto già iscritte nel registro delle imprese al 28 giugno 2013 come s.r.l. semplificate, operata *ex art. 9*, quindicesimo comma di tale decreto.

La norma è di lettura tutt’altro che piana. In primo luogo è necessario interrogarsi sul significato di “qualificazione”; ed immediatamente dopo si ci si deve chiedere se la s.r.l. semplificata sia effettivamente la “pietra di paragone” più indicata per la riqualificazione della fu s.r.l.c.r.

Per quanto concerne l’estensione concettuale della “qualificazione” della s.r.l.c.r., l’operazione condotta dal legislatore appare inedita ed il significato sembra da doversi rinvenire nella applicazione alle s.r.l. a capitale ridotto già costituite delle norme imperative dettate per le s.r.l.s. E ciò senza che la riqualificazione comporti una modificazione formale della denominazione della s.r.l.c.r., che, appunto, resterà la medesima, attenendo la riqualificazione semplicemente al piano della disciplina applicabile. Per tali ragioni, e secondo un poco elegante gioco di scatole cinesi, si potrà presumibilmente applicare anche alle s.r.l.c.r. già costituite¹²⁶ il comma 4-*bis*, art. 44, d.l. 83/2012, nonostante l’intervento del legislatore del 2013 abbia riconosciuto le agevolazioni all’accesso al credito a tassi agevolati non più, com’era in origine, a giovani che intendessero costituire una s.r.l.c.r., bensì ad *under 35* che creino una s.r.l.s.

¹²³ In questi termini, in relazione alla *UG*, si esprimeva J. SCHMIDT, *The New Unternehmergeellschaft (Entrepreneurial Company) and the Limited - A Comparison*, in *German Law Journal*, 9, 9, 2008, 1096

¹²⁴ Riguardo l’entità concreta del capitale versato ed esistente sarebbe già stato sufficiente, in verità, quanto disposto dall’art. 2250, senza che fosse in alcun modo necessario provvedere ad una norma *ad hoc*. La denominazione specifica, tuttavia, rende evidente tale circostanza in maniera ancora più immediata.

¹²⁵ Inderogabile, non necessariamente completa, se si aderisce alla ricostruzione qui offerta.

¹²⁶ O, meglio, ai “giovani” che intendano entrare in esse; discutibile, peraltro, anche il mancato aggiornamento della norma in parola a favore di *under 35* che intendano costituire una s.r.l. “ordinaria” a ridotta capitalizzazione. Sul punto D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 38, che postulano, correttamente, una soluzione estensiva.

Come già altrove¹²⁷ vi è stato modo di rilevare, il quadro risultante dagli interventi modificativi del legislatore del d.l. 76/2013 rendeva la s.r.l.s. solo nominalmente identica a quella creata a seguito della conversione del d.l. 1/2012 che aveva introdotto la fattispecie nel nostro ordinamento, mentre sotto il profilo sostanziale le analogie erano ben più marcate nei confronti della disciplina caratterizzante la s.r.l.c.r.; la legge di conversione del d.l. 76/2013, tuttavia, ha modificato in maniera sostanziale la vicenda. L'introduzione, ad opera dell'intervento normativo da ultimo citato, del terzo comma dell'art. 2463-*bis*, e dunque del principio di inderogabilità delle clausole dell'atto costitutivo tipizzato, lascia infatti diversi dubbi rispetto alla coerenza della "qualificazione" delle s.r.l.c.r. come s.r.l.s. Le s.r.l. a capitale ridotto, infatti, si connotavano sin dalla loro introduzione per la non necessità di utilizzo dell'atto costitutivo tipizzato¹²⁸; la successiva qualificazione in relazione ad un modello che, invece, è ora per espressa previsione legale caratterizzato da clausole cristallizzate non pare decisamente felice.

A ben vedere, l'unico tratto che accomuna realmente s.r.l. semplificate e a capitale ridotto è il tetto di capitale massimo; la ragione per cui il legislatore può avere inteso privilegiare tale profilo è, probabilmente, il fatto che l'apposizione di un capitale massimo che connota le due fattispecie le rende simili anche – se non soprattutto – nel momento in cui tale soglia venga ad essere superata.

In altre parole, se il legislatore avesse optato per una riqualificazione in termini di s.r.l. "ordinaria" – il che sarebbe parso ben più razionale sia dal punto di vista della libertà di determinazione del contenuto dell'atto costitutivo che per l'abbattimento del capitale sociale minimo all'unità di euro – ciò avrebbe comportato che, al momento dell'auspicabile superamento dei diecimila euro di quota capitale, non sarebbe stato necessario neppure modificare la denominazione sociale della s.r.l. a capitale ridotto, mantenendosi in circolazione una società che sarebbe risultata essere nella forma a ridotta capitalizzazione in ragione della sua denominazione sociale specifica, ma non nella sostanza¹²⁹.

In definitiva, quindi, la qualificazione delle *ex* s.r.l. a capitale ridotto in semplificate piuttosto che non rispetto al modello "ordinario", specie ora che esso ha la possibilità di essere scelto anche nella versione con capitale *nummo uno*, se lascia comunque notevoli perplessità per la scarsa considerazione in cui tiene il profilo, normalmente centrale per la s.r.l., dell'autonomia statutaria – pressoché perfetta nella s.r.l.c.r. ed al contrario alquanto vincolata nella s.r.l.s. –, ha tuttavia ragion d'essere per via del tetto massimo di capitale. La scelta operata dal legislatore, dunque, consente una ulteriore¹³⁰ eterogeneità

¹²⁷ A. BARTOLACELLI, (nt. 1), 23.

¹²⁸ Su questa linea F. TASSINARI, (nt. 1), 21; D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 37.

¹²⁹ Problema che, tuttavia, non si è posto nell'esperienza comparata di riferimento, la tedesca *UG*, in cui al superamento della soglia di capitale previsto per la *GmbH* non consegue necessariamente la modifica della denominazione sociale; ed il medesimo rilievo vale pure per la *IVS* di recentissima introduzione nel diritto danese.

