

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 5857/I

La delega ad aumentare il capitale sociale nella s.r.l.

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 15 dicembre 2005

La delega all'organo amministrativo ad aumentare il capitale. Introduzione e differenze dalla delega in materia di s.p.a..

Il legislatore della riforma prevede espressamente la possibilità che l'aumento del capitale sociale possa essere deliberato, oltre che dall'assemblea dei soci, dagli amministratori, a condizione che ciò sia previsto dall'atto costitutivo ⁽¹⁾.

L'art. 2481, primo comma, c.c., infatti, recita "l'atto costitutivo può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale, determinandone i limiti e le modalità di esercizio"

Prima della riforma, in assenza di una norma in materia di s.r.l. che prevedesse la delegabilità agli amministratori dell'aumento del capitale, la giurisprudenza negava la possibilità di applicare analogicamente alle s.r.l. l'art. 2443, c.c., in materia di delega nella s.p.a., che non era richiamato dall'art. 2495 c.c., in considerazione del più stretto contatto fra i vari organi e per la più diretta partecipazione dei soci alla gestione sociale, propri di questo tipo di società ⁽²⁾.

Anche quella parte della dottrina che, prima della riforma, riteneva ammissibile la delega ne subordinava la validità alla sola ipotesi di amministrazione della società riservata ai soci ⁽³⁾, o ad una decisione unanime dei soci e, comunque, per singoli aumenti di capitale ⁽⁴⁾.

La dottrina, dopo la riforma, ha sottolineato come "di sicuro la delega non può essere spiegata, anche nella società a responsabilità limitata, per la necessità del suo utilizzo per la raccolta sul mercato mobiliare del capitale di rischio. La società a responsabilità limitata ha come sua caratteristica tipologica quella di non potere ac-

cedere al mercato del capitale di rischio: le partecipazioni dei suoi soci non solo non possono essere rappresentate da azioni, ma nemmeno, così come precisa oggi l'art. 2468, comma primo, c.c., (ma v. anche l'art. 3, comma 2, lett. g, della legge delega – la l. 3 ottobre 2001, n. 266 – per la riforma del diritto societario), possono costituire oggetto di sollecitazione all'investimento" ⁽⁵⁾.

Non sembra, pertanto, che la delega per l'aumento del capitale nella s.r.l. conservi collegamenti con la ratio della delega nella s.p.a., legata al particolare problema della tempestività degli interventi sul mercato del capitale di rischio ⁽⁷⁾. Come evidenziato dalla dottrina, "se si vuole trovare un senso alla norma, non si può evidentemente far richiamo ad una necessità di snellezza decisionale, per rispondere prontamente ad esigenze recepite o suggerite dall'esterno, come può essere per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio" ⁽⁷⁾.

Viceversa, sembra che la delega assuma nella disciplina della s.r.l., più che altro, un valore programmatico nel senso di dettare i tempi per gli ulteriori conferimenti da parte dei soci o di prevedere il passaggio di riserve di utili maturate a capitale. Naturalmente, essendo detta delega revocabile da parte dei soci il vero effetto vincolante risulterà a carico della minoranza, impossibilitata a rimuovere la delega stessa, che si vedrà costretta a sottoscrivere gli ulteriori investimenti a capitale o a vedere ridotta la propria partecipazione.

La delega in rapporto alla disciplina della s.r.l..

La legittimità dell' assegnazione agli amministratori del compito di decidere liberamente o comunque con ampia discrezionalità l'aumento del capitale sociale, eventualmente anche limitando o escludendo il diritto di sottoscrizione dei soci, e di conseguenza di decidere la modifica degli assetti proprietari che vi stanno dietro sembra dipendere dalla chiave di lettura che si ritiene di dare alla disciplina della delega ad aumentare il capitale.

Per parte della dottrina l'art. 2481, primo comma, c.c., (in materia di delega agli amministratori) sarebbe norma ancorata e dipendente dal solo art. 2479, secondo comma, n. 4, c.c., che prevede che sono in ogni caso di competenza dell'assemblea dei soci le modificazioni dell'atto costitutivo. Pertanto, tutto ciò che può fare l'assemblea a maggioranza attraverso la modifica dell'atto costitutivo, consistente in un aumento del capitale, lo potrebbe fare anche l'organo amministrativo delegato a decidere l'aumento dall'assemblea stessa a maggioranza, compreso decidere l'esclusione o limitazione del diritto di sottoscrizione dei soci.

In particolare, in assenza di limiti predeterminati dallo statuto si dovrebbe ritenere “che le deliberazioni degli amministratori in tema di aumento del capitale sociale siano legittime, con il solo accorgimento di verificare se tali deliberazioni possano avere un intento abusivo. Si pensi all’ipotesi in cui l’amministratore, rappresentante della maggioranza dei soci, deliberi aumenti di capitale non funzionali all’esercizio dell’impresa, ma miranti esclusivamente a fiaccare la resistenza economica dei soci di minoranza” ⁽⁸⁾.

Tale conclusione esalterebbe l’autonomia dei soci nel poter autorizzare altro organo a compiere in un futuro un atto che possa gravemente pregiudicarne gli interessi e sottolineerebbe l’irrilevanza sotto il profilo sistematico della diversa e maggiormente tuzioristica scelta compiuta dal legislatore della s.p.a. nel disciplinare la delega.

Secondo altra dottrina l’art. 2481, primo comma, c.c., andrebbe, viceversa, interpretato alla luce sia della diversa disciplina dettata dal legislatore in materia di delega ad aumentare il capitale nella s.p.a. e sia del disposto dell’art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c., in materia di attribuzione di competenze ai soci e più in generale in considerazione della complessiva disciplina della s.r.l. ed in particolare dell’aumento di capitale nella s.r.l.

In primo luogo perché sembra che possa desumersi dalla diversa disciplina dettata dal legislatore in tema di delega all’aumento per la s.p.a., nella quale emerge una maggior attenzione per la salvaguardia del diritto di opzione del socio, sia sotto il profilo economico che amministrativo, che la minor attenzione alla tutela del diritto di sottoscrizione del socio prestata nel legiferare in tema di s.r.l., consegua in realtà ad una sottintesa indelegabilità della limitazione o esclusione della stessa agli amministratori.

In secondo luogo perché la ricostruzione che consente agli amministratori le più ampie facoltà nell’attuare la delega sarebbe in controtendenza rispetto ad un trend legislativo che sembra aver spostato il baricentro decisionale della società a responsabilità limitata dall’organo amministrativo verso i soci. Infatti, la riforma ha previsto che i soci possano riservarsi statutariamente competenze normalmente dell’organo amministrativo (secondo alcuni addirittura eliminando l’ufficio di amministratori) e avocare in ogni momento a sé competenze proprie dell’organo stesso (art. 2479, primo comma, c.c.).

In terzo luogo per la specialità della disciplina dell’aumento del capitale rispetto alle altre modificazioni dell’atto costitutivo, specialità che emerge dall’intera disciplina dettata negli artt. 2481, s.s., c.c. e che sembrerebbe escludere che

l'assemblea possa traslare tutti i suoi poteri in capo agli amministratori.

Detta disciplina prevede infatti: l'esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci a favore dei terzi solo in presenza di una clausola dell'atto costitutivo che espressamente preveda ciò; consente la sottoscrizione del "non sottoscritto" agli altri soci e a i terzi solo se la deliberazione di aumento lo prevede espressamente; vieta ai soci di introdurre nell'atto costitutivo una clausola che consenta l'esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci nel caso di cui all'art. 2482-*ter*, c.c.; nel caso di riduzione del capitale per perdite esclude ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci. Il legislatore sembra prevedere come regola, non solo che l'aumento debba essere riservato ai soci, ma anche che debba essere riservato ai soci "proporzionalmente alla loro originaria partecipazione al capitale".

La dottrina ha riassunto quanto sopra affermando che i soci quindi non avrebbero "come in passato – un diritto di opzione, esercitabile nell'ambito di una operazione complessa comunque aperta anche ai soggetti terzi, ma godono di un personale diritto di sottoscrizione"⁽⁹⁾.

In quarto luogo anche per quanto disposto dall' art. 2468, quarto comma, c.c. che prevede che salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'articolo 2473, i diritti particolari dei soci possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci. La norma parla di consenso di tutti i soci e non solo dei soci "titolari dei particolari diritti" ⁽¹⁰⁾. Pertanto, gli amministratori nemmeno con il consenso dei soggetti che vengono privati dei particolari diritti potrebbero decidere un aumento di capitale a pagamento in presenza di un diritto particolare del socio in materia di sottoscrizione, né potrebbero decidere un aumento di capitale gratuito in presenza di un diritto particolare di un socio in materia di utili ⁽¹¹⁾, rimanendo tali operazioni in ogni caso di competenza dei soci.

In quinto luogo per parte della dottrina a differenza di quanto avviene nella società per azioni non sarebbero proponibili né una impugnazione delle delibere consiliari per altri tipi di vizi (procedimentali o di contenuto) diverse da quelli di cui all'articolo 2475-*ter*, secondo comma, c.c., né un gravame da parte di singoli soci nei confronti della decisione direttamente lesiva dei loro diritti ⁽¹²⁾.

Precludendo nella s.r.l. la proponibilità di un gravame non espressamente previsto, di fronte a una decisione consiliare di aumento del capitale sociale *ex art.* 2481, primo comma, c.c., assunta in violazione della legge o dell'atto costitutivo, ai soci da essa pregiudicati resterebbe soltanto una tutela di tipo risarcitorio, sicché nella compagine in esame le garanzie loro assicurate sarebbero addirittura più ridotte di quelle riconosciute nella s.p.a. (v. art. 2388, quarto comma, c.c.) per

quanto la prima si distingue dalla seconda per la struttura spesso marcatamente personalistica e il rilievo centrale attribuito alla posizione dei soci ⁽¹³⁾.

Di conseguenza, nelle ipotesi di legittima esclusione del diritto di opzione in sede di aumento delegato, non sarebbe agevole conciliare le conseguenze di una conversione di diritti partecipativi in termini indennitari ⁽¹⁴⁾.

Infine, per il disposto dell'art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c. che prevede che in ogni caso spetta ai soci in assemblea la decisione di compiere operazioni che comportino una rilevante modificazione dei loro diritti.

Tale norma parrebbe inderogabile, considerato l'inciso iniziale "in ogni caso" premesso alla attribuzione di competenza ai soci e sembrerebbe norma di carattere generale applicabile a tutte le ipotesi di modificazione dei diritti dei soci e quindi anche qualora tali modificazioni conseguano *ex art.* 2481, c.c., ad una delega agli amministratori di poteri.

La norma pertanto limiterebbe "in generale" la competenza degli amministratori ed in particolare vietare alle deliberazioni assembleari di delegare poteri modificativi dei diritti dei soci agli amministratori.

