

Anno 10 – Numero 12

13 giugno 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

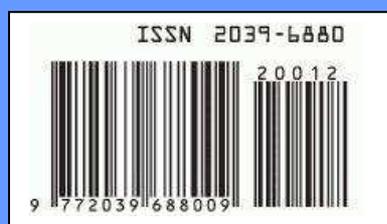
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

## IN QUESTO NUMERO:

- IL SISTEMA DEI CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL
- LA SRL SEMPLIFICATA
- APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 ALLE SPA CHIUSE

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

**HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO**

Alessandro Baudino, Francesca de Lorenzo Foscolo, Mario Donadio, Paolo Montalenti

\*\*\*

**Errata Corrige - NDS n. 11 del 30 maggio 2012:**

La relazione pubblicata a pag. 117 *Panoramica della situazione economica e dello stato dei rapporti tra le procedure di ristrutturazione e la c.d. "finanza-ponte"* è da attribuirsi a **Claudio Battistella**.

# INDICE

	<i>Page</i>
<b>STUDI E OPINIONI</b>	
<i>Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma</i> di <b>Paolo Montalenti</b>	9
<b>RELAZIONI A CONVEGNI</b>	
<i>Il collegio sindacale nelle s.p.a. e l'organo di controllo o revisore nelle s.r.l.</i> di <b>Oreste Cagnasso</b>	17
<b>STUDI E OPINIONI</b>	
<i>La nuova società a responsabilità limitata semplificata.</i> <i>Prime riflessioni e spunti operativi</i> di <b>Alessandro Baudino</b>	21
<b>COMMENTI A SENTENZE</b>	
<i>Applicabilità dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti effettuati dai soci di s.p.a.</i> <i>“chiuse”</i> (Trib. Venezia, Sezione Fallimentare, decreto 10 febbraio 2011) di <b>Mario Donadio</b>	50
<b>PROBLEMI DELLA PRASSI</b>	
<i>Concordato preventivo: quando il decreto di omologazione senza opposizioni</i> <i>può considerarsi inoppugnabile?</i> di <b>Francesca de Lorenzo Foscolo</b>	60
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE</b>	68
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO</b>	72
<b>INFORMAZIONE CONVEGNI</b>	78

# SOMMARIO

## STUDI E OPINIONI

### **Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma**

*L'Autore ricostruisce nella sua evoluzione e nei suoi vari elementi il sistema dei controlli nelle società di capitali, analizza criticamente i recenti interventi legislativi e suggerisce, al fine di una razionalizzazione, ipotesi di riforma per le società per azioni, per le società di interesse pubblico e per le s.r.l..*

di **Paolo Montalenti**

### **La nuova società a responsabilità limitata semplificata.**

#### **Prime riflessioni e spunti operativi**

*Lo studio analizza in profondità la disposizione del nuovo art. 2463-bis del Codice Civile (introdotto dall'art. 3 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la L. 24 marzo 2012, n. 27), che ha istituito la s.r.l. semplificata. L'Autore propone una ricostruzione della disciplina applicabile al nuovo tipo di società, soffermandosi sugli aspetti profondamente innovativi e sulle principali problematiche operative poste dall'applicazione della nuova disciplina, evidenziando al tempo stesso le opportunità offerte dal nuovo modello di organizzazione dell'impresa collettiva.*

di **Alessandro Baudino**

## RELAZIONI A CONVEGNI

### **Il collegio sindacale nelle s.p.a. e l'organo di controllo o revisore nelle s.r.l.**

*La relazione illustra la disciplina, contenuta nell'art. 35 del d.l. semplificazioni nella versione di cui alla legge di conversione, relativa al controllo nella s.r.l., soffermandosi sui conseguenti problemi interpretativi e sui dubbi di costituzionalità della stessa.*

di **Oreste Cagnasso**

# SOMMARIO

## COMMENTI A SENTENZE

**Applicabilità dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti effettuati dai soci di s.p.a. "chiuse"**

(Trib. Venezia, Sezione Fallimentare, decreto 10 febbraio 2011)

*Con la pronuncia in esame il Tribunale di Venezia ha affermato che la disciplina della postergazione del credito e della restituzione del rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci, di cui all'art. 2467 c.c., può trovare applicazione anche nelle società per azioni "chiuse", allorquando l'azionista finanziatore sia titolare di una posizione influente nella società, tale da poterne condizionare la politica gestionale.*

di **Mario Donadio**

## PROBLEMI DELLA PRASSI

**Concordato preventivo: quando il decreto di omologazione senza opposizioni può considerarsi inoppugnabile?**

*Il decreto di omologa del concordato preventivo senza opposizioni, per legge non è soggetto a gravame, è stato ritenuto dalla Suprema Corte impugnabile tramite ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Costituzione. A seguito di tale orientamento viene esaminata la questione di quando il provvedimento di omologa possa considerarsi definitivo (e costituire cosa giudicata) partendo da un caso concreto in cui l'inoppugnabilità del decreto costituiva condizione per il trasferimento di partecipazioni societarie.*

di **Francesca de Lorenzo Foscolo**

# INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
<b>STUDIES AND OPINIONS</b>	
<b>Corporations' internal control system: reform's projects</b>	9
<i>The Author explains the evolution and the different aspects of the corporations' internal control system and critically analyzes the recent legislative changes and suggests a reform for corporations, for general corporations and for limited liability companies.</i>	
by <b>Paolo Montalenti</b>	
<b>REPORT ON CONFERENCES</b>	
<b>The board of statutory auditors in the modern corporations and the audit committee or the auditor in the limited companies</b>	17
<i>The report explains the discipline provided by art. 35 of the recent D.L. 9 February 2012, n. 5, related with the function of monitoring within the discipline of the limited company. Moreover, the Author focuses on interpretative and constitutional issues of the discipline itself.</i>	
by <b>Oreste Cagnasso</b>	
<b>STUDIES AND OPINIONS</b>	
<b>The new simplified limited company. First considerations and practical issues</b>	21
<i>The essay analyzes deeply the new art. 2463-bis of the Italian Civil Code (introduced by art. 3 of D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, converted with the L. 24 marzo 2012, n. 27), which created the simplified limited company. The Author suggests his interpretation of the new discipline, focusing on its innovative features and practical issues as well. He remarks at the same time the opportunities offered by the new model of collective enterprise.</i>	
by <b>Alessandro Baudino</b>	

## INDEX-ABSTRACT

- The subordination of shareholders loans in closely held corporations** 50  
(Trib. Venezia, Sezione Fallimentare, decreto 10 febbraio 2011)  
*The Tribunal of Venice has statued that art. 2467 c.c., that provides the subordination of the loans made to the company by the members of a limited company (“società a responsabilità limitata”) in time of crisis, can also be applied to financial means provided by the shareholders of a closely held corporation (“società per azioni chiusa”) who can influence the company's management.*  
by **Mario Donadio**
- The procedure of composition: when could the confirmation decree be judged as definitive?** 60  
*In with creditors the confirmation decree issued by the tribunal, which is declared by law not to be subject to appeal, has however been deemed by the Supreme Court challengeable by means of an extraordinary appeal to the supreme court according to article 111 of Italian Constitution. In consequence of said jurisprudential position, it is examined when the confirmation decree could be judged as definitive (res judicata), commencing with a case of transfer of shares where the incontrovertibility of the decree was condition precedent for the closing of the stock purchase agreement.*  
di **Francesca de Lorenzo Foscolo**

# IL SISTEMA DEI CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

*L'Autore ricostruisce nella sua evoluzione e nei suoi vari elementi il sistema dei controlli nelle società di capitali, analizza criticamente i recenti interventi legislativi e suggerisce, al fine di una razionalizzazione, ipotesi di riforma per le società per azioni, per le società di interesse pubblico e per le s.r.l.*

di PAOLO MONTALENTI

### 1. Sistema dei controlli e *corporate governance*: i concetti chiave

Da più di un decennio studiosi, professionisti, associazioni, auspicano una riforma organica della materia. Avendo dedicato diversi scritti all'argomento<sup>1</sup> vorrei qui focalizzare l'attenzione su alcune, mirate, proposte di riforma, atteso che il legislatore, con riferimento alla società per azioni, non ha utilmente completato un processo di razionalizzazione, creando, anzi, alcune inefficienti sovrapposizioni e, quanto alla società a responsabilità limitata, ha introdotto alcune innovazioni che, se pur mirate ad un obiettivo di semplificazione, hanno piuttosto creato rischi di concorrenza regolatoria ineguale e problemi esegetico-applicativi che non possono, certamente, approvarsi.

Un quadro di sintesi s'impone.

Alla luce del testo unico della finanza e della riforma del diritto societario alcuni traguardi per una migliore *corporate governance* sono stati raggiunti.

L'area dell'oggetto del controllo è oggi è chiaramente ripartita. Al controllo di merito – assistito dal *safe harbour* della *business judgement rule* – e al tradizionale controllo di legalità si è aggiunto il controllo sul rispetto dei *principi di correttezza di amministrazione* [cfr. art. 149, lett. c), t.u.f. e art. 2403 cod. civ.] e dei *principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale* (art. 2497, 1° co., cod. civ.).

L'*adeguatezza degli assetti organizzativi* (art. 2381, 3° e 5° co., cod. civ.), di cui il *sistema di controllo interno*, opportunamente modulato in ragione della dimensione,

---

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio, anche per altri riferimenti, a due saggi da ultimo dedicati all'argomento: P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, I, 2011, p. 535 ss. (pubblicato anche in ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 159 ss.) nonché ID., *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2011, in corso di stampa.

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

tipologia e complessità dell'impresa, è parte integrante è assurto a paradigmi generali di una corretta gestione. Le disposizioni delle Autorità di Vigilanza, in particolare Banca d'Italia e ISVAP, ma anche, per peculiari profili, CONSOB (si pensi al Regolamento sulle parti correlate) ne hanno specificato principi e regole applicative con un apporto significativo delle discipline aziendalistiche, dei Principi di Revisione, dei Codici di Comportamento (cfr. ODCEC).

Le competenze organiche sono ripartite, con qualche contiguità, tra organo di controllo, consiglio di amministrazione come *plenum*, revisori.

La dottrina ha avuto modo di fissare alcuni concetti fondamentali che assumono funzione ordinante dell'intera materia.

Si è, in primo luogo, chiarito come il concetto di controllo si sia progressivamente emancipato – nella riflessione dottrinale ma anche nella prassi applicativa – da una definizione in termini di verifica *ex post* ad una configurazione in termini di elemento coesistente e coevo di una gestione corretta ed efficiente. Evoluzione – per usare una formula, sintetica ma efficace – *dal controllo come sanzione al controllo come opportunità*.

La pratica ci conferma, ad esempio, con quale frequenza la predisposizione del modello di prevenzione dei reati *ex d. lgs. 231/2001* consenta di individuare debolezze, inefficienze o vere e proprie criticità nelle procedure e nel sistema organizzativo.

Si è assimilato poi, forse anche nella giurisprudenza, l'assunto per cui il sistema dei controlli è, in prevalenza, un insieme di tecniche e procedure di *verifica indiretta*, fondato su di un processo complesso di *report informativi*.

Si è metabolizzata, ancora, la differenza tra *controllo* – funzione dotata di pervasività e completezza – e *vigilanza* – funzione caratterizzata da un grado maggiore di sinteticità e di generalità –.

Si è, infine, generalmente condiviso il convincimento che il *focus* centrale deve individuarsi in un appropriato *sistema di controllo e di gestione del rischio* (si veda, ad esempio, con chiara disposizione, l'art. 7 Codice di Autodisciplina 5/12/2011).

Controllo dei rischi che, nelle realtà più complesse – società quotate e società di “interesse pubblico” (banche, assicurazioni e soggetti vigilati in genere) (cfr. art. 14 d. lgs. 39/2010), si articola in una pluralità di funzioni interne (*risk management, compliance, internal audit*) che devono tutte “monitorare” il rischio, sotto il diverso profilo della “mappatura”, del rispetto delle regole, delle procedure di verifica, e che dovrebbero trovare – ma il punto è, come subito dirò, questione ancora aperta – un opportuno coordinamento.

## 2. L'intervento legislativo: organo di controllo e funzione *audit*

La risposta legislativa è stata oscillante infatti il d. lgs. 27 gennaio 2010 n. 39, che ha dato attuazione alla Direttiva 2006/43/CE relativa alla revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati, ha dettato una disposizione specifica in tema di controllo

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

interno.

L'art. 19 ha stabilito che nei cosiddetti “enti di interesse pubblico”, e cioè oltre alle società quotate, banche, imprese di assicurazione, SGR, SIM, SICAV, ecc. (cfr. art. 16 d. lgs. 39/2010) deve essere istituito un apposito organo definito “*comitato per il controllo interno e la revisione contabile*”. A questo organo è espressamente attribuita la funzione di «vigilanza su: a) *il processo di informativa finanziaria; b) l'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna, se applicabile, e di gestione del rischio; c) la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati; d) l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale, in particolare per quanto concerne la prestazione di servizi non di revisione all'ente sottoposto alla revisione legale dei conti*».

Si tratta in parte di competenze già in realtà ricomprese nelle competenze dell'organo di controllo (vigilanza sul processo di informativa finanziaria, sull'efficacia del sistema di controllo, sull'indipendenza del revisore quanto ai non *audit services*) – la novità è nell'imposizione di una verifica specificamente individuata nell'oggetto; in parte di competenze nuove da interpretarsi, tuttavia, in modo rigorosamente restrittivo: penso alla vigilanza su “la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati”, che non può certamente tradursi nella reintroduzione di una competenza contabile in capo all'organo di controllo.

Ma il tema più delicato è, nelle società quotate, il problema della possibile sovrapposizione con il *Comitato audit*, composto di amministratori indipendenti, anche se il Codice di autodisciplina ha cercato, opportunamente, di distinguerne e specificarne ruolo e funzioni.

Un punto che – come dirò – merita un intervento riformatore.

### 3. Segue. L'organismo di vigilanza 231

Le funzioni di controllo ora passate in rassegna si intersecano con i compiti dell'*organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001*<sup>2</sup>, nella misura in cui i modelli di prevenzione devono contenere procedure dirette anche a prevenire la commissione di reati contabili.

La materia si collega del resto, strettamente, alla tematica degli assetti organizzativi. Infatti, in linea di principio, la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale,

---

<sup>2</sup> Mi permetto di rinviare a due contributi che ho dedicato all'argomento: P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.; ID, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *AGE*, 2009, p. 383 ss. Vedi anche ID., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2010, p. 842 ss.

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

può essere comminata *ex post*, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell'interesse dell'ente.

Vero è anche però che l'art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del modello – come ha recentemente sancito il Tribunale di Milano<sup>3</sup> – costituisce *anche* un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati<sup>4</sup>.

Il legislatore è intervenuto recentemente in materia. Con la legge di stabilità 2012 (L. 12 novembre 2011, n. 183), all'art. 14, 12° comma, ha modificato l'art. 6 dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, inserendo il comma 4-*bis* ai sensi del quale «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza...».

La norma ha suscitato reazioni opposte.

Prescindendo dalle posizioni ispirate a mero corporativismo, credo che il legislatore abbia operato una condivisibile scelta di fiducia nei confronti della maturità e ragionevolezza dell'autonomia privata.

Saranno infatti gli operatori che, in ragione delle dimensioni dell'impresa, della tipologia dei rischi, della complessità dell'attività sapranno valutare se la “concentrazione” possa essere una soluzione semplificatrice, pur senza diminuzione dell'efficacia dei controlli oppure invece se la “separazione” garantisca una migliore specializzazione e quindi una maggiore puntualità di intervento rispetto alla concreta configurazione della società.

Si deve però sottolineare che l'autonomia privata dovrà valutare con particolare attenzione se, considerata la complessità dell'impresa, la tipologia dei rischi da reato, le caratteristiche dei controlli necessari non impongano piuttosto di mantenere l'ODV come organo distinto al fine di una vigilanza più “specialistica” e, quindi, più efficace.

Pena il rischio che il modello di prevenzione non sia considerato efficace.

#### **4. Il coordinamento tra organi di controllo: un problema aperto**

Il problema del coordinamento tra organi e funzioni è questione strettamente connessa al tema delle sovrapposizioni ed è meritevole di specifica considerazione.

Gli operatori si chiedono, infatti, come coordinare l'intero meccanismo dei controlli e cioè i rapporti tra funzioni (le diverse fattispecie di controllo) e i diversi

---

<sup>3</sup> Cfr. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, reperibile sul sito [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it).

<sup>4</sup> La materia è già stata oggetto di uno specifico Convegno promosso dall'Osservatorio sul Diritto Societario della Camera di Commercio di Milano del 28-11-2008; si vedano gli atti in AA.VV. *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, ed. *Il Sole 24 Ore*, 2008.

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

organi ad esse deputati (sindaci, revisori, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, *leading independent director*, comitato audit, preposto al controllo interno, responsabile dei documenti contabili, organismo di vigilanza.... ecc.). Problema che si acuisce nei settori vigilati – banche e assicurazioni – ove si aggiungono le norme speciali, primarie e secondarie, e le Istruzioni dell'Organo di vigilanza.

Nel settore assicurativo, ad esempio, il problema è stato espressamente affrontato.

Infatti il Regolamento ISVAP, 20 marzo 2008, n. 20, disciplina la materia con particolare analiticità, collegando strettamente – in materia di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di esternalizzazione – le regole aziendalistiche con i precetti normativi<sup>5</sup> e affronta con una disposizione specifica (art. 17), il tema – di rilievo sistematico generale – del *coordinamento tra organi di controllo* affidato ad un regolamento del consiglio di amministrazione.

Più precisamente la norma ha anticipato il Codice di Autodisciplina prevedendo espressamente che «l'*organo amministrativo* definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo<sup>6</sup>».

La norma rinvia dunque alla autonomia privata la soluzione di uno dei problemi più delicati in materia di amministrazione e controllo, area del diritto societario su cui incombe il grave interrogativo se la pluralità di istanze di controllo stimoli sinergie virtuose o produca invece inefficienti sovrapposizioni o duplicazioni.

E in effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire – se l'equilibrio è raggiunto – la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Di particolare interesse la nozione di “Alta Direzione”, che getta un ponte tra diritto societario e diritto dell'impresa; la disciplina delle funzioni di controllo - revisione interna, *risk management* e *compliance* - di cui si individuano analiticamente le articolazioni operative; le disposizioni in materia di gruppo assicurativo.

<sup>6</sup> La norma secondaria stabilisce infatti che «l'*organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di risk management e di compliance, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti. L'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo*».

<sup>7</sup> Mi permetto, sul punto, di rinviare al mio *Società quotate, mercati finanziari e tecniche di regolazione*, in Omaggio a Piergaetano Marchetti, *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, a cura di Luigi Arturo Bianchi, Federico Ghezzi, Mario Notari, Milano, 2010, p. 437 ss.

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

## 5. La s.r.l.: riforme deludenti

Nella s.r.l. il legislatore è intervenuto con buoni propositi ma con effetti a dir poco deludenti, oscillando tra la volontà di “semplificazione”, in ragione del carattere “flessibile” del tipo, e volontà di tutela delle ragioni dei creditori in ragione delle dimensioni dell’impresa.

Le nuove disposizioni sono ora contenute nell’art. 35, L. 4 aprile 2012, n. 35.

In primo luogo si è abrogata la recentissima innovazione legislativa (L. 12 novembre 2011) che aveva consentito il sindaco unico per le società con ricavi o patrimonio netto inferiori a 1 milione: una semplificazione successivamente estesa (dal d. l. 9 febbraio 2012, n. 5) alle società che si trovassero nelle condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata, ma, poi, come si è detto, definitivamente abrogata. La soluzione del *sindaco unico* meritava invece di essere non soltanto mantenuta ma anche estesa alla s.r.l. equiparando così il sistema dei controlli con una disposizione “transtipica” focalizzata sulle dimensioni dell’impresa e, quindi, sulla entità del rischio per i creditori, anziché sul carattere “strutturato” o “flessibile” del tipo.

La disciplina novellata (art. 2477) riguarda ora soltanto la s.r.l.: le società sotto soglia (del capitale minimo della spa e del bilancio abbreviato) *possono* nominare o un organo di controllo monocratico o un revisore; le s.r.l. sopra “soglia” *devono* nominare un organo di controllo, anche monocratico, o un revisore. Se è nominato l’organo di controllo si applicano le norme sul collegio sindacale; nulla è detto sulla revisione legale dei conti.

La nuova disciplina è costellata di dubbi esegetici: sull’applicabilità della norma indipendentemente dal tenore della clausola statutaria (come sostiene il Collegio Notarile di Milano) o sulla necessità di una modifica dell’atto costitutivo (come sostiene l’Ordine dei dottori commercialisti), sull’attribuibilità delle funzioni di organismo di vigilanza al sindaco unico, sul coordinamento con le norme che obbligano al revisore legale dei conti distinto dall’organo di vigilanza<sup>8</sup>.

Il punto probabilmente più delicato riguarda la nomina del solo revisore. Il Consiglio Notarile ha dettato la massima n. 124, secondo cui l’organo monocratico esercita anche la revisione legale dei conti e il revisore svolge anche il controllo legale sulla gestione.

Una lettura ortopedica ma fortemente incerta; probabilmente inefficiente, quanto meno sotto il profilo delle competenze professionali: se i sindaci hanno consuetudine alla revisione dei conti, quanto meno nelle imprese di dimensioni ridotte, il controllo legale sulla gestione è estraneo alla formazione del revisore.

Nuovamente: una disciplina da ripensare.

---

<sup>8</sup> Per un esame più analitico cfr., in questo fascicolo, O. CAGNASSO, *Il collegio sindacale nelle s.p.a. e l’organo di controllo o revisore nella s.r.l.*

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

## 6. Proposte di riforma: la società per azioni

Per una più organica regolamentazione dell'intera materia si possono suggerire alcuni interventi razionalizzatori, prescindendo dalla questione se attraverso norme primarie o secondarie, anche se le tre proposte principali qui formulate ben potrebbero essere inserite nel diritto societario comune in quanto non necessariamente appropriate per le sole società quotate.

Le proposte di modificazione legislativa che mi sento di suggerire sono le seguenti:

(i) attribuire espressamente all'organo di controllo – collegio sindacale, comitato di controllo all'interno del consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione o nelle società quotate, se previsto dallo Statuto, comitato controllo e rischi – la funzione di *coordinamento* di tutte le istanze di controllo interno alla società in base ad un regolamento adottato dal consiglio di amministrazione;

(ii) prevedere l'*obbligo periodico – ad esempio trimestrale - di relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo* sul funzionamento del *sistema di controllo* e sulle *risultanze dei controlli* effettuati anche ai fini di eventuali decisioni di intervento correttivo da parte dell'organo gestorio.