¹³⁰ Ulteriore, nel senso che i distinti interventi normativi intervenuti sulla s.r.l. semplificata, e le differenti comunicazioni, anche di origine ministeriale, che si sono succedute soprattutto riguardo la modificabilità o meno dell'atto costitutivo tipizzato hanno consentito la nascita di società che si rifanno al modello organizzativo semplificato a che possono avere atto costitutivo identico a quello *standard*, ovvero altre che lo hanno integrato con disposizioni derivanti dall'autonomia statutaria, ovvero altre ancora che lo hanno modificato; ad esse si aggiungono, ora, nella sostanza le s.r.l.c.r. dotate di statuto a formulazione del tutto libera. E nel futuro le s.r.l. semplificate che avranno adottato il nuovo statuto *standard* che,

della composizione della categoria – sostanziale – s.r.l.s. in vista di preservare la omogeneità delle s.r.l. “tradizionali”.

12. *Cenni ad esperienze straniere rispetto a taluni specifici aspetti delle s.r.l. a ridotta capitalizzazione, semplificate e non.*

Sia l'introduzione della s.r.l. semplificata che l'abbattimento della soglia di capitale minimo per la s.r.l. “ordinaria” da diecimila ad un singolo euro trovano precedenti in e, soprattutto, sono motivati da analoghe esperienze in Paesi certamente non estranei alla nostra tradizione giuridica. Ciò che differenzia in maniera sostanziale l'esperienza italiana da tutte le altre è l'inedito binomio di riforme, che francamente pare a chi scrive dettato più dal succedersi non meditato di norme via via affastellate ed infine bisognose di una seppur minima sistematizzazione più che da una cosciente visione programmatica da parte del legislatore. È d'altronde sufficiente ricordare nuovamente come lo strumento giuridico utilizzato per tutte le modificazioni e riforme avvenute, il decreto legge, non è certamente il più adatto a trasmettere l'idea di un percorso normativo connotato da snervante riflessione.

Quello che può essere definito “il doppio binario italiano”, in cui si vede la compresenza di un modello semplificato e dell'abbattimento del capitale minimo per il modello base, oltre che inedito è francamente anche fonte di perplessità. Nei Paesi, infatti, che hanno visto l'introduzione di una *variante* o di un *sottotipo* della s.r.l. locale, caratterizzata dalla ridotta o ridottissima soglia minima di capitale sociale richiesto, ciò è stato fatto proprio in un'ottica di preservazione del modello “base” da spinte volte a sminuire il significato e la funzione del capitale sociale minimo¹³¹. E anche dove¹³², pure assai di recente, l'introduzione della variante ha coinciso con la diminuzione del capitale minimo della società “base” di riferimento, quest'ultimo non è stato portato al livello “*nummo uno*”. In questo senso il rischio, per le s.r.l.s. italiane, è di costituire oggi un sostanziale “doppione” rispetto allo stesso modello di base, con utilità relegata alla sia pure rilevante diminuzione dei costi di creazione della società, che viene poi “scontata” con facilmente pronosticabili inefficienze funzionali del modello *standard*.

A parte l'“incidente di percorso” del raddoppiamento delle fattispecie¹³³, la metodologia utilizzata dal legislatore per la formulazione delle norme in tema di s.r.l. semplificata e di s.r.l.

auspicabilmente, sarà a breve emanato dal Ministero della Giustizia. Tutte queste fattispecie andranno a comporre la variegata platea di società cui si applicheranno le norme sulla s.r.l. semplificata, il che pare frustrare definitivamente la concezione di una denominazione sociale specifica in cui ravvisarsi l'avviso al pubblico rispetto all'utilizzo di uno specifico modello organizzativo. Per diverse notazioni sul regime transitorio si v. D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 33 ss.

¹³¹ È interessante, sul punto, notare che la genesi della *UG* in Germania è stata dovuta, almeno in parte, al desiderio di non modificare il capitale minimo richiesto per la costituzione di una *GmbH*: cfr. M. BEURSKENS, U. NOACK, *Of Tradition and Change - the Modernization of the German GmbH in the Face of European Competition*, in J. MCCAHERY, L. TIMMERMAN, E. VERMEULEN (a cura di), *Private Company Law Reform. International and European Perspectives*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010, 166 ss.

¹³² Nella legge danese di modifica della legge societaria, in cui all'introduzione dell'*IVS* ha corrisposto pure la diminuzione del capitale minimo richiesto per le *ApS* da 80.000 a 50.000 corone.

¹³³ O addirittura della loro triplicazione, se si pensa anche alla breve – e parrebbe non rimpiaanta – stagione delle s.r.l. a capitale ridotto.

“ordinaria” a ridotta capitalizzazione è stata dunque improntata alla verifica di alcune esperienze straniere di riferimento, prima tra tutte la tedesca, come è evidente anche e soprattutto, dal nuovo ultimo comma dell’art. 2463. Questa norma e l’impianto generale dello statuto tipo costituiscono i punti di maggiore interesse sul piano comparatistico.

Per quanto riguarda l’art. 2463, quinto comma, l’introduzione della norma è stata assai faticosa; ve n’era traccia nella primissima versione del progetto di decreto che ha poi portato alla nascita della s.r.l. a capitale ridotto¹³⁴, ma la previsione non sopravvisse alla stesura definitiva del d.l. 83/2012. Quel che è certo è che, pure con le sue imperfezioni, la disposizione in parola consente perlomeno di ritenere non applicabile alla s.r.l.s. la previsione generale dell’art. 2430 in tema di riserva legale, in cui le aliquote di accantonamento, parametrata all’ammontare del capitale sociale, rischiavano di fare scendere addirittura nel ridicolo la funzione di tale istituto.

