

Anno 12 – Numero 14

9 luglio 2014

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- *Arbitrato*
- *Srl a capitale ridotto*
- *Beni gratuitamente devolvibili*

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

Hanno collaborato a questo numero

Enrico Goitre, Paolo Montalenti, Andrea Pessina, Carlo Pessina, Riccardo Russo

SOMMARIO

	<i>Page</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>Arbitrato e impresa tra istituti consolidati e prospettive di riforma</i> di Paolo Montalenti	9
<i>Il capitale sociale ridotto nei modelli societari analoghi alla s.r.l.: esperienze europee e internazionali (Parte I)</i> di Enrico Goitre	14
<i>S.p.a.: una “regola d’uso” per “controllo” e “vigilanza”?</i> di Riccardo Russo	62
FISCALITÀ	
<i>L’ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili</i> di Carlo Pessina e Andrea Pessina	84
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	89
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	92

SOMMARIO

	<i>Page</i>
STUDI E OPINIONI	
Arbitrato e impresa tra istituti consolidati e prospettive di riforma	9
<i>L'Autore illustra sinteticamente le principali caratteristiche dell'arbitrato societario nella riforma del 2003 e dell'arbitrato ordinario nella riforma del 2006. Segnala due gravi limiti dell'arbitrato societario: la questione della validità delle clausole compromissorie "vecchio stile" e il problema delle materie compromettibili. Formula alcune proposte di riforma sia per l'arbitrato societario sia per l'arbitrato ordinario come strumento facoltativo di deflazione della giurisdizione.</i>	
di Paolo Montalenti	
Il capitale sociale ridotto nei modelli societari analoghi alla s.r.l.: esperienze europee e internazionali (Parte I)	14
<i>L'Autore analizza i principali modelli di società a responsabilità limitata europei ed extraeuropei che presentano, sotto il profilo della dotazione ridotta di capitale, analogie con le SRLS e SRLOCR italiane di recente introduzione.</i>	
di Enrico Goitre	
S.p.a.: una "regola d'uso" per "controllo" e "vigilanza"?	62
<i>L'articolo esamina il tema del rapporto fra le espressioni "controllo" e "vigilanza" con riferimento alla disciplina della società per azioni. Il numero elevato di luoghi in cui compaiono induce a ritenere che esse non possano contare su un'unica definizione sempre valida; al contrario, si può ipotizzare che esistano tanti significati quante sono le situazioni in cui sono utilizzate dal legislatore. Si impone, quindi, la necessità di interrogarsi, di volta in volta, su quale sia il loro esatto valore.</i>	
di Riccardo Russo	

SOMMARIO

FISCALITÀ

L'ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili

84

Gli Autori esaminano le modalità di imputazione e deduzione fiscale dell'ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili al termine della concessione disciplinate dall'art. 104 del TUIR, nonché l'accantonamento allo speciale fondo di cui all'art. 107 del TUIR, illustrando esaurientemente le relative problematiche.

In particolare, viene detto, non è più cumulabile l'ammortamento finanziario con quello tecnico di cui agli artt. 102 e 103 del TUIR, così come non è deducibile, per le società concessionarie di opere pubbliche, l'ammortamento delle spese di manutenzione e riparazione di cui all'art. 109, comma 6, del TUIR.

Viene riportato un esempio numerico compiutamente esplicativo di entrambe le problematiche.

di Carlo Pessina e Andrea Pessina

INDEX-ABSTRACT

Page

STUDIES AND OPINIONS

Arbitration and enterprise between consolidated institutions and prospects for reform

The Author briefly illustrates the main features both of commercial arbitration (after the Legislative Reform of 2003) and of ordinary arbitration (after the Legislative Reform of 2006). Moreover, he underlines two major shortcomings of commercial arbitration. First of all, the matter of law with respect to the legal soundness of “old-style” arbitration clauses; secondly, how it is possible to identify the subjects which cannot be legally settled by arbitration. Finally, the Author expresses some proposals of reform both of commercial arbitration and of ordinary arbitration, which is a discretionary instrument able to decrease the overabundance of trials.

by **Paolo Montalenti**

The share capital reduced in corporate models similar to S.r.l.: European and international experiences (Part I)

The Author analyzes the main patterns of a limited liability company intra-EU and extra-EU, in terms of reduced allocation of capital, analogies with recently introduced in Italy SRLS SRLOCR.

by **Enrico Goitre**

S.p.a.: a rule of using for “controllo” and “vigilanza”?

The article examines the relationship between the terms “controllo” and “vigilanza” in the corporation. Because of their many uses, one always valid definition does not exist, on the contrary, there are as many meanings as uses. You need to ask in each case what is their exact meaning.

by **Riccardo Russo**

INDEX-ABSTRACT

TAXATION

Financial amortization of freely transferable assets

The Authors examine the methods of imputation and tax deduction of financial amortization of freely transferable assets at the end of the concession governed by the article 104 of the Tax Code, as well as the provision to the special fund by article 107 of the Tax Code, illustrating fully related issues.

In particular, it is said that, the financial amortization is no longer cumulated with the accounted one, as illustrated in the articles 102 and 103 of the Tax Code, as well as the amortization of costs of maintaining and allocation pursuant to art 109, paragraph 6, of the Tax Code is not deductible for the concessionaires of public works.

Follows an example numerical fully explanatory of both issues.

by **Carlo Pessina** and **Andrea Pessina**

ARBITRATO E IMPRESA TRA ISTITUTI CONSOLIDATI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

L'Autore illustra sinteticamente le principali caratteristiche dell'arbitrato societario nella riforma del 2003 e dell'arbitrato ordinario nella riforma del 2006. Segnala due gravi limiti dell'arbitrato societario: la questione della validità delle clausole compromissorie "vecchio stile" e il problema delle materie compromettibili. Formula alcune proposte di riforma sia per l'arbitrato societario sia per l'arbitrato ordinario come strumento facoltativo di deflazione della giurisdizione.

di **PAOLO MONTALENTI**

1. L'arbitrato in materia commerciale.

Le controversie che coinvolgono l'impresa sono terreno elettivo per la giustizia arbitrale¹.

Se per ogni cittadino l'incertezza protratta sull'esito di una controversia costituisce sicuramente un danno, per le imprese, dove rapidità e certezza delle decisioni sono un valore essenziale, i tempi del processo ordinario diventano, come è a tutti noto, ogni giorno di più, un costo non sopportabile e un motivo di inefficienza.

Ne consegue che l'arbitrato, in materia commerciale, assume un ruolo rafforzato di strumento alternativo alla giustizia togata, per la celerità delle decisioni, che si perfezionano nell'arco di mesi anziché di anni; per la "competenza" dei giudici, scelti tra esperti del settore o addirittura tra esperti della materia; per l'"indipendenza" degli arbitri, che riposa – o dovrebbe riposare – su di una solida cultura e deontologia

¹ Mi permetto di segnalare alcuni miei scritti in materia anche per i riferimenti: MONTALENTI, *La riforma dell'arbitrato: primi appunti*, in *Giur. it.*, 2007, p. 501 ss.; ID., *L'arbitrato riformato e il "nuovo" arbitrato societario: appunti*, in *L'impatto della riforma societaria sulle clausole statutarie relative alla risoluzione dei conflitti*, IV volume, Collana dell'Osservatorio di Diritto societario di Milano, ed. Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, p. 83 ss.; ID., *Il nuovo arbitrato societario nel contesto della riforma dell'arbitrato di diritto comune*, in AA.VV. *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, (a cura di Guido Alpa e Vincenzo Vigoriti), parte VII, Profili speciali, Cap. I, *La Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2013, pp. 995-1018; ID., *L'arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1276 ss.; ID., *L'arbitrato societario: criticità e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2014, in corso di stampa.

STUDI E OPINIONI

ARBITRATO

arbitrale; per la “riservatezza” del procedimento e della decisione.

2. L'arbitrato societario: i tratti caratterizzanti della riforma del 2003.

Il legislatore della riforma del diritto societario, con il d.lgs. n. 5/2003, ha profondamente innovato la materia dell'**arbitrato societario**, essenzialmente ampliando l'area delle materie compromettibili, accrescendo i poteri degli arbitri, risolvendo questioni interpretative controverse. Si può forse parlare, se vogliamo, di una riforma “pilota”, di un “laboratorio” nel quale il legislatore ha sperimentato soluzioni innovative poi in gran parte estese, con il d.lgs. 40/2006, all'arbitrato di diritto comune.

Vediamo, in sintesi, le novità introdotte nel 2003.

Tutte le controversie relative a diritti disponibili tra soci o tra soci e società sono compromettibili in arbitrato (art. 34, comma 1°, d.lgs. n. 5/2003) e, se lo statuto lo prevede espressamente, anche le controversie promosse da o contro amministratori, liquidatori e sindaci (art. 34, comma 4°, d.lgs. n. 5/2003).

Sono espressamente ricomprese le questioni di validità delle deliberazioni assembleari, ma in tal caso gli arbitri devono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, comma 2°, c.p.c.(art. 36, comma 1°).

L'efficacia dell'arbitrato è rafforzata. «La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia» (art. 34, comma 3°, d.lgs. n. 5/2003). «Le statuizioni del lodo – statuisce l'art. 35, comma 4°, – sono vincolanti per la società».

I poteri degli arbitri risultano fortemente accresciuti.

L'art. 35, comma 5°, d.lgs. n. 5/2003, contiene una disposizione fortemente innovativa: «agli arbitri compete il potere di disporre (...) la sospensione dell'efficacia della delibera»; si statuisce però che la sospensione viene disposta «con ordinanza non reclamabile»: considerata l'importanza del provvedimento cautelare in materia di deliberazioni assembleari, l'incisività dell'istituto è evidente.

Risolvendo poi una questione controversa il legislatore della riforma ha stabilito che «la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 *quinquies* c.p.c.» (art. 35, comma 5°, d.lgs. 5/2003).

Il nuovo arbitrato societario può trovare applicazione in tutte le società commerciali, purché non facciano ricorso al mercato di capitale di rischio.

Per l'introduzione o la soppressione della clausola è necessaria la maggioranza dei 2/3 del capitale sociale ed è riconosciuto, ad assenti e dissenzienti, il diritto di recesso (art. 34, comma 6°, d.lgs. 5/2003).

È previsto l'intervento di terzi *ex art.* 105 c.p.c. e di altri soci (art. 35, comma 2°, d.lgs. 5/2003). La domanda della società e nei confronti della società è soggetta al deposito presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci (art. 35, comma 1°, d.lgs. 5/2003).

STUDI E OPINIONI

ARBITRATO

Infine si è introdotto un istituto – il c.d. arbitrato gestionale (art. 38, d.lgs. 5/2003) – che rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale.

Una disciplina, dunque, fortemente innovativa diretta a favorire lo sviluppo dell'arbitrato.

Ma in tema di clausola arbitrale e di materie compromettibili, come dirò poco oltre², permangono gravi incertezze a cui si dovrebbe porre rimedio.

3. La riforma dell'arbitrato di “diritto comune”.

Con il d.lgs. 2.2.2006, n. 40 (in attuazione della delega di cui all'art. 1, 2° co., l. 14.5.2005, n. 80), è stata portata a compimento una complessa ed articolata **riforma dell'arbitrato di diritto comune** che si coordina con la riforma dell'arbitrato societario.

La riforma del 2006 è stata, mi si perdoni il bisticcio, non rivoluzionaria, ma certamente opportuna ed equilibrata, per diverse ragioni, che vorrei tentare di illustrare scomponendo l'esame della nuova disciplina in “aree” individuate attraverso le linee direttrici che caratterizzano il disegno riformatore.

Linee direttrici che possono essere così schematizzate: *a)* razionalizzazione e rafforzamento dell'istituto; *b)* estensione dell'ambito di applicazione dell'arbitrato; *c)* riduzione di eccessivi formalismi tipici della previgente disciplina; *d)* rafforzamento dei poteri degli arbitri; *e)* semplificazione o chiarimento di diversi profili procedurali, anche alla luce dei problemi interpretativi e delle soluzioni adottate nella pratica; *f)* previsione di regole analitiche in tema di responsabilità degli arbitri.

Senza pretendere a tutti i costi di innovare con particolare radicalità (non ci si è spinti, ad esempio, sino al punto di abolire l'arbitrato irrituale), il legislatore del 2006 ha rettificato la disciplina tenendo sì conto delle esigenze, peraltro non immeritevoli di considerazione, degli arbitri (si pensi alla nuova disciplina dei termini, o alla subordinazione della prosecuzione del procedimento alla anticipazione delle spese), ma semplificando, o chiarendo, le regole relative al procedimento (si pensi all'arbitrato con pluralità di parti, alla sospensione, all'arbitrato internazionale, alla semplificazione delle regole), rafforzando l'istruzione probatoria (si pensi alla facoltà di richiedere l'ordine di comparizione), riducendo i rigori formalistici eccessivi (si pensi ad alcune ipotesi di nullità formali, ora abolite), riscrivendo, nella logica della stabilità del lodo, temperata dal rinvio all'autonomia privata (cfr., ad esempio, art. 829, 2° e 3° comma, c.p.c.), le norme sulle impugnazioni, equiparando, il punto è cruciale, il lodo rituale alla sentenza (art. 824 c.p.c.).

4. Le Camere Arbitrali e gli arbitrati istituzionali.

Un istituto di particolare rilevanza, anche in ambito internazionale, è costituito

² Vedi, *infra*, § 5.

STUDI E OPINIONI

ARBITRATO

dall'**arbitrato c.d. amministrato**, svolto secondo le regole – e cioè i Regolamenti – di istituzioni riconosciute – le Camere arbitrali – affidato a collegi arbitrali (o ad arbitri unici) particolarmente qualificati e condotto con l'assistenza permanente della Segreteria arbitrale.

Segnalo, in particolare, la Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano e la Camera Arbitrale del Piemonte che operano da anni con successo³.

La riconoscibilità delle regole procedurali, la professionalità e l'indipendenza degli arbitri, l'efficienza delle segreterie, sono state le linee direttrici che nel tempo hanno rappresentato le ragioni di un riconosciuto successo.

E si pensi, ancora, all'Arbitrato bancario e finanziario che, pur non potendosi qualificare come arbitrato in senso proprio, è uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie (c.d. ADR) a cui i soggetti che abbiano un contenzioso con la banca (cfr. art. 128–*bis* d.lgs. 383/1993) possono adire al particolare sistema di risoluzione stragiudiziale e di composizione delle controversie (sino ad un valore di € 100.000,00) istituito presso la Banca d'Italia.

5. La giurisdizione per le imprese: criticità irrisolte.

In tema di giurisdizione per le imprese il percorso è però ancora solo parzialmente compiuto.

Il *processo societario*, introdotto nel 2003, si è rivelato un fallimento: la breve stagione – caratterizzata da incertezze interpretative e inefficienze procedimentali – si è chiusa con l'abrogazione dopo poco più di un quinquennio.

E la recente introduzione, nel 2012 (art. 2 d.l. 1/2012, conv. in L. 27/2012), del *Tribunale delle imprese* non pare foriera di significativi progressi, in particolare perché non si precisa quali siano i criteri per selezionare magistrati effettivamente specializzati in una materia così complessa⁴.

L'*arbitrato societario* presenta ancora alcune incertezze, certo non marginali.

Non è chiaro, *in primis*, se le clausole “*ancien régime*” (cioè con nomina ad opera delle parti degli arbitri, che a loro volta nominano il presidente del collegio arbitrale) siano valide.

L'art. 34, comma 2°, d. lgs. 5/2003 stabilisce infatti che, a “pena di nullità”, la clausola compromissoria deve prevedere la nomina di tutti gli arbitri da parte di un soggetto esterno.

Sul punto va ricordato che nell'arbitrato amministrato dalle Camere arbitrali il problema non sussiste perché il collegio, nominato dagli organi della Camera, è sempre designato da un soggetto esterno alla lite, ma in caso di arbitrato non amministrato

³ I relativi regolamenti sono disponibili sui siti www.camera-arbitrale.it, www.pie.camcom.it.

⁴ In argomento si veda GRAZIOSI, *Dall'arbitrato societario al Tribunale delle imprese: a dieci anni della riforma del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 77 ss.

STUDI E OPINIONI

ARBITRATO

L'incertezza regna sovrana.

Infatti la giurisprudenza di merito è copiosa ma profondamente divisa tra validità e invalidità; neppure la Cassazione ha assunto una posizione univoca, essendo però, da ultimo, orientata per la nullità della clausola “vecchio stile”, cioè con nomina degli arbitri ad opera delle parti⁵.

In secondo luogo permangono dei dubbi sulla compromettibilità di alcune materie, quali il trasferimento di quote societarie, le deliberazioni aventi ad oggetto il bilancio, lo scioglimento della società.

6. Proposte di riforma dell'arbitrato societario e dell'arbitrato ordinario come alternativa alla giustizia togata.

Considerata l'importanza dell'arbitrato societario, sarebbe opportuno un *intervento legislativo* che (i) *consacri la teoria del doppio binario*, e cioè la validità anche delle clausole “vecchio stile”, (ii) *estenda l'arbitrato societario a tutte le società*, (iii) *dichiari compromettibili tutte le controversie societarie*, ad esclusione delle liti in cui sia previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero: con il risultato di chiarificazione e di certezza per gli operatori e di maggiore e conseguente efficienza della giustizia.

In conclusione, poiché l'arbitrato in generale e l'arbitrato societario rappresentano, in particolare per le imprese, un'efficace alternativa alla giustizia ordinaria e un fattore di competitività per il sistema è auspicabile un intervento legislativo.

Il legislatore, che ha in programma, parrebbe, una riforma della giustizia, in senso “efficientista”, dovrebbe cogliere l'occasione per un “restyling” dell'arbitrato societario sui punti critici che ne riducono l'idoneità a fungere come strumento alternativo alla giurisdizione ordinaria. Dovrebbe altresì introdurre *forme facoltative di “trasformazione” del processo ordinario in arbitrato*, contribuendo così all'invocata “deflazione” della giurisdizione, che, considerati i tempi epocali di conclusione dei procedimenti, incide pesantemente sulla competitività del nostro paese.

⁵ Cfr. Cass., 17 febbraio 2014, n. 3665, in *Banca Data Pluris*.

Per una completa ricostruzione sia consentito il rinvio al mio *Il nuovo arbitrato societario nel contesto della riforma dell'arbitrato di diritto comune*, cit. e a S. A. CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società*, Torino, 2012.

IL CAPITALE SOCIALE RIDOTTO NEI MODELLI SOCIETARI ANALOGHI ALLA S.R.L.: ESPERIENZE EUROPEE E INTERNAZIONALI (PARTE I)

L'Autore analizza i principali modelli di società a responsabilità limitata europei ed extraeuropei che presentano, sotto il profilo della dotazione ridotta di capitale, analogie con le SRLS e SRLOCR italiane di recente introduzione.

di ENRICO GOITRE

1. Il capitale sociale ridotto nel tipo SRL

È di tutta evidenza come uno dei tratti che più caratterizzano¹ la SRLS² e la SRLOCR³ sia la misura del capitale sociale minimo, ridotta da € 10.000 (per la SRL nella sua versione ordinaria) a € 1:

¹ Basti osservare che è proprio il capitale ridotto rispetto alla SRL tradizionale che più aveva incuriosito, insieme ai requisiti d'età, i commentatori non professionali, i quali avevano ribattezzato i nuovi modelli, poi fusi nell'unica figura della SRLS, società "a un euro" e società "under" o "over 35": si vedano, *ex multis*: FRANCO, *Giovani, al via la prima società a 1 euro*, in *Il Fatto Quotidiano*, 4 Settembre 2012, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2012/09/04/giovani-aperta-prima-societa-a-euro-ma-banca-chiede-garanzia-di-mamma-e-papa/342066/>; WEISZ, *Srl a un euro: tutte le regole in dettaglio*, in *www.pmi.it*, 8 Marzo 2013, <http://www.pmi.it/impresa/normativa/articolo/63078/srl-a-un-euro-tutte-le-regole-in-dettaglio.html>; FRANCO, *Società a un euro, dopo nove mesi sono 6500. Ma non hanno accesso al credito*, in *Il Fatto Quotidiano*, 10 Giugno 2013, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/06/10/societa-a-euro-dopo-nove-mesi-sono-6500-ma-non-hanno-accesso-al-credito/610606/>. La disciplina del capitale era infatti il principale punto di contatto tra SRLS e SRLCR, che sotto altri profili rispondevano a regole differenziate.

² Nel presente articolo s'intende per "SRLS" la società a responsabilità limitata semplificata di cui all'art. 2463bis c.c.; per "SRLCR" la società a responsabilità limitata a capitale ridotto propriamente detta, ovvero quella introdotta con il D.L. 22 Giugno 2012, n. 83, e poi eliminata dal D.L. 28 Giugno 2013, n. 76; per "SRLOCR" la SRL ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro (possibilità, come noto, introdotta con la L. 9 Agosto 2013, n. 99).

³ E' opportuno anticipare che, data la totale mancanza di contributi dottrinali in merito alla SRLOCR, ci si limiterà ad esprimere alcune opinioni del tutto personali relativamente alle

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<La novità sicuramente più rivoluzionaria, per chi esamini la nuova normativa alla luce della tradizione del nostro diritto societario, è l'eliminazione della previsione di un capitale minimo obbligatorio: capitale che viene indicato, a fini puramente contabili, nell'importo di almeno un euro, e cioè nell'unità di misura della moneta unica europea>>⁴.

Si è visto in precedenza come il legislatore abbia giustificato l'abbattimento dei requisiti di capitale con la volontà di ridurre il costo⁵ della responsabilità limitata nell'esercizio dell'impresa⁶, estendendone la fruibilità a quei soggetti (giovani⁷, ma non solo⁸) tendenzialmente sguarniti di ampie disponibilità finanziarie⁹: questo obiettivo è

problematiche che potrebbero insorgere dall'applicazione alla SRL ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro del tradizionale regime del capitale sociale.

⁴ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi*, in questa *Rivista*, 2012, n. 12, 25. E ancora: "(...) La SRL a capitale ridotto (è, ndr) caratterizzata da un capitale pari ad almeno un euro e inferiore all'importo di diecimila euro", come affermato nel parere del Ministero dello Sviluppo Economico reso alla Camera di Commercio di Cosenza, prot. n. 0170741, in data 31 Luglio 2012. Le medesime considerazioni potevano naturalmente essere replicate per la SRLS. In questo senso, *ex multis*, anche REVIGLIONO, *La società semplificata a responsabilità limitata: un buco nero nel sistema delle società di capitali*, in questa *Rivista*, 2012, n. 4, 9, secondo cui il capitale non inferiore ad un euro costituirebbe il carattere maggiormente significativo della SRLS; ATTANASIO, *SRL semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?*, in *Società*, 2012, 9, 901; BUSANI, BUSI, *La SRL semplificata e a capitale ridotto*, in *Società*, n. 12, 1305: "Quello che (...) senz'altro accomuna la SRLS e la SRLCR è (...) il capitale sociale"; e ASSONIME, *Circolare n. 29/2012*, in *Riv. Soc.*, 2012, 1280: "L'aspetto centrale della disciplina in tema di (SRLCR e) SRLS e l'innovazione rispetto al regime ordinario delle SRL è rappresentato dalla misura del capitale sociale minimo e dal modo di formazione dello stesso capitale".

⁵ Di cui il capitale minimo ha, fino ad oggi, rappresentato una componente importante.

⁶ Peraltro, il fatto che la norma imponga di eseguire i conferimenti integralmente in fase di costituzione, porta alla paradossale conseguenza che, se il capitale della SRLS "sia attestato a un valore nominale superiore a 2.500 euro, in sede di atto costitutivo occorre un versamento superiore a quello che dovrebbe essere effettuato per la costituzione di una SRLO (SRL ordinaria, ndr) non unipersonale, caso nel quale, come noto, si può versare il 25 per cento dell'importo sottoscritto", BUSANI, BUSI, *La SRL semplificata e a capitale ridotto, cit.*

⁷ Con la SRLS ante D.L. 76/2013.

⁸ Con la SRLCR prima, e con la SRLOCR oggi.

⁹ In questo senso, TASSINARI, *Società a responsabilità limitata, società a responsabilità limitata semplificata, società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in www.consigionotariletorino.it, 13 Settembre 2012, <http://www.consigionotariletorino.it/system/files/srls+e+srlcr+aggiornato+al+13+SETTEMBRE+2012.pdf>, 6, che ravvisa la *ratio* dell'introduzione della SRLS (per la quale, come si è visto,

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

stato perseguito eliminando *de facto*¹⁰ il requisito del capitale minimo, “individuato

sono previsti il capitale minimo di un euro, nonché particolari esenzioni da alcuni oneri amministrativi e dagli onorari notarili) nella “esigenza di consentire, pur senza perdere le garanzie legate all’intervento notarile, da un lato un drastico abbattimento dei costi di costituzione complessivamente valutati (che passeranno da circa 2500 – 2800 euro, per le SRL con capitale sociale pari al minimo legale di euro 10.000, a circa euro 700 per le SRLS, ricomprendendo in entrambi i casi le imposte di concessione governativa per la vidimazione dei libri sociali (...)); in secondo luogo, alla possibilità di evitare quella immobilizzazione iniziale di denaro da parte dei soci, sia come versamento presso banca sia come impegno di futuro versamento a favore della società, che è invece richiesta per la costituzione di SRL ordinaria, in virtù del minimo legale di capitale sociale pari ad euro 10.000 (...) e dell’obbligo di preventivo versamento presso banca, in caso di conferimento in denaro, di una parte pari almeno al 25% di tale capitale (in caso di pluralità di soci fondatori) o dell’intero capitale sociale (in caso di società unipersonale)”. Le SRLS non sono infatti tenute a pagare i 120 euro dei diritti di segreteria, né i 65 dell’imposta di bollo, e nemmeno gli onorari notarili che ammontano a circa 600 euro. Considerazioni simili valevano per la SRLCR, purchè si rammenti che questa forma societaria non godeva, a differenza della “sorella”, di alcuna esenzione fiscale, né dell’esonero dal pagamento degli onorari notarili. Il costo di una SRLCR finiva, dunque, per aggirarsi intorno ai 1500 euro, comprensivi di onorari notarili, diritti camerati e bolli. Un’interessante ricostruzione dei risparmi consentiti dalla SRLS, che analizza e quantifica ogni singola voce di costo che viene a mancare nella SRL semplificata, è quella di MASTROBERTI, *Assonime: SRL a capitale ridotto anche con soci under 35*, in *Pratica fiscale e professionale*, 2012, 19: i risparmi riguarderebbero gli onorari notarili, circa € 1000; l’imposta di bollo, € 156; i diritti di segreteria, € 90. Tra le spese che devono comunque essere sopportate, a prescindere dalla scelta della SRLS: l’imposta di registro € 168; il pagamento del diritto annuale alla C.C. I. A. A., circa € 200; e gli oneri correlati alla vidimazione dei libri sociali (€ 309,87 a cui si aggiungono € 14,62 per ogni 100 pagine di ogni libro). Agli stessi fini, può risultare interessante e di agevole comprensione il *report* di presentazione dei vantaggi e degli svantaggi legati alla scelta del modello SRLS realizzata da L’Arancia (piattaforma *online* realizzata dall’Ordine nazionale del Notariato “per venire incontro alle esigenze di chi vorrebbe fare impresa in Italia, mettendo a disposizione di tutti il proprio *know how* per dare risposte e raccontare le esperienze di chi vuole fare impresa”, come si legge sulla *home page*) e consultabile in <http://larancia.org/srls-under-35/>. Per l’equivalente, relativo però alla SRLCR, <http://larancia.org/societa-srl-a-capitale-ridotto-over-35-srlcr/>. Sul punto, è anche interessante la ricostruzione di LUCATI, *Una SRL semplificata per giovani imprenditori*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 470. Quanto alla SRLCR, trattandosi di una SRL ordinaria, l’unico risparmio rispetto al modello principale coinciderà con la differenza tra 10.000 euro e l’ammontare del capitale stabilito.

¹⁰ In questo senso SPIOTTA, *SRL unilaterale semplificata o a capitale ridotto: problemi e prospettive*, in questa *Rivista*, 2012, n. 18, 58: “Le ultime novità normative parrebbero ammettere anche la società che (...) può operare (...) sul mercato senza un vero e proprio

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

nell'importo simbolico di un euro"¹¹:

<<Con questa disciplina si è inteso predisporre uno strumento societario che consenta agli imprenditori persone fisiche¹² di avviare un'impresa, beneficiando della limitazione della responsabilità personale, senza l'obbligo di vincolare un capitale minimo significativo all'esercizio dell'impresa>>¹³.

Non pare possa comunque leggersi, negli interventi del legislatore, la "volontà di soppressione del capitale dal novero dei fattori essenziali della produzione"¹⁴: il sistema delle società c.d. di capitali, "fino ad oggi poggiante sulla formazione e sull'integrità del capitale sociale, come dotazione di risorse irreversibilmente destinate dai fondatori all'esercizio dell'attività produttiva"¹⁵, sembra non sia stato messo in discussione¹⁶:

<<Formalmente tale sistema è fatto salvo dalla presenza (...) di una soglia minima (di capitale, ndr)>>¹⁷.

Il fatto che, nominalmente, un *quantum* di capitale obbligatorio sia stato mantenuto, non permette per ora di annunciare l'avvenuto superamento del capitale sociale *tout court* (ancora cardinale nell'ambito del diritto commerciale):

<<(...) Ciò che SRLS (...) (mette, ndr) in discussione non è il capitale sociale in sé, che, dopo lo scoppio della crisi economica in atto (...) non sembra più in seria discussione, ma soltanto quel capitale sociale minimo che, fino all'introduzione di tali due istituti, nell'ordinamento italiano era garantito in tutte le società di capitali>>¹⁸.

capitale sociale"; BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 25; ASSONIME, *Circolare n. 29/2012*, cit., 1271.

¹¹ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 23.

¹² Si tenga presente che la SRLOCR non richiede che i soci siano esclusivamente persone fisiche.

¹³ ASSONIME, *Circolare n. 19/2012*, cit., 1271.

¹⁴ ATTANASIO, *SRL semplificata*, cit., 901: piuttosto, "l'intento legislativo è evidentemente quello di facilitare la nascita di imprese con bassa intensità di capitale".

¹⁵ M. CIAN, *SRL, SRL semplificata, SRL a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. Soc.*, 2012, 06, 1101.

¹⁶ "In realtà, nonostante si possa definire il capitale sociale come un istituto sotto assedio esso sembra aver mantenuto la sua centralità", F. ATTANASIO, *SRL semplificata*, cit., 901.

¹⁷ M. CIAN, *ibidem*.

¹⁸ F. TASSINARI, *Società a responsabilità limitata, società a responsabilità limitata semplificata, società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, cit., 11. La portata di quest'affermazione non è ridimensionata nemmeno dall'introduzione della SRLOCR nel sistema delle società di capitali: non deve essere dimenticato, infatti, che la SRL ordinaria a

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

E' però indubitabile che le novelle, incidenti sulla soglia minima di capitale, abbiano profondamente inciso sulla tradizionale funzione di garanzia che a questo è stata sempre riconosciuta¹⁹:

<<La funzione di garanzia svolta tradizionalmente da quest'ultimo viene (...) sacrificata a favore della semplificazione del procedimento costitutivo>>²⁰.

È possibile affermare, in conclusione, che “il capitale non rappresenterà più, nell'economia del nuovo soggetto giuridico, la garanzia generica dell'adempimento delle obbligazioni che la società assumerà, la quale sarà via via rappresentata dal patrimonio che gradualmente verrà accumulato durante la gestione dell'impresa”²¹. Ciò non esclude, però, che il capitale mantenga l'altra sua fondamentale funzione, ovvero quella organizzativa²²:

<<(…) Nel nuovo quadro normativo il capitale sociale (...) conserva essenzialmente una funzione organizzativa e contabile: e cioè quella di consentire, attraverso l'indicazione del suo valore nella sezione del passivo dello stato patrimoniale, nella voce del patrimonio netto, l'evidenziazione dell'importo inizialmente destinato dai soci all'esercizio dell'impresa, accanto alle riserve via via accumulate e all'utile o alla perdita formatasi nell'esercizio>>²³.