## 7. Proposte di riforma: le società quotate (e di interesse pubblico)

Per le società quotate (e di interesse pubblico) si può ragionare su alcune ulteriori ipotesi di lavoro:

(i) come consente la Direttiva, prevedere che, negli enti di interesse pubblico lo statuto può attribuire, in alternativa al collegio sindacale, la funzione di comitato per il controllo interno e la revisione legale (art. 19, d.lgs. 39/2010) al *comitato controllo e rischi* previsto dal Codice di Autodisciplina o, se la società non è quotata, a un comitato di amministratori indipendenti;

(ii) limitare le competenze in materia di procedure del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari alla predisposizione di *adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci*;

(iii) affidare invece alla società di revisione, oltretutto, ovviamente, il controllo dei conti, la *verifica di adeguatezza delle procedure stesse*;

(iv) attribuire al preposto al controllo interno la *verifica sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili*, oggi assegnato invece al dirigente preposto, nell'ambito del controllo sul rispetto delle procedure interne, in senso ampio;

(v) prevedere che nel *modello dualistico* lo statuto debba obbligatoriamente stabilire le funzioni di alta direzione attribuite al *consiglio di sorveglianza*; introdurre l'obbligo di istituire il *comitato per il controllo interno e la revisione legale* nell'ambito di questo organo; statuire espressamente che i rapporti tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza siano disciplinati da un regolamento interno.

# STUDI E OPINIONI

I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL: PROPOSTE DI RIFORMA

Si tratta, come è ovvio, di ipotesi di lavoro su cui riflettere: ciò che è sicuro è che la semplificazione e, soprattutto, la razionalizzazione sono esigenze da tutti avvertite come non ancora del tutto risolte.

## **8. Proposte di riforma: la società a responsabilità limitata**

La materia dei controlli deve essere, a mio parere, regolamentata in primo luogo in ragione delle dimensioni dell'impresa – e pertanto dell'entità del rischio dei creditori – e soltanto in via subordinata in ragione del tipo. Una disciplina che “combini” equilibratamente i due criteri potrebbe essere così formulata:

(i) nelle società *sotto la soglia* del bilancio abbreviato potrebbe essere obbligatoriamente prevista soltanto la nomina di un revisore;

(ii) nelle società *sopra la soglia* del bilancio abbreviato o del capitale sociale minimo della s.p.a. prevedere obbligatoriamente un sindaco unico;

(iii) nelle società ove sia raggiunto *il doppio* dell'una o dell'altra soglia, prevedere l'applicazione della disciplina della società per azioni.

Ovviamente dovrebbero essere consentite tutte le soluzioni più rigorose scelte dall'autonomia statutaria.

## RELAZIONI A CONVEGNI

# IL COLLEGIO SINDACALE NELLE S.P.A. E L'ORGANO DI CONTROLLO O REVISORE NELLE S.R.L.\*

*La relazione illustra la disciplina, contenuta nell'art. 35 del d.l. semplificazioni nella versione di cui alla legge di conversione, relativa al controllo nella s.r.l., soffermandosi sui conseguenti problemi interpretativi e sui dubbi di costituzionalità della stessa.*

di **ORESTE CAGNASSO**

Il primo e il secondo comma dell'art. 35 del d. l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni nella l. 4 aprile 2012, n. 35 (c.d. decreto semplificazioni) contengono disposizioni in materia di controllo societario.

**1.1** Il primo comma abroga il terzo comma dell'art. 2397 c.c. e quindi la previsione del sindaco unico nelle società per azioni.

Tale figura si è affacciata per la prima volta nella *governance* della s.p.a. con la Legge di stabilità del 12 novembre 2011, che ha appunto introdotto un ulteriore comma nell'art. 2397 c.c., relativo alla composizione del collegio sindacale: “*per le società aventi ricavi o patrimonio netto inferiori a 1 milione di euro lo statuto può prevedere che l'organo di controllo sia composto da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro*”.

Il decreto semplificazioni ha mantenuto la previsione del sindaco unico per la s.p.a., ampliandone l'applicazione e precisandone i presupposti. L'art. 35 del d. l. 9 febbraio 2012, n. 5 ha infatti riscritto il terzo comma dell'art. 2397 c.c., prevedendo che: “*se lo statuto non dispone diversamente e se ricorrono le condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435 bis, le funzioni del collegio sindacale sono esercitate da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro.*”

Forse la gravosità del compito e il rischio di introdurre strumenti di tutela meno efficaci hanno suggerito l'emendamento introdotto in sede di conversione del d. l. che sopprime il nuovo comma dell'art. 2397 c.c., così come poi previsto dalla legge di

---

\*Relazione tenuta in occasione del convegno organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Torino il 20 aprile 2012 sul tema: “Il collegio sindacale e il sindaco unico”.

# RELAZIONI A CONVEGNI

D.L. "SEMPLIFICAZIONI": I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL

conversione.

Nel giro di qualche mese il sindaco unico è apparso all'orizzonte della *governance* della s.p.a., la relativa disciplina e il suo ambito di applicazione sono stati profondamente modificati, è, credo senza tanti rimpianti, definitivamente tramontato.

**2.** Il secondo comma dell'art. 35 ha riformulato il testo originario dell'art. 2477 c.c., così come era stato previsto dalla riforma societaria e ancora modificato dalla nuova disciplina della revisione legale dei conti.

Le innovazioni apportate concernono sia la s.r.l. "sotto soglia", e quindi non obbligata a prevedere forme di controllo, sia quella "sopra soglia".

I casi in cui la s.r.l. deve dotarsi di organi di controllo sono tuttavia rimasti invariati.

Le s.r.l. "sotto soglia", secondo il testo previgente dell'art. 2477 c.c., potevano nominare un collegio sindacale o un revisore. Oggi il legislatore introduce la possibilità di designazione di un organo di controllo o di un revisore; precisa che il primo è costituito da un solo membro effettivo, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo; stabilisce che tra le competenze attribuibili a tale organo o soggetto vi è anche la revisione legale dei conti.

Per le s.r.l. "sopra soglia" il testo previgente dell'art. 2477 c.c. prevedeva l'obbligo di nomina del collegio sindacale, a cui spettava anche il compito della revisione legale dei conti, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo. Il legislatore rinvia poi alla disciplina del collegio sindacale dettata per le s.p.a..

Ora, per contro, è prevista la nomina di un organo di controllo o revisore; nulla è detto in ordine alla revisione legale dei conti; nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, sono richiamate le disposizioni sul collegio sindacale previste per le s.p.a..

**3.** La nuova norma pone delicati problemi interpretativi e applicativi, oltre che, come si vedrà, dubbi di costituzionalità.

Tenendo conto degli spazi di autonomia concessi ai soci (la disposizione richiama appunto l'obbligo di nomina di un organo di controllo che può essere collegiale o monocratico o di un revisore) si possono ipotizzare vari scenari.

**3.1.** Una prima ipotesi è quella della nomina di un organo di controllo, formato da uno o più componenti, e quindi di un collegio sindacale o di un sindaco unico, e contemporaneamente di un revisore (o di una società di revisione).

Tale configurazione è sicuramente ammissibile e comporterà l'attribuzione al primo del controllo sulla gestione e al secondo della revisione legale dei conti.

**3.2.** Una seconda possibilità è quella della nomina del solo organo di controllo, monocratico o collegiale, a cui siano attribuiti i compiti di controllo sulla gestione e di revisione legale dei conti.

# RELAZIONI A CONVEGNI

D.L. "SEMPLIFICAZIONI": I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL

Anche quest'ipotesi è sicuramente ammissibile, però a certe condizioni. Infatti, come si è sottolineato, il legislatore non prevede più il conferimento *ex lege* al collegio sindacale (o al sindaco unico) della revisione legale dei conti, ma rinvia alla disciplina della società per azioni.

Pertanto tale attribuzione richiede una clausola *ad hoc* contenuta nell'atto costitutivo e non è ammissibile nel caso di società tenuta a redigere il bilancio consolidato. Così come non è ammissibile qualora la società fosse qualificabile come ente di interesse pubblico. In queste due ipotesi dovrà essere nominato un revisore legale dei conti.

Ulteriori dubbi si pongono nel caso della scelta del sindaco unico. Il legislatore non prevede la designazione di un sindaco supplente: infatti, nel caso di organo di controllo monocratico, il riferimento è alla composizione dello stesso costituita da un solo membro effettivo. Si pone pertanto il problema, nel silenzio del dato normativo, se l'atto costitutivo possa prevedere anche la designazione di un membro supplente.

E ancora: la norma prevista dall'art. 14, comma 4 *bis*, della Legge di stabilità 2012 stabilisce che nelle società di capitali il collegio sindacale può svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza. Tale disposizione potrà estendersi anche al sindaco unico?

**3.3.** Assai problematica invece è l'ipotesi della nomina del solo revisore. Stante il tenore letterale della disposizione, che introduce l'alternativa tra organo di controllo e revisore, anch'essa sembra ammissibile, ma, in questo caso, al revisore compete pure il controllo sulla gestione o tale "funzione" viene meno? Ammesso che la soluzione sia nel secondo senso, tenuto conto appunto del ruolo attribuito al revisore o alla società di revisione, l'atto costitutivo potrebbe espressamente conferire tale compito?

**3.4.** Probabilmente per superare questi dubbi e per scongiurare il possibile venir meno della funzione del controllo sulla gestione la Commissione del Consiglio notarile ha dettato una massima, la n. 124, che, "sforzando" il dato letterale, perviene però ad una soluzione operativamente coerente. In conformità a tale massima, "*il regime legale dei controlli nella s.r.l., in mancanza di diverse previsioni statutarie, è da intendersi nel senso che sia la funzione di controllo di gestione (ex art. 2403 c.c.) sia la funzione di revisione legale dei conti (ex art. 14 d. lgs. 39/2010) sono attribuite ad un unico organo monocratico genericamente individuato con la locuzione organo di controllo o revisore*". "*Si ritiene che l'organo monocratico investito di funzione di controllo e di funzione di revisione possa essere sia un revisore legale dei conti persona fisica sia una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. E' pertanto legittima la clausola statutaria che espressamente preveda tale facoltà*".

**4.** La nuova disciplina comporterà in moltissimi casi la necessità di adeguare le clausole dell'atto costitutivo. La scelta del sindaco unico potrà poi condurre ad un depotenziamento della funzione di controllo; la scelta del revisore o della società di revisione, ove non si accolga la soluzione che attribuisce ad essi il controllo anche sulla

# RELAZIONI A CONVEGNI

D.L. "SEMPLIFICAZIONI": I CONTROLLI NELLA SPA E NELLA SRL

gestione, comporterà addirittura il venir meno di una tale importantissima funzione.

La soluzione si pone in netta "controtendenza" sia con la disciplina originaria della s.r.l. (ove, oltre una certa soglia, valevano sostanzialmente le regole concernenti il collegio sindacale previsto per le s.p.a.), sia con quella introdotta nel 2010 in tema di revisione legale dei conti (che per contro assimilava i due tipi societari).

Si pone altresì "in controtendenza" con le soluzioni interpretative, ampiamente accolte in dottrina e giurisprudenza, dirette ad equiparare i due tipi societari per i profili concernenti la responsabilità degli amministratori e gli strumenti di controllo (si pensi alla responsabilità verso i creditori sociali oppure all'estensione dell'art. 2409 c.c.) .

Invero una differenza di trattamento sotto il profilo della struttura esterna tra s.p.a. e s.r.l. è difficilmente giustificabile, tenendo conto dell'identico regime di responsabilità limitata e della circostanza che la s.r.l. può trovare applicazione anche in caso di imprese di medie e grandi dimensioni.

Il nuovo assetto pertanto creerà una profonda frattura tra la s.p.a. e la s.r.l., con regole differenziate in funzione esclusivamente del tipo societario. In altre parole, una società a responsabilità limitata, anche se di grandi o grandissime dimensioni, potrebbe sempre avere un organo di controllo unipersonale costituito dal sindaco o dal revisore.

Se la soppressione dell'organo unipersonale nelle s.p.a. è da salutare con favore, la previsione di una disciplina totalmente differente, estese anche alle s.r.l. di maggiori dimensioni, determina gravi dubbi di legittimità costituzionale, così come è stato giustamente sottolineato dal recente studio del Gruppo di lavoro approvato dal Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino. Al proposito sarebbe quanto mai opportuno un nuovo intervento dal legislatore.

# LA NUOVA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA SEMPLIFICATA

## Prime riflessioni e spunti operativi

*Lo studio analizza in profondità la disposizione del nuovo art. 2463-bis del Codice Civile (introdotto dall'art. 3 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la L. 24 marzo 2012, n. 27), che ha istituito la s.r.l. semplificata. L'Autore propone una ricostruzione della disciplina applicabile al nuovo tipo di società, soffermandosi sugli aspetti profondamente innovativi e sulle principali problematiche operative poste dall'applicazione della nuova disciplina, evidenziando al tempo stesso le opportunità offerte dal nuovo modello di organizzazione dell'impresa collettiva.*

di **ALESSANDRO BAUDINO**

### **1. Introduzione**

Con la conversione in legge del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (avvenuta con la L. 24 marzo 2012, n. 27, pubblicata sulla G.U. n. 71 del 24-3-2012 - Suppl. Ordinario n. 53), entra a far parte del nostro ordinamento la nuova Società a Responsabilità Limitata Semplificata, disciplinata dal nuovo art. 2463-bis (rubricato, appunto “*Società a Responsabilità Limitata Semplificata*” e collocato, dal punto di vista sistematico, dopo l'art. 2463 c.c., che regola la costituzione della s.r.l.).

La nuova s.r.l.s. (“*Società a Responsabilità Limitata Semplificata*”) si propone come una forma di organizzazione dell'impresa collettiva destinata ad agevolare l'imprenditoria giovanile, e il suo impiego è infatti riservato alle “*persone fisiche che non abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla data della costituzione*”.

Inserita nel cosiddetto “*D.L. liberalizzazioni*” in modo forse un po' affrettato e senza eccessiva preoccupazione per le esigenze di coerenza e sistematicità (esigenze, del resto, sempre più frustrate dal processo di progressivo imbarbarimento della nostra tecnica legislativa), la nuova s.r.l.s. è stata accolta assai tiepidamente dai primi commentatori, i quali hanno espresso scetticismo sulla possibilità che una società priva di capitale di rischio possa reperire il capitale di finanziamento necessario per svolgere un'attività d'impresa, soprattutto in un periodo storico in cui il ricorso al credito risulta drammaticamente difficile anche per società strutturate e adeguatamente capitalizzate.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

In realtà, questa visione (sicuramente realistica) è tuttavia riduttiva, in quanto non tiene conto del contesto economico e produttivo in cui il nuovo strumento di organizzazione dell'impresa collettiva andrebbe a collocarsi, né del profilo dei suoi potenziali utilizzatori.

Invero, se si considera che l'Italia è – per sua fortuna – tutt'ora caratterizzata da un tessuto vitale di piccole o piccolissime imprese, che stentano ad evolversi a causa di una pressione fiscale insostenibile, di una burocrazia opprimente e dei costi di gestione che la costituzione e manutenzione di una società di capitali comporta, il superamento del “tabù” del capitale sociale può costituire un utile passo per incentivare ulteriormente il processo di evoluzione auspicato dal D.Lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario: riforma che individuava proprio nel nuovo modello organizzativo della società a responsabilità limitata lo strumento istituzionalmente deputato a favorire l'evoluzione della piccola impresa, attraverso il passaggio dalla forma dell'impresa individuale o della società di persone alla forma (più articolata e competitiva) della società di capitali.

Se si valuta il nuovo strumento in questa prospettiva, la nuova s.r.l.s. si presenta come un'opportunità di grande interesse per tutti i piccoli imprenditori che, costituiti in forma di impresa individuale o di società personale, hanno rinunciato ad adottare una forma più progredita e tutelante a causa dei costi che tale passaggio comportava.

In questa prospettiva sarebbe stato, anzi, auspicabile che il legislatore, anziché restringere il cerchio dei possibili fruitori del nuovo strumento organizzativo, limitandone l'utilizzo alle sole “*persone fisiche che non abbiano compiuto i trentacinque anni di età*”, avesse operato una scelta più coraggiosa, disciplinando il nuovo modello organizzativo in modo autonomo e consentendone un uso generalizzato, alternativo alla s.r.l. tradizionale.

In ogni caso, e pur con la prudenza che sempre si impone in presenza di innovazioni legislative introdotte sull'onda dell'emergenza, soprattutto in una materia così articolata e complessa qual è quella del diritto societario, è già ora possibile svolgere alcune prime riflessioni sulla disciplina del nuovo strumento organizzativo e sulle opportunità che esso offre.

## **2. La disciplina della nuova Società a Responsabilità Limitata Semplificata**

### **2.1 In generale: il nuovo quadro normativo**

Eliminate, in sede di conversione, alcune disposizioni che avevano suscitato perplessità tra i primi commentatori<sup>1</sup>, la nuova s.r.l. semplificata si caratterizza

---

<sup>1</sup> Più precisamente, sono state eliminate – per i problemi di coordinamento con le norme che disciplinano il deposito e la pubblicazione degli atti nel Registro delle Imprese:

- la possibilità di costituire la società senza intervento del notaio, per semplice scrittura privata;
- la possibilità di modificare lo statuto con un verbale assembleare redatto per semplice scrittura privata, e cioè senza necessità di convocazione dell'assemblea dinanzi al notaio;

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

essenzialmente per l'eliminazione del vincolo del **capitale minimo**, che viene individuato nell'importo simbolico di **1 euro**. Il nuovo tipo di società costituisce, quindi, lo strumento con il quale l'ordinamento consente all'imprenditore di beneficiare della limitazione personale della responsabilità senza alcun obbligo di vincolare, all'esercizio dell'impresa, un capitale minimo, e di mantenere tale capitale minimo invariato nel corso dell'attività della società, a garanzia delle obbligazioni assunte da quest'ultima nei confronti dei creditori sociali.

Per il resto, il modello organizzativo ricalca quello della s.r.l., con le deroghe previste dal nuovo art. 2463-bis c.c..

Più precisamente:

l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico, in conformità al modello standard tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico (ma come approfondiremo in seguito, in assenza di espressi divieti, sembra corretto ritenere che il modello standard possa essere integrato con l'inserimento di tutte le opzioni introdotte dal d.lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario).

Per quanto attiene al contenuto dell'atto costitutivo, il nuovo art. 2463-bis c.c. richiama sostanzialmente i requisiti richiesti dall'art. 2463 c.c., con l'eccezione di quelli la cui elencazione è incompatibile con il tipo della società semplificata.

L'atto costitutivo deve cioè indicare:

1) il cognome, il nome, la data, il luogo di nascita, il domicilio, la cittadinanza di ciascun socio (non è prevista la possibilità che alla s.r.l.s. partecipino società od enti, e quindi non è richiamata l'indicazione dell'eventuale sede del socio);

2) la denominazione sociale contenente l'indicazione di *Società a Responsabilità Limitata Semplificata* e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie;

3) l'ammontare del capitale sociale, pari almeno ad 1 euro e inferiore all'importo di 10.000 euro previsto all'articolo 2463, secondo comma, numero 4), c.c..

A differenza di quanto previsto dall'art. 2463 c.c. (che, in combinato disposto con il successivo art. 2464 c.c., consente di versare al momento della costituzione soltanto il venticinque per cento del capitale sottoscritto), **il capitale deve essere sottoscritto e interamente versato alla data della costituzione**.

E' esclusa, inoltre, la possibilità di conferire, in sede di costituzione, beni o crediti (ma non è precluso che conferimenti in natura possano essere effettuati in un secondo tempo, successivamente alla costituzione).

---

- la possibilità di trasferire le partecipazioni con scrittura privata, senza necessità di autenticazione delle sottoscrizioni delle parti.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

**Il conferimento deve farsi necessariamente in denaro** ed essere versato all'organo amministrativo<sup>2</sup>.

L'atto costitutivo deve inoltre indicare i requisiti previsti dai numeri 3), 6), 7) e 8) del secondo comma dell'articolo 2463; e quindi:

3) l'attività che costituisce l'oggetto sociale;

6) la quota di partecipazione di ciascun socio;

7) le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione, la rappresentanza;

8) le persone cui è affidata l'amministrazione e l'eventuale soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti;

L'atto costitutivo deve indicare luogo e data di costituzione, mentre, a differenza di quanto previsto dall'art. 2463 per la s.r.l. "tradizionale", non è necessario specificare *"l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società"*: poiché, come precisato dall'art. 3, comma 3 del D.L. 1/2012, *"l'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese sono esenti da diritto di bollo e di segreteria e non sono dovuti onorari notarili"*.

Le ulteriori, significative differenze attengono:

- all'individuazione degli **amministratori**, che **devono necessariamente essere scelti tra i soci**;

- ed alla circolazione delle **partecipazioni**, che **possono essere trasferite solo a persone fisiche rientranti nei limiti di età** previsti dalla disposizione (trentacinque anni): il comma 4 del nuovo art. 2463-bis c.c. stabilisce, infatti, che *"E' fatto divieto di cessione delle quote a soci non aventi i requisiti di età di cui al primo comma e l'eventuale atto è conseguentemente nullo"*.

Il comma 3 dell'art. 2463-bis richiede poi uno speciale regime di pubblicità: la denominazione di Società a Responsabilità Limitata Semplificata, l'ammontare del capitale sottoscritto e versato, la sede della società e l'ufficio del registro delle imprese presso cui questa è iscritta devono infatti essere indicati negli atti, nella corrispondenza della società e nello spazio elettronico destinato alla comunicazione collegato con la rete telematica ad accesso pubblico.

Il comma 5 dell'art. 2463-bis contiene infine una norma di chiusura, che consente di definire, *"per relationem"*, i contorni del nuovo tipo di società. La disposizione citata stabilisce, infatti, che, *"Salvo quanto previsto dal presente articolo, si applicano alla società a responsabilità limitata semplificata le disposizioni del presente capo in quanto compatibili"*: **sono cioè applicabili alla s.r.l.s. tutte le norme che regolano la s.r.l. tradizionale, ove non derogate dall'art. 2463-bis c.c.**

---

<sup>2</sup> Per tale ragione non è richiamato il n. 5 del 2° comma dell'art. 2463, c.c., che impone di indicare nell'atto costitutivo, *"i conferimenti di ciascun socio ed il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura"*.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Volendo commentare il nuovo “tipo” di società risultante dalla sintetica disciplina sopra descritta, si potrebbe dire che, con l’introduzione della s.r.l. semplificata, il legislatore ha ulteriormente sviluppato il processo di equiparazione della s.r.l. alla società in nome collettivo già avviato con l’emanazione del d.lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario, creando un modello organizzativo ulteriormente semplificato e caratterizzato da un’ancora più spiccata rilevanza della figura del socio rispetto al capitale, ancorché dotato di personalità giuridica perfetta (con conseguente irresponsabilità dei soci per le obbligazioni sociali).

