



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 47

*L'amministrazione della s.r.l.
e le decisioni dei soci*

febbraio 2005

**L'AMMINISTRAZIONE DELLA S.R.L.
E LE DECISIONI DEI SOCI**

L'AMMINISTRAZIONE DELLA S.R.L. E LE DECISIONI DEI SOCI¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'amministrazione della s.r.l. – 3. La nomina e la revoca degli amministratori – 4. I modelli di amministrazione. – 5. La rappresentanza della società. – 6. Il conflitto di interessi. – 7. Le decisioni dei soci. – 8. L'assemblea dei soci. – 9. L'invalidità delle decisioni dei soci.

1. PREMESSA

L'autonomia statutaria che caratterizza la nuova società a responsabilità limitata trova piena applicazione nella disciplina dedicata all'amministrazione; il legislatore ha, infatti, lasciato ampia libertà di scelta ai soci in ordine alla configurazione dei modelli amministrativi da adottare.

La riforma altresì riconosce ampia autonomia statutaria ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità. (art. 3, co. 2 lett.e) della l. n. 366/2001).

2. L'AMMINISTRAZIONE DELLA S.R.L.

In ossequio alla marcata connotazione personalistica della nuova s.r.l., l'art. 2475, comma 1, dispone che, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata ad uno o più soci nominati con decisione presa ai sensi dell'art. 2479. La stessa previsione chiarisce tuttavia che si tratta di una norma derogabile, poiché è espressamente fatta salva la possibilità che l'atto costitutivo disponga diversamente. Infatti si può prevedere che l'amministrazione sia affidata a non soci ovvero che i soci possano nominare gli amministratori in sede *extra* assembleare.

L'atto costitutivo può prevedere un amministratore unico o una pluralità di amministratori.

Con riferimento a tale seconda ipotesi, l'amministrazione delle s.r.l. potrà essere affidata:

- ad un organo amministrativo pluripersonale (consiglio di amministrazione) di natura collegiale;
- ad un organo amministrativo pluripersonale (consiglio di amministrazione) di natura non collegiale;

¹ In tema di s.r.l. si vedano anche i Documenti Aristeia n. 32 del 18.7.2003 (“La nuova società a responsabilità limitata”), n. 33 del 21.7.2003 (“I conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata”), n. 34 del 21.7.2003 (“I finanziamenti dei soci nella nuova società a responsabilità limitata”) e n. 41 del 21.1.2004 (“La nuova disciplina delle quote di partecipazione nella società a responsabilità limitata”).

- ad un organo amministrativo pluripersonale (pluralità di amministratori) di natura non collegiale con poteri congiunti;
- ad un organo amministrativo pluripersonale (pluralità di amministratori) di natura non collegiale con poteri congiunti solo per determinate operazioni di straordinaria amministrazione di particolare importanza per la società. In tal caso sarebbe opportuno che l'atto costitutivo elencasse specificatamente gli atti riservati alla decisione collegiale;
- ad un organo amministrativo pluripersonale (pluralità di amministratori) di natura non collegiale con poteri disgiunti.

L'art. 2475 sostituisce il previgente art. 2487; al contrario di quest'ultimo, che conformava l'amministrazione delle s.r.l. a quella delle s.p.a. richiamandone sostanzialmente quasi tutti gli articoli, nella nuova norma è espressamente prevista l'applicazione del solo art. 2383 (commi 4 e 5).

Il legislatore non ha introdotto nuove disposizioni al posto di quelle non più richiamate. Di conseguenza si dovrà procedere caso per caso, facendo ricorso allo strumento dell'analogia *legis* e dell'analogia *juris* ogni volta che ci si trovi di fronte ad una lacuna legislativa non colmata dai soci in sede contrattuale.

3. LA NOMINA E LA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI

Come si è già avuto modo di accennare in premessa, il primo comma dell'art. 2475 dispone che, "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo", l'amministrazione della società è affidata ad uno o più soci nominati con decisione dei soci *ex art. 2479*.

Con riferimento all'inciso iniziale "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo", si rileva come questo legittimi l'inserimento di clausole nell'atto costitutivo che attribuiscono a singoli soci o a gruppi di soci il diritto di nominare uno o più amministratori senza la necessità di una decisione ai sensi dell'art. 2479.

Tale tesi sembra confermata anche dalle seguenti disposizioni:

- dall'art. 2479, comma 2, n. 2, che riserva "alla competenza dei soci" la nomina degli amministratori solo "se prevista nell'atto costitutivo";
- dall'art. 2463, comma 2, n. 8, il quale sancisce che l'atto costitutivo deve indicare "le persone cui è affidata l'amministrazione" e non anche la nomina dei primi amministratori, come previsto invece in materia di s.p.a. e di società cooperative rispettivamente dagli artt. 2328 e 2521;
- dal mancato rinvio – nella nuova disciplina delle s.r.l. – all'art. 2383, comma 1, il quale statuisce che "la nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo";
- dall'art. 2468, comma 3, che prevede la possibilità per l'atto costitutivo di attribuire a singoli soci "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società", tra i quali potrebbero rientrare quelli relativi alla nomina degli amministratori.

Si deve comunque generalmente ritenere che nella s.r.l., salvo diversa previsione dell'atto costitutivo, gli amministratori siano nominati dai soci con decisione presa ai sensi degli artt. 2479 o 2479-bis, a seconda di quanto da essi stabilito nell'atto costitutivo, nel silenzio del quale la nomina è rimessa ai soci riuniti in assemblea.

L'atto costitutivo può poi nominare direttamente gli amministratori, oppure rimettere alla decisione dei soci la determinazione del numero degli amministratori, compreso il passaggio dalla forma monocratica a quella collegiale e viceversa. Infatti, il mancato rinvio alla norma in tema di s.p.a. che contemplava tale facoltà non costituisce più un ostacolo nella nuova disciplina.

Tornando all'atto di nomina degli amministratori, i primi amministratori sono nominati nell'atto costitutivo (art. 2463, comma 1, n. 8). Possono essere uno o più e devono essere soci, salvo che l'atto costitutivo non disponga diversamente.

Il secondo comma dell'articolo 2475 dispone poi che all'atto di nomina degli amministratori si applicano il quarto e quinto comma dell'art. 2383 in materia di società per azioni. Di conseguenza:

- entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente (art. 2383, comma 4);
- le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della pubblicità di cui al comma precedente, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza. (art. 2383, comma 5).

Con riferimento ai requisiti soggettivi degli amministratori, la loro individuazione è affidata all'autonomia statutaria.

Infatti, non essendo più richiamate le norme relative alla ineleggibilità e alla decadenza degli amministratori di s.p.a. (art. 2382), nessuna specifica norma risulta più applicabile alle s.r.l., salvo che non sia previsto dall'atto costitutivo.

Lo stesso dicasi per la durata in carica degli amministratori in relazione alla quale – come nella precedente disciplina – non sono previste limitazioni legali: di conseguenza l'atto costitutivo potrà stabilirla liberamente o non prevederla affatto.

Sempre il comma 2 non rinvia più - a differenza del precedente art. 2487 - al comma 1 dell'art. 2383 che sancisce la competenza assembleare in ordine alla nomina degli amministratori di s.p.a., né al comma 3 dello stesso articolo che prevede la rieleggibilità degli amministratori e la loro revocabilità in qualsiasi momento dall'assemblea, fatto salvo il diritto al risarcimento dei danni in caso di revoca senza giusta causa.