Il mantenimento della funzione organizzativa non può intendersi come conseguenza, più o meno accidentale, del mantenimento (pur in via meramente

capitale ridotto *si affianca* ad un tipo principale nel quale i requisiti di capitale non sono stati messi in discussione.

¹⁹ In questo senso PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1970, 34: “(...) Prima ancora che un fattore produttivo dell'utile, l'apporto degli azionisti sarebbe uno strumento di garanzia a favore dei creditori”; nello stesso senso, OLIVIERI, *Capitale e patrimonio nella riforma delle società*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Giuffrè, Milano, 2005, 3252.

²⁰ ATTANASIO, *SRL semplificata*, cit., 901.

²¹ SALAFIA, *La società a responsabilità limitata semplificata e il tribunale delle imprese*, in *Società*, 2012, 2, 153.

²² OLIVIERI, *Capitale e patrimonio*, cit., 3252 individua la funzione organizzativa nel compito di “fornire un parametro oggettivo in base al quale commisurare diritti e doveri dei soci”.

²³ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 29. In senso contrario, ATTANASIO, *La nuova SRL semplificata*, cit., 901, che legge nella introduzione delle SRL minori un ulteriore passaggio nel progressivo “svuotamento” del capitale delle sue funzioni fondamentali, “quali quella di garanzia (...) e quella organizzativa”.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

nominale) del capitale sociale, come pur sembra trasparire da alcuni commenti²⁴; è semmai vero l'inverso: il legislatore non ha voluto fare a meno di una unità minima di capitale, obbligatoria, per non rinunciare alla funzione organizzativa che gli è propria, nonché per fugare ogni dubbio riguardo la riconducibilità di SRLS (e, finché è stata "in vita", SRLCR) alla tipologia societaria della SRL²⁵:

<<La circostanza per cui il legislatore italiano abbia previsto la necessità che il capitale sociale sia almeno pari a 1 euro (...) si giustifica (...) sia perché (...) l'abolizione integrale del capitale minimo avrebbe potuto danneggiare la considerazione del tipo SRL, sia perché l'indicazione di un capitale, seppur minimo, consente ancora di determinare la quota di partecipazione di ciascun socio (...), anche e soprattutto allo scopo di commisurare quei diritti sociali che vengono tradizionalmente attribuiti in maniera proporzionale al valore della quota stessa>>²⁶.

Parte della dottrina ha interpretato, giudicandola positivamente, la scelta del legislatore come la presa d'atto che il capitale sociale minimo, da un lato, non sarebbe da solo in grado di assicurare gli operatori economici (banche, investitori, *partner* commerciali ecc...) riguardo l'affidabilità dell'impresa²⁷; mentre, dall'altro, non sempre riuscirebbe a compensare, in termini di benefici, i maggiori oneri a carico dei soci in fase costitutiva:

<<(...) Ben si comprende la scelta del legislatore: scelta che si fonda, sostanzialmente, su una valutazione positiva del rapporto tra costi e benefici derivanti complessivamente alla collettività dall'applicazione della nuova normativa. In altre parole, il legislatore ha constatato che i rischi, in termini di impatto sui potenziali creditori e terzi, conseguenti all'abolizione del vincolo di versamento di un capitale minimo per la costituzione di SRL semplificate sono assai contenuti. Tali rischi sono infatti adeguatamente gestiti attraverso l'obbligo della SRL semplificata di pubblicare la denominazione e l'ammontare del capitale sottoscritto e versato nel registro delle imprese e di indicare tali informazioni negli atti e nella corrispondenza della società: con l'effetto di rendere noti ai terzi i rischi connessi al tipo di società adottato e a consentire loro di valutare se e a quali condizioni trattare con la propria controparte. Mentre, sotto altro profilo, i predetti rischi dovrebbero essere ampiamente compensati dai vantaggi

²⁴ Così BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 29.

²⁵ Problema che, naturalmente, non si pone per la SRLOCR, organica (anche nella collocazione spaziale dei relativi articoli) al tipo SRL.

²⁶ REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata*, cit., 24.

²⁷ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 27 sostiene che i parametri di valutazione della solidità di un'impresa siano piuttosto "la competenza e l'esperienza dei titolari, l'efficienza, la puntualità nell'esecuzione dei lavori, la reputazione acquisita, il prezzo delle prestazioni offerte. Mentre, per quel che riguarda il ricorso al credito, è noto che purtroppo anche imprese di adeguata capitalizzazione non riescono oggi ad avere accesso ai finanziamenti bancari senza il rilascio di garanzie personali da parte dei soci di riferimento e/o dei loro amministratori".

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

derivanti dall'incentivo alla creazione di nuove imprese per i giovani artigiani e piccoli imprenditori, ai quali viene offerta la possibilità di avviare la propria attività in forma di società di capitali con costi assai contenuti e con il beneficio della limitazione della responsabilità personale»²⁸.

Altra parte dei commentatori, probabilmente maggioritaria, ha invece duramente contestato una così drastica riduzione del *minimum* di capitale previsto per godere della limitazione di responsabilità: da una parte vi è chi ha denunciato il forte rischio, in mancanza di un qualsiasi correttivo volto a bilanciare la possibilità di dotare la società di un capitale tanto esiguo²⁹, che i rischi dell'insolvenza vengano scaricati sui creditori e su, più in generale, quei terzi che vengano in contatto con la società³⁰; dall'altra, sul piano pratico, prevedendo che una società sguarnita di un'adeguata capitalizzazione³¹ difficilmente potrà mai ottenere credito (bancario, ma anche in termini di reputazione) sul mercato:

<<Tale situazione determinerà (...) di difficoltà a ricorrere al mercato dei finanziamenti esterni, nonché difficoltà a ricorrere al finanziamento dei soci>>³².

²⁸ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 29. L'Autore, a dimostrazione di come, anche prima dell'introduzione di SRLS, SRLCR e SRLOCR, la disciplina del capitale della SRL ordinaria non potesse considerarsi particolarmente tutelante, rileva: "(...) Due soci potrebbero costituire la loro SRL versando in banca solo in venticinque per cento del capitale minimo prescritto (...) e cioè 2.500 euro; quindi, dopo avere speso i 2.500 euro versati dai soci in conto capitale per sostenere le spese di costituzione (...), la società potrebbe, sempre in teoria, tranquillamente operare ed assumere obbligazioni nei confronti di terzi, offrendo loro a garanzia null'altro che il credito verso i soci per i conferimenti non ancora effettuati. E se, nel primo anni di attività, la società subisse perdite inferiori al terzo del capitale sociale, la società potrebbe continuare ad operare per tutto l'esercizio successivo (*ex art. 2482bis c.c.*), incrementando la propria esposizione nei confronti dei terzi, sebbene la garanzia rappresentata dal capitale sociale sia divenuta ormai di pura facciata".

²⁹ REVIGLIONO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 21. Nello stesso senso, ASSONIME, *Circolare n. 29/2012*, cit., 1271.

³⁰ REVIGLIONO, *La società semplificata a responsabilità limitata*, cit., 24. "L'assenza di qualunque forma di tutela, di controllo o di intervento in relazione alla situazione patrimoniale e finanziaria della società a semplificata a r.l. (...) si traduce in un potenziale ed ingiustificato pregiudizio delle ragioni dei terzi e dei creditori (in quanto si consente di creare un ente potenzialmente caratterizzato da una più che prevedibile e, in certi casi, sistematica situazione di sovra indebitamento) (...)".

³¹ Tanto più che, come si vedrà in seguito, il capitale non ha solo un limite minimo, ma anche un limite massimo di € 9.999: nella SRLS, dunque, una bassa capitalizzazione non è meramente eventuale, ma, al contrario, certa.

³² Di questo avviso ATTANASIO, *SRL semplificata*, cit., 901, che pure ammette, relativamente al problema della tutela dei creditori, che "l'analisi economica (ha, ndr) da tempo evidenziato

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Piuttosto frequente, tra gli Autori che si sono espressi sulle SRL minori, è l'affermazione per cui non solo il capitale ridotto creerebbe maggiori difficoltà nell'ottenimento di credito, ma renderebbe particolarmente critica la stessa attività d'impresa³³:

<<Si può immaginare che la società, priva di adeguato capitale, dovrà procurarselo, almeno all'inizio, ricorrendo al credito mediante garanzie procacciate dai soci ed accrescendo, in tal modo, i costi di esercizio, con le conseguenti negative ricadute sul prezzo del prodotto o del servizio immessi sul mercato. Successivamente, potrà ricorrere (...) all'offerta di un aumento di capitale a terzi>>³⁴.

Questa critica sembra in realtà ingenerosa, e trascura di distinguere tra capitale sociale³⁵ e mezzi (finanziari e non) complessivamente a disposizione dell'impresa nel perseguimento del proprio oggetto sociale:

<<(…) (Non, *ndr*) si tratta di società senza adeguati mezzi patrimoniali (come erroneamente rilevato da quasi tutti i primi commentatori), bensì (...) di società che non possiedono un adeguato vincolo di destinazione del proprio patrimonio, quale che esso sia>>³⁶.

come anche una più elevata soglia di capitale sociale minimo non è sufficiente a prevenire l'insolvenza”.

³³ In questo senso, REVIGLIONO, *La società semplificata a responsabilità limitata*, cit., 24, che denuncia il rischio che il capitale ridotto mini “la stessa possibilità di continuazione dell'attività sociale della società”.

³⁴ SALAFIA, *La società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 154.

³⁵ Come si è avuto modo di accennare in Introduzione (e come si vedrà meglio in seguito), il capitale non ha solo un limite minimo, ma anche un tetto massimo, pari a € 9.999. Si possono, di conseguenza, nutrire legittime riserve sulle dimensioni legali del capitale; ma da queste non è possibile far discendere automaticamente l'inadeguatezza dei mezzi necessari all'attività d'impresa.

³⁶ TASSINARI, *Società a responsabilità limitata, società a responsabilità limitata semplificata, società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, cit., 12. L'opinione contestata dall'Autore si fonda, probabilmente, sul convincimento che il capitale abbia, oltre che ruoli di garanzia e organizzativi, una funzione produttiva, cioè “come prima risorsa disponibile che i soci destinano all'esercizio dell'attività e che funge anche da leva per il ricorso ad altre forme di finanziamento”, quali il credito bancario o di terzi: così PRESTI, RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2009, 417; nello stesso senso anche G. OLIVIERI, *Capitale e patrimonio*, cit., 3252. Come lascia intendere l'Autore, però, una cosa è dire che il capitale ha funzione produttiva (ed è fuor di dubbio!); tutt'altra che *solo* il capitale ha funzione produttiva e che, dunque, in mancanza di adeguata capitalizzazione, l'impresa non ha mezzi per esercitare la propria attività.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Riservandosi di approfondire l'argomento in seguito, è giusto anticipare fin da ora che altri ordinamenti, europei e non, hanno preceduto l'Italia nell'abbattimento dei requisiti di capitale, pur contornando quest'operazione con una serie di contromisure³⁷ compensative. Là dove è stata battuta questa strada, i giudizi degli operatori e degli interpreti su una simile scelta sono stati vari, e possono certamente essere d'ausilio nel valutare la novità rappresentata dalla SRLS e dalla SRLOCR:

<<(…) Si è parlato del rischio che la variante minore possa di fatto veicolare iniziative di speculatori poco seri, quando non spregiudicati; della sostanziale inefficienza dello strumento, atteso che, proprio per la consistenza di questo rischio, la capacità di accedere al credito da parte di tali società è bassissima; dell'incoerenza del medesimo, che potrebbe preludere paradossalmente alla perdita, per così dire, del beneficio della responsabilità limitata da parte dei soci, i quali potrebbero trovarsi a dover garantire personalmente i finanziamenti erogati alla società. Nel contesto economico italiano, SRLS (e SRLCR) sono attese (...) alla prova dei fatti. Quel che è certo, tuttavia, è che esse, lungi dall'incidere solo chirurgicamente sul sistema societario, ne investono i postulati con una potenza non trascurabile, consentendo ai fondatori di erigere strutture che, da formule di organizzazione e di gestione del rischio d'impresa direttamente assunto dai medesimi, divengono puri centri collettori di risorse esterne, per l'esercizio delle attività produttive; un passaggio sul piano economico certo non consumatosi oggi, posta l'assenza, anche per i tipi maggiori, di soglie minime di capitale parametriche alle esigenze concrete dell'impresa e alla conseguente, generale possibilità di un massiccio ricorso al credito per il suo finanziamento; un passaggio però non insignificante, perché con esso l'abdicazione pura e semplice alla logica della destinazione di risorse proprie, come momento consustanziale al fenomeno societario, riceve la propria completa consacrazione codicistica>>³⁸.

2. La SRL a capitale ridotto nel mondo

Come è stato affermato, "l'introduzione di queste (...) nuove forme di SRL³⁹, oltre a rispondere a precise istanze economiche e sociali di questo tempo, si colloca nell'ambito del dibattito europeo sulla funzione del capitale sociale e rappresenta altresì una risposta allo sviluppo di forme giuridiche analoghe in altri ordinamenti"⁴⁰.

³⁷ L'espressione è di SPIOTTA, *SRL unilaterale*, cit., 54.

³⁸ CIAN, *SRL, SRL semplificata, SRL a capitale ridotto*, cit..

³⁹ Naturalmente, i commenti della dottrina qui riportati sono stati formulati riferendosi a SRLS e SRLCR. L'abrogazione di quest'ultima, seguita dall'introduzione della SRLOCR, non conduce in ogni caso a conclusioni molto diverse da quelle che potevano essere tirate nel vigore del regime anteriore al D.L. 76/2013, convertito nella L. 99/2013, dal momento che la SRL ordinaria a capitale ridotto condivide con la SRLS il *range* di capitale sociale entro cui deve restare (tra 1 e 9.999 euro). Le considerazioni che hanno ad oggetto il capitale ridotto della SRLS, quindi, trovano spazio anche in riferimento alla SRLOCR.

⁴⁰ ASSONIME, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, cit., 1271.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Sembra, in questo senso, fondata la tesi di chi ritiene che le SRL c.d. minori siano state mutate⁴¹ da ordinamenti stranieri in cui, già da tempo, esistono forme societarie analoghe. Infatti, se si alza lo sguardo oltre i confini nazionali, ci si rende immediatamente conto che SRLS e SRLOCR (e naturalmente, fino a poco tempo fa, le medesime considerazioni valevano per la SRLCR), intese come modelli di società “agevolati” ma che pure godono della limitazione della responsabilità, non rappresentano certo un *unicum* nel panorama globale:

<<Molti sistemi mostrano uno spiccato *favor* verso l’accesso alla forma societaria da parte di soggetti con risorse finanziarie modeste (...), vuoi indirizzando le iniziative societarie minori verso una variante della società a responsabilità limitata (così in Germania con la *Unternehmergeellschaft haftungsbeschränkt* e in Belgio, con la *société privée a responsabilité limitée starter*), vuoi abbattendo nello stesso tipo principale il capitale minimo (come in Francia (...), in Portogallo e, in misura minore, in Spagna (...)). Molti ordinamenti introducono altresì correttivi volti al contenimento dei costi di fondazione della società, proponendo modelli statutari standardizzati, utilizzabili per ogni società a responsabilità limitata, in presenza di determinati presupposti soggettivi e organizzativi (...), oppure per sub modelli appositamente concepiti per lo snellimento delle procedure di costituzione e di funzionamento (...)>>⁴².

Semmai quanto distingueva l’ordinamento italiano sullo scenario internazionale era, fino a poco fa, la presenza di due diversi “sub modelli”⁴³ di SRL, che rendeva la trama normativa della società a responsabilità limitata “più complessa e meno lineare rispetto a quelle presenti negli altri ordinamenti di *civil law*”⁴⁴.

Il D.L. 76/2013, come noto, aveva comunque cancellato questa anomalia, rendendo la SRL con capitale di un euro una figura unitaria, analogamente a quanto accade all’estero per i modelli a questa corrispondenti:

⁴¹ ATTANASIO, *Srl semplificata*, cit., 896. Nello stesso senso DE ANGELIS, *SRL semplificata*, in [www.ratio.it](http://www.ratio.it/ratio2/ratioonline.nsf/(allegati)/806BEC2BD3CCAC31C12579CA00327A99/$FILE/Lucidi_novit%C3%A0societarie.pdf), [http://www.ratio.it/ratio2/ratioonline.nsf/\(allegati\)/806BEC2BD3CCAC31C12579CA00327A99/\\$FILE/Lucidi_novit%C3%A0societarie.pdf](http://www.ratio.it/ratio2/ratioonline.nsf/(allegati)/806BEC2BD3CCAC31C12579CA00327A99/$FILE/Lucidi_novit%C3%A0societarie.pdf).

⁴² CIAN, *SRL, SRL semplificata, SRL a capitale ridotto*, cit..

⁴³ CIAN, *SRL, SRL semplificata, SRL a capitale ridotto*, cit., di fronte alla confusione generata dallo sdoppiamento dei modelli, scriveva: “Il panorama si rivela dunque nel suo complesso piuttosto composito e, all’interno di esso, alla coniazione di nuove figure societarie si ricorre variamente per la realizzazione dell’uno piuttosto che dell’altro di quegli obiettivi, così che le stesse si mostrano come reciprocamente apparentabili solo entro certi limiti. Nessuno dei summenzionati ordinamenti, tuttavia, presenta due distinte figure vocate al loro perseguimento, né intreccia detti obiettivi fra loro; tantomeno li collega all’età anagrafica dei partecipanti all’iniziativa”.

⁴⁴ CIAN, *ibidem*.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<(…) È indubbio che la scelta del legislatore di consentire la fissazione di un capitale molto esiguo, anche pari ad un euro, si inserisce in una tendenza degli ordinamenti europei (ma non solo) al ridimensionamento del significato del capitale sociale, che si manifesta in diverse direzioni e dà luogo alla creazione di nuovi fenomeni, nell'ambito dei quali devono essere sicuramente ricomprese le diverse forme di società semplificata>>⁴⁵.

La L. 99/2013, introducendo la SRLOCR, ha ripristinato l'anomalia originaria.

È opportuno anticipare che gli ordinamenti stranieri in cui è possibile individuare figure omologhe⁴⁶ alle nostre SRLS e SRLOCR sono quello inglese, con la *private limited company* (LTD); quello francese, con la *société à responsabilité limitée* (SARL); quello tedesco, con la *unternehmergeellschaft* (UG); quello belga, con la *société privée à responsabilité limitée starter* (SPRL-S); quello spagnolo, con la *sociedad nueva empresa* (SNE). Allargando l'analisi all'ordinamento americano, poi, non può ignorarsi la *limited liability company* (LLC).

In realtà il fenomeno della facilitazione dell'accesso alla responsabilità limitata è molto più esteso.

Non ci si soffermerà, di contro, su esperienze (talvolta) importanti quali quelle olandese⁴⁷, portoghese⁴⁸, svedese⁴⁹, danese⁵⁰, polacca⁵¹, bulgara⁵² e, seppur fuori

⁴⁵ REVIGLIONO, *La società semplificata a responsabilità limitata*, cit., 21.

⁴⁶ Il giudizio di "parentela" tra i modelli italiani e stranieri si fonda sulla loro comune vocazione al *business* piccolo e medio, sulle peculiarità rispetto ai corrispondenti tipi societari tradizionali, che il legislatore ha voluto riconoscere, in funzione agevolativa, a chi decida di utilizzarli nella propria attività d'impresa, nonché sugli obiettivi politici sottostanti alla loro introduzione: come si vedrà, infatti, tutte le versioni succitate del tipo societario SRL, italiano od europeo, sono state configurate per facilitare l'accesso all'attività imprenditoriale, perseguendo indirettamente, dunque, obiettivi di rilancio economico.

⁴⁷ Il 15 Dicembre 2009 la Camera bassa olandese ha approvato il progetto di riforma della *private company olandese* (*Besloten Vennootschap*, BV), eliminando il capitale sociale minimo, prima fissato in 18.000 euro. Si veda De KLUIVER, *Towards a simpler and more flexible law of private companies: a new approach and the dutch experience*, in *ECFR*, 2006, 45.

⁴⁸ Il Portogallo, con il *decreto lei* 33 del 7 Marzo 2011, ha modificato l'art. 201 del *código das sociedades comerciais*, introducendo per la *sociedad por quotas* il *capital social livre*, per cui "*o montante do capital social é livremente fixado no contrato de sociedade*", con il solo limite che ogni quota non può avere un valore inferiore ad un euro.

⁴⁹ Passando per la *limited liability company* locale da 100.000 a 50.000 corone.

⁵⁰ Da 120.000 a 85.000 corone.

⁵¹ Da 50.000 a 5.000 zloty.

⁵² Oggi il capitale della SRL indigena è fissato in 2 lev (pari ad un euro).

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

dall'ambito comunitario⁵³, brasiliana⁵⁴, giapponese⁵⁵, cinese⁵⁶, macaense⁵⁷, indiana⁵⁸,

⁵³ A testimonianza di quanto la tendenza a ridimensionare (quando non ad eliminare) il capitale sociale si sia diffusa negli ultimi anni, specie nei Paesi più sensibili alle esigenze del *business* e all'attrazione di investimenti esteri: "(...) Il crescente favore per l'abbandono della categoria del capitale sociale si inserisce in una più ampia tendenza particolarmente marcata negli Stati Uniti, ma che, sia pure in misura diversa, caratterizza la generalità dei Paesi capitalistici avanzati", SACCHI, *Capitale sociale e tutela dei fornitori di equity e di capitale di debito avversi al rischio dopo le opzioni del legislatore italiano nell'applicazione dei principi contabili internazionali*, relazione al convegno internazionale di studi "Le società per azioni oggi", organizzato da Rivista delle Società su, tenutosi a Venezia, 10 e 11 Novembre 2006, in www.corsomagistratitributari.unimi.it,

<http://www.corsomagistratitributari.unimi.it/STRUTTURA/DOTTRINA%20E%20RELAZIONI/IMPOSTE%20DIRETTE/Approfondimenti/09%20Sacchi/A-09%20Sacchi.pdf>. Gli atti del convegno sono stati pubblicati integralmente in *La società per azioni oggi*, Atti del Convegno Internazionale di Studi (Venezia, 10-11 novembre 2006), Giuffrè, Milano, 2007, 363.

⁵⁴ Per la SRL brasiliana non è richiesto un capitale sociale minimo, fatta eccezione per l'esercizio di alcune attività particolari (bancaria, assicurativa, di navigazione ecc.).

⁵⁵ Nel 2006 il Giappone ha eliminato *de facto* il capitale sociale per la propria *private company*, la *gōdō kaisha*: "In 1940, following the example of the German statute, Japan adopted the *yūgen kaisha* as a special organizational form for small and medium sized enterprises. However, in 2006 that form was abolished in favor of a new entity modeled after the U.S. Limited Liability Corporation (L.L.C.), the *gōdō kaisha*. Interestingly enough, all existing <<GmbHs>> were automatically converted to public corporations (*kabushiki geisha*). Simultaneously, the minimum capital requirement was dropped, making it possible to incorporate with as little as 1 Yen (less than U.S.\$ 0.01 !)", BEURSKENS, NOACK, *The reform of German private limited company: is the GmbH ready for the 21st century?*, in *German Law Journal*, 2008, 1071.

⁵⁶ La *you xian ze ren gong si* cinese, equivalente ad una società a responsabilità limitata, è stata riformata, insieme al resto del diritto societario cinese con la L. 27 Ottobre 2005. Nel vigore del vecchio sistema (c.d. "old company law", su cui si veda CHEN, *Towards an understanding of Chinese law, its nature and development*, Kluwer, London, 2003, 303), alla LLC veniva richiesto un capitale minimo differenziato a seconda dell'attività esercitata: 100.000 renminbi (yuan) per le attività di servizi; 300.000 RMB per il commercio al dettaglio; 500.000 RMB per la produzione industriale e il commercio all'ingrosso. "Though these limits did not significantly restrict state owned enterprises or individual investors in China's wealthier coastal regions, they imposed significant barriers for individual investors and for businesses in the less developed regions", DICKINSON, *Introduction to the new company law of the People's Republic of China*, in www.chinalawblog.com, <http://www.chinalawblog.com/NewCompanyLaw.pdf>. La *new company law*, vigente dal 1 Gennaio 2006, nell'intento di incoraggiare l'attività economica, ha eliminato il sistema del capitale minimo differenziato a seconda dell'attività svolta, che oggi è fissato per tutte le LLC in

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

emiratina⁵⁹, sudafricana⁶⁰ ed israeliana⁶¹.

Sono stati i paesi di *common law*, Stati Uniti e Inghilterra in testa, a porsi per primi il problema di continuare a garantire l'accesso alla responsabilità limitata attraverso un modello societario "assai più semplice, flessibile ed economico"⁶² di quelli tradizionali, in quanto bisognoso di minori requisiti di capitale: in questi Paesi, infatti, "il diritto è più flessibile ed il sistema giuridico è più pronto ad adattarsi ai mutamenti dei mercati, per tenere conto del costante evolversi delle esigenze degli operatori economici e conciliare queste ultime con le contrapposte esigenze dei vari *stakeholders*, la cui sfera di interessi è a vario titolo influenzata dall'attività svolta dalle imprese collettive"⁶³. Inoltre questi ordinamenti, per riconoscimento unanime della dottrina comparatistica, sono particolarmente sensibili alle esigenze dei quotisti/azionisti⁶⁴, e

30.000 RMB. La riforma ha anche introdotto la LLC unipersonale, prima non consentita, che richiede il capitale minimo di 100.000 RMB, "*in order to prevent abuse*", DICKINSON, *Introduction to the new company law*, cit.. Sono ammessi i conferimenti in denaro, e quelli di beni, IP e *land-use rights*, mentre non sono consentiti quelli d'opera e di crediti: si veda sul punto GU, *Understanding chinese company law*, Hong Kong Univ. Pr., Hong Kong, 2006, 89. Sul punto si vedano anche MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. Soc.*, 2012, 250; CHAN, *Why does China not abolish the minimum capital requirement for limited liability companies?*, in <http://papers.ssrn.com>, 2 Agosto 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1442791. Di sicuro interesse anche il *briefing paper* sull'uso della LLC cinese da parte degli investitori esteri di HAN, ZONG, YE, *Registered capital of foreign invested enterprises in China: not as scary as it seems*, in <http://www.lehmanlaw.com>, http://www.lehmanlaw.com/fileadmin/lehmanlaw_com/Publications/Briefing_Paper_Series/Registered_Capital_of_Foreign_Invested_Enterprises_in_China.pdf.

⁵⁷ Si veda DIAS SIMÕES, *Legal capital rules in Europe: is there still room for creditor protection?*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2013, 166.

⁵⁸ Oggi la *private limited company* (la SRL locale ha mantenuto la denominazione inglese) ha un capitale minimo di 100.000 rupie (pari a poco più di 1.000 euro).

⁵⁹ Dal 1 Giugno 2009 le *limited liability companies* tanto dell'emirato di Dubai, quanto di Abu Dhabi, non richiederanno più un capitale sociale minimo.

⁶⁰ Nel diritto societario sudafricano, come riformato nel 2008, non esiste un capitale minimo; ma gli amministratori della società devono dichiarare che il capitale è adeguato per l'oggetto sociale che si intende perseguire.

⁶¹ Per costituire una *private company* israeliana non è richiesto alcun capitale minimo.

⁶² OSTI, *Srl e limited liability company*, in *Srl commentario*, a cura di DOLMETTA, PRESTI, Milano, 2011, 1180.

⁶³ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 27.

⁶⁴ *Ex multis* HERTIG, KANDA, *La tutela dei creditori*, in *Diritto societario comparato*, a cura di ENRIQUES, Il Mulino, Bologna, 2006, 102; MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

decisamente meno a quelle dei creditori (e queste riflessioni valgono segnatamente per il diritto statunitense!):

<<Il principale scopo del diritto societario in Europa è proteggere i creditori, i quali trovano nella legge, prima ancora che nei contratti, la propria fonte di tutela. Negli Stati Uniti è vero l'opposto. (...) Il principale scopo del diritto societario americano è di fornire il massimo grado di flessibilità e di autonomia privata, all'interno di una cornice intesa massimizzare il valore per gli azionisti>>⁶⁵.

In questi contesti, dunque, alla presa d'atto dei limiti del capitale⁶⁶ è conseguita, assai velocemente, la radicale abolizione dell'istituto medesimo; la quale ha interessato, in particolar modo, quei modelli di "società affini a quelle di persone, ma dotate della limitazione della responsabilità"⁶⁷, quali sono le *limited liability companies* americane (LLC), e le *private limited companies* britanniche (LTD)⁶⁸.

3. La LLC americana

Negli Stati Uniti è possibile costituire una LLC, beneficiando della limitazione della responsabilità pur senza la necessità di conferire un capitale minimo⁶⁹. È indispensabile premettere che, nel contesto del diritto societario americano, non si può parlare di un'unica LLC statunitense⁷⁰:

sociale: realtà e prospettive, cit., 244; ID., *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, cit., 1208; PALMITER, (Wake Forest University Winston-Salem, North Carolina USA), *Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento statunitense delle società commerciali ("Corporations") ed il futuro dell'amministrazione e controllo societario ("Corporate governance") dopo il caso Enron*, Prolusione alla Scuola del Notariato della Lombardia 2003-2004, 4 Ottobre 2003, <http://home.datacomm.ch/ugobechini/palmiter.htm>; e SACCHI, *Capitale sociale e tutela dei fornitori di equity*, cit., 153.

⁶⁵ ENRIQUES, MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. Soc.*, 2002, 86.

⁶⁶ Su cui si veda *infra*.

⁶⁷ CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Cottino*, Cedam, Padova, 2007, 629.

⁶⁸ Per meglio orientarsi nella terminologia giuridica di *common law* può essere d'aiuto DE CRUZ, *Comparative law in a changing world*, Cavendish, London, 1999, 341, *sub cap.* XI, *Corporate and commercial law*.

⁶⁹ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata*, cit., 28.

⁷⁰ OSTI, *Srl e limited company*, cit..

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<(…) È appena il caso di ricordare che il diritto commerciale è, negli Stati Uniti, essenzialmente statale⁷¹, salva ovviamente la pervasiva incidenza del diritto c.d. uniforme che pure, tecnicamente parlando, passa sempre per l'adozione della relativa legislazione da parte dei singoli Stati (...)>>⁷².

Ciò non vuol comunque dire che i diritti societari dei singoli Stati si siano evoluti in modo autonomo e disomogeneo, anche se questo sarebbe stato, astrattamente, possibile. Un potentissimo formante di uniformazione dei differenti diritti commerciali statali è stato rappresentato, nel tempo, dal *Model Business Corporation Act* (MBCA), un “prototipo”⁷³ di legislazione commerciale redatto nel secondo dopoguerra, e periodicamente aggiornato, dall'*American Bar Association*, adottato volontariamente dai singoli Stati⁷⁴:

<<Molti stati (circa 35) hanno adottato una versione della Legge Modello per le Società. Altri, come New York e la California, hanno normative che più o meno rispecchiano previsioni standard con solo poche sorprese. La legge modello per le società (MBCA) è un modello normativo elaborato dalla Commissione per il diritto societario della associazione americana degli avvocati. Molte delle sue previsioni sono adattamenti dalle leggi del Delaware anche se spesso meglio organizzati e scritti in modo più chiaro. Queste norme vengono revisionate regolarmente ed erano state promulgate per la prima volta nel 1949. La più significativa revisione è stata fatta nel 1984. Come il Delaware molti stati hanno adottato la legge modello per le società e contano sulle associazioni locali degli avvocati per preparare bozze e revisioni; ci sono comunque alcune differenze tra le leggi societarie del Delaware e la legge modello per le società ma, comunque, sono molto poche. In realtà, per molti aspetti, le differenze si limitano a sottolineare le molte similarità e uniformità del diritto societario americano (...)>>⁷⁵.

⁷¹ Con la non trascurabile eccezione del diritto fallimentare che ha, invece, matrice federale. Come ricorda, infatti, MUCCIARELLI, *Optimal allocation of law-making power over bankruptcy law in federal and quasi-federal legal systems: is there a case for harmonizing or unifying bankruptcy law in the E.U.?*, paper per la New York University School of Law, in www.associazionepreite.it, Settembre 2011, www.associazionepreite.it/scritti/mucciarelli006.php, 6: “U.S. bankruptcy law was (...) federalized one century after the enactment of U.S. Constitution, under the need to address continental insolvencies of big corporations (mainly railroads)”.