Di questa forte analogia con il modello organizzativo della società in nome collettivo si terrà conto per risolvere i principali problemi interpretativi che sorgano in sede di ricostruzione della disciplina complessiva della s.r.l.s., ai fini di individuare quali, tra le disposizioni della s.r.l., siano compatibili con la disciplina dettata dall’art. 2463-bis c.c., e pertanto siano applicabili alla s.r.l.s., in virtù del rinvio operato dall’art. 2463-bis, comma 5 sopra citato.

## **2.2 La disciplina del capitale sociale: spinte innovative e superamento di vecchi tabù**

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.

Questa disposizione crea indubbi problemi di coordinamento con la disciplina posta a tutela della funzione di garanzia che il capitale sociale assolve nelle società di capitali: in particolare il problema si pone con riferimento alle disposizioni degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c., che disciplinano la procedura di abbattimento e ricostituzione del capitale nel caso in cui lo stesso, in conseguenza di perdite di esercizio, si riduca di oltre un terzo, o scenda al di sotto del minimo legale.

In assenza di una relazione tecnica che consenta di ricostruire l’intenzione del legislatore (ed in assenza di un disegno organico di riforma della materia), i primi commentatori hanno espresso le loro perplessità sulla possibilità di escludere *tout court* l’applicazione alla s.r.l. semplificata delle disposizioni che sanciscono l’intangibilità del capitale minimo di legge<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Dubbi in questo senso sono stati sollevati da G. GAVELLI e F. ROSCINI VITALI, i quali si chiedono: “*Mancando, tendenzialmente, un capitale, si può concretamente sostenere che queste norme siano applicabili alle società ‘da un euro’?*”. Gli autori concludono che “*Sembra difficile giungere a questa conclusione. Ad ogni modo, chi costituirà in prossimo futuro queste società dovrà occuparsi del problema, in considerazione del fatto che le ‘s.r.l. semplificate’ si troveranno nella situazione ‘di allerta patrimoniale’ descritte dal legislatore già dal momento della costituzione e del sostenimento delle prime spese*” (G. GAVELLI e F. ROSCINI VITALI,

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Sicuramente, gli aspetti fortemente innovativi che caratterizzano la nuova disciplina e l'assenza di interventi chiarificatori da parte del legislatore giustificano un accostamento prudente alle numerose problematiche applicative che l'attuazione del nuovo art. 2463-bis c.c. comporta.

Tuttavia, queste difficoltà non devono frustrare il tentativo di offrire contributi utili alla ricostruzione del completo quadro normativo applicabile, affinché, superate le iniziali riserve, il nuovo strumento offerto dal legislatore possa trovare rapida e concreta applicazione<sup>4</sup>.

Orbene, se si inquadra il nuovo art. 2463-bis c.c. nell'ambito del processo di naturale evoluzione che da anni sta interessando il complesso di norme che disciplinano le modalità di esercizio dell'attività d'impresa, sembra possibile ricostruire con un sufficiente grado di sicurezza il quadro normativo complessivo applicabile alla nuova s.r.l. semplificata.

A tal fine occorre tuttavia accettare l'idea che la nuova disposizione comporti il superamento, o quanto meno l'attenuazione, di un principio assolutamente radicato nella nostra cultura giuridica: e cioè il principio della funzione di garanzia che il capitale sociale assume per le obbligazioni assunte dalla società nei confronti dei creditori sociali e dei terzi, come contropartita per la perdita della responsabilità illimitata dei soci<sup>5</sup>.

A tali conclusioni conducono argomenti di ordine logico, ancor prima che giuridico. Nel senso che, se si sostenesse l'applicabilità alla s.r.l. "da un euro" delle norme che disciplinano la procedura di abbattimento e ricostituzione del capitale per

---

*Rischio ricapitalizzazione per le Srl "semplificate", Il Sole 24 Ore, n. 115 del 26/4/2012, p. 22). Esclude l'applicazione alla s.r.l.s. delle norme sulla riduzione del capitale per perdite anche P. REVIGLIONE, il quale peraltro osserva come "l'assenza di qualunque forma di tutela, di controllo o di intervento in relazione alla situazione patrimoniale e finanziaria della società semplificata a r.l." si traduca "in un potenziale e ingiustificato pregiudizio delle ragioni dei terzi e dei creditori", e contribuisca "a minare la stessa possibilità di continuazione dell'attività sociale" (P. REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 4/2012, p. 24).*

<sup>4</sup> Del resto, problemi analoghi si posero allorché, con l'emanazione del D.Lgs. 6/2003, venne rivoluzionata la disciplina della s.r.l. tradizionale. Il che non impedì, tuttavia, che questo nuovo modello organizzativo divenisse e si imponesse come uno strumento fondamentale sia per favorire l'evoluzione della piccola impresa verso forme organizzative più progredite, sia per la gestione di realtà economiche assai più rilevanti e complesse (si pensi, per esempio, all'utilizzo della s.r.l. come società *holding*, od al suo impiego nella gestione "in house" dei servizi pubblici locali).

<sup>5</sup> Per una ricostruzione, anche in chiave comparatistica, delle varie teorie formatesi sulla funzione di garanzia del capitale sociale, si veda: G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle Società per Azioni*, a cura di G. E. COLMBO e G. B. PORTALE, Torino, 2004, Vol. 1, Parte I, pag. 3 e ss..

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

perdite, si giungerebbe al paradosso che la società dovrebbe ritenersi sciolta *ex lege* subito dopo la sua costituzione, sin dalla sua prima operazione.

Peraltro, il superamento del principio dell'intangibilità del capitale minimo di legge non deve certo scandalizzare. Così come non deve scandalizzare il fatto che il beneficio della limitazione della responsabilità personale possa essere accordato ai soci anche nel caso in cui gli stessi non provvedano a dotare la società di un capitale minimo iniziale (ovvero la dotazione del capitale simbolico di un euro).

Ed invero, l'esperienza insegna che il regime della responsabilità personale illimitata dei soci per le obbligazioni sociali che caratterizza le società di persone non è affatto idoneo ad incentivare i soci ad una più accorta gestione delle situazioni di crisi, né è idoneo a costituire adeguata tutela nei confronti dei terzi: posto che sono all'ordine del giorno i casi di insolvenze, anche rilevanti, causate da società di persone costituite tra soci nullatenenti o meri prestanomi di soci occulti.

Mentre, per contro, è dato di comune esperienza il fatto che la previsione dell'obbligo di costituzione e mantenimento di un capitale minimo di 10.000,00 euro per l'esercizio dell'attività d'impresa in forma di società a responsabilità limitata è una cautela sicuramente inadeguata a costituire un'effettiva garanzia per i creditori ed i terzi, in assenza di qualunque norma che stabilisca quando il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi possa ritenersi adeguato.

Si consideri che già oggi, in teoria, due soci potrebbero costituire la loro s.r.l. versando in banca solo il venticinque per cento del capitale minimo prescritto (a norma dell'art. 2464, comma 4 c.c.), e cioè 2.500,00 euro; quindi, dopo avere speso i 2.500,00 euro versati dai soci in conto capitale per sostenere le spese di costituzione (notarili, di consulenza, etc.), la società potrebbe, sempre in teoria, tranquillamente operare ed assumere obbligazioni nei confronti dei terzi, offrendo loro a garanzia null'altro che il credito verso i soci per i conferimenti non ancora effettuati. E se, nel primo anno 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. 2482-bis c.c.), incrementando la propria esposizione nei confronti dei terzi, sebbene la garanzia rappresentata dal capitale sociale sia divenuta ormai di pura facciata.

La realtà è che, nel caso delle piccole imprese, la valutazione di affidabilità già oggi viene fondata dagli operatori economici su parametri diversi dall'entità del capitale sociale, quali la competenza e l'esperienza dei titolari, l'efficienza, la puntualità nell'esecuzione dei lavori, la reputazione acquisita, il prezzo delle prestazioni offerte, etc... 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.

Questa realtà è stata già da tempo riconosciuta ed affrontata in modo pragmatico e concreto in altri Paesi (in particolari quelli di "*common law*") in cui, per tradizione

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

giuridica, 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. E' questo il caso degli Stati Uniti, in cui è possibile costituire una Limited Liability Company (variamente regolata nei diversi Stati federati) e godere del beneficio della limitazione della responsabilità personale, senza che sia previsto l'obbligo di conferire un capitale minimo<sup>6</sup>. Analogamente, in Gran Bretagna, una "private company limited by shares" può essere costituita senza necessità di indicare un capitale iniziale<sup>7</sup>.

Ma anche nei paesi di "civil law", 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, il tabù del capitale sociale è stato progressivamente superato<sup>8</sup>. E' questo il caso, per esempio, della vicina Francia, dove, a seguito dell'evoluzione normativa intervenuta, è da tempo possibile costituire una SARL (*Société À Responsabilité Limitée*) con il capitale di 1 euro<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> 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 versare). E la legge espressamente vieta alla società di effettuare qualsiasi distribuzione / restituzione ai soci sino a quando i debiti complessivi della società (esclusi quelli verso i soci) eccedano il "fair value" degli "assets" della società. 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"). 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 efficienza.

<sup>7</sup> L'obbligo di indicare un capitale iniziale è stato abolito a seguito dell'emanazione del Companies Act 2006, al fine di semplificare ed incentivare la costituzione delle società.

<sup>8</sup> Per un'analisi in chiave comparatistica, in ambito europeo, dei modelli più diffusi di società a responsabilità limitata senza obbligo di capitale minimo o con capitale minimo esiguo, si veda, in questa stessa rivista: P. REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 4/2012, p. 8 e ss..

<sup>9</sup> L'importo del capitale sociale della S.A.R.L. può essere liberamente fissato dai soci in statuto (Art. L223-2 del Code de Commerce) senza alcun limite minimo d'importo. Ed infatti l'obbligo

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Alla luce di quanto sopra 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 s.r.l. semplificate sono assai contenuti. Tali rischi sono infatti adeguatamente gestiti attraverso l'obbligo della s.r.l. 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 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 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.

## **2.3 La disciplina del capitale sociale: inapplicabilità delle disposizioni in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite**

Come si è illustrato al paragrafo che precede, la previsione della possibilità di costituire la società con il capitale iniziale di un euro comporta necessariamente, come conseguenza, l'inapplicabilità alla s.r.l. semplificata del complesso di norme che, nella s.r.l. tradizionale, mira a salvaguardare il principio (peraltro anche penalmente sanzionato) dell'intangibilità del capitale sociale.

Ed infatti, se si considera che la fase di start up dell'impresa è destinata a generare perdite, per il naturale sfasamento tra costi e ricavi, la previsione di un capitale minimo simbolico di un euro comporta l'accettazione del principio che la società possa costituirsi ed operare con un patrimonio netto anche significativamente negativo.

Occorre quindi concludere che, nel nuovo quadro normativo, il capitale sociale della s.r.l. semplificata 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 formati nell'esercizio.

Ne consegue che devono ritenersi necessariamente inapplicabili alla s.r.l. semplificata sia la previsione dell'art. 2482-bis, che disciplina la procedura da seguire in

---

di conferimento di un capitale minimo, inizialmente previsto in 50.000 franchi ed individuato in 7.500,00 euro a seguito della conversione in euro, venne soppresso dalla Legge per l'iniziativa economica emanata il 1° agosto 2003.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

caso di riduzione del capitale per perdite; sia la previsione del successivo art. 2482-ter, che stabilisce le ulteriori iniziative da assumere allorquando, a seguito delle perdite, il capitale si riduca al di sotto del minimo legale.

Pertanto in presenza di perdite, ed indipendentemente dalla misura di tali perdite, gli amministratori non saranno tenuti a convocare l'assemblea, né a sottoporre ai soci la situazione patrimoniale della società di cui all'articolo 2477 c.c. (fermo restando che, come si evidenzierà in seguito, un dovere di periodica informativa sull'andamento della situazione economica e patrimoniale della società deve ritenersi implicito nei doveri di diligenza degli amministratori e, pur in assenza dei precisi obblighi di cui sopra, la violazione di tale dovere potrà costituire fonte di responsabilità).

Per le stesse ragioni sopra illustrate, dalla disposizione sopra richiamata consegue altresì che, nel caso in cui le perdite abbiano ridotto di oltre un terzo il capitale sociale, e tale situazione si sia protratta anche nell'esercizio successivo, l'assemblea non dovrà procedere alla riduzione del capitale sociale: né la riduzione dovrà essere richiesta dagli amministratori al tribunale, il quale neppure potrà provvedervi su istanza di eventuali terzi interessati, come previsto dal 5° comma dell'art. 2482-bis c.c.).

## **2.4 La disciplina del capitale sociale: perdita del capitale, liquidazione della società e responsabilità degli amministratori**

Per coerenza con i principi sopra riferiti, tra le disposizioni incompatibili con il nuovo art. 2463-bis c.c. deve includersi quella dettata dall'art. 2484, co. 1, n. 4. c.c., che stabilisce che *“le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono (...) per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter”*<sup>10</sup>.

Ed infatti, accettare che la società possa costituirsi con il capitale di 1 euro significa accettare il principio che la società possa continuare ad operare, assumendo obbligazioni nei confronti dei terzi, anche in assenza di un patrimonio netto positivo idoneo a garantirle.

Ciò non significa, tuttavia, che una s.r.l. semplificata in perdita possa proseguire la propria attività indefinitamente, incrementando il passivo in danno dei creditori sociali, e sfuggire ad ogni sanzione.

Infatti, qualora lo sbilancio patrimoniale e finanziario sia elevato e non vi siano prospettive di un superamento della crisi entro un orizzonte temporale ragionevole,

---

<sup>10</sup> L'art. 2463-bis di nuova introduzione dichiara applicabili alla s.r.l. semplificata le disposizioni del capo VII del titolo V, Libro V del c.c., in tema di s.r.l., a condizioni che siano *“compatibili”* con le norme di nuova introduzione. La stessa verifica di compatibilità deve pertanto essere fatta anche con le altre norme del libro V che si applicano in via generale alle società di capitali, ivi incluse, quindi, le s.r.l. semplificate.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

occorrerà prendere atto del venir meno del presupposto della continuità d'impresa. Pertanto ove si verifichi la situazione descritta, non sarà applicabile la previsione dell'art. 2484, co. 1, n. 4. c.c., sopra richiamato, ma opererà in ogni caso la causa di scioglimento della società prevista dal n. 2 dello stesso articolo: consistente nell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale.

Troveranno inoltre applicazione le disposizioni che sanciscono gli obblighi cui gli amministratori devono attenersi al presentarsi di una causa di scioglimento della società e le responsabilità cui vanno incontro in caso di inosservanza.

Pertanto, ove la perdita non venga ripianata entro un ragionevole lasso di tempo (attraverso conferimenti tipici o atipici) ovvero i soci non effettuino i finanziamenti (postergati) necessari ad estinguere le passività aziendali, gli amministratori dovranno accertare *“senza indugio”* l'intervenuto scioglimento della società per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, e dovranno iscrivere presso l'ufficio del registro delle imprese, ai sensi del comma 3 dell'art. 2484 c.c., la relativa dichiarazione. In caso di ritardo od omissione, saranno *“personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi”*, ai sensi dell'art. 2485 c.c..

Ove, poi, gli amministratori omettano gli adempimenti di cui sopra, il verificarsi della causa di scioglimento sarà accertato e dichiarato dal tribunale, su istanza di singoli soci o amministratori ovvero dei sindaci, con decreto che deve essere iscritto nel registro delle imprese a norma del terzo comma dell'articolo 2484, c.c..

Gli amministratori dovranno inoltre convocare l'assemblea dei soci perché deliberi la messa in liquidazione della società e la nomina dei liquidatori (ai sensi dell'art. 2487, c.c.); ed il fatto che la forma della società che amministrano sia una s.r.l. semplificata non comporterà alcuna attenuazione al regime della loro responsabilità. Troverà infatti piena applicazione alla s.r.l. semplificata anche l'art. 2486 c.c., che stabilisce che, al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna dei libri e dei beni ai liquidatori, gli amministratori:

- conservano il potere di gestire la società, *“ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”*;

- e in caso di atti od omissioni compiuti in violazione degli obblighi di cui sopra, *“sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi”*.

## **2.5 La disciplina del capitale sociale: distribuzione di utili ai soci e riduzione facoltativa del capitale sociale**

L'attenuazione della funzione di garanzia del capitale sociale introdotta dalla nuova disciplina della s.r.l. semplificata non comporta, tuttavia, la disapplicazione di tutte le disposizioni che il legislatore ha dettato a tutela dei creditori e dei terzi.

A presidio dei creditori e dei terzi rimangono infatti ancora:

## STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

a) la disposizione dell'art. 2478-bis, comma 5, c.c., che stabilisce che *“se si verifica una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a ripartizione egli utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente”*;

b) le disposizioni dell'art. 2482, commi 2 e 3 c.c., che stabiliscono che *“La decisione dei soci di ridurre il capitale sociale può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese della decisione medesima, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione”*; e che in questo caso *“il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato un'idonea garanzia”*, può disporre *“che l'esecuzione abbia luogo nonostante l'opposizione”*<sup>11</sup>.

Il problema dell'applicabilità delle disposizioni sopra richiamate non è scevro da dubbi<sup>12</sup>.

Infatti, in prima battuta considerazioni di carattere pratico indurrebbero a ritenere che, se per la s.r.l. semplificata non opera la riduzione obbligatoria del capitale per perdite, a maggior ragione si dovrebbe escludere l'applicazione di norme che introducono elementi di rigidità in una disciplina che vuole, invece, essere improntata ad un'estrema flessibilità.

Tuttavia, ad una più approfondita analisi questa conclusione non appare convincente.

Occorre infatti considerare che, se è vero che il nuovo art. 2463-bis c.c. ha segnato il superamento del tabù del capitale sociale, inteso come garanzia generica per le obbligazioni dei terzi, è altrettanto vero che il capitale sociale costituisce pur sempre un dato fondamentale, quanto meno sotto il profilo organizzativo e contabile, per individuare le risorse stabilmente destinate dai soci all'esercizio dell'impresa e consentire una rappresentazione intellegibile della situazione patrimoniale della società. Prova ne è che il comma 3 dell'art. 2463-bis prevede anche per la s.r.l. semplificata un rigoroso regime di pubblicità che impone di rendere noto ai terzi *“l'ammontare del capitale sottoscritto e versato”*, comunicando tale dato al Registro delle Imprese ed indicandolo obbligatoriamente *“negli atti e nella corrispondenza della società”*.

---

<sup>11</sup> Invero, è verosimile che le nuove s.r.l. semplificate verranno tutte costituite e mantenute con capitali modesti, tali da non richiedere nel corso dell'attività operazioni di riduzione per “esuberanza”, poiché diversamente verrebbe meno la logica stessa della loro costituzione. Tuttavia l'ipotesi che i soci si trovino a dover deliberare una riduzione in base alla norma sopra richiamata non è solo teorica, e potrebbe per esempio porsi nel caso di recesso di un socio (caso in cui la riduzione del capitale conseguente alla liquidazione della quota al socio receduto deve avvenire con le modalità di cui all'art. 2482 c.c., espressamente richiamato dall'art. 2473, comma 4, c.c.).

<sup>12</sup> Perplexità sul punto sono state espresse da G. GAVELLI e F. ROSCINI VITALI, in *Rischio ricapitalizzazione per le Srl “semplificate”*, Il Sole 24 Ore, n. 115 del 26/4/2012, p. 22).

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Proprio questo regime di pubblicità, e il ragionevole affidamento che esso ingenera nei terzi, impongono che la restituzione del capitale sociale sia assoggettata a cautele e venga garantita la veridicità del dato relativo al suo effettivo ammontare.

Si può aggiungere, a conferma delle argomentazioni qui svolte, che lo stesso regime qui descritto trova applicazione anche nel caso della s.n.c.<sup>13</sup>, dove – sussistendo la responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali - l'esigenza di tutela dell'integrità del capitale è ancor meno sentita. Donde non v'è ragione per cui, in assenza di deroga espressa, norme analoghe vengano disapplicate nel caso della s.r.l. semplificata, in cui per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio.

## **2.6 La disciplina del capitale sociale: aumento del capitale e trasformazione della società**

A norma dell'art. 2463-bis, comma 2, n. 3, c.c., affinché la s.r.l. possa costituirsi in forma semplificata è necessario che l'ammontare del capitale sociale, pari almeno ad 1 euro, sia **inferiore all'importo di 10.000,00 euro** previsto all'articolo 2463, secondo comma, numero 4), c.c..

La *ratio* di questa disposizione è verosimilmente quella di diversificare i due modelli organizzativi (s.r.l. semplificata e s.r.l. tradizionale), delimitandone l'ambito applicativo anche sotto il profilo, per così dire, economico e dimensionale. In altre parole, l'importo di 10.000,00 EURO costituisce la soglia oltre la quale il capitale assume rilevanza significativa, anche come strumento di tutela dei terzi: e pertanto, raggiunta tale soglia, la società deve assoggettarsi alle norme più stringenti che assicurano l'intangibilità del capitale, regolandone l'aumento, imponendone la riduzione obbligatoria in caso di perdite significative e comminando la sanzione dello scioglimento della società ove il capitale non venga ricostituito nei limiti di legge.

Pertanto, ove i soci ritenessero di aumentare il capitale sociale oltre la predetta soglia, la delibera di aumento del capitale dovrà eliminare dalla denominazione sociale l'indicazione di *Società a Responsabilità Limitata Semplificata*. Inoltre, qualora l'atto

---

<sup>13</sup> Con riferimento alle società in nome collettivo, l'art. 2303 c.c. (Limiti alla distribuzione degli utili) stabilisce che “1. *Non può farsi luogo a ripartizione di somme tra soci se non per utili realmente conseguiti.* 2. *Se si verifica una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a ripartizione di utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente*”. L'art. 2306 c.c. (Riduzione di capitale) stabilisce inoltre che “1. *La deliberazione di riduzione di capitale, mediante rimborso ai soci delle quote pagate o mediante liberazione di essi dall'obbligo di ulteriori versamenti può essere eseguita soltanto dopo tre mesi dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.* 2. *Il tribunale, nonostante l'opposizione, può disporre che l'esecuzione abbia luogo, previa prestazione da parte della società di un'idonea garanzia*”.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

costitutivo sia stato predisposto in forma “minimalista”, secondo il modello ministeriale, sarà opportuno integrarlo con le clausole necessarie per disciplinare il funzionamento della società, usufruendo delle molteplici opzioni offerte dalle disposizioni che regolano la s.r.l. tradizionale.