Ad avviso di chi scrive sembra pertanto che qualora si attribuisca agli amministratori una delega ad aumentare il capitale sociale con esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci o comunque con facoltà di modificare in esito all'operazione di aumento i diritti di partecipazione dei soci, "la determinazione dei limiti e delle modalità di esercizio" previste dall'art. 2481, c.c., debbano essere tali da rispettare comunque il disposto dell'art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c., e quindi tali da rispettare la riserva di competenza dei soci circa le decisioni che possano determinare una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

La delega agli amministratori all'aumento di capitale. In particolare la modifica all'atto costitutivo introduttiva della delega.

Riguardo al momento in cui può essere attribuita la delega nella riforma, sembra che la delega all'aumento di capitale possa essere conferita agli amministratori anche con successiva modifica dell'atto costitutivo con la maggioranza di legge, nonostante l'art. 2481, c.c., non contempli espressamente questa possibilità, viceversa prevista nell'art. 2443, c.c. in materia di s.p.a.

La norma in materia di s.p.a. distingue, infatti, tra delega contenuta nell'atto costitutivo e delega contenuta nello statuto, evidentemente per permettere l'affidamento di deleghe durante *societate*. La norma relativa alla s.r.l. non menzio-

na affatto il documento "statuto", tanto che potrebbe ritenersi che nel modello societario in questione sussista solamente la legittimità della delega originaria, mentre non sarebbe lecita quella con atto successivo: "argomento tuttavia, del tutto capzioso e peregrino, atteso il fatto che il corpus normativo relativo alla s.r.l. non conosce tale distinzione terminologica tra atto costitutivo e statuto (proprio per rimarcare il carattere della società come contratto, piuttosto che come organizzazione funzionale). Se, invece, si dovesse trarre le conseguenze estreme dell'interpretazione letterale, si giungerebbe alla conseguenza (pratica) di subordinare l'attribuzione di tali funzioni all'organo amministrativo al consenso unanime dei soci, quindi al veto *right* di ogni singolo partecipante" ⁽¹⁵⁾.

La soluzione sembrerebbe non tanto dalla collocazione sistematica della norma ricompresa nella sezione V ove sono disciplinate le modifiche dell'atto costitutivo ⁽¹⁶⁾; infatti, "la *sedes materiae* non sembra doversi spiegare per il fatto che la delega richiede una procedura di modificazione dell'atto costitutivo, quanto, molto più plausibilmente, per il fatto che la delega è finalizzata ad una modificazione dell'atto costitutivo ⁽¹⁷⁾, quanto il fatto che il richiamo all'atto costitutivo appare, ogni volta che si ha occasione di ritrovarlo nella disciplina della società a responsabilità limitata, riferito non solo all'atto costitutivo sottoscritto dai soci al momento della costituzione della società, ma all'atto costitutivo risultante anche dalle modifiche introdotte successivamente dall'assemblea dei soci (cfr. Artt. 2465, comma terzo, 2468, comma terzo, 2469, 2473, commi primo e secondo, 2475, commi primo, terzo, quarto, 2475-*bis*, 2476, commi primo e quinto, 2477, commi primo e quarto, 2478-*bis*, comma primo, 2479, commi primo, secondo, terzo, quarto, quinto, settimo, 2479-*bis*, commi primo, secondo, terzo, quarto, 2479-*ter*, comma primo, 2481-*bis*, comma primo, 2482-*bis*, comma secondo, 2483, comma primo, c.c.) ⁽¹⁸⁾.

Ulteriore argomento pare trarsi dal fatto che l'unanimità non sembra, mai, nemmeno dopo la riforma, costituire la regola che governa i processi decisionali nella s.r.l.

E' vero che unanimità non sembra più, nella s.r.l. costituire "un principio estraneo alle regole di funzionamento dell'organo assemblea" ⁽¹⁹⁾, organo necessario per l'adozione di decisioni importanti quali le modifiche statutarie e che "nel nuovo contesto normativo una calibrata estensione della clausola di unanimità potrebbe rivestire una precisa portata operativa, precludendo radicali mutamenti dell'originario assetto societario che l'enorme spazio accordato all'autonomia statutaria ... consentire altrimenti alla maggioranza di operare" ⁽²⁰⁾, ma la regola legale resta sempre l'adozione a maggioranza delle decisioni.

Che la regola sia la maggioranza e l'eccezione l'unanimità, che come tale deve essere espressamente prevista da una norma di legge o da una clausola statutaria, sembra evincersi da una serie di indici normativi. In primo luogo dall'art. 2479, sesto comma, c.c., come modificato dal D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, che recita le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una "maggioranza" che rappresenti almeno la metà del capitale sociale. In secondo luogo dall'art. 2479, quinto comma, che recita ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo "ed il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione". Tale affermazione ha un senso solo se collocata in un sistema decisorio maggioritario e non se collocata in un sistema unanimistico, ove tutti i soci valgono in maniera eguale, indipendentemente dal valore delle rispettive partecipazioni. In terzo luogo dal disposto dell'art. 2468, quarto comma, c.c., che espressamente ed eccezionalmente prevede, con disposto peraltro derogabile, l'unanimità per le modifiche dei diritti particolari dei soci.

Sembrerebbe, inoltre che l'adozione "come regola" dell'unanimità sia in contraddizione con "quelle esigenze di funzionalità dell'attività sociale che il legislatore ha mostrato di voler tutelare anche nella s.r.l., in particolare modellando il regime della invalidità delle deliberazioni/decisioni dei soci su quello della s.p.a.: e parrebbe incongruo un sistema che, per un verso, guardi a tale funzionalità e, per altro verso, tolleri meccanismi che, come la regola dell'unanimità, inceppano gravemente quella facilità deliberativa che costituisce, pacificamente, uno degli ingredienti indispensabili per assicurare efficienza degli organismi economici. Va ricordato, a quest'ultimo riguardo, che anche per le s.r.l. vale tuttora la previsione, come causa di scioglimento della società, della impossibilità di funzionamento dell'assemblea ... e la regola dell'unanimità fornisce la migliore delle premesse per quelle situazioni di stallo che concretano, proprio, l'impossibilità di funzionamento" ⁽²¹⁾

Peraltro, il legislatore nulla dice circa la possibilità, che adempiuto e quindi esaurito il mandato di aumentare il capitale, sia conferita una successiva delega agli amministratori per un ulteriore aumento, ma "non si vede peraltro cosa possa impedire che, con una modifica dell'atto costitutivo, si rinnovi l'attribuzione di questo potere agli amministratori" ⁽²²⁾.

La composizione e la modalità di decisione dell'organo delegato.

L'art. 2475, ultimo comma, c.c., prevede che l'aumento di capitale delegato sia di competenza dell'organo amministrativo (art. 2475, u.c., c.c.); l'art. 2481,

c.c., stabilisce che detto aumento deve risultare da verbale redatto, senza indugio, da notaio e deve essere depositato ed iscritto a norma dell'art. 2436.

Tali norme pongono due ordini di problemi: in primo luogo se in presenza di un sistema di amministrazione disgiunto o congiunto pluripersonale la competenza riguardante l'aumento del capitale a pagamento resti radicata in capo "all'organo consiglio di amministrazione in riunione collegiale"; in secondo luogo se a fronte della possibilità indicata dallo statuto di adozione di decisioni dell'organo amministrativo per consultazione o consenso espressi per iscritto la decisione di aumento di capitale delegato richieda comunque una riunione collegiale dell'organo amministrativo.

Riguardo al primo problema l'art. 2475, ultimo comma, che originariamente prevedeva la competenza inderogabile del "consiglio di amministrazione" è stato corretto ⁽²³⁾ nella sua formulazione e l'attuale testo prevede che la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza "dell'organo amministrativo".

L'art. 2475 ultimo comma, nuova versione, se da un lato fugge ogni dubbio sulla possibilità per le s.r.l. di prevedere quale forma di amministrazione oltre al consiglio di amministrazione anche l'amministratore unico ed i più amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti, dall'altro non chiarisce quella che è la "ragion d'essere" della norma e la funzione della stessa nell'ambito del sistema della riforma.

Per parte della dottrina presa alla lettera la norma, nella sua nuova "veste" direbbe semplicemente che sono in ogni caso riservati alla competenza dell'organo amministrativo (e quindi a seconda dei casi consiglio di amministrazione, amministratore unico o i più amministratori operanti con poteri congiunti e/o disgiunti) determinati atti (la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481), limitandosi "ad optare a favore della competenza decisionale dell'organo amministrativo rispetto a quella degli altri organi sociali o, per essere precisi, della collettività dei soci" ⁽²⁴⁾.

La rettifica, secondo parte della dottrina, a ben vedere, sembrerebbe aver spostato la valenza della norma dell'ultimo comma. Infatti mentre con l'originaria formulazione essa, oltre che a escludere la possibile attribuzione della competenza alla collettività dei soci nelle materie indicate, operava una scelta tra i diversi modelli di gestione, con l'attuale versione sembrerebbe limitarsi a optare a favore della

competenza decisionale dell'organo amministrativo rispetto a quella degli altri organi sociali o, più precisamente della collettività dei soci ⁽²⁵⁾.

Secondo tale dottrina, di conseguenza si potrebbe affermare che nell'ipotesi di amministrazione ad esempio disgiunta l'aumento di capitale potrebbe essere deciso anche da uno solo degli amministratori.

In riferimento al secondo problema per parte della dottrina non sarebbe imposto il rispetto del metodo collegiale. Ciò sarebbe confermato "dalla prescrizione relativa alla redazione del verbale ad opera del notaio: redazione che non deve essere necessariamente contestuale, ma che può seguire anche in un momento successivo, purché ciò avvenga senza indugio. In effetti, se le adesioni degli amministratori sono state raccolte separatamente, il notaio dovrà verificare che siano stati interpellati tutti gli amministratori (giacché la competenza è, comunque, del consiglio di amministrazione e, quindi, non sarebbe sufficiente sottoporre la proposta di decisione ad alcuni soltanto degli amministratori), che le dichiarazioni di voto siano conformi e che, come le adesioni alla proposta formulata in una riunione collegiale, siano in numero sufficiente per l'adozione della decisione. Il notaio, inoltre, dovrà procedere al deposito della decisione per l'iscrizione nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2436: le prescrizioni in tema di pubblicità (e dell'efficacia dell'iscrizione) sono le stesse che valgono, in generale, per le modificazioni dell'atto costitutivo, essendo, per tale aspetto, irrilevante il procedimento attraverso il quale la relativa decisione è stata assunta" ⁽²⁶⁾.

La stessa lettera della norma parlerebbe di "decisione degli amministratori che deve risultare da verbale"; "ove tale decisione sia presa tramite un meccanismo di formazione *inter absentes* è chiara l'impossibilità di una verbalizzazione simultanea del relativo procedimento ritenendosi sufficiente dare atto senza indugio e per atto pubblico dei risultati della votazione avvenuta per iscritto" ⁽²⁷⁾.

Gli orientamenti sopra riportati porterebbero alla soluzione delle due problematiche sollevate nel senso che in presenza di clausole statutarie, che prevedano amministrazione congiunta o disgiunta della società e possibilità che l'organo amministrativo si pronunci con consultazione o consenso espressi per iscritto, tali clausole prevarrebbero sulla regola che vedrebbe l'aumento di capitale delegato riservato all'organo amministrativo in riunione collegiale maggioritaria.