La soluzione adottata dal legislatore italiano è perfettamente, quasi letteralmente conforme a quella propria della *GmbHG* tedesca¹³⁵: utili netti, riserva legale e funzione limitata all’aumento di capitale sociale mediante passaggio di appostazione e copertura delle perdite (attuali e pregresse) sono elementi già presenti anche in quella soluzione. Muta, ma non pare particolarmente significativo, la misura dell’accantonamento che nel caso italiano è del 20%¹³⁶ mentre in quello tedesco, così come in quello belga della *SPRL-S*¹³⁷ ed in quello danese della *IVS*¹³⁸ è pari al 25%.

La critica principale che è stata mossa a questo “paracadute”, specie nella dottrina tedesca¹³⁹, è in relazione alla possibilità che, attesa la potenziale coincidenza dei soci con gli amministratori, la quota di utile netto su cui computare l’aliquota da destinarsi alla riserva potrebbe essere facilmente erosa mediante un semplice aumento del compenso spettante all’organo amministrativo¹⁴⁰. Il medesimo rilievo critico può essere mosso, *mutatis mutandis*, anche alla soluzione accolta dal legislatore italiano, che si è visto come si limiti ad una riproduzione della norma tedesca, mentre maggiore creatività hanno mostrato sul punto le disposizioni belga, danese e spagnola.

¹³⁴ V. *supra*, nt. 5.

¹³⁵ Art. 5a(3), *GmbHG*.

¹³⁶ In questo analogo alla recentissima *Sociedad Limitada de Formación Sucesiva* prevista in Spagna nel settembre 2013, che pure prevede il medesimo meccanismo al nuovo art. 4 *bis*, RDL 1/2010, *Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, introdotto da parte della c.d. *Ley de apoyo a los emprendedores*, Ley 14/2013 del 27 settembre. Per un primo commento a questo testo normativo si v. J.L. MATEO HERNÁNDEZ, *Impacto societario de las Leyes 11/2013, de 26 de julio y 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2014, 42, 321 ss.

¹³⁷ Art. 319*bis*, *Code des Sociétés* belga.

¹³⁸ La *IVS* è stata introdotta nel diritto danese attraverso la previsione di un apposito Capitolo 20a nella legge societaria di quel Paese ad opera della *lov* 12 giugno 2013, n. 616.

¹³⁹ Si v., sul punto, G.D. VON DER LAAGE, *La “Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)”: il nuovo modello di GmbH (s.r.l.) nella recente riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2011, 428 e, alle note 135 ss. ampi riferimenti dottrinali.

¹⁴⁰ H.F. MÜLLER, *Die gesetzliche Rücklage bei der Unternehmergeellschaft*, in *ZGR*, 2012, 82 ss.

In quest'ultimo ordinamento sono interessanti tre diverse soluzioni. Sul piano del contrasto all'abuso condotto mediante aumento del compenso degli amministratori, è stato stabilito un tetto massimo di retribuzione dei soci (*sic!*) e degli amministratori per lo svolgimento dei loro incarichi, che non potrà nel suo complesso eccedere il venti per cento del patrimonio netto dell'esercizio corrispondente.

Sulla base del fatto che nella formazione e preservazione di un patrimonio sociale è evidentemente ravvisato un valore meritevole di tutela da parte del legislatore iberico, anche la parte, potenzialmente ammontante sino all'ottanta per cento, degli utili netti annuali già "liberati" dal "contributo" alla riserva legale non è di libera distribuzione tra i soci, ma è vincolato al rispetto di una regola che prevede che, a seguito della distribuzione, il valore del patrimonio netto non deve comunque scendere al di sotto del sessanta per cento del capitale minimo iniziale richiesto per la *SRL* spagnola, ovvero 1.800 euro, essendo la dotazione di capitale iniziale minima richiesta di 3.000. La combinazione delle due regole dovrebbe garantire quindi, nell'idea del legislatore spagnolo, creazione e mantenimento di un patrimonio per così dire "adeguato" alla società a formazione progressiva: ci sono, contemporaneamente, la limitazione della possibilità di erosione del patrimonio mediante aumento delle retribuzioni agli amministratori e la limitazione alla distribuzione di utili; restano tuttavia "scoperte" le altre ipotesi di distribuzione di utili "mascherata", ad esempio attraverso acquisti di beni dei soci effettuati da parte della società.

L'ultima rilevante disposizione in tale senso introdotta con il medesimo provvedimento riguarda l'estensione temporale dell'obbligo di appostazione del 20 per cento dell'utile netto a riserva indisponibile. A differenza di quanto previsto dalle norme tedesche, belghe ed italiane, non esiste un limite massimo che la riserva dovrà attingere perché l'aliquota di accantonamento possa ridiscendere alle percentuali usuali¹⁴¹; sino a che permane la condizione di società con capitalizzazione inferiore ai tremila euro richiesti per la costituzione di una *Limitada* "tradizionale", almeno il venti per cento degli utili netti annuali dovrà continuare ad essere trattenuto dalla società a titolo di riserva. Ciò evidentemente costituisce un forte incentivo, insieme al capitale sociale minimo a tremila euro, oggettivamente molto basso, alla caduta delle limitazioni agli utili distribuibili e di quelle relative alla remunerazione degli amministratori, perché la società provveda alla capitalizzazione delle riserve accumulate non appena ciò sia possibile; e questo rientra pienamente anche nella denominazione, che accentua il profilo della progressiva formazione del capitale, scelta per la situazione in cui la società si trova nel periodo di sottocapitalizzazione nominale.

La conservazione del patrimonio della società anche mediante l'intervento sulla distribuzione dei dividendi ai soci è stata oggetto di attenzione anche da parte del legislatore danese del 2013; all'interno del § 357b(2) del codice societario si prevede per la *IVS* che è vietata la distribuzione di utili ai soci sino a che la somma del capitale sociale e della riserva creata trattenendo il venticinque per cento degli utili netti annuali non abbia attinto l'importo di 50.000 corone, capitale minimo richiesto per la costituzione di una *Aps*. Come già rilevato nel caso iberico, la norma presuppone l'esistenza di utili, ma

¹⁴¹ Ovvero il dieci per cento dell'utile netto annuale sino a che essa non raggiunga il venti per cento del capitale sociale, a norma dell'art. 274, *RDL* 1/2010.

non fornisce una protezione contro la loro mancata realizzazione attraverso tecniche di distribuzione dissimulata.