Sembra inoltre corretto ritenere che, ove i soci della s.r.l. tradizionale siano persone fisiche e posseggano i requisiti di età previsti dall’art. 2463-bis c.c., la s.r.l. tradizionale potrà trasformarsi in s.r.l. semplificata riducendo il capitale sociale sotto la soglia dei 10.000,00 EURO: ovviamente nel rispetto della procedura prevista dall’art. 2482, c.c.

## 2.7 Recesso ed esclusione

Alcune perplessità sorgono, infine, per quanto attiene all’applicabilità alla s.r.l. semplificata della disposizione contenuta nell’art. 2473, comma 5, c.c., che regola le modalità di rimborso della partecipazione al socio receduto, con riferimento alla parte in cui si stabilisce che, qualora i soci superstiti non intendano acquistare la partecipazione del socio receduto e il rimborso della partecipazione non possa essere effettuato utilizzando riserve disponibili o riducendo il capitale, la società dovrà essere posta in liquidazione.

Considerazione di ordine logico e sistematico inducono a ritenere che la predetta disposizione sia incompatibile con la disciplina delineata dal nuovo art. 2463-bis, c.c..

Ed infatti se si accetta il principio (implicito nella previsione di un capitale minimo simbolico di un euro) che la società possa costituirsi e operare con un patrimonio netto anche significativamente negativo, occorre altresì accettare la conseguenza che – in assenza di riserve e di capitale sufficienti a garantire il rimborso della partecipazione al socio receduto, la società non debba necessariamente essere posta in liquidazione. La liquidazione non sarà dunque una conseguenza automatica della rilevazione contabile della perdita del capitale sociale, conseguente all’insorgere dell’obbligo di rimborso della partecipazione al socio receduto: ma sarà tutt’al più una conseguenza eventuale, che si verificherà allorquando, accertata l’impossibilità di reperire le risorse necessarie per procedere al rimborso della partecipazione, occorrerà prendere atto del verificarsi della causa di scioglimento prevista dall’art. 2484, co. 1, n. 2, c.c., consistente nell’impossibilità di conseguimento dell’oggetto sociale.

Per le stesse ragioni sembra incompatibile con la disciplina della s.r.l. semplificata anche la disposizione prevista dall’art. 2473-bis, c.c., che, in tema di esclusione del socio, esclude la possibilità di rimborsare la partecipazione al socio escluso mediante rimborso del capitale.

## 2.8 Finanziamenti dei soci

Tra le disposizioni applicabili alla s.r.l. semplificata sono destinate ad assumere particolare rilievo quelle dettate dall’art. 2467 c.c., che disciplinano il regime cui sono

## STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

assoggettati i finanziamenti concessi dai soci alla società. Le predette disposizioni stabiliscono che quando i finanziamenti dei soci a favore della società, “*in qualsiasi forma effettuati*”, sono stati concessi “*in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*”, il loro rimborso è “*postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito*”.

La scelta del legislatore di non escludere tra le norme applicabili quella sancita dall'art. 2467 c.c. è stata contestata, poiché ritenuta in contrasto proprio con l'obiettivo di agevolare il ricorso al nuovo strumento da parte dei giovani<sup>14</sup>.

In realtà, nel nuovo quadro normativo in cui si inserisce la s.r.l. semplificata il regime della postergazione dei finanziamenti dei soci costituisce proprio la “contropartita” dell'eliminazione dei requisiti di capitale minimo: nel senso che il rischio per i creditori derivante dall'eliminazione di un obbligo di capitalizzazione minima della società viene in qualche modo “compensato” dalla sottoposizione dei finanziamenti dei soci a un vincolo di indisponibilità. I finanziamenti dei soci, pur non essendo equiparati al capitale di rischio, assumono quindi una funzione assai simile a quella del capitale, di sostegno al patrimonio netto dell'impresa; ma sono assoggettati ad un regime molto più flessibile, in quanto potranno essere sempre “convertiti” in capitale di rischio (mediante rinuncia alla restituzione da parte dei soci che li hanno effettuati o loro utilizzo per sottoscrivere eventuali aumenti del capitale sociale) allorquando ve ne sia l'esigenza; ma allo stesso tempo potranno essere restituiti ove le condizioni della società lo consentano, senza che sia necessario esperire la rigida (e costosa) procedura di riduzione del capitale sociale.

Sotto altro profilo, il vincolo di postergazione costituisce un motivo di attenuazione della responsabilità degli amministratori, che, pur in caso di sottocapitalizzazione della società, ma in presenza di adeguati finanziamenti da parte dei soci, saranno legittimati a proseguire l'attività d'impresa senza incorrere nella violazione degli obblighi posti a tutela del capitale sociale.

---

<sup>14</sup> In questo senso si è espresso SALAFIA, il quale osserva che “*non si capisce perché, una volta permessa la sottocapitalizzazione della società, non sia stata disposta l'inapplicabilità della misura di contrasto della stessa sottocapitalizzazione contenuta nell'art. 2467 c.c., con cui viene postergato il rimborso dei crediti dei soci per finanziamento, in qualunque forma concesso alla società. Anche se non è facile immaginare che i soci costituenti, che siano ricorsi alla forma semplificata della s.r.l. per risparmiare sulle spese di costituzione, abbiano disponibilità adeguate per finanziare successivamente la loro società, soprattutto in coincidenza dell'inizio dell'attività sociale*” (V. SALAFIA, *La società a responsabilità limitata ed il Tribunale delle Imprese*, 2, 2012, p. 154).

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

In questo nuovo quadro normativo, ai fini della valutazione dell'affidabilità della società assumerà pertanto sempre maggiore rilevanza il cosiddetto "conto soci": e cioè la voce D) 3) del passivo dello stato patrimoniale: "*debiti verso soci per finanziamenti*": in quanto il valore di tale posta esprimerà un dato essenziale per individuare il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi.

## **2.9 Conferimenti: il divieto di effettuare conferimenti in natura; i soci d'opera**

L'art. 2362-bis, comma 2, n. 3), c.c., stabilisce che "*il conferimento deve farsi in denaro*".

La disposizione sopra richiamata introduce una forte limitazione alla libertà accordata ai soci della s.r.l. tradizionale dall'art. 2464 c.c., che, per consentire ai soci la possibilità di regolamentare nel modo loro più confacente i rispettivi apporti (di capitale e lavoro), espressamente prevede che possano formare oggetto di conferimento "*tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica*".

La scelta operata dal legislatore è criticabile, poiché – in palese contrasto con le finalità che la nuova normativa si propone - preclude proprio agli operatori economici cui il nuovo modello societario è indirizzato la facoltà di utilizzare il nuovo strumento per conferire in società valori (quali contratti o prestazioni d'opera o di servizi) che, seppur essenziali per lo svolgimento dell'attività sociale, non si prestano a svolgere direttamente un ruolo di garanzia per i creditori sociali.

Il problema del conferimento d'opera personale o di servizi potrà essere tuttavia superato vincolando, in atto costitutivo, i soci, ad eseguire prestazioni accessorie, in analogia a quanto previsto dall'art. 2345 c.c. per le società per azioni.

Infatti, come evidenziato in un massima del Consiglio del Notariato di Milano, *La mancanza di un espresso rinvio alla disciplina delle prestazioni accessorie nella S.p.A. (art. 2345 c.c.) non fa venir meno la possibilità che l'atto costitutivo di S.r.l. stabilisca l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie, determinandone contenuto, durata, modalità e compenso.*

Questo espediente consentirà pertanto, in buona sostanza, di costituire s.r.l. semplificate con soci d'opera: con un risultato simile a quello che si otterrebbe costituendo una società in nome collettivo, ma con il vantaggio che i soci potranno godere del beneficio della limitazione della loro responsabilità personale e di tutti gli altri vantaggi derivanti dall'utilizzo del modello organizzativo della s.r.l.

## **2.10 L'atto costitutivo: il modello standard e le sue possibili implementazioni**

Il primo comma del nuovo art. 2463-bis c.c. stabilisce che l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata semplificata deve essere redatto per atto pubblico, "*in conformità al modello standard tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico*".

## STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

L'art. 3, comma 2 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, stabilisce che “*lo statuto standard della società*” verrà “*tipizzato*” con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico, da emanarsi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione; con lo stesso decreto dovranno essere “*individuati i criteri di accertamento delle qualità soggettive dei soci*”. Il comma 3 del Dl. 1/2012 stabilisce inoltre che “*L'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese sono esenti da diritto di bollo e di segreteria e non sono dovuti onorari notarili*”.

Alla data di pubblicazione di questo breve studio il decreto contenente il modello standard di statuto non è stato ancora emanato.

Il Notariato si è orientato nel senso di ritenere che la possibilità di costituire s.r.l. semplificate dovrà ritenersi preclusa sino a quando il decreto non verrà emanato. Non sembra, tuttavia, che questo orientamento trovi giustificazione nel testo della legge, e tutti gli argomenti interpretativi inducono a ritenere che la nuova s.r.l. semplificata sia uno strumento immediatamente disponibile ed utilizzabile. Depongono in questo senso i rilievi che seguono.

Occorre innanzitutto muovere dal dato ineludibile che la L. 24 marzo 2012, n. 27 ha convertito in legge il Dl. 1/2012 con le modifiche ivi previste senza rinviarne l'entrata in vigore ad un momento successivo.

La legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27 è entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, avvenuta il 24-3-2012 (sulla GU n. 71 Suppl. Ordinario n. 53).

Non esiste, né nel decreto legge, né nella legge di conversione, alcuna disposizione che rinvi l'applicazione delle nuove disposizioni ad un momento successivo all'entrata in vigore della legge. Pertanto dal 25 marzo 2012 la disposizione che consente a chi ne abbia i requisiti di costituire una s.r.l. semplificata è legge dello Stato.

Orbene, è pur vero che L'art. 3, comma 2 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, stabilisce che “*lo statuto standard della società*” verrà “*tipizzato*” con decreto ministeriale: ma non esiste alcuna norma che consenta né di affermare che le s.r.l.s. non potranno essere costituite sino a quando non sarà emanato il decreto; né di sostenere che prima dell'emanazione del decreto contenente il modello standard di statuto non sia possibile redigere l'atto costitutivo. La disciplina della s.r.l. semplificata è, infatti, chiaramente e compiutamente delineata dal nuovo art. 2463-bis e, per quanto in esso non previsto, dalle disposizioni dello stesso capo V (in tema di s.r.l.), che “*si applicano alla società a responsabilità limitata semplificata in quanto compatibili*”. Né si potrebbe affermare che tale disciplina debba essere ancora integrata dall'emanando decreto, perché, nella gerarchia delle fonti, una norma di rango secondario non potrebbe certo integrare o modificare il contenuto di norme primarie.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Anzi, proprio il richiamo espresso alle norme della s.r.l. induce a ritenere in modo incontrovertibile che la “tipizzazione” dello statuto è prevista al solo fine di semplificare il processo di creazione e costituzione della società, mediante utilizzo del modello standard, senza necessità di ricorrere all’assistenza di notai o di altri professionisti, e limitando l’attività del notaio alla sola certificazione delle firme apposte sul modello standard di statuto.

In realtà, anziché emanare una norma di dubbia costituzionalità, che impone ad un professionista (seppur investito di pubbliche funzioni) di svolgere un’attività a titolo gratuito, sarebbe stato più semplice prevedere (come avviene in molti altri Paesi) che la s.r.l. semplificata potesse essere costituita secondo modelli disponibili, per esempio, presso le camere di commercio, ed autorizzarne i funzionari a verificare le sottoscrizioni dei soci fondatori (ed invero non si comprende perché la costituzione di una s.r.l. semplificata debba essere sottoposta a procedure più complesse di quelle previste per l’iscrizione nel Registro delle Imprese di una impresa individuale).

Ma il fatto che il legislatore abbia ritenuto di optare per una soluzione più macchinosa (oltretutto più dubbia sotto il profilo della coerenza con il dettato costituzionale) non impedisce che la norma che istituisce la s.r.l. semplificata possa e debba trovare applicazione indipendentemente dall’approvazione ed emanazione del modello “tipizzato”, cui si potrà ricorrere per evitare i costi del notaio (o del commercialista, o dell’avvocato).

Né si potrà ritenere che il modello “standard” sia un modello rigido, dal quale i soci non possano discostarsi: perché tale interpretazione, come detto, contrasterebbe con la lettera e con lo spirito delle nuove disposizioni. Queste disposizioni rimandano, infatti, per quanto non previsto dall’art. 2463-bis c.c., alla disciplina della s.r.l., cui i soci potranno ricorrere per integrare il modello standard con tutte le pattuizioni che riterranno utili, al fine di modellare lo statuto secondo le loro esigenze.

In conclusione, sembra corretto ritenere che i giovani imprenditori in possesso dei requisiti di età necessari per avvantaggiarsi del nuovo strumento organizzativo, che vogliono risparmiare i costi professionali di consulenza, potranno optare per una soluzione, per così dire, minimalista: potranno cioè costituire la s.r.l. semplificata a costo zero, utilizzando il modello standard che sarà approvato e diffuso dal Ministero per la Giustizia. Gli imprenditori più esigenti, che abbiano la disponibilità di avvalersi della consulenza di un professionista, richiederanno al notaio (o al loro commercialista, o avvocato) di predisporre uno statuto “su misura”, che tenga conto delle esigenze dei singoli soci e recepisca quanto più possibile i loro desiderata.

## **2.11 Costituzione per contratto o per atti unilaterale: la s.r.l.s. unipersonale**

Il secondo comma del nuovo art. 2463-bis stabilisce che la società a responsabilità limitata semplificata può essere costituita “*con contratto o con atto unilaterale*”.

# STUDI E OPINIONI

## SRL SEMPLIFICATA

È quindi prevista anche per la s.r.l. semplificata la possibilità di costituire la società in forma unipersonale: opzione, questa, di sicuro interesse per i potenziali utenti cui il nuovo strumento è destinato.

L'esigenza degli imprenditori di potersi costituire in forma di società unipersonale era già stata avvertita e opportunamente presa in considerazione dal legislatore della Riforma di Diritto Societario, che con il D.Lgs. 6/2003 aveva esteso il regime della società unipersonale anche alla società per azioni, ed aveva allentato i vincoli imposti dalla vecchia normativa, in particolare abolendo la disposizione che, sotto la vecchia disciplina, subordinava il beneficio della limitazione di responsabilità alla condizione che il socio unico fosse una persona fisica e non assumesse la qualità di socio unico di altra società di capitali.

Nel caso della s.r.l. semplificata, l'abolizione dell'obbligo di costituire la società con un capitale minimo amplia in modo rilevante la possibilità dell'imprenditore di beneficiare del regime di limitazione della responsabilità patrimoniale nello svolgimento della propria attività economica.

Rimosso questo vincolo, la s.r.l. semplificata si propone oggi come lo strumento ideale per il piccolo imprenditore che voglia avvantaggiarsi del beneficio di limitare la propria responsabilità personale al valore del capitale investito nell'impresa, senza rinunciare al privilegio della propria individualità: la costituzione di una s.r.l. unipersonale semplificata gli consentirà infatti di conseguire tale obiettivo senza oneri significativi e senza doversi vincolare alle rigorose procedure previste a garanzia del capitale sociale dalla disciplina della s.r.l. tradizionale.

La flessibilità del nuovo strumento consentirà inoltre all'imprenditore individuale di diversificare gli investimenti e ridurre il rischio: a tal fine sarà sufficiente costituire una s.r.l. unipersonale per ogni singola impresa, evitando in tal modo che i rischi connessi ad alcune attività possano riverberarsi sulle altre.

L'adozione dello schema della s.r.l. unipersonale consentirà inoltre all'imprenditore di variare forma, dimensioni e struttura con estrema rapidità, secondo le esigenze del mercato: la s.r.l. unipersonale sarà infatti sempre pronta ad "aprirsi" in qualunque momento e divenire pluripersonale, qualora ciò divenisse necessario od utile.

Pertanto, qualora, in un momento successivo alla costituzione, a seguito dello sviluppo dell'impresa, si rendesse necessario coinvolgere nuovi soci, la società unipersonale sarà sempre pronta ad aprirsi e divenire pluripersonale, con l'ingresso di nuovi soci (ovvero a trasformarsi in società tradizionale, quando fosse necessario acquisire l'apporto di capitali di rischio e vi fossero investitori interessati a conferirlo).

### **2.12 Quote e loro circolazione**

Le disposizioni in tema di circolazione delle partecipazioni accentuano in modo significativo la connotazione personalistica che già contraddistingue il modello organizzativo della s.r.l. tradizionale: modello che *"si caratterizza (...) come una società*

## STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

*personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (...), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni”<sup>15</sup>.*

Le quote possono essere sottoscritte, infatti, solo da persone fisiche **rientranti nei limiti di età** previsti dalla disposizione (trentacinque anni), e **possono essere trasferite solo a persone fisiche rientranti nei predetti limiti di età**.

La disposizione è imperativa e la sua violazione è sanzionata con la nullità.

Il comma 4 del nuovo art. 2463-bis, c.c., stabilisce infatti che *“E' fatto divieto di cessione delle quote a soci non aventi i requisiti di età di cui al primo comma e l'eventuale atto è conseguentemente nullo”<sup>16</sup>.*

Fermo restando tale limite soggettivo al trasferimento, alla s.r.l. semplificata sarà applicabile l'art. 2469 c.c., che consente di regolamentare in modo assai libero ed articolato la circolazione delle partecipazioni, introducendo clausole di gradimento (mero o motivato), clausole di prelazione, ovvero anche escludendo completamente la facoltà di trasferimento delle quote, sia per atto tra vivi (a titolo oneroso o gratuito), sia per causa di morte.

Occorre inoltre chiedersi cosa avvenga quando i soci superino i limiti di età previsti dalla legge.

La versione originaria del decreto, prima delle modifiche apportate in sede di conversione, prevedeva alquanto frettolosamente l'esclusione di diritto del socio che avesse superato i limiti di età, ed addirittura lo scioglimento della società nel caso in cui tutti i soci avessero perso i requisiti anagrafici e la società non fosse stata tempestivamente trasformata<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Così si legge nella Relazione Tecnica di accompagnamento al D. Lgs. 6/2003, ove si aggiunge che con l'introduzione della nuova s.r.l. si è inteso *"offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità e che, impemato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese"*.

<sup>16</sup> La cessione di una quota a soci non aventi i requisiti di età non comporta dunque la mera inefficacia e inopponibilità alla società dell'atto di trasferimento (come avverrebbe nel caso in cui il limite di età fosse previsto da una clausola statutaria di limitazione alla circolazione delle partecipazioni), ma determina la nullità dell'atto di trasferimento, per violazione di norme imperative (ex artt. 1418 e 1343 c.c.). Competerà quindi al notaio, in sede di autenticazione della scritture di cessione delle partecipazioni, verificare il rispetto dei limiti di età, per non incorrere nelle responsabilità previste dalla legge notarile per il caso di stipulazione o autenticazione di atti nulli (e analoghi oneri e responsabilità competeranno agli intermediari abilitati a curare la trasmissione al Registro delle Imprese degli atti di cessione, ex art. 36, co. 1-bis, della l. 133/2008).

<sup>17</sup> Il testo ante conversione dell'art. 2463-bis, c.c., stabiliva infatti che *“Quando il singolo socio perde il requisito d'età di cui al primo comma, se l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori non delibera la trasformazione della società, è escluso di diritto e si applica in*

## STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Queste previsioni sono state eliminate nella versione approvata in sede di conversione, che si limita a vietare la cessione delle quote a soci sprovvisti dei requisiti di età, senza regolamentare le conseguenze derivanti dalla perdita dei requisiti in capo ai soci.

L'eliminazione, in sede di conversione, delle sanzioni contenute nel testo originario del decreto è sicuramente un argomento forte per ritenere che la perdita dei requisiti di età sia, per la legge, irrilevante. Sembra cioè corretto ritenere che il raggiungimento della soglia dei trentacinque anni di età costituisca un limite ostativo alla costituzione della società, ma non anche un limite alla prosecuzione dell'attività sociale allorché la società sia stata regolarmente costituita tra soci aventi i necessari requisiti.

Questa interpretazione, oltreché aderente al dato letterale, pare fondata anche alla luce della *ratio* del nuovo art. 2463-bis.

Infatti, e anche a prescindere dal rilievo che le cause di scioglimento delle società sono tipiche, e non è quindi lecito ipotizzarne altre in assenza di espressa previsione normativa, la previsione di una causa di scioglimento legata al venire meno dei requisiti di età da parte dei soci sarebbe del tutto irragionevole e contrastante con le stesse finalità che la disposizione si propone: nel senso che l'obiettivo di consentire ai giovani di avviare una nova impresa collettiva verrebbe poi subito frustrato dalla previsione di una sanzione di scioglimento per il caso in cui i soci invecchino e perdano i requisiti iniziali.

Per le stesse ragioni sarebbe irragionevole ritenere che il socio che ha perso i requisiti sia escluso *ex lege* (e ciò a prescindere dal rilievo che l'esclusione non è prevista dal legislatore come rimedio generale, ma costituisce un'opzione che i soci possono scegliere e, ove ritengano di avvalersene, deve formare oggetto di un'apposita clausola statutaria).

Ne consegue che la società regolarmente costituita tra soci in possesso dei necessari requisiti potrà serenamente operare sotto la sua forma iniziale, senza necessità di trasformarsi in s.r.l. tradizionale, sino a quando non abbia raggiunto i limiti dimensionali di cui all'art. 2435-bis c.c. (per la redazione del bilancio in forma abbreviata e per la nomina obbligatoria dell'organo di controllo).

---

*quanto compatibile l'articolo 2473-bis. Se vien meno il requisito di età in capo a tutti i soci gli amministratori devono, senza indugio, convocare l'assemblea per deliberare la trasformazione della società, in mancanza si applica l'articolo 2484"* (e cioè si verifica una causa di scioglimento della società).

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

## 2.13 Governance

Per quanto attiene alla governance, la s.r.l. semplificata si caratterizza per un'ulteriore significativa limitazione attinente all'individuazione dei soggetti che possono assumere la carica di amministratori.