⁷² C. OSTI, *ibidem*.

⁷³ Così lo definisce WEIGMANN, *Le società unipersonali: esperienze positive e prospettive di diritto uniforme*, in *Contr. e Impr.*, 1986, 832.

⁷⁴ Stati adottanti sono, ad esempio, Arizona, Florida, Georgia, Illinois, North Carolina, South Carolina, Washington, Wisconsin, a riprova della larga influenza esercitata dal MBCA sul diritto dei singoli Stati.

⁷⁵ PALMITER, *Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento statunitense*, cit.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Nonostante la competenza statale a regolare il diritto delle società, dunque, le singole legislazioni sono abbastanza omogenee: è dunque possibile fare alcune considerazioni generali e valide universalmente in merito alla LLC.

Questa forma societaria, assimilabile alla società a responsabilità limitata italiana⁷⁶ e ai suoi omologhi europei, è stata introdotta per la prima volta nello Stato del Wyoming, nel 1977, ispirandosi alla GmbH tedesca:

<<Successivamente, le LLC sono state progressivamente introdotte anche negli altri Stati e si è dovuto attendere fino al 1996 per avere una generalizzata presenza di questo tipo di società in tutti i cinquanta Stati che compongono gli Stati Uniti d'America>>⁷⁷.

Le società americane hanno libertà di movimento sull'intero territorio federale⁷⁸: una LLC, costituita secondo la legge di un certo Stato, può di conseguenza operare in qualsiasi altro Stato americano “a condizione (...) che si registri con le autorità competenti dello Stato (...) in cui desidera condurre affari”⁷⁹:

<<Selecting a State of incorporation has important consequences, because of the so-called “internal affairs doctrine” – a conflicts of law rule holding that corporate governance matters are controlled by the law of the State of incorporation>>⁸⁰.

⁷⁶ In questo senso LANDAY, *Le fiscalità delle limited liability companies statunitensi*, in *Dir. Econ.*, 1998, 643.

⁷⁷ LANDAY, *ibidem*.

⁷⁸ “(...) L'obbligo di consentire la libera circolazione all'interno dell'ordinamento (costituisce, ndr) un principio di importanza fondamentale per gli ordinamenti federali (come nel caso (...) della *full faith and credit clause* statunitense)”, come ricorda GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'Unione Europea: un nuovo caso Delaware?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 133. Nello stesso senso anche CARY, *Federalism and corporate law: reflections upon Delaware*, in *YLJ*, 1974, 669: “(...) *Full faith and credit must be given to Delaware Corporation Law as to companies organized there but operating in other States*”. E' la stessa Costituzione degli Stati Uniti che, all'art. IV, sez. I, stabilisce: “*Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof*”. Per approfondire i problemi legati alla *full faith and credit clause*, si veda BUXBAUM, HOPT, *Legal harmonization and the business enterprise*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

⁷⁹ GUIISO-GALLISAY, *Le limited liability companies nella pratica societaria e fiscale internazionale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, 89.

⁸⁰ BAINBRIDGE *Corporate law*, Foundation Press/Thomson West, New York, 2009, 8.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Questa situazione, in mancanza di un legislatore centrale in grado di uniformare dall'alto la legislazione, ha determinato, sin dall'introduzione della LLC, una *race* tra gli Stati a riformare il proprio diritto societario (e fiscale) interno, in modo da garantire agli investitori, interni ed esterni, le migliori condizioni giuridiche per operare. Ecco che la concorrenza tra Stati ha rappresentato un secondo, potentissimo, fattore di avvicinamento dei diritti commerciali statali. In particolare, gli Stati si sono sforzati di inseguire, imitandolo, il Delaware⁸¹, indiscusso *major corporate domicile*⁸² grazie, in particolar modo, alla qualità della propria legislazione commerciale:

⁸¹ Non a caso è stato il Delaware a fare “la parte del leone” per capacità di attrarre *incorporations* di società americane (LLC o meno): come esposto nel *report* realizzato dall'ICE (Istituto Italiano per il Commercio Estero) *La costituzione di società negli Stati Uniti*, in www.ice.gov.it, http://www.ice.gov.it/paesi/america/statiuniti/costituzione_societ%C3%A0.pdf, 2, “si suol dire che lo Stato del Delaware presenta il sistema giuridico societario e tributario più sofisticato ed evoluto e che consente la gestione più efficiente di tali società. Ciò, tuttavia, ha rilevanza nei casi di aziende di una certa dimensione o che intendano svolgere attività in più Stati. L'amministrazione tributaria e i tribunali commerciali del Delaware hanno infatti una notevole esperienza in materia di diritto societario e commerciale a causa del gran numero di aziende che vengono costituite in questo Stato”: basti dire che il 60% delle *Fortune 500 Companies* e il 50% delle quotate alla *NY Stock Exchange* hanno sede nel Delaware, come afferma il sito *web* dello Stato del Delaware (www.state.de.us/corp). Addirittura “più del 50% delle più grandi società americane sono costituite nel Delaware; più dell'80% delle nuove *public corporations* scelgono il Delaware quando decidono di collocare le loro azioni presso il pubblico. Quando i *policy makers* discutono questioni del diritto societario (se, ad esempio, le leggi statali sulle società prevedano una adeguata *corporate governance*) si focalizzano sulle leggi del Delaware. Non solo le grandi *public companies* (ed i loro consulenti legali e fiscali) scelgono il Delaware; anche un vasto numero di piccole ma sofisticate società scelgono il Delaware per la sua normativa relativa alle *corporations*, alle *limited partnerships* ed alle *limited liability companies*”, PALMITER, *Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento statunitense*, *cit.*. Da rilevare l'opinione, antitetica, di ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano a confronto: and never the twain shall meet?*, relazione al XLI Congresso nazionale del Notariato, “Civil law, common law: sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi”, in www.notariato.it, Settembre 2005, <http://www.notariato.it/export/sites/default/it/primo-piano/congressi-convegni/xli-congresso-naz-notariato-pesaro/OKEnriques.pdf>, 1, che afferma: “(...) Il Delaware ha sì una posizione preminente nel diritto societario americano, ma solo per le società quotate, la maggioranza delle quali lo ha scelto in alternativa allo stato della sede amministrativa (...). Poiché il diritto del Delaware è più costoso (...) le società chiuse scelgono assai più spesso il diritto dello stato in cui hanno la sede amministrativa”.

⁸² Così lo definisce GNES, *Il diritto di stabilimento delle società*, *cit.*, 133: “Il primato di tale Stato è consentito dalla combinazione di due fattori: da un lato, vi è il principio,

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<Delaware has played and still plays a pivotal role as the National lawmaker in the USA, protecting itself from other states and federal interference by responding to interest group pressures. (...) Its legal product (...) is arguably superior to what a centralised regime would produce>>⁸³.

Questa dinamica, alternativa⁸⁴ al processo di uniformazione incardinato sul MBCA, è anche conosciuta come *Delaware effect*⁸⁵.

Tralasciando ulteriori considerazioni sull' *an* e sul *quantum* la concorrenza sia effettivamente salutare per gli ordinamenti che la subiscono⁸⁶, è con la competizione

costituzionalmente garantito dalla *full faith and credit clause* (che deve essere riconosciuto alle leggi del Delaware), per cui le società create nello Stato godono dell'applicazione delle norme dello Stato stesso, anche quando vengano citate in giudizio innanzi alle Corti federali di altri Stati (che sono tenute, secondo il principio stabilito nella sentenza *Erie*, ad applicare il diritto e la giurisprudenza dello Stato di origine, ossia del Delaware); dall'altro lato, vi è il continuo adattamento della legislazione (nonché dei servizi alle imprese) del Delaware, motivato dal fatto che (come ritenne CARY, *Federalism and corporate law, cit.*, 668) «*Delaware understandably does not wish to surrender its lead*». Peraltro “il Delaware non ha sempre avuto questo ruolo guida nelle costituzioni di società in America. Verso la fine dell'800 questo ruolo lo aveva il New Jersey. Esso aveva una iniziale legislazione permissiva che, tra le altre cose, consentiva alle *corporations* di possedere azioni di altre *corporations*, rendendo così possibili quelle famose strutture monopolistiche di società di partecipazioni conosciute come *trusts*. Agli inizi del '900, però, il New Jersey commise un grave errore concorrenziale. Il suo governatore Woodrow Wilson, sollecitò l'assemblea legislativa del New Jersey a riformare il diritto societario statale al fine di renderlo più rigido. (...) Come risultato le società si sono reincorporate (trasferite) nel Delaware che nel 1899 aveva mutuato e fatto propria la maggior parte della precedente normativa del New Jersey”, PALMITER, *le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento statunitense, cit.*

⁸³ McCAHERY, VERMEULEN, *Does the European Company prevent the Delaware effect?*, in *ELJ*, 2005, 791.

⁸⁴ Questo è l'aggettivo usato da BAINBRIDGE, *Corporate law, cit.*, 9: “*The most important alternative to Delaware law is the American Bar Association's Model Business Corporation Act (MBCA)*”.

⁸⁵ Ovvero la rincorsa, da parte dei singoli Stati, a modificare (per renderlo sempre più appetibile) il proprio diritto commerciale interno, in modo da attirare entro i propri confini società da altri Stati, ed incassare le relative imposte: in questo senso si veda GNES, *Il diritto di stabilimento, cit.*

⁸⁶ “Il caso Delaware ha dato luogo ad un ampio dibattito, relativo alla necessità di una regolamentazione federale, al fine di evitare una concorrenza tra gli Stati americani, che potrebbe portare ad un peggioramento (...) della legislazione e della tutela di certi soggetti deboli, quali gli azionisti. Tale dibattito, tuttavia, non ha portato a risultati univoci, a causa sia delle difficoltà di valutare gli effetti, sui diversi interessi coinvolti, derivanti dalla scelta di una legislazione più favorevole (operata attraverso il trasferimento delle società), sia, probabilmente,

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

che si spiega il breve lasso di tempo intercorso tra la prima introduzione della LLC e l'adozione della stessa da parte di tutti e cinquanta gli Stati americani:

<<Per quanto concerne (...) la (...) concorrenza orizzontale⁸⁷, questa si è verificata (...) nel contesto dei rapporti tra i vari Stati della federazione nordamericana. Si vuole che la disponibilità di diversi sistemi giuridici e di un efficiente mercato dei capitali crei una concorrenza tra Stati che

perché la scelta del livello di regolamentazione implica scelte di politica economica ben più ampie”, GNES, *Il diritto di stabilimento, cit.*. Nello stesso senso WEIGMANN, in nota alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 Marzo 1999, n.212, in *Giur. It.*, 2000, 4: “È noto che la competizione fra ordinamenti statali per attrarre le società da incorporare è stata al centro di un accanito dibattito fra gli studiosi americani, divisi fra chi dolentemente lamentava una gara al ribasso (una *race to the bottom* secondo l'espressione di CARY, *Federalism and corporate debate, cit., ndr*) e chi invece ribatteva che nella concorrenza vince sempre il prodotto migliore e che quindi i risparmiatori, se non gradissero la collocazione della sede legale in Delaware o in altri Stati dalla legislazione indulgente, penalizzerebbero le imprese che compiono scelte deteriori, offrendo capitale ma ad un prezzo più caro, idoneo a scontare le minori garanzie ricevute”. Per un giudizio negativo sul potenziale benefico della concorrenza tra ordinamenti, si vedano OSTI, *Srl e limited company, cit.*, 1185; e la celeberrima tesi di CARY, *Federalism and corporate debate, cit.*, 663, secondo il quale “*Delaware is both the sponsor and the victim of a system contributing to the deterioration of corporation standards*”; dello stesso avviso BEBCHUK, *Federalism and the corporation: the deisiderable limits on Sta competition in corporate law*, in *HLR*, 1992, 1437, che giunge a sostenere l'esigenza di un intervento del legislatore federale per contenere la concorrenza al ribasso tra ordinamenti. Per l'opinione opposta, peraltro proprio in risposta a Cary, si veda WINTER, *State law, shareholder protection, and the theory of the corporation*, in *J. Leg. Studies*, 1977, 258, che afferma: “*The implausibility of the race to the bottom argument is obscure because the literature calling for striate regulation stresses only expected benefits while ignoring costs and is in a real sense the victim of its own rhetoric. To say a legal system is marked by laxity implies a cost-benefit judgement about more stringent regulation but such rhetoric in the shareholder protection area is rarely accompanied by the analysis such judgments call for. In truth, a lax lega system in neither intuitively nor empirically inferior to a stringent one*”; e ROMANO, *The genius of American corporate law*, AEI Press, Washington, 1993, 5, secondo la quale “*federalism spurs innovation in public policy because of the incremental experimentation afforded by fifty laboratories of states competing for citizens and firms*”; secondo l'Autrice, poi, la concorrenza tra ordinamenti, generata naturalmente da un ordinamento federalista, costituirebbe un esempio di *race to the top*, e non una rincorsa al ribasso (“*to the bottom*”) come sostenuto, al contrario, da William Cary: in questo senso si veda “*The federalism debate*”, sub “*A race for the bottom or to the top?*”. Si veda anche ID., *The state competition debate in corporate law, paper* per la Yale Law University, in <http://digitalcommons.law.yale.edu>, 1 Gennaio 1987.

⁸⁷ Ovvero quella tra contesti territoriali diversi, e distinta da quella c.d. verticale, tra differenti forme societarie dello stesso ordinamento.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

naturalmente, senza l'intervento di un legislatore centrale (e cioè federale, o uniforme), porta a riprodurre il sistema che più efficientemente tutela gli interessi in gioco (...)>>⁸⁸.

Le LLC offrono, innanzitutto, il vantaggio⁸⁹ di godere di un regime fiscale trasparente⁹⁰, che consente ai soci “di evitare quindi la doppia imposizione propria delle società americane”⁹¹. Inoltre la loro costituzione è particolarmente semplice⁹², e,

⁸⁸ OSTI, *Srl e limited company*, cit., 1185.

⁸⁹ La pressione fiscale è ovviamente un fortissimo elemento di attrattività di un ordinamento (concorrenza c.d. orizzontale); ma può essere il fattore determinante per l'adozione di un particolare modello societario nel contesto dello stesso ordinamento (concorrenza c.d. verticale): il che si verifica, in particolare, qualora un determinato tipo societario goda di aliquote differenziate, come accade per la LLC negli USA. Qui non ci si soffermerà su quest'aspetto; ma era essenziale, nel presentare la LLC, ricordare come uno dei suoi punti di forza stia proprio nel regime tributario a cui è sottoposta, il quale la fa spesso preferire ad altre forme di organizzazione dell'impresa collettiva.

⁹⁰ Altrettanto interessante, per chi intenda approfondire il regime fiscale trasparente delle LLC, è l'analoga relazione, sempre dell'ICE, sulla tassazione delle società negli USA: *Il regime fiscale degli Stati Uniti*, in www.ice.gov.it, http://www.ice.gov.it/paesi/america/statiuniti/regime_fiscale.pdf.

⁹¹ GUISSO-GALLISAY, *Le limited liability companies: un nuovo strumento per le joint ventures tra Italia e Usa*, in *Società*, 1998, 395. Il regolamento dell'IRS “*check the box*”, che ha affermato il principio della c.d. trasparenza fiscale, risale al 2006, e ha permesso di ridurre sensibilmente l'imposizione societaria delle LLC, che dunque sono immediatamente risultate estremamente convenienti agli occhi degli investitori. Il regime fiscale delle LLC, equiparato a quello delle *partnerships* (le società di persone), è, dunque, uno dei motivi principali del loro successo.

⁹² Richiedendo dalle 24 alle 48 ore, ed essendo realizzabile grazie all'intervento di un legale che ne prepara l'atto costitutivo, il c.d. *certificate of incorporation* (che conferisce alla società la personalità giuridica), e che svolge la funzione di rappresentante legale della società fino alla prima riunione degli organi societari. Peraltro “*the term <<certificate of incorporation>> (...) includes not only the original certificate of incorporation filed to create a corporation but also all other certificates, agreements of merger or consolidation, plans of reorganization, or other instruments, howsoever designated, which are filed pursuant to sections 102 (ecc..., ndr), and which have the effect of amending or supplementing in some respect a corporation's original certificate of incorporation*”, Delaware General Corporation Law, in FOLK, WARD, WELCH, *Folk on the Delaware General Corporation Law: a commentary and analysis*, Little, Brown and Co., Boston, 1992, *sub* § 104: in questo modo, “*Section 104 provides a definition (...) that encompasses many documents in addition to the initial certificate filed and recorded by the incorporators*”.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

trovandosi a metà strada tra le società di persone e di capitali⁹³, anche la normativa⁹⁴ che regola il loro funzionamento, a partire dalle norme in tema di amministrazione, è piuttosto agile:

<<Per quanto riguarda l'amministrazione, le *limited liability companies* possono essere amministrate da uno o più amministratori, anche non soci, e possono delegare, anche a non soci, una o più funzioni amministrative (...). Tutti i soci possono partecipare all'amministrazione delle *limited liability companies*. Non vi sono, pertanto, soci che, analogamente a quanto accade per i soci accomandanti delle nostre società in accomandita italiane, sono esclusi dall'amministrazione degli affari societari>>⁹⁵.

Infine, ed è quanto più interessa ai fini del presente lavoro, le LLC non sono soggette ad alcun requisito minimo di capitale che, salvo rare eccezioni⁹⁶, non esiste (più⁹⁷) nel sistema societario statunitense⁹⁸:

⁹³ Così GUIISO-GALLISAY, *Le limited liability companies: un nuovo strumento per le joint ventures tra Italia e Usa*, cit., 393.

⁹⁴ Per una efficace presentazione dei principali aspetti della disciplina delle LLC, si veda GUIISO-GALLISAY, *Le limited liability companies nella pratica societaria e fiscale internazionale*, cit., 85.

⁹⁵ GUIISO-GALLISAY, *Le limited liability companies nella pratica societaria e fiscale internazionale*, cit., 89. L'Autore continua specificando che gli amministratori di LLC sono soggetti a *fiduciary duties* sia verso la società che verso i soci, ampliabili statutariamente. E' invece dibattuto se, oltre le previsioni statutarie, si possa comunque configurare un *breach* dei doveri c.d. fiduciari, ovvero principalmente il *duty of care* e il *duty of loyalty* (come avviene per gli amministratori di *corporations*): su questo tema si veda l'analisi della posizione della Corte Suprema del Delaware in una recente sentenza, riportata in A.A., *La questione dei doveri fiduciari degli amministratori nelle limited liability companies in Delaware, alla luce di una recente pronuncia giurisprudenziale*, in *Riv. Soc.*, 2012, 289.

⁹⁶ Si veda *infra*.

⁹⁷ La disciplina del capitale, come il restante diritto commerciale americano, è di matrice statale e non è dunque consigliabile fare un discorso unitario intorno ad esso. Si tenga conto, però, che nel MBCA vigente fino al 1969 veniva imposto un capitale minimo pari a \$ 1.000, senza il quale la società non avrebbe potuto intraprendere la propria attività *lawfully*: così BOOTH, *A chronology of the evolution of the MBCA*, in *Bus. Law*, 2000, 63. La previsione fu eliminata nel 1980, e subito 30 Stati si adeguarono: tra questi non era incluso il Delaware, che però, pur prevenendo la fissazione di un capitale, non stabilisce alcun minimo legale. Per un *excursus* sull'istituto del capitale sociale nel diritto societario americano, si vedano BOOTH, *Capital requirements in United States corporation law*, consultabile in www.digitalcommons.law.umaryland.edu, http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=fac_pubs, 2; SACCHI, *Capitale sociale e tutela dei fornitori di equity*, cit.; ENRIQUES, MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori*, cit., 93. In ogni caso, oggi si può

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

US>>⁹⁹. <<(...) *Capital adequacy and maintenance requirements are virtually non existent in the*

In tutela dei creditori (e non solo), altri obblighi suppliscono alla mancanza di un capitale sociale e della relativa disciplina:

<<A tutela dei terzi sono previsti esclusivamente limitati obblighi di *disclosure* (in particolare la società deve conservare presso la propria sede i bilanci degli ultimi tre anni, con l'indicazione del capitale versato e di quello che i soci si sono impegnati a versare¹⁰⁰). E la legge espressamente vieta alla società di effettuare qualsiasi distribuzione¹⁰¹/restituzione ai soci sino a quando i debiti complessivi della società

sostanzialmente affermare, con una certa serenità, che, almeno per le *close corporations*, ovvero quelle società dotate di particolari requisiti dimensionali che vengono assoggettate ad una disciplina specifica, “*a minimum capital is not required*”, LUTTER, *Capital*, in *Int. Enc. Comp. L.*, vol. XIII, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 34; uniche eccezioni risultano essere, attualmente, il South Dakota, il Texas, e il District of Columbia, che richiedono un capitale minimo di \$ 1000.

⁹⁸ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata*, cit., 29. Così anche HERTIG KANDA, *La tutela dei creditori*, cit., 84; si veda anche a pagina 4 della relazione dell'ICE, dove si afferma espressamente che il capitale sociale liberamente determinabile è uno degli aspetti più attraenti del regime societario americano, che permette al socio di determinare volta per volta se un apporto alla società vada inteso a titolo di capitale o di prestito: a garanzia dei creditori, però, vale la regola per cui, tendenzialmente, nelle LLC il rapporto tra debiti e capitale non possa superare il rapporto di 5 a 1.

⁹⁹ GELTER, *The structure of regulatory competition in european corporate law*, paper della Harvard University, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Fellow's Discussion Paper Series, in <http://www.law.harvard.edu>, 2008, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Gelter_20.pdf. Nello stesso senso anche IRUJO, *A vueltas con el perfil tipológico del sociedad de responsabilidad limitada*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2007, 20.

¹⁰⁰ Si veda la disciplina del *payment of shares*, ispirata più ad esigenze di efficienza che di tutela dei creditori, in BEURSKENS, NOACK, *The reform of german private limited company*, cit., 1080.

¹⁰¹ “(...) *Most states base their limitations on an (in)solvency test, i.e. distributions are allowed unless they would render a company unable to pay its debt. Some states add a balance surplus test which is more comparable to the German system: distributions are limited to the difference between total assets and total liabilities insofar as they exceed the stated capital*”, BEURSKENS, NOACK, *The reform of german private limited company*, cit., 1081. Nello stesso senso anche GINEVRA, *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale*, in *Banca borsa*, 2013, 174.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

(esclusi quelli verso i soci) eccedano il *fair value* degli *assets* della società¹⁰². Peraltro, ad una disciplina alquanto permissiva per quel che riguarda i vincoli e gli obblighi volti alla tutela dei terzi si contrappone un sistema assai articolato ed efficace volto a garantire il recupero del credito da parte dei finanziatori e dei creditori sociali. I finanziatori (a qualunque titolo) della società possono infatti garantirsi trascrivendo in apposito registro un “*financing statement*” che accorda loro una sorta di privilegio (“*security interest*”) sui beni posti a garanzia dal debitore (“*collateral*”). Ed in caso di inadempienza del debitore i creditori possono ricorrere alla “*self-help repossession*”: possono cioè, in via di autotutela e senza attivare alcun procedimento giudiziale, recuperare i “*collateral*” dati in garanzia dal debitore (sempre che ciò possa avvenire in forma non violenta e senza “*breach of the peace*”). Ed in caso di inadempienza del debitore i creditori possono ricorrere alla “*self-help repossession*”: possono cioè, in via di autotutela e senza attivare alcun procedimento giudiziale, recuperare i “*collateral*” dati in garanzia dal debitore (sempre che ciò possa avvenire in forma non violenta e senza “*breach of the peace*”). Pertanto, da un punto di vista di analisi economica del diritto si può osservare come, nel complesso, il sistema sia caratterizzato da un elevato grado di efficienza¹⁰³.

¹⁰² Dall’assenza del capitale sociale deriva una particolare conformazione della disciplina corrispondente al c.d. sistema del netto italiano, a cominciare dalla piena distribuibilità di tutto l’attivo che non debba essere mantenuto a copertura di debiti (così superando la c.d. *trust fund doctrine*, per la quale le *corporations* dovevano mantenere una porzione stabile di attivo, corrispondente al *par value* delle azioni emesse, a tutela dei creditori). Infatti, “anche dove il capitale è previsto, la riduzione non consente ai creditori di fare opposizione, ma solo, se del caso, di presentare istanza di fallimento se la società diviene insolvente per effetto della riduzione (o della distribuzione). (...) Qualora sia previsto un capitale e vi siano perdite accumulate è necessario provvedere ad una riduzione per effettuare nuove distribuzioni, solo quando non è consentito dividere tra i soci l’utile netto dell’esercizio (*nimble dividend*). Infine, qualunque sia l’entità delle perdite, anche se l’attivo netto risulta negativo la società non è mai tenuta ad operare una riduzione (se è previsto un capitale sociale), né deve sciogliersi, né tantomeno dev’essere adottata alcuna misura di allarme da parte degli amministratori”, DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un’analisi comparatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 559. Sul punto si veda anche MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, cit., 1267.

¹⁰³ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, cit., 28. Si pensi, inoltre, alla misure di tutela dei creditori imposte da leggi federali o, più frequentemente, di diritto c.d. uniforme: “(...) *Other measures are considered to be important for creditor protection, which are regulated either by federal law or by uniform laws. The Uniform Fraudulent Transfer Act and the older Uniform Fraudulent Conveyance Act have been, in some form, implemented in all US states. Those laws do not only address transfers with the actual intention to defraud creditors. A transaction will be considered a fraudulent transfer in two cases: in the first case, the debtor either <<was engaged or was about to engage in a business or a transaction for which the remaining assets of the debtor were unreasonably small in relation to the business or transaction>>; in the second case, he or she must have (Uniform Fraudulent Transfer Act, § 4, ndr) <<intended to incur, or believed or reasonably should have believed that he [or she] would incur, debts beyond his [or her] ability to pay as they became*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Queste caratteristiche della LLC la rendono fruibile per una platea particolarmente vasta di attività imprenditoriali, dalle piccole imprese¹⁰⁴, a cui è idealmente rivolta¹⁰⁵, ai *business*¹⁰⁶ più importanti; e questa forma societaria così efficiente viene conservata ben oltre la fase di *start up*, per tutta la vita dell'impresa.

4. La LTD inglese

Nel Regno Unito¹⁰⁷ il modello societario corrispondente¹⁰⁸ alla SRL(S)¹⁰⁹ nostrana è, invece, senza dubbio, la *private limited company*¹¹⁰, recentemente interessata da una profonda riforma¹¹¹.

due>>. The provision also covers dividend payments (...). Foreseeability by the beneficiary is not necessary for the application of the statute", GELTER, *The structure of regulatory competition*, cit., 46.

¹⁰⁴ E' perfettamente ammissibile la LLC unipersonale: si veda WEIGMANN, *Le società unipersonali: esperienze positive e prospettive di diritto uniforme*, in *Contr. e Impr.*, 1986, 831.

¹⁰⁵ In questo senso SANTELLA, *Prospettive del diritto societario europeo*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2010, 782.

¹⁰⁶ OSTI, *Srl e limited liability company*, cit., 1180.

¹⁰⁷ Ma considerazioni analoghe possono valere anche per l'Irlanda, nel cui ordinamento esiste una *limited company* con caratteristiche pressoché omogenee rispetto a quelle della LTD inglese.

¹⁰⁸ Nel senso che, nell'ambito del sistema societario inglese, grazie alle sue caratteristiche, svolge un ruolo equivalente a quello che, potenzialmente, potrà essere in futuro ricoperto dalla SRLS in Italia.

¹⁰⁹ Nel Regno Unito, come negli Stati Uniti, sembra impossibile individuare due modelli differenti, corrispondenti alla SRL italiana e alla sua versione *minor*, la SRLS: infatti, nell'ambito di quegli ordinamenti, la LLC e LTD, per vocazione e caratteristiche principali, rivestono senz'altro il ruolo della SRL italiana; ma senza i requisiti di capitale minimo che, come visto, *ibi* non esistono. Si potrebbe forse affermare, in conclusione, che l'equivalente italiano delle LLC e LTD sia il tipo SRL, nelle sue differenti, possibili articolazioni.

¹¹⁰ Nel diritto commerciale inglese esistono sostanzialmente due tipi di *registered companies*, le *public companies* e le *private companies*: mentre la qualifica di *public company* è subordinata a certi requisiti, "any company which does not fall within the definition of a public company is a private company", DE CRUZ, *Comparative law*, cit., 347; "Under section 4 of the 2006 Companies Act registered limited companies which do not fulfil the statutory requirements for public limited companies, are private limited companies", KULMS, *Private company law in Europe: time for reform?*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, 4, 741. E' interessante notare come la LTD non sia nata come modello societario a sé stante, ma si sia progressivamente affrancata dalla *company limited by shares*, distaccandosene definitivamente solo nel 1980: si veda MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

È dotata di un capitale minimo obbligatorio puramente simbolico, pari a £ 1¹¹² (o persino pari a un *pence!*¹¹³):

<<Nelle società soggette al diritto britannico non esiste un capitale sociale inteso nel senso nostro, soprattutto come mezzo di tutela dei terzi e del mercato>>¹¹⁴.

La LTD è, inoltre, costituibile senza formalità onerose¹¹⁵, e tramite una procedura estremamente veloce¹¹⁶ ed economica:

capitali, cit., 1234. Le *private limited companies*, oggi tipo societario autonomo, devono sempre recare il contrassegno “*limited*” o “LTD” nella denominazione sociale, per (ovvie) ragioni di tutela di chi entra in contatto con la società, come previsto in § 59(1) del Companies Act.

¹¹¹ Nel 2006 il legislatore inglese ha emanato il Companies Act, su cui si veda VITALI, *Prime considerazioni sul progetto di riforma del diritto societario inglese*, in *Riv. Soc.*, 2006, 153.

¹¹² ATTANASIO, *SRL semplificata, cit.*, 896. Il requisito del capitale minimo è stato eliminato a seguito dell’emanazione del *Companies Act* del 2006. Sul punto si vedano anche CERVIO, *Srl semplificate in cerca di perfezionamento*, in *Guida al diritto*, 2012, 7, 35; GELTER, *The structure of regulatory competition, cit.*, 21: “*One reason which is often cited for the attractiveness of the UK is the lack of a minimum legal capital requirement for private limited companies*”.

¹¹³ Anche se è d’uso affermare che il capitale vada stabilito almeno in una sterlina, il Companies Act teoricamente permette la sua fissazione in qualsiasi cifra, centesimi compresi. e’ invece impossibile anche solo concepire una società costituita con capitale inferiore al centesimo, dal momento che nessuno dubita della necessità che il capitale vada espresso in unità monetarie, di cui il pence è quella minore. in questo senso SCHMIDT, *The new Unternehmergeellschaft and the limited, a comparison*, in *German Law Journal*, 2008, 1097.

¹¹⁴ LICINI, *Libertà di stabilimento delle società comunitarie e regole nazionali*, in *Notariato*, 2004, 1, 28.

¹¹⁵ Può infatti essere costituita senza notaio né atto pubblico, essendo sufficiente il deposito di tutta la documentazione richiesta presso la *Companies House*, equivalente alla Camera di Commercio italiana. Espletate alcune verifiche formali, l’autorità interessata rilascia il *certificate of incorporation*, che attesta l’avvenuta costituzione. Per approfondire le modalità, votate ad una particolare semplicità, con cui è possibile costituire una LTD si veda <https://www.gov.uk/limited-company-formation/overview>. La procedura è ancora più leggera se, poi, la LTD costituenda integra i requisiti per essere considerata *small company*. Inoltre la legge inglese non prevede alcuna quota di capitale da versare prima della registrazione, e sono ammessi tanto i conferimenti in denaro quanti quelli non in denaro.