A tale fine appare certamente più idonea la norma prevista per la *SPRL-Starter* belga che, pure non prendendo direttamente in considerazione il profilo della distribuzione degli utili ai soci e del potenziale aumento della retribuzione degli amministratori proprio al fine di erodere gli utili risultanti a bilancio, reca all'art. 214, § 2, terzo capoverso del *Code des Sociétés* la regola per cui, a partire dal terzo anno dalla costituzione della società, i soci sono tenuti personalmente ed in solido nei confronti dei creditori della società per la differenza tra il capitale minimo previsto per le *SPRL* (18.550 euro) ed il capitale da loro in concreto sottoscritto nella *SPRL-S*. Si verifica in questa maniera una responsabilità limitata "attenuata" che, attesa la recentissima abolizione del limite dei cinque anni di durata massima della società "starter"¹⁴², potrebbe essere in grado di connotare gran parte della vita dell'ente, dislocando, di fatto la responsabilità nei confronti dei creditori sociali sul piano della responsabilità personale dei soci – anche se limitatamente a 18.548 euro, nell'ipotesi di maggiore rilievo – e non, invece, sul piano della responsabilità esclusivamente a carico del patrimonio sociale. È evidente come quest'ultima soluzione ha un impatto certamente più dirompente sul piano dogmatico della responsabilità limitata. Pare tuttavia che una soluzione del genere possa, *de iure condendo*, essere una percorribile via intermedia in grado di contemperare i diversi interessi che caratterizzano il modello sociale in esame.

Appena poche righe devono essere dedicate alla scelta del legislatore della s.r.l.s. rispetto all'adozione di un modello tipizzato di atto costitutivo. Si deve rilevare come in questo caso si tratti di soluzione inedita nel panorama italiano, di piuttosto recente introduzione e abbastanza limitata esperienza in quello dell'Europa continentale ed è pertanto comprensibile una certa mancanza di confidenza del legislatore – e, successivamente, del regolatore – del nostro Paese rispetto a tale strumento.

Anche solo una brevissima ricognizione comparata, tuttavia, lascia perplessità tali, sia in punto di forma che di sostanza, da ritenere che più che di poca confidenza rispetto all'istituto si debba discorrere di non piena consapevolezza nella sua adozione.

Come appena accennato, mentre i *Model Articles* sono esperienza ben più che consolidata nel diritto societario anglosassone, e non stupisce pertanto che, ad esempio, il modello fornito dalla *Companies House* direttamente sul proprio sito per la costituzione di *Limited Companies by shares* sia in formato editabile, si componga di ben 53 clausole e 19 pagine; tutto ciò ha naturalmente a che vedere con la tradizione giuridica d'oltremontana e con l'assenza della funzione notarile per quanto concerne la costituzione di società. Ciononostante, l'utilizzo dei *Model Articles* è del tutto facoltativo: a norma dei §§ 19(3) e 20(1) del *Companies Act 2006* la società può utilizzare qualcuna o tutte le clausole previste

¹⁴² Apportata dalla già citata (*supra*, nt. 87) *loi* 15 gennaio 2014, *Loi portant dispositions diverses en matière de P.M.E.* Gli atti completi del procedimento legislativo, in cui le modifiche al regime della *SPRL-S* sono presenti dall'art. 11 al 14, sono reperibili in internet all'indirizzo <http://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?dossierID=3073&legislat=53&inst=K>. Oltre all'abolizione del termine quinquennale di durata della società, decade pure la proibizione di impiegare più di cinque lavoratori a tempo pieno.

all'interno dell'atto *standard* e quest'ultimo detiene un ruolo di normazione integrativa secondaria e derogabile dalla volontà delle parti per gli statuti che non siano stati registrati o che, ove registrati, tuttavia non derogano alle previsioni contenute nel modello.

Nell'Europa continentale, il procedimento di costituzione delle società che implica, praticamente ovunque, l'intervento notarile ha reso nei fatti poco utile il ricorso (e dunque, a monte, la predisposizione) di atti costitutivi e statuti *standard*; ciò, perlomeno, sino a che non si è avvertita una duplice esigenza, ancora una volta in ragione di una sostanziale contendibilità dei modelli organizzativi societari rispetto al prototipo inglese: da un lato la ricerca di un sistema che potesse garantire la riduzione dei costi (innanzitutto economici, ma non solo) relativi alla costituzione dell'ente; dall'altro una modalità per velocizzare l'espletamento delle formalità connesse alla costituzione.

Oltre alla già analizzata esperienza italiana del 2013, si devono segnalare come antesignani gli *estatutos orientativos* della spagnola *Sociedad Limitada Nueva Empresa* del 2003¹⁴³, cui è seguito il *modèle de statuts types des sociétés à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance* francese del 2007 (poi modificato nel 2008¹⁴⁴), il *Musterprotokoll* per la *GmbH* (e conseguentemente pure la *UG*) tedesca nel 2008¹⁴⁵, e i *modelos de estatutos tipos de las sociedades de responsabilidad limitada*, ancora spagnoli, del 2010¹⁴⁶. Il legislatore italiano aveva dunque un'ampia rosa di esperienze cui rifarsi quando fu decisa l'introduzione di uno statuto tipizzato per la s.r.l.s.; non pare si sia valso di tale possibilità, e pure le modifiche apportate dalla l. 99/2013 confermano una simile impressione.