L'omesso richiamo di tali norme troverebbe una sua giustificazione, secondo parte della dottrina, nella "non congruità" del riferimento alla competenza assembleare rispetto al nuovo regime di nomina degli amministratori.

Quanto alla rieleggibilità degli amministratori, dovrebbero considerarsi valide sia le clausole contenute nell'atto costitutivo che rinviano alla disposizione di cui all'art. 2483, comma 3, sia quelle che vietano o

limitano temporalmente la possibilità di rielezione; qualora, invece, l'atto costitutivo nulla dica sul punto, la rielegibilità dovrebbe essere considerata la regola, anche tenendo conto che parte della dottrina in materia di s.r.l. ammette la nomina degli amministratori per tutta la durata della società.

La revoca degli amministratori di s.r.l è prevista dal decreto delegato solo in conseguenza dell'azione sociale di responsabilità; l'art. 2476, comma 3, sancisce che *“l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori”*.

Può, al contrario, accadere che la revoca non sia correlata all'azione di responsabilità.

Per alcuni, in mancanza di specifiche disposizioni nell'atto costitutivo, si dovrà ricorrere ai principi generali in base ai quali i soci, per decisione adottata con procedimento *extra* assembleare ovvero, in alternativa, l'assemblea dei soci, possono revocare a maggioranza uno o più amministratori.

Il fatto che la nuova normativa in tema di amministrazione non preveda espressamente una disposizione relativa alla revoca degli amministratori, né contenga alcun rinvio alla disciplina della s.p.a. (come, al contrario, era previsto nell'abrogato art. 2487), non giustificherebbe la irrevocabilità degli amministratori una volta nominati; tale questione potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 2479, comma 1, in base al quale *“i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione”*.

Qualche problema potrebbe sorgere nel caso in cui l'atto costitutivo preveda che, in luogo del consiglio di amministrazione, l'amministrazione sia affidata a più persone disgiuntamente o congiuntamente tra loro (art. 2475, comma 3). In tale ipotesi parte della dottrina ha ritenuto che il richiamo operato dalla suddetta norma agli artt. 2257 e 2258 (amministrazione disgiuntiva e congiuntiva nelle società di persone) renda applicabile alla s.r.l. anche le disposizioni dell'art. 2259, commi 1 e 2, in tema di *“Revoca della facoltà di amministrare”* in base al quale la revoca dell'amministratore nominato con il contratto sociale non ha effetto se non ricorre una giusta causa, mentre l'amministratore nominato con atto separato (ossia per decisione dei soci assunta in assemblea o al di fuori di essa) è revocabile secondo le norme sul mandato.

Optando per un modello di *governance* mutuato dalle società di persone, infatti, la disciplina applicabile non potrebbe che essere quella sancita dall'art. 2259.

Di contrario avviso è altra parte della dottrina in considerazione del fatto che, pur essendo la nuova s.r.l. caratterizzata da un accentuato elemento personalistico, il presupposto della giusta causa per la revocabilità degli amministratori di società di persone nominati nel contratto sociale si giustifica con la considerazione che il potere di amministrare è tutt'uno con la qualità di socio. Questo non dovrebbe valere per gli amministratori di s.r.l., la cui carica non deriva dalla qualità di socio, che può anche non sussistere, ma da un atto di nomina della società o di singoli soci o di gruppi di soci.

Altro problema è quello di stabilire - qualora l'atto costitutivo nulla preveda sul punto - se sia applicabile, ed in quali casi, la disciplina di cui all'art. 2259 u.c. che, in tema di società personali, attribuisce a ciascun socio il potere di chiedere giudizialmente la revoca degli amministratori per giusta causa.

A giudizio di parte della dottrina tale disciplina sarebbe applicabile alle s.r.l.

Infatti, anche se l'art. 2476, comma 3, assegna al singolo socio il potere di chiedere al giudice un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori in caso di gravi irregolarità, ciò non significa che sia escluso il potere del socio di chiedere in via non cautelare la revoca giudiziale degli amministratori in presenza del diverso presupposto della giusta causa. La legittimazione di cui sopra è, infatti, prevista nell'ambito dell'azione sociale di responsabilità promossa dallo stesso socio ed è limitata alle ipotesi di gravi irregolarità, in quanto sostituisce il soppresso procedimento *ex art. 2409 c.c.*

D'altronde lo stesso art. 2479, comma 2, nell'elencazione delle materie riservate ai soci, inserisce solo la nomina degli amministratori e non anche la revoca, laddove l'art. 2364 in tema di assemblea di s.p.a. assegna all'assemblea ordinaria il potere di nomina e revoca degli amministratori.

L'omissione del potere di revoca nell'ambito delle materie riservate alla competenza esclusiva dei soci potrebbe confermare il potere del singolo socio di chiedere giudizialmente la revoca degli amministratori in applicazione analogica dell'art. 2259 u.c.

Sempre a parere della dottrina, qualora l'atto costitutivo non disponga in tal senso, la revoca di un amministratore in regime di amministrazione congiuntiva dovrebbe comportare la cessazione dalla carica anche degli altri amministratori *ex art. 1730*, ritenuto applicabile alle società di persone in base al rinvio alle norme sul mandato di cui all'art. 2260, comma 1.

Quanto poi alla mancata previsione di una disciplina relativa al divieto di concorrenza, qualora l'atto costitutivo nulla dica al riguardo, si dovrà ricorrere all'applicazione per analogia della norma dettata per gli amministratori di s.p.a. dall'art. 2390 o a quella meno rigorosa dettata per le s.n.c. dall'art. 2301.

4. I MODELLI DI AMMINISTRAZIONE

Ai sensi del terzo comma dell'art. 2475, nel caso in cui l'amministrazione sia affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del richiamato art. 2475, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente o congiuntamente.

Naturalmente, l'attribuzione all'atto costitutivo della più ampia libertà di organizzare l'esercizio della funzione gestoria, ed in particolare il riconoscimento della liceità di più modelli organizzativi, ha fatto sì che il legislatore prendesse in considerazione i problemi tipici di tali forme di esercizio della gestione.

Per ciò che attiene all'amministrazione congiuntiva si sottolinea il rischio di una fase di stallo, con conseguente pericolo di paralisi nell'operatività dell'impresa e di perdita di valore del patrimonio sociale, in caso di previsione del principio della unanimità da parte dell'atto costitutivo.

Quanto all'amministrazione disgiuntiva, si evidenzia, invece, il rischio di un'azione non coordinata tra i vari amministratori.

La risposta del legislatore delegato a tale ordine di problemi consiste nell'estensione alle s.r.l., che adottino simili forme di amministrazione, della disciplina prevista per le corrispondenti ipotesi nell'ambito della società di persone e, precisamente, gli artt. 2257 per l'amministrazione disgiuntiva e 2258 in caso di amministrazione congiuntiva.

L'art. 2257 dispone che, *“salvo diversa pattuizione l'amministrazione della società spetta a ciascun socio disgiuntamente dagli altri.*

Se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci, ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere prima che questa sia compiuta.

La maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, decide sull'opposizione”.

L'art. 2258 stabilisce che, *“se l'amministrazione spetta congiuntamente a più soci, è necessario il consenso di tutti i soci amministratori per il compimento delle operazioni sociali.*

Se è convenuto che per l'amministrazione o per determinati atti sia necessario il consenso della maggioranza, questa si determina a norma dell'ultimo comma dell'articolo precedente.

Nei casi preveduti da questo articolo, i singoli amministratori non possono compiere da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società”.