¹¹⁶ Non solo è possibile optare per un procedura costitutiva *online*, ma con un piccolo esborso addizionale si può optare per una *same day incorporation* che, come suggerisce il nome, si completa nell’arco di 24 ore. Per semplificare ulteriormente la costituzione, è poi possibile far ricorso ad un *sample statute*, anche noto come “*Table*” (dal nome del modello di statuto): si veda la *Table A*, nella versione attualmente vigente, in <http://www.companieshouse.gov.uk/about/tableA/>.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<Private limited companies are quick and relatively cheap to establish, there is no statute law on capital>>¹¹⁷.

È perfettamente ammissibile la LTD unipersonale¹¹⁸, e sono leciti conferimenti d'opera e di servizi *a capitale*¹¹⁹.

Il regime che governa la *private limited company* è stato largamente “deregolato”¹²⁰, lasciando libertà ai soci fondatori affinché ne fosse garantita la massima flessibilità.

Manca praticamente del tutto una disciplina a tutela dell'integrità del capitale: un obbligo di convocazione dell'assemblea dei soci in caso di perdite importanti grava esclusivamente sulle *public companies*¹²¹, mentre le LTD ne sono indenni.

Una disciplina *lato sensu* restrittiva è rilevabile relativamente al solo regime della distribuzione degli utili¹²² e alla responsabilità degli amministratori¹²³.

¹¹⁷ KULMS, *Private company law in Europe*, cit., 743.

¹¹⁸ § 7(1) Companies Act.

¹¹⁹ La LTD è isolata in Europa, sotto quest'aspetto: solo la *limited*, infatti, consente di imputare tal genere di apporti a capitale. Ad esempio, la SARL ammette gli *apports en industrie*; ma non si ritiene che questi vadano a far parte del capitale sociale, né che, conseguentemente, il soggetto conferente acquisisca la qualità di socio: in questo senso PORTALE, *La riforma societaria: aspetti sostanziali. Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali*, in *Corriere giur.*, 2003, 12, 1663.

¹²⁰ KULMS, *Private company law in Europe*, cit., 742. Per un'overview della *private limited company* nei suoi tratti principali si veda, *ex multis*, KULMS, *Private company law*, cit., 734. Si pensi, senza pretesa di esaustività, che: l'amministrazione può essere affidata anche a persone giuridiche (ed è sufficiente che, tra gli amministratori, vi sia una persona fisica); non è più necessario, dal 2006, un *company secretary*; non è più necessaria la convocazione di almeno un'assemblea dei soci per anno.

¹²¹ § 656 Companies Act: la presenza di un obbligo di convocazione in simili circostanze è stato imposto dall'art. 17 della c.d. “seconda direttiva societaria” che, come si vedrà *infra*, non si applica alle società a responsabilità limitata.

¹²² § 830(1) e (2): “A company may only make a distribution out of profits available for the purpose; A company's profits available for distribution are its accumulated, realised profits, so far as not previously utilised by distribution or capitalisation, less its accumulated, realised losses, so far as not previously written off in a reduction or reorganisation of capital duly made”.

¹²³ Ci si riferisce in special modo all'azione di *wrongful trading*, disciplinata nell'Insolvency Act del 1986, § 214. “Under the Insolvency Act 1986 liquidators (...) can bring (...) wrongful trading proceedings under which those who have participated in management of the company may be ordered to contribute to the payment of the company's debts”, FELDMAN, MEISEL,

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Tutto ciò ne fa una forma societaria vocata ai *business* piccoli e medi, ma potenzialmente (e, nella prassi, effettivamente) utilizzabile altresì per attività di rilevanti dimensioni¹²⁴.

5. La libertà di stabilimento comunitaria e la concorrenza tra ordinamenti

In virtù delle sue caratteristiche, che rendono la LTD un modello particolarmente appetibile per gli investitori, e grazie alla libertà di stabilimento sancita dal TFUE¹²⁵, la *private limited company* è stata sovente scelta per operare in Paesi comunitari diversi dal Regno Unito¹²⁶. La possibilità, di cui la LTD è stata indiscussa protagonista, di costituire una società in uno Stato membro (ad esempio, una *private limited company* in Inghilterra) per poi svolgere un'attività in uno Stato membro differente (ad esempio, in Danimarca¹²⁷), approfittando della libertà garantita dal Trattato, ha fornito lo spunto, ai vari ordinamenti europei, per rimettere in discussione alcuni capisaldi dei propri diritti societari interni, tra cui l'esistenza stessa del capitale sociale. Un contributo fondamentale, in questo senso, è venuto dalla giurisprudenza¹²⁸ della Corte di Giustizia in tema, appunto, di libertà di stabilimento:

Corporate and commercial law, Lloyd's of London Press, London, 1996, 190. E' necessario distinguere tra *fraudulent trading* e *wrongful trading*: mentre la prima azione richiede l'intento fraudolento, la seconda opera qualora chi amministra (anche de facto) la società continui l'attività in un momento in cui "*knew, or ought to have concluded that there was no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation*" e senza fare il possibile "*with a view to minimising the potential loss to the company's creditors*". Si richiede, in pratica, agli amministratori una valutazione previsionale sull'inevitabilità dell'insolvenza, "finalizzata a chiamare costoro a rispondere per la condotta tenuta, nel caso in cui venga successivamente aperta la procedura concorsuale ed emerga che essi non abbiano fatto il possibile per ridurre il passivo e/o evitare l'incremento, e quindi attenuare il pregiudizio subito dai creditori", MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, cit., 305.

¹²⁴ In questo senso VIT ALI, *Prime considerazioni sul progetto di riforma del diritto societario*, cit., 155.

¹²⁵ Su cui si veda *infra*.

¹²⁶ Basti dire che, sul *web*, abbondano i siti di società e imprese che offrono ai propri clienti *private limited companies* già costituite, esaltandone i vantaggi e la facilità dell'operare attraverso quelle, in "pacchetti completi" che comprendono la registrazione, nonché l'espletamento di ogni procedura e formalità: si vedano, ad esempio, http://ascoservice.ch/inghil_it.htm e <http://www.italianlimited.it/>.

¹²⁷ Come è avvenuto nel caso "Centros".

¹²⁸ Su cui si veda *infra*.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<Il Trattato¹²⁹ delle Comunità europee (...) riconosce il diritto di stabilimento alle società costituite in uno degli stati membri e aventi la sede sociale (o sede legale), l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità. Il diritto di stabilimento comprende il diritto dell'impresa di insediarsi in uno Stato membro per una durata indeterminata al fine di esercitarvi un'attività economica. Esso si articola sia nella possibilità di stabilire la propria sede legale in uno Stato membro diverso da quello di origine, sia nella possibilità di aprire agenzie, filiali o succursali in un altro Stato membro secondo la legislazione dello Stato membro di destinazione. Il Trattato in sostanza tende ad equiparare le società alle persone fisiche cittadine degli Stati membri per quanto riguarda la libertà di stabilimento>>¹³⁰.

Se il Trattato non fa alcun riferimento diretto alla concorrenza fra i differenti diritti societari dei Paesi comunitari, non si può ignorare, però, che *de facto* il TFUE pone le basi di una tale competizione:

<<Se il Trattato (...) non prevede esplicitamente una concorrenza fra ordinamenti per il diritto societario, l'esercizio del diritto di stabilimento, in esso garantito, ha la conseguenza pratica di dar luogo ad una possibile domanda per tipi societari esteri e quindi (...) ad una corrispondente offerta da parte di tali tipi societari>>¹³¹.

Il quesito, ora parzialmente risolto, dell'ampiezza con cui si estendesse tale libertà si poneva, come s'è accennato poco fa, nei casi di trasferimento della sede legale (o di apertura di succursali o articolazioni¹³²) di una società¹³³ nel territorio di uno Stato

¹²⁹ Artt. 49 e 54 TFUE. Peraltro, si deve discernere tra libertà di stabilimento primario, "che si esercita (...) attraverso la creazione o il trasferimento di un centro di attività economica o professionale, nonché attraverso la costituzione di una società ai sensi dell'art. 48 del Trattato" in uno Stato membro diverso da quello di origine; e secondario, "che si realizza con l'istituzione di agenzie, succursali o filiali e sedi secondarie in uno Stato membro diverso da quello di origine". Le definizioni sono di MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. Not.*, 2004, 653. Si veda, sul punto, anche NAGLIC, *Libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e reciproco riconoscimento dei diplomi, paper* del Parlamento europeo, in www.europarl.europa.eu, Giugno 2013, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_3.2.3.pdf.

¹³⁰ SANTELLA, *Prospettive del diritto societario europeo*, cit., 770. Per un'analisi più approfondita del rilievo della libertà di stabilimento nell'ambito del diritto comunitario, si veda MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione Europea*, in *Tratt. Dir. Comm. Galgano*, Cedam, Padova, 1997, 333.

¹³¹ LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso Überseering: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa*, 2003, 477: ovviamente l'Autore si riferisce agli Stati "che applicano la teoria dell'incorporazione", per cui si veda *infra*.

¹³² Che svolgessero *de facto* l'intera attività sociale.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

diverso da quello di costituzione: quale sarebbe dovuta essere la *lex societatis* applicabile? Quella dello Stato di costituzione, o quella dello Stato ospitante? Erano possibili essenzialmente due risposte, corrispondenti alle teorie c.d. della incorporazione (*Gründungstheorie*) e c.d. della sede reale (*Sitztheorie*):

<<Mentre la prima teoria ricollega una società all'ordinamento in cui si è costituita, consentendole di esercitare qualsiasi attività anche in Stati terzi senza perdere lo *status* originario, la seconda parte della realtà sociale ed economica rende applicabili le norme proprie dell'ordinamento nella cui giurisdizione gli enti sono concretamente amministrati. Se la prima riconosce tutti i soggetti giuridici stranieri secondo le regole applicabili nello Stato di origine, la seconda rifiuta il riconoscimento delle società che sostengono di appartenere a giurisdizioni terze rispetto a quella in cui è stabilita la sede reale. La controversia è particolarmente sentita nell'ipotesi di operazioni transfrontaliere: è il caso del trasferimento oltre confine della sede (...). La teoria dell'incorporazione permette ai fondatori di una società di scegliere liberamente il sistema giuridico che essi ritengono più appropriato: una volta compiuta la scelta, il sistema può essere mantenuto per tutta la vita dalla società. Inoltre, si può determinare lo *status* della società a prescindere dallo Stato in cui l'attività viene effettivamente esercitata. Gli Stati terzi devono, quindi, accettare un elemento straniero nel proprio contesto sociale¹³⁴. La tecnica dell'incorporazione, sostengono alcuni, facilita la creazione di mere *letter box companies* e quindi contribuisce al dirottamento di importanti (...) operazioni verso società più o meno fittizie (...). I risultati sono pratiche patologiche (...). I sistemi che adottano la teoria della sede reale, pertanto, sono maggiormente orientati ad esercitare un controllo stringente sui soggetti che operano nell'ambito della loro giurisdizione. Tali ordinamenti negano l'accesso a queste società attraverso un procedimento di *disqualification* o assoggettandole alla propria giurisdizione, nel caso in cui le società nei fatti siano amministrate nel loro territorio>>¹³⁵.

¹³³ E spesso, come si dirà meglio *infra*, si trattava di LTD inglesi, che venivano preferite alle altre forme nazionali europee (come visto) per la celerità e l'economicità con cui potevano essere costituite.

¹³⁴ La teoria dell'incorporazione risulta, dunque, "l'impostazione che più favorisce la concorrenza tra sistemi, tenuto conto che ciascuna società potrà scegliere l'ordinamento di costituzione tra quelli che offrono le condizioni più convenienti", MUNARI, TERRILE, *The Centros case and the rise of an EC market for corporate law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 348; ma se, come rileva anche FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, in *Società*, 1997, 574, "questo principio ha il pregio di attirare il capitale di investimento straniero", è altresì vero che "annulla di fatto la tutela di coloro che contrattano con la società estera la quale non è tenuta a rispettare le norme interne".

¹³⁵ WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 724. Peraltro "quella europea continua a manifestarsi come una geografia giuridica (e non solo) fortemente dissociata. Il criterio di collegamento ispirato alla *Gründungstheorie* è accolto in Danimarca, Olanda, nel Regno Unito, in Irlanda e nei paesi scandinavi. L'opposto criterio della *Sitztheorie* è recepito ed osservato in Germania, Francia, Austria, Grecia. Più flessibili ed ibride appaiono, invece, le norme di conflitto vigenti in Italia, Portogallo, Spagna e Svizzera. Nei documenti comunitari il criterio adoperato è quello della

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

La Corte del Lussemburgo, con una serie di sentenze¹³⁶, ha preso posizione nel dibattito intorno alla compatibilità della libertà di stabilimento con le norme nazionali c.d. di conflitto “che indichino nella sede effettiva dell’amministrazione o nell’oggetto principale il criterio di individuazione della legge applicabile alle società commerciali”¹³⁷, sbilanciandosi nettamente a favore della prima¹³⁸:

sede reale, riconfermato ancora di recente nello statuto della neonata Società Europea (...). Ma il punto di riflessione comunitario sul tema della sede sociale appare meno schematico, più incerto ed interlocutorio di quanto non si creda: lo dimostrano le vicende della XIV direttiva e le raccomandazioni del Rapporto Winter. Il *draft* della XIV direttiva, presentato dalla Commissione nel 1997 e relativo alla disciplina dei trasferimenti *cross-border* del *registered office* o del *de facto head office* al fine di favorire il trasferimento transfrontaliero delle società, è costruito intorno al principio di continuità, cioè al riconoscimento della legittimità e praticabilità di entrambi gli approcci dottrinari in conflitto, ma forse proprio per questo non ha dato luogo alla formalizzazione di alcuna proposta. (...) Molto più esplicite le indicazioni contenute nel rapporto conclusivo presentato il 4 novembre 2002 dal *High Level Group of Company Law Experts*, incaricato dalla Commissione, nel settembre 2001, (...) del compito di condurre un esame critico approfondito di tutte le questioni aperte del diritto societario comunitario in vista di una sua definitiva modernizzazione. La dicotomia persistente tra *Grundungstheorie* e *Sitztheorie* è giudicata un ostacolo evidente allo sviluppo del diritto societario in ambito comunitario e, rispetto al persistente manicheismo delle norme di collegamento internazionale privatistiche, viene riaffermata l'esigenza di un'armonizzazione delle discipline nazionali ispirata ad una inequivoca adozione della teoria dell'incorporazione, che è giudicata più coerente con lo spirito del Trattato in quanto consente di sollevare le società migranti dall'obbligo di modificare la *lex societatis*. Senza un'adesione chiara e risolutiva alla teoria dell'incorporazione, questo è il punto di vista di Winter e degli altri esperti, un'armonizzazione delle discipline nazionali non sarà mai compiutamente perseguibile”, COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. Giur.*, 2003, 3, 305.

¹³⁶ Si veda *infra*.

¹³⁷ PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, cit., 3503. Non è questa la sede per soffermarsi sul destino della teoria della sede effettiva dopo la sentenza “Centros”, molto incerto: “Completamente negletto risulta invece il problema di diritto internazionale privato, del quale, invero, non si discute affatto. Rimane, per vero, solo il dubbio se attribuire tale atteggiamento alla disapplicazione del diritto internazionale privato statale imposta dalle norme di rango comunitario primario, ovvero se ricondurlo al fatto che in Danimarca prevale la teoria dell'incorporazione e che quindi la decisione deve intendersi adottata sul presupposto di una risposta positiva (fornita dal diritto internazionale privato) circa il riconoscimento dell'esistenza della società coinvolta nella controversia”, MECHELLI, *La libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'UE*, *Riv. Dir. Comm.*, 2000, 98. Di segno opposto l'opinione di PORTALE, *La*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<(…) La Corte (…) ha riconosciuto ai privati, appunto in quanto beneficiari della libertà di stabilimento, il diritto di scegliere fra le leggi societarie degli Stati membri quella ritenuta più idonea per la costituzione di un ente collettivo in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali sul mercato unico, ed ha precisato: che questo configura una situazione di vantaggio direttamente efficace, e quindi azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie; che esso sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta, e non abbia con lo Stato di incorporazione altri contatti se non appunto la *optio legis* operata al momento della costituzione dell'ente; che uno Stato membro può ostacolare il pieno godimento di tale diritto ma soltanto in via eccezionale¹³⁹, quando possa vantare una

riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato, cit., 3505, secondo cui la “*Die Sitztheorie ist tot. Dies ist gewiß*” (“Le teoria della sede è morta. Questo è certo”), riprendendo la celebre formula di SANDROCK, *Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine Kollisions-und materiellrechtliche Bilanz*, in *Detisches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, a cura di SANDROCK, WETZLER, Heidelberg, 2004, 33.

¹³⁸ In questo senso PORTALE, *Ammonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. Giur.*, 2003, 96: “Una prima manifestazione di simpatia per la tesi della competizione tra ordinamenti anche all'interno dell'Unione era stata (...) cautamente manifestata (...) dalla Corte di Giustizia con la sentenza Centros”.

¹³⁹ Come è noto, “la libertà di stabilimento può essere limitata da disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e di sanità pubblica, prevedono un particolare regime per i cittadini stranieri”; ma certamente, per i giudici comunitari, “la tutela dei creditori, la garanzia dell'efficacia dei controlli fiscali e la correttezza del commercio non rientrano (...) tra le ipotesi che possono giustificare una restrizione della libertà di stabilimento”, come invece avevano provato ad argomentare gli Stati di fronte alla Corte di Giustizia, nel tentativo di difendere scelte (poi ritenute) lesive della libertà di stabilimento: così MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, cit., 653. Nello stesso senso anche REGALDO, *Libertà di stabilimento di succursali in Stati membri diversi da quello della sede sociale*, in *Società*, 1999, 5, 639: “La Corte respinge sia il ricorso all'art. 56 del Trattato, sia il richiamo alla giurisprudenza, in base alla quale i provvedimenti nazionali suscettibili di ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali devono soddisfare quattro condizioni: non applicarsi in modo discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto il necessario per il raggiungimento di questo. Il rifiuto di registrazione in questione non soddisfa alcuna delle condizioni citate: (...) non è accoglibile la causa di giustificazione che lo configura alla stregua di provvedimento necessario a tutela dei creditori pubblici non contrattuali, quali l'amministrazione previdenziale e quella fiscale, per ciò che, qualora la società avesse svolto attività nel Regno Unito, la sua succursale sarebbe stata registrata in Danimarca, e in tal caso i creditori pubblici si sarebbero trovati ugualmente in posizione peggiore”. La Corte ha, in questo senso, accolto la tesi dell'Avvocato Generale Antonio La Pergola, esposta nelle conclusioni alla causa “Centros” presentate il 16 Luglio 1998, a pagina I-1481, secondo il quale, pur non potendosi negare la sussistenza di un maggiore rischio a carico dei creditori di una società sguarnita dei requisiti di capitale imposti

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

esigenza imperativa alla tutela di propri preminenti interessi pubblicistici e la misura adottata a tal fine sia non discriminatoria, razionale in vista all'obiettivo perseguito, necessari a e proporzionata¹⁴⁰.

Nelle sentenze “Daily Mail”¹⁴¹, “Centros”¹⁴², “Überseering”¹⁴³, “Inspire Art”¹⁴⁴ e “Cartesio”¹⁴⁵ la Corte ha praticato un'importante apertura alla competizione tra i differenti ordinamenti europei in materia societaria¹⁴⁶.

normalmente dalla legge danese, ciò “sembra ben lungi dal costituire una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività, come richiesto dall'art. 56 del Trattato: norma derogatoria, questa, che (...) meglio si attaglia al caso in cui siano proprio l'oggetto sociale o l'attività svolta dalla società straniera a mettere in pericolo l'ordine pubblico”.

¹⁴⁰ BENEDETTELLI, *Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. Soc.*, 2003, 701.

¹⁴¹ Sentenza 17 Settembre 1988, causa C-81/87: è considerata il *leading case* in fatto di limitazioni alla libertà di stabilimento in uscita, a differenza di “Centros”, che, al contrario, riguarda la libertà di stabilimento vista dalla prospettiva dello Stato ospitante. Nel caso “Daily Mail”, una holding britannica, la Daily Mail appunto, intendeva trasferire la sede in Olanda al fine di sottrarre una parte del suo portafoglio titoli all'imposta britannica sui *capital gains*, ma l'autorizzazione al trasferimento le era stata negata dall'amministrazione finanziaria inglese richiesta all'uopo dalla legge britannica. La Daily Mail si era allora appellata alla High Court of Justice che a sua volta aveva rimesso la questione alla Corte di giustizia delle Comunità affinché stabilisse, in via pregiudiziale, se gli allora artt. 52 e 58 del Trattato consentissero di subordinare ad una autorizzazione di uno Stato membro il trasferimento di una società in un altro Stato membro, considerato che il diritto di cambiare domicilio era espressamente riconosciuto per le persone fisiche dalla direttiva 73/148/CEE del 21 maggio 1973. La Corte di giustizia diede ragione all'Amministrazione tributaria britannica evidenziando innanzitutto il carattere dell'appartenenza delle società al diritto nazionale, in quanto “diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento”. In secondo luogo affermò che “dall'interpretazione degli articoli 52 e 58 del Trattato non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato della comunità pur conservando le qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite”. Ed infine ha osservato che “le legislazioni degli Stati membri presentano notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento”. Relativamente alla sentenza si vedano, *ex multis*, TORINO, *Diritto di stabilimento e trasferimento della sede. Profili di diritto europeo e italiano*, in www.academia.edu, Maggio 2012, http://www.academia.edu/1608883/Diritto_di_stabilimento_e_trasferimento_della_sede._Profili_di_diritto_europeo_e_italiano, 168; MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in *Rass. Trib.*, 2000, 4, 1151; FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., 574; BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2004 (un estratto è consultabile liberamente sul sito web dell'Autore, <http://www.titoballarino.it/libertastabilimento.html>).

¹⁴² Sentenza 9 Marzo 1999, causa C-212/97: due coniugi danesi avevano costituito una LTD inglese con un capitale sociale particolarmente ridotto (100 UKL), mai versato e mai messo a disposizione della società; inoltre la Centros LTD non svolgeva alcuna attività nel Regno Unito. Su queste basi, quando i due coniugi, che volevano istituire una succursale della Centros LTD in Danimarca, presentarono domanda di registrazione nel registro delle imprese danese, si videro opporre il diniego dell'amministrazione danese, che sosteneva che la coppia intendesse istituire non una succursale, bensì *de facto* una sede principale, eludendo le norme nazionali relative al capitale minimo (fissato in 200.000 DKR dalla L. 21 Dicembre 1991, n.886). La Corte, pur riconoscendo la possibilità in capo alle autorità nazionali di adottare le misure idonee alla sanzione delle frodi, stabilì che il Trattato ostava a che uno Stato membro potesse rifiutare la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un diverso Stato membro nel quale avesse la sede senza svolgervi alcuna attività commerciale, "quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo"; GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, 90. L'opposizione delle autorità danesi nasceva dal fatto che "i paesi che adottano la teoria dell'incorporazione", quale è la Danimarca, "per evitare un indiscriminato riconoscimento, elaborano regole restrittive riguardo alle *pseudo foreign corporations*, vale a dire società costituite all'estero ma prive di rapporti con il paese d'origine": "l'ordinamento danese, difatti, applica sì la teoria dell'incorporazione, ma la giurisprudenza dei giudici del registro è relativamente costante nel rigettare le richieste d'iscrizione di società estere con sede amministrativa effettiva in Danimarca", MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 563. Sul punto si vedano anche FORTUNATO, *La libertà di stabilimento delle società in una recente sentenza della Corte di Giustizia: il caso Centros*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, I, 83; PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti: riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. Soc.*, 2001, 1292; KULMS, *Private company law*, cit., 735; BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nell'Unione Europea. Da Daily Mail a Überseering: nome di conflitto, norme imperative libertà comunitarie*, in *Riv. Soc.*, 2003, 669; REGALDO, *Libertà di stabilimento di succursali*, cit.; DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2006, 135.

¹⁴³ Sentenza 5 Novembre 2002, causa C-208/2000: la Überseering BV, società di diritto olandese, iscritta il 22 Agosto 1990 nel registro di commercio di Amsterdam e Haarlem, aveva convenuto in giudizio, a Düsseldorf, la società, con sede in Germania, la Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, per vizi nell'esecuzione di alcuni lavori di ristrutturazione

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

affidati dalla prima alla seconda con un contratto di appalto. I giudici tedeschi del merito avevano negato a Überseering BV la capacità giuridica, e quindi la capacità processuale, dal momento che le quote del capitale sociale di questa erano state tutte acquistate, nel 1995, da due cittadini tedeschi, entrambi residenti in Germania; e questo comportava per i giudici tedeschi, che la società, in applicazione della teoria della sede, dovesse essere considerata con sede in Germania, e quindi soggetta al diritto tedesco, con il risultato che, per poter avere la capacità giuridica e la capacità processuale, dovesse essere ricostituita secondo tale diritto. Per la Corte di Giustizia ciò comportava un'ingiustificata restrizione del diritto di stabilimento: "Essa, pertanto, ha consacrato la competenza esclusiva dello stato d'origine (in questo caso l'Olanda) a decidere, nell'ipotesi di trasferimento della sede all'estero (ove consentito da tale stato), sul mantenimento della personalità giuridica, con tutti i relativi effetti", PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, cit., 3503. Sulla sentenza in esame di vedano anche COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico*, cit., 305; e la nota a sentenza di COSCIA, *La teoria della sede effettiva o Sitztheorie e la libertà di stabilimento societario*, in *Giur. It.*, 2003, I, 703; LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento*, cit., 456; e TORINO, *Diritto di stabilimento e trasferimento della sede*, cit., 163; LICINI, *La sentenza Überseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?*, in *Società*, 2003, 347.

¹⁴⁴ Sentenza 30 Settembre 2003, causa C-167/01: con la sentenza resa nel caso Inspire Art la Corte di giustizia completato la propria posizione in materia di libertà di stabilimento, sancendo la totale libertà di movimento delle succursali di società costituite in uno degli Stati membri dell'Unione in un altro Stato membro. La Inspire Art era una *private limited company* costituita e registrata in Inghilterra, ma operante nel settore delle vendite di oggetti d'arte esclusivamente in Olanda per il tramite di una succursale appositamente creata ad Amsterdam. Nell'ordinamento olandese, al fine di limitare l'utilizzo abusivo di forme societarie straniere per l'esercizio di attività imprenditoriali in realtà integralmente olandesi, nel dicembre 1997 era stata introdotta la legge sulle società formalmente straniere (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, "WFBV"). Sulla base di tale legge alle società di capitali costituite in un ordinamento diverso da quello olandese e svolgenti la propria intera attività (o parte preponderante di essa) in Olanda senza aver alcun legame effettivo con lo Stato di costituzione erano imposti alcuni obblighi (nonostante l'Olanda sia un ordinamento in cui vigesse, e vige tuttora, la teoria dell'incorporazione): iscrizione nel registro delle imprese olandese come "società solo formalmente straniera"; un capitale nominale pari almeno a quello minimo previsto dalla legge olandese per le società a responsabilità limitata, anche nel caso in cui la legge del paese di costituzione preveda un capitale inferiore; peculiari obblighi concernenti la tenuta e la conservazione delle scritture contabili. La legge prevedeva, infine, la responsabilità solidale degli amministratori della società per le obbligazioni sociali nel caso in cui i predetti obblighi non fossero stati rispettati. Impugnato da parte dell'Inspire Art di fronte ai giudici olandesi il provvedimento della Camera di Commercio olandese con cui quest'ultima pretendeva l'integrazione dell'iscrizione con l'indicazione *Fomeel buitenlandse vennootschap* e la conseguente sottoposizione della Inspire Art alla disciplina speciale, alla Corte di giustizia

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

dell'Ue venne sottoposta la questione della compatibilità della WFBV con la libertà di stabilimento delle società garantita dal Trattato. La Corte di giustizia dell'Ue ha ribadito ed esteso la giurisprudenza Centros ritenendo che “gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale, come la WFBV, che subordini l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo secondario in tale Stato membro, da parte di una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, a determinate condizioni, relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori, stabilite dal diritto nazionale per la costituzione di società. I motivi per cui la società è stata costituita nel primo Stato membro, nonché il fatto che essa eserciti la sua attività esclusivamente, o quasi, nello Stato membro di stabilimento non la privano, salvo abusi da stabilirsi caso per caso, del diritto di avvalersi della libertà di stabilimento garantita dal Trattato” (punto 105). Gli Stati non possono, dunque, applicare alle società provenienti da altri Stati membri dell'Ue proprie regole societarie, “né l'art. 46 CE, né la tutela dei creditori, né la repressione dell'abuso della libertà di stabilimento, né la tutela della lealtà nei rapporti commerciali e dell'efficacia dei controlli fiscali permettono di giustificare l'ostacolo alla libertà di stabilimento, garantita dal Trattato, rappresentato dalle disposizioni di una legislazione nazionale, come quella in esame, sul capitale minimo e sulla responsabilità personale e solidale degli amministratori” (punto 142) nella misura in cui tali motivi non siano stati riconosciuti in grado di superare il “test Gebhard” (i presupposti necessari a giustificare le restrizioni nazionali alla libertà riconosciuta dal Trattato sono stati formulati con precisione, per la prima volta, nella sentenza della Corte C-55/94, anche conosciuta come “Gebhard”, e poi elaborati nella giurisprudenza della Corte successiva). Sulla sentenza Inspire Art, e sul suo impatto sul diritto vivente, si vedano la nota a sentenza di WEIGMANN, in *Giur. It.*, 2004, 2, 332; PERNAZZA, *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori*, in *Società*, 2004, 373; LICINI, *Libertà di stabilimento delle società comunitarie e regole nazionali*, cit., 28.

¹⁴⁵ Sentenza 16 Dicembre 2008, C-210/06: l'ultimo caso in ordine di tempo deciso dalla Corte di giustizia dell'Ue in materia di diritto di stabilimento delle società ha riguardato una società ungherese, la Cartesio, che ha visto limitato il proprio diritto di stabilimento “in uscita”. Costituita e con sede in Ungheria, nel 2005 la Cartesio aveva presentato al competente registro delle imprese domanda di modifica dell'iscrizione, chiedendo di trasferire la sua sede in Italia, senza tuttavia richiedere la cancellazione dal registro ungherese e senza intenzione di riscriversi nel registro italiano (così divenendo una società “italiana”). Pur volendo trasferire in Italia la sede la Cartesio intendeva, dunque, rimanere una società ungherese iscritta nel registro del proprio paese di costituzione. Sotto il profilo della disciplina ungherese all'epoca applicabile va osservato che la legge ungherese sulla registrazione delle società disponeva che la sede sociale statutaria dovesse coincidere con la sede amministrativa, mentre sotto il profilo internazionalprivatistico l'ordinamento ungherese prevedeva che la legge regolatrice delle persone giuridiche fosse la legge del luogo in cui queste sono registrate. Il giudice del registro delle imprese ungherese rigettò la richiesta di trasferimento della sede della Cartesio, affermando che il diritto ungherese non consentiva alle società costituite in Ungheria di spostare all'estero la sede (statutaria e amministrativa) nel contempo continuando ad essere assoggettate alla legge ungherese (considerato che, come detto, la Cartesio non intendeva cancellarsi dal

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

registro delle imprese ungherese). Secondo il giudice del registro delle imprese ungherese il trasferimento di sede divisato dalla Cartesio avrebbe richiesto la previa cessazione della società, la sua liquidazione ed estinzione e la ricostituzione in conformità della legislazione dello Stato nel cui territorio aveva intenzione di stabilire la propria sede. Investita della questione della compatibilità con il diritto di stabilimento assicurato dal Trattato della disciplina ungherese che vieta alle società registrate in Ungheria di trasferire in altro Stato membro dell'UE la propria sede qualora tali società non intendano mutare il proprio statuto personale, la Corte di Giustizia ha confermato la propria giurisprudenza contenuta nella decisione Daily Mail, non accogliendo l'opinione dell'Avvocato Generale che espressamente ne aveva chiesto il superamento. I giudici europei hanno ribadito che le società esistono solo in forza delle scelte degli ordinamenti nazionali e che gli ordinamenti degli Stati membri divergono fortemente per quanto concerne le norme di conflitto in materia societaria, sicché uno Stato membro "dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto *status*. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale *status* qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione" (punto 110). Per altro verso, sia pure incidentalmente, la Corte di giustizia dell'UE differenzia il caso specifico sottoposto al suo esame (limiti al trasferimento all'estero della sede senza mutare legge applicabile, da essa ritenuti compatibili con il diritto di stabilimento), dall'ipotesi in cui la società non intenda solo trasferire la sede, ma mutare la propria *lex societatis*, "trasformandosi" in un tipo sociale soggetto alla disciplina societaria di un altro Stato membro. In questa ipotesi "la facoltà, richiamata al punto 110 della presente sentenza, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta" (punto 112); la Corte sostiene ulteriormente che "un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi, costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE"(punto 113): così TORINO, *Diritto di stabilimento, cit.*, 172.