Nella s.r.l. tradizionale, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci, ma è fatta salva la possibilità di prevedere diversa disposizione nell'atto costitutivo (art. 2475, comma 1, c.c.).

Nella s.r.l. semplificata l'accentuazione della centralità che assume il ruolo personale del socio comporta che gli amministratori debbano necessariamente essere scelti tra i soci.

La scarsa disciplina dettata dall'art. 2463-bis c.c. null'altro dice in tema di governance: donde troveranno applicazione le disposizioni che regolano la s.r.l. tradizionale.

Peraltro molte delle opzioni previste dalla legge che consentono di semplificare la gestione della s.r.l. tradizionale (sia per quanto attiene ai procedimenti decisionali, sia per quanto attiene alle forme di amministrazione) non si applicano "di default", ma devono essere espressamente previste nell'atto costitutivo.

Ne consegue che se i soci vorranno adottare un sistema gestionale agile e snello, analogo a quello di cui disporrebbero se si costituissero in forma di società in nome collettivo, dovranno necessariamente integrare il modello di statuto standard predisposto con decreto del Ministro della Giustizia (di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze e con il ministro dello Sviluppo economico) con le clausole necessarie per conseguire tale obiettivo.

Con le apposite integrazioni statutarie i soci potranno quindi avvalersi dei procedimenti decisionali semplificati introdotti dagli artt. 2475, comma 4, c.c., per le decisioni dell'organo amministrativo, e dall'art. 2479, comma 2, c.c., per le decisioni dei soci. A fianco del sistema deliberativo tradizionale (collegiale) previsto per le decisioni dell'organo assembleare e del consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo potrà pertanto prevedere che le decisioni siano assunte al di fuori di una riunione formalmente costituitasi, e avvengano mediante consultazione scritta o mediante modalità diverse ed informali (ad esempio, teleconferenze o scambio di email), delle quali deve essere redatto resoconto, o mediante "consenso espresso per iscritto".

L'art. 2475 c.c., sicuramente applicabile alla fattispecie, consente inoltre ai soci ampia libertà di scelta circa il sistema di amministrazione della società, ammettendo, accanto alle forme tradizionali (organo amministrativo uninominale, organo pluripersonale collegiale), le forme di amministrazione disgiuntiva oppure congiuntiva, regolate dalle disposizioni previste in tema di società di persone.

Anche per l'adozione di tali forme di amministrazione occorrerà tuttavia un'espressa previsione statutaria.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

## 3 Le opportunità offerte dal nuovo “tipo” di società

### 3.1 - s.n.c. e s.r.l.s. a confronto

Se si confronta la disciplina della società in nome collettivo con quella della nuova s.r.l. semplificata introdotta dall'art. 2463-bis c.c., si evince come - adottando i necessari accorgimenti in sede di redazione dello statuto - la s.r.l. semplificata possa essere strutturata come una società in nome collettivo in cui tutti i soci godono del beneficio della limitazione della responsabilità personale.

Dal punto di vista degli adempimenti formali richiesti, la differenza sostanziale tra la gestione di una s.r.l. semplificata e la gestione di una s.n.c. o di una s.a.s. risiede nell'obbligo di redazione e deposito del bilancio. Ma in realtà anche le società di persone di fatto già predispongono un bilancio semplificato, ad uso interno e per i soci, ai fini della determinazione degli utili che vengono attribuiti sulla base del rendiconto della gestione. Donde non pare che l'adempimento dell'onere di redazione e deposito del bilancio costituisca un onere ostativo all'impiego del nuovo strumento, se rapportato ai vantaggi che esso comporta.

Sotto il profilo della tutela dei diritti dei soci, analogamente a quanto avviene nella s.n.c. tutti i soci ricevono una tutela minima indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta. La s.r.l. tradizionale già contiene, infatti, nella sua disciplina minima ed inderogabile, una serie di disposizioni<sup>18</sup> - applicabili anche alla s.r.l. semplificata in virtù del richiamo operato dall'art. 2463-bis, comma 5, c.c. - volte a garantire a tutti i soci, indistintamente considerati, e cioè indipendentemente dalla loro rispettiva percentuale di partecipazione alla società ed al peso decisionale ad essi riservato dall'atto costitutivo, penetranti poteri di controllo sulla gestione e strumenti di reazione in sede giudiziale avverso eventuali abusi. Anzi, i poteri di controllo del socio di s.r.l. risultano addirittura ampliati rispetto a quelli del socio di società personale: infatti al socio di s.r.l. è addirittura consentito esercitare il diritto di consultazione dei documenti sociali con l'ausilio di un professionista; mentre un diffuso orientamento dottrinario e giurisprudenziale ritiene che tale facoltà sia preclusa al socio di una s.n.c., in considerazione della natura personale del rapporto sociale, incentrato sull'*affectio societatis*, che non consente l'intromissione di terzi estranei alla compagine sociale. La tutela dei soci è poi rafforzata dall'attribuzione a ciascun socio del potere di promuovere l'azione sociale di responsabilità e di chiedere con essa la revoca giudiziale

---

<sup>18</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'art. 2476, co. 2, c.c., c.c., che riconosce a tutti "i soci che non partecipano all'amministrazione" il diritto di ottenere notizie dagli amministratori in merito allo svolgimento degli affari sociali e di poter consultare, sia direttamente sia tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti concernenti l'amministrazione della società.

## STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

dell'amministratore in caso di gravi irregolarità (ai sensi dell'art. 2476, terzo comma, c.c.<sup>19</sup>).

L'ampio grado di autonomia che la disciplina della s.r.l. accorda ai soci in sede regolamentazione dei patti sociali consente inoltre di strutturare la s.r.l. semplificata in modo assai simile ad una società in nome collettivo, anche sotto il profilo della flessibilità e delle modalità organizzative e di gestione.

La disposizione dell'art. 2468, comma 2, c.c., consente, per esempio, di attribuire quote non proporzionali ai conferimenti: opportunità, questa, che potrà essere utilizzata per calibrare i poteri tra i singoli soci, attribuendo quote di maggioranza e minoranza secondo percentuali idonee a far sì che nelle decisioni riservate dallo statuto ai soci, questi ultimi possano influire con il "peso" che hanno deciso di riservarsi in base ai loro accordi interni, in modo svincolato e indipendente dall'apporto iniziale conferito.

Gli squilibri che l'attribuzione di quote non proporzionali ai conferimenti comporta (sotto il profilo dell'esercizio dei diritti patrimoniali o amministrativi derivanti dalla titolarità delle quote) potrebbero poi essere corretti o neutralizzati ricorrendo alla disposizione di cui all'art. 2469, comma 3, c.c., che ammette la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (consentendo così di differenziare le caratteristiche delle singole quote in rapporto al contributo all'attività sociale dei loro titolari, e di remunerare in modo adeguato, a secondo delle esigenze che si prospettano nei singoli casi, sia gli apporti di capitale che quelli d'opera). Si potrà così attribuire a ciascun socio il diritto di assumere la carica di amministratore, ovvero attribuire ad un solo socio il diritto di nominare l'organo amministrativo. Si potrà inoltre conferire ad alcuni soci particolari diritti economici (per esempio di partecipazioni agli utili), non proporzionali all'entità della quota di cui sono titolari.

Come illustrato nei paragrafi precedenti, la previsione in statuto dell'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie consente di costituire s.r.l. semplificate con soci di capitale e soci sostanzialmente d'opera (replicando uno schema spesso utilizzato nelle s.a.s., nelle quali il socio accomandatario d'opera risponde tuttavia illimitatamente per le obbligazioni sociali).

Per quanto attiene alla circolazione delle partecipazioni, alla s.r.l. semplificata troverà applicazione l'art. 2469 c.c., che consente di regolamentare in modo assai libero ed articolato la circolazione delle partecipazioni, anche escludendola completamente, sia per atto tra vivi che per causa di morte. Pertanto la s.r.l.s. potrà essere costituita in

---

<sup>19</sup> Nelle società di persone, ogni socio può chiedere in via giudiziale la revoca per giusta causa dell'amministratore, ai sensi dell'art. 2259, c.c.; inoltre, ai sensi dell'art. 2260 c.c., secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente ogni socio è legittimato ad esperire l'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore inadempiente che, violando i propri obblighi, abbia cagionato un danno alla società.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

forma chiusa (analogamente a quanto avviene nel caso di una s.n.c., in cui la modifica della compagine societaria costituisce una modifica del contratto sociale e, salvo diverse pattuizioni, richiede il consenso di tutti i soci). Ma, ove i soci lo ritengano opportuno, lo statuto della s.r.l.s. potrà anche prevedere la libera circolazione delle partecipazioni<sup>20</sup> ed aprirsi all'ingresso di nuovi soci (problema, questo, spesso insormontabile nelle società di persone, in cui l'assunzione della responsabilità personale illimitata per tutte le obbligazioni assunte dalla società costituisce un forte disincentivo all'ingresso in società di terzi).

Per quanto attiene all'amministrazione della società, l'ampia libertà organizzativa accordata dall'art. 2479 c.c. consentirà di distribuire le competenze gestorie tra organo amministrativo ed organo deliberativo<sup>21</sup>. I soci potranno poi avvalersi dei procedimenti decisionali semplificati introdotti dagli artt. 2475, comma 4, c.c., per le decisioni dell'organo amministrativo, e dall'art. 2479, comma 2, c.c., per le decisioni dei soci<sup>22</sup>, superando le rigidità ed i formalismi che in passato costituivano un ostacolo all'impiego della vecchia s.r.l. "ante riforma". E l'art. 2475 c.c. consentirà di prevedere, accanto alle forme di amministrazione tradizionali (organo amministrativo uninominale, organo pluripersonale collegiale), forme di amministrazione disgiuntiva oppure congiuntiva, regolate dalle disposizioni previste in tema di società di persone.

La disposizione prevista dall'art. 2473 c.c. consentirà inoltre di prevedere e regolamentare in modo ampio, secondo le esigenze dei soci, le cause di scioglimento del rapporto sociale sia con riferimento a singoli soci (a seguito di recesso o di esclusione), sia con riferimento all'intera società. La facoltà di introdurre cause di esclusione del socio (accordata dall'art. 2473-bis) consentirà inoltre di apprestare gli strumenti necessari per equilibrare i rapporti di forze, offrendo ai soci gli strumenti di tutela necessari per sanzionare gli eventuali abusi.

### 3.2 I vantaggi del nuovo modello organizzativo

A seguito dell'introduzione del nuovo art. 2463-bis, c.c., che istituisce la s.r.l. semplificata, il sistema italiano si arricchisce di quel modello organizzativo dell'attività

---

<sup>20</sup> Purché, ovviamente, a favore di soggetti aventi i requisiti di età richiesti dall'art. 2463-bis c.c..

<sup>21</sup> Con l'esclusione della redazione del progetto di bilancio, che l'art. 2475, comma 5, c.c., riserva all'organo amministrativo.

<sup>22</sup> A fianco del sistema deliberativo tradizionale (collegiale) previsto per le decisioni dell'organo assembleare e del consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo potrà prevedere che le decisioni siano assunte al di fuori di una riunione formalmente costituitasi, e avvengano mediante consultazione scritta o mediante modalità diverse ed informali (ad esempio, teleconferenze scambio di email), delle quali deve essere redatto resoconto, o mediante "consenso espresso per iscritto".

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

d'impresa, semplificato e flessibile, che da tempo ha già trovato ampia e collaudata diffusione all'estero e che consente ai piccoli imprenditori di operare (in forma individuale o collettiva) sotto la protezione dello schermo della personalità giuridica, segregando i beni personali destinati all'esercizio dell'attività d'impresa ed evitando di esporre il proprio patrimonio personale alla responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte nell'esercizio di tale attività.

Per l'imprenditore, scegliere di esercitare l'impresa in forma di s.r.l.s. (pluripersonale o uninominale) anziché in forma di impresa individuale o di società in nome collettivo, significa non solo poter gestire e contenere il rischio dell'attività economica, offrendo i soli beni segregati quale garanzia generica per le obbligazioni contratte e per le passività potenziali, escludendo la propria responsabilità personale sussidiaria, ma significa soprattutto evitare la conseguenza del fallimento in proprio: conseguenza che deriva al socio illimitatamente responsabile di società di persone dal fallimento della società (ai sensi dell'art. 147 L.F.).

Il vantaggio dell'adozione dello strumento della società di capitali appare poi ancor più significativo se si considera che, nelle società di persone, la responsabilità sussidiaria del socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni gravanti sulla società non è esclusa dal fatto che tali obbligazioni siano state assunte dagli altri soci a sua insaputa, o addirittura nonostante la sua opposizione. Ed è purtroppo tutt'altro che infrequente il caso di soci di società di persone che, pur non essendo stati mai coinvolti nella gestione od addirittura essendo privi della carica di amministratore, sono stati trascinati nel fallimento della società causato da altri soci amministratori incapaci o infedeli.

A ciò deve aggiungersi che il filtro della personalità giuridica e la separazione tra la sfera personale e quella della società consentono di gestire più facilmente le situazioni di dissidio, risolvendo il conflitto mediante l'uscita di alcuni soci o lo scioglimento della società. Mentre, come ben sanno i professionisti ed i consulenti d'impresa, che devono confrontarsi assai di frequente con i problemi legati alla patologia dei rapporti societari, le società di persone creano matrimoni pressoché indissolubili, in cui la conflittualità può determinare conseguenze devastanti sia sul piano personale, sia su quello patrimoniale.

Si consideri infatti che, nelle società di capitali, il dissidio insanabile tra i soci – quando causi l'impossibilità di funzionamento o la continuata inattività dell'assemblea, o comunque determini l'impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale, costituisce una causa di scioglimento della società (ex art. 2484, comma 1, nn. 2 e 3 c.c.). In caso di inattività degli amministratori nell'accertare e comunicare al Registro delle Imprese il verificarsi di una causa di scioglimento della società, tale accertamento è fatto dal Tribunale con decreto pronunciato all'esito di una veloce procedura di volontaria giurisdizione (ai sensi dell'art. 2485, comma 2, c.c.).

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Per contro, nelle società di persone il potere di intervento del Presidente del Tribunale in sede di giurisdizione volontaria è limitato alla nomina del liquidatore, nel caso in cui la causa di scioglimento sia indiscussa e i soci non si accordino sulla scelta del liquidatore. Quando, invece, esista contrasto tra i soci sulla sussistenza della causa stessa di scioglimento, il relativo accertamento deve avvenire necessariamente in sede contenziosa: e cioè all'esito di un giudizio che può durare anni<sup>23</sup>.

#### **4 Conclusioni: profili di incostituzionalità e considerazioni di politica legislativa**

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono sembra di poter concludere che la s.r.l. semplificata possa realmente costituire lo strumento idoneo per favorire la costituzione di nuove imprese ed accelerare quel processo di evoluzione della piccola impresa verso forme societarie più competitive che era stato avviato con l'emanazione del D. Lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario.

Affinché ciò avvenga occorre tuttavia che il legislatore, anziché restringere il cerchio dei possibili fruitori del nuovo strumento organizzativo, ne consenta un uso generalizzato, alternativo alla s.r.l. tradizionale.

Invero, non si comprende per quale motivo il diritto di adottare un modello organizzativo semplificato dell'attività d'impresa debba essere accordato solo ai "giovani", e non anche agli appartenenti ad altre fasce sociali altrettanto meritevoli di essere favorite ed incentivate (si pensi, ad esempio, all'imprenditoria femminile; ai cittadini extracomunitari che intendono avviare attività artigianali o commerciali; ai cassintegrati che non riescono a trovare ricollocazione come dipendenti nel mondo del lavoro; etc.). Donde la limitazione dell'ambito di utilizzabilità del nuovo modello organizzativo prevista dal comma 1 dell'art. 2463-bis parrebbe addirittura prestarsi a serie censure di incostituzionalità sotto il profilo della violazione degli artt. 3 e 41 Costituzione.

L'obiettivo che il legislatore si è prefissato, introducendo il nuovo "tipo" di società regolato dall'art. 2463-bis c.c., è quello di creare un equo temperamento tra l'esigenza di incentivare l'avvio di nuove imprese da parte dei giovani, fornendo loro uno strumento agile e poco costoso, e l'esigenza di tutelare i creditori e più in generale i terzi che entrano in rapporti con una società che può operare e contrarre debiti pur in assenza di capitale sociale, e ciononostante senza neppure offrire il patrimonio dei soci quale garanzia generica per l'adempimento delle obbligazioni sociali.

---

<sup>23</sup> Per una comparazione delle due diverse discipline si veda la rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali riportata in *Codice Commentato delle società*, a cura di G. BONFANTE, D. CORAPI, L. DE ANGELIS, V. NAPOLEONI, R. RORDORF, V. SALAFIA, Milano, 2011, in *commento agli artt. 2275 e 2487 c.c.*

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Orbene, non è chi non veda come, dal punto di vista logico ancor prima che giuridico, l'introduzione di un limite massimo di età come condizione per l'accesso a questo nuovo strumento organizzativo dell'attività d'impresa, sia una previsione del tutto inidonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore.

Infatti, l'età dei soci fondatori potrà costituire un parametro di valutazione idoneo per accordare ai "giovani" condizioni agevolate sul piano fiscale, contributivo, o dell'accesso ai finanziamenti pubblici, ma non certo per consentire loro l'utilizzo di uno strumento di esercizio dell'impresa che comporta maggiori rischi per i creditori ed i terzi, ed implica quindi l'accettazione di un aumento della soglia di tolleranza delle conseguenze potenzialmente pregiudizievoli che dall'esercizio dell'impresa in quella forma semplificata potrebbero ricadere sul contesto economico e sociale in cui essa opera.

Invero l'unico parametro ragionevole per delimitare le condizioni di utilizzo dalla forma semplificata della s.r.l. è il parametro dimensionale: poiché è la dimensione dell'impresa il dato che può comportare una variazione significativa del profilo di rischio che l'esercizio dell'attività comporta per i vari stakeholders, a tutela dei quali sono previste le garanzie in tema di capitale sociale (requisiti minimi iniziali, procedure di riduzione e ricostituzione obbligatoria, sanzioni per la loro inosservanza, etc.) e struttura organizzativa (sistemi di governance e natura dei controlli endosocietari ed extra societari).

Sarebbe quindi auspicabile che il legislatore si liberasse definitivamente dai condizionamenti di una tradizione giuridica ormai non più attuale ed intervenisse rapidamente, eliminando la barriera d'accesso costituita dall'età ed introducendo parametri dimensionali obiettivi, al raggiungimento dei quali la s.r.l. semplificata sia tenuta a trasformarsi in s.r.l. "tradizionale" ed a dare quindi applicazione alle disposizioni previste a tutela del capitale sociale (sotto pena del suo scioglimento *ex lege*, al verificarsi delle condizioni di cui agli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c.).

Spetterà invece ai professionisti e ai consulenti d'impresa fare la loro parte, promuovendo l'utilizzo di un "tipo" di società che, se è semplificato per quanto attiene alle modalità di costituzione, non lo è affatto per quel che riguarda la costruzione di un modello organizzativo idoneo a raggiungere quegli obiettivi di funzionalità ed agilità cui mirano i suoi potenziali utenti.

Come si è illustrato nei paragrafi che precedono, il legislatore ha infatti previsto una disciplina minima, che trova applicazione anche in assenza od in difformità da qualsiasi diversa disposizione statutaria; ed una disciplina per così dire integrativa, che si applica di *default*, in assenza di diversa regolamentazione statutaria. Permane peraltro un'ampia area di autonomia contrattuale che è rimessa alla libertà dei soci, e che questi ultimi possono sfruttare per dare attuazione ai loro *desiderata*, ritagliandosi la propria veste societaria come un abito su misura.

# STUDI E OPINIONI

SRL SEMPLIFICATA

Il buon funzionamento dell'impresa collettiva – indipendentemente dalle sue dimensioni - dipende in larga parte dalla capacità dei soci di sfruttare questo margine di autonomia per regolamentare i loro rapporti di forza in modo equo ed equilibrato.

Peraltro, la varietà delle opzioni offerte è talmente ampia che questo potere di autonomia non può essere esercitato dai soci in modo efficiente e consapevole senza adeguata assistenza da parte del consulente: e ciò anche nel caso in cui si tratti di imprese piccole o piccolissime.

La sfida dei professionisti sarà dunque quella di riuscire a fornire – a prezzi coerenti con l'obiettivo di contenimento dei costi cui si ispira la nuova normativa - l'attività di assistenza e di formazione necessaria per consentire ai potenziali utenti di usufruire dei vantaggi e delle opportunità del nuovo modello organizzativo, suggerendo, concependo e realizzando i meccanismi necessari per garantire che il modello proposto sia coerente con gli obiettivi che i soci si propongono.

# COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

## APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 C.C. AI FINANZIAMENTI EFFETTUATI DAI SOCI DI S.P.A. "CHIUSE"

(Trib. Venezia, Sezione Fallimentare, decreto 10 febbraio 2011)

*Con la pronuncia in esame il Tribunale di Venezia ha affermato che la disciplina della postergazione del credito e della restituzione del rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci, di cui all'art. 2467 c.c., può trovare applicazione anche nelle società per azioni "chiuse", allorquando l'azionista finanziatore sia titolare di una posizione influente nella società, tale da poterne condizionare la politica gestionale.*

di **MARIO DONADIO**

### **1. Il decreto del Tribunale di Venezia del 10 febbraio 2011.**

Con il decreto del 10 febbraio 2011 il Tribunale di Venezia ha affermato che la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. può trovare applicazione anche nelle società per azioni "chiuse", allorquando l'azionista finanziatore sia titolare di una posizione influente nella società, tale da poterne condizionare la politica gestionale<sup>1</sup>.

Nel caso in esame, una società, la T. s.r.l., aveva promosso opposizione avverso il decreto con il quale il Giudice Delegato aveva ammesso al passivo della A.E. s.p.a. in Amministrazione Straordinaria il credito dalla stessa vantato a titolo di finanziamento soci, prevedendone però la postergazione rispetto all'integrale soddisfazione degli altri creditori ai sensi del combinato disposto degli artt. 2497 *quinquies* c.c. e 2467 c.c..

La ricorrente lamentava, infatti, che tale decisione era stata presa in difetto dei presupposti di legge, non essendo stato in prima istanza dimostrato né che essa avesse potuto realmente esercitare l'attività di direzione e coordinamento nei confronti della società beneficiaria, né che i finanziamenti fossero stati effettuati in una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto.