Se, infatti, vi è un tratto che accomuna le diverse esperienze cui si è fatto cenno, esso è che l'utilizzo di un modello statutario tipizzato ed immutabile non costituisce mai condizione essenziale per l'accesso ad un determinato modello organizzativo. Più specificamente, dall'utilizzo o meno di un determinato modello *standard* può discendere l'applicazione di un regime di agevolazione (economica e/o temporale) invece che della procedura "ordinaria", ma in nessuno dei casi citati l'utilizzo pedissequo del modello è necessario al fine della collocazione di una concreta società all'interno di una categoria astratta. In ogni ipotesi considerata, tuttavia, è presente qualche elemento di "semplificazione" che fa sì che delle agevolazioni previste per l'uso dei modelli tipizzati possano beneficiare solamente talune società, normalmente connotate da un capitale sociale estremamente basso ovvero da compagnie sociali o modello di organizzazione interna desiderato che non necessiti di particolare elaborazione.

Nello specifico, i modelli elaborati per le diverse *limitadas* spagnole hanno la esplicita funzione di velocizzare la tempistica per la registrazione della società attraverso un procedimento telematico e, sotto il profilo economico, garantiscono l'eliminazione delle imposte relative alla registrazione e la riduzione

¹⁴³ *Orden JUS/1445/2003*, emanato dal Ministero della Giustizia spagnolo il 4 giugno 2003. Su tale modello è disponibile anche il commento di J.A. VIERA GONZÁLEZ, *Anotaciones a los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa y posibilidades de configuraciones diversas*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2003, 207 ss.

¹⁴⁴ *Décret n° 2008-1419* emanato dal Ministero della Giustizia francese il 19 dicembre 2008.

¹⁴⁵ *Anlage (zu § 2 Abs. 1a), GmbHG* come modificato a seguito dell'approvazione del *MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen)* il 23 ottobre 2008 ed entrato in vigore il primo novembre successivo.

¹⁴⁶ *Orden JUS/3185/2010*, emanato dal Ministero della Giustizia spagnolo il 9 dicembre 2010.

significativa degli onorari notarili e di registro¹⁴⁷, ma sono fruibili solo da società il cui capitale non ecceda i 3.100 euro. L'utilizzo dello statuto tipizzato determina, in questi casi, una semplice riduzione dei tempi e dei costi di costituzione della società, ma non l'applicazione di un regime giuridico differenziato per legge rispetto ad una società che abbia invece optato per la redazione "libera" dell'atto costitutivo.

In posizione simile si situa il *Musterprotokoll* tedesco. Esso si riferisce al § 2(1a) *GmbHG* come modificato dal *MoMiG* nel 2008, che prevede una procedura semplificata di costituzione – che comprende un abbattimento dei costi notarili – per le società che, avendo un massimo di tre soci ed un solo amministratore, sono legittimate (e siano interessate) all'utilizzo del modello *standard*, il quale è caratterizzato da pochissime previsioni essenziali, demandando all'ultima clausola (la 7) una sorta di riepilogo della disciplina legale applicabile che deve essere oggetto di specifico avvertimento ai soci comparenti da parte del notaio rogante.

Infine, il *modèle* francese si applica al solo caso in cui la società sia unipersonale e l'unico socio persona fisica sia pure il solo amministratore e concede benefici in termini di esenzioni da taluni oneri pubblicitari.

Anche solo da questi brevi cenni risulta chiaro come in relazione a nessuno dei modelli osservati sia prevista la tassatività di utilizzo al fine di ascrivere la società adottante ad un determinato regime di diritto societario applicabile. In nessuno, tranne il caso italiano, in cui, peraltro, le clausole sono esplicitamente definite inderogabili, il che comporta, naturalmente, una ulteriore cristallizzazione – ancorché forse "cementificazione" indulga meno alla poesia – del modello nel suo complesso.

L'analisi comparata conferma dunque in larga parte l'assunto di partenza per cui l'utilizzo necessitato del modello *standard* costituisce il prezzo, la contropartita che i soci devono essere disposti a pagare per la riduzione dei costi di costituzione della società. Da questa considerazione si possono infine tracciare le conclusioni dell'intero percorso.

13. Considerazioni conclusive e proposte operative.

È stato lucidamente ed autorevolmente osservato¹⁴⁸ come, *durante societate*, la s.r.l.s. non abbia particolarità che la differenzino, sotto il profilo organizzativo, dalla s.r.l. "ordinaria". Questo è certamente vero; si deve tuttavia ricordare sempre il ruolo della limitazione del capitale sociale al di sotto dei diecimila euro ed il fatto che i soci debbano necessariamente essere persone fisiche, che costituiscono in effetti i soli tratti distintivi della fattispecie.

Il ruolo di un modello separato, distinto dal "tipo principale" della s.r.l. "ordinaria", e per di più dotato di una denominazione propria sembra, attesa la normativa oggi vigente, estremamente limitato. Altro, infatti, è il dotare l'ordinamento di un modello organizzativo distinto ed in certa misura

¹⁴⁷ In particolare la già citata (nt. 136) *Ley de apoyo a los emprendedores* del settembre 2013 agli artt. 15 e 16 detta la procedura per la costituzione delle società rispettivamente nel caso in cui il modello tipizzato sia utilizzato piuttosto che no. La stessa *Ley* ha modificato l'art. 5 del *Real Decreto-ley* 13/2010 del 3 dicembre che prevede, in caso di costituzione della società in via telematica, che l'onorario notarile sia di 150 euro in caso di statuto a formulazione libera e 60 euro ove si utilizzi uno statuto tipo; e così gli oneri di registrazione saranno, rispettivamente, pari a 100 e 40 euro.

¹⁴⁸ M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1110.

complementare rispetto alla versione base del tipo sociale di riferimento, prevedendo eventualmente semplificazioni per il passaggio tra le due esperienze¹⁴⁹; ed altro, invece, disporre di due soluzioni tendenzialmente identiche, in cui il *trade-off* deve contemplare necessariamente il fatto che un modello di società non potrà mai disporre di un capitale superiore a 9.999,99 euro senza dovere operare una formale modificazione statutaria (se non altro al fine di rimuovere la parola “semplificata” dalla denominazione sociale), ovvero la possibilità di partecipazione accordata a persone giuridiche, oltre all’innegabile *vulnus* all’autonomia contrattuale delle parti derivante dalla obbligatoria adozione di uno statuto tipizzato. Nella sostanza, l’appetibilità principale della s.r.l.s., la sua possibilità di essere costituita con un capitale sociale inferiore ai diecimila euro, è venuta meno nel momento in cui di tale facoltà si è potuto valere chiunque fosse intenzionato a costituire una s.r.l. “ordinaria”.