Le soluzioni dei due quesiti proposti sopra riportate non sembrano condivisibili e sembrano confutabili sia congiuntamente in forza di una diversa interpretazione dell'art. 2475, c.c., sia in forza di obiezioni singolarmente mosse alle due soluzioni.

Entrambe le soluzioni resterebbero superate da una ricostruzione dell'art.

2475, c.c. sistematica e non meramente "letterale", visto che quest'ultima lettura sembrerebbe del tutto inutile e in contrasto con altre norme di legge.

Sarebbe inutile perché già l'art. 2423, c.c., richiamato per le s.r.l. dall'art. 2478 *bis*, c.c., riserva in via esclusiva agli amministratori la redazione del bilancio così come gli artt. 2501-*ter*, c.c., e 2506-*bis*, c.c., già riservano in via esclusiva agli amministratori la redazione del progetto di fusione e del progetto di scissione; perché dunque ribadire delle competenze che già discendono dal sistema?

Sarebbe in contrasto invece con l'art. 2481 c.c. in quanto non sembra affatto vero che in caso di delega a favore dell'organo amministrazione, la decisione di aumentare il capitale spetti "in ogni caso" e quindi in via esclusiva all'organo amministrativo stesso. Sembra, infatti, non possa essere messo in discussione il principio che pur in presenza di una delega a favore dell'organo amministrativo a sensi dell'art. 2481 primo comma, c.c., si possa comunque procedere ad un aumento del capitale mediante delibera dell'assemblea dei soci, organo "naturalmente" deputato ad assumere tale tipo di decisione. Parlare di una "riserva esclusiva" a favore dell'organo amministrativo, con riguardo a questa fattispecie, non sarebbe pertanto corretto ⁽²⁸⁾.

Inoltre una interpretazione letterale della norma non consentirebbe di dare un significato neppure al richiamo che alla norma stessa è contenuto nel comma terzo dell'art. 2475, c.c.: quando si utilizza l'espressione "salvo" lo si fa per introdurre dei limiti ad una concessione; ma l'ultimo comma dell'art. 2475, c.c., se preso alla lettera, non introduce alcun limite, né in relazione ai poteri degli amministratori, né in relazione alle modalità di formazione delle decisioni degli amministratori ⁽²⁹⁾.

Pertanto, se si vuole riconoscere una funzione a questa norma (senza pertanto condannarla "all'inutilità") ed una sua coerenza col sistema, non resta che ritornare a riproporre quindi della norma pur nella sua nuova versione quella interpretazione che era già emersa vigente il testo originario, e che aveva portato a dare di detta norma una lettura nel senso di una riserva al metodo collegiale per la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché per le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481, c.c., e ciò ogniqualvolta l'amministrazione fosse affidata ad organo pluripersonale.

Tale interpretazione corrisponderebbe anche alla sistematica della disciplina della s.r.l.. Infatti, non si può trascurare la circostanza che una medesima riserva a favore del metodo collegiale è prevista anche per alcune decisioni dei soci, le quali salvo le previste eccezioni possono essere rimesse di norma alla consultazione scritta o al consenso espresso per iscritto (art. 2479, quarto comma, c.c.).

Letta in questi termini non può più essere messa in discussione la "funzione" della norma e la sua "coerenza" col sistema. La norma infatti lungi dal ribadire riserve di competenza già discendenti da altre più specifiche norme si porrebbe su un altro piano quello cioè delle formalità procedurali da osservare nella formazione della decisione degli amministratori in ordine ad atti di particolare rilievo, assumendo pertanto una sua connotazione tipica ed una sua rilevanza autonoma (in stretta correlazione con la disposizione del quarto comma che la precede).

Nessun contrasto vi sarebbe con l'art. 2481, c.c. operando le due norme su "piani" tra loro diversi: la norma in oggetto, nell'ottica proposta, si limiterebbe a prevedere, nel caso di decisione di aumento del capitale assunta dall'organo amministrativo pluripersonale in esecuzione di apposita delega ex art. 2481, c.c., che la stessa debba essere adottata con metodo collegiale (senza pertanto escludere la concorrente competenza dell'assemblea dei soci). Anche il richiamo alla norma in oggetto contenuto nel terzo comma dell'art. 2475 avrebbe quella funzione "limitativa" (relativamente alle modalità procedurali da osservare) che l'utilizzo dell'espressione "salvo" presuppone.

Visto che per le decisioni dei soci, l'art. 2479 quarto comma esclude relativamente a determinate decisioni, particolarmente rilevanti, il ricorso alla consultazione scritta ed al consenso espresso per iscritto, appare coerente col sistema che la norma che estende anche alle decisioni degli amministratori queste forme "semplificate" preveda al contempo l'esclusione al loro ricorso per atti di primaria importanza per la vita della società ⁽³⁰⁾.

Anche prescindendo dalla lettura di sistema sopra riportata, ed affrontando le singole tematiche disgiuntamente tra loro sembra che il risultato non debba cambiare.

In relazione alla prima problematica, ossia quella che le decisioni di aumento di competenza dell'organo amministrativo non possano essere attribuita in via disgiuntiva ai singoli amministratori o solo ad alcuni di essi si osserva, innanzitutto ⁽³¹⁾, che si tratterebbe di una interpretazione della norma che troverebbe conferma nella speculare esistenza di una norma in materia di s.p.a., ossia l'art. 2381, quarto comma, c.c., che ne condivide la ratio: riservare a tutti i componenti dell'organo una decisione che assume una incidenza significativa sia sulla gestione dell'impresa, sia sulla struttura organizzativa della società ⁽³²⁾.

Secondo parte della dottrina, inoltre, "l'esclusione del regime di amministrazione disgiunta deriva dalla incompatibilità tra tale sistema e le decisioni in questioni, che non possono evidentemente essere adottate da singoli amministratori ...

l'amministrazione congiunta, all'unanimità o a maggioranza, non può valere in tali ipotesi, in quanto manca il ricorso alla forma scritta e, nel secondo caso, il necessario coinvolgimento di tutti gli amministratori" ⁽³³⁾. "Un sistema congiuntivo maggioritario, infine, pur evitando questo pericolo, consentirebbe di compiere simili scelte primarie e basilari con il metodo referendario puro, o comunque senza le garanzie procedurali proprie di quello collegiale, che assicurano invece una partecipazione generale e consapevole alla discussione che precede la decisione" ⁽³⁴⁾. Per tale dottrina ulteriormente si rischierebbe in presenza di un sistema congiuntivo che decide all'unanimità, di determinare una situazione di stallo che paralizzerebbe l'impresa, portando la società alla dissoluzione ⁽³⁵⁾.

A tale ultimo rilievo si potrebbe replicare che una fase di stallo della società non sembra particolarmente rilevante nel caso specifico di delega all'aumento del capitale, visto che tale operazione non sembra definibile come vitale per la società, anche in considerazione della concorrente (e di seguito ritenuta ineliminabile) competenza decisoria dell'assemblea ⁽³⁶⁾.

Il reale problema sembra, viceversa, essere che "nell'ipotesi di amministrazione congiuntiva, il consenso.. di tutti gli amministratori, può realizzarsi a prescindere dal preventivo incontro degli stessi e da una preventiva discussione e scambio di punti di vista e di notizie tra loro tutti" ⁽³⁷⁾. Ciò priverebbe la decisione delle garanzie offerte dalla reciproca integrazione delle volontà che il legislatore riconosce al metodo collegiale, proprio delle riunioni del consiglio di amministrazione ⁽³⁸⁾. Peraltro l'amministrazione congiuntiva porta come correttivo legale la previsione dell'art. 2258 terzo comma, c.c., secondo cui i singoli amministratori possono compiere atti anche da soli qualora vi sia urgenza di evitare un danno alla società. Da un lato sembra, però, difficile pensare che, in forza di una invocata urgenza, il singolo amministratore possa decidere "in solitudine" un'operazione di aumento del capitale, decisione che sembra giustificabile e quindi limitata alle sole ipotesi di operazioni "strettamente gestorie" della società; dall'altro, non sembra che la previsione dell'art. 2258, terzo comma, c.c., possa essere disapplicata per il solo caso dell'aumento di capitale delegato, visto che la sua presenza conferma che il principio ispiratore della norma è la tutela dell'operatività sociale ⁽³⁹⁾.

In riferimento alla seconda problematica, ossia quella se sia ammissibile nel caso di aumento delegato una decisione non collegiale, si è sottolineato che "ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che tale decisione debba necessariamente assumere i caratteri della collegialità piena, dal momento che tale deve essere quella di aumento del capitale adottata dai soci (in quanto modificativa dell'atto costitutivo)" ⁽⁴⁰⁾.

In conclusione, ad avviso di chi scrive la lettura coordinata delle norme appena richiamate lascia intendere che la decisione debba essere adottata dagli amministratori secondo le regole del metodo collegiale, anche quando l'atto costitutivo preveda che l'amministrazione sia esercitata disgiuntamente o congiuntamente (con applicazione degli artt. 2257 e 2258, c.c.) e pur in presenza di una clausola statutaria che preveda che le decisioni dell'organo amministrativo possano essere adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto ⁽⁴¹⁾.

Pertanto la decisione dell'organo delegato potrà essere adottata, anche in quei casi, col voto favorevole della maggioranza degli amministratori e all'esito di una riunione collegiale ritualmente convocata e diretta ⁽⁴²⁾, essendo gli altri sistemi di decisione incompatibili con la richiesta verbalizzazione notarile, preordinata peraltro al controllo di legalità di cui all'art. 2436, c.c..

Da ultimo sono necessarie alcune ulteriori chiose.

La struttura decisamente sbilanciata in favore dei soci a danno degli amministratori riguardo l'assetto delle competenze non sembra consentire che l'organo amministrativo trasferisca le sue facoltà a suoi delegati. Infatti, essendo eccezionale la delega sembrerebbe di conseguenza inammissibile la sub-delega all'interno del consiglio. In tal senso sembra da interpretarsi l'ultimo comma dell'art. 2475, c.c..

Resta inteso che tali modalità dovranno essere rispettate anche quando la decisione sia adottata dall'amministratore unico. In tal caso, non sembra, viceversa, necessaria la partecipazione del collegio sindacale, se nominato, all'atto dichiarativo di aumento del capitale dell'amministratore unico. L'art. 2405, c.c., riguarda e non va oltre l'ipotesi di amministrazione collegiale, poiché soltanto in questo tipo di organo può darsi una fase pre-deliberativa: un coro nel coro, non un coro attorno al protagonista ⁽⁴³⁾.

L'art. 2481, c.c., prevedendo che il verbale notarile deve essere redatto senza indugio, sembra accogliere l'opinione secondo cui il momento della verbalizzazione non deve coincidere necessariamente con il momento dell'accertamento del fatto da documentare (si veda pure l'art. 2375, c.c.). Conseguentemente, il notaio potrà procedere alla redazione del verbale anche dopo lo scioglimento della riunione, purché entro un ragionevole lasso di tempo, corrispondente al massimo a quello necessario per l'adempimento dei conseguenti obblighi di deposito e iscrizione della deliberazione

La inammissibilità della c.d. delega in esclusiva.