A parere della dottrina la scelta del legislatore di applicare alla s.r.l. la disciplina prevista in tema di società di persone causa diversi problemi di coordinamento, in particolare con l'art. 2479 che prevede, su richiesta anche di un solo amministratore, che la decisione sul compimento di atti gestori spetti alla collettività dei soci in forma assembleare (art. 2479-bis) non potendo trovare spazio, ai sensi del quarto comma, le forme semplificate di formazione delle decisioni dei soci (consultazione scritta o consenso espresso per iscritto).

Sotto questo profilo, nel caso dell'amministrazione disgiuntiva, parrebbe inutile il riferimento all'art. 2257, in quanto l'amministratore che voglia impedire l'attività di gestione posta in essere da altri può esercitare il potere di veto *ex art. 2479*, comma 1, e sollecitare i soci a pronunciarsi sul punto. In tal modo si introduce un meccanismo di formazione della decisione che pone fine al conflitto gestorio e che risulta essere in contraddizione con quello previsto dall'art. 2479-bis (come implicitamente richiamato dall'art. 2479) dal momento che, oltre a prevedere una modalità di decisione non assembleare, introduce un criterio di calcolo della maggioranza per quote di partecipazione all'utile e non per quote di partecipazione al capitale.

Oltretutto nella nuova normativa la quota di partecipazione all'utile e la quota di partecipazione al capitale possono anche non coincidere. Questo inconveniente può allora essere superato evitando di attribuire al rinvio all'art. 2257 significato precettivo, proprio per la sua incompatibilità con le norme che caratterizzano il modello di s.r.l.

Per ciò che riguarda poi l'amministrazione congiuntiva, il richiamo all'art. 2258 e l'individuazione della regola maggioritaria calcolata secondo il criterio della quota di partecipazione all'utile non si concilia con il modello di amministrazione pluripersonale della s.r.l., qualora ad essa partecipino soggetti diversi dai soci. In tali casi, a parere della dottrina, il rinvio alla disposizione dettata per le società di persone non può ritenersi

valido ed anzi, è lo stesso principio maggioritario che non può trovare applicazione, lasciando spazio a quello dell'unanimità dei consensi.

La nuova norma, poi, non risolve il problema della liceità del ricorso a sistemi di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva allorché tra i soggetti incaricati di tale funzione siano compresi anche non soci. Ipotesi che, ovviamente, non ricorre per le società di persone i cui amministratori devono necessariamente essere soci.

Sul punto, parte della dottrina non intravede ostacoli all'assegnazione del compimento di atti di gestione ad un amministratore non socio disgiuntamente dagli altri, o alla scelta di amministratori abilitati ad impegnare validamente la società con firma abbinata indipendentemente dalla circostanza che siano o meno soci. Infatti, non è casuale che l'art. 2475, comma 3, parli di "*amministrazione affidata a più persone*" e che si riferisca ad "*esse*" e non solo ai soci.

Tale tesi è avvalorata dalla possibilità per le s.r.l. di essere amministrate da un amministratore unico che, se lo prevede l'atto costitutivo, può essere scelto anche all'esterno della compagine sociale.

Di conseguenza, ove si attribuisca ad un non socio il potere di compiere atti di amministrazione, non si vede il motivo per non farlo rientrare in un sistema di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva.

L'atto costitutivo potrebbe anche prevedere contemporaneamente i diversi regimi di amministrazione (consiglio di amministrazione, amministrazione disgiuntiva e amministrazione congiuntiva) devolvendo l'esercizio di determinate competenze gestionali congiuntamente o disgiuntamente ad uno o più amministratori o ad uno o più soci, attesa la possibilità di attribuire a questi ultimi, che non sono investiti dell'ufficio, diritti relativi all'amministrazione e riservando altre competenze alla collettività degli amministratori operante in forma collegiale (con l'unico limite del comma 5 di cui si dirà in seguito).

L'atto costitutivo potrebbe poi attribuire il potere di amministrazione all'assemblea (art. 2479-*bis*, comma 3). Infine, in considerazione dell'autonomia concessa ai soci in materia di configurazione dell'assetto dell'organo amministrativo, si potrebbe giustificare anche l'adozione di forme organizzative alternative a quella tradizionale, modellate sulla falsariga del sistema c.d. "dualistico" (costituito dalla compresenza di un consiglio di sorveglianza e di un consiglio di gestione) o di quello c.d. "monistico" (costituito dal consiglio di amministrazione all'interno del quale si colloca un comitato per il controllo della gestione) previsti in materia di s.p.a.

In merito alla possibile applicazione alle s.r.l. dei suddetti sistemi di amministrazione propri delle s.p.a., è appena il caso di accennare alle perplessità sollevate in dottrina.

Infatti, il sistema dualistico sarebbe incompatibile con il principio della rilevanza centrale dei soci di s.r.l., che si traduce, tra l'altro, nella regola che riserva inderogabilmente alla competenza dei soci le decisioni relative all'approvazione del bilancio ed alla nomina degli amministratori, nonché le decisioni amministrative suscettibili di incidere sostanzialmente sull'oggetto sociale e sui diritti dei soci.

Per ciò che concerne il sistema monistico, poi, la sua applicazione si rivelerebbe di scarsa utilità e potrebbe causare un appesantimento dell'organizzazione, tenendo presente in particolare che l'eventuale previsione di un comitato di controllo interno da un lato non inciderebbe sui poteri di controllo individuali dei soci e,

dall'altro, non consentirebbe alla società di evitare la nomina del collegio sindacale, ove obbligatorio, tenuto conto della estraneità del controllo contabile dall'ambito delle competenze del comitato.

Al più potrebbe quindi ipotizzarsi l'adozione del sistema monistico solo da parte delle s.r.l. di piccole dimensioni.

In ogni caso, sia l'assunzione di uno dei suddetti modelli sia la sua regolamentazione dovranno risultare dall'atto costitutivo, il quale potrebbe anche rinviare alla disciplina dettata per quel particolare modello in tema di società per azioni.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 2475, nel caso in cui sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni consiliari siano adottate non con il tradizionale metodo collegiale ma con consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, sempre che dai documenti sottoscritti dagli amministratori risulti con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa.

La necessità della forma scritta esclude la possibilità di desumere il consenso dal silenzio o da altri comportamenti concludenti degli amministratori.

La proposta o la dichiarazione possono essere scambiate anche a mezzo telefax (con ridotta efficacia probatoria in quanto il fax, ai sensi dell'art. 2712, fa piena prova dei fatti e delle cose rappresentate soltanto se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime), o con documenti "scannerizzati" trasmessi mediante posta elettronica (per cui valgono le stesse considerazioni di cui sopra).

Non è chiaro, inoltre, se possa essere utilizzata la videoscrittura non accompagnata dal sistema della firma elettronica o digitale ai sensi del d.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10 (attuativo della direttiva n. 1999/93/CEE), in quanto nella seconda parte dell'art. 2479, comma 3, si parla di documenti "sottoscritti" dagli amministratori. Sul punto si è osservato che occorre guardare al risultato che il legislatore ha inteso assicurare, vale a dire alla provenienza della dichiarazione scritta da ciascun amministratore, rilevando, a tal fine, anche altre forme che garantiscano tale provenienza, come ad esempio l'uso di *password* segreta.

Indipendentemente dal sistema di amministrazione prescelto nell'atto costitutivo, l'ultimo comma dell'art. 2475 rimette alla competenza dell'organo amministrativo "*in ogni caso*":

- la redazione del progetto di bilancio;
- la redazione dei progetti di fusione o scissione;
- le decisioni di aumento del capitale sociale ai sensi dell'art. 2481.