A fronte di questi “costi” che le parti devono sopportare – e di cui la concreta declinazione dell’atto costitutivo tipizzato pare costituire il maggiore – si pongono i “benefici”; i quali, come anche di recente è stato rilevato¹⁵⁰, non sono che in minima parte¹⁵¹ a carico dello Stato, ma ricadono massimamente sul notariato, che *ope legis* si trova privato della possibilità di esigere un onorario per la prestazione professionale del rogante. E, soprattutto, sono oggi di rilievo piuttosto scarso rispetto alle già ricordate criticità del modello s.r.l.s.

Si può peraltro rinvenire, in questa configurazione, una falla di sistema: è tutt’altro che peregrina, infatti, l’ipotesi che vi possano essere persone fisiche che costituiscano la s.r.l.s. con una dotazione minima di capitale sociale, solo al fine di evitare i costi di costituzione della società, salvo poi procedere quasi immediatamente ad una modificazione dello statuto che, anche senza un contestuale aumento del capitale sociale, consenta la riconduzione della società al novero delle s.r.l. “ordinarie”, dovendosi sostenere come costo, a livello di onorario notarile, la sola spesa – comunque minore, rispetto a quella della redazione dell’atto costitutivo in forma “libera” – relativa alla modifica statutaria che, in ipotesi, potrebbe consistere anche solamente nella rimozione della parola “semplificata” dalla denominazione sociale¹⁵².

Evidentemente il problema di fondo è costituito dal coordinamento di norme che si sono succedute nel tempo; con l’aggravante che non si tratta, purtroppo, di questioni di mero diritto transitorio, e che per una revisione sistematica dell’intero panorama sarebbe necessario un ulteriore

¹⁴⁹ Come è accaduto, ad esempio, per la *UG* tedesca, in cui il superamento della soglia di 25.000 euro di capitale comporta semplicemente l’integrale applicazione delle regole sulla *GmbH*, senza tuttavia postulare un transito formale tra modello *UG* a modello *GmbH* “ordinario”; medesima soluzione è peraltro rinvenibile pure per la *SPRL-S* belga e per la *IVS* danese, mentre nel caso della *SLFS* spagnola è connaturato al regime applicabile.

¹⁵⁰ M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1094.

¹⁵¹ Si tratta di complessivamente meno di 400 euro derivanti dalla esenzione dal pagamento di imposta di bollo e diritti di segreteria.

¹⁵² Critico, rispetto a tale ipotesi, M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1107, il quale rileva che comunque per i soci permarrebbe comunque un costo da sostenere. L’obiezione è, naturalmente, corretta; ma ove si consideri la potenziale base sociale delle società in esame, può risultare plausibile ritenere che anche somme relativamente modeste potrebbero costituire differenze sostanziali su cui basare *trade-off*.

intervento normativo; il quale, tuttavia, potrebbe avere impatto piuttosto limitato sulle società già esistenti.

Si potrebbe, a tale fine, elaborare un sistema che consenta di recuperare alcune suggestioni presenti in particolare nelle esperienze tedesca e spagnola, e di cui oggi il legislatore italiano si potrebbe utilmente valere in virtù della possibilità di costituire s.r.l. “ordinarie” con capitale minimo iniziale pari all’unità di euro. Posto che permanga l’intendimento di ravvisare nella limitazione alle sole persone fisiche un elemento essenziale per la concessione del beneficio del ridotto costo di incorporazione, questa potrebbe costituire una condizione per l’utilizzo dell’atto costitutivo in forma standardizzata¹⁵³; ed ulteriore condizione pare sensato possa essere, sulla scorta dell’esempio spagnolo, ancorché con cifre differenziate, il fatto che il capitale sociale non sia superiore ad un determinato importo che, anche per ragioni ormai di tradizione, si potrebbe utilmente individuare nei diecimila euro¹⁵⁴.

Il sistema così ipotizzato condurrebbe alla preventiva individuazione di due precondizioni (l’essere i soci solamente persone fisiche e l’aver la costituenda società un capitale massimo di diecimila euro), il cui soddisfacimento consentirebbe l’utilizzo del modello tipizzato di atto costitutivo e, come conseguenza di ciò, l’esenzione dal pagamento degli onorari notarili e delle imposte di bollo e dei diritti di segreteria. Ancora l’esperienza comparata, spagnola e tedesca innanzitutto¹⁵⁵, suggerisce peraltro di dedicare un minimo di attenzione anche al profilo dell’amministrazione e della rappresentanza della società. Come già si è avuto modo di osservare, il contenuto minimale dell’atto costitutivo *standard* oggi vigente non mette al riparo da numerosi profili problematici, primo tra tutti il fatto che dal rinvio alle norme generalmente applicabili alla s.r.l. deriva il regime collegiale di amministrazione, che certamente non appare come il più adatto per la potenziale compagine sociale di s.r.l. con dimensioni così ridotte; senza peraltro volere ulteriormente ricordare le perplessità che suscita la clausola in materia di rappresentanza. E tutto ciò consentirebbe di mantenere il regime agevolato per le società individuate con l’apposizione delle condizioni, sbarazzandosi al contempo della denominazione sociale “società a responsabilità limitata semplificata” che ha ormai visto tramontare la propria stagione.

¹⁵³ Si tratta di uno dei requisiti che, prima degli emendamenti apportati dalla *Ley de apoyo a los emprendedores* nel settembre 2013, erano richiesti dal *Real Decreto-ley* 13/2013 per la fruizione dello *estatuto-tipo*, il cui utilizzo rendeva disponibile l’incorporazione per via telematica; l’altra condizione ora abrogata, e su cui tra breve si tornerà nel testo, era l’essere l’organo amministrativo della società strutturato come amministratore unico, ovvero più amministratori disgiuntamente o due amministratori congiuntamente.