La rubrica dell'art. 2481,c.c., parla soltanto di aumento di capitale, al contrario di quella dell'art. 2443,c.c., che parla invece di delega agli amministratori e ciò potrebbe far ritenere che, nell'art. 2481, c.c., il legislatore abbia previsto, piuttosto che una vera e propria delega, per sua natura idonea a creare una competenza concorrente, una competenza esclusiva degli amministratori.

In tal senso si esprime parte della dottrina che afferma che l'esclusione del diritto di sottoscrizione "non trova le proprie ragioni nella ricorrenza di un interesse sociale (sulla scorta di quello invocato in particolare nel comma 5 dell'art. 2441, c.c., seppur filtrato dal giudizio della maggioranza), ma si svolge sul puro piano della volontà di cooptare, o meno, forze nuove nel contratto, con il correlativo contrappeso della concessione del diritto di recesso ai soci che siano sul punto dissenzienti" ⁽⁴⁴⁾.

Secondo detta dottrina "in questo quadro, semplificando, l'organo amministrativo altro non è che l'organo, secondo il diritto privato (art. 1332, c.c.), cui è demandata l'esecuzione del contratto plurisoggettivo, per la raccolta delle nuove adesioni e, ovviamente più in generale, delle nuove risorse: sebbene non si possa ipotizzare l'abdicazione permanente del potere da parte della base sociale, sarà comunque ammissibile una apposita clausola statutaria che renda la competenza dell'organo amministrativo esclusiva, tanto da spogliare definitivamente la base sociale, sino a eventuale nuova modifica delle carte sociali, del potere di aumentare il capitale" ⁽⁴⁵⁾.

Secondo detta dottrina "alla stessa stregua, una volta che l'organo amministrativo abbia deliberato un aumento di capitale, solo una modificazione della decisione da parte dell'organo amministrativo stesso potrà condurre alla revoca o alle rettifiche o alla convalida della determinazione stessa, atteso che tale potere non sembrerebbe risiedere, in carenza di esplicita previsione, in capo all'organo assembleare, che non ha delegato un proprio potere, giacché la prerogativa degli amministratori è direttamente attribuita dal contratto sociale. Ne consegue praticamente che, in una simile situazione, l'eventuale invalidità della delibera degli amministratori non potrà essere sanata (o la delibera sostituita) ad opera dell'assemblea" ⁽⁴⁶⁾.

L'orientamento sopra riportato non sembra condivisibile.

Sembra che il legislatore abbia voluto prevedere, anche nella s.r.l., una vera e propria delega, per sua natura idonea a creare una competenza concorrente e non esclusiva dell'organo amministrativo ⁽⁴⁷⁾.

Sembrano deporre in tal senso, in primo luogo, la considerazione che l'avvio dell'art. 2481, c.c., "l'atto costitutivo può attribuire agli amministratori la facoltà di

umentare il capitale sociale corrisponde a quello dell'art. 2443,c.c., "lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale", e, in secondo luogo, la circostanza che l'art. 2479, c.c., nel definire la ripartizione delle competenze tra soci e amministratori, stabilisce, nel suo secondo comma, che le modificazioni dell'atto costitutivo sono riservate "in ogni caso" alla competenza dei soci. Secondo parte della dottrina sembra, poi, "fuori discussione che, laddove l'atto costitutivo preveda per la delega agli amministratori limiti non previsti per l'assemblea dei soci, l'assemblea dei soci possa egualmente deliberare un aumento del capitale ignorando i limiti posti per gli amministratori. Ciò vale a maggior ragione laddove la legge non preveda la possibilità di attribuire agli amministratori specifiche facoltà, riconosciute invece dalla legge stessa all'assemblea dei soci, come quella, prevista dall'art. 2481-*bis*, comma primo, di attuare l'aumento del capitale mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi" ⁽⁴⁸⁾.

Anche l'affermazione che su di una decisione di aumento del capitale realizzata dall'organo delegato non possa più intervenire "in correzione" l'assemblea non sembra condivisibile per i motivi che verranno esposti nel seguente paragrafo.

La competenza ad assumere gli opportuni provvedimenti nel caso di diniego di iscrizione da parte del notaio di un aumento realizzato dall'organo amministrativo in forza di delega.

L'art. 2436, terzo comma, c.c., richiamato dall'art. 2480, c.c., prevede che l'organo amministrativo al quale il notaio abbia comunicato la propria intenzione di non procedere con la richiesta di iscrizione della delibera nel registro delle imprese ⁽⁴⁹⁾, può, in alternativa al ricorso al tribunale, "convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti (art. 2436, terzo comma, c.c.)" ⁽⁵⁰⁾.

L'introduzione di tale ulteriore opzione era stata sollecitata dalla dottrina che trovava limitativo prevedere, a fronte della decisione del notaio di non procedere con il deposito della delibera presso l'ufficio del registro delle imprese, come unica possibilità per gli amministratori il ricorso al tribunale, senza poter risottoporre la delibera all'assemblea per le necessarie modifiche ⁽⁵¹⁾.

La norma prevede "la convocazione dell'assemblea" per gli opportuni provvedimenti.

La giurisprudenza ha sottolineato, prima della riforma, che la comunicazione del notaio agli amministratori deve avere forma scritta, onde rendere possibile al tribunale di riscontrare il rifiuto di iscrizione e deve contenere l'enunciazione, sep-

pur succinta, delle ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto il notaio a rifiutare l'iscrizione ⁽⁵²⁾. Addirittura secondo parte della dottrina nulla vieterebbe che i rilievi del notaio rogante, oltre a poter essere ovviamente effettuati mediante comunicazione...possono essere inseriti in calce alla verbalizzazione assembleare, con una formula del tipo: a questo punto il notaio fa presente al costituito ed ai soci qui riuniti in assemblea che (le modifiche recepite nel verbale) sopraesposte sono illegittime nei seguenti punti ⁽⁵³⁾.

Sembra che dopo la riforma il notaio nel rifiuto di iscrizione indirizzato all'organo amministrativo possa indicare "gli opportuni provvedimenti correttivi" che potrebbero consentire l'iscrizione, sulla falsariga di quanto accadeva nella prassi in sede di omologazione allorché il tribunale sospendeva l'omologazione richiedendo la correzione delle modifiche non conformi alla legge.

Pare abbastanza chiaro l'intento del legislatore volto a favorire l'autonomia societaria, consentendo alla stessa assemblea che ha approvato una deliberazione non iscrivibile di tornare sui propri passi ed adeguarsi alle indicazioni del notaio, confinando l'eventuale omologazione giudiziaria ad un ruolo ancor più residuale e provocando una maggior deflazione processuale ⁽⁵⁴⁾.

La dottrina si è interrogata se debbano essere, pur in assenza di un'esplicita previsione legislativa in tal senso, gli amministratori e non l'assemblea a dover adottare gli opportuni provvedimenti, nel caso l'atto costitutivo attribuisca all'organo amministrativo la competenza ad adottare l'aumento del capitale e detto organo abbia in virtù di detta delega provveduto ad adottare la deliberazione di cui sia stata rifiutata l'iscrizione.

Sembra si possa affermare che, nel caso di delega, non esista, come sopra motivato, una competenza esclusiva degli amministratori ad adottare gli opportuni provvedimenti. Peraltro, si è affermato che "normalmente" l'attribuzione di competenze all'organo amministrativo non escluda la competenza concorrente dell'assemblea, che si accorda con il principio di economia degli atti giuridici. L'ipotesi di una competenza esclusiva in capo agli amministratori obbligherebbe, nel caso si volesse far luogo alla deliberazione assembleare su materie delegate, alla convocazione di una prima assemblea, per deliberare esclusivamente la revoca dei poteri attribuiti all'organo amministrativo. L'assemblea, solo una volta efficace questa delibera, riacquistata la competenza, potrebbe deliberare sulle materie già delegate all'organo amministrativo ⁽⁵⁵⁾.

Scartata l'ipotesi di una competenza "esclusiva" degli amministratori "alla correzione della decisione", resta da verificare se, in virtù del tenore letterale della

legge (che fa riferimento alla convocazione dell'assemblea), non si possa parlare nemmeno di competenza "concorrente" dei due organi, ma bensì di competenza esclusiva dell'assemblea.

In tale ultimo senso sembrerebbe orientare la diversa scelta fatta dal legislatore nel primo comma dell'art. 2436, c.c., ove il legislatore si premura di evitare di parlare di deliberazioni assembleari, scrivendo semplicemente di modifiche dello statuto proprio per non tagliare fuori le modifiche adottate dall'organo amministrativo, mentre nel terzo comma della stessa norma espressamente si riferisce alla "convocazione dell'assemblea". Ne sarebbe privo di senso dopo la decisione dell'organo amministrativo "non andata a buon fine" la riavocazione a sé della decisione da parte dell'assemblea. In conclusione sembra che il dato letterale della norma non solo non precluda all'assemblea di adottare "gli opportuni provvedimenti" nel caso l'aumento deliberato dagli amministratori non riesca a superare il vaglio notarile di legittimità, ma potrebbe addirittura sembrare che l'assemblea abbia in questo caso una competenza "esclusiva" alla correzione ⁽⁵⁶⁾.

L'ambito della delega agli amministratori.

Il legislatore della riforma non si limita ad ammettere per la s.r.l. l'aumento di capitale delegato, ma detta una disciplina per certi aspetti più liberale rispetto a quella dettata dal nuovo art. 2443, c.c., per le s.p.a.. Infatti, il nuovo testo della norma in materia di s.p.a., prevede che la facoltà di aumentare il capitale sociale possa essere esercitata dagli amministratori in una o più volte sino a un ammontare che la disposizione attributiva della facoltà stessa deve predeterminare e debba essere esercitata entro il limite temporale massimo di cinque anni decorrenti dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo della società o della deliberazione che modifica l'atto costitutivo.

Al contrario, l'art. 2481, c.c., primo comma, dettato per le s.r.l., rimette ai soci il potere di stabilire nell'atto costitutivo le condizioni di esercizio della delega cui gli amministratori dovranno attenersi nell'esercizio della facoltà a essi delegata, e ciò sia per quanto attiene ai limiti quantitativi (dell'aumento) e temporali, che alle modalità di esercizio della delega ⁽⁵⁷⁾.

Secondo la dottrina, "la decisione degli amministratori di aumentare il capitale può essere probabilmente oggetto sia di una delega generica (nel senso che gli amministratori decideranno in proprio circa entità, tempi e modalità) sia di una delega che ne disponga limiti e modalità di esercizio" ⁽⁵⁸⁾.

In altre parole, sarebbe possibile “ritenere l’introduzione di limiti e modalità di esercizio dell’aumento delegato non già come una necessità, bensì come una possibilità od un potere riconosciuto ai soci al momento della stipula dell’atto costitutivo”⁽⁵⁹⁾.