5. LA RAPPRESENTANZA DELLA SOCIETÀ

La disciplina della rappresentanza nella s.r.l. *ante* riforma era mutuata da quella dettata in materia di s.p.a. (artt. 2384 e 2384-*bis*) cui rinvia l'art. 2487, comma 2.

La legge di riforma ha innovato la suddetta disciplina sia in tema di s.p.a. (art. 2384) che in tema di s.r.l. (2475-bis).

Diversamente dall'art. 2384, ai sensi del quale *“il potere di rappresentanza è attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina”*, l'art. 2475-bis, comma 1, dispone che *“gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società”*.

Da questa diversa formulazione della norma si evince che nella s.r.l. il potere di rappresentanza non deriva da una investitura *ad hoc* ma costituisce qualità legale intrinseca di ogni amministratore. Nulla esclude tuttavia che l'atto costitutivo conferisca il potere di rappresentanza ad alcuni soltanto degli amministratori.

Anche per le s.r.l. è previsto l'obbligo per gli amministratori di indicare nel registro delle imprese a quali di essi è attribuita la rappresentanza della società, specificando altresì se disgiuntamente o congiuntamente.

Ci si chiede però se tale precisazione abbia o meno effetto nei confronti dei terzi. La dottrina privilegia la soluzione positiva, almeno con riferimento alla possibilità di opporre ai terzi l'indicazione degli amministratori cui è attribuita la rappresentanza.

Riguardo poi alla possibilità di opporre o meno ai terzi la clausola della rappresentanza congiuntiva, si osserva che per alcuni tale clausola costituisce una limitazione del potere di rappresentanza non opponibile ai terzi se non in caso di dolo di questi ultimi. Per altri ciò non è possibile.

Vi è una tesi intermedia secondo la quale l'esercizio congiunto del potere di rappresentanza dovrebbe apprezzarsi come limite al potere medesimo soltanto ove lo stesso sia limitato al compimento di taluni atti quali ad esempio quelli di straordinaria amministrazione.

Nel nuovo articolo 2475-bis non è più richiesta l'indicazione esplicita dell'oggetto sociale, anche se quest'ultimo continua a costituire pur sempre un limite interno all'operatività degli amministratori, come si desume dall'obbligo previsto dall'art. 2463, comma 2, n. 3, di indicare nell'atto costitutivo *“l'attività che costituisce l'oggetto sociale”*.

Ne deriva una maggiore tutela dei terzi poiché, mentre in precedenza il limite all'inopponibilità degli atti *ultra vires* era rappresentato dalla buona fede del terzo (art. 2384-bis) intesa nel senso di non conoscenza o di non conoscibilità usando l'ordinaria diligenza, nella nuova disciplina il limite è costituito dal dolo del terzo (soluzione che è ricompresa fra le possibilità offerte dal legislatore nazionale dalla prima direttiva societaria del 9 marzo 1968 n. 68/151/CEE).

Infatti, ai sensi del comma 2 dell'articolo 2475-bis, *“le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società”*.

Nella nuova disciplina, quindi, l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale non invalida il negozio ma esaurisce la sua rilevanza – al di fuori dell'*exceptio doli* – nell'ambito dei rapporti interni alla società, quale base per una azione di responsabilità (art. 2476) e quale giusta causa di revoca (oppure, in caso di presenza del collegio sindacale, quale causa di denuncia ex art. 2408).

A differenza dei limiti statutari al potere di rappresentanza (considerando anche l'ipotesi comprensiva degli atti *“ultra vires”*), rimangono opponibili ai terzi le limitazioni legali al potere di rappresentanza degli

amministratori. Si tratta, ad esempio, delle operazioni che comportano una rilevante modifica del programma di attività descritto nell'oggetto sociale o dei diritti dei soci che il codice considera di inderogabile competenza di questi ultimi (art. 2479, comma 2, n. 5). Di conseguenza, nei suddetti casi, qualora il legale rappresentante effettui una qualsiasi operazione in mancanza di una conforme decisione dei soci, la società potrà far valere il difetto di potere rappresentativo e impugnare i relativi contratti.

Un altro limite legale riguarda i c.d. "acquisti pericolosi", vale a dire gli acquisti da parte della società per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale di beni o di crediti dei soci fondatori, dei soci e degli amministratori nei due anni dall'iscrizione della società nel registro delle imprese, per i quali il codice richiede la preventiva autorizzazione con decisione dei soci a norma dell'art. 2479 (così dispone l'art. 2465 che, tuttavia, fa salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo).

A giudizio della dottrina, poi, un ulteriore limite legale al potere di rappresentanza dei soci può ravvisarsi nella subordinazione alla preventiva decisione dei soci dei negozi diretti all'acquisizione di partecipazioni in società personali o in altre imprese comportanti una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime.

Infatti, anche se la norma dettata per la s.p.a. dall'art. 2361, comma 2, non è espressamente richiamata per le s.r.l., sembra che possa considerarsi legittima la partecipazione di queste ultime in società personali; lo conferma la disposizione dell'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c., che impone alle s.n.c. o alle s.a.s. di redigere il bilancio secondo le norme previste per le s.p.a. "*qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma 2, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata*".

Da ultimo, si precisa che, stante l'attribuzione del potere di rappresentanza agli amministratori, si deve ritenere che esso non possa essere conferito ai soci non amministratori ed ai terzi.

Soci e terzi potranno, al più, agire sulla base di una procura e vincolare la società nei limiti di questa secondo le norme sulla rappresentanza negoziale.

6. IL CONFLITTO DI INTERESSI

Del tutto innovativa risulta essere la disciplina del conflitto di interessi tra amministratori e società di cui all'art. 2475-*ter*.

La normativa previgente, per effetto del rinvio all'art. 2391, prevedeva in capo agli amministratori che avessero - per conto proprio o di terzi - in una determinata operazione un interesse in conflitto con quello della società, l'obbligo di darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale e di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.

Entrambi gli obblighi di *disclosure* e di astensione - ancora previsti dall'art. 2391 per la s.p.a. - non sono più richiamati nella nuova norma.

Tale mancata previsione sembra ricollegarsi al fatto che nella nuova s.r.l. la gestione del conflitto di interessi è una materia di esclusiva competenza dei soci (diversamente da quanto è previsto per la s.p.a. strutturata in funzione della apertura al mercato, dal momento che la gestione di tali conflitti e la conoscibilità degli stessi rappresentano garanzie di trasparenza e di corretta amministrazione a tutela dei soci e del mercato in generale).

Il legislatore non ha neanche più imposto un divieto di concorrenza a carico degli amministratori (in precedenza previsto dall'art. 2487, comma 2, richiamato dall'art. 2390).

Con riferimento all'ambito di applicazione, le disposizioni dell'art. 2475-ter si riferiscono esclusivamente alle ipotesi in cui l'amministratore sia portatore di un interesse che si ponga realmente in conflitto con quello della società laddove in tema di s.p.a., ai fini dell'applicabilità del corrispondente art. 2391, è sufficiente la mera sussistenza di un interesse dell'amministratore nell'operazione anche se questo non risulta essere confliggente con l'interesse della società.

Il primo comma dell'articolo in esame, relativo all'*abuso* di rappresentanza, sancisce che *“i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo”*.