¹⁵⁴ Gli *estatutos-tipo* spagnoli, infatti, a norma del *Real Decreto-Ley* 13/2010, articolo 5, possono essere utilizzati da società in cui il capitale sociale non sia superiore a 3.100 euro, essendo 3.000 il capitale minimo richiesto per la costituzione di una *SRL*.

L’inserimento a questo solo fine del tetto di capitale appare ora sensato, in virtù del fatto che non prevederlo legittimerebbe (in particolare) al mancato pagamento degli onorari notarili anche soggetti che siano invece dotati di mezzi più che sufficienti per dare vita ad una società attraverso i mezzi “ordinari”.

¹⁵⁵ Riguardo alla Spagna, già si è rilevato come il requisito relativo al modello di amministrazione della società sia caduto a seguito della *Ley de apoyo a los emprendedores*; per la Germania il fatto che la società sia gestita da un amministratore unico al fine di potersi valere del *Musterprotokoll* è previsto dal § 2(1a) *GmbHG* (la seconda condizione è l’essere la compagine sociale composta da non più di tre soci, non necessariamente persone fisiche).

In verità, l'ultima considerazione svolta su amministrazione e rappresentanza spalanca le porte sul reale cuore del problema: un sistema del genere, per funzionare, presuppone che la formulazione dell'atto costitutivo tipizzato sia, se non il *non plus ultra* per le esigenze concrete dei soci e della costituenda società, perlomeno non una barriera insormontabile alla efficiente gestione della s.r.l.; cosa che, attesa in particolare la previsione di inderogabilità delle clausole, rappresenta invece il rischio incombente sull'attuale s.r.l.s. e sulla futuribile configurazione che si è in queste pagine cercato di proporre.

Nonostante nulla sia specificamente previsto a riguardo né all'interno del d.l. 76/2013, né della legge di conversione, è più che auspicabile che quanto prima si provveda, a mezzo di decreto interministeriale, alla emanazione di un nuovo atto costitutivo *standard*¹⁵⁶. Pare a chi scrive che, in attesa di un riordino della materia che, come si è detto, non può prescindere da interventi normativi di livello primario, non si possa perdere l'occasione per introdurre clausole ed indicazioni chiare e coerenti. In ragione della inderogabilità delle stesse, dovrà essere proprio la ricerca della maggior possibile chiarezza il faro che guiderà l'opera del regolatore. Certo è che, tuttavia, taluni aspetti potranno trovare già nella redazione del modello tipizzato una loro soluzione; innanzitutto la clausola di durata, in assenza della quale la società è istituzionalmente contratta a tempo indeterminato e, dunque, sottoposta alla spada di Damocle del recesso libero del socio; una scelta maggiormente rispettosa dell'autonomia statutaria, o perlomeno più efficiente in materia di amministrazione; un chiarimento sul regime della rappresentanza; una specifica disciplina dell'assemblea e/o delle decisioni dei soci; l'esplicitazione delle conseguenze – che ben potrebbero anche non esservi – a seguito della cessione delle quote a soggetti diversi da persone fisiche; ...

Se nella redazione del nuovo atto costitutivo tipizzato saranno considerate innanzitutto le esigenze reali della società, allora non vi è dubbio che l'esperienza della s.r.l.s. come si è sino ad oggi conosciuta non sarà stata vana. È grazie al successo che essa ha avuto nella pratica, nonostante i suoi innegabili limiti, che il legislatore ha inteso abbandonare, almeno parzialmente, le sue certezze in relazione al capitale sociale minimo. Ora, diventando il prototipo non già di un modello di organizzazione societaria, ma di un regime semplificato di costituzione potrebbe finalmente costituire, ancorché deprivata della sua denominazione originaria, un valido mezzo di creazione di valore d'impresa. Perché ciò accada non sono richiesti, come suole dirsi, maggiori oneri per lo Stato, bensì, semplicemente, un atto normativo secondario che, nei limiti minimi che devono essere propri di un atto *standard*, consenta tuttavia all'impresa di occuparsi di creazione di valore aggiunto prima che non della sfida per la propria autoconservazione¹⁵⁷.

¹⁵⁶ V. *supra*, nt. 56.

¹⁵⁷ Si sarà notato come in questo articolo non sono stati presi in considerazione, se non con riferimenti del tutto marginali, gli aspetti relativi a questioni di importanza tutt'altro che secondaria per la disciplina della s.r.l.s., quali le modificazioni statutarie (riduzione del capitale *in primis*) e l'eventuale attribuzione alla società di un carattere di tipo autonomo rispetto alla s.r.l. "ordinaria". L'intenzione di chi scrive è di trattare tali profili nell'ambito di una successiva versione ampliata di questo scritto.

Preme tuttavia sottolineare, ormai al termine della trattazione, quale fosse lo scopo di questo studio. Nonostante quanto possa apparire, non è opinione di chi scrive che la s.r.l. semplificata sia *di per sé* inservibile. Un simile giudizio è riservato,

E proprio con pochi cenni in tema di conservazione del valore piace concludere questo lavoro.

La stessa determinazione di cosa intendere con “conservazione di valore” nel caso in esame deve operare su tre livelli progressivi, che postulano differenti concezioni del termine “valore”.