L’affermazione non sembra condivisibile⁽⁶⁰⁾. La lettera della norma induce a ritenere che l’atto costitutivo debba contenere necessariamente la previsione dei limiti (ad esempio l’importo massimo e il termine entro il quale l’aumento può deliberarsi⁽⁶¹⁾) e le modalità di esercizio (per esempio in una o più *tranches*, con il consenso di tutti gli amministratori, ecc.).

Anche, una illimitata libertà in capo agli amministratori nel fissare il prezzo delle partecipazioni di nuova sottoscrizione, fissando un’eventuale sovrapprezzo, o anche nello scegliere senza limiti il momento in cui dar corso all’aumento delegato, potrebbe giungere a limitare o comunque incidere indirettamente, in maniera “rilevante” sui diritti dei soci, in eventuale contrasto con il “principio” desumibile dalla norma di legge che ha riservato alla competenza dei soci la decisione di compiere operazioni che comportano una rilevante modificazione dei loro diritti (art. 2479, secondo comma n. 5, c.c.).

La distinzione tra decisione di modifica e decisione di compiere un’operazione che comporti una rilevante modificazione di diritti dei soci sembra evidenziare che vi possano essere operazioni che solo “indirettamente” modificano i diritti dei soci, o meglio operazioni ove la modifica dei diritti consegua di fatto, quale ulteriore effetto di una decisione⁽⁶²⁾.

E’, infine dubbio che in mancanza di una specifica delega in tal senso da parte dei soci possa ritenersi in potere dell’organo amministrativo di collocare quella parte di aumento che rimanga inoptata presso i terzi.

Infatti, secondo la dottrina la nuova disciplina in tema di sottoscrizione nella s.r.l., attribuisce “direttamente ed esclusivamente” al socio tale diritto di sottoscrizione del capitale in modo “proporzionale alla partecipazione posseduta”.

“I soci quindi non hanno – come in passato – un diritto di opzione, esercitabile nell’ambito di una operazione complessa comunque aperta anche ai soggetti terzi, ma godono di un personale diritto di sottoscrizione”⁽⁶³⁾.

Anche per collocare ciò che non viene sottoscritto dai soci sembra pertanto necessaria una espressa decisione in tal senso dei soci, visto che “l’art. 2481-*bis*, c.c., offre una visione della s.r.l. come società che, in occasione dell’aumento del capitale, si mostra essenzialmente chiusa e nella quale è tendenzialmente impossibile l’ingresso di nuovi soci rispetto a quelli originari”⁽⁶⁴⁾.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte parte della dottrina ha, pertanto, affermato che "in mancanza di una specifica autorizzazione dei soci, inoltre, la possibilità di procedere all'aumento di capitale non può comprendere anche quella di collocare la parte di aumento che rimanga inoptata. Dall'art. 2481-*bis*, secondo comma, ultima parte, c.c., si desume la necessità di una decisione in tal senso dei soci che ne disciplini le modalità" ⁽⁶⁵⁾.

Qualche dubbio desta la previsione statutaria di una delega perpetua o di molto lunga durata. Secondo parte della dottrina tale delega non porrebbe il problema di "portare di fatto all'esautorazione dei poteri della assemblea in una delle materie ed essa ontologicamente riservate" ⁽⁶⁶⁾. Ciò perché la delega "pur se di lunga durata o anche perpetua, non comporta una potestà esclusiva di aumento ma è concorrente con quella della assemblea" ⁽⁶⁷⁾.

Infine, sembrerebbe dubbio anche che, nel silenzio della delega, rientri tra i poteri dell'organo amministrativo l'adozione della previsione della scindibilità dell'aumento.

L'art. 2481-*bis*, terzo comma, c.c., dispone infatti che se l'aumento di capitale non è integralmente sottoscritto nel termine stabilito dalla decisione, il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione medesima lo abbia espressamente consentito.

La maturata importanza della regola legale dell'inscindibilità dell'aumento e la conseguente necessità che la deroga stessa sia decisa dai soci emerge sol che si pensi che, ragionevolmente, in presenza di un aumento inscindibile del capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci la mancata sottoscrizione dell'intero capitale offerto in sottoscrizione comporta anche automaticamente l'inefficacia dell'esercizio del diritto di recesso da parte dei soci non consenzienti alla delibera di aumento, indipendentemente da una deliberazione di revoca dell'operazione di aumento.

Ritenere ricompresa la scelta di scindibilità dell'aumento nella delega, indipendentemente da una espressa indicazione dei soci in tal senso, comporterebbe l'attribuzione agli amministratori del potere di determinare anche se indirettamente una nuova e diversa ripartizione del capitale sociale che porti ad una rilevante modificazione dei diritti dei soci, diversa ripartizione che sembra vada decisa dai soci non dagli amministratori.

In definitiva la tutela legislativa approntata a garanzia della parità di trattamento tra soci, che si spinge sino a prevedere, in determinate ipotesi, come regola l'unanimità, non sembra conciliarsi con una maxi delega che consenta agli ammini-

stratori di fare liberamente ciò che credono.

Non sembra correttivo sufficiente che tale facoltà di libera scelta debba essere attribuita esplicitamente nella delibera di delega, e debba ovviamente articolarsi nell'ambito delle modalità previste in generale dall'atto costitutivo per l'attuazione degli aumenti di capitale.

Tuttavia, la mancanza di una norma a precettività specifica, esistente per la s.p.a., ove l'art. 2443,c.c., richiede di stabilire limiti quantitativi (un ammontare determinato) e soprattutto, temporali (periodo massimo di cinque anni), sembrerebbe comunque consentire alla prassi statutaria di esprimere tali limiti con schemi più elastici. "Limiti quantitativi come per la s.p.a. diretti o per *relationem*, ovvero limiti temporali, sebbene ultraquinquennali. Si possono individuare anche elementi assimilabili più alla condizione che al termine vero e proprio, come qualora si prefiguri la durata della delega sino al raggiungimento di particolari risultati della società o a eventi connessi allo sviluppo di un certo *business plan*" ⁽⁶⁸⁾.

"Al più, per le s.r.l. si potrebbe prevedere un limite se non determinato, almeno determinabile, lasciando così maggior spazio all'autonomia delle parti; ad esempio tale limite potrà essere riferito ad una percentuale dell'ammontare del capitale e/o delle riserve esistenti di volta in volta al momento dell'assunzione della delibera di aumento da parte degli amministratori, in modo che il potere deliberativo degli stessi non si esaurisca, pur essendo, in relazione alla singola delibera, assoggettato ad un limite. Si potrebbe poi determinare il limite quantitativo relativamente all'importo dell'aumento di capitale (es. aumento di Euro) e non invece tenendo conto dell'importo complessivo (es. aumento fino ad Euro), e questo per evitare che una deliberazione dell'assemblea esaurisca per l'importo corrispondente la delega conferita agli amministratori" ⁽⁶⁹⁾.

Ulteriori questioni. La delega con esclusione del diritto di sottoscrizione in assenza di espressa previsione statutaria circa l'esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci.

E' dubbio se in assenza di una clausola dell'atto costitutivo che preveda che l'aumento di capitale possa essere attuato anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi - e a cui il legislatore connette il diritto di recesso del socio non consenziente - sia ammissibile una delega all'aumento del capitale che preveda l'esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci.

Sembra che la delega possa considerarsi valida, in quanto implicitamente con-

tenente la clausola di esclusione del diritto di sottoscrizione.

Ulteriore problema è se tale delega legittimi anche l'assemblea a procedere all'aumento del capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione e conseguente collocazione presso terzi del capitale.

La risposta negativa comporterebbe la creazione di una competenza esclusiva in capo all'organo amministrativo di compiere un'operazione in sé preclusa all'organo istituzionale ossia l'assemblea e pertanto non può essere condivisa.

La delega agli amministratori di aumentare il capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione "priva di correttivi statutari".

Secondo parte della dottrina "sembra permanere in capo ai soci la valutazione in base all'opportunità ed ai casi in cui escludere o limitare il diritto di sottoscrizione, inteso comunque come un diritto in astratto insopprimibile in via permanente"⁽⁷⁰⁾.

Al fine di verificare la impossibilità o, viceversa, la possibilità di delegare agli amministratori oltre che l'aumento di capitale anche la facoltà di escludere il diritto di sottoscrizione dei soci a favore dei terzi si deve verificare: se tale operazione possa trovare un limite: nella ratio stessa della delega propria del modello s.r.l.; o nella diversa disciplina in tema di s.p.a.; se esistano norme (ad esempio gli artt. 2481 e 2379, n. 5, c.c.) dalle quali si possa desumere esplicitamente o implicitamente una competenza "esclusiva" in capo ai soci circa la soppressione del diritto di sottoscrizione; se in caso di eventuale deliberazione di delega agli amministratori con facoltà per questi di escludere il diritto di sottoscrizione i soci siano posti in condizione di esercitare il diritto di recesso⁽⁷¹⁾.

In riferimento alla prima questione a motivazione della inammissibilità della delega comprendente la facoltà di escludere il diritto di sottoscrizione la dottrina ha affermato che la raccolta del capitale di rischio può nella s.r.l. essere rivolta unicamente a quello nominato e non già a quello anonimo, essendo del tutto precluso il ricorso al mercato⁽⁷²⁾. La dottrina ha aggiunto che nella s.r.l. i soci hanno un ruolo centrale e di supremazia, anche sotto il profilo gestionale, ruolo che l'autonomia statutaria può particolarmente accentuare, a differenza di quanto avviene per la s.p.a. che consacra la supremazia del management rispetto all'assemblea dei soci⁽⁷³⁾, ma probabilmente non diminuire.

La dottrina ha inoltre sottolineato che al fine di escludere l'ammissibilità nella s.r.l. di una delega agli amministratori di aumentare il capitale con facoltà in capo

agli amministratori di escludere il diritto di sottoscrizione dei soci stessi è significativo che in tema di s.p.a. il legislatore abbia sentito il bisogno di prevedere espressamente la possibilità di estendere la delega attribuendo agli amministratori il potere di escludere o limitare il diritto di opzione (art. 2443, comma primo) e, al contempo, abbia prescritto, per il conferimento di una delega siffatta, la medesima maggioranza rafforzata prevista per il caso che l'aumento del capitale sociale con compressione del diritto di opzione sia deliberato direttamente dall'assemblea (art. 2443, comma secondo) e previsto ulteriormente l'applicazione, in quanto compatibile, del sesto comma dell'art. 2441, c.c.

La mancata previsione di tali cautele nella disciplina della s.r.l. potrebbe significare che il legislatore non abbia inteso consentire in tale modello la delegabilità agli amministratori della facoltà di escludere il diritto di sottoscrizione dei soci ⁽⁷⁴⁾.

In riferimento al secondo problema nell'analizzare il disposto dell'art. 2481, c.c., la dottrina si è chiesta se, in presenza di una previsione dell'atto costitutivo che, comprimendo il diritto di sottoscrizione proporzionale dei soci, consenta, determinandone limiti e modalità, che l'aumento possa essere sottoscritto da soggetti estranei alla società, "ciò sia, oltre che necessario, anche sufficiente a legittimare gli amministratori ad offrire a terzi la sottoscrizione delle quote di aumento o se, al contrario, tale previsione statutaria sia necessaria, ma non anche sufficiente in tal senso, dovendo l'apertura ai terzi essere altresì specificatamente prevista nella delibera che ha deciso per l'aumento reale" ⁽⁷⁵⁾.