Il Collegio giudicante, chiamato a pronunciarsi sulla questione, ha, dapprima, escluso che nella fattispecie in oggetto potesse realmente trovare applicazione l'art. 2497 *quinquies* c.c., dovendosi constatare l'assenza di elementi idonei a suffragare

---

<sup>1</sup> Il testo integrale del decreto qui commentato è reperibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e in *Fallimento*, 2011, p. 135, con nota di ABRIANI, *Finanziamenti anomali e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467 c.c.*

# COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

l'assunto che la ricorrente, priva del controllo di "diritto" sulla A.E. s.p.a., avesse potuto in concreto esercitare su di questa un'influenza dominante.

Al riguardo si è, al contrario, rilevato che *"la circostanza che a sua volta la ricorrente fosse controllata dalla S. s.p.a., che deteneva una partecipazione nell'A.E. del 42,73 %, consente di affermare che fosse proprio la S. s.p.a. (...) e non la T. s.r.l. (...) ad esercitare un'attività di direzione e coordinamento nei confronti della A.E. s.p.a."*

Il Tribunale di Venezia, individuando un obbiettivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al capitale sociale, ha però ritenuto possibile estendere la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. anche ad una società per azioni "chiusa" e, per l'effetto, ha confermato la postergazione del credito disposta dal Giudice Delegato, per le seguenti motivazioni.

In primo luogo, si è osservato che tale norma è stata introdotta a tutela dei terzi creditori *"al fine di porre rimedio a situazioni che possono in concreto presentarsi in tutte le società di capitali, ovvero che il prestito del socio a favore della società in precario equilibrio finanziario abbia una finalità sostitutiva del capitale di rischio"*.

*"Il motivo per cui la postergazione è stata disciplinata espressamente solo nella società a responsabilità limitata è perché in tale modello è più frequente il pericolo di sottocapitalizzazione nominale"*.

*"Tuttavia anche nelle s.p.a. si possono verificare situazioni in cui la società presenti una base azionaria ristretta con i soci partecipi dell'attività economica e coinvolti nella gestione, assimilabili come tali ai soci della s.r.l."*

Sulla base di tali premesse si è dunque ritenuto che *"la circostanza che l'art. 2467 c.c. sia inserito tra le norme che disciplinano il funzionamento della società a responsabilità limitata non esclude di per sé la sua applicabilità alle società per azioni, costituendo la postergazione un principio generale di corretto finanziamento dell'impresa che deve operare anche nelle s.p.a. allorché, per le peculiari caratteristiche del fatto concreto, il socio finanziatore non sia un mero investitore ma sia titolare di una posizione, pur non necessariamente dominante, ma comunque assai influente all'interno della società partecipata, tale da condizionarne la politica gestionale"*.

Poiché, nel caso di specie, la società ricorrente deteneva ben il quarantuno per cento del capitale della società beneficiaria, il Tribunale ha dunque concluso che la stessa *"in considerazione della sua elevatissima partecipazione azionaria detenuta non era un mero investitore, ma un socio partecipe della gestione della A.E. che, come tale, per un corretto finanziamento dell'impresa, era tenuto al conferimento di capitale di rischio e non a semplici finanziamenti assoggettati allo stesso regime dei crediti vantati dai terzi creditori"*.

# COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITA' DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

## 2. L'ambito applicativo dell'art. 2467 c.c.: il panorama giurisprudenziale e dottrinale di riferimento

1. Come è noto, l'art. 2467 c.c., sancisce la postergazione, rispetto alla soddisfazione di tutti gli altri creditori, dei crediti vantati dai soci in forza dei finanziamenti effettuati a favore della società in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata, risulti un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o, in ogni caso, appaia più ragionevole operare un conferimento; se il rimborso è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, le relative somme devono essere restituite alla curatela fallimentare.

Tale norma, introdotta dalla riforma del diritto societario del 2003 sulla scorta degli esempi forniti da numerosi ordinamenti continentali<sup>2</sup>, intende porre rimedio al fenomeno, assai diffuso, della sottocapitalizzazione nominale delle società, che si verifica ogni qual volta i soci sopperiscano all'inadeguatezza patrimoniale dell'impresa in crisi operando finanziamenti, piuttosto che provvedere a doverosi conferimenti, a chiaro detrimento degli interessi dei creditori<sup>3</sup>.

Essendo inserita all'interno della specifica disciplina delle società responsabilità limitata, la disposizione in esame potrebbe sembrar riguardare unicamente tale tipo societario; tuttavia, sin dall'entrata in vigore della riforma, gli interpreti si sono domandati se, e in quale misura, essa possa in realtà essere suscettibile di interpretazione analogica, ben potendo ricorrere la sottocapitalizzazione in ogni società di capitali.

Come osservato, proprio questo interessante tema è al centro del decreto del Tribunale di Venezia, nel quale si è affermato che è possibile estendere la disciplina di cui all'art. 2467 alle società per azioni "chiuse", a condizione che il socio finanziatore

---

<sup>2</sup> Per una completa analisi delle soluzioni adottate dai principali ordinamenti continentali in materia al momento dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario si veda PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. di credito*, 2003, p. 663 ss..

<sup>3</sup> Al riguardo si veda Trib. Udine, 21 febbraio 2009, in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it), ove si afferma che "La disposizione, come quella dell'art. 2497 quinquies c.c., mira a contrastare la c.d. sottocapitalizzazione nominale delle società a responsabilità limitata, ossia quella pratica diffusa, tipica nelle strutture caratterizzate da ristrette compagini sociali (c.d. Società chiuse), di "sostituire" i (doverosi in determinate situazioni di crisi) versamenti dei soci in conto capitale con versamenti a titolo di finanziamento (cioè extra capitale), che presentano per per i soci l'evidente vantaggio di "scaricare" di fatto il "rischio di impresa" sui creditori esterni alla società"; al riguardo, in dottrina si veda, per tutti, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 439 ss..

# COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITA' DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

non sia un mero investitore, ma partecipe dell'attività di impresa, pur attraverso lo schermo societario.

Questo orientamento, pur essendo stato recentemente seguito da numerose sentenze di merito, non gode però di un unanime consenso, ponendosi, invero, all'interno di un panorama dottrinale e giurisprudenziale assai variegato, di cui pare opportuno dare brevemente contezza.

2. Secondo una prima tesi, sostenuta anche da autorevole dottrina, la norma in esame sarebbe espressione di un generale principio di "corretto finanziamento dell'impresa in crisi" e, in quanto tale, dovrebbe trovare applicazione in tutte le società di capitali<sup>4</sup>, senza la necessità di operare alcuna distinzione tra s.p.a. "aperte" o "chiuse" o di valutare il peso della partecipazione in esse assunto dal socio finanziatore<sup>5</sup>.

L'art. 2467 c.c. costituirebbe, infatti, la codificazione di una regola imperativa, parte integrante della disciplina della responsabilità limitata, che impone ai soci di dotare la società di un capitale idoneo al perseguimento dell'oggetto sociale, in modo tale che il rischio di impresa non possa, in tutto o in parte, essere traslato di fatto sui creditori, che in caso di insolvenza rischiano altrimenti di concorrere nel riparto con i soci finanziatori<sup>6</sup>.

Già prima della riforma, d'altronde, si era autorevolmente affermato che, anche in assenza di specifiche disposizioni di legge, la postergazione del rimborso dei prestiti effettuati dai soci in un periodo di squilibrio della situazione patrimoniale avrebbe potuto trovare un fondamento giuridico negli istituti della simulazione, dell'abuso del diritto o dei contratti in frode alla legge (proprio con riferimento, in particolare, alle norme che, nelle società di capitali, limitano la responsabilità al patrimonio sociale)<sup>7</sup>;

---

<sup>4</sup> Con riferimento alle società di persone, stante la responsabilità illimitata dei soci, si potrebbe ritenere operante la regola della postergazione con riguardo ai finanziamenti effettuati dai soci accomandanti di s.a.s.

<sup>5</sup> Per tutti v. PORTALE, *I « finanziamenti » dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 670; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di Diritto Commerciale diretto da Gastone Cottino*, V, 2007, p. 119; IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, p. 1797; MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, p. 182; SALAFIA, *Finanziamenti dei soci alle s.r.l.*, in *Fallimento*, 2011, p. 638.

<sup>6</sup> Si veda in questo senso PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 2004, I, 2, p. 63, il quale reputa che la norma in esame sia posta a completamento della disciplina del capitale minimo; in questo senso cfr. anche CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 110 ss..

<sup>7</sup> Per una completa disamina delle diverse soluzioni proposte dalla dottrina prima della riforma del diritto societario, v. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per*

# COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

risulta di tutta evidenza che, in una tale prospettiva, l'argomento contrario della collocazione dell'art. 2467 c.c. nel titolo VII del libro V del Codice civile pare perdere ogni rilevanza, divenendo agevolmente superabile.

Non di rado è stato osservato, inoltre, che a favore dell'interpretazione estensiva della norma deporrebbe anche il contenuto dell'art. 2497 *quinquies* c.c., che, come è noto, sancisce l'estensione della regola della postergazione al di là del perimetro della società a responsabilità limitata per i finanziamenti infra-gruppo<sup>8</sup>; l'espressa previsione di una simile disposizione nell'ambito della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento potrebbe, però, anche convincere del contrario<sup>9</sup>.

Non è oggi irrilevante sottolineare che l'asserito principio di corretto finanziamento dell'impresa troverebbe un'importante ed espressa deroga nell'art. 182 *quater*, comma terzo, l.f., che, al fine di agevolare il ricorso alle soluzioni concordate della crisi, dispone la prededucibilità dei crediti derivanti dai finanziamenti dei soci in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.

A ben vedere, si potrebbe, però, ritenere che il contenuto di tale disposizione implicitamente deponga a favore della tesi della trasparenza della disciplina di cui art. 2467 c.c.: essa, infatti, sembra letteralmente affermare che la prededucibilità dei finanziamenti operi in ogni caso e per tutti i "soci" (non solo, dunque, per i quotisti) "*in deroga agli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile*"<sup>10</sup>.

---

*azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 2004, I, 3, p. 787. Occorre osservare che tali orientamenti non trovavano però accoglimento nella giurisprudenza, che operava piuttosto la riqualificazione dei versamenti in conferimenti, in base ad un'indagine della reale volontà delle parti.

<sup>8</sup> V., *ex multis*, Trib. Udine, 21 febbraio 2009, *cit.*, e, in dottrina, SALAFIA, *Finanziamenti dei soci alle s.r.l.*, *cit.*, p. 638.

<sup>9</sup> Ritenendosi che l'art. 2467 c.c. sia espressione di un principio generale, il disposto dell'art. 2497 *quinquies* c.c. potrebbe, infatti, apparire superfluo; a ben vedere, tale ultima norma ha però una sicura rilevanza autonoma, sancendo l'applicazione della regola della postergazione nei gruppi a prescindere dalla partecipazione del soggetto finanziatore al capitale della società beneficiata.

<sup>10</sup> Non reputandosi sussistente un generale principio di corretto finanziamento dell'impresa in crisi, sarebbe stato, infatti, forse più corretto così formulare il terzo comma dell'art. 182 *quater* l. fall.: "Anche *in deroga agli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile*, il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare". Inoltre, si può osservare che può apparire privo di ragione concludere che, in parità di circostanze, la quota del finanziamento soci non prededucibile abbia una diversa sorte a seconda che si tratti di una s.r.l. (risultando in tal caso postergata per effetto dell'art. 2467 c.c.) o, invece, di una s.p.a. (concorrendo in tale seconda ipotesi con gli altri creditori al chirografo)

## COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

3. In senso diametralmente opposto alla tesi testé riportata, altra parte della dottrina conclude per una completa esclusione della possibilità di applicare la disciplina in esame al di fuori del perimetro della società a responsabilità limitata<sup>11</sup>.

A sostegno di tale orientamento si sottolinea che la mancata estensione dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni non può dipendere certamente da una semplice "svista" nella redazione delle norme, ma sarebbe frutto di una precisa politica legislativa, in base alla quale si è voluto introdurre la regola della postergazione per le sole s.r.l., ove il fenomeno della sottocapitalizzazione è fisiologico, in quanto il capitale sociale, dall'esiguo valore minimo, può essere costituito da ogni elemento suscettibile di valutazione economica e può essere volontariamente ridotto senza il necessario presupposto dell'esuberanza<sup>12</sup>.

Inoltre, si afferma che la scelta legislativa troverebbe altresì spiegazione nella "struttura personalistica" delle società a responsabilità limitata, nelle quali tutti i soci sono dotati di pregnanti poteri di gestione e controllo, che permettono loro di essere sempre potenzialmente edotti della situazione finanziario-patrimoniale della società beneficiaria e, dunque, di valutare se sia più opportuno operare in favore di essa un conferimento piuttosto che un finanziamento.

Non è irrilevante rimarcare che tale tesi restrittiva è stata per altro accolta da quella che risulta essere, ad oggi, l'unica sentenza di legittimità ad aver affrontato, seppur in via incidentale, la questione: la Suprema Corte, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti per la postergazione, ha escluso di poter applicare l'art. 2467 c.c. in quanto la società beneficiaria del prestito soci non era né una s.r.l., né faceva parte di un gruppo<sup>13</sup>.

4. Il decreto del Tribunale di Venezia, nel ritenere applicabile la disciplina in esame alle sole società per azioni "chiuse", e limitatamente ai finanziamenti effettuati dai soci partecipi dell'attività di impresa, si pone, invece nell'ambito di una terza corrente di pensiero, che si potrebbe definire "mediana" tra le due tesi sopraesposte, da ultimo divenuta predominante nella giurisprudenza di merito<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Senza pretesa di esaustività, si vedano, in questo senso, COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011, p. 267; RIVOLTA, *La società per azioni e l'esercizio di piccole e medie imprese*, in *Riv. Soc.*, 2009, p. 629 ss. e VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 896 ss.

<sup>12</sup> P. VELLA, *Il nuovo statuto concordatario dei soci finanziatori: classi, trattamento e voto*, in *Fallimento*, 2011, p. 1378.

<sup>13</sup> V. Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, in *Società*, 2009, p. 453, con nota di LEONE.

<sup>14</sup> In questo senso, seppur con diverse sfumature, si sono pronunciati Trib. Milano, 24 aprile 2007, in *Giur. It.*, 2007, p. 2500, con nota di CAGNASSO; Trib. Pistoia, 8 settembre 2008, in

## COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITA' DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

Alla base di questa ricostruzione concettuale sta nuovamente il presupposto che, pur potendo la sottocapitalizzazione nominale effettivamente verificarsi in ogni società di capitali, non sarebbe lecita un'applicazione generalizzata dell'art. 2467 c.c., dal momento che la norma in questione trova giustificazione non solo nelle esigenze di tutela del ceto creditorio, ma anche nella particolare struttura personalistica assunta dalla s.r.l. a seguito della riforma.

Ciò premesso, e così distinguendosi dall'orientamento assunto dalla dottrina più restrittiva, si ritiene che la regola della postergazione possa essere estesa unicamente ai finanziamenti effettuati da quegli azionisti che, per diritti e poteri detenuti, siano in una posizione in un certo qual modo analoga a quella assunta dai quotisti all'interno della struttura della società a responsabilità limitata.

Secondo la pronuncia in commento, tale condizione si potrebbe riscontrare nei soci di s.p.a. "chiuse" che, rivestendo un ruolo assai influente all'interno della società partecipata, seppur non necessariamente dominante, in virtù del loro potenziale coinvolgimento nella gestione non possano essere considerati "*meri investitori, ma partecipi dell'attività di impresa, sia pur attraverso lo schermo societario*".

Il Collegio giudicante, con un argomento di carattere sistematico ha, inoltre, aggiunto che questa conclusione troverebbe conferma "*nel disposto dell'art. 2411 cod. civ., secondo cui il diritto degli obbligazionisti alla restituzione del capitale ed degli interessi può essere in tutto o in parte subordinato alla soddisfazione dei diritti di altri creditori della società (...)*", rilevandosi che "*se il principio della postergazione può essere introdotto per gli obbligazionisti delle s.p.a., deve, a maggior ragione, valere per i soci che non si limitino ad un investimento finanziario ma siano coinvolti attivamente, pur non in posizione dominante nella gestione della società*". A giudizio di chi scrive l'affermazione non sembra però cogliere nel segno, non vedendosi come dalla postergazione volontaria possano desumersi argomenti a favore dell'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c., disposizione che opera di diritto al verificarsi di precisi presupposti fissati dalla legge.

---

*Banca, borsa, tit. di credito*, 2009, I, p. 191 ss., con nota adesiva di BALP e in *Fallimento*, 2009, p. 789 ss., con nota di PANZANI; Trib. Udine, 3 marzo 2009, *cit.*; in dottrina, cfr., tra gli altri, PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fallimento*, 2009, p. 802; TOMBARI, « *Apporti spontanei* » e « *prestiti* » dei soci nelle società di capitali, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, p. 563; ABRIANI, *Finanziamenti anomali e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467 c.c.*, in *Fallimento*, 2011, p. 1358; LOLLI, *Commento all'art. 2467*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, 2005, p. 1809; SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2007, p. 69 ss.; TOMASI, *Commento sub art. 2467*, in *Commentario Breve al Diritto delle Società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2011, p. 1182.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 12/2012

# COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITÀ DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

Come ben è stato rilevato, nella prospettiva in esame si passa, sul piano processuale, dal regime della presunzione assoluta implicita previsto per le società a responsabilità limitata, all'onere per colui che sostiene la "postergazione" di fornire la prova in concreto della sussistenza dei presupposti necessari per l'applicazione analogica della norma alle s.p.a.; delicato compito per l'interprete sarà dunque quello di individuare, in assenza di indicazioni normative, i casi in cui l'azionista possa essere ritenuto direttamente partecipe dell'attività economica<sup>15</sup>.

Si suggerisce che a tal scopo sarà opportuno considerare, oltre alla quota di partecipazione posseduta, il grado di diffusione dell'azionariato, l'eventuale partecipazione a patti di sindacato e l'assunzione da parte del socio degli uffici di amministratore o di liquidatore della società beneficiaria<sup>16</sup>.

Tale indagine dovrà, in ogni caso, essere effettuata con cura ed emergere dalla motivazione del provvedimento che disponga la postergazione: occorre rilevare, infatti, che sebbene nel decreto in commento si includa un socio titolare del cinque per cento del capitale nel novero dei soggetti sicuramente in grado di partecipare all'attività sociale, non è affatto certo che, in assenza di altri elementi, una simile quota di partecipazione possa garantire, nel contesto di una società per azioni, una qualche incidenza sulla gestione sociale.

5. La tesi accolta dal Tribunale di Venezia, al di là del presentare dunque alcuni problemi applicativi, può essere oggetto di possibili critiche.

Come osservato, essa lega, infatti, la possibilità di applicare analogicamente la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. ai casi in cui la partecipazione azionaria abbia una "natura imprenditoriale". Tale norma dispone, però, la postergazione dei crediti derivanti dai finanziamenti effettuati da tutti i soci di società a responsabilità limitata, a prescindere dalla quota di capitale da essi posseduta e, pertanto, dalla loro possibile partecipazione alla gestione dell'impresa<sup>17</sup>: il legislatore della riforma del 2003, infatti, non ha previsto la disapplicazione della disciplina in esame a favore dei soci ininfluenti rispetto alla gestione, a differenza di quanto stabilito in altri ordinamenti continentali, come, ad esempio, quello tedesco, ove il § 39, Abs. 5, InsO, accorda "il privilegio della

---

<sup>15</sup> Così, *ex multis*, Trib. Udine, 21 febbraio 2009, *cit.*, e ABRIANI, *Finanziamenti anomali e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467 c.c.*, *cit.*, p. 1359.

<sup>16</sup> V. in questo senso BALP, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, *cit.*, p. 193 ss.

<sup>17</sup> Al riguardo, si veda la recente pronuncia del Tribunale di Padova del 16 maggio 2011, in *Fallimento*, 2012, p. 219, con nota di CALDERAZZI, ove si è affermato che ai fini dell'art. 2467 c.c. non rilevano né l'entità della partecipazione finanziaria detenuta, né l'effettiva possibilità per il socio di partecipare alla gestione societaria.

## COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITA' DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

*piccola partecipazione*" ai soci, non amministratori, titolari di una quota inferiore al dieci per cento del capitale<sup>18</sup>.

In accordo a quanto recentemente affermato da parte della dottrina, sembrerebbe dunque più corretto ritenere che la disposizione in commento trovi spiegazione nei poteri di informativa e controllo loro attribuiti dall'art. 2476 c.c., che consentono ad ogni singolo socio di conoscere, almeno potenzialmente, lo stato finanziario della società finanziata, e dunque di valutare consapevolmente il rischio della postergazione<sup>19</sup>.

Tale affermazione, occorre sottolineare, sembra poi trovare un'importante conferma a livello sistematico nel disposto dell'art. 2497 *quinquies* c.c., norma che, estendendo espressamente la disciplina in commento agli enti che esercitino l'attività di direzione o coordinamento sulla società finanziata, dimostrerebbe che la regola della postergazione non è fondata tanto sul presupposto del controllo o della gestione, quanto sulla possibilità di essere informati, di fatto o di diritto, sulla situazione patrimoniale della beneficiaria al momento del finanziamento.

Ciò posto, l'assimilabilità di posizione tra soci di responsabilità limitata e di società per azioni, necessaria a giustificare un'interpretazione estensiva della disciplina in commento, sembrerebbe sussistere unicamente nei casi in cui l'azionista sia in grado di fruire, di fatto o di diritto (in quanto, ad esempio, amministratore o sindaco), di una completa ed esaustiva informativa sulla situazione economica della società beneficiaria.

In tale prospettiva, l'ambito di applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. appare dunque più limitato rispetto a quello delineato nella pronuncia in commento, dal momento che l'azionista non dispone, di norma, di poteri di controllo pari a quelli attribuiti al socio di società limitata, anche qualora questi sia titolare di una partecipazione qualificata.

---

<sup>18</sup> Così BALP, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, cit., p. 193 ss., la quale però non ritiene però detta osservazione ostativa all'accoglimento della tesi in esame. La scelta del legislatore italiano di non prevedere un'esenzione dalla postergazione dei finanziamenti operati dai soci che non possono influire sulla gestione è stata oggetto di critiche da parte di PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca borsa tit. credito*, 2007, p. 373.

<sup>19</sup> Si vedano in questo ultimo senso BIONE, *Note sparse in tema di finanziamento dei soci e apporti di patrimonio*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo, M. Cera e S. Patriarca, Torino, 2011, p. 28; M. CAMPOBASSO, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *S.r.l., Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, p. 239; POSTIGLIONE, *Brevi note sulla sorte dei finanziamenti dei soci di s.p.a.*, in *Società*, 2009, p. 1552.