¹⁴⁶ In questo senso PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato, cit.*, 3504. E' peraltro indispensabile chiarire il ruolo di Daily Mail e Cartesio nel processo di definizione della portata della libertà di stabilimento: apparentemente, infatti, i principi enunciati da Daily Mail e Cartesio sembrano "stridere" con quelli contenuti in Centros, Überseering ed Inspire Art, come suggerisce CRESPI, *Il*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio, in *Riv. Dir. Intern. Priv. Proc.*, 2009, 4, 874. Ad esempio, GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, nome di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. Dir. Int.*, 2000, 71 ha rilevato un sostanziale superamento *tout court* della teoria della sede; nello stesso senso la nota alla sentenza Centros di MENJUCQ, in *Dalloz*, 1999, 37, 332. Non è mancato in dottrina chi, leggendo un contrasto insanabile tra “Daily Mail” e “Cartesio” da un lato, e “Centros” (nonché “Überseering” ed “Inspire Art”) dall'altro, si è spinto fino a leggere, nella sentenza Cartesio, un *règlement* della Corte, con un ritorno alle antiche posizioni espresse in Daily Mail: così BERNASCONI, *Il caso Cartesio e la libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea*, *paper* dell'Università Liuc, reperibile in www.biblioliuc.it, 28 Ottobre 2010, <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/236.pdf>, 15: “L'operazione di trasferimento della sede sociale senza mutamento della *lex societatis* esce dunque sconfitta dallo scontro con il giudice comunitario. Se i precedenti giurisprudenziali facevano sperare che la Corte potesse proseguire il cammino intrapreso ed aggiungere così un altro tassello nel senso della effettiva attuazione del diritto di stabilimento, le aspettative sono state disattese. La Corte ha fatto un balzo indietro trentennale. La conclusione di oggi pare infatti identica a quella del caso Daily Mail”. Più conciliante pare, invece, la posizione di DELI, PERNAZZA, *Trasferimento della sede delle società tra libertà di stabilimento e nome internazionalprivatistiche*, in *Società*, 2009, 1400, “mentre la sentenza Centros si pone dal punto di vista dello Stato ospitante, la sentenza Daily Mail è”, al contrario, “ancorata alla posizione dello Stato di origine. (...) Si distingue così tra i casi di migrazione (*Wegzugsfälle*) e di immigrazione (*Zuzugsfälle*)” intracomunitaria delle società: mentre Centros sembra rappresentare il limite inferiore della libertà di stabilimento, Daily Mail ne costituisce il confine superiore. La Corte, per riuscire a marcare il *limes* tra quanto affermato in “Daily Mail” e la sentenza “Überseering”, ricorre persino alla tecnica, “propria del giudice americano” del *distinguishing*, che consiste nel distinguere “le due fattispecie sul piano meramente fattuale”, come nota BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario: appunti sul diritto di stabilimento delle società di capitali alla luce del D.lgs n.6 del 2003*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2003, 355. Per quanto riguarda Cartesio, poi, tale arresto non sembra contraddire i principi deducibili da Daily Mail e Centros: “L'affermazione per cui (punto 124) allo stato attuale del diritto comunitario, gli artt. 43 CE e 48 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di tale Stato membro di trasferire la propria sede... deve essere letta necessariamente insieme al prosieguo della stessa statuizione che precisa che il principio si applica soltanto quando la società intende trasferire la propria sede conservando al contempo il suo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita. Per ciò *a contrario* la libertà di stabilimento osterebbe invece alla normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di uno Stato membro di trasferire la propria sede mutando nel contempo il diritto applicabile e senza quindi sottoporsi ad un procedimento di scioglimento, liquidazione e ricostituzione, che evidentemente è sempre possibile”, DELI, PERNAZZA, *Trasferimento della sede delle società*, *cit.*, 1400. Si può, in conclusione,

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Infatti, come s'è visto¹⁴⁷, l'unico argine al dilagare della libertà di "importazione"¹⁴⁸ di modelli societari poteva essere rappresentato dalla clausola di cui all'art. 46, comma 1 TFUE¹⁴⁹. Ma la Corte non ha ritenuto la minore tutela dei creditori offerta dai modelli societari a capitale ridotto¹⁵⁰ sufficiente ad integrare una legittima deroga alla libertà di stabilimento; tanto più che i minori requisiti di capitale sarebbero compensati, nella tesi accolta dalla Corte¹⁵¹, dagli obblighi pubblicitari a carico della società migrante, che metterebbero i terzi, potenziali creditori della medesima, in condizione di valutare l'affidabilità di una (ad esempio) LTD con capitale pari a £ 1:

<<Di fronte al rischio che la sottocapitalizzazione delle società fantasma inglesi porti i loro contraenti a restare a mani vuote nel momento in cui tentino di far valere i loro crediti, la sentenza

affermare che la libertà di stabilimento è stata non negata, bensì più nitidamente delimitata nel suo perimetro dal combinato disposto dei dispositivi delle sentenze *Daily Mail* e *Cartesio*. Il processo di elaborazione della libertà di stabilimento, comunque, è un *work* tuttora *in progress*, e se ne vedranno gli sviluppi nella giurisprudenza della Corte degli anni a venire (si vedano, ad esempio, le recenti sentenze C-96/08, 15 Aprile 2010, "CIBA v. APEH", con commento di OLIVIERI, in *Società*, 2010, 7, 911; e C-89/09, 16 Dicembre 2010, "Commissione Europea v. Repubblica Francese", annotata da FALZONE, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2011, 2, 521.

¹⁴⁷ Si veda *supra*.

¹⁴⁸ Che altererebbe pericolosamente, a detta di WEIGMANN, nota alla sentenza *Inspire Art*, cit., 333, il principio di sovranità; "e certamente non è a questo uso che gli artefici della CE hanno pensato scrivendo il Trattato".

¹⁴⁹ "Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

¹⁵⁰ Che, come si vedrà *infra*, non viene messa in discussione.

¹⁵¹ Nelle conclusioni alla causa *Centros* l'Avvocato La Pergola affermava: "Come ha correttamente osservato il governo britannico, i coniugi Bryde si presentano per quello che sono: non una società danese, bensì la succursale di una società di diritto inglese; le limitazioni di responsabilità con riguardo a tale società, che chiunque in Danimarca entri in rapporto con la sua succursale è abilitato a conoscere, sono quelle che risultano dalla prescrizione di un capitale sociale minimo in quell'ordinamento. La protezione delle persone che per il tramite di una succursale instaurano un rapporto con una società straniera comunitaria è assicurata, nel sistema del Trattato, mediamente le misure di pubblicità coordinate, prescritte dallo Stato membro in cui la succursale è situata; ai terzi viene, così, assicurata la possibilità di proteggere adeguatamente i propri interessi mediante la costituzione di garanzie specifiche (...) o cause di prelazione".

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

risponde che nessuno obbliga la controparte a contrattare e che spetta ad ogni uomo d'affari il compito di tutelarsi chiedendo adeguate garanzie. È il solito monito del *caveat emptor*>>¹⁵².

La Corte, legittimando l'esterovestizione societaria¹⁵³, ha dunque posto le basi di una concorrenza tra ordinamenti interna all'Unione, sul modello (a detta di alcuni) di quella verificatasi negli Stati Uniti:

<<Queste decisioni (...) si sbilanciano a favore della libertà di stabilimento, aprendo in tal modo, da un lato, alla competizione degli ordinamenti, anche all'interno dell'Unione, in materia societaria (c.d. concorrenza orizzontale), ma, dall'altro, creando (contraddittoriamente e, forse, provocatoriamente) una sorta di “*concurrence, à rebours entre les sociétés de droit national et la société européenne*”¹⁵⁴, (ferma

¹⁵² WEIGMANN, nota alla sentenza *Inspire Art*, *cit.*, 333; nello stesso senso PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, *cit.*, 3512, scettico riguardo alla possibilità che la perduta funzione di garanzia del capitale possa essere compensata dal principio di “autoresponsabilità”, “sotto la spinta dei modelli statunitensi”.

¹⁵³ Così, PERNAZZA, *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori*, *cit.*, 373. Per chi fosse interessato ad approfondire la tematica delle *pseudo foreign corporations* (come illustrato *supra* società espressamente costituite all'estero per operare, con minori oneri costitutivi, in altri ordinamenti), si suggerisce la lettura di LATTY, *Pseudo-foreign corporations*, in *YLJ*, 1955, 137; e, per un *excursus* sulle risposte statali americane alla “libertà di stabilimento” in tutta la Federazione, interessante è il contributo di OLDHAM, *California regulates pseudo-foreign corporations. Trampling upon the tramp*, in *Santa Clara Law Review*, 1977, 1, 85. Infatti “*in most States there is no significant legal difference between a foreign and a pseudo foreign corporation, and the internal affairs doctrine will be applied to invoke the law of the State of the in corporation with respect to both. California and New York are the principal exceptions to this rule. Both States purport to apply parts of their corporate laws to pseudo foreign corporations formed in other states but having substantial contacts with California or New York. In 2005, the Delaware Supreme Court held that the California statute was unconstitutional under the Due Process and Commerce Clauses of the US Constitution. Ultimately (...) the US Supreme Court will have to decide the issue*”, BAINBRIDGE, *Corporate law*, *cit.*, 8. Anche negli Stati Uniti, dunque, a fronte del tentativo di alcuni Stati di limitare la totale libertà di movimento delle società estero vestite, si è riproposta più volte (si pensi alle sentenze *Bank of Augusta v. Earle* (1839), *Louisville R.R. Co. v. Letson* (1844), *Marshall v. Baltimore & Ohio R. R. Co.* (1853), e *Paul v. Virginia* (1868)), l'esigenza che, davanti ad opposte istanze politiche degli Stati, fosse una Corte di vertice a decidere, alla luce di principi di rango *lato sensu* costituzionale: non molto diversamente da quanto è, appunto, accaduto in Europa con la sentenza *Centros* e la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne è scaturita.

¹⁵⁴ In merito alla società europea (SE), si veda *infra*.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

ancora alla teoria della sede, e improntata alla tutela dei creditori sociali con l'imposizione di un capitale sociale minimo: c.d. concorrenza verticale)>>¹⁵⁵.

Ciò che ha contribuito a far parlare di *Delaware effect* in Europa continentale è stato il numero, particolarmente cospicuo¹⁵⁶, di *private limited* operative in Stati comunitari (e in particolare in Germania¹⁵⁷), a seguito della sentenza della Corte¹⁵⁸.

Ad alcuni¹⁵⁹ era infatti sembrato probabile che, in un simile scenario, gli Stati dell'Europa continentale si sarebbero trovati costretti (o quantomeno fortemente indotti) a ridurre progressivamente gli oneri globali¹⁶⁰ a carico di chi intendesse costituire una società¹⁶¹ nel proprio territorio; diversamente, come è stato ipotizzato in dottrina, gli

¹⁵⁵ PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, cit., 3504. Nello stesso senso anche BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, 589: "E' questo (...) l'aspetto più interessante della sentenza Centros: (...) si dà infatti fondamento e legittimazione a quel fenomeno di concorrenza tra diritti societari, bene noto ad altri sistemi politici decentrati (come quello statunitense)". Nello stesso senso LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso Überseering: tra amonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, cit., 477; e IRUJO, *A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., 20.

¹⁵⁶ Si consideri che, in tutto il periodo *post* "Centros", "the in corporation rates of private UK limited companies with a majority of directors from other EU Member States have gone up 8.4 times (840%)", BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility comes to Europe: the evidence*, paper delle Oxford University e Université Libre de Bruxelles, in [wwwdev3.cepr.org](http://www.dev3.cepr.org), 8 Settembre 2005, http://dev3.cepr.org/meets/wkcn/5/5528/papers/Mayer_5Corporate_Mobility.pdf, 1.

¹⁵⁷ Secondo BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility*, cit., 1, nel periodo *post* Centros, l'incremento maggiore di presenze di LTD in territorio continentale si è registrato in Germania, pari al 1350%. Al 2008, anno della legge MoMig (su cui si veda *infra*), le LTD che avevano spostato gli *headquarters* in Germania erano circa 30.000: così KULMS, *Private company law in Europe*, cit., 743.

¹⁵⁸ KOLLER; *The English limited company: ready to invade Germany*, in *International Company and Commercial Review*, 2004, 334.

¹⁵⁹ *Ex multis*, OSTI, *Srl e limited liability company*, cit., 1186.

¹⁶⁰ *In primis*, i requisiti obbligatori di capitale delle proprie società a responsabilità limitata: un capitale sociale minimo poco costoso (o, meglio, *nessun* capitale sociale minimo) avrebbe rappresentato, infatti, un potente "strumento di attrazione delle iniziative economiche sotto il mantello del diritto interno, nella competizione tra gli ordinamenti", CIAN, *Srl, srl semplificata e srl a capitale ridotto*, cit..

¹⁶¹ E, segnatamente, una società di modello equivalente alla SRL italiana o alla LTD inglese. Come rilevano BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility*, cit., 8, le grandi *public limited companies* (equivalenti alla nostra SPA) "are not subject to corporate mobility". Il basso

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Stati meno solerti nell'adeguarsi ai modelli più competitivi avrebbero corso il rischio di assistere ad un'invasione¹⁶², all'interno dei propri confini, di *private limited companies*, secondo una dinamica simile al c.d. *Delaware effect*¹⁶³:

<<It is sometimes speculated that whether the German GmbH and other continental types of corporations will be the victims of regulatory competition, which the UK Private Limited Company seems to be winning>>¹⁶⁴.

La dottrina maggioritaria si era dimostrata, invece, sin dalle prime sentenze della Corte, molto scettica riguardo il fatto che il Regno Unito sarebbe potuto divenire, in futuro, una sorta di *Delaware* europeo:

<<Molto si è discusso e si discute se Centros stia dando e viepiù darà il via a una concorrenza tra ordinamenti del tipo sperimentato negli Stati Uniti negli ultimi centotrent'anni circa. (...) In altra sede ho ritenuto di poter concludere che un simile scenario è irrealistico, per vari motivi (ostacoli tuttora esistenti all'arbitraggio normativo, unicità delle condizioni istituzionali presenti negli Stati Uniti quando la concorrenza ebbe inizio, assenza di incentivi per i politici a promuovere il proprio Stato come paradiso societario ecc...)>>¹⁶⁵.

costo della responsabilità limitata ha, infatti, evidentemente molto più peso per le piccole realtà imprenditoriali, che per le grandi, nelle quali *comunque* l'investimento ha costi elevati: “It is likely that the individuals incorporating in the UK using a private limited would have traded in Germany (o in qualsiasi Stato comunitario in cui, come accadeva in Germania, il modello SRL risultasse particolarmente costoso, ndr) using an unlimited liability company”, BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility*, cit., 11. Ecco che la società a responsabilità limitata è diventata il “terreno d'elezione della concorrenza tra ordinamenti”, CINCOTTI, *La disciplina della SARL di diritto francese nell'ambito del dibattito europeo sul capitale sociale*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 601.

¹⁶² L'espressione di PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, cit., 3509.

¹⁶³ Secondo i sostenitori di questa tesi si assisterà, probabilmente, ad una naturale intensificazione del fenomeno degli arbitraggi tra diritti, che dovrà trovare un limite, come già avviene negli Stati Uniti, nel divieto di abuso del diritto e di frode alla legge: “limiti che sono sempre stati ribaditi (ma applicati restrittivamente dai giudici, sia americani che comunitari”, GNES, *Il diritto di stabilimento*, cit., 133.

¹⁶⁴ GELTER, *The structure of regulatory competition*, cit., 46. In senso conforme IRUJO, *A vueltas*, cit., 13, il quale parla espressamente di “race to the bottom” tra gli ordinamenti comunitari.

¹⁶⁵ ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano a confronto: and never the twain shall meet?*, cit., 8. Nello stesso senso, *ex multis*, PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione*, cit., 1303; McCAHERY, VERMEULEN, *Does the European Company prevent the Delaware effect?*, cit., 791; MUNARI, TERRILE, *The Centros case*, cit., 30, i quali rilevano come “it appears that many EC Member States do not replicate all the

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Ecco che, ai commentatori, “*the likelihood of a European Delaware*” è subito parsa piuttosto ridotta¹⁶⁶: è sembrata sin da subito remota la possibilità che si sarebbe assistito, prima o poi, ad un dilagare di *limited* inglesi per l’Europa, qualora gli Stati non si fossero arresi all’incalzare della LTD, adeguando le proprie SRL al modello d’oltremarica¹⁶⁷.

Questa tesi si è rivelata lungimirante: il fenomeno dello sbarco massiccio sul continente di migliaia di LTD, ancora latente dopo la sentenza “Centros”¹⁶⁸, ed esplosivo

conditions the existence of which suggests the possibility to efficiently engage in a competition based on the specific contents of corporate law”: interessante è, in special modo, la tesi degli Autori, secondo cui in Stati vasti e popolati (come sono i principali Paesi europei) “*the governments (...) could be called upon to justify the enactment of rules of corporate law which attract in corporation through significant redistribution and imposition of negative externalities on their constituencies. (...) It can also be imagine that the Member States may find it more difficult from a political point of view to adopt rules of company law aimed at favouring certain interest groups. (...) It can even be the case that the Delaware has been successfully engaged in the competition for corporate charters because all of its constituencies benedite from such a competition; but a State which is accountable for its actions not only to groups which may benefit from the successful engagement of the State in the corporate law competition but also to groups which may suffer losses as a consequence thereof (viz. Lawyers and accountants vs. investors, etc.)*”, MUNARI, TERRILE, *The Centros case, cit.*, 30. Per un’analisi delle (irriproducibili) dinamiche politiche interne al Delaware, che spiegano le caratteristiche del diritto commerciale dello Stato nordamericano, si vedano MACEY, MILLER, *Toward an interest group theory of Delaware corporate law*, in R. ROMANO, *Foundations of corporate law*, New York, Foundation Press, 1993, 84.

¹⁶⁶ GELTER, *The structure of regulatory competition, cit.*, 23.

¹⁶⁷ FORTUNATO, *La libertà di stabilimento delle società, cit.*, 86, ad esempio, riteneva che la concorrenza tra sistemi normativi sarebbe stata il principale motore dell’armonizzazione del diritto societario europeo: “(...) L’armonizzazione globale non procede con strumenti formali e non è calata dall’alto, ma viene indotta per così dire di fatto e dal basso, mettendo in concorrenza, oltre agli operatori, gli stessi sistemi normativi ed organizzativi e spingendoli per così dire a ridurre le reciproche differenze”. Nello stesso senso, MECHELLI, *La libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell’UE*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, 102, che esaltava l’influenza positiva che una concorrenza tra ordinamenti avrebbe potuto avere sugli ordinamenti societari comunitari.

¹⁶⁸ In Germania si è passati da un media annuale di 381 nuove costituzioni di LTD, nel periodo precedente alla sentenza Centros, a 500 nel periodo mediano tra Centros e Überseering, a 5143 costituzioni annue nel periodo successivo a Überseering, quando la giurisprudenza della Corte di poteva ormai considerare assestata: i dati sono di BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility, cit.*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

solo dopo *Überseering*¹⁶⁹, si è infatti arrestato nel giro di pochi anni, in coincidenza con le riforme delle diverse società nazionali, da parte dei singoli Stati¹⁷⁰, che hanno abbattuto, eliminandoli o riducendoli, i requisiti di capitale minimo obbligatorio. Questa dinamica sembrerebbe peraltro dimostrare che, a differenza degli Stati Uniti dove, non essendo possibile una concorrenza sul capitale minimo obbligatorio (che non esiste!), gli Stati competono sulla qualità globale della normativa societaria e del sistema giudiziario interno (incluse la competenza e la professionalità della locale avvocatura commerciale e tributaria, la preparazione dei giudici locali e la speditezza dei processi)¹⁷¹, in Europa, finora, l'elemento concorrenziale nella competizione tra ordinamenti è stato rappresentato dai costi di *incorporation*, “*of which minimum capital requirements constitute the largest parts*”¹⁷²; altri aspetti si sono rivelati irrilevanti nella scelta del Paese di costituzione¹⁷³:

¹⁶⁹ “*We find that the impact of Centros is large, even by conservative estimates. We estimate that between the end of 2002 and 2005 over 44,000 new U.K. Limited companies will have been set up from other Member States and over 20,000 from Germany alone. (...) We break down the sample into two time periods, the 1997-2000 and the 2002-2005 period, excluding the year 2001. We do this since the ECJ’s Centros ruling in 1999 left many questions unanswered, for example whether the ruling would similarly apply to a company incorporated in Germany, a country that followed the real seat theory. With the ECJ’s stance towards corporate mobility confirmed in the Überseering ruling in 2002 however, we would assume that entrepreneurs and investors were assured that incorporating companies in one EU country while operating in another would not consequently be declared illegal by national courts. We would therefore expect a regulation effect on corporate mobility from the year 2002 onwards*”, BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility*, cit., 9.

¹⁷⁰ Ad esempio, la Francia, che, per prima (contemporaneamente alla Spagna), già nel 2003 aveva inciso sui costi di costituzione della propria società a responsabilità limitata abbattendo il requisito del capitale minimo, la SARL (su cui si veda *infra*), ha visto una brusca frenata nella costituzione di LTD operative nel proprio territorio successivamente alla riforma: “*(...) While absolute numbers in France are high, the increase is much less pronounced and numbers of newly incorporated firms are falling after 2003. (...) France as well as Spain undertook reforms of their private limited company acts in 2003. The dampened growth in the incorporation flow from these companies to the U.K. may therefore be evidence of the effects of regulatory competition, a hypothesis we address later*”.

¹⁷¹ In questo senso, BAINBRIDGE, *Corporate law*, cit., 9. In questo senso si veda ROMANO, *The state competition for corporate charters*, in ROMANO, *Foundations of corporate law*, cit., 84.

¹⁷² BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility*, cit., 15. Nello stesso senso IRUJO, *A vueltas*, cit., 20.

¹⁷³ “*One reason which is often cited for the attractiveness of the UK is the lack of a minimum legal capital requirement for private limited companies, since the Second EU Directive (per la quale*

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<(…) *The minimum capital requirements specific to the individual Member States directly influence the outflow of companies from that country to the U.K. In particular, using a cross-sectional model we find that most of the variation in the change between pre and post Centros flows of firms from Member States to the U.K. are explained by the total setup costs for incorporating new companies (...). The stronger enforcement and disclosure standards in the U.K. as well as potential legal uncertainty and language barriers seem to be unimportant in comparison for the large numbers of firms utilizing their complete freedom of incorporation within Europe provided by the ECJ rulings*>>¹⁷⁴.

A riprova del fondamento di una tale conclusione si consideri che, prima di Centros, la LTD era tanto più diffusa nei Paesi in cui i requisiti di capitale erano più elevati, come in Germania; e aveva, per contro, riscosso minor successo laddove l'accesso alla responsabilità limitata era meno costoso¹⁷⁵, come in Italia.

La dottrina prevalente ha previsto (in modo quasi profetico!¹⁷⁶) che, semmai, la LTD avrebbe offerto lo spunto¹⁷⁷ per una messa in discussione, da parte dei singoli Stati comunitari, di alcuni dogmi del diritto societario, a partire dall'opportunità del mantenimento del capitale sociale:

si veda *infra*) does not apply to this type of corporation. The British approach can be described as „lax” or „liberal” (depending on the perspective), and UK courts enjoy a high reputation. However, with minimum capital requirements and formalities being subject to a discussion on the European level and are undergoing reform in various Member States, those factors alone probably will not create permanent competitive advantages for the UK”, GELTER, *The structure of regulatory competition*, cit., 21.

¹⁷⁴ BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporate mobility*, cit., 14.

¹⁷⁵ Prima dell'ingresso nell'ordinamento tedesco della *Unternehmersgesellschaft*, infatti, “the current minimum capital (was, ndr) at €25.000, half of which (had, ndr) to be paid in before a petition for registration may be filed”, KULMS, *Private company law in Europe*, cit., 748: la GmbH tedesca risultava così, nell'ambito delle società equivalenti a quella a responsabilità limitata, la formula più costosa dell'intera area comunitaria. L'Italia, la cui SRL, come è noto, richiedeva invece € 10.000 (di cui solo 2.500 da versare alla costituzione), non ha praticamente “accusato il colpo” della sentenza Centros: la costituzione di LTD operative in Italia per anno era pari a 260 unità circa prima di Centros, con un lieve aumento a 350 una volta che la Corte di Giustizia si è attestata sulle proprie (note) posizioni. I dati sono di BECHT, MAYER, WAGNER, *Corporatemobility*, cit., 20.

¹⁷⁶ Si veda, ad esempio, ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano a confronto: and never the twain shall meet?*, cit., 8, che, nel 2005, aveva già previsto (“al millimetro”, verrebbe da dire) quali sarebbero stati gli sviluppi futuri del diritto societario europeo relativamente all'istituto del capitale sociale.

¹⁷⁷ O, meglio, un elemento aggiuntivo ad un dibattito, quello sul mantenimento del capitale sociale, che si stava tenendo da tempo: vedi *infra*.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

<<(…) È implausibile cioè che un ordinamento europeo possa assumere nel nostro continente un ruolo analogo a quello del Delaware negli Stati Uniti. Più facile è che gli ordinamenti europei divengano più attenti alle scelte e alle innovazioni altrui, ma tali innovazioni saranno approvate non già al fine di attrarre incorporazioni dall'estero, come in Delaware, bensì a dettare buone regole per le proprie società. Dunque, la concorrenza tra ordinamenti, sia pure nel mondo post Centros, è destinata a operare assai meno traumaticamente e incisivamente che negli Stati Uniti. Con ogni probabilità (e del resto sta già avvenendo), poiché la concorrenza si sta sviluppando soprattutto per le nuove società, nel medio-breve periodo, si assisterà alla rimozione almeno parziale delle barriere alla costituzione di società, in particolare mandando (finalmente) in soffitta il capitale minimo per le s.r.l. (...). Ma è difficile immaginare scenari di liberalizzazione selvaggia ad ampio raggio>>¹⁷⁸.

L'abbattimento del capitale minimo obbligatorio, almeno in Italia, è senza dubbio il prodotto di tale concorrenza regolatoria attenuata¹⁷⁹, nel cui ambito, senza spingersi agli estremi toccati dal *Delaware*, gli Stati europei sono stimolati (più dall'esempio estero che dall'incombere della libertà di stabilimento) a superare alcune regole del proprio diritto societario ritenute intoccabili fino a quel momento, non tanto per sfuggire all'invasione di *pseudo foreign companies*, quanto per vitalizzare il proprio sistema economico, magari rifacendosi agli indici e alle classifiche che misurano la competitività dei singoli ordinamenti redatti dalle organizzazioni economiche internazionali (FMI, Banca Mondiale, ecc...)¹⁸⁰, dei quali il *Doing Business report* è sicuramente il più autorevole:

<<*The Doing Business reports, cross-country comparisons including rankings of the attractiveness of different legal systems for doing business, have the highest circulation numbers of all World Bank publications; even critics admit they have been successful at inciting legal reform in many countries in the world*>>¹⁸¹.

¹⁷⁸ ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano a confronto: and never the twain shall meet?*, cit., 8.

¹⁷⁹ In questo senso anche MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, cit., 251.

¹⁸⁰ In Italia, non a caso, nell'introdurre la SRLCR (oggi, come noto, "inglobata" nella SRLS), il legislatore si era riferito espressamente ad un indicatore economico quale il *Doing Business Report*.

¹⁸¹ MICHAELS, *Comparative law by numbers? Legal Origins thesis, Doing Business reports, and the silence of traditional comparative law*, in *AJCL*, 2009, 766. È opportuno specificare che, nei Paesi anglosassoni in special modo, si è sviluppata una scuola di comparatisti, la c.d. scuola della *Legal Origins*, che "fondandosi sull'utilizzazione di indici economici, che tra l'altro hanno profondamente influenzato l'operato delle organizzazioni internazionali, a cominciare dalla Banca Mondiale e dal suo *Doing Business report*, nonché su una piuttosto rudimentale organizzazione in famiglie dei sistemi giuridici, e in particolare su una discutibile

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

Gli ordinamenti nazionali comunitari¹⁸² (ma non solo!¹⁸³), da qualche anno a questa parte, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, hanno appunto dato il via ad un processo di rivisitazione di alcuni istituti “classici” del diritto commerciale: la vicenda che ha interessato (e che ancora sta interessando¹⁸⁴) il capitale minimo obbligatorio, percepito come un ostacolo alla competitività degli ordinamenti¹⁸⁵, è sicuramente la più eclatante:

<<The Centros-Inspire Art line of decisions has made it impossible for National legislators to impose minimum asset requirements on pseudo foreign corporations. Thus, the possibilities for company law arbitrage in this field are nearly unrestricted. Minimum capital has become the most important factor

contrapposizione tra sistemi di c.d. *civil law* e sistemi di *common law*, è giunta ad affermare la netta superiorità dei secondi sui primi (...): così OSTI, *Srl e limited company*, cit., 1187.

¹⁸² Con la poco luminosa eccezione dell'Italia, che non ha approfittato della legge delega per adeguare il proprio diritto societario alle nuove istanze poste dalla competizione tra ordinamenti, come invece si aspettava la dottrina: “*With regard to the Italian situation, the pending proposal for a law delegating the reform of Italian company law rules so as to increase the efficiency of Italian corporate law. Indeed, Italian society as a whole would largely benefit from a reform of outdated rules and practices of corporate law*”, MUNARI, TERRILE, *The Centros case and the rise of an EC market for corporate law*, cit., 37. La giurisprudenza comunitaria si è invece rivelata determinante per quanto riguarda, sempre nel contesto dei D.Lgs nn. 5 e 6 del 2003, il diritto internazionale privato: la riforma degli artt. 2507, 2508, 2509 ecc... testimoniano la volontà del legislatore di aprirsi maggiormente all'*acquis communautaire*. In questo senso BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario*, cit., 343.

¹⁸³ Come si è visto in precedenza, il processo di abbattimento (o, quantomeno, di ripensamento) dei requisiti di capitale minimo riguarda buona parte dei paesi capitalistici.

¹⁸⁴ Ci si riferisce, evidentemente, alla recentissima introduzione della SRLS nel sistema societario italiano.

¹⁸⁵ REVIGLIONO, *La società a responsabilità semplificata*, cit., 8: “(...) La convinzione per cui l'accesso all'esercizio dell'attività d'impresa nella forma societaria possa essere agevolato mediante il superamento di taluni principi cardine del diritto delle società di capitali, come quello della necessità di una soglia minima del capitale sociale, non rappresenta affatto una novità assoluta nel panorama dei principali ordinamenti europei”. Nello stesso senso IRUJO, *A vueltas*, cit., 20: “(...) *La ausencia de capital, o cuanto menos, de capital mínimo, como un requisito tipológico, cabría decir, negativo de algunos ordenamientos jurídicos, está llamada a convertirse en un significativo factor de competencia en el seno de la Unión europea*”; e ROJO, *Consideraciones sobre el derecho español de las sociedades mercantiles*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, 14 che definisce il capitale sociale “*factor de anquilosis de las sociedades europeas y (...) como un elemento que resta competitividad respecto de las corporaciones norteamericanas*”: “*La acumulación de técnica de tutela del capital social constituye, se dice, un factor negativo en la realidad social y económica de la época*”.

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

driving for the incorporation of continental businesses in the United Kingdom. This has arguably prompted some defensive regulatory competition (...)>>¹⁸⁶.