La dottrina ha risolto nel secondo senso la questione ritenendo che l'art. 2481, c.c., implicitamente preveda la necessità di una deliberazione di aumento che acconsenta espressamente all'ingresso di terzi ⁽⁷⁶⁾. Infatti, detta norma al terzo periodo del primo comma dell'art. 2481, c.c., attribuisce ai soci che non hanno consentito alla decisione che autorizza l'ingresso di terzi il diritto di recesso, e ciò per la citata dottrina "indica implicitamente che la possibilità di offrire le quote di aumento in sottoscrizione ai terzi deve essere oggetto di apposita decisione dei soci" ⁽⁷⁷⁾.

Tale conclusione, secondo la dottrina citata, permette di affermare che la previsione statutaria di apertura agli estranei non è di per se stessa sufficiente ad escludere la vigenza del diritto di sottoscrizione proporzionale in capo ai soci, in difetto – ed in ciò la centralità della figura del socio nella s.r.l. trova l'ennesima conferma – di una deliberazione di rinuncia a tale diritto – presa a maggioranza da parte degli stessi" ⁽⁷⁸⁾.

L'art. 2481-*bis*, nel consentire l'esclusione del diritto di opzione, ne subordina la decisione, non solo a una espressa previsione statutaria ed a una successiva de-

libera, ma anche al diritto di recesso del socio dissenziente, "a testimonianza dunque di come sia considerato consustanziale alla partecipazione nella s.r.l. il diritto del socio di avere e di conservare un certo ruolo nell'organizzazione" ⁽⁷⁹⁾.

Quanto affermato potrebbe riflettersi sul problema qui esaminato, potendo il disposto dell'art. 2481, c.c., come sopra interpretato, leggersi come una implicita riserva "esclusiva" di verifica dell'attualità dei limiti e modalità della esclusione del diritto di sottoscrizione al momento in cui la stessa esclusione viene posta in essere.

A ciò si aggiunge il disposto dell'art. 2479, n. 5, c.c., che prevede una competenza dei soci, riuniti in assemblea, nel caso di "decisione di operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci".

La competenza dei soci riuniti in assemblea, in tale ipotesi, sembra da ritenersi esclusiva, visto che l'articolo 2479, quarto comma, c.c., precisa che qualora nell'atto costitutivo non vi sia la previsione circa l'adozione di decisioni con metodo extra-assembleare e comunque con riferimento tra l'altro alle materie indicate nel numero 5 di detto articolo le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'art. 2479-*bis*.

Non sembra peraltro in dubbio la "rilevanza" dell'operazione di esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci, visto che tutti i diritti principali dei soci, quali il diritto di voto, il diritto agli utili ecc., sono normalmente parametrati in riferimento all'entità della partecipazione del socio al capitale e considerato che nella s.r.l. anche al titolare di una quota infima di capitale sono riconosciuti diritti sociali "individuali" pesanti.

In riferimento al terzo problema, ossia la possibilità per i soci di esercitare il recesso, nel caso di esclusione del diritto di sottoscrizione decisa dagli amministratori in forza di delega assembleare, parte della dottrina ritiene che il silenzio sull'ammissibilità di detta delega del legislatore per le s.r.l. dipenda probabilmente dal fatto che in tale tipo sociale l'atto costitutivo possa prevedere che la delibera di aumento possa sopprimere incondizionatamente il diritto di sottoscrizione, attribuendo in contropartita ai soci non assenzienti il diritto di recesso (art. 2481 *bis*, c.c.) ⁽⁸⁰⁾.

Il recesso in tal caso competerà a tutti i soci a eccezione dei soci amministratori consenzienti alla delibera di aumento ⁽⁸¹⁾.

La dottrina ha anche sostenuto che "la previsione di un recesso esercitabile da tutti i soci non è, oggi, una anomalia ed anzi ricorre legalmente sia nelle società per azioni che nelle società a responsabilità limitata: dunque non può invocarsi quale

argomento *ab inconveniente*. Quanto poi alle conseguenze di un recesso totalitario non si presentano insuperabili difficoltà, derivandone ragionevolmente lo scioglimento della società" ⁽⁸²⁾.

La dottrina ha ulteriormente precisato che l'esclusione del diritto di sottoscrizione potrebbe essere ricompresa fra le "modalità" dell'esercizio della delega la cui fissazione la legge demanda ai soci ⁽⁸³⁾.

Altra dottrina ha però obiettato a tale ricostruzione che il recesso è legittimato dal fatto che il socio non si sia espresso a favore dell'esclusione del diritto di sottoscrizione rispetto alla specifica decisione di aumento, ragion per cui rispetto ad una decisione degli amministratori potrebbe aprirsi un problema di individuazione del soggetto legittimato al recesso ⁽⁸⁴⁾.

In altre parole secondo parte della dottrina "pare arduo ammettere una delega ad aumentare il capitale con esclusione o limitazione dell'opzione, posto che il recesso in tal caso sembra essere raccordato alla posizione (di non consenziente) tenuta in relazione ad una specifica delibera di aumento di capitale alla cui assunzione i soci concorrono" ⁽⁸⁵⁾.

Non sembra convincente il correttivo apportato dalla dottrina ⁽⁸⁶⁾ di considerare tutti i soci non amministratori come non consenzienti alla deliberazione e quindi aventi diritto "tutti al recesso". Infatti, il recesso è per il legislatore della riforma diritto che spetta al socio, in quanto non consenziente alle decisioni prese dai soci con le necessarie maggioranze. In altre parole il diritto di recedere non è altro se non il riconoscimento del diritto del socio di uscire dalla compagine sociale di cui non condivide più le scelte. Il recesso a vantaggio di tutti i soci sembra possa conseguire solo alla stipulazione di un contratto di società a tempo indeterminato o che costringa il socio a rimanere in società contro la sua volontà per la presenza di clausole dell'atto costitutivo che prevedano l'intrasferibilità delle partecipazioni sociali. Negli altri casi il recesso è sempre legislativamente legato al mancato consenso del socio rispetto ad una operazione societaria che riscuota comunque il favore della maggioranza dei soci.

Come sottolineato dalla dottrina "il riconoscimento dell'*exit* presuppone che la delibera che ne autorizza l'esercizio sia valida anche in assenza del consenso unanime dei soci e costituisce la contropartita al rafforzamento del potere della maggioranza di disporre dei diritti dei soci" ⁽⁸⁷⁾.

Nemmeno convince la distinzione tra socio non anche amministratore (che subisce la decisione e non vi concorre) e socio amministratore (che come tale sarebbe l'artefice della decisione) distinzione che porterebbe ad affermare che solo al

socio non anche amministratore spetti il diritto di recesso. Infatti, il socio anche amministratore, delegato all'aumento, decide l'operazione in qualità di organo responsabile del suo operato nei confronti dei soci e delegato dai soci stessi, impregiudicata e forse anche contraria la propria opinione quale socio. Altro è agire e decidere quale organo societario delegato dai soci e responsabile nei confronti degli stessi, altro è agire e decidere come socio tra i soci.

In conclusione, secondo parte della dottrina "la centralità della figura del socio di società a responsabilità limitata, elemento cardine dell'intera riforma del tipo societario in discorso, ed il suo interesse a non veder mutata la composizione della compagine sociale è quindi ... tutelata con maggior vigore di quanto non siano le esigenze dell'intera società" ⁽⁸⁸⁾. L'evidente riprova di quanto detto emerge dal dato normativo che, a differenza di quanto previsto dalla disciplina in materia di s.p.a., non conosce "alcuna limitazione legale al diritto dei soci di poter sottoscrivere il capitale sociale in occasione di un suo aumento reale" ⁽⁸⁹⁾.

Da ciò si potrebbe ipotizzare una "indelegabilità" agli amministratori dell'esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci, perlomeno qualora ai soci stessi non sia consentito attraverso una idonea disciplina statutaria di salvaguardare la propria posizione amministrativa ed economica, eventualmente pregiudicata dall'esecuzione della delega.

La delega agli amministratori di aumentare il capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione "con correttivi statutari".

Visti i dubbi manifestati dalla dottrina riguardo la legittimità di una delega all'organo amministrativo di aumentare il capitale che comprenda anche la facoltà illimitata in capo agli amministratori di escludere il diritto di sottoscrizione dei soci sembra opportuno verificare se tale delega sia comunque ammissibile mediante adozione di alcune cautele e correttivi tesi a salvaguardare il diritto di sottoscrizione del socio.

Una prima cautela sarebbe rappresentata dalla possibilità di garantire ai soci un controllo preventivo o eventualmente successivo sull'operazione di aumento del capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione gestita dagli amministratori.

Tale cautela potrebbe trovare realizzazione attribuendo ai soci la decisione circa i presupposti che giustificano la perdita o la limitazione del diritto di sottoscrizione.

Solo se tali presupposti (soggettivi od oggettivi) sussisteranno nel momento in

cui gli amministratori decideranno di attuare la delega, sarà possibile l'operazione di aumento.

Ad esempio, qualora la società abbia bisogno di un finanziamento di un determinato gruppo finanziario e ritenga che nella trattativa possa essere rilevante la possibilità offerta ai finanziatori di diventare anche soci della società, delegherà ai propri amministratori l'aumento del capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione in favore di tali soggetti affinché siano nelle condizioni di concludere tempestivamente l'operazione.

Ad ulteriore esempio, nel caso di fissazione del sovrapprezzo alla emissione di azioni, la delega potrebbe fissare il prezzo minimo lasciando agli amministratori di aggiornarlo secondo un indice preciso tratto dall'andamento di un indice precedente all'esecuzione, ovvero una delega che consenta correzioni in eccesso o in difetto entro percentuali predeterminate correlate ad andamenti crescenti o decrescenti di indici o altri criteri simili, in relazione alla variazione dei valori patrimoniali oltre soglie predeterminate ⁽⁹⁰⁾.

In ogni caso, sarebbe necessario che agli amministratori vengano indicati criteri precisi di determinazione definitiva del prezzo, e non indicazioni generiche tali da consentire in concreto una fissazione che si sottragga ai criteri in precedenza proposti e illustrati dalla assemblea delegante.

Una diversa cautela finalizzata a lasciare maggiori poteri agli amministratori, sarebbe quella di applicare interamente la disciplina dettata a tutela del socio dall'art. 2441, sesto comma, c.c., in materia di assemblea di s.p.a. ⁽⁹¹⁾, riferendola alla deliberazione consiliare delegata nella s.r.l.

In altre parole, si potrebbe imporre agli amministratori di redigere una relazione sull'operazione, a disposizione dei soci per il suo esame prima della decisione dell'operazione

E' vero che l'informazione data ai soci attraverso il deposito delle relazioni di legge presso la sede sociale prima della deliberazione consiliare avrebbe una valenza differente rispetto allo stesso adempimento realizzato prima della delibera assembleare di aumento.