## COMMENTI A SENTENZE

APPLICABILITA' DELL'ART. 2467 C.C. ALLE S.P.A. "CHIUSE"

6. La ricostruzione da ultimo presentata, sebbene appaia a chi scrive sistematicamente più corretta rispetto a quella operata dal Tribunale di Venezia - incentrata, invece, sulla distinzione tra "soci finanziatori" e "soci imprenditori" di società per azioni "chiusa" - finisce col porre, però, evidenti limiti all'applicazione analogica della disciplina dell'art. 2467 c.c., ad inevitabile svantaggio degli interessi dei creditori sociali.

Pare opportuno, pertanto, riportare, in conclusione, il pensiero espresso da un autorevole Studioso, il quale si domanda se, una volta optato per un'interpretazione estensiva della norma, riconoscendosi in essa l'espressione di un principio di corretto finanziamento dell'impresa in crisi, sia infine davvero corretto far dipendere la tutela stessa unicamente dall'individuazione di una sicura capacità degli azionisti di informazione e partecipazione alla vita societaria, anche alla luce del fatto che, in ogni caso, " *anche nell'ambito delle società per azioni i soci possono richiedere in assemblea ogni informazione strumentale ad un consapevole esercizio del diritto di voto e quindi possono essere edotti sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società in un certo momento e valutare consapevolmente se questa presenti i connotati dell'eccessivo squilibrio o della ragionevole opportunità di un conferimento*"<sup>20</sup>.

7. Una nota conclusiva. A ben vedere, nel caso di specie, il risultato della postergazione del credito vantato dalla T. s.r.l. doveva essere raggiunto in base alla disciplina prevista per i gruppi di società all'art. 2497 *quinquies* c.c. e, dunque, senza necessità di ricorrere ad un'interpretazione analogica della disciplina prevista per le società a responsabilità limitata.

Tale norma, come si è avuto già modo di osservare, prevede, infatti, che la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. vada applicata anche ai finanziamenti effettuati dai "soggetti sottoposti all'ente esercitante l'attività di direzione e coordinamento nei confronti della società beneficiaria"<sup>21</sup>.

Avendo il Tribunale rilevato che tanto la società ricorrente quanto la società beneficiaria erano soggette all'attività di direzione e coordinamento da parte di una terza società capogruppo, ne conseguiva automaticamente la postergazione del rimborso, in virtù del combinato disposto degli art 2497 *quinquies* e 2467 c.c.<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 120.

<sup>21</sup> La disposizione in esame trova, probabilmente, fondamento nell'imputabilità alla società capogruppo dei finanziamenti operati tra società "consorelle".

<sup>22</sup> ABRIANI, *Finanziamenti anomali e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467 c.c.*, cit., p. 1363.

# CONCORDATO PREVENTIVO: QUANDO IL DECRETO DI OMOLOGAZIONE SENZA OPPOSIZIONI PUÒ CONSIDERARSI INOPPUGNABILE?

*Il decreto di omologa del concordato preventivo senza opposizioni, per legge non è soggetto a gravame, è stato ritenuto dalla Suprema Corte impugnabile tramite ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Costituzione. A seguito di tale orientamento viene esaminata la questione di quando il provvedimento di omologa possa considerarsi definitivo (e costituire cosa giudicata) partendo da un caso concreto in cui l'inoppugnabilità del decreto costituiva condizione per il trasferimento di partecipazioni societarie.*

di **FRANCESCA DE LORENZO FOSCOLO**

### **1. Il caso**

L'interrogativo che dà il titolo al presente scritto nasce da un peculiare caso che qui di seguito si illustrerà brevemente.

Una società ammessa alla procedura di concordato preventivo di tipo *liquidatorio* sottoscriveva un contratto di cessione delle partecipazioni di una propria controllata, trasferimento subordinato all'avveramento di una serie di condizioni sospensive tra cui quella riguardante la *definitività* e *inoppugnabilità* del decreto di omologa del concordato preventivo di detta società alienante.

Approvato il concordato dalla quasi totalità dei creditori il Tribunale, a seguito del giudizio di omologazione a cui avevano preso parte solo la debitrice e il commissario giudiziale, emetteva il decreto di omologa senza opposizioni ex art. 180, comma 3° L.F.; la società alienante, quindi, a mezzo del liquidatore giudiziale nominato con il decreto di omologa, comunicava all'acquirente delle partecipazioni di voler procedere al *closing*, essendosi realizzata l'ultima delle condizioni sospensive.

La controparte, tuttavia, eccepiva che la condizione fosse ancora pendente poiché per aversi l'inoppugnabilità del decreto (e dunque procedere al trasferimento delle partecipazioni e al pagamento del prezzo) sarebbero dovuti trascorrere i termini per l'eventuale ricorso straordinario in cassazione, ossia il termine breve di 60 gg. in caso di notifica, ovvero, in mancanza, il termine lungo di sei mesi, a fronte del novellato art. 327 c.p.c., applicabile alla fattispecie.

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

A sostegno di tale tesi venivano richiamate le recenti decisioni della Suprema Corte 15 luglio 2011 n. 15699 e 4 novembre 2011 n. 22932 in tema di concordato preventivo le quali hanno, rispettivamente, stabilito che:

*“In tema di concordato preventivo, l'art. 183 legge fall., quale risulta a seguito delle modifiche di cui al d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, stabilisce che avverso il decreto del tribunale che si pronuncia sull'omologazione va proposto reclamo alla corte d'appello, mentre l'art. 180, comma 3, legge fall. prevede che tale decreto non sia soggetto a reclamo, in mancanza di opposizione dei creditori. Dal combinato disposto di tali norme consegue che il reclamo alla corte d'appello può effettuarsi allorché l'omologazione venga respinta ovvero qualora venga accolta, nonostante la presenza di opposizioni, mentre, laddove nessun creditore abbia proposto opposizione, è ammissibile ricorso immediato per cassazione ex art. 111 Cost., trattandosi di decreto dotato dei caratteri della decisorietà e della definitività, in quanto obbligatorio per i creditori, di cui determina una riduzione delle rispettive posizioni creditorie” (Mass. Giust. Civ. 2011, 7-8, 1078).*

*“Il procedimento di omologazione del concordato preventivo si svolge secondo il rito camerale di cui all'art. 737 c.p.c. e ss., e quindi il termine per il ricorso per cassazione è quello ordinario, di 60 giorni, che decorre dalla data della notificazione. Ai fini della decorrenza del termine breve ex art. 325 c.p.c. occorre che la notificazione sia eseguita ad istanza di parte, non essendo sufficiente che la notificazione sia stata effettuata a cura della cancelleria del giudice, nel qual caso il ricorso per cassazione resta soggetto al termine annuale di cui all'art. 327 c.p.c.” (massima redazionale di Diritto e Giustizia, novembre 2011).*

Prima di esaminare la specifica fattispecie, si ripercorrerà brevemente il dibattito apertosi intorno al decreto di omologazione senza opposizioni ed ai rimedi ritenuti esperibili avverso tale provvedimento.

### **2. Il decreto di omologazione senza opposizioni**

Ai sensi dell'art.180, comma 3°, L.F., *“se non sono proposte opposizioni il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto non soggetto a gravame”*.

La ratio dell'esclusione dell'impugnazione è stata individuata nel fatto che *“se nessun interessato ha inteso proporre opposizione alla proposta di concordato approvata dai creditori, in osservanza del principio di celerità del procedimento, la vicenda concordataria deve ritenersi conclusa definitivamente”*<sup>1</sup>. E ancora: *“poiché non*

---

<sup>1</sup> In tal senso GROSSI, *La riforma della Legge Fallimentare*, Milano, 2008, 1507.

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

*ci sono stati oppositori e il tribunale ha accolto la domanda, non ci sono parti soccombenti e quindi il gravame non avrebbe alcun senso*<sup>2</sup>.

Se è certamente vero che il decreto di omologazione reso in un procedimento privo di opposizioni non presenterebbe *in thesi* motivi di lagnanza, tuttavia, *in hypothesis* situazioni patologiche non possono escludersi; ed infatti in alcune procedure di concordato preventivo con cessione dei beni il provvedimento di omologa senza opposizioni è stato oggetto di impugnazione poiché il Tribunale in sede di omologazione disattendendo la proposta concordataria ne aveva modificato alcune previsioni<sup>3</sup>.

Anche nel procedimento definito con la sentenza 15 luglio 2011 n. 15699, la società debitrice ricorrente in Cassazione aveva censurato il decreto di omologazione emesso dal Tribunale di Firenze sensi dell'art. 180 comma 3°, L.F. perché in esso erano state previste delle modalità di liquidazione diverse rispetto a quelle indicate nella proposta concordataria (segnatamente, la ricorrente lamentava che il Tribunale (i) avesse nominato un liquidatore giudiziale diverso da quello previsto nel ricorso; (ii) non avesse previsto la possibilità per la società di effettuare alcuni atti di esecuzione; (iii) non avesse riconosciuto in capo alla società debitrice il potere di nomina dei professionisti).

In tali situazioni si è posta la questione se fosse ammissibile il reclamo alla Corte di Appello previsto dall'art. 183 L.F. avverso il decreto di omologa emesso con opposizioni; la dottrina, tuttavia, ha negato tale possibilità anche sulla base del chiaro dettato legislativo che non contempla alcun gravame avverso il decreto emesso senza opposizioni<sup>4</sup>.

È stato invece considerato esperibile il rimedio della revoca/modifica del decreto di omologazione ex art. 742 c.p.c., sia perché tale provvedimento viene emesso all'esito di un procedimento in camera di consiglio, sia in ragione della natura stessa del decreto *de quo*<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, in *Il Fallimento*, n. 5, 2010, 593 e ss.

<sup>3</sup> Ad esempio, Tribunale di Lodi, sentenza 1 marzo 2010; Tribunale di Firenze, decreto 13 ottobre 2009; Corte Appello di Firenze sentenza 6 ottobre 2009.

<sup>4</sup> In tal senso, ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 441; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 767; DE MARCHI, *Il concordato preventivo alla luce del decreto "correttivo"*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 516; così anche ora Cass. luglio 2011 n. 15699.

<sup>5</sup> Secondo Cass. 16 giugno 1983, n. 4130, in forza dell'art. 742 bis c.p.c. la disciplina del rito camerale viene estesa a tutti gli atti per i quali è prevista la decisione in camera di consiglio,

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

Avverso il decreto senza opposizioni si è altresì ipotizzata la possibilità di proporre una azione ordinaria volta a far dichiarare l'illegittimità del decreto di omologazione nella parte contenente disposizioni diverse da quelle della proposta approvata dai creditori. L'*actio nullitatis*, invero, è ritenuta esperibile ogni qual volta sia stato emanato un decreto che, pur essendo per disposizione di legge non impugnabile, sia da ritenere *abnorme* e, dunque, non suscettibile di acquisire l'autorità di giudicato<sup>6</sup>; l'abnormità in tali fattispecie consisterebbe nell'aver il giudice apportato modifiche alla proposta non avendone il potere.

È stato, infine, ritenuto ammissibile il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7°, della Costituzione<sup>7</sup>, ed in tal senso si è espressa la Suprema Corte con sentenza 15 luglio 2011 n. 15699 (prima massima sopra riportata). Il decreto di omologazione è stato, infatti, qualificato come un provvedimento a contenuto *decisorio* nei confronti del quale è sempre ammissibile il ricorso straordinario per cassazione.

La vicenda oggetto della sentenza del 4 novembre 2011 n. 22932 (seconda massima sopra citata), invece, non prendeva in considerazione il tema dell'impugnabilità o meno di un decreto di omologa senza opposizioni<sup>8</sup>, bensì la questione del termine per ricorrere in Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello resa in sede di reclamo ex art. 183 L.F. La Suprema Corte ha ritenuto inapplicabile per analogia la disciplina prevista per il concordato fallimentare (art. 131,

---

ancorché diano luogo a un provvedimento di natura decisoria e definitiva; secondo FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni*, cit., le disposizioni sulle modalità di liquidazione decretate dal tribunale apparterebbero all'ambito delle tutele *autorizzatorie-omologatorie* e, dunque, sarebbe in tal caso applicabile l'istituto della revoca/modifica ai sensi dell'art. 742 c.c. L'Autore richiama inoltre Cass. 21 marzo 1994, n. 2689 e 28 agosto 1995 n. 9030 secondo cui le decisioni contenute nella sentenza di omologazione aventi natura organizzativa, non avendo contenuto decisorio, potrebbero essere revocate o modificate.

<sup>6</sup> In tal senso FABIANI, *ibidem*.

<sup>7</sup> Sulla esperibilità del ricorso straordinario in Cassazione avverso il decreto di omologa si vedano BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 442; FILOCAMO, *Sub art. 180*, in *La legge fallimentare* (a cura di Ferro), Bologna, 2008, 378; MAFFEI - ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 1090; FAUCEGLIA - PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1752; PAJARDI - PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 880; PACCHI - D'ORAZIO - COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 1886.

<sup>8</sup> In tale fattispecie il tribunale aveva omologato un concordato ai sensi dell'art. 180 comma 5°, L.F. in presenza dell'opposizione da parte della creditrice Agenzia delle Entrate, la quale aveva poi proposto reclamo alla Corte di Appello. Atteso il rigetto dal reclamo da parte della corte territoriale la creditrice aveva adito la Suprema Corte.

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

comma 12°, L.F.) secondo la quale il decreto della corte territoriale è ricorribile entro 30 gg. dal compimento delle formalità di cui all'art. 17 L.F.; mentre ha stabilito che, avendo il decreto della Corte d'Appello natura di sentenza e determinando altresì un diverso assetto dei diritti di credito coinvolti nella procedura, avverso di esso è sempre proponibile il ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. nel termine di 60 gg. dalla notificazione del provvedimento eseguita ad istanza di parte ex artt. 325 e 326 c.p.c. ovvero, in assenza di notificazione, nel termine annuale ex art. 327 c.p.c.

### 3. La soluzione del caso in esame

Esaminata brevemente la questione dell'impugnabilità del decreto di omologa, occorre tornare al caso in esame ove l'acquirente, lo si ricorda, sosteneva che per aversi l'inoppugnabilità del decreto di omologa dovessero ancora trascorrere i termini per il ricorso straordinario in cassazione.

Ebbene, tale fattispecie presentava un aspetto rilevante per la soluzione della questione: e cioè che la società debitrice alienante le partecipazioni, a seguito dell'emanato decreto di omologa, aveva espressamente richiesto all'acquirente di dar corso al *closing* ed inoltre che al giudizio di omologazione avevano preso parte solo la ricorrente e il commissario giudiziale.

Il comportamento tenuto dalla società, dunque, era del tutto incompatibile con una volontà di impugnare il decreto di omologa (di cui solo essa stessa avrebbe potuto dolersi): era, quindi, qualificabile come *accettazione* del provvedimento.

L'art. 329 c.p.c., infatti, stabilisce che non sono proponibili le impugnazioni ammesse dalla legge quando vi sia stata *acquiescenza* che può essere: espresa, consistente in una esteriorizzazione mediante atto unilaterale, ovvero tacita, ravvisabile (secondo giurisprudenza pacifica) quando l'interessato abbia posto in essere atti dai quali sia possibile desumere in maniera precisa ed univoca il proposito di non contrastare gli effetti giuridici della pronuncia ovvero quando gli stessi siano assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi dell'impugnazione.

Pretendere di dover in ogni caso attendere il decorso dei termini per l'impugnazione potrebbe ritenersi una contestazione del tutto dilatoria (volta cioè a procrastinare il termine del pagamento del prezzo); la condizione sospensiva dell'inoppugnabilità del decreto di omologa potrebbe, quindi, considerarsi realizzata con l'obbligo delle parti a procedere al *closing*.

### 4. Un'ulteriore questione "aperta"

Potrebbero, tuttavia, presentarsi delle diverse situazioni in cui la debitrice non tenga un comportamento immediatamente volto a dar corso alle previsioni concordatarie e/o in cui vi siano diversi soggetti interessati alla stabilizzazione degli effetti del decreto

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

di omologa: ad esempio nel concordato con assuntore<sup>9</sup> o per cessione di azioni o quote, ovvero in presenza di soci illimitatamente responsabili o di società controllante nel caso in cui la società in concordato appartenga ad un gruppo.

Ed invero, quando il sorgere di obbligazioni, ovvero il trasferimento dei beni all'assuntore o l'assegnazione di azioni o quote ai creditori siano collegati alla *definitività* del decreto potrebbe essere rilevante conoscere il momento in cui decreto di omologazione senza opposizioni possa considerarsi inoppugnabile; ossia quando esso possa considerarsi cosa giudicata e fare stato ad ogni effetto, ai sensi dell'art. 2909 c.c., nei confronti del debitore, dell'eventuale assuntore, dei creditori nonché di tutti i terzi toccati indirettamente dal concordato. In ogni caso, tale momento è importante poiché ad esso la legge ricollega una serie di effetti, in particolare, per il debitore e per i creditori.

Per il debitore *“con la chiusura della procedura cessano gli effetti della presentazione del ricorso (art. 168 L.F.) e quindi l'imprenditore riprende la (piena) disponibilità del proprio patrimonio ed i creditori possono nuovamente esercitare i propri diritti (artt. 166- 169 L.F.) sia pure nel rispetto delle previsioni concordatarie”*<sup>10</sup>; mentre per i creditori aventi causa e titolo anteriori al decreto di apertura il programma concordato diviene obbligatorio.

Come è stato giustamente rilevato il decreto di omologazione è un provvedimento giurisdizionale di *accertamento costitutivo*<sup>11</sup> conformemente a quanto previsto dall'art. 2908, c.c.: esso, invero, determina una modificazione dei rapporti obbligatori coinvolti che a seguito dell'omologazione non si estinguono più nei termini originari (ossia tramite l'esatto adempimento dell'obbligazione, fatti salvi gli altri modi di estinzione), bensì mediante l'attuazione delle previsioni concordatarie. A seguito della definitività del decreto, dunque, nessun soggetto (ed in particolare i creditori) potrebbe mai in un successivo giudizio di cognizione dedurre l'illegittimità della procedura concordataria.

È stato affermato che *“nel caso di assenza di opposizioni, stante la natura non reclamabile del decreto di omologa, gli effetti costitutivi si produrranno con il deposito del provvedimento in cancelleria”*<sup>12</sup>. Ci si potrebbe tuttavia domandare se tale

---

<sup>9</sup> Secondo Trib. Verona 4 agosto 2006, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 193 *“in caso di concordato con assuntore il trasferimento dei beni si ha dal passaggio in giudicato della decisione sulla omologazione e dal successivo compimento delle obbligazioni concordatarie”*.

<sup>10</sup> LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, 238.

<sup>11</sup> Il tal senso NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Trattato delle Procedure concorsuali*, a cura di Chia, Piccininni, Severini, Milano, 2011, 545.

<sup>12</sup> LENOCI, *cit.*, 239.

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

posizione possa considerarsi superata a seguito dei recenti *arrêts* della Suprema Corte che hanno sancito sia la possibilità di ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. sia il termine per tale ricorso (determinato in 60 gg. decorrenti dalla data di notificazione), nonché se possa sussistere in capo al soggetto interessato alla stabilizzazione degli effetti del decreto un onere di notificazione del provvedimento ai fini della decorrenza del termine breve.

A tale ultimo riguardo, si ricorda la sopra citata sentenza n. 22932 del 2011 la quale, richiamando espressamente il principio enunciato da Cass. 4 dicembre 2003 n.18514<sup>13</sup>, ha stabilito che avverso i decreti pronunciati in camera di consiglio (qual è il decreto di omologa) il termine per il ricorso straordinario in cassazione ex art. 111 Cost. decorre dalla notificazione del provvedimento ad istanza di parte, non essendo sufficiente che la notificazione sia stata effettuata a cura della cancelleria del giudice, nel qual caso il ricorso per cassazione resta soggetto al termine di cui all'art. 327 c.p.c.

Alla luce di quanto sopra, e in riferimento alle domande poste in esordio e nel presente paragrafo, potrebbero trarsi le seguenti considerazioni: poiché il decreto di omologa emesso senza opposizioni è ricorribile per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. nei termini di cui agli artt. 325, 326 e 327 c.p.c., i suoi effetti costitutivi potrebbero considerarsi definitivi e inoppugnabili qualora siano decorsi i termini per il ricorso straordinario.

Pertanto, nel caso in cui al giudizio di omologazione abbiano preso parte oltre al debitore proponente e al commissario giudiziale anche altri soggetti tramite intervento *ad adiuvandum*<sup>14</sup>, quali l'assuntore o i creditori cessionari di quote o azioni ovvero i soci illimitatamente responsabili o la capogruppo, ciascuno di costoro potrebbe, da un lato, dolersi del provvedimento qualora incida su diritti soggettivi determinando un

---

<sup>13</sup> Secondo Cass. 4 dicembre 2003 n.18514 “**l'art. 739 c.p.c. – [...] - non deroga alla regola generale dettata dall'art. 326 del codice medesimo per le impugnazioni in genere, con la conseguenza che anche il termine per proporre ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., avverso i decreti pronunciati in camera di consiglio decorre dalla notificazione del provvedimento: ad un tal riguardo, ai fini della decorrenza del termine breve ex art. 325 c.p.c., occorre che la notificazione sia eseguita ad istanza di parte, non essendo sufficiente che la notificazione sia stata effettuata a cura della cancelleria del giudice, nel qual caso il ricorso per cassazione resta soggetto al termine annuale di cui all'art. 327 c.p.c.**”.

<sup>14</sup> L'art. 180, 2°, L.F., consente a «qualsiasi interessato» di intervenire. Deve ritenersi che l'interesse che legittima l'intervento debba essere un interesse giuridico e non di mero fatto, sicché appare legittimato ogni soggetto, che possa risentire nella propria sfera giuridica di effetti pregiudizievoli ovvero favorevoli (ancorché indiretti) del concordato e che sia, perciò, «interessato» a che la proposta sia respinta ovvero omologata. I soggetti interessati all'omologazione possono intervenire a sostegno delle ragioni del proponente e, quindi, spiegare un intervento di tipo “adesivo dipendente” (art. 105, secondo comma, c.p.c.).

# PROBLEMI DELLA PRASSI

## CONCORDATO PREVENTIVO

assetto di interessi non voluto, ma dall'altro, essere interessato alla immediata inoppugnabilità del decreto di omologa.

A tale ultimo riguardo oggi a seguito delle pronunce della Suprema Corte non sarebbe più sufficiente la pubblicazione del decreto (mediante deposito in cancelleria) ma occorrerà procedere, al fine del decorso del termine breve, alla notificazione di tale provvedimento a coloro che hanno preso parte al giudizio di omologazione (pur senza aver proposto opposizioni).