La medesima direttiva societaria¹⁸⁷ che, imponendo alcuni vincoli alle discipline nazionali del capitale ma non applicandosi alle società a responsabilità limitata¹⁸⁸, aveva consentito alla *private limited company* di non avere, *de facto*, un capitale minimo, ha permesso a diversi Stati di ridurre, quando non di eliminare¹⁸⁹, il capitale sociale obbligatorio per le proprie SRL:

<<The second company law directive requires public corporation to have a legal capital of at least € 25.000, which need not be entirely covered by assets at the time of incorporation. With the second directive not applying to private limited companies, Member States have been able to freely choose the amount for this set of corporations>>¹⁹⁰.

¹⁸⁶ ENRIQUES, GELTER, *Regulatory competition in european company law and creditor protection*, in *EBOR*, 2006, 424.

¹⁸⁷ Dir. 77/91/CE, meglio conosciuta come “seconda direttiva societaria”, e “intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all’articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa”.

¹⁸⁸ Si veda MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, cit., 1201.

¹⁸⁹ “(...) E’ la scelta francese del 2003; la Germania ha scelto di procedere gradualmente, abbassandolo invece che eliminandolo”, ENRIQUES, *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano a confronto: and never the twain shall meet?*, cit., 8.

¹⁹⁰ ENRIQUES, GELTER, *Regulatory competition*, cit., 423. Nello stesso senso GELTER, *The structure of regulatory competition*, cit., 21; WEIGMANN, nota alla sentenza *Inspire Art*, cit., in *Giur. It.*, 2004, 2, 332: “(...) Una equiparazione della norme che tutelano l’effettiva formazione e conservazione di un capitale minimo è stata imposta dalla seconda direttiva (77/91/CE) solamente alle società azionarie, e non viceversa a quella a responsabilità limitata, cui può paragonarsi la *private company* in Gran Bretagna”. Irlanda e Regno Unito, al tempo della redazione della direttiva, si opposero alla sua prima versione (che avrebbe esteso la propria operatività anche alle società chiuse inglesi, non completamente distinte dalle società azionarie) affinché i soci di dette società potessero continuare a valersi della disciplina particolarmente flessibile dettata per esse in quei Paesi. Si veda, in questo senso, MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, cit., 1222, che definisce la LTD “il tipo societario privilegiato per instaurare una concorrenza tra ordinamenti”: grazie alla concorrenza intracomunitaria resa possibile dalla Corte di Giustizia, le LTD inglesi in Europa, nel 2003, erano, infatti, 1.200.000 circa, a fronte di poco più di 11.000 *public companies* (la cui concorrenzialità era, ed è tuttora, frenata dai requisiti imposti dalla seconda direttiva).

STUDI E OPINIONI

SRL A CAPITALE RIDOTTO

In questo modo, anche nei Paesi c.d. di *civil law* dell'Europa continentale, pur “storicamente influenzati dall’idea che la previsione di un capitale sociale minimo debba costituire la contropartita necessaria del beneficio della limitazione della responsabilità dei soci ai conferimenti effettuati”¹⁹¹, è in corso una discussione sull’opportunità di superare il capitale sociale ed introdurre strumenti a questo alternativi, “idonei a realizzare, in modo più efficiente ed economico, gli stessi obiettivi che il regime del capitale persegue”¹⁹²:

<<*The final outcome of this process may be the practical elimination of minimum capital requirements*>>¹⁹³.

La revisione dei minimi di capitale, e la rinuncia alla tradizionale funzione di garanzia che a questo veniva tradizionalmente riconosciuta, è stata affiancata da strumenti suppletivi a presidio, *in primis*, delle esigenze dei creditori:

<<(…) Occorre (…) tenere in considerazione, ai fini della presente analisi interpretativa, (…) l’esigenza di fondo che permea le disposizioni adottate dai diversi ordinamenti europei in relazione alle società senza capitale o con capitale molto esiguo; si tratta dell’esigenza di individuare degli strumenti idonei a supplire alla sostanziale assenza del capitale sociale e quindi di garantire la posizione dei terzi e dei creditori sociali>>¹⁹⁴.

¹⁹¹ BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata*, cit., 28. Nello stesso senso LUTTER, *Capital*, in *Int. Enc. Comp. L.*, vol. XIII, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 34: “*In Europe, the idea of requiring a minimum capital investment has become established throughout the European Union*”.

¹⁹² ASSONIME, *Circolare 29/2012*, cit., 1272.

¹⁹³ ENRIQUES, GELTER, *Regulatory competition*, cit., 424. Ad esempio, la *loi pour l’initiative économique* francese che ha reso il capitale liberamente determinabile dallo statuto delle società, senza vincoli minimi di sorta, “*met (...) un point d’arrêt à un certain nombre d’hésitations portant sur la nécessité d’un capital minimum, anéantissant l’idée reçue de ce qu’il est le corollaire immédiat de la responsabilité limitée des associées et le gage commun des créanciers*”, BROCARD, *De l’utilité de constituer une SARL?*, in *Rev. Soc.*, 2004, 826.

¹⁹⁴ REVIGLIONE, *La società semplificata*, cit., 22. Nello stesso senso ASSONIME, *Circolare 29/2012*, cit., 1274.

S.P.A.: UNA “REGOLA D’USO” PER “CONTROLLO” E “VIGILANZA”?

L’articolo esamina il tema del rapporto fra le espressioni “controllo” e “vigilanza” con riferimento alla disciplina della società per azioni. Il numero elevato di luoghi in cui compaiono induce a ritenere che esse non possano contare su un’unica definizione sempre valida; al contrario, si può ipotizzare che esistano tanti significati quante sono le situazioni in cui sono utilizzate dal legislatore. Si impone, quindi, la necessità di interrogarsi, di volta in volta, su quale sia il loro esatto valore.

di **RICCARDO RUSSO**

1. Premessa.

Con riferimento alla società per azioni, le parole “controllo” e “vigilanza” sono utilizzate con notevole frequenza dal legislatore.

Il risultato è un groviglio di significati, restio a sciogliersi. La dottrina si è, nel tempo, misurata con la questione del rapporto fra i due termini: in difetto di una definizione unica e generalmente valida, secondo alcuni si tratta di sinonimi¹, per altri di concetti distinti².

¹ In dottrina, la tesi dell’equivalenza fra i termini è stata sostenuta, in particolare, da MONACI, *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2007, 4; COLAVOLPE, *La vigilanza*, in AA.VV., *Banche, assicurazioni e gestori di risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, a cura di PROSPERETTI, Milano, 2009, 388, con specifico riferimento al contenuto del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario); MAGGIOLO, *Servizi ed attività d’investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, 2012, 138, con riguardo alla regolamentazione dei mercati finanziari.

² Ampia è, al riguardo, la letteratura giuridica. *Ex multis*, si segnalano: MONTALENTI, *Corporate governance, società quotate, mercati finanziari*, Milano, 2011, 165; COLANTUONI, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di SANTORO – SANDULLI, II, Torino, 2003, 543; FORTUNATO, *Commento sub art. 149*, in ALPA – CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, II, Padova, 1998, 1378; ID., *I controlli amministrativi sulle società*, in *Riv. soc.*, 1998, I, 412; ID., *Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 39; PERRONE, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in AA.VV., *Commentario breve al Codice civile*, a cura di CIAN, Padova, 2011, 2875.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Nonostante sia stata segnalata la necessità di rispettare “regole d’uso”³, l’impiego dei termini “controllo” e “vigilanza” è tutt’ora accompagnato da una certa “confusione”, a livello lessicale e normativo⁴.

Un esempio rende più chiaro quanto affermato. Come risaputo, si distingue fra organi interni ed esterni di “controllo”, operando così una bipartizione che, d’impatto, sembrerebbe fondarsi sulla loro mera collocazione spaziale: semplificando al massimo, il collegio sindacale è organo *interno* in quanto parte integrante della struttura sociale; la società di revisione è *esterna* perché autonoma dalla stessa.

Con la medesima parola “controllo” si designano, in realtà, complessi di attività diversi fra loro, a seconda che la si riferisca agli organi interni piuttosto che a quelli esterni: il “controllo” dei primi, infatti, attiene principalmente – fatta salva una puntualizzazione di cui subito si dirà – ad aspetti attinenti la gestione; il “controllo” degli esterni, al profilo della contabilità della società.

L’eterogeneità del significato di “controllo” e “vigilanza” si evince da un approssimativo elenco delle situazioni in cui sono impiegati: il collegio sindacale “*vigila*” sugli oggetti indicati dalla legge (artt. 2403, c. 1, c.c.; 149, c. 1, t.u.f.), e, negli enti di interesse pubblico, si identifica con il “comitato per il *controllo* interno e la revisione contabile” (art. 19, c. 2, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39); il collegio sindacale delle sole società non quotate, al ricorrere delle condizioni prefissate, “*esercita inoltre controllo contabile*” (art. 2403, c. 2, c.c.); l’ordinamento societario conosce, infine, le figure dell’“organismo di *vigilanza*” (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) e, limitatamente alle società quotate, del “comitato *controllo* e rischi” (art. 7, cod. autodisciplina di Borsa Italiana s.p.a.).

Il problema è antico ed interdisciplinare: già nel 1914, Ugo Forti, studioso amministrativista, incontrava le prime “incertezze” nella ricerca delle ragioni che ispiravano il legislatore nell’utilizzare un termine anziché l’altro⁵.

³ In particolare, la valutazione è stata originariamente riferita da A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, XIV, al solo “controllo”.

⁴ FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in AA.VV., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di BIANCHINI – DI NOIA, Milano, 2010, 116.

⁵ “Si è giustamente osservato a proposito delle casse di risparmio, del Banco di Napoli, del Banco di Sicilia, dei monti di pietà, ecc. che mentre le leggi e i regolamenti rispettivi parlano di vigilanza, sotto questo nome si comprendono veri e propri controlli nel merito della gestione di questi enti”: così FORTI, *I controlli dell’amministrazione comunale*, estratto da AA.VV., *Primo trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di ORLANDO, vol. II, pt. II, Milano, 1914, 41 ss.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Preme sottolineare con forza che la questione, lungi dal ridursi ad una disputa formalistica, trova un risvolto sostanziale sul terreno della responsabilità e dei doveri dei soggetti che, a vario titolo, svolgono mansioni di sorveglianza sulla società azionaria⁶.

2. Il rapporto fra i due termini: dottrina e giurisprudenza a confronto.

2.1. “Controllo” e “vigilanza” come sinonimi.

Secondo una prima ricostruzione, “controllo” e “vigilanza”, almeno “in prima approssimazione”, sono da considerarsi sinonimi: in generale, “controllare rappresenta l’esame di un fatto, di un atto, di un documento per verificarne l’esattezza, la validità”, mentre “vigilare è l’atto di sottoporre gli stessi a controllo”⁷. Il loro significato, quindi, parrebbe, accedendo a questa prospettiva, del tutto “equivalente”⁸.

La loro comune radice risiederebbe nell’idea della “verificazione”⁹: un’affermazione che si ritrova negli approfondimenti dedicati a più rami del sapere giuridico: dal diritto amministrativo¹⁰ agli studi in materia finanziaria¹¹ e bancaria¹².

Soprattutto in quest’ultimo ambito, la dottrina ha raggiunto livelli di estrema chiarezza: è stato detto infatti che è indubbio che il legislatore del t.u.b. ha “utilizzato i

⁶ V. *infra*, par. 2.2., ultima parte.

⁷ BERTA, *I gruppi societari*, Torino, 2011, 251. Il pensiero dell’Autore, malgrado l’affermazione riportata nel testo, non può ascriversi del tutto alla corrente che vuole sinonimi “controllo” e “vigilanza”. Nel suo contributo, infatti, vi sono significative aperture ad ammettere che vi siano delle differenze fra i termini in punto di significato, per le quali si rimanda *infra*, al par. 2.2.

⁸ MONACI, *op. loc. ult. cit.*

⁹ MONACI, *op. cit.*, 3. Cfr., per il ramo privatistico, AMBROSINO, *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche nel nuovo t.u. delle leggi in materia creditizia*, in AA.VV., *Le banche. Regole e mercato dopo il testo unico delle leggi creditizie*, a cura dello stesso, Milano, 1995, 86, secondo cui l’*ubi consistam* della “vigilanza” coincide con la “verificazione” e, per quello pubblicistico, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988, 321, a detta del quale il “controllo” si esplica nella “verificazione di regolarità di una funzione propria o aliena”.

¹⁰ V. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ MONACI, *op. loc. ult. cit.* Cfr. MAGGIOLO, *op. loc. ult. cit.*, con speciale riguardo all’attività delle c.d. autorità di vigilanza.

¹² Cfr. AMBROSINO, *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche nel nuovo t.u. delle leggi in materia creditizia*, in AA.VV., *Le banche. Regole e mercato dopo il testo unico delle leggi creditizie*, a cura dello stesso, Milano, 1995, 86, e COLAVOLPE, *op. loc. ult. cit.*

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

termini di vigilanza e di controllo come sinonimi e, quindi, con la comune accezione di “verificazione”¹³.

La tesi, se la si è ben compresa, parrebbe, però, lasciare in sospeso la risposta al seguente interrogativo: trattandosi di sinonimi, perché il legislatore avrebbe, nel formulare l’art. 149 t.u.f. e nel riformulare l’art. 2403 c.c., preferito discorrere di “vigilanza” e non più di “controllo”?

Facendo un passo indietro, si nota come l’indirizzo illustrato non spieghi neppure perché il testo dell’art. 2403 c.c., nella propria versione previgente, distinguesse i compiti dei sindaci in un “controllo” sull’amministrazione della società ed una “vigilanza” sull’osservanza della legge e dell’atto costitutivo.

Del resto, si può ricordare che alcuni commentatori, già nella vigenza di quella stessa versione, attribuivano un significato diverso all’uno e all’altro: il primo si risolveva in un accertamento “tecnico” sulle modalità di esecuzione delle operazioni sociali¹⁴; il secondo in una verifica sulla “legalità” dell’azione degli amministratori¹⁵.

2.2. “Controllo” e “vigilanza” come concetti distinti.

E’ stato giustamente rilevato che, nel modificare la formulazione dell’art. 2403 c.c. in tema di doveri dei sindaci, il legislatore ha posto in essere un’operazione con ricadute notevoli sul piano sostanziale¹⁶.

Già a ridosso dell’approvazione dell’art. 149 t.u.f., dal testo del quale il legislatore della riforma del diritto societario avrebbe poi tratto ispirazione per la redazione dell’art. 2403 c.c. in materia di doveri dei componenti del collegio sindacale¹⁷, è maturata l’idea che la novità della norma, stante l’abbandono del tradizionale riferimento al “controllo”, sostituito da un rimando ad una funzione di schietta “vigilanza”, non fosse “di pura facciata” o nominalistica¹⁸.

¹³ COLAVOLPE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ PITTER, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in CIAN – TRABUCCHI, *Commentario breve del codice civile*, Padova, 1988, 1810.

¹⁵ PITTER, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ COLANTUONI, *op. cit.*, 543.

¹⁷ Cfr. DARDES, *Responsabilità dei sindaci: profili applicativi*, nota a Trib. Roma, 20 febbraio 2012, in *Soc.*, 2013, 1, 35.

¹⁸ FORTUNATO, *Commento sub art. 149, cit.*, 1378. L’Autore, nel proprio contributo, si rivela talmente certo della tesi della distinzione fra “controllo” e “vigilanza” da giudicare i riferimenti al “controllo”, ancora presenti nel codice civile prima della riforma, come espressioni affette dal

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Secondo alcuni, nel preciso momento in cui dal “controllo” si è finiti con il trascorrere alla “vigilanza”, si è posta in essere una “modifica lessicale” non “indolore” sul piano semantico¹⁹.

La previsione del dovere di “vigilanza”, contenuta oggi all’art. 2403 c.c. e all’art. 149 t.u.f., è apparsa “più pregnante” rispetto alla previsione di un semplice “controllo”²⁰. Il superamento del “generico”²¹ dovere di “controllo” e la sua completa sostituzione con il dovere di “vigilanza”, non avrebbero, pertanto, “una valenza meramente formalistica”²².

La “variazione lessicale” rivelerebbe, quindi, aspetti sostanziali, imponendo un “cambiamento di mentalità circa il modo di intendere il controllo sindacale”.

La “vigilanza” designerebbe, in particolare, una “valutazione complessiva degli atti posti in essere nella prospettiva degli interessi sociali”. Munita di un “significato ontologicamente più ampio”, essa comprenderebbe il concetto di “controllo”, non limitandosi alla “mera verifica della conformità” tra la fattispecie concretamente realizzatasi e quella astrattamente prevista²³.

Mentre il “controllo” rinvierebbe ad una “verifica asettica di un modello predefinito in ogni sua parte”, ispirata alla “pretesa illuministica di trasferire nel momento del controllo la certezza del raffronto puramente esecutivo tra modello astratto e fattispecie concreta”, la “vigilanza”, al contrario, evocherebbe una “vigile cura degli interessi” che siano stati “affidati al controllore”²⁴ e, lungi dall’essere una “meccanica sovrapposizione di modelli astratti a fattispecie concrete, al fine di verificarne l’esatta coincidenza”, troverebbe il proprio “metro di raffronto” sia in “regole astrattamente

“segno dei tempi”. Il loro contenuto avrebbe dovuto essere, addirittura, illuminato, con un’interpretazione evolutiva, dal concetto di “vigilanza”.

¹⁹ FORTUNATO, *I controlli amministrativi sulle società*, in *Riv. soc.*, 1998, I, 412. Può tornare utile il monito di FORTI, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale “le questioni di parole acquistano subito (...) un significato sostanziale, quando è possibile che sul valore di queste parole non ci si intenda”.

²⁰ PERRONE, *op. loc. ult. cit.*

²¹ PERRONE, *op. loc. ult. cit.*

²² COLANTUONI, *op. loc. ult. cit.*

²³ COLANTUONI, *op. loc. ult. cit.* Sul punto, v. anche FORTUNATO, *Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 39.

²⁴ FORTUNATO, *op. loc. ult. cit.*

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

designate”, sia negli “interessi da quelle regole tutelati” e nelle “finalità con esse perseguite”²⁵.

Non manca chi dà, del rapporto fra i due termini, un’interessante lettura cronologica: “il concetto di vigilanza ha un significato più esteso in quanto comporta prestare cura e attenzione e, ove ritenuto necessario, effettuare le connesse indagini e i controlli: quindi vigilare è atto *antecedente* rispetto all’eventuale *successivo* controllo”²⁶.

Muovendo dall’attuale formulazione dell’art. 2403 c.c., alcuni hanno affermato che la “vigilanza”, in special modo se riferita al rispetto dei principi di corretta amministrazione, diviene una “clausola generale”, su cui si innesta il “controllo” sulla “diligente gestione degli amministratori”²⁷.

Fin qui la dottrina. La giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsi, direttamente, del tema.

In particolare, la Corte di Cassazione, traendo spunto dalla disciplina dettata per i sindaci delle società quotate *ex art. 149 t.u.f.*, ha adottato l’orientamento che ritiene distinte le realtà descritte da “controllo” e “vigilanza”²⁸. Nel caso concreto, è stata data un’interpretazione “rigorosa”²⁹ del contenuto dell’obbligo dei sindaci di comunicare alla CONSOB le “irregolarità riscontrate nell’attività di *vigilanza*” *ex art. 149, c. 3, t.u.f.*

Il Supremo Collegio ha letto nella dizione “vigilanza” un rafforzamento del dovere di comunicazione alla CONSOB radicato in capo ai sindaci, escludendo radicalmente che il suo assolvimento sia subordinato “ad una valutazione discrezionale dei sindaci ed all’accertamento da parte di essi dei requisiti oggettivi e soggettivi di una violazione della legge o dell’atto costitutivo ovvero del mancato rispetto da parte degli

²⁵ FORTUNATO, *Commento sub art. 149, cit.*, 1378.

²⁶ BERTA, *op. loc. ult. cit.* Secondo IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 245, invece, la “vigilanza” si svolge “durante” il compimento dell’azione, a differenza della “valutazione” che, al contrario, si realizza dopo che l’azione è stata posta in essere. Per un confronto fra i due termini, si rimanda *infra*, al par. 3.3.

²⁷ DARDES, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ Cass., sez. II, 10 febbraio 2009, n. 3251, consultabile integralmente su www.leggiditaliaonline.it. Per un suo commento, si rimanda agli interessanti contributi di PARMEGGIANI, *I sindaci e la Consob*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1077; MONTEVERDE, *Doveri dei sindaci di società quotate: una svolta severa*, in *Giur. it.*, 2010, 118 ss.; BRUNO, *Sindaci di società quotate e obbligo di comunicazione alla Consob*, in *Giur. comm.*, 2010, 435; CARBONE, *Responsabilità dei sindaci della s.p.a.*, in *Corriere Giur.*, 2009, 4, 458 ss.

²⁹ MONTEVERDE, *op. cit.*, 120.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

organi sociali dei principi di corretta amministrazione o dell'adeguatezza della struttura organizzativa della società, dei quali l'irregolarità rappresenta un sintomo".

I sindaci, di conseguenza, sono tenuti a comunicare "senza indugio" *tutte* le irregolarità, non solo quelle effettivamente riscontrate, ma anche quelle che essi avrebbero dovuto riscontrare³⁰.

Dalla sentenza della Suprema Corte, è possibile ricavare i seguenti principi:

a) in generale, il legislatore del Testo unico della finanza, nel momento in cui ha adoperato, all'art. 149, il lemma "vigilanza", ha inteso riferirsi ad un concetto differente rispetto a quello di "controllo";

b) in particolare, l'assolvimento del dovere di "vigilanza" si risolve nell'espletamento di attività non soggette ad attività discrezionale, con la conseguenza che è la "vigilanza" stessa e non il "controllo" ad avere un contenuto più gravoso per i sindaci.

Una diversa teoria vuole, infatti, la "vigilanza" come componente del concetto di "controllo"³¹. In particolare, è stato sostenuto come quest'ultimo evochi "strumenti di verifica più pervasivi", lasciando all'altro termine il significato di "sorveglianza generale e, di regola, indiretta"³².

3. Un passo indietro: analisi letterale di "controllo" e "vigilanza".

3.1. (segue): il profilo etimologico.

La dottrina ha da tempo preso atto del fatto che il termine "controllo" non può ritenersi confinabile al solo "mondo del diritto"³³; il suo largo impiego "in un'ampia gamma di significati"³⁴, se combinato ad un utilizzo spesso "in senso traslato"³⁵ contribuisce a rendere l'individuazione del suo significato particolarmente difficile.

Già nei primi anni Trenta del secolo scorso, Enrico Finzi, nel prendere atto dell'utilizzo da parte del legislatore di predicati ed aggettivazioni riconducibili all'area

³⁰ Così, MONTEVERDE, *op. cit.*, 119.

³¹ FERRARETTI, *Dizionario dei termini giuridici ed amministrativi*, Roma, 1986, 85, definisce il "controllo" come l'azione "consistente nel vigilare, esaminare e sindacare l'operato degli altri".

³² MONTALENTI, *op. loc. ult. cit.*

³³ SEPE, voce "Controlli. Profili generali", in *Enc. giur.*, X, Roma, 1993, 1.

³⁴ D'AURIA, *I controlli*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, 1217.

³⁵ GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, II, 1263.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

semantica del “controllo”³⁶, rilevava che tale espressione non fosse “parola di crusca”³⁷: un dato confortato anche dall’esito di una sintetica ricerca etimologica³⁸.

Sebbene “di uso comune, *anche* nel diritto”³⁹, l’espressione scontò l’ostilità iniziale di alcuni ambienti accademici a recepire le novità della “nomenclatura tecnico-mercantile”⁴⁰. Solo negli ultimi anni del XIX secolo si accettò, finalmente, la “voce nuova, entrata nell’amministrazione” quale sinonimo di “revisione”, “sindacato” o “riscontro”⁴¹.

³⁶ Lo Studioso si riferisce esplicitamente all’art. 6, r.d.l. 30 ottobre 1930, n. 1459. Il regio decreto, nel dettare, come desumibile dalla sua intestazione, “disposizioni penali in materia di società commerciali”, nella sintesi offerta da FINZI, “*Società controllate*”, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 462, comminava “gravi sanzioni a carico dell’amministratore” che avesse contratto “prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente, sia per interposta persona, non solo colla società che amministra, ma altresì con una società” che essa avesse controllato o dalla quale fosse stata controllata.

³⁷ FINZI, *op. loc. ult. cit.*

³⁸ Fra gli altri, il *Vocabolario degli accademici della Crusca*, Venezia, 1612, ristampato a Firenze, 1974, e il *Vocabolario della lingua italiana, già compilato dagli accademici della Crusca ed ora nuovamente corretto ed accresciuto da MANUZZI*, tomo primo, parte prima, Firenze, 1833 non forniscono, della parola “controllo”, alcuna definizione. Il *Vocabolario della lingua italiana*, a cura di MORTARA e altri, II, Mantova, 1847, 687, alla voce “controllo” riportava, addirittura, un’esortazione al lettore a preferirgli l’espressione “riscontro”. Secondo il *Vocabolario della lingua italiana*, a cura di PIANIGIANI, Roma – Milano, 1907, 340, si trattava di “un brutto francesismo, da lasciarsi a chi lo vuole”. Paradigmatica dell’evoluzione dell’atteggiamento degli accademici nei confronti del termine in questione è la compilazione dell’opera di Pietro Fanfani. Nella seconda edizione della sua opera – il *Vocabolario della lingua italiana*, Firenze, 1865 – lo studioso non inserisce ancora “controllo”. La successiva quarta edizione, edita nel 1898 nella medesima città, riporta, invece, sia il verbo “controllare”, sia il relativo sostantivo “controllo”. A tali espressioni, più che una definizione, Fanfani dedica una sorta di elencazione di sinonimi di quelle che appaiono ancora “voci schiettamente francesi”, impiegate per alludere, rispettivamente, ai predicati “verificare”, “riscontrare”, ed ai nomi “verifica” e “riscontro” : v. col. 1183.

³⁹ FINZI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ FINZI, *op. cit.*, 463.

⁴¹ BROGLIO (e altri AA.), *Nuovo Vocabolario della lingua italiana secondo l’uso di Firenze*, I, Firenze, 1897, 445.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

La genesi del termine “controllo”, è di regola fatta risalire alla traduzione del francese “*contrôle*”⁴². Come è stato osservato, la dizione è l’esito della contrazione di altre due differenti parole, “*contre*” e “*rôle*”⁴³; essa trova, comunque, un più risalente antecedente nel latino fiscale medievale “*contra rotulum*”⁴⁴.

In particolare, con la locuzione “*rotulum*” – dalla quale sarebbe successivamente derivato l’italiano arcaico “ruolo”, quale sinonimo di “catalogo”⁴⁵ – si soleva designare, semplicemente, un materiale cartaceo, sovente conservato in forma arrotolata⁴⁶.

Conferme si trovano in chi sostiene che il termine sia nato “come vocabolo se non proprio strettamente giuridico, quantomeno di scienza dell’amministrazione, essendo noto che era il nome di ciò che, in termini moderni, chiameremmo il registro di riscontro” e che rappresenti “uno dei non frequenti casi in cui nozioni nate nella pratica amministrativa si diffondano altrove”⁴⁷.

Il significato dell’espressione “*contrôle*”, nell’esperienza francese, ha a lungo conservato un profilo essenzialmente materiale, oggi ampiamente superato⁴⁸: la parola,

⁴² FINZI, *op. cit.*, 463; CASULLI, voce “Controllo”, in *Nuoviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 729; R. GALLI – D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 2001, 1153; MONACI, *op. cit.*, 2. La linguistica francese è in grado di individuare persino quale sia stato il primo autore a dismettere la forma composta e a sostituirla con quella contratta. La derivazione francese è comunemente riconosciuta anche con riferimento all’inglese “*control*”: v. SIMPSON – WEINER, *The Oxford English Dictionary*, III, Oxford, 1989, 851 ss.; JOHNSON, *A Dictionary of the English Language*, with numerous correction by TODD, London, 1827; MURRAY, *A New English Dictionary on historical principles*, II, Oxford, 1893, 927.

⁴³ Così LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, tome premier, première partie, Paris, 1863, 789; *Dictionnaire de l’académie française*, tome 1, Paris, 1992, 490; FINZI, *op. loc. ult. cit.*; MONACI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ MONACI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ FINZI, *op. loc. ult. cit.* In BLOCH – VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, 1968, 559, si ritiene che, al pari di “controllo”, anche “ruolo” avrebbe una chiara origine francese, in quanto successivo alle prime attestazioni delle forme “*rolé*” e “*roole*”, collocabili, rispettivamente, nel XV e XVI secolo e derivate, a loro volta, dal latino medievale.

⁴⁶ “*Unde nomen*”, osserva, in via incidentale, DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, VII, Graz, 1954, 223.

⁴⁷ GIANNINI, *Controllo*, cit., 1264

⁴⁸ Secondo il *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle*, publié sous la direction de IMBS, tome sixième, Paris, 1978, 104 ss., il significato usuale

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

al pari della sua traduzione inglese “*control*”⁴⁹, evocava, in prima battuta, non tanto un’attività di verifica e sorveglianza, quanto, piuttosto, un supporto fisico e tangibile⁵⁰.

Meno articolata è l’etimologia di “vigilanza”⁵¹. I predicati ed i sostantivi riconducibili all’area semantica del “vigilare” traggono tutti la propria origine dal latino “*vigilantia*”, che, letteralmente, corrisponde alla c.d. “*somni parcitas*”⁵².

In senso traslato, indica l’attenzione che in tale azione deve essere riposta⁵³, oltre a designare un comportamento improntato alla “diligenza”⁵⁴; già in passato, si

dell’espressione altro non è che “*vérification portant sur des choses en vue d’examiner si elles remplissent les conditions demandées*”.

⁴⁹ V. MURRAY, *op. loc. ult. cit.* e JOHNSON, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ In R. GALLI – D. GALLI, *op. loc. ult. cit.*, dove si ricorda che il “*contre-rôle*” indicava proprio il “doppio-registro in cui erano contenuti i dati relativi ai tributi, agli elenchi di prestazione di opere ed agli inventari”. Significativa è la dislocazione delle definizioni del termine, all’interno della già citata opera di LITRE: il lemma “*contrôle*” indicava come primo valore quello di “*registre double qu’on tient pour la vérification d’un autre*”, e solo secondariamente, quelli di verifica ed esame. Conferme in COTGRAVE, *A Dictionaire of the French and English Tongues (1611)*, ristampato a New York, 1970, secondo cui l’espressione “*contrerolle*” designa “*the copie of a roll, a parallel of the same qualitie and content with th’originall*”.

⁵¹ Il già menzionato *Vocabolario degli accademici della Crusca*, nella sua versione originaria, si asteneva dal fornire indicazioni sul significato della “vigilanza”, preferendo rimandare al lemma “vigilantemente”, derivato dal latino “*vigilanter*”. La derivazione latina appare, soprattutto nell’italiano arcaico, particolarmente evidente, laddove si pensi all’uso, riportato nella seconda edizione dell’opera di Fanfani, a pag. 1645, della variante “vigilanzia”. Spostando l’attenzione sul versante francese, si devono ricordare i contributi offerti dal tomo secondo dell’opera di Littré, a pag. 2490, e da BLOCH – VON WARTBURG, *op. cit.*, 672, che ricordano entrambi come “*vigilance*” corrisponda a “*vigilantia*”. Ad identica conclusione perviene anche *The New Lexicon Webster’s Dictionary*, nell’ultimo luogo citato, con riferimento alla dizione inglese “*vigilance*”. Merita di essere ricordato come tale voce non sia attestata nel risalente *Dictionary of the English Language* di Johnson.

⁵² L’espressione compare in dottrina, ma anche nei lessici latini più risalenti. Sotto il primo profilo, si può ricordare VALENTINI, voce “*Vigilanza (diritto amministrativo)*”, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 703, menzionato anche da MONACI, *op. loc. ult. cit.* In merito alla seconda tipologia di fonti, appare opportuno ricordare FACCIOLATI – FORCELLINI, *Totius latinitatis Lexicon*, IV, Schneeberg, 1835, 442.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

ammetteva, del resto, una definizione di “vigilanza” corrispondente ad “attenzione” e “cura”⁵⁵.