Tale disposizione si applica in tutti i casi diversi da quelli in cui il rappresentante abbia agito in attuazione di una decisione del consiglio di amministrazione (tale ultima fattispecie è infatti disciplinata dal comma 2). La norma in oggetto, quindi, trova applicazione nei contratti stipulati in conflitto di interessi da parte di amministratori unici, amministratori delegati dotati di poteri rappresentativi e corrispondenti prerogative gestorie rientranti nella delega loro conferita, amministratori in regime di amministrazione disgiuntiva, amministratori in regime di amministrazione congiuntiva con potere di rappresentanza disgiunto o in qualità di rappresentante unico, da più amministratori (in regime di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva) con potere di rappresentanza congiunto.

In tutti questi casi la società può impugnare il negozio entro il termine di cinque anni (art. 1442), provando sia la situazione di conflitto di interessi in cui si trovava il rappresentante al momento della conclusione del contratto sia la conoscenza o la conoscibilità di tale conflitto da parte del terzo, secondo il metro della diligenza ordinaria.

In quest'ultimo caso, per liberare la società occorrerà che la decisione sia stata tempestivamente impugnata e che il terzo abbia avuto conoscenza del vizio che la inficiava (ai sensi dell'art. 2475-ter sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione).

A parere della dottrina, anche se la norma in esame non ne fa menzione, deve ritenersi applicabile anche l'art. 1395 (*“Contratto con se stesso”*), ai sensi del quale è annullabile il contratto concluso dal rappresentante con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, salvo che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero che il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere il conflitto di interessi.

Tale ipotesi, infatti, non è contemplata nella disciplina in oggetto perché non riguarda i terzi ma solo il rapporto tra società ed amministratore.

Si ritiene poi, che il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato o con se stesso, poiché è annullabile, non possa essere ratificato ai sensi dell'art. 1399, ma solo convalidato quando ricorrono le condizioni richieste dall'art. 1444 (l'azione di annullamento si propone nel termine di prescrizione di cinque anni).

Il secondo comma dell'art. 2475-ter dispone che *“le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'art. 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione”*.

In questo caso, il legislatore ha preferito dettare norme specifiche per le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione viziato da conflitto di interessi, piuttosto che rinviare alle corrispondenti norme previste in materia di s.p.a. dall'art. 2391.

Ci si chiede quindi se, nel silenzio dell'atto costitutivo, sia o meno applicabile la disciplina di cui all'art. 2391 non espressamente richiamata nell'art. 2475-ter e precisamente:

- 1) obbligo di *disclosure* dell'amministratore in conflitto di interessi;
- 2) responsabilità verso la società per i danni derivanti dall'azione o dall'omissione dell'amministratore;
- 3) obbligo di motivazione della decisione adottata dal consiglio nonostante il conflitto, con la spiegazione della utilità per la società;
- 4) responsabilità per i danni derivati alla società dall'utilizzazione da parte dell'amministratore, a suo vantaggio o a vantaggio di terzi, di dati e notizie di cui egli sia venuto a conoscenza durante l'esercizio dell'incarico.

Per la dottrina, le prime tre disposizioni sopra richiamate si applicano solo alla s.p.a. in quanto giustificate dalle esigenze di trasparenza e correttezza che connotano le società strutturate in funzione dell'apertura al mercato.

La quarta disposizione, invece, può ritenersi applicabile anche alle s.r.l. in quanto ricollega la responsabilità dell'amministratore all'inadempimento di un obbligo primario (e non strumentale) di correttezza quale quello di non anteporre il proprio interesse a quello della società. Quindi, si applicherà all'amministratore in conflitto di interessi la sanzione penale prevista dall'art. 2634 (naturalmente in presenza anche delle altre condizioni richieste) oltre che la revoca dall'incarico per giusta causa e la responsabilità verso la società ex art. 2392.

Sempre nel secondo comma si afferma che gli amministratori “possono” impugnare le decisioni consiliari viziato da conflitto di interessi. Ne consegue che è lasciata alla discrezionalità degli amministratori la scelta se ricorrere o meno all'impugnazione, tenendo conto delle circostanze concrete.

In ogni caso, ai fini dell'impugnativa delle deliberazioni consiliari (o delle decisioni amministrative non collegiali) viziato da conflitto di interessi, queste devono essere state prese con il voto determinante

dell'amministratore in conflitto di interessi (c.d. "*prova di resistenza*") e devono aver cagionato un danno patrimoniale alla società (*danno effettivo*).

Il legislatore della riforma ha, infatti, introdotto il criterio del danno "effettivo" al posto di quello del danno "potenziale" richiesto dall'art. 2391 in tema di s.p.a.: mentre nell'art. 2391 si parla di deliberazioni che "*possano*" arrecare danno alla società, nell'art. 2475-ter si fa riferimento a deliberazioni che "*cagionino*" alla società un danno patrimoniale.

Nella fattispecie di cui all'art. 2479-ter, relativa alla impugnazione delle deliberazioni assembleari (o decisioni dei soci) parimenti viziate da conflitto di interesse di un socio che abbia espresso voto determinante, è invece richiesto il danno "potenziale". Tali deliberazioni, infatti, ai sensi dell'art. 2479-ter, comma 2, sono dichiarate impugnabili qualora "*possano arrecare un danno alla società*".

E' evidente, dunque, la diversità di disciplina che l'interesse sociale assume nei confronti dei soci rispetto agli amministratori.

L'art. 2475-ter richiede poi, contrariamente all'art. 2479-ter (ed anche all'art. 2391), che il danno sia di natura patrimoniale. Ciò potrebbe far ritenere che dalla suddetta disposizione debbano escludersi operazioni che, pur non incidendo sull'integrità del patrimonio sociale, possano in ogni caso nuocere alla redditività della gestione sociale.

Sono legittimati all'impugnazione gli amministratori e, se nominati, il collegio sindacale o il revisore. Il termine per impugnare è di 90 giorni; la norma non specifica il *dies a quo*.

Dal momento però, che il presupposto dell'impugnazione è la produzione di un danno attuale, in base ai principi in materia di prescrizione il termine si dovrebbe far decorrere dalla conoscenza del danno che, per gli amministratori più attenti, dovrebbe coincidere con il momento della sua produzione (nelle s.p.a. l'art. 2391 dà importanza alla sola "potenzialità" del danno e fissa il termine per l'impugnativa in novanta giorni dalla data della deliberazione consiliare viziata).

Qualora l'impugnazione sia accolta, restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione viziata (al termine "deliberazione" è sostituito il termine "decisione"). L'annullamento della decisione consiliare costituisce immancabile presupposto perché siano dichiarati inefficaci anche gli atti esterni con cui è stata data esecuzione alla decisione medesima.

Le legge di riforma non prevede (come del resto neanche la disciplina previgente) un rimedio avverso le decisioni consiliari affette da vizi diversi dal conflitto di interessi. Infatti, la disciplina contenuta nell'art. 2475-ter relativa all'annullamento delle decisioni viziate da conflitto di interessi costituisce l'unica ipotesi espressamente prevista dalla legge di impugnativa di decisioni degli amministratori di s.r.l.

A giudizio della dottrina questa preclusione ha fondamento nella precisa scelta del legislatore di circoscrivere il campo di applicazione della impugnabilità delle deliberazioni consiliari ed in genere delle decisioni degli amministratori delle s.r.l.

Di conseguenza, nei confronti di tali deliberazioni non potranno essere proposte azioni di nullità o di annullabilità per vizi di procedimento o di contenuto diversi dal conflitto di interessi: sembrerebbe cioè precluso alla s.r.l. il rinvio al principio che riconosce ai soci delle s.p.a. la legittimazione ad impugnare le

deliberazioni consiliari lesive dei loro diritti, attraverso il ricorso degli artt. 2377 e 2378 in quanto compatibili.