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### NORMATIVA

**Fusione e scissione** – Il Consiglio dei Ministri, in data 7 giugno 2012, ha adottato un decreto legislativo di prossima pubblicazione con cui ha recepito le indicazioni della Direttiva 2009/109/CE. Tra le altre semplificazioni contenute nel testo normativo, vi sono quelle riguardanti la pubblicità del progetto di fusione e di scissione, esperibile – in via alternativa rispetto all’iscrizione presso il Registro delle Imprese – tramite la pubblicazione sul sito internet delle società coinvolte. Ulteriori previsioni concernono la documentazione da predisporre durante l’*iter* delle suddette operazioni straordinarie, semplificata *ex lege* in diverse ipotesi.

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE CNDCEC

**La perizia e la consulenza tecnica nel processo penale** – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha approvato un documento che illustra il ruolo del perito e del consulente tecnico nell’ambito del procedimento penale, con specifico riguardo, tra l’altro, agli adempimenti ed ai poteri del perito. In chiusura è allegato un formulario relativo a comunicazioni e verbali delle operazioni peritali. Il documento è consultabile sul sito ufficiale del CNDCEC: [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it).

### CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Il *trust* istituito da imprese in crisi** – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha pubblicato lo Studio n. 161-2011/I, concernente i rapporti tra *trust* interno e diritto delle imprese in crisi, ed in particolare l’istituzione di un *trust* in prossimità della richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale ovvero ad altri strumenti negoziali previsti dalla legge fallimentare. Obiettivo dell’analisi è, da un lato, “*fornire elementi conoscitivi della prassi professionale e giurisprudenziale in materia*”, e, dall’altro “*evidenziare taluni profili problematici, da considerare quali premesse per successivi approfondimenti*”. Il testo dello Studio n. 161-2011/I, disponibile dal 29 maggio 2012, è reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

**Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici** – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha reso noto lo Studio n. 188-2011/I, avente ad oggetto “*le principali vicende applicative conseguenti all’esercizio del diritto di recesso dei soci nelle società per azioni ed in quelle a responsabilità limitata*”, soffermandosi, tra l’altro, sull’efficacia di tale diritto, solo in parte disciplinata *ex lege*, da cui segue la necessità, per gli interpreti, di “*individuare il momento in cui il rapporto sociale si scioglie, con la conseguente "definitiva" perdita da parte del receduto della qualità di socio*”.

Il testo dello Studio n. 188-2011/I, diffuso il 29 maggio 2012, è disponibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

## GIURISPRUDENZA

**Procedimento ex art. 2409 c.c.** – Il Tribunale di Novara ha precisato che il procedimento di cui all’art. 2409 c.c. ha natura non contenziosa e di volontaria giurisdizione, “*che non muta neppure quando, nei casi più gravi, è disposta la revoca dei componenti dell’organo amministrativo o di controllo*”, in quanto tale procedimento è volto a tutelare “*un interesse generale all’ordinato svolgimento dell’attività economica, essendo finalizzato a ripristinare la regolare amministrazione della società, e, solo in via indiretta, tutela l’interesse dei soci e dei creditori*”. Inoltre, il controllo giudiziario in parola non può applicarsi in pendenza di una procedura fallimentare, laddove, viceversa, può esser promosso in sede di liquidazione e di concordato preventivo. Ulteriore profilo attiene all’attualità, “*al momento in cui si richiede l’intervento del Tribunale*”, delle irregolarità nella gestione dalle quali scaturisce il procedimento *ex art. 2409 c.c.*, le quali “*devono riguardare la sfera societaria e non quella personale degli amministratori*” e “*devono assumere un carattere dannoso, nel senso che deve trattarsi di violazioni di norme [...] capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e di conseguenza agli interessi dei soci e dei creditori sociali o un grave turbamento dell’attività sociale*”.

La sentenza del 21 maggio 2012 del Tribunale di Novara è reperibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Concordato preventivo e relazione dell’attestatore ex art. 161 L.F.** – Il Tribunale di Mantova si è pronunciato nell’ambito di un’azione promossa *ex art. 98 L.F.* dal professionista che ha predisposto la relazione *ex art. 161 L.F.* di una società in seguito fallita, il cui correlato compenso è stato escluso dallo stato passivo esecutivo.

Il Tribunale ha rigettato il ricorso in quanto, nel caso di specie, si è verificata da parte dell’attestatore “*inadempimento colpevole all’obbligazione professionale di svolgere diligentemente l’opera intellettuale affidata*”, non potendo limitarsi il giudizio *ex art. 161 L.F.* “*alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo invece desumere i dati in questione dalla realtà dell’azienda che egli deve indagare e verificare*”, come stabilito dal Tribunale di Firenze, con decreto del 9 febbraio 2012 (vds. n.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

5/2012 di questa *Rivista*). Nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale mantovano, l'attestatore non ha richiesto conferma scritta dei crediti che rappresentavano oltre l'80% degli importi oggetto di cessione nella proposta concordataria. Il decreto del 28 maggio 2012 del Tribunale di Mantova è consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Sindacato di gestione e revoca degli amministratori** – La Corte di Cassazione si è pronunciata con riguardo alla sussistenza del diritto al risarcimento *ex art.* 2383 c.c. in capo agli amministratori revocati poiché al contempo soci sottoscrittori di un patto parasociale con cui “*i partecipanti riconoscevano alla direzione del sindacato la facoltà di adottare, a maggioranza semplice, le decisioni che avrebbe ritenuto più opportune e convenienti circa le deliberazioni da prendere nelle assemblee ordinarie e straordinarie*” della società. Nel suddetto patto, inoltre, si stabiliva che “*assunzione e/o licenziamento di dirigenti e quadri rientravano nelle competenze del sindacato e che tutte le altre delibere dell’assemblea e del consiglio di amministrazione dovevano essere votate secondo quanto stabilito dalla maggioranza del patto*”. La Corte sottolinea che “*la differenza tra sindacato di voto in assemblea e sindacato di gestione, che induce a ravvisare in questo secondo caso una situazione immanente di conflitto per il solo fatto della adesione al patto parasociale, non appare invero collegabile ad una diversa forza vincolante del patto nell’un caso rispetto all’altro, bensì all’incidenza del sindacato di gestione su comportamenti di soggetti che, a differenza dei soci, sono investiti inderogabilmente di una funzione, hanno cioè l’intera ed esclusiva responsabilità della gestione dell’impresa sociale, nell’interesse della società ed anche dei terzi che con essa vengono in vario modo in contatto*”. Conseguentemente una tale situazione configura una giusta causa di revoca degli amministratori.

Corte di Cassazione, 24 maggio 2012, n. 8221.

**Esclusione del socio in pendenza della liquidazione della società** – La Suprema Corte ha ribadito che “*durante la fase di liquidazione della società di persone, non vi sono ostacoli all’applicabilità dell’art. 2286 c.c., e conseguentemente che il socio che si sia reso colpevole di gravi inadempienze può, anche durante lo stato di liquidazione, essere escluso dalla compagine sociale*”. A siffatta conclusione la Corte perviene argomentando in primo luogo che “*lo scioglimento segna solo il passaggio ad una nuova fase, nella quale la società permane come gruppo organizzato ed i soci continuano ad essere titolari di diritti e di obblighi*”. In secondo luogo “*deve escludersi che un principio di prevalenza delle cause di scioglimento della società rispetto allo scioglimento del singolo rapporto sociale*” sia desumibile dal tenore dell’art. 2270 c.c., “*che invece esprime il ben diverso principio della impossibilità di ottenere, dopo lo scioglimento della società, la liquidazione della quota ai sensi dell’art. 2289 c.c.*”. In ultimo risulta contrario ai principi fondamentali sottostanti al contratto di società ammettere che “*comportamenti*

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

*di un socio in danno degli altri o della società nel suo complesso possano restare senza conseguenze sul piano giuridico durante la fase della liquidazione”.*

Corte di Cassazione, 1 giugno 2012, n. 8860.

# SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### NORMATIVA

#### **Pubbligate le quotazioni delle valute estere per il mese di aprile 2012**

Sul sito Internet dell’Agenzia delle entrate ([www.agenziaentrate.it](http://www.agenziaentrate.it) – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento, recante - ai sensi dell’art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l’accertamento del cambio delle valute estere per il mese di aprile 2012.

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 21.05.12, prot. 2012/71577)*

#### **Emanato il decreto sull’imposta di bollo sui titoli**

Il Ministero dell’economia e delle finanze ha emanato il decreto attuativo dell’art. 19, commi 1 – 3 del dl n. 201/11, come integrato e modificato dal dl n. 16/12, relativo all’imposta di bollo da corrispondere annualmente su conti correnti e libretti di risparmio detenuti presso banche e Poste italiane e sui depositi titoli.

*(Ministero dell’economia e delle finanze, Decreto del 24 mag. 2012, in G.U. n. 127 del 1° giu. 2012)*

#### **Manato il Provvedimento sulle Imposte per le attività finanziarie scudate**

L’Agenzia delle entrate ha emanato un Provvedimento che: a) detta le linee guida per il calcolo e il versamento dell’imposta di bollo annuale speciale sulle attività finanziarie rimpatriate che usufruiscono del regime della riservatezza; b) fornisce indicazioni per l’imposta straordinaria *una tantum* per le attività finanziarie immesse in conti segreti e in tutto o in parte prelevate nel periodo dal 1° gennaio 2011 al 6 dicembre 2011, per l’imposta sul valore degli immobili situati all’estero e per l’imposta sul valore delle attività finanziarie detenute all’estero.

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento prot. n. 2012/72442 del 5 giu. 2012)*

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### **I debiti tributari delle società estinte possono essere addebitati ai soci.**

Il consiglio Nazionale del Notariato ha preso in esame la problematica afferente alla possibilità, per i soci, i liquidatori o gli ex amministratori, di vedersi personalmente chiamati, in determinate condizioni, a rispondere per i debiti tributari delle società estinte, affermando che detta possibilità sussiste:

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO TRIBUTARIO

- 1) per i liquidatori: se non hanno adempiuto all'obbligo di pagare con le attività della liquidazione le imposte dovute dalla società, soddisfacendo invece crediti di rango inferiore o assegnando beni ai soci;
- 2) per i soci: se hanno ricevuto negli ultimi due periodi d'imposta precedenti alla messa in liquidazione denaro e altri beni sociali o se hanno avuto assegnazioni da parte dei liquidatori;
- 3) per gli amministratori: per quelli in carica all'atto dello scioglimento della società e per quelli che hanno compiuto operazioni di liquidazione o occultato attività sociali nel corso degli ultimi due periodi d'imposta precedenti alla messa in liquidazione della società.

*(Consiglio nazionale del notariato, Studio n. 226-2011/T)*

### **Semplificazioni fiscali. La circolare di Assonime sul decreto "Semplificazioni"**

Assonime ha, con una propria circolare, analizzato i provvedimenti portati dal dl n. 16/12, convertito dalla legge n. 44/12, soffermandosi in particolare:

- sull'ineducibilità dal reddito d'impresa dei costi da reato, di cui al c. 4-bis dell'art. 14 della legge n. 537/93, rilevando come, nonostante il miglioramento dell'impianto, resti ancora un regime asimmetrico tra proventi e costi, con problematiche per quelli derivanti da attività penalmente illecite e quelli ottenuti da attività lecite, ma all'interno delle quali si sono concretizzati atti singoli penalmente rilevanti;
- sulla deducibilità analitica dell'Irap dalle imposte sui redditi, palesando come – dopo l'introduzione di detta deducibilità del tributo regionale, determinato sulla componente del costo del lavoro – resta aperta la possibile convivenza della deduzione forfetaria, pari al 10% dell'imposta pagata nel periodo, con la deduzione del 100% di quella pagata sul costo del lavoro, decurtato delle detrazioni (cuneo e contributi);
- sulla remissione in termini per le opzioni, che consente, ancorché in presenza di una violazione formale sanzionabile (da 258 a 2.065 euro), di non decadere dai regimi opzionali;
- sulla deducibilità dei canoni leasing, per i quali è stato eliminato il vincolo della durata minima del contratto, mantenendo i limiti temporali di deduzione dei canoni.

*(Assonime, circ. n. 14 del 28 mag. 2012)*

### **Semplificazioni fiscali. La circolare di Assilea sul leasing e l'Irap**

Assilea ha, con una propria circolare, fornito chiarimenti circa le disposizioni di cui all'art. 4-bis del dl n. 16/12, convertito dalla legge n. 44/12, precisando in particolare che le novità introdotte in tema di leasing non sono applicabili in ambito Irap; ciò in quanto, poiché tale imposta si determina sulla base del risultato del conto economico,

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

L'intero canone imputato a bilancio secondo la durata del contratto (anche se inferiore alla durata "fiscale") è deducibile al 100%, al netto degli interessi impliciti e della quota eventualmente riferibile al terreno. Con la stessa circolare Assilea sottolinea poi, per quel che concerne l'ambito soggettivo, che la novella, riferendosi alle imprese che imputano a conto economico i canoni di locazione finanziaria", interessa esclusivamente le imprese utilizzatrici che redigono il bilancio sulla base dei principi contabili nazionali; ciò stante il fatto che le aziende che adottano gli Ias/Ifrs inseriscono in conto economico (e deducono fiscalmente in base al principio di derivazione) solo le quote d'ammortamento relative al bene, come se fosse di proprietà, e gli interessi impliciti.

*(Assilea, circ. n. 18/2012)*

## **Le linee guida per le Controversie fiscali internazionali**

L' Agenzia delle entrate ha fornito chiarimenti riguardo la gestione delle controversie fiscali in sede di procedura amichevole, in particolare:

- a) illustrando le diverse caratteristiche dell'istituto a seconda delle fonti giuridiche di attivazione, ossia le Convenzioni per evitare le doppie imposizioni in vigore tra l'Italia e gli Stati partner dei trattati e, in sede europea, la "Convenzione arbitrale" (90/436/CEE del 23 luglio 1990) relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate;
- b) esplicitando le diverse fasi della procedura e i rispettivi collegamenti con il diritto interno;
- c) fornendo una guida puntuale sia sui requisiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità sia sulle modalità di accesso all'istituto.

La relativa circolare si articola come segue:

### PREMESSA

#### 1. BASI GIURIDICHE INTERNAZIONALI

#### 2. BASI GIURIDICHE INTERNE

#### 3. ATTORI ISTITUZIONALI

#### 4. ARTICOLO 25 DEL MODELLO OCSE

##### 4.1. Procedura amichevole su iniziativa delle autorità competenti

##### 4.2. Procedura amichevole aperta d'iniziativa del contribuente

###### 4.2.1 Ambito soggettivo

###### 4.2.2. Ambito oggettivo

###### 4.2.3. Termini di presentazione dell'istanza

###### 4.2.4. Contenuto e modalità di presentazione dell'istanza

###### 4.2.5. Rapporto con il contenzioso interno

###### 4.2.6. Clausola arbitrale

###### 4.2.7. Sospensione della riscossione

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

4.2.8. Svolgimento della procedura

4.2.9. Ruolo del contribuente

4.2.10. Conclusione della *MAP*

4.2.11. Estensione degli effetti della *MAP*

5. CONVENZIONE ARBITRALE

5.1. Ambito soggettivo

5.2. Ambito oggettivo

5.3. Sanzioni gravi

5.4. Termini di presentazione dell'istanza

5.5. Contenuto e modalità di presentazione dell'istanza

5.6. Rapporto con il contenzioso interno

5.7. Sospensione della riscossione

5.8. Svolgimento della procedura

5.9. Ruolo del contribuente

5.10. Conclusione della *MAP*

6. INTERVENTO DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

7. *MAP* E STRUMENTI DEFLATIVI DEL CONTENZIOSO

7.1. Convenzione bilaterale

7.2. Convenzione arbitrale

*(Agenzia delle entrate, circ. 21 del 5 giu. 2012)*

## **Indeducibilità dei costi black-list**

L'Agenzia delle entrate ha precisato - in tema di indeducibilità, ex art. 110, c. 10, Tuir, dei costi black-list – che rientrano in detta previsione :

- oltre i componenti negativi derivanti da transazioni commerciali, anche quelli connessi a transazioni di natura finanziaria' quali, ad es., interessi e oneri finanziari assimilati;
- le perdite su crediti e le minusvalenze derivanti da operazioni, attive o passive, intercorse con soggetti residenti in paradisi fiscali

*(Agenzia delle entrate, videoconferenza MAP del 31 mag. 2012)*

## **GIURISPRUDENZA**

### **Il rimborso Iva è dovuto anche se manca la variazione ex art. 26.**

La Cassazione ha statuito che la mancata attivazione della (speciale) procedura di variazione dell'Iva non lede il diritto al rimborso da parte del contribuente, il quale gode dell'assoluta libertà di scelta circa l'azione da effettuare. Ciò in quanto, nelle ipotesi in cui l'imposta sia stata calcolata, per ignoranza o falsa conoscenza delle disposizioni applicabili, sulla base di un'aliquota superiore a quella effettivamente dovuta, l'art. 26 del dpr n. 633/1972 deve essere interpretato nel senso che la mancata attivazione della procedura speciale di variazione dell'imposta e dell'imponibile, prevista dalla norma

# SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

citata, da un lato fa venir meno il diritto a recuperare l'imposta mediante il meccanismo della detrazione ma, dall'altro, non preclude il diritto di ottenere il rimborso della maggiore imposta versata (indebitamente), poiché tale procedura si configura quale strumento a disposizione del contribuente, "che potrebbe pertanto optare, del tutto legittimamente, per l'azione generale di rimborso prevista dalle norme sul contenzioso".  
(Cassazione, sentenza n. 7330 dell'11 mag. 2012)

## **Per l'esistenza di una stabile organizzazione basta l'affidamento degli affari**

La Corte di Cassazione ha statuito che in tema d'Iva:

- la nozione di stabile organizzazione di una società straniera in Italia va desunta dall'art. 5 del modello di convenzione Ocse contro la doppia imposizione e dal suo commentario, integrata con i requisiti prescritti dall'art. 9 della sesta direttiva Cee n. 77/388, del Consiglio del 17.05.77, per l'individuazione di un centro di attività stabile, il quale, così come definito dalla giurisprudenza comunitaria, consiste in una struttura dotata di risorse materiali e umane, e può essere costituito anche da un'entità dotata di personalità giuridica, alla quale la società straniera abbia affidato anche di fatto la cura di affari (con esclusione delle attività di carattere meramente preparatorio o ausiliario, quali la prestazione di consulenze o la fornitura di know-how);
- La prova dello svolgimento di tale attività da parte del soggetto nazionale può essere ricavata, oltre che da quanto stabilito nella convenzione Ocse, anche da elementi indiziari, quali l'identità delle persone fisiche che agiscono per l'impresa straniera e per quella nazionale, ovvero la partecipazione a trattative o alla stipulazione di contratti, indipendentemente dal conferimento di poteri di rappresentanza.

(Cassazione, sentenza n. 20677 del 29 mag. 2012)

## **Credito. Deduzione nell'anno della certezza della irre recuperabilità**

La Cassazione ha statuito che la perdita su crediti è deducibile nel solo anno di competenza in cui si acquisisce la certezza che il credito non può più essere soddisfatto, perché è quello il momento stesso in cui si materializzano gli elementi certi e precisi dell'irrecuperabilità; in caso contrario si rimetterebbe all'arbitrio del contribuente la scelta del periodo d'imposta in cui gli sarebbe più vantaggioso operare la detrazione, snaturando la regola espressa del principio di competenza, che rappresenta, invece, criterio inderogabile e oggettivo per determinare il debito d'impresa.

(Cassazione, sentenza n. 8822 del 1° giu. 2012)

## **VARIE**

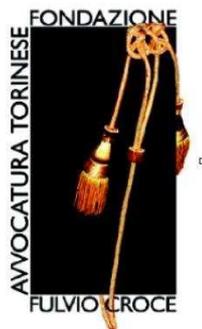
**Soppressa la scadenza del 30 giugno 2012 per la Pec**

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Con la conversione in legge del dl n. 5/2012 (L. 35/2012), è stata eliminata la proroga al prossimo 30 giugno per comunicare al Registro delle imprese il proprio indirizzo di Posta Elettronica Certificata (PEC) da parte di tutte le imprese costituite in forma societaria ancora inadempienti. L'attuale formulazione dell'art. 37 del dl n. 5/2012 convertito prevede che l'ufficio del Registro delle imprese, quando riceve una domanda di iscrizione da parte di un'impresa costituita in forma societaria che non ha ancora iscritto il proprio indirizzo PEC, "in luogo" dell'irrogazione della sanzione pecuniaria amministrativa di cui all'art. 2630 c.c., deve provvedere alla sospensione della domanda per 3 mesi in attesa della sua integrazione con l'indirizzo PEC stesso (nuovo comma 6-*bis* dell'art. 16 del dl n. 185/2008).

Come chiarito dalla Camera di Commercio di Torino, nella nota informativa n. 5/2012 – nonostante l'omessa comunicazione, trascorso il periodo di 3 mesi anzidetto, l'esecuzione dell'iscrizione dovrà aver luogo comunque, ma con l'assoggettamento alla sanzione amministrativa pecuniaria a carico di ciascun soggetto tenuto, in rappresentanza della società, all'adempimento PEC. Ai sensi dell'art. 2630 c.c., la sanzione amministrativa pecuniaria è prevista nella misura da 103 a 1.032 euro, ridotta ad un terzo se l'adempimento avviene nei 30 giorni successivi alla scadenza dei termini prescritti.



## **Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce**

Torino, via Santa Maria n. 1  
Martedì 26 giugno 2012

### **Società quotate e mercati finanziari: uno sguardo al futuro**

**Convegno in occasione della presentazione del volume di Paolo Montalenti,  
“Società per azioni, Corporate Governance e Mercati finanziari”,  
Giuffrè Editore, 2011**

ore 17,30 Registrazione dei partecipanti

ore 17,45 Introduzione del Presidente della Fondazione dell'Avvocatura Torinese “Fulvio Croce”  
**avv. Marco D'Arrigo**

Interventi

***prof. Carlo Angelici***

***prof. Renzo Costi***

***prof. Vincenzo Di Cataldo***

***prof. Piergaetano Marchetti***

Sarà presente l'Autore

*La partecipazione all'incontro è gratuita e dà diritto al riconoscimento dei crediti formativi.  
Ingresso libero fino ad esaurimento dei posti disponibili.*

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](mailto: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 inform azioni 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 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Chief Executive Officer: Fabrizio Masini - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

## 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.