3.2. (segue): la dottrina alla ricerca di un significato giuridico per “controllo” e “vigilanza”.

Non c'è unanimità di veduta sul modo in cui ci si deve riferire a “controllo”: se alcuni discorrono, senza particolari patemi, di “istituto giuridico”⁵⁶, altri invece ritengono eccessiva una simile qualificazione e, pur senza arrivare alla troppo riduttiva “parola”, la ritengono un’“espressione”⁵⁷.

Come anticipato, la questione ha assunto un profilo interdisciplinare, coinvolgendo più rami del sapere giuridico⁵⁸.

Nel contesto del diritto amministrativo, ad esempio, è stato detto che, anche a voler tentare di fornire una nozione generale di “controllo”, essa si ridurrebbe “a poco”⁵⁹, consistendo, al più, in quella di “giudizio di conformità a regole, che comporta in caso di difformità una misura repressiva, preventiva, rettificativa o eliminativa”⁶⁰.

In base ad una prima ed approssimativa definizione, il “controllo” in senso giuridico postula la presenza di due soggetti, di cui uno pone in essere un’attività, l’altro la riesamina⁶¹.

Una delle ragioni per cui l’uso della parola è accompagnato da un grado elevato di “confusione”⁶² risiede nel fatto che l’azione del “controllo” si esplicita sia nel diritto

⁵³ Cfr. VALENTINI, *op. loc. ult. cit.* e BROGLIO (e altri AA.), *Nuovo Vocabolario della lingua italiana secondo l'uso di Firenze*, IV, Firenze, 1897, 501, che ne attesta un uso ancora soltanto dialettale e, in particolare, romano.

⁵⁴ VALENTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵ Il riferimento è indirizzato, *in primis*, al contributo di FANFANI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁶ FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA.VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Atti del convegno di Como 1-3 ottobre 1971, Milano, 1972, 14.

⁵⁷ FERRO-LUZZI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ *Supra*, par. 1.

⁵⁹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 321.

⁶⁰ V. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale “questa non è una definizione, ma una concettualizzazione”.

⁶¹ Spunti in tal senso in CASULLI, *op. cit.*, 729.

⁶² FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 117.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

privato, sia in quello pubblico⁶³. Presente “in ogni tempo”⁶⁴ e privo, di conseguenza, di una “data di nascita”⁶⁵ certa, il “controllo” è “connaturato con l’organizzazione stessa degli organismi giuridici”⁶⁶. L’origine del “controllo” è dibattuta; in particolare, si è parlato di un’origine politica e di una, invece, economica.

Secondo il primo orientamento, le primigenie forme dei controlli, segnatamente quelli societari, hanno avuto una “matrice” statutale: più che a garantire i consociati, esse miravano a perpetuare il raccordo fra popolo e sovrano, ed a rinsaldare il potere di quest’ultimo⁶⁷. L’origine pubblica, secondo alcuni, renderebbe il “controllo” un elemento “estraneo, se non antitetico al principio cardine del sistema privatistico che fa perno sulla persona, sull’individuo, in posizione di indipendenza e autonomia, e dunque non controllato né controllante”⁶⁸.

Una simile posizione, tuttavia, desta perplessità: come è stato giustamente rilevato, infatti, il sistema dei rapporti giuridici ha fra i propri principi quello generale secondo cui “ogni attività di gestione comporta una revisione dell’attività stessa”⁶⁹.

Alla luce di tale ultima considerazione, appare condivisibile l’orientamento secondo cui vi è piena compatibilità fra “controllo” e diritto, pubblico o privato che sia⁷⁰.

Chi afferma un’origine economica del fenomeno, nota che esso è stato “alimentato” dalla “prudenza” e dalla costante necessità di sorvegliare i custodi di beni materiali. All’antica figura dello scriba egizio sono state, infatti, ricondotte autentiche funzioni di “controllo”, sebbene “in forma semplice e primitiva”⁷¹.

La dottrina, in particolare quella amministrativista, si è interrogata sul significato dei “controlli giuridici” e su quello della locuzione “controllo”, giungendo alle seguenti, condivisibili, conclusioni: i primi designano quei particolari “controlli” che spiccano per la ricorrenza di un “elemento che non è necessariamente presente in tutti gli altri”, cioè

⁶³ CASULLI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ Voce “Controllo. Controllore”, in *Dig. it.*, VIII, 3, Milano – Roma – Napoli, 1898, 1900, 542.

⁶⁵ GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁷ CAPRARA, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Padova, 2008, 5.

⁶⁸ FERRO-LUZZI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ SEPE, *op. cit.*, 3.

⁷⁰ CASULLI, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ V. la voce del Digesto italiano citata *supra*, alla nota 62 e CASULLI, *op. loc. ult. cit.*

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

il “giudizio”, inteso come “apprezzamento o valutazione di norme, fatti, situazioni, pesrone”, da compiersi seguendo “criteri” e “parametri” mutuati dalla disciplina concretamente applicata⁷².

Il secondo termine, invece, indica un “aspetto dell’agire umano necessariamente secondario ed accessorio”, che consiste nel “rivedere o riesaminare o riscontrare un’attività di carattere primario o principale”⁷³.

Di avviso simile si rivela chi vede nel “controllo” un’“indagine sulla rispondenza di un atto, di un comportamento o di una situazione a determinate regole stabilite”, che sfocia in un “giudizio” o in un “accertamento”⁷⁴.

Venendo all’analisi del concetto di “vigilanza”, si noti che l’espressione ricorre “nei più svariati testi normativi”, tanto da aver assunto un “numero notevole di significati”, spesso in concorrenza fra loro: la conseguenza più evidente del fenomeno è data dalla “folla di problemi” con i quali bisogna confrontarsi⁷⁵.

Secondo alcuni, la locuzione non può nemmeno avere “un significato giuridicamente proprio”⁷⁶, stante il processo di “frantumazione” a cui è stata sottoposta, frantumazione dovuta all’“eccesso di impiego in altrettanti significati quante sono le fattispecie che con essa si intendono descrivere e qualificare”⁷⁷.

Nel contesto del diritto amministrativo, l’equivalenza fra “vigilanza” e verifica di “legittimità”, pure sostenuta da parte della dottrina⁷⁸, è stata respinta perché troppo ampi sarebbero i “margin di insoddisfazione” che essa determinerebbe⁷⁹.

In campo privatistico, il raggiungimento di una “definizione univoca” di “vigilanza” appare un obiettivo lontano⁸⁰; come già riportato altrove, si è sostenuto, tuttavia, che il suo *ubi consistam* coincida con l’attività di “verificazione”⁸¹.

⁷² D’AURIA, *I controlli*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, 1218.

⁷³ BERTI – TUMIATI, voce “*Controlli amministrativi*”, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 298.

⁷⁴ Ferri, *op. cit.*, 13.

⁷⁵ STIPO, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Milano, 1984, 24.

⁷⁷ ARCIDIACONO, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ STIPO, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁹ VALENTINI, voce “*Vigilanza (diritto amministrativo)*”, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 705. Un monito a non sovrapporre i concetti si legge anche in GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 49.

⁸⁰ MONACI, *op. cit.*, 2.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Nel termine, si è ravvisata una certa “ambiguità”⁸²: la “vigilanza”, comunque, si risolverebbe nell’ingerenza operata da organi superiori nei confronti di organi inferiori, volta ad evitare che eventuali irregolarità restino prive di un doveroso accertamento, o possano essere indenni da conseguenze sanzionatorie⁸³.

L’azione del vigilare, “per sua natura”, deve essere svolta da soggetti diversi rispetto a quelli sorvegliati⁸⁴; addirittura, essa presuppone “per definizione” un’attività “antagonista rispetto a quella del soggetto che vi è sottoposto”⁸⁵.

3.3. (segue): il significato delle espressioni nel diritto commerciale.

La locuzione “controllo”, nel contesto della disciplina dell’impresa e della società, riveste molteplici significati.

Con riferimento alla prima, non sono mancati quanti hanno affermato che non è possibile rilevare in essa “alcun momento di rilevanza” del fenomeno del “controllo”⁸⁶.

La tesi, se accolta, porterebbe a negare che le scritture contabili – delle quali, si può ricordare incidentalmente, il codice civile si occupa agli artt. 2214-2220 c.c. – siano una forma di controllo⁸⁷.

Altri hanno, invece, affermato che le scritture contabili e la loro tenuta soddisfano “l’interesse dell’imprenditore a disporre di uno strumento di controllo sull’andamento dell’impresa e sull’operato dei dipendenti”⁸⁸.

⁸¹ Almeno a detta di Ambrosino; per il riferimento bibliografico, v. *supra*, nota 9.

⁸² STIPO, voce “*Vigilanza (dir. amm.)*”, in *Enc. giur.*, XXXVII, 1994, 5.

⁸³ CASULLI, *op. cit.*, 730. Conferme nel contesto inglese: “*vigilance*” allude ad uno stato di allerta “*especially in order to guard against possible harm or error*”; così *The New Lexicon Webster’s Dictionary of the English Language*, volume 2, 1990, New York, 1097.

⁸⁴ MONACI, *op. cit.*, 4.

⁸⁵ DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992, 204.

⁸⁶ FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 127.

⁸⁷ FERRO-LUZZI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ Così, RACUGNO, voce “*Scritture contabili*”, in AA.VV., *Diritto commerciale*, a cura di ABRIANI, cit., 739. Di avviso simile, SEPE, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui il concetto di “controllo” è “connesso da ogni organizzazione sia pubblica che privata ed è particolarmente importante nelle imprese e nelle aziende industriali e commerciali” per le quali sono previsti “riscontri e scritture che accertino la richiesta corrispondenza fra l’attività e le regole che la disciplinano”.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Passando alle società personali è innegabile l'esistenza di un riferimento al fenomeno del "controllo" da parte del dettato codicistico, all'art. 2261: la norma conferisce ai soci che non partecipano all'amministrazione il "diritto di avere dagli amministratori notizia dello svolgimento degli affari sociali, di consultare i documenti relativi all'amministrazione e di ottenere il rendiconto".

Secondo un autorevole esponente della dottrina, il "cenno" in questione non ha "alcun contenuto specifico"⁸⁹. Di diverso avviso è chi, altrettanto autorevolmente, sostiene che nella disposizione sono racchiusi "penetranti poteri"⁹⁰ di "controllo", privi di "riscontro nel sistema delle società di capitali"⁹¹.

Tali poteri si giustificerebbero alla luce di alcuni tratti tipici delle società di persone, fra i quali spiccano la responsabilità illimitata alla quale sono soggetti anche i soci non amministratori; la mancanza di un organo di "controllo"; l'impossibilità di invocare il "controllo" dell'autorità giudiziaria per la gestione della società⁹² e, infine, l'*intuitus personae*, che caratterizza i rapporti fra i soci⁹³.

Tuttavia, è nell'ambito della società per azioni che si pone la questione del significato di "controllo" e "vigilanza".

Nell'ultimo scorcio di vigenza del codice di commercio, ad esempio, si registrò già la "duplicità" della prima espressione: essa designava, infatti, ora, il "controllo sugli organi sociali", ora, invece, il "controllo sulle aziende"⁹⁴.

La dottrina si soffermò anche sulla categoria, disciplinata espressamente *ex art.* 6, r.d.l. 30 ottobre 1930, n. 1439, delle "società controllate", ancora oggi al centro del dibattito⁹⁵.

⁸⁹ FERRO-LUZZI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ La medesima espressione si trova in LOMBARDO, *Commento sub art. 2261 c.c.*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2007, 48 ed in FACCHIN, *Commento sub art. 2261 c.c.*, in AA.VV., *Commentario delle società*, a cura di GRIPPO, I, Milano, 2009, 76.

⁹¹ FACCHIN, *op. loc. ult. cit.*

⁹² LOMBARDO, *op. loc. ult. cit.*

⁹³ FACCHIN, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ FINZI, *op. cit.*, 467.

⁹⁵ Il tema continua a suscitare l'interesse degli ambienti accademici. In particolare, LAMANDINI, voce "«Controllo» di società", in AA.VV., *Diritto commerciale*, a cura di ABRIANI, in AA.VV., *Dizionari del diritto privato*, promossi da IRTI, Milano, 2011, 316 ss., si interroga sulle ragioni che possano aver spinto il legislatore della riforma "a non precisare se la definizione prevista dai numero 1 – 3" dell'art. 2359 c.c. sia da considerarsi "imperativa (dovendosi considerare una

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Mai una società avrebbe potuto essere considerata “controllata” quando fosse stata “semplicemente soggetta all’indagine critica, alla conoscenza precisa di un’altra società, o di una persona fisica”⁹⁶.

L’aggettivazione avrebbe dovuto essere riservata esclusivamente alla società rispetto alla quale un soggetto esterno fosse stato munito del “potere di manifestare la volontà con la maggioranza dei voti, e di eleggere, quindi, le persone fisiche destinate ad esserne gli organi”⁹⁷: una definizione, quest’ultima, valida sì dal punto di vista del diritto, ma non da quello prettamente economico⁹⁸.

Di “duplice portata e significato”, si è parlato, del resto, anche in contributi più recenti⁹⁹, al fine di operare una netta distinzione fra il “controllo societario” e il “controllo” inteso come elemento della dicotomia “amministrazione – controllo”.

La prima tipologia di “controllo” si sdoppia nel “controllo all’interno della società” e nel “controllo di una società su di un’altra”.

La seconda rimanda ad una “componente costante, sempre presente nell’esercizio di impresa in forma societaria”, all’attività, cioè, di sorveglianza che determinati organi sociali devono svolgere su altri.

Soprattutto con riferimento a tale ultima accezione, permane la sensazione che, al di là delle possibili soluzioni che sul punto possano essere eventualmente offerte,

factio iuris o comunque una presunzione assoluta), ovvero costituisca una presunzione relativa”. In questa seconda ipotesi, peraltro rigettata dall’Autore, alla società che si trovasse nelle condizioni previste dalla disciplina codicistica sarebbe offerta la possibilità di dare la “prova contraria, e cioè la prova del mancato ricorrere in concreto dell’influenza dominante anche solo potenziale”.

⁹⁶ FINZI, *op. cit.*, 463.

⁹⁷ FINZI, *op. cit.*, 465.

⁹⁸ “Si può ritenere società controllata in senso economico quella del cui patrimonio altri, indirettamente, è nella possibilità di disporre e di godere come di cosa sua”: così FINZI, *op. loc. ult. cit.* L’Autore precisa che, “economicamente”, l’espressione si identifica con la “signoria” e la “padronanza”: “quando, nel linguaggio dei commercianti, si dice che taluno ha il controllo di una società, si vuol dire che egli è, di fatto, il padrone dell’azienda che la società gestisce; e che di tale azienda si serve come di cosa sua, o in sé e per sé, o coordinata (*sic*) ad una più vasta impresa che, direttamente od indirettamente, gli appartiene”. Agli esponenti della dottrina economica, va, inoltre, riconosciuto il merito di vedere la “sostanza del rapporto” e di considerare la “cosa in sé”, a prescindere dalla sua “forma giuridica” e dalla norma che, eventualmente, l’avesse disciplinata.

⁹⁹ FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 116.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

risulti pur sempre “difficile” giungere all’obiettivo di “dare un contenuto preciso all’espressione”¹⁰⁰.

E’ possibile poi distinguere fra i “controlli di impresa” e quelli “societari”¹⁰¹.

I primi attengono a quelle forme di “controllo” riconducibili alla gestione: esse sono tutte accomunate da un medesimo vertice – inteso come “colui al quale si riporta” – rappresentato dalla figura dell’amministratore delegato¹⁰².

I secondi, invece, sono “esterni all’impresa nella sua linea gerarchica e nella sua gestione”, che ne rappresenta l’oggetto¹⁰³.

Si può menzionare, infine, la tripartizione del concetto di “controllo” avanzata da parte della dottrina: il termine potrebbe essere inteso come “partecipazione idonea ad assicurare il dominio sull’attività sociale”; come “influenza dominante di una società su un’altra”; infine, come “verifica di legalità e regolarità dell’attività della società”, con riferimento, principalmente, all’amministrazione¹⁰⁴.

Il significato del concetto “vigilanza” è stato desunto anche dai risultati del confronto fra lo stesso ed il concetto di “valutazione”, nel quadro dell’analisi del nuovo testo dell’art. 2381 c.c., in materia di amministrazione¹⁰⁵.

In particolare, la prima espressione alluderebbe ad un’osservazione “costante” dell’attività posta in essere da terzi, mentre la seconda si risolverebbe nella formulazione di un “giudizio” sugli atti altrui¹⁰⁶.

Inoltre, coloro che sono chiamati a vigilare, assolverebbero a tale dovere mediante l’esercizio di appositi *poteri* loro conferiti; i soggetti incaricati di valutare, tramite le *informazioni* ricevute¹⁰⁷.

L’espressione “vigilanza” si segnala, soprattutto, per essere stata impiegata per descrivere l’attività principale dei componenti del collegio sindacale delle s.p.a.:

¹⁰⁰ FERRO-LUZZI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹ Così, PRESTI, *op. cit.*, 144.

¹⁰² PRESTI, *op. loc. ult. cit.*, offre, inoltre, un’elencazione di tali “controlli”: ne farebbero parte, infatti, il *risk management*, la *compliance* e l’*internal audit*.

¹⁰³ PRESTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁴ PERRINO, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 641.

¹⁰⁵ MOLLO, *Il sistema di gestione informata nella S.p.a. e la responsabilità degli amministratori deleganti*, Torino, 2013, 130 ss.; IRRERA, *op. cit.*, 246.

¹⁰⁶ MOLLO, *op. loc. ult. cit.*; IRRERA, *op. cit.*, 244.

¹⁰⁷ MOLLO, *op. loc. ult. cit.*; IRRERA, *op. cit.*, 245.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

dapprima inserita all'art. 149 t.u.f., con riferimento ai sindaci delle società quotate, il suo uso appare, oggi, generalizzato.

Può essere opportuno in questa sede rimandare alle osservazioni, ampiamente condivisibili, di quella parte della dottrina che nell'art. 149 t.u.f. e nella nuova formulazione dell'art. 2403 c.c. ha letto un mutamento che investe la sostanza del collegio sindacale, e non soltanto un *restyling* stilistico e superficiale¹⁰⁸.

E' necessario porre attenzione anche ad un diverso aspetto: al di là del significato "vigilanza", il ricorrere di termini riconducibili alla sua radice in entrambe le norme testimonia di quel livellamento dello "scalino normativo"¹⁰⁹ fra società per azioni quotate e non quotate, all'esito del quale le prime appaiono sempre più come un "laboratorio avanzato del diritto societario"¹¹⁰, culla per la sperimentazione di nuove soluzioni normative.

Infine, si può notare come il progressivo avvicinamento fra le due tipologie di s.p.a. comporti un rischio non trascurabile: a trasmigrare da una società all'altra, infatti, non sono soltanto le innovazioni migliori, ma anche eventuali nodi problematici irrisolti. Infatti, nel momento in cui il legislatore della riforma del diritto societario ha stabilito che il collegio sindacale dovesse svolgere una funzione di "vigilanza", la dottrina, come si è visto, ancora stava riflettendo sul significato di quella stessa funzione nelle società quotate¹¹¹.

4. Osservazioni conclusive.

L'annosa questione del rapporto fra "controllo" e "vigilanza" nel lessico giuridico compie cento anni¹¹². Le pagine che precedono testimoniano delle oscillazioni che il dibattito ha subito e continua a subire.

Fra i due opposti estremi – i termini come sinonimi o distinti – si colloca una notevole varietà di sfumature. A seconda di come si risponda al quesito se essi abbiano o meno lo stesso significato, si schiudono nuovi e più pressanti interrogativi: nel primo caso, su quale sia il loro comune valore; nel secondo, quale sia il *discrimen* che

¹⁰⁸ V. *supra*, par. 2.2.

¹⁰⁹ MONTALENTI, *Società per azioni*, cit., 14.

¹¹⁰ MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2005, 298; ID., *Società per azioni*, cit., 13.

¹¹¹ V. *supra*, par. 2.2.

¹¹² V. *supra*, par. 1.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

consenta di distinguerli e, ancora, quale fra i due lemmi abbia il contenuto più ampio, quale il minore.

Come si è visto, la questione ha notevoli riflessi pratici: basti ripensare a quanto detto in materia di responsabilità dei componenti del collegio sindacale¹¹³.

La dottrina ha invocato l'elaborazione ed il rispetto di "regole d'uso"¹¹⁴ per spazzare via la "confusione" che accompagna l'espressione "controllo": l'esortazione, se accolta, deve essere estesa, simmetricamente, alla "vigilanza".

Spiace introdurre nuove domande senza che si sia fornita risposta a quelle ancora lasciate in sospeso, ma sorge spontaneo porsi immediatamente due: chi dovrebbe attenersi alle nuove regole? E, soprattutto, a chi andrebbe accollato il gravoso compito di elaborarle?

L'esigenza di regolare l'uso delle due locuzioni muove dall'opinione che "controllo" e "vigilanza" abbiano definizioni distinte e, soprattutto, riconoscibili; la "confusione" deriverebbe dal fatto che il legislatore, nella propria incalzante produzione di norme in campo societario, non si è preoccupato di seguire linee di pensiero agevolmente tracciabili da parte degli interpreti.

In questa prospettiva, se si è ben compreso il senso dell'esortazione, la predisposizione, una volta per tutte, di una definizione generalmente soddisfacente di "controllo" e di "vigilanza" metterebbe finalmente al riparo da qualsiasi fraintendimento. Codificate le nuove regole, non vi sarebbero più margini di ambiguità.

Oggi, come all'inizio dello scorso secolo, la fonte di questa ambiguità è rappresentata principalmente dal modo in cui le norme riportano le due parole; stando così le cose, non è difficile immaginare che destinatario per eccellenza delle nuove regole debba essere il legislatore. Visto che, segnatamente in tema di s.p.a., l'impiego delle espressioni è apparso quantomeno ondivago, è realistico pensare che, comunque, siano necessari numerosi anni prima che si possa radicare una nuova, ed univoca, concezione di "controllo" e "vigilanza". Impegnativo, per lo stesso legislatore, sarebbe poi procedere ad un esaustivo inventario delle espressioni, al fine di verificare la rispondenza dell'una e dell'altra a quanto stabilito dalle nuove "regole d'uso".

Richiede una dose di non poco ottimismo pensare che, in dottrina, possa maturare un robusto consenso attorno ad un'unica proposta. Visto che, nell'arco di un secolo, del rapporto fra i termini sono state date letture tanto numerose e tanto varie,

¹¹³ V. *supra*, par. 2.2.

¹¹⁴ A. PATRONI GRIFFI, *op. loc. ult. cit.*

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

l'approdo in tempi ragionevolmente brevi ad una comune soluzione al problema, sembra poco probabile.

Più percorribile è la via rappresentata da una legge di interpretazione autentica che, almeno con riferimento a specifici nodi problematici – *in primis*, la nuova formulazione dell'art. 2403 c.c. – chiarisca l'esatto significato da attribuirsi a “controllo” ed a “vigilanza”, o quella del consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale che ha ancorato al verbo “vigila” dell'art. 149 t.u.f. un inasprimento in tema di responsabilità del collegio sindacale¹¹⁵.

La necessità di “regole d'uso” e l'esistenza di una definizione univoca dei due termini – una per entrambi, oppure una per ciascuno di essi – si sorreggono vicendevolmente. Revocando in dubbio che vi sia una definizione generalmente accettabile per “controllo” e “vigilanza”, l'esigenza di codificare regole che ne disciplinino l'utilizzo risulta fortemente ridimensionata.

La mole delle tesi via via suggerite nel tempo, oltre all'autorevolezza della dottrina che si è misurata con il tema in questione, scoraggiano dal proporre di nuove. Sul rapporto fra “controllo” e “vigilanza”, anzi, pare che i commentatori abbiano avuto già modo, tale è la vastità della produzione letteraria sul punto, di adottare le più varie prospettive. Ciò che invece si può tentare, più semplicemente, è di offrire uno spunto ulteriore di riflessione.

Rileggendo il copioso elenco di situazioni caratterizzate dalla ricorrenza dei due termini, matura la sensazione che, anche laddove fosse elaborata, davvero una definizione di “controllo” e “vigilanza” per le s.p.a. si ridurrebbe davvero “a poco”¹¹⁶.

Un'eventuale definizione sconterebbe sicuramente un grado di vaghezza difficilmente sostenibile. Un esempio può, forse, chiarire quest'ultimo passaggio: è di immediata evidenza che il legislatore, nel momento in cui ha riferito l'espressione “vigilanza” all'organismo di cui al d.lgs. 231/2001 ha inteso delineare una figura dotata di mansioni specifiche ed aliene rispetto a quelle del collegio sindacale, dal predicato “vigila” all'art. 2403 c.c.; ne consegue che, prima ancora di domandarsi se ad essere sinonimi siano “controllo” e “vigilanza”, occorre innanzitutto rilevare che i due termini, già presi singolarmente, contano su un numero estremamente alto di valori.

¹¹⁵ V. *supra*, par. 2.2.

¹¹⁶ Cfr., ma con riferimento al solo lemma “controllo”, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 321.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

Parafrasando quanto è stato da altri affermato, il legislatore ha, di fatto, dato dignità normativa a tanti significati di “controllo” e di “vigilanza” quanti sono i casi in cui i due termini sono utilizzati¹¹⁷.

Ne deriva che, almeno nel contesto della disciplina della società azionaria, i due termini non hanno un loro significato proprio, ma ne acquistano uno soltanto in unione alle espressioni con cui si accompagnano. Paradigmatica è la vicenda dell’art. 2403 c.c., se riconsiderata alla luce di quanto ora sostenuto: se davvero il legislatore attribuisse un valore incontrovertibile alla “vigilanza” ed al “controllo”, il suo intervento in sede di riforma sarebbe stato differente rispetto a quello concretamente realizzato e, soprattutto, più limitato.

Lo scopo di una maggiore puntualizzazione dei doveri del collegio e l’avvento di quella che è stata definita come la “nuova filosofia in materia di vigilanza”, imperniata sul “passaggio dalla vigilanza per singoli atti alla vigilanza per processi”¹¹⁸, si sarebbe potuto conseguire, più economicamente, con una mera sostituzione fra predicati. In altre parole, una volta scambiato il verbo “deve controllare” con “deve vigilare”, l’ampliamento delle funzioni dei sindaci sarebbe stato in sé evidente, senza necessità di ulteriori puntualizzazioni.

Se così non è stato, e se il legislatore ha quindi avvertito l’esigenza di procedere ad una complessiva riformulazione dell’art. 2403 c.c., è proprio perché un intervento limitato ai predicati sarebbe stato insufficiente.

La maggiore definizione dei doveri dei sindaci, e le rilevanti ricadute sul piano della responsabilità rilevate dalla giurisprudenza¹¹⁹, derivano sì dalla presenza del verbo “vigila” all’interno degli artt. 2403 c.c. e 149 t.u.f., ma anche, e soprattutto, dal modo in cui l’oggetto dell’attività richiesta ai sindaci è stato formulato¹²⁰.

In definitiva, alla domanda se i termini “controllo” e “vigilanza” siano sinonimi o concetti distinti pare non potersi dare una risposta generalmente valida. Sorge così la

¹¹⁷ Cfr., con riguardo alla “vigilanza” e al processo di frantumazione che ha interessato il significato del termine, ARCIDIACONO, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁸ RIGOTTI, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in AA.VV., *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di GHEZZI, in AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI, Milano, 2005, 182 ss.

¹¹⁹ V. *supra*, par. 2.2.

¹²⁰ Cfr. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: un quadro d’insieme*, in *Giur. It.*, 2013, 10, 2175 ss., secondo cui deve “rilevarsi che il legislatore predica allo stesso verbo oggetti diversi che caratterizzano, con declinazioni diverse, la condotta”.

STUDI E OPINIONI

SPA: CONTROLLO E VIGILANZA

necessità di attenersi ad un'unica “regola d'uso”, quella, cioè, di cercare il loro significato, di volta in volta, esclusivamente nel contesto che li circonda.

FISCALITÀ

L'AMMORTAMENTO FINANZIARIO DEI BENI GRATUITAMENTE DEVOLVIBILI

Gli autori esaminano le modalità di imputazione e deduzione fiscale dell'ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili al termine della concessione disciplinate dall'art. 104 del TUIR, nonché l'accantonamento allo speciale fondo di cui all'art. 107 del TUIR, illustrando esaurientemente le relative problematiche.

In particolare, viene detto, non è più cumulabile l'ammortamento finanziario con quello tecnico di cui agli artt. 102 e 103 del TUIR, così come non è deducibile, per le società concessionarie di opere pubbliche, l'ammortamento delle spese di manutenzione e riparazione di cui all'art. 109, comma 6, del TUIR.

Viene riportato un esempio numerico compiutamente esplicativo di entrambe le problematiche.

di **CARLO PESSINA** e **ANDREA PESSINA**

Introduzione

L'ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili ha la finalità di fronteggiare i costi che il concessionario deve sostenere nel corso della concessione in dipendenza del rinnovo e restituzione dei beni e degli impianti che devono essere devoluti gratuitamente e in perfetto stato di funzionamento, ottenendo la corretta distribuzione del costo dei beni gratuitamente devolvibili agli esercizi del periodo di durata del loro utilizzo, come richiede il principio della competenza.

Oggetto dell'ammortamento finanziario possono essere sia i beni materiali che quelli immateriali che il concessionario dovrà devolvere gratuitamente al concedente al termine della concessione.

Presupposto per operare gli ammortamenti finanziari è l'esistenza di una "concessione", ovvero di un atto amministrativo di carattere negoziale avente per oggetto attività riconducibili alla competenza dell'ente concedente e comportante il trasferimento di facoltà dell'ente stesso al privato concessionario. Pertanto la procedura di ammortamento finanziario ex art. 104 del D.P.R. n. 917/1986 non è suscettibile di estensione a rapporti di altra natura.

FISCALITÀ

BENI GRATUITAMENTE DEVOLVIBILI

Alternatività tra ammortamento tecnico ed ammortamento finanziario

La disciplina dell'art. 104 del Tuir (a seguito delle modifiche introdotte dal D.L. n. 669/1996) prevede che per i beni gratuitamente devolvibili alla scadenza della concessione l'imprenditore concessionario possa optare alternativamente per:

- a) ammortamento di cui agli artt. 102 e 103 Tuir (ammortamento tecnico) oppure
- b) deduzione di quote costanti di ammortamento finanziario.

La possibilità di effettuare l'opzione tra le due modalità di ammortamento opera:

- a) per singolo bene;
- b) per categoria omogenea di beni.

L'attuale normativa che prevede la scelta di una delle due modalità di ammortamento è stata introdotta a decorrere dal periodo di imposta 1996 (D.L. n. 669/1996, art. 1, comma 2). Prima era consentito effettuare i due ammortamenti cumulativamente.

La quota di ammortamento finanziario deducibile è determinata dividendo il costo dei beni, diminuito degli eventuali contributi del concedente, per il numero degli anni di durata della concessione, considerando tali anche le frazioni. In caso di modifica della durata della concessione la quota deducibile è proporzionalmente ridotta o aumentata a partire dall'esercizio

in cui la modifica è stata convenuta (art. 104, comma 2, del Tuir).

Dalla lettura della norma e dei chiarimenti ministeriali forniti nelle istruzioni alla dichiarazione dei redditi 1996 Mod. 760/97, si evincono i seguenti principi di natura pratica:

- 1) è ammortizzato il costo del bene, ridotto degli eventuali contributi, erogato dal concedente al concessionario per l'acquisto del bene stesso;
- 2) l'ammortamento è effettuato in quote costanti per il numero di anni di durata residua della concessione;
- 3) qualora nel corso della concessione vengano effettuate opere aventi carattere incrementativo del cespite, i costi sostenuti in relazione a tali opere dovranno essere attribuiti ad incremento del costo iniziale, l'ammortamento finanziario deducibile sarà incrementato in misura pari all'ammontare delle spese capitalizzate diviso il numero dei residui anni di durata della concessione, considerando come tali anche le frazioni di anno;

FISCALITÀ

BENI GRATUITAMENTE DEVOLVIBILI

4) qualora nel corso dell'ammortamento finanziario il bene venga sostituito, si procederà ad ammortizzare il costo del nuovo bene computando le quote costanti di ammortamento finanziario sulla base del numero dei residui anni di durata della concessione;

5) il costo non ammortizzato del bene sostituito potrà essere dedotto nell'esercizio di sostituzione.