Il primo livello riguarda il valore del patrimonio della singola società s.r.l. “ordinaria” o semplificata. Una disciplina specifica per la conservazione della società *nonostante* perdite di capitale è stata fornita solamente per le *start-up* innovative, mentre in ogni altra ipotesi l’allontanamento (temporaneo) dello spettro della riduzione obbligatoria del capitale per perdite e dello scioglimento della società per perdita di capitale, tanto maggiore nella sua probabilità quanto più ridotto sarà il capitale della società, è destinato ad operare nei soli casi previsti dall’art. 182-*sexies*, l. fall. Pure comprendendo le ragioni che hanno mosso il legislatore, il rischio è che nel primo caso la disciplina di favore accordata alle *start-up* possa rivelarsi essere “troppo poco”; e, nel secondo, il momento presupposto dall’art. 182-*sexies* sia “troppo tardi”. Bisogna comunque rilevare anche che le stesse s.r.l. “ordinarie” a ridotta capitalizzazione possono ora costituire sia la fase di avvio dell’attività d’impresa – per cui sarebbe giustificata una deroga sul modello di quella prevista, temporaneamente, per le *start-up* innovative –, sia l’approdo di una società preesistente che, per proprie vicissitudini si trovi ad operare una riduzione di capitale *under* diecimila euro¹⁵⁸. In tale ultimo senso, la forma societaria con capitalizzazione ridotta può essere, di per sé, una maniera per garantire la prosecuzione, e dunque in certa misura la conservazione del valore dell’impresa; ma, nei casi meno felici, potrebbe rivelarsi un inutile “accanimento terapeutico” per imprese ormai decotte. È evidente che solo nel primo caso si ravvisa la meritevolezza della deroga in questione, e questa pare essere la *ratio* dell’art. 182-*sexies*.

Il secondo livello attiene al valore delle s.r.l. nell’anagrafe delle società esistenti. Più esattamente, riguarda il saldo tra società create e società che si estinguono; perché si possa discorrere di conservazione di valore, in estrema sintesi, sarebbe necessario che il saldo tra le due non fosse negativo. Proprio le considerazioni appena esposte, tuttavia, in assenza di dati precisi ed aggiornati sul punto¹⁵⁹,

infatti, a *questa* s.r.l.s., frutto della schizofrenia normativa di un legislatore frammentario ed incerto, e che non sembra riuscire a coordinarsi in maniera corretta neppure con le Amministrazioni centrali dello Stato. In sede di discussione al Congresso di cui alla nt. preliminare alla trattazione, è stato rilevato da M. RESCIGNO come le interpretazioni qui offerte siano preordinate alla dimostrazione di quanto si intendeva sostenere; non è intenzione di chi scrive il negarlo. Ciò che si è tentato di fare è stato, infatti, il ricercare una interpretazione omogenea, coerente e normativamente fondata da cui si potesse evincere che la struttura attuale della s.r.l.s. non funziona. Anche la precisa scelta, direi quantomeno controcorrente, di ritenere persistenti nella loro vigenza le clausole 4 e 5 dell’atto costitutivo tipizzato risponde non già al *desiderio* personale dell’autore che esse effettivamente lo siano, bensì alla segnalazione di una incoerenza di fondo che possa servire da stimolo per il regolatore ad una urgente revisione dell’atto costitutivo tipizzato, in modo da renderlo più utile e più aderente alle esigenze delle imprese.

Il tutto, evidentemente, a beneficio di un utilizzo consapevole e fruttuoso di una variante al modello di riferimento altrimenti condannata, attese le modifiche nel senso della semplificazione cui quest’ultimo è stato soggetto, ad una inevitabile marginalità se non addirittura ad un’assoluta irrilevanza.

¹⁵⁸ Cfr. D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, (nt. 1), 20.

¹⁵⁹ Lo studio *Le nuove tipologie di s.r.l. Un bilancio ad un anno dalla loro introduzione: luci ed ombre*, citato da M.S. SPOLIDORO, (nt. 1), 1092, nt. 6, e disponibile all’URL <http://www.assonotailombardia.it/wp-content/uploads/2013/07/LE-NUOVE-TIPOLOGIE-DI-SRL.pdf> è aggiornato al 31 maggio 2013 e rileva la costituzione di 12.973 tra s.r.l.s. e s.r.l.c.r., di cui il 60% inattive ed il 90% senza dipendenti.

non lasciano dormire sonni tranquilli. Il fatto di società che possono sopravvivere con ridicole dotazioni patrimoniali, ma sotto costante rischio di insolvenza, anche considerando la *path dependence* della concessione di credito alle imprese in Italia fondata sul capitale disponibile come garanzia, determina foschi presagi sul fatto che la selezione darwiniana tra imprese che si aprirà potrà, macroeconomicamente, essere foriera di danni maggiori rispetto ai vantaggi che si attingeranno.

E, sulla scorta di quest'ultima considerazione, il terzo "valore" da conservare. Il valore del "tipo" s.r.l. sul "mercato" delle società; non, una volta tanto, sul mercato comunitario, ma nella competizione tra tipi sociali nel diritto italiano.

È evidente che l'intento del legislatore della s.r.l.s. (e della diminuzione del capitale minimo per tutte le s.r.l.) era di fornire impulso alla costituzione di tali tipi sociali; il problema, tuttavia, è che, parafrasando Merton, "nessuna società è un'isola": ha la necessità di svilupparsi in un ambiente (normativo, economico, sociale) favorevole; ciò presuppone per la maggioranza assoluta delle società la possibilità di un accesso al credito bancario. Si è appena puntualizzato, tuttavia, che il c.d. *credit crunch* penalizza le imprese con capitalizzazione ridotta, richiedendo la concessione di credito l'esposizione personale dei soci; e così anche i restanti creditori sociali, specie i più deboli, si troveranno nella condizione di preferire, *ceteris paribus*, rapporti commerciali con s.n.c. piuttosto che non con s.r.l. a ridotta capitalizzazione, essendo nel primo caso garantita la responsabilità illimitata del socio per le obbligazioni sociali. La conseguenza di tale ragionamento è che viene meno l'incentivo primo alla costituzione di una s.r.l., il riconoscimento della limitazione di responsabilità patrimoniale, per cui, a dispetto delle intenzioni iniziali, è ben probabile che si assisterà nel futuro, specie ove la situazione di crisi dovesse permanere, ad una rinascita delle società di persone¹⁶⁰. A dispetto delle ormai "inaffidabili" s.r.l. di ogni (sotto) tipo.

¹⁶⁰ E la mente corre al titolo del lavoro di L. RIBSTEIN, *The Rise of the Uncorporation*, New York, Oxford University Press, 2010.