In particolare, non può trovare applicazione la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 2378 che consente al giudice designato per la trattazione della causa di annullamento di esperire il tentativo di conciliazione.

Al contrario, può riconoscersi la possibilità per la società e per i soci di ricorrere in via cautelare all'azione inibitoria al compimento di operazioni illecite potenzialmente dannose ai sensi dell'art. 700 e ss. c.p.c., anche in considerazione della mancata previsione di un rimedio tipico simile a quello disciplinato per la s.p.a. dall'art. 2409.

Circa poi la possibile configurazione di un conflitto di interessi dell'amministratore unico, si rileva che tale fattispecie non è contemplata né per le s.p.a. né per le s.r.l.

Infatti, l'art. 2391 contempla unicamente l'ipotesi dell'amministratore delegato, imponendo a quest'ultimo di astenersi dall'operazione e devolvendo la relativa decisione al consiglio; e non sembrerebbe neanche possibile l'applicazione analogica della disciplina sull'amministratore unico.

Anche nella s.r.l. nulla è previsto al riguardo.

Sul punto, si reputa necessaria un'espressa previsione dell'atto costitutivo diretta ad affidare alla competenza dei soci (sia in sede assembleare che *extra* assembleare) le decisioni gestorie sulle quali l'amministratore unico possa essere portatore di interessi potenzialmente in conflitto con quelli della società, oppure l'introduzione di una clausola che, sulla base della norma dettata in tema di s.p.a dall'art. 2391, imponga all'amministratore delegato interessato o in potenziale conflitto di interessi, di rendere partecipe dell'operazione l'organo collegiale o, nel caso di adozione di un sistema non collegiale, altri amministratori.

7. LE DECISIONI DEI SOCI

La disciplina delle "*decisioni dei soci*" (il verbo "decidere" sostituisce il verbo "deliberare"), alla quale è dedicata la sezione IV, rappresenta una significativa innovazione.

Con la nuova normativa, il legislatore delegato dà attuazione al comma 2, lett. e) dell'art. 3 della legge delega laddove dispone che la riforma della s.r.l. "*dovrà riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità*".

L'art. 2479 rubricato "decisioni dei soci", al primo comma, prevede che i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione.

La legge individua una serie di decisioni che, per la loro particolare importanza, presuppongono una manifestazione di volontà da parte dei soci e non possono essere loro sottratte mediante una previsione

dell'atto costitutivo. Infatti, il secondo comma dell'art. 2479 dispone che *“in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci”*:

- l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili;
- la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori;
- la nomina dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore nei casi previsti dall'art. 2477;
- le modificazioni dell'atto costitutivo;
- la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

Si rileva poi che il legislatore delegante ha evitato l'utilizzo del termine “assemblea” preferendo la locuzione “procedimenti decisionali” proprio per un esplicito riconoscimento dell'ammissibilità di modalità di assunzione delle decisioni di competenza dei soci diverse dal metodo collegiale.

La nuova norma contempla, infatti, quali modalità di assunzione delle decisioni sociali alternative all'assemblea, la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto; ai sensi del comma 3 dell'art. 2479 *“l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dai soci devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa”*.

L'ampia libertà riconosciuta dal legislatore porta a ritenere ammissibile una previsione che contempli entrambi i metodi, per una o più, ovvero per tutte le decisioni, con facoltà di scelta attribuita ai soggetti che prendono l'iniziativa di sottoporre ai soci la decisione.

Il legislatore non ha esattamente spiegato cosa si debba intendere per *“consultazione scritta”* e in cosa questa si differenzi rispetto al *“consenso espresso per iscritto”*.

A parere della dottrina nella prima ipotesi – assoluta novità per il nostro sistema – la volontà sociale si forma tramite il c.d. “modello referendario”, in base al quale ciascun socio viene invitato ad esprimere la propria posizione favorevole o contraria non contestualmente agli altri rispetto ad una proposta di decisione predefinita ed immutabile.

Nella seconda ipotesi i soci manifestano il loro consenso in assenza di una preventiva consultazione; si tratta del c.d. “metodo negoziale puro” attualmente in uso nella società di persone.

Caratteristica comune delle due modalità di cui sopra consiste nell'onere formale dell'espressione del consenso in un documento sottoscritto dal socio. Infatti questo vale sia per l'adesione alla proposta oggetto di consultazione sia per il consenso espresso in assenza di una consultazione.

Si rileva inoltre che, poiché l'onere formale è previsto dalla norma solo in relazione al consenso dato, non dovrebbe avere alcuna rilevanza giuridica il modo in cui viene manifestato il dissenso o l'astensione nella consultazione ovvero il modo in cui non viene dato il consenso fuori dalla consultazione.

In entrambe le ipotesi dai documenti sottoscritti dai soci, devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa.

Quando lo statuto preveda il consenso scritto dei soci, la volontà sociale può formarsi attraverso la raccolta progressiva dei consensi dei soci ma può essere anche compresa in un unico documento sottoscritto da tutti i soci consenzienti.

Quando invece sia prevista la consultazione scritta, essa risulta dalla riunione dei singoli documenti in cui i soci consultati hanno espresso la loro posizione sulla proposta sottoposta alla loro decisione.

Entrambe le modalità di cui sopra hanno la comune caratteristica di richiedere la partecipazione di tutti i soci.

Ciò deriva dal diritto che ciascun socio ha di partecipare alle decisioni. Quindi, non si ritiene consentita la raccolta del consenso da parte della maggioranza al proprio interno, senza il coinvolgimento della totalità dei soci nel procedimento decisionale anche se il coinvolgimento, come si è detto, può avvenire in forme ed in momenti diversi.

La deroga al metodo assembleare non è però assoluta. Infatti, ai sensi del comma 4 dell'art. 2479, le decisioni dei soci dovranno continuare ad essere adottate mediante deliberazione assembleare nei seguenti casi:

- modificazioni dell'atto costitutivo (art. 2480);
- approvazione di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (art. 2479, comma 2, n. 5);
- determinazione di provvedimenti da assumersi in presenza di perdite che incidono sul capitale per oltre un terzo (art. 2482- *bis*);
- quando lo richiedano uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale.

L'identificazione della categoria di "operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale" non è ben specificata né dall'art. 2479 né dalla Relazione Governativa.

Infatti, a parere di parte della dottrina, mentre è chiaro come il compimento di operazioni della società con terzi (ad esempio l'acquisizione di un'importante partecipazione in altra società) possa comportare una modifica sostanziale del programma di attività descritto nell'oggetto sociale, si comprende meno facilmente come e quando un'operazione compiuta dalla società con terzi possa incidere sui diritti dei soci interni al rapporto sociale.

Infatti non può trattarsi né di fusione né di scissione, poiché esse rientrano o sono assimilate alle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto (art. 2502, richiamato dall'art. 2506-ter).

L'unica ipotesi che potrebbe essere ricondotta alla categoria di cui all'art. 2479, comma 2, n. 5, riguarda quelle operazioni che possono determinare dipendenza economica da un'altra impresa (influenza dominante o attività di direzione e coordinamento di altra società). Ciò infatti determinerebbe una sostanziale modifica dei diritti dei soci, perché l'art. 2497-*quater* prevede diverse nuove situazioni in cui al socio, nella considerata ipotesi, si accorda il diritto di recesso dalla società.

Il quinto comma dell'art. 2479 prevede poi il diritto di ogni socio di partecipare alle decisioni di cui al presente articolo. Il voto di quest'ultimo varrà in misura proporzionale alla sua partecipazione.