Per completare la panoramica sull'argomento "ammortamento finanziario" occorre analizzare l'art. 107, comma 2, del Tuir avente per oggetto l'accantonamento in un fondo costituito dalle imprese concessionarie della costruzione e dell'esercizio di opere pubbliche per fronteggiare:

- spese di ripristino o sostituzione dei beni gratuitamente devolvibili allo scadere della concessione;
- spese di cui all'art. 102, comma 6, del Tuir ovvero
- spese di manutenzione, riparazione, ammodernamento e trasformazione che dal bilancio non risultano imputate ad incremento del costo dei beni ai quali si riferiscono.

È quindi interessato un sottoinsieme dei soggetti titolari di concessione, e precisamente soltanto quelli che sono titolari di concessione per la costruzione e l'esercizio di opere pubbliche: sono escluse le imprese che si limitano a gestire impianti dell'ente concedente.

Per ciascun bene il limite dell'accantonamento è fissato nella misura del 5 per cento del costo alla data dell'accantonamento, ad eccezione delle imprese concessionarie di costruzione e gestione di autostrade e trafori per le quali, per effetto del periodo aggiunto dall'art. 23, comma 10, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111 in vigore dal 16 luglio 2011, la percentuale di cui sopra è pari all'1% (uno per cento).

I suddetti accantonamenti non sono più deducibili quando il fondo ha raggiunto l'ammontare complessivo delle spese relative al bene medesimo sostenute negli ultimi due esercizi (nell'esercizio ed in quello precedente, così le istruzioni al Mod. 760/97). L'accantonamento al fondo descritto è deducibile sia in concomitanza di ammortamento finanziario che di ammortamento tecnico.

Per effetto di quanto sopra è preclusa alle imprese titolari di concessione per la costruzione e l'esercizio di opere pubbliche la deduzione delle spese di manutenzione con la modalità prevista dall'art. 102, comma 6, qualunque modalità di ammortamento applichino.

FISCALITÀ

BENI GRATUITAMENTE DEVOLVIBILI

Se le spese sostenute in un esercizio sono superiori all'ammontare del fondo, l'eccedenza è deducibile nell'esercizio stesso e nei successivi, ma non oltre il quinto. La quota può quindi essere variabile, in quanto la norma non ne impone la costanza.

L'ammontare del fondo non utilizzato concorre a formare il reddito nell'esercizio in cui il bene viene devoluto.

Esempio

Si ipotizzi il caso di una concessione per la costruzione e l'esercizio di opere Pubbliche non riguardante la costruzione e gestione di autostrade e trafori:

- costo euro 1.000.000 - contributo concedente euro 100.000 - durata concessione 50 anni

supponendo che l'opera sia conclusa già al termine del primo esercizio:

- manutenzioni sostenute nel corso del primo esercizio euro 0;
- manutenzioni sostenute nel corso del secondo esercizio euro 1.000;
- manutenzioni sostenute nel corso del terzo esercizio euro 200.000 di cui 59.000 aventi carattere conservativo e 141.000 aventi carattere incrementativo.

Primo esercizio

1) calcolo della quota di ammortamento finanziario:
 $(1.000.000 - 100.000) = 900.000$
 $900.000 : 50 = 18.000$ - accantonamento ex art. 104 euro 18.000

2) accantonamento al fondo di cui all'art. 107, comma 2: non essendo state sostenute spese di cui al citato articolo non è ammesso in deduzione nessun accantonamento in quanto bisogna anche rispettare il parametro previsto dalla norma che il fondo non può superare l'importo delle spese degli ultimi due esercizi.

Secondo esercizio

1) si prosegue l'ammortamento finanziario ex art. 104 nella misura calcolata al termine del primo esercizio di euro 18.000;

2) deducibilità delle spese di ripristino e manutenzione di cui all'art. 107, comma 2, sostenute nell'esercizio: poiché non è stato stanziato apposito fondo le spese per euro 1.000 sono deducibili nell'esercizio e nei successivi, ma non oltre il quinto: quindi si opta per dedurre la spesa per 1/6 nell'esercizio e per 1/6 in ciascuno di

FISCALITÀ

BENI GRATUITAMENTE DEVOLVIBILI

5 esercizi successivi. Si potrebbe anche optare per quote diverse purché il riparto si chiuda entro il quinto esercizio successivo, non essendo quote costanti. Il tutto avviene extracontabilmente nelle variazioni in aumento e diminuzione del reddito nel Modello Unico, ove l'accantonamento al fondo di cui all'art. 107, comma 2 è ammesso nella misura del 5 per cento del costo del bene, purché non eccedente le spese sostenute negli ultimi due esercizi.

$$1.000.000 \times 5\% = 50.000 = \text{primo limite deducibilità.}$$

Si precisa che la quota va calcolata sul costo del bene al lordo degli eventuali contributi del concedente.

$$0 + 1.000 = 1.000 = \text{somma spese sostenute negli ultimi due esercizi} = \text{secondo limite di deducibilità.}$$

Si accantona quindi un fondo di cui all'art. 107, comma 2, nella misura di euro 1.000.

Terzo esercizio

1) il costo del bene devolvibile al termine della concessione è incrementato di euro 141.000. Si procede al ricalcolo della quota di ammortamento finanziario:

$$141.000 : 47 (\text{anni residui concessione}) = 3.000$$
$$18.000 + 3.000 = 21.000 = \text{nuova quota di ammortamento finanziario ex art. 104;}$$

2) spese di cui all'art. 107, comma 2, sostenute nell'esercizio euro 59.000, di cui 1.000 coperte dal fondo appositamente accantonato e euro 58.000 da dedurre nell'esercizio e nei successivi ma non oltre il quinto.

Quota dell'esercizio = $1/6 \times 58.000 = 9667$. La differenza extracontabilmente nei successivi;

3) accantonamento al fondo di cui all'art. 107, comma 2:

$$1.141.000 \times 5\% = 57.050 = 5\% \text{ del costo del bene: primo limite;}$$
$$1.000 + 59.000 = 60.000 = \text{spese di cui all'art. 73, comma 2, sostenute negli ultimi due esercizi: secondo limite.}$$

Poiché la quota pari al 5 per cento del costo del bene è inferiore alla somma delle spese sostenute negli ultimi due esercizi è deducibile l'accantonamento di euro 57.050.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

D.L. 24 giugno 2014, n. 91 – L'art. 20 del D.L. n. 91/2014, rubricato “*Misure di semplificazione a favore della quotazione delle imprese e misure contabili*”, ha apportato alcune modifiche:

- al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), in particolare in materia di OPA e maggiorazione di voto;
- al D.Lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, inserendo gli artt. 9 *bis* e 9 *ter* destinati a disciplinare l'Organismo Italiano di Contabilità;
- al Codice Civile, tra cui la riduzione del capitale minimo delle società per azioni a cinquantamila Euro (art. 2327 c.c.) e la soppressione dell'obbligo di nomina del collegio sindacale nelle società a responsabilità limitata qualora il capitale sociale sia superiore a quello minimo previsto per le società per azioni (art. 2477, 2° co., c.c., ora abrogato).

Il D.L. 24 giugno 2014, n. 91, è stato pubblicato su *Gazzetta Ufficiale*, 24 giugno 2014, n. 144.

IFRIC 21 – Con il Regolamento (UE) 634/2014 del 13 giugno 2014, la Commissione ha adottato l'interpretazione *IFRIC 21* in materia di *Tributi*, avente lo scopo di “*fornire una guida per il trattamento contabile appropriato dei tributi che rientrano nel campo di applicazione del principio contabile internazionale IAS 37*” – dedicato ad *Accantonamenti, passività e attività potenziali* – “*al fine di migliorare la comparabilità dei bilanci per gli utenti*”.

L'art. 2 del Regolamento dispone che le imprese applichino l'*IFRIC 21* “*al più tardi a partire dalla data di inizio del loro primo esercizio finanziario che cominci il 17 giugno 2014 o successivamente*”.

Il Regolamento è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 14 giugno 2014, n. L 175.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

Bilancio d'esercizio e consolidato – Il Dipartimento del Tesoro ha avviato una pubblica consultazione sul recepimento, nel nostro ordinamento, della Direttiva 2013/34/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, dedicata “*ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della Direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle Direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio*”, (vds. segnalazioni di diritto commerciale pubblicate sul n. 16/2013 di questa *Rivista*).

Il documento, in consultazione sino al 25 luglio 2014, è reperibile sul sito www.dt.tesoro.it.

BANCA D'ITALIA

Disposizioni di vigilanza per le banche – La Banca d'Italia ha pubblicato in data 24 giugno 2014 il quinto aggiornamento alla *Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013*, relativa alle *Disposizioni di vigilanza per le banche*, con il quale è stato inserito nella Parte Terza, “*Altre disposizioni di vigilanza prudenziale*”, il Capitolo III, “*Obbligazioni bancarie garantite*”.

Il testo aggiornato della *Circolare* è consultabile sul sito www.bancaditalia.it.

OIC

Principi contabili nazionali – L'Organismo Italiano di Contabilità ha approvato in via definitiva i primi tre principi contabili aggiornati:

- OIC 15, concernente i *Crediti*;
- OIC 20, dedicato ai *Titoli di credito*;
- OIC 21, in tema di *Partecipazioni e azioni proprie*.

L'applicazione dei principi contabili, consentita in via anticipata, decorre dai bilanci chiusi a partire dal 31 dicembre 2014.

I documenti, pubblicati il 26 giugno 2014, sono integralmente disponibili sul sito www.fondazioneoic.eu.

GIURISPRUDENZA

Concordato preventivo e fallimento – Nel caso in cui non sia ravvisabile “*un manifesto abuso dello strumento concordatario, avendo la società debitrice fornito indicazioni sul piano che intende proporre tali da far considerare la richiesta non pretestuosa*”, il Tribunale di Siena ha deciso di “*differire la valutazione in ordine all'esigenza di bilanciamento tra l'interesse dei creditori al fallimento e l'interesse del debitore ad accedere a soluzioni concordate della crisi, al momento del deposito del piano e della documen-*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

tazione di cui all'art. 161, 2° e 3° co., L.F.” – “*momento in cui*”, hanno sottolineato i Giudici, “*sarà possibile accertare se la procedura di concordato possa essere dichiarata aperta o se il debitore debba essere dichiarato fallito*” – riservandosi la possibilità di abbreviare il termine concesso qualora *medio tempore* si verificino “*circostanze pregiudizievoli ai creditori*”.

Il decreto del Tribunale di Siena del 6 giugno 2014 è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori – Il Tribunale di Milano ha escluso che “*l'ordinamento possa riconoscere meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. negozi atipici espressamente volti ad eludere disposizioni inderogabili di legge*”, quale, nel caso posto al vaglio dei Giudici di prime cure, “*il patto negoziale sottoscritto in sede di compravendita delle quote*” con cui gli acquirenti si sono impegnati a non deliberare azioni di responsabilità nei confronti di alcuni amministratori della società. Nella suddetta ipotesi non sussistono “*le condizioni inderogabili previste dall'art. 2393 c.c.*” per la rinuncia o transazione all'azione in questione, ossia “*delibera assembleare su un oggetto adeguatamente determinato, soggetta a rituale trascrizione su libro di tenuta obbligatoria, eventualmente anche oggetto di puntuale illustrazione in sede di documenti di bilancio ove incidente su rapporti con parti correlate*”.

La sentenza del Tribunale di Milano del 16 giugno 2014, n. 7946, è consultabile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Distrazione dell'avviamento – La Suprema Corte – definendo l'avviamento come “*la maggiore capacità di produrre utile di un'azienda già funzionante (rispetto ad una di nuova costituzione)*”, rappresentato “*dal maggior valore che viene attribuito ad un'azienda rispetto alla somma algebrica di tutte le singole attività e passività che compongono il patrimonio*” – ha stabilito che “*in assenza di individuazione di un rapporto contrattuale già definito e trasferito, la capacità di fare impresa, raggiunta in concreto dall'agente per le sue personali capacità professionali, non è, di per sé, e per effetto di autonome scelte dei clienti, idonea ad integrare l'elemento oggettivo*” del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale contestato nel caso di specie. Una tale situazione, prosegue la Corte, “*non sarebbe suscettibile di determinare un concreto e quantificabile depauperamento del patrimonio della società a danno dei creditori*”.

L'avviamento, rilevano i Giudici, “*rappresenta una potenziale capacità di reddito, una aspettativa, ma non un reddito: né presente, né futuro nella forma del credito*”, sicché, “*in tale veste, la sua dispersione oggettiva, per l'autonoma scelta dei clienti di fruire dei prodotti della nuova impresa del medesimo imprenditore, non costituisce un fatto addebitabile a quest'ultimo né sotto la forma della distrazione, né sotto la forma della distruzione, né sotto la forma di comportamento doloso rilevante a titolo di bancarotta impropria*”.

Corte di Cassazione penale, 19 giugno 2014, n. 26542.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Provvedimento del 06/06/14

Modalità di attuazione dei commi 150 e 151 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

(Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, Protocollo numero 77035 del 6 giugno 2014)

Provvedimento del 11/06/14

Approvazione delle specifiche tecniche per la trasmissione telematica dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore, dei controlli tra UNICO 2014 e i modelli degli studi di settore e di modifiche alla modulistica degli studi di settore da utilizzare per il periodo d'imposta 2013.

(Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, Protocollo RU numero 79483 dell'11 giugno 2014)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Addizionale dell'imposta sul reddito delle società per gli enti creditizi e finanziari e per le imprese assicurative

In particolare, il decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze del 30 novembre 2013 – nell'unico articolo 1 – ha disposto nei confronti di tutti i soggetti passivi per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2013 e per il successivo (2013 e 2014 per i soggetti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare) l'aumento di 1,5 punti percentuali dell'acconto IRES, che passa, quindi, per il 2013 dal 101 al 102,5 per cento e per il 2014 dal 100 al 101,5%. L'articolo 2 del decreto legge 30 novembre 2013, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 29 gennaio 2014, n. 5, ha, inoltre, fissato al 128,5 per cento la misura dell'acconto IRES dovuto per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2013 dagli enti creditizi e finanziari, di cui al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87, dalla Banca d'Italia e dalle società e gli enti che esercitano attività assicurativa. L'effetto congiunto dei due provvedimenti in esame porta, dunque, per tali

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

ultimi soggetti la misura dell'acconto al 130 per cento, valevole per il periodo d'imposta 2013 tanto agli effetti IRES quanto a quelli IRAP. La relazione illustrativa al decreto legge in esame ha, infatti, evidenziato come ai fini IRAP gli acconti devono essere versati con le modalità e nei termini stabiliti per le imposte sui redditi, conformemente a quanto previsto dall'articolo 30, comma 3, del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446. La ridefinizione degli acconti relativi all'imposta sul reddito delle società ha reso necessario prorogare i termini per il versamento della seconda o unica rata di acconto, da corrispondere entro il 10 dicembre 2013 ovvero, per i soggetti con periodo d'imposta non coincidente con l'anno solare entro il decimo giorno del dodicesimo mese precedente il periodo d'imposta considerato. Ulteriore previsione contenuta nell'articolo 2 del decreto legge n. 133 riguarda l'applicazione di un'addizionale IRES di 8,5 punti percentuali per i medesimi enti creditizi e assicurativi, limitatamente al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2013. Il quadro normativo sommariamente descritto evidenzia la necessità di un intervento, in sede interpretativa, finalizzato a chiarire le modalità di applicazione della maggiorazione:

1. dell'aliquota IRES dovuta in relazione al periodo d'imposta 2013 dai soggetti espressamente indicati;
2. degli acconti IRES previsti per i periodi d'imposta 2013 e 2014 per la generalità dei contribuenti.

(Agenzia delle entrate, circolare 5 giugno 2014, n. 15/E)

Articolo 25 e seguenti del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 - Agevolazioni fiscali in favore delle start-up innovative e degli incubatori certificati

Con il decreto 30 gennaio 2014, emanato ai sensi del comma 8 dell'articolo 29 dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20 marzo 2014, sono state disciplinate le modalità attuative delle agevolazioni fiscali in favore delle start-up innovative e degli incubatori certificati, in riferimento alle quali con la presente circolare – condivisa con il Ministero dello Sviluppo Economico – si forniscono i primi chiarimenti interpretativi.

(Agenzia delle entrate, circolare 11 giugno 2014, n. 16/E)

Disciplina del credito d'imposta derivante dalla trasformazione di attività per imposte anticipate iscritte in bilancio di cui all'articolo 2, commi da 55 a 58, del decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225 - Modifiche apportate dall'articolo 1, commi 167 - 171 della Legge 27 dicembre 2013, n. 147

L'articolo 1, commi da 167 a 171 della legge 27 dicembre 2013, n.147 ha ulteriormente esteso l'ambito applicativo della disciplina in esame relativamente alle DTA IRAP afferenti ai medesimi componenti negativi (svalutazione crediti,

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

ammortamento/svalutazioni dell'avviamento e delle altre attività immateriali) in caso di:

1. perdita civilistica;
2. valore della produzione netta negativo.

Fermo restando quanto già chiarito con la risoluzione n.94/E del 22 settembre 2011 e con la circolare del 28 settembre 2012, n. 37/E, con la presente circolare si forniscono ulteriori chiarimenti in ordine al regime di trasformazione in credito d'imposta delle DTA iscritte in bilancio, con particolare riguardo a quelle afferenti all'imposta regionale sulle attività produttive.

(Agenzia delle entrate, circolare 16 giugno 2014, n. 17/E)

IVA - Ulteriori istruzioni in tema di fatturazione

Con la circolare n. 12/E del 3 maggio 2013 sono state illustrate le modifiche introdotte dal legislatore alla disciplina sulla fatturazione in recepimento della direttiva 45/2010/UE del 13 luglio 2010, in materia di IVA. Con la presente circolare vengono forniti chiarimenti in relazione alle modifiche introdotte dall'articolo 1, commi dal 325 al 328, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013) alla disciplina sulla fatturazione elettronica nonché, nella Parte II, sintetica risposta ai quesiti pervenuti in generale in materia di obblighi di fatturazione.

(Agenzia delle entrate, circolare 24 giugno 2014, n. 18/E)

Ridenominazione dei codici tributo "1811" e "1813" per il versamento, tramite modello F24, delle imposte sostitutive dovute per la rivalutazione dei beni d'impresa e delle partecipazioni e per l'affrancamento del saldo di rivalutazione, ai sensi dell'articolo 1, commi da 140 a 147, della legge 27 dicembre 2013, n. 147

Nella presente risoluzione, sono ridenominati i seguenti codici tributo: "1811" denominato "Imposta sostitutiva sulla rivalutazione dei beni d'impresa e delle partecipazioni - art.1, c. 140, legge n. 147/2013, e succ. modif."; "1813" denominato "Imposta sostitutiva relativa al saldo attivo di rivalutazione di cui all'art. 1, c. 142, legge n. 147/2013, e succ. modif."

(Agenzia delle entrate, risoluzione 9 giugno 2014, n. 60/E)

Istituzione del codice tributo per il versamento, tramite modello F24 accise, delle somme dovute per spese di notifica a seguito degli avvisi di liquidazione inviati ai sensi dell'articolo 9 della legge 29 ottobre 1961, n. 1216

Per consentire il versamento, tramite il modello F24 accise, delle somme dovute per le spese di notifica dovute a seguito degli avvisi di liquidazione inviati ai sensi dell'articolo 9 della legge 29 ottobre 1961, 1216, è stato istituito il seguente codice tributo: "A120" denominato "Spese di notifica per atti impositivi" – art. 9, legge n. 1216/1961.

(Agenzia delle entrate, risoluzione 16 giugno 2014, n. 62/E)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Interpello – Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212 (Individuazione del “patrimonio netto” di una S.O. cui far riferimento, ai fini del riporto delle perdite, con riguardo ad un’operazione di fusione transfrontaliera - art 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986)

Con la risoluzione n. 63/E del 2014, l’Agenzia delle Entrate ha chiarito che, l’integrazione degli attivi della società incorporata italiana e della preesistente stabile organizzazione italiana della società incorporante non residente comporta la possibilità di realizzare la compensazione intersoggettiva tra perdite e redditi della stabile della società incorporante e della incorporata, per cui, in presenza di perdite fiscali pregresse trova applicazione l’articolo 181 del TUIR che disciplina il riporto delle perdite in sede di fusione e scissione transfrontaliera. Pertanto, considerato che, da quanto dichiarato nell’istanza, in costanza di fusione l’intero patrimonio della società incorporata italiana confluirà nella branch italiana preesistente della casa madre inglese (né avvengono spostamenti di elementi patrimoniali in senso opposto), si deve ritenere che all’integrazione di attivi risulteranno applicabili unicamente i limiti al riporto delle perdite e/o di interessi passivi indeducibili previsti dall’articolo 172, comma 7, del TUIR, concernenti le “fusioni domestiche”. Ai sensi del citato comma 7 dell’articolo 172, è possibile riportare le perdite fiscali, sempre che l’entità cui le stesse afferiscono rispetti determinati parametri di vitalità economica, nei limiti dell’ammontare del proprio patrimonio netto quale risulta dall’ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all’articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa.

Infine, in merito al secondo quesito posto dall’istante, la previsione di un periodo di sorveglianza di ventiquattro mesi antecedenti rispetto all’operazione straordinaria (art. 172, comma 7) risulta volta a contrastare le ipotesi in cui i conferimenti e versamenti operati artificialmente, durante tale periodo, incrementino il patrimonio netto incidendo sulla determinazione del plafond delle perdite riportabili al soggetto beneficiario dell’operazione straordinaria. Al fine di contrastare i medesimi fenomeni di carattere elusivo, la predetta disciplina deve essere estesa anche all’ipotesi in cui la casa madre incrementi, nel medesimo periodo di sorveglianza, il fondo di dotazione della propria branch.

(Agenzia delle entrate, risoluzione 17 giugno 2014, n. 63/E)

Interpello - Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212 - Atti di affrancazione di terre civiche: trattamento agevolato ai fini dell’imposta di registro

La presente risoluzione chiarisce che, in merito agli atti di affrancazione dei fondi della collettività, la cui occupazione sia stata a suo tempo “legittimata” dai comuni o da altre collettività con l’imposizione di un canone enfiteutico, ai sensi degli articoli 9 e 10 della

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

legge n. 1766 del 1927, il legittimario è già titolare del diritto di proprietà per effetto della legittimazione e, pertanto, con l'affrancazione si verifica soltanto una sorta di effetto espansivo del diritto preesistente. Infatti, il diritto di proprietà, che già esiste in capo al legittimario, viene soltanto liberato dall'obbligo di corresponsione del canone annuo, imposto con il provvedimento di legittimazione. L'atto di affrancazione non produce il trasferimento della proprietà delle terre civiche che viene, invece, acquistata per effetto della legittimazione. In considerazione dei chiarimenti già forniti dall'amministrazione finanziaria e degli orientamenti espressi al riguardo dalla giurisprudenza, si ritiene, dunque, che gli atti in argomento non possano essere ricondotti nell'ambito dei trasferimenti immobiliari in genere, di cui all'articolo 1, della tariffa, parte prima, allegata al TUR. Da ciò consegue che in relazione agli atti di affrancazione non opera la previsione di soppressione delle agevolazioni recata dal citato articolo 10, comma 4, del D.lgs. n. 23 del 2011 e, pertanto, anche gli atti stipulati in data successiva al 1° gennaio 2014 possono ancora beneficiare del regime di esenzione previsto dall'articolo 2 della legge n. 692 del 1981.

(Agenzia delle entrate, risoluzione 20 giugno 2014, n. 64/E)

GIURISPRUDENZA

Persone giuridiche in genere - Confisca - Sequestro Penale - Sequestro preventivo

E' ammesso nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di un reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto sia nella disponibilità di siffatta persona.

Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica allorché non sia stato reperito il profitto di reato tributario commesso dagli organi della predetta persona, salvo che la stessa sia uno schermo fittizio. Altresì, non è ammesso il citato sequestro nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari dai medesimi compiuti, se sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona non estranea al reato. L'impossibilità del sequestro del profitto del reato può essere anche solo transitoria, senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato.

(Corte di Cassazione Penale, sez- III, sentenza n. 22922 del 3 giugno 2014)

Imposte e tasse in genere - Rimborso dell'imposta - Riscossione - Rimborso - Sentenza Corte giustizia contraria - Non incide su termini - domanda rimborso

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

legittima se termini pendenti ex art. 21 del D.Lgs. n. 546/1992 o art. 38 del D.P.R. n. 602/1973

Una sentenza della Corte di Giustizia non può incidere sui termini per il diritto al rimborso, per cui la relativa domanda può essere presentata se e nella misura in cui sono ancora pendenti i termini stabiliti dalla legge della singola imposta, o, in mancanza, i due anni di cui all'art. 21 del D.Lgs. n. 546/1992. Se si tratta, come nella specie, di imposte sui redditi, è necessario che siano ancora pendenti i 48 mesi dalla data del versamento (art. 38 del D.P.R. n. 602/1973). Quindi è lecita la presentazione della domanda di rimborso di tributi indebitamente pagati per effetto di una sentenza della Corte di Giustizia che li abbia dichiarati contrari al diritto comunitario.

(Corte di Cassazione, sez- Unite, sentenza n. 13676 del 16 giugno 2014)

Bancarotta e reati nel fallimento - Bancarotta fraudolenta - Sindaci

E' legittima ed esente da censure la pronuncia di condanna del presidente del collegio sindacale in ordine al reato ex art. 223, comma 1, in relazione all'art. 216, comma 1, e 223, comma 2, legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942), qualora recante la indicazione di puntuali elementi sintomatici in forza dei quali il dato pacifico dell'omissione di qualsiasi controllo da parte del prevenuto, e dunque il mancato adempimento dei poteri-doveri di vigilanza, fuoriesca dalla dimensione meramente colposa, per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori.

(Corte di Cassazione Penale, sez- V, sentenza n. 26399 del 18 giugno 2014)

UNIONE EUROPEA - Istituzioni - Corte di giustizia - Efficacia della legge nel tempo e nello spazio - Rimborso dell'imposta

A fronte di una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, avente effetto retroattivo analogo a quello di una sentenza di illegittimità costituzionale e che abbia dichiarato in contrasto con una direttiva comunitaria self executin g una norma nazionale di agevolazione fiscale, ampliandone la portata soggettiva, la posizione del soggetto che, in vigenza della norma era escluso dal beneficio de quo, sia rimasto inerte fino all'intervento della predetta sentenza, così trovandosi in tutto o in parte decaduto dal diritto al rimborso, non può essere assimilata, sotto il profilo dell'esigenza di tutela, a quella che si determinerebbe laddove un soggetto, avendo esercitato il proprio diritto nel termine normativamente previsto, si ritrovi ex post decaduto in ragione di un imprevedibile revirement giurisprudenziale che abbia abbreviato suddetto termine. Di talchè, nella prima ipotesi prevale il principio della certezza delle situazioni giuridiche, tanto più cogente in materia di entrate tributarie, che riceverebbe un grave vulnus, in ragione della sostanziale protrazione a tempo indeterminato dei rapporti tributari che ne deriverebbe. (Alla luce di tali principi, nella fattispecie, si è evidenziato come non fosse

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

dovuto il rimborso dell'imposta oggetto di contestazione che era stata dichiarata in epoca successiva all'indebito versamento, incompatibile con il diritto comunitario con una sentenza della Corte di Giustizia, laddove l'istanza era stata presentata oltre il termine previsto decorrente dal giorno successivo al detto versamento).

(Corte di Cassazione, sez-Unite, sentenza n. 13676 del 16 giugno 2014)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

ITALIA OGGI EDITORI - Erinne S.r.l.

Sede in Milano via M. Burigozzo, 5 – Cap.Soc. € 10.000,00 i.v.
Codice fiscale e partita I.V.A. n. 10277500152 R.E.A. della CCIAA di Milano n.1357934

Publicazione del bilancio ai sensi dell'art. 1, comma 33,
del D.L. 23 ottobre 1996, n. 545 convertito con legge 23 dicembre 1996, n. 650

Bilancio chiuso al 31/12/2013
Redatto secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS

Stato patrimoniale

ATTIVITA'	31/12/12	31/12/13
ATTIVITA' NON CORRENTI		
Attività immateriali a vita indefinita	--	--
Altre immobilizzazioni immateriali	45.413	27.217
Totale immobilizzazioni immateriali	45.413	27.217
Immobilizzazioni materiali	27.208	67.955
Altre partecipazioni	3.618.120	3.618.120
Crediti per imposte anticipate	329.111	386.603
Crediti finanziari	118.080	118.080
Altri crediti	78.544	78.544
TOTALE ATTIVITA' NON CORRENTI	4.216.476	4.296.519
ATTIVITA' CORRENTI		
Rimanenze	181.173	174.167
Crediti commerciali	3.479.516	11.057.962
Crediti finanziari	100.981	1.050.157
Crediti tributari	1.579.029	1.512.160
Altri crediti	23.186.874	31.550.148
Disponibilità liquide	234.215	55.089
TOTALE ATTIVITA' CORRENTI	28.761.788	45.399.683
TOTALE ATTIVO	32.978.264	49.696.202
PASSIVITA'	31/12/12	31/12/13
PATRIMONIO NETTO		
Capitale Sociale	10.000	10.000
Soci versamenti c/to capitale	633.359	479.369
Riserve	(177.609)	(510.247)
Utile (perdita) dell'esercizio	(153.990)	81.050
TOTALE PATRIMONIO NETTO	311.760	60.172
PASSIVITA' NON CORRENTI		
Debiti finanziari	--	--
Fondo per rischi ed oneri	65.095	--
TFR e altri fondi per il personale	993.810	1.126.838
TOTALE PASSIVITA' NON CORRENTI	1.058.905	1.126.838

PASSIVITA' CORRENTI		
Debiti finanziari	6.463.445	9.872.706
Debiti commerciali	22.433.667	31.090.544
Debiti tributari	281.907	578.343
Altri debiti	2.428.580	6.967.599
TOTALE PASSIVITA' CORRENTI	31.607.599	48.509.192
TOTALE PASSIVITA'	32.666.504	49.636.030
TOTALE PASSIVITA' E PATRIMONIO NETTO	32.978.264	49.696.202

CONTO ECONOMICO		31/12/12	31/12/13
RICAVI			
Ricavi		16.071.782	16.682.838
Altri proventi operativi		4.767.167	4.345.789
TOTALE RICAVI		20.838.949	21.028.627
Costi per acquisti	(2.462.192)		(1.812.794)
Costi per servizi	(15.865.985)		(16.553.453)
Costi per il personale	(2.241.319)		(1.841.379)
Altri costi operativi	(44.993)		(36.071)
Margine operativo lordo - Ebitda		224.460	784.930
Proventi (oneri) straordinari	88.515		(170.509)
Ammortamenti e svalutazioni	(159.228)		(67.626)
Risultato operativo - Ebit		153.747	546.795
Proventi (oneri) finanziari netti	(268.798)		(329.588)
Risultato ante imposte		(115.051)	217.207
Imposte	(38.939)		(136.157)
RISULTATO NETTO		(153.990)	81.050

Prospetto di dettaglio delle voci del bilancio al 31.12.2013

pubblicato ai sensi dell'art. 1, comma 33, del decreto-legge 23 ottobre 1996 n. 545

convertito con legge 23 dicembre 1996 n. 650

RICAVI DELLE VENDITE E DELLE PRESTAZIONI	
Ricavi della vendita di copie	7.380.610
Ricavi della vendita di pubblicità	4.266.123
- diretta	260.789
- Tramite concessionaria	4.005.334
Ricavi da editoria on line	1.019.440
- Abbonamenti	1.019.440
- Pubblicità	0
Ricavi da vendita di informazioni	0
Ricavi da altra attività editoriale	4.016.665
TOTALE	16.682.838

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl –
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano –
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco
Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajeve -
Deputy Chairman Digital: Gianalberto
Zapponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.