Infatti, l'informazione che precede la deliberazione consiliare non avrebbe la funzione di preparare alla discussione e al voto i soci, ma avrebbe la minor funzione di eventualmente provocare una avocazione della decisione all'assemblea su richiesta di almeno un terzo dei soci o di provocare una delibera assembleare di revoca della delega. Potrebbe, infine, essere base per un'impugnazione da parte dei soci di una deliberazione consiliare "che leda i loro diritti".

Qualora esigenze di rapidità nell'acquisizione della sottoscrizione dei terzi impediscano cautele "preventive" dei soci, si potranno prevedere cautele successive.

Si renderà opportuno escogitare negli statuti un meccanismo tale che, da una parte, imponga un termine temporale per l'esercizio del diritto di revoca della decisione in assemblea da parte dei soci, e dall'altra, impedisca di perfezionare il meccanismo di sottoscrizione delle partecipazioni scaturenti dall'aumento, in capo ai terzi, sino a quando il suddetto termine non sia spirato.

Al fine di consentire il diritto di recesso ai soci sembra che l'unica alternativa al ritenere inammissibile la delega agli amministratori di aumento del capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione sia quella di ritenere che il mancato consenso del socio che legittimi al recesso vada rilevato con riferimento alla deliberazione introduttiva della delega, pur rimanendo tale legittimazione quiescente sino al momento della decisione dell'organo delegato di aumentare il capitale e sua comunicazione al socio. In altre parole ci si troverebbe di fronte ad una sorta di spada di Damocle che non cade sinché la decisione non abbia concreta attuazione.

Tale possibilità troverebbe una qualche analogia con quanto previsto dal legislatore all'art. 2473, primo comma, c.c., secondo cui nel caso di rilevanti modifiche dei diritti dei soci di cui all'art. 2468, c.c., il diritto di recesso si connetterebbe al difetto di consenso del socio rispetto, non già a una diretta decisione di modifica dei diritti particolari dei soci, bensì a una decisione di compiere un'operazione, in questo caso la delega, che abbia come effetto ulteriore e successivo, ma come detto eventuale, la modificazione dei diritti dei soci.

Nel caso in cui la delega sia stata introdotta con la stipulazione dell'atto costitutivo della società unica alternativa alla ritenuta inammissibilità della delega agli amministratori sembra essere la previsione nell'atto costitutivo stesso di una specifica ipotesi di recesso convenzionale da esercitarsi in caso di esclusione del diritto di sottoscrizione delegata e decisa dagli amministratori, ove il presupposto del recesso è l'agire degli amministratori.

I correttivi apportati sembra possano ridurre se non annullare le conseguenze negative che potrebbero conseguire ad un utilizzo ampio ed indiscriminato della delega agli amministratori ad aumentare il capitale con facoltà di escludere il diritto di sottoscrizione dei soci a favore dei terzi. Infatti, in assenza di correttivi, il meccanismo di cui all'art. 2475-*bis*, c.c., che fa salvi i diritti dei terzi (che non abbiano intenzionalmente agito in danno della società) pur acquistati dagli stessi in virtù di un atto al quale gli amministratori non erano legittimati ⁽⁹²⁾, potrebbe determinare un danno irreversibile in capo ai soci.

Delega agli amministratori ad aumentare il capitale previa esclusione del diritto di sottoscrizione deliberata dai soci in assemblea.

E' dubbio se i soci già direttamente nell'atto costitutivo o con una modifica assembleare dello stesso possano essi soci escludere o limitare il diritto di sottoscrizione, delegando separatamente agli amministratori la sola decisione di aumentare il capitale sociale con offerta delle nuove azioni a terzi, previa valutazione della ricorrenza in concreto degli altri presupposti fissati nell'atto costitutivo.

Le possibili obiezioni alla fattibilità di tale operazione possono essere di diverso genere.

Una prima obiezione di natura sistematica, potrebbe essere quella di affermare che una delibera di esclusione o limitazione del diritto di sottoscrizione non possa godere di vita indipendente, in quanto l'esistenza o meno del diritto di sottoscrizione costituisce una modalità dell'aumento di capitale, senza il quale essa non può assumere, in sé e per sé, rilevanza giuridica. Tale affermazione potrebbe però essere contraddetta dal nuovo disposto dell'art. 2443,c.c., in materia di s.p.a. dove il legislatore innovando rispetto alla normativa previgente afferma che la delega ad aumentare il capitale "può prevedere anche l'adozione delle deliberazioni" di esclusione del diritto di opzione. La qualifica di deliberazione assegnata alla decisione di escludere l'opzione sembrerebbe affrancare tale decisione dalla qualifica di mera modalità dell'aumento di capitale.

La minor complessità procedimentale della delega nella s.r.l., che non prevede né la relazione degli amministratori sulle ragioni dell'esclusione del diritto di sottoscrizione, né il parere del collegio sindacale sulla congruità del prezzo di collocazione delle quote, azzera l'obiezione ragionevole nel caso di s.p.a. che l'ampio margine di tempo che può incorrere tra la previsione statutaria di esclusione del diritto di sottoscrizione e l'aumento di capitale possa svuotare di ogni contenuto informativo la relazione dell'organo amministrativo e di ogni contenuto di controllo il parere del collegio sindacale.

L'ultima obiezione alla ammissibilità di tale operazione potrebbe essere di natura sostanziale ed essere rappresentata dall'osservazione che l'interesse della società a sopprimere il diritto di sottoscrizione debba essere attuale, cioè contemporaneo all'aumento di capitale e che questo interesse, presente nel momento della delega, possa non esserlo nel momento dell'aumento del capitale, fuori gioco l'assemblea che non sarebbe più in grado di dare alcun giudizio in merito. Tale o-

biezione non tiene però conto del fatto che l'assemblea, come ha conferito all'organo amministrativo il potere di aumentare il capitale sociale, così può revocarglielo prima che esso sia stato esercitato. La revoca della delega sembra possa essere anche implicita allorché l'assemblea, scavalcando gli amministratori deliberi essa stessa l'aumento del capitale. Viceversa, la mancata revoca vale come tacita conferma del permanere dell'interesse sociale.

Al fine di ulteriormente garantire i soci si potrà nell'atto costitutivo prevedere che gli amministratori prima di procedere all'aumento diano tempestiva comunicazione ai soci. In tal caso sarà in facoltà di uno degli amministratori o di tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale richiedere una decisione collegiale assembleare dei soci *ex art. 2479* primo comma, c.c.

Infatti, la facoltà sopra prevista se consentita nel caso di decisioni di competenza diretta degli amministratori sembra a maggior ragione applicabile anche al caso di decisioni di competenza dell'assemblea semplicemente delegate all'organo amministrativo.

Resta inteso che il diritto di recesso spetterà al socio dissenziente nella deliberazione dei soci non in virtù della delibera di mera esclusione del diritto di sottoscrizione, ma in esito alla decisione di aumento del capitale adottata dagli amministratori che concretizza l'esclusione già deliberata dai soci.

Carlo Alberto Busi

-
- (1) Il presente studio ripropone con alcune integrazioni quanto da me scritto in *S.p.a. – S.r.l. operazioni sul capitale*, Milano, 2004, 365, s.s.
 - (2) V. Trib. Cosenza, decr., 24.1.1986, in *Società*, 1986, 637; Trib. Napoli, decr., 1.9.1992, in *Società*, 1993, 354; Trib. Lecce, decr., 20.2.1990, in *Società*, 1990, 686; Trib. Udine, decr., 9.4.1994 e App. Trieste, decr., 6.7.1994, in *Società*, 1994, 1505; in dottrina: Consenz, *Su alcune questioni in tema di delega all'aumento del capitale sociale conferita agli amministratori di s.r.l.*, nota a Trib. Roma, 18.11.1997, in *Iure Praesentia*, 1999, 57.
 - (3) V. Pescatore, in *Manuale di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 1999, 406.
 - (4) V. Buttarò, *Diritto commerciale*, Bari, 1995, 137.
 - (5) V. Belviso, *Delega per gli aumenti del capitale sociale e riforma organica delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2004, 1340.
 - (6) V. Belviso, *op. cit.*, 1340.
 - (7) V. Lambertini, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2005, 348.
 - (8) V. Lambertini, *op. cit.*, 349.

- (9) V. Tricomi, *ult. cit.*, 69.
- (10) V. Notari, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, in A.a.V.v., *La nuova s.r.l. Colà dove si puote*, Bologna, 325; Santus-De Marchi, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2003, 75; Reviglione, *sub art.* 2468, in A.a.V.v., *Il nuovo diritto societario*, in *Comm.* diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, Vol. 2, 1807; Cagetti, *Le quote di partecipazione: spunti di riflessione*, in A.a.V.v., *La nuova s.r.l.*, Milano, 2004, 113; Perrino, *La rilevanza del socio nella s.r.l.*, in A.a.V.v., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 133.
- (11) V. Sull'argomento Balzanelli e Meneghetti, *L'aumento gratuito del capitale può discriminare i soci della s.r.l.*, in *L'esperto risponde inserto de Il Sole-24 ore*, 12,11, 2005, 2024.
- (12) V. Irrera, *sub art.* 2475 *ter c.c.*, in A.a.V.v., in *Il nuovo diritto societario* a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, vol. 2. 1873. Olivero, *Gli amministratori di S.r.l.*, Torino, 2005, 178; Caccavale, *L'amministrazione, rappresentanza e i controlli*, in A.a.V.v., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 342; Abriani, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in A.a.V.v., *Diritto delle società di capitali manuale breve*, Milano, 2003, 221.
- (13) V. Olivero, *op. cit.*, 180.
- (14) Del problema si avvedono Baralis-Ferrero, *L'invalidità delle decisioni collegiali e non, con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata* in A.a.V.v., *Studi e Materiali*, C.N.N., Milano, 2004, 331, i quali forzando però palesemente il dato normativo affermano che le deliberazioni di aumento del capitale delegato assumerebbero le stesse connotazioni d'invalidità che sarebbero proprie dell'organo delegante (con applicazione dei relativi rimedi, anche in ordine alla legittimazione individuale all'impugnativa).
- (15) V. Rocchi, *Operazioni sul capitale: delega limitata per l'organo amministrativo*, in *Dir. e prat. delle soc.*, dossier n. 1, *Società a responsabilità limitata*, aprile 2005, 33.
- (16) V. Cerrato, *Sub artt.* 2481-2481-*ter*, in A.a.V.v., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, Vol. II, 1951.
- (17) V. Belviso, *op. cit.*, 1338, nota 29.
- (18) V. Belviso, *op. cit.*, 1338.
- (19) In tal senso però ancora: Nigro, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Dir. della pratica e del mercato finanziario*, 2004, 10; Santoni, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Dir e giur.*, 2003, 235, secondo cui ritenere che la regola di maggioranza sia derogabile, verso l'alto, fino a reputare consentita l'unanimità, permetterebbe di ritenere derogabile del tutto lo stesso principio di maggioranza, che invece permea il funzionamento dei collegi imperfetti.
- (20) V. Abriani, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in A.a.V.v., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, 208; D' Andrea, *Assemblea dei soci con competenza limitata*, in *Dir. e prat. delle soc.*, 2003, n. 5, 22; Meoli, in A.a.V.v., *Le novità fiscali e civilistiche della s.r.l.*, Milano, 2004, 264; in senso dubitativo Plattner, in A.a.V.v., *La società a responsabilità limitata*, a cura di Bellezza e Gubitosi, Piacenza, 2003, 310.
- (21) V. Nigro. *op. cit.*, 11.
- (22) V. Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 266.
- (23) Con l'Errata corrige del 4 luglio 2003, n. 153, pubblicato nel supplemento ordinario n. 8/L alla Gazzetta Ufficiale – Serie generale – n. 17 del 22 gennaio 2003.
- (24) V. Picciau, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in A.a.V.v., *La nuova s.r.l.*, Milano, 2004, 244.