In merito, si ricorda tuttavia che ai sensi del nuovo art. 2468 l'atto costitutivo potrà attribuire ai soci diritti di voto anche in modo non proporzionale al capitale sottoscritto.

L'ultimo comma dell'articolo in esame, così come modificato dal d.lgs n. 37/2004 correttivo del d.lgs n. 6/2003, dispone che, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale. Nel caso, ad esempio, vi siano due soci al 50% ciascuno, il voto di uno di essi sarà sufficiente qualora l'altro socio non voti. Ed ancora, nel caso della presenza di tre soci al 50%, al 30% ed al 20%, il voto del socio al 50% sarà sufficiente per deliberare, a condizione però che non vi sia voto contrario degli altri due soci.

Si rileva che il legislatore con il decreto correttivo avrebbe dovuto modificare oltre al sesto comma dell'art. 2479, anche il terzo comma dell'art. 2479-*bis*.

Dal combinato disposto delle norme sopra menzionate, consegue che :

- le decisioni extra-assembleari sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno il 50% del capitale sociale (*ex art. 2479, comma 6*);
- le decisioni assembleari “non notarili” sono prese a maggioranza assoluta del capitale presente (con la presenza di almeno la metà del capitale sociale) (*ex art. 2479-*bis*, comma 3*);
- nelle decisioni assembleari “notarili” si delibera con il 50% del capitale sociale (*ex art. 2479-*bis*, comma 3*).

Altro aspetto degno di rilievo è quello relativo alla possibilità che tra i soci possano intercorrere reciproci vincoli finalizzati ad influenzare la decisione (ad esempio l'obbligo che taluno assume verso l'altro di tenere un certo comportamento rispetto alla proposta di assumere ovvero di non revocare il voto espresso). Tali vincoli, a parere della dottrina, hanno natura di accordi parasociali della cui liceità non si può dubitare.

8. L'ASSEMBLEA DEI SOCI

Quando per la formazione della volontà sociale è necessario seguire il metodo assembleare, per l'assenza di una diversa previsione statutaria o perché previsto dalla legge o infine a seguito di una richiesta in tal senso dei soci o degli amministratori, l'art. 2479-*bis* prevede al comma 1 che *“l'atto costitutivo determina i modi di convocazione dell'assemblea dei soci tali comunque da assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare”*.

Con la legge di riforma, l'assemblea ha perso il ruolo “dominante” che rivestiva nella scala normativa degli organi e che ancora riveste in almeno uno dei sistemi di governo della s.p.a. e nelle società cooperative. In tal modo, la disciplina della s.r.l. si è maggiormente avvicinata a quella delle società di persone.

Le principali innovazioni sono le seguenti:

- il metodo assembleare non è più indispensabile per la formazione della volontà sociale poiché, come visto, il legislatore ha disposto all'art. 2479 che i soci possano adottare le loro decisioni anche mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto;
- la distinzione tra assemblea in sede ordinaria e straordinaria è venuta meno.

Rimane in vigore la norma che prevede la necessità dell'intervento del notaio per le modificazioni dell'atto costitutivo (art. 2480).

La disciplina relativa all'assemblea della s.r.l. si caratterizza per l'ampio spazio attribuito all'autonomia contrattuale. L'art. 2479-*bis*, come si è detto, demanda all'atto costitutivo la determinazione dei modi di convocazione dell'assemblea dei soci nel rispetto del diritto ad un'informazione tempestiva sugli argomenti da trattare.

Tale ultima previsione è di grande importanza in quanto la nuova disciplina, pur non richiedendo l'indicazione specifica della lettera di convocazione come avveniva nel previgente art. 2484, si preoccupa di garantire un'adeguata informazione del socio; il successivo art. 2479-*ter* prescrive la sanzione della nullità della decisione solo nel caso di assoluta carenza di informazione.

In mancanza di una diversa previsione contenuta nel contratto sociale, la convocazione deve essere effettuata mediante lettera raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima dell'adunanza nel domicilio risultante dal libro dei soci (art. 2479-*bis*, comma 1).

Per ciò che riguarda i modi di convocazione dell'assemblea, la giurisprudenza più recente ha riconosciuto valide le clausole inserite nell'atto costitutivo che prevedono la convocazione con l'ausilio dei moderni mezzi di comunicazione quali la posta elettronica ed il telefax.

Non si è nemmeno dubitato della validità della clausola che prevede il voto per corrispondenza.

Con riferimento alla disciplina legale, quest'ultima è rimasta invariata rispetto alla previgente e quindi, ad esempio, circa la tempestività della comunicazione – che non sia giunta con un congruo anticipo benché spedita ai soci otto giorni prima – la recente giurisprudenza è d'accordo nel sostenere che la convocazione non solo deve essere spedita otto giorni prima dell'assemblea, ma deve anche pervenire all'indirizzo del socio destinatario “con un anticipo tale da consentirgli sia la materiale partecipazione all'assemblea sia una diligente attività di documentazione e preparazione per la partecipazione al dibattito”.

Come nella precedente disciplina, nel nuovo articolo manca qualsiasi riferimento alla seconda convocazione che, nel caso, potrà essere prevista dall'atto costitutivo.

La norma in esame non fissa alcun limite alla rappresentanza del socio in assemblea (al contrario della corrispondente disciplina in tema di s.p.a. per la quale l'art. 2372 prevede alcune limitazioni). Il secondo comma dell'articolo 2479-*bis* infatti, prevede che qualora l'atto costitutivo non disponga diversamente, il socio può farsi rappresentare in assemblea e la relativa documentazione è conservata dalla società ai sensi dell'art. 2478, comma 1, n. 2. E' tuttavia, fatta salva una diversa e più rigorosa previsione dell'atto costitutivo che potrebbe introdurre limiti quantitativi o porre il divieto circa il ricorso a procure di voto (art. 2479, comma 2).

Il terzo comma dell'articolo in esame stabilisce poi che, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta.

La legge richiede il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale per le seguenti deliberazioni:

- modificazioni dell'atto costitutivo (art. 2480);
- decisione di compiere operazioni comportanti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (art. 2479-*bis*, comma 3);
- nomina e revoca dei liquidatori e determinazione dei criteri di liquidazione (art. 2487);
- revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter*).

Un quoziente deliberativo più elevato è previsto nel caso di rinuncia o transazione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori; l'art. 2476, comma 5, richiede infatti il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale, oltre alla mancata opposizione da parte dei soci titolari di almeno il dieci per cento del capitale stesso.

Si richiede, poi, il consenso di tutti i soci sia in caso di modifica delle clausole dell'atto costitutivo che prevedano l'attribuzione ai singoli soci di particolari diritti inerenti all'amministrazione della società o alla distribuzione degli utili (art. 2468, commi 3 e 4), sia in caso di previsione della limitazione o esclusione del diritto di opzione in sede di aumento del capitale sociale conseguente alla riduzione dello stesso al di sotto del minimo legale (art. 2481-*bis*, comma 2 e art. 2482-*ter*).

Con eccezione dell'ultima fattispecie di cui sopra, nella quale il riconoscimento a ciascun socio del diritto di opzione ed il conseguente diritto di veto nei confronti di sue limitazioni o esclusioni hanno carattere inderogabile, per tutti gli altri casi sopra ricordati il contratto sociale può prevedere i *quorum* più elevati ovvero ridotti.

Il grande spazio assegnato dalla legge all'autonomia statutaria consente di introdurre anche nell'ambito delle decisioni dei soci di s.r.l. – a differenza di quanto previsto nelle s.p.a. – il “principio di unanimità” che è posto dalla legge come base per le modificazioni del contratto sociale.

Si ribadisce, infatti, che il consenso unanime di tutti i soci è richiesto dal legislatore per alcune modifiche del contratto di società delle s.r.l.

Per ciò che attiene ai criteri di calcolo, la legge prevede che il voto di ciascun socio valga in misura proporzionale alla sua partecipazione (art. 2479, comma 5). Tale norma – che si applica indipendentemente dal modo di formazione della volontà sociale, (assembleare o *extra* assembleare) – si collega al principio generale in tema di s.r.l. in base al quale “*i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta*” (art. 2468, comma 2), ad eccezione dei diritti eventualmente attribuiti dall'atto costitutivo ai singoli soci inerenti all'amministrazione o alla distribuzione degli utili (art. 2468, comma 3).

Ai sensi del quarto comma dell'art. 2479-*bis*, l'assemblea è presieduta dalla persona indicata nell'atto costitutivo o, in mancanza, da quella designata dagli intervenuti.

Il presidente dell'assemblea:

- verifica la regolarità della costituzione;
- accerta l'identità e la legittimazione dei presenti;
- regola lo svolgimento dell'assemblea;
- accerta i risultati delle votazioni dei cui esiti deve darsi conto nella redazione del verbale che sarà redatto secondo le norme stabilite dall'art. 2375, in tema di s.p.a.

A proposito della verbalizzazione delle deliberazioni, si rileva che essa risulta essere assai più snella di quella prevista per le s.p.a. per le quali è richiesta un'esposizione analitica nel verbale.

La nuova disciplina, al contrario, si limita a richiedere che nel verbale si dia conto solo degli esiti degli accertamenti eseguiti dal Presidente.

Anche in mancanza di una rituale convocazione, la deliberazione si intende validamente adottata quando all'assemblea sia rappresentato l'intero capitale sociale, tutti gli amministratori e i sindaci siano presenti o informati della riunione e nessuno si opponga alla trattazione dell'argomento (art. 2479-*bis*, comma 5).

In tema di assemblea totalitaria di s.r.l., è netta la differenza con la s.p.a. Infatti, mentre per la s.r.l., come si è detto, è sufficiente che tutti gli amministratori e i sindaci siano informati della riunione, ed ove tale requisito sussista, la presenza della totalità del capitale sociale legittima i soci a deliberare validamente su qualsiasi argomento anche in assenza della maggioranza (e della totalità) dei componenti degli altri organi sociali, nella s.p.a. è richiesta dall'art. 2366 la partecipazione all'assemblea della maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo ed è previsto altresì l'obbligo della tempestiva comunicazione ad amministratori e sindaci delle deliberazioni assunte.

9. L'INVALIDITÀ DELLE DECISIONI DEI SOCI

Come riportato nella Relazione Governativa *“dal sistema delineato delle decisioni dei soci è conseguita la necessità di un adattamento del sistema della invalidità alle loro specifiche caratteristiche”*.

La relazione considera come principale novità il fatto che le regole innovate individuano *“il termine di decorrenza per l'impugnativa dalla trascrizione della decisione nel relativo libro sociale”*.

E ciò si spiega in base ad un duplice ordine di motivi: *“da un lato, non essendo più necessaria in ogni caso una riunione e non essendo quindi sempre individuabile il momento di una deliberazione, evidenti ragioni di certezza richiedono che si faccia riferimento al momento in cui la decisione viene formalizzata; dall'altro il tipo societario della società a responsabilità limitata, in quanto caratterizzato dalla partecipazione personale dei soci, presuppone una loro presenza attiva nella vita della società: sicché, a differenza di quanto avverrebbe nell'ipotesi di un mero investitore estraneo all'attività sociale, maggior rilievo assume*

una sorta di pubblicità interna come quella rappresentata dai libri sociali rispetto ad altre forme di pubblicità esterna quale per esempio quella realizzata con l'iscrizione nel registro delle imprese.

Si è anche considerato, a quest'ultimo proposito che il termine di decorrenza del periodo in cui la decisione è impugnabile debba essere unico e non sia possibile individuarlo alternativamente nella sua trascrizione nel libro dei soci, oppure, quando prevista, nell'iscrizione nel registro delle imprese”.

L'art. 3 della l. n. 366/2001 non ha fornito alcuna indicazione in ordine ai criteri che il legislatore delegato avrebbe dovuto seguire nella disciplina delle s.r.l.; l'art. 4, comma 7, lett. b) in tema di s.p.a. – i cui principi sono stati recepiti dagli artt. 2377 e ss., che hanno ridisegnato il regime delle deliberazioni invalide – si è invece preoccupato di specificare le ipotesi di nullità ed annullabilità con lo scopo di “evitare il riproporsi di forme di invalidità di creazione giurisprudenziale” come ad esempio le deliberazioni inesistenti oppure “ipotesi di nullità che di fatto avevano ampiamente disatteso lo spirito del codice civile del 1942”.

La disciplina delle invalidità delle decisioni dei soci nella s.r.l. è stata comunque risolta ricalcando le norme in materia di s.p.a.

In base al primo comma dell'art. 2479-ter, le decisioni dei soci che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dai soci che non vi hanno consentito, da ciascun amministratore e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

In tal caso, il Tribunale, qualora ne ravvisi l'opportunità e ne sia fatta richiesta dalla società o da chi ha proposto l'impugnativa, può assegnare un termine non superiore a centottanta giorni per l'adozione di una nuova decisione idonea ad eliminare la causa di invalidità. Restano comunque salvi i diritti dei terzi acquistati sulla base della deliberazione sostituita (art. 2377, u.c. richiamato dall'art. 2479-ter).

Più delicato è invece il problema relativo alla sostituibilità della deliberazione anche quando il termine assegnato sia scaduto. Per la dottrina la risposta è positiva in quanto l'intento della norma è quello di evitare per quanto possibile l'intervento del Tribunale.

Quanto alla disciplina del conflitto di interessi del socio, questa è modellata sulla corrispondente normativa in tema di società per azioni.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo in esame “qualora possano recare danno alla società, sono impugnabili a norma del precedente comma le decisioni assunte con la partecipazione determinante di soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società”.

A parere della dottrina, in presenza di quozienti riferiti al capitale sociale esistente, potrebbe ritenersi necessario precisare nell'atto costitutivo che non sono computate, per il calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta ai fini dell'approvazione della deliberazione, le quote rispetto alle quali il diritto di voto non sia esercitato a seguito della dichiarazione del socio di astenersi per conflitto di interessi.

Tale clausola, infatti, agevolerebbe la formazione della volontà sociale e risolverebbe in anticipo il problema dell'applicabilità in via analogica della corrispondente norma dettata in tema di s.p.a. dall'art. 2368 u.c.

Il terzo comma dell'art. 2479-*ter*, dispone poi che le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazione possono essere impugnate da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione della decisione nel libro delle decisioni dei soci.

Possono invece essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite.

Sul punto, si rileva che non hanno diritto di accesso nel libro delle decisioni dei soci soggetti estranei alla società, come ad esempio i creditori sociali che potrebbero essere interessati alla richiesta di accertamento della nullità della decisione.

Infine, per espressa previsione normativa, si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 2377, commi 1, 5, 7, 8, 9, 2378, 2379-*bis*, 2379-*ter* e 2434-*bis* in tema di s.p.a.

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it