- (25) V. Picciau, *op. cit.*, 244.
- (26) V. Bartalena, *Sub art.* 2481, in A.a.V.v., *Società di capitali*, a cura di Niccolini Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, Vol. III, 1657; in tal senso anche Pinna, *Sub art.* 2481, 2078; Venturato, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Le nuove società, Il Sole-24 ore*, 2003, 224.
- (27) V. Pinna, *Sub art.* 2481, in A.a.V.v., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, Vol. III, 2078.
- (28) V. Marchisio, *La deliberazione presa per iscritto nell'amministrazione della s.r.l.: riflettendo su amministrazione congiuntiva e amministrazione collegiale*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 103.
- (29) V. Marchisio, *ult. cit.*
- (30) La dottrina ritiene "non corretto impostare il problema in termini di netta contrapposizione tra amministrazione disgiuntiva e collegiale. In realtà occorre distinguere tra versante interno ed esterno dell'amministrazione" Bolognesi, *L'amministrazione delle società a responsabilità limitata dopo la riforma*, in *Impresa c.i.*, 2004, 455 ss. Secondo una diversa interpretazione "quando i soci scelgono l'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, anche la redazione del bilancio sarebbe di competenza individuale di ogni amministratore (nella disgiuntiva) o di tutti all'unanimità (nella congiuntiva), A.a.V.v., *Memento pratico – Società commerciali 2004 – Ipsos-Francis Lefebvre*, Milano, 2003, 722.
- (31) V. Cerrato, *op. cit.*, 1954.
- (32) V. Cerrato, *op. cit.*, 1954.
- (33) V. Cagnasso, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione*, in *Riv. soc.*, 2005, 163.
- (34) V. Oliviero, *Gli amministratori di s.r.l. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 141; Caccavale, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in A.a.V.v., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 337.
- (35) V. Oliviero, *op. cit.*, 141.
- (36) Peraltro l'amministrazione congiuntiva porta come correttivo legale la previsione dell'art. 2258 terzo comma, c.c., secondo cui "nei casi preveduti da questo articolo, i singoli amministratori non possono compiere da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società".
- (37) V. Caccavale, in A.a.V.v., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 338.
- (38) V. Caccavale, *op. cit.*, 338; Granelli, *Amministrazione e controllo nella s.r.l.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Di Cagno, Bari, 2004, 204.
- (39) V. Pinardi, *La trasformazione*, Milano, 2005, 168.
- (40) V. Cagnasso, *op. cit.*, 164.
- (41) V. in tal senso Racugno, *Le modificazioni del capitale sociale*, in *Riv. Soc.*, 2003, 816; Cagnasso, *Problemi aperti in tema di s.r.l.: scioglimento, operazioni sul capitale, trasferimento quote*, in *Società*, 2005, 13.
- (42) V. Rocchi, *op. cit.*, 32.
- (43) V. Giuliani, *Delega per l'aumento di capitale nella s.p.a.*, in *Riv. Not.*, 1962, 789.
- (44) V. Rocchi, *op. cit.*, 33.
- (45) V. Rocchi, *op. cit.*, 33.
- (46) V. Rocchi, *op. cit.*, 33.
- (47) V. Cagnasso, *op. cit.*, 1337; Mariconda, *Operazioni sul capitale, scioglimento, liquidazione*, in *Studi e materiali*, Atti del Convegno La riforma del diritto societario. Le riflessioni del notariato, Vol. II, Milano, 2004, 165.

- (48) V. Cagnasso, *op. cit.*, 1337. Inoltre, all'assemblea sembra debba comunque sempre spettare il diritto di effettuare la revoca della deliberazione di aumento del capitale adottata dall'organo amministrativo, qualora la stessa abbia originato l'esercizio del diritto di recesso di uno o più soci (è quanto si verificherebbe, qualora la si ritenga ammissibile, nel caso di delega con facoltà di escludere il diritto di sottoscrizione dei soci), sembrando corretto che siano i soci a dover valutare le conseguenze derivanti dall'operazione in modo da evitare, se del caso, la possibile liquidazione della società, in mancanza di patrimonio sufficiente per il pagamento della quota al socio receduto.
- (49) V. Ferri, *Il nuovo sistema delle omologazioni societaria: prime applicazioni*, in *Notariato*, 2001, 578.
- (50) Sull'argomento vedi ampiamente: Busi, *Cenni in tema di efficacia delle deliberazioni modificative*, in corso di pubblicazione in *Vita not.*, 2005, n. 2.
- (51) V. Pavone La Rosa, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 185.
- (52) V. Trib. Trento, 11.1.2001, in *Società*, 2001, 317. Sull'argomento vedi anche Trib. L'Aquila, 26.5.2001, in *Società*, 2001, 1365, con nota di Salafia, *Presupposti per l'introduzione del procedimento omologatorio*.
- (53) V. Carlino, *Aumento di capitale oneroso dopo la riforma delle società*, in *Gazz. Not.*, 2004, 296
- (54) V. Bolognesi, *Il sistema dei controlli nelle fasi costitutiva e modificativa della società per azioni dopo la riforma del 2003*, in *Impresa c.i.*, 2003, 1952.
- (55) V. Massima n. 47, in *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, Milano, 2005, 82.
- (56) In tal senso sembra potersi interpretare la massima n. 69 della Commissione del Consiglio notarile di Milano laddove prevede che "si reputa legittimo che le deliberazioni soggette a iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436, c.c., contengano la delega ad amministratori... affinché apportino alle deliberazioni stesse le modifiche eventualmente richieste al fine di sopperire alla mancanza di condizioni previste dalla legge per l'iscrizione nel registro delle imprese."
- (57) V. Racugno, *op. cit.*, 815.
- (58) V. Busani, *op. cit.*, 588.
- (59) Sul punto vedi Pinna, *op. cit.*, 2075.
- (60) V. Giannelli, *Le operazioni sul capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, 788, secondo il quale è inammissibile una delega in bianco vuoi per durata che per l'ammontare dell'aumento; Siscaro, *La nuova disciplina dell'aumento di capitale in s.p.a. ed s.r.l.*, in *Impresa c.i.*, 2004, 1720, secondo cui appare poco coerente a livello sistematico ritenere possibile una sorta di maxidelega o delega in bianco agli amministratori di s.r.l..
- (61) In tal senso Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Olivieri-Prestivella, Bologna, 2003, 271.
- (62) V. Perrino, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 821; vedi sul punto anche Enriques, Sciolla e Vaudano, *Il recesso del socio di s.r.l.: una mina vagante nella riforma*, in A.a.V.v., *Contributi alla riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2004, supp. al n. 3, 2004, 755.
- (63) V. Tricoli, *ult. cit.*, 69.
- (64) V. Pinna, *Sub art. 2481-bis*, in A.a.V.v., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, Vol. III, 2085.
- (65) V. Meoli, in A.a.V.v., *Le novità fiscali e civilistiche della s.r.l.*, 2004, 286.
- (66) V. Carlino, *L'aumento di capitale come modifica di atto costitutivo*, in *Gazzetta notarile*, 2004,

303.

- (67) V. Carlino, *op. cit.*, 303.
- (68) V. Rocchi, *op. cit.*, 32.
- (69) V. Accettura, *Le Modificazioni dell'atto costitutivo di s.r.l.*, in A.a.V.v., *La nuova s.p.a. e la nuova s.r.l.*, a cura di Bauco, per Fondazione Aristeia, 196.
- (70) V. Siscaro, *op. cit.*, 1724.
- (71) L'art. 2473, primo comma, c.c., testualmente circoscrive la possibilità di recesso alle sole operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma, c.c., tralasciando l'ipotesi di altre modificazioni dei diritti dei soci (art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c.), diverse da quelle di cui all'art. 2468, quarto comma, c.c. "Parrebbe quindi potersi desumere che tutte le decisioni di compiere operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci spettano inderogabilmente ai soci stessi (art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c.), ma solo quelle sui particolari diritti *ex art.* 2468, terzo comma, c.c., permettono il diritto di recesso per chi non vi consenta", v. Lanzio, *Il recesso del socio di s.r.l.*, in *Società*, 2004, 153. Il problema non rileva nello specifico caso qui esaminato visto che comunque l'esclusione del diritto di sottoscrizione specificamente comporta diritto di recesso *ex art.* 2481, primo comma, c.c..
- (72) V. Racugno, *op. cit.*, 815; Racugno, *La struttura personalistica della s.r.l.*, in *Riv. giur. sarda*, 2003, 879.
- (73) V. Ferraro, *La società a responsabilità limitata fra principio di tipicità e flessibilità modulare*, in *Impresa*, 2003, 494.
- (74) V. Bartalena, *op. cit.*, 1656.
- (75) V. Pinna, *Sub art.* 2481, in A.a.V.v., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, Vol. III, 2088.
- (76) V. Pinna, *op. cit.*, 2088.
- (77) V. Pinna, *op. cit.*, 2088.
- (78) V. Pinna, *op. cit.*, 2088.
- (79) V. Benazzo, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1070.
- (80) V. Salafia, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, *Società*, 2003, 11; Vitobello-Dente, *Le società di capitali*, Napoli, 2005, 420.
- (81) V. Magliulo, *La modificazione dell'atto costitutivo*, in A.a.V.v., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 424.
- (82) V. Cerrato, *op. cit.*, 1977.
- (83) V. Cerrato, *op. cit.*, 1976.
- (84) V. Maltoni, *Le deleghe agli amministratori per le operazioni del capitale*, in A.a.V.v., *Il nuovo statuto delle s.r.l.*, Forlì, 2003, 157.
- (85) V. Marchetti, *op. cit.*, 284; Busani, *op. cit.*, 588; Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 265, Mariani, *op. cit.*, 22..
- (86) V. Magliulo, *op. cit.*, 425.
- (87) V. Calandra Buonauro, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 294.
- (88) V. Pinna, *op. cit.*, 2086.
- (89) V. Pinna, *op. cit.*, 2086.
- (90) V. Trib. Vicenza, 23.3.1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, 566.

- (91) V. quanto da me scritto in *S.p.a. – S.r.l. operazioni sul capitale*, Milano, 2004, 328, s.s.
- (92) V. Pinna, *op. cit.*, 2089.

(Riproduzione riservata)