

Ruggero Vigo

I “particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società” e gli equilibri fra soci di s.r.l.

1. La s.r.l. non è il modello societario idoneo a raccogliere il capitale di rischio diffuso fra il pubblico, e nella sua compagine non si forma la contrapposizione fra soci di comando e soci risparmiatori, che si rinviene nella grande s.p.a.

Pur tuttavia, anche i soci della s.r.l. possono essere portatori di interessi diversi, anche i soci della s.r.l. possono essere muniti di forza diseguale, anche nella s.r.l. gli equilibri iniziali possono mutare nel corso del tempo.

Si assume, dunque, che un socio (o taluni soci, o ciascun socio) ottenga nell’atto costitutivo il riconoscimento di interessi egoistici extrasociali mediante l’attribuzione di “particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società”.

Che possa essere anche questa la ragion d’essere dei particolari diritti amministrativi non è cosa evidente, giacché l’art.2468, co.3, c.c. non indica quali sono gli interessi dei quali i soci perseguono in tal modo la tutela. Certo, il socio potrebbe riservarsi diritti amministrativi particolari per mettere a servizio della società specifiche competenze o abilità: ad esempio, in occasione del passaggio generazionale, un socio potrebbe trasferire ai familiari talune quote della s.r.l., pur conservando per sé particolari poteri amministrativi, superiori a quelli che gli spetterebbero in relazione alla quota trattenuta. Quando è così, tali diritti sono funzionali a perseguire lo scopo comune, cioè lo scopo di lucro (1).

Se è plausibile che uno o più soci esercitino poteri amministrativi particolari in considerazione di speciali competenze, o di legami familiari con altri soci, o in ragione delle vicende che attengono alla storia dell’impresa, non si possono tuttavia escludere diverse ipotesi, che la dottrina non ha mancato di segnalare (2), e della cui frequenza nella realtà effettuale non saprei francamente indicare alcun indice.

2. E’ un fatto, però, che l’art.2468, co.3, c.c. parla di “diritti” del socio e li affianca ai “particolari diritti” che riguardano la distribuzione degli utili, e già questo suggerisce l’ipotesi che tanto i diritti agli utili, quanto i diritti amministrativi possano soddisfare un interesse egoistico del socio.

¹ A.Daccò, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F.Campobasso*, 3, Torino, 2007, p. 396-400.

² R.Santagata, *I diritti particolari dei soci*, in AA.VV., *S.r.l., commentario dedicato a G.B. Portale*, Giuffrè, 2011, p.284 s.

Inoltre, quando l'atto costitutivo attribuisce a uno o più soci "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società", ne risulta modificato l'ordinario processo decisionale della s.r.l. Mediante clausole siffatte, l'atto costitutivo altera il processo con cui i soci prendono le loro decisioni, se il particolare diritto interferisce con le loro competenze; altera il processo decisionale degli amministratori, se il particolare diritto interferisce con le competenze di questi ultimi.

Un esempio del primo ordine è la clausola statutaria che prevede che il socio proponga agli altri soci una rosa di nomi fra i quali eleggere gli amministratori, oppure che quel socio abbia un potere di veto sui nomi a lui non graditi; un esempio del secondo ordine può essere il diritto del socio di scegliere il fornitore dal quale la società acquista una materia prima.

In un caso il socio privilegiato assume un ruolo maggiore in decisioni alle quali egli avrebbe comunque concorso con gli altri soci; nel secondo caso il socio acquisisce poteri decisionali in materie dalle quali sarebbe stato escluso, e che sarebbero state riservate agli amministratori.

Si può ritenere allora che alle clausole dell'atto costitutivo che attribuiscono "particolari diritti amministrativi" i soci ricorrono anche per disciplinare l'acquisizione e la distribuzione del controllo sulla società. E poiché chi ha il controllo della società è in condizione di soddisfare interessi economici personali diversi dall'interesse a partecipare alla ripartizione degli utili d'impresa, i particolari diritti amministrativi nella s.r.l. consentono a taluni soci, quelli "forti", di soddisfare propri interessi economici egoistici. ⁽³⁾

Si assume quindi che i diritti particolari amministrativi non sono necessariamente riconosciuti ai soci più capaci o ai soci che vantano meriti e

³ Il fenomeno dei benefici privati del controllo è noto agli interpreti ed è oggetto di trattazione anche manualistica (Jaeger-De Nozza-Toffoletto; Presti-Rescigno). Di solito, si parla dei profitti personali in relazione alla grande impresa gestita dalla società per azioni a capitale diffuso. A tal riguardo il problema dei benefici extralucrativi del controllo coincide in larga parte con il problema di tutelare i soci risparmiatori (che certo a quei benefici non hanno accesso) dai soci di comando (che potrebbero anteporre la ricerca di profitti personali extralucrativi al perseguimento dello scopo comune lucrativo). Inoltre, la grande impresa, presumibilmente ben più della piccola, è capace di generare quelle occasioni di affari e quelle opportunità di rapporti con altre iniziative economiche che fanno capo agli stessi soci da cui promana la ricchezza extralucrativa.

Ma anche l'impresa non grande, o meglio, anche l'impresa a capitale non diffuso, può creare l'occasione di profitti diversi dal lucro. Anche nella s.r.l. i soci, siano essi persone fisiche o altre società, possono svolgere attività e avere interessi personali diversi da quelli interni alla s.r.l. Anche i soci della s.r.l. sono capaci di creare rapporti e interferenze fra l'impresa sociale e le loro iniziative private, e possono concordare fra loro l'attribuzione dei conseguenti vantaggi personali.

Ed anche nella s.r.l. il legislatore può regolare questo fenomeno, benché in modo e con obiettivi diversi da quelli relativi alla grande s.p.a., non essendovi l'esigenza di tutelare classi di soci risparmiatori dal socio di comando. In relazione alla s.r.l. il legislatore deve dunque decidere se vietare l'acquisizione di tali profitti, se ignorarla e quindi tollerarla, o se dare ad essa dignità giuridica, e solo in questo ultimo caso decidere anche come contemperarla con la ricerca dello scopo comune, cioè con la ricerca dello scopo lucrativo.

benemerienze particolari. Piuttosto, sono conquistati da uno, da alcuni o sono ripartiti in varia misura fra tutti i soci in ragione della loro forza contrattuale e della loro aspirazione (e attitudine) a volgere a proprio vantaggio le opportunità create dall'esercizio dell'impresa comune.

Ed invero la legge delega per la riforma del diritto societario volle che fossero ampliati "gli ambiti dell'autonomia statutaria, tenendo conto della esigenza di tutela dei diversi interessi coinvolti" (art.2, co.1, lett.d.). Con tale direttiva la legge prese in considerazione il fenomeno dei profitti personali dei soci e consentì loro di recepire all'interno degli equilibri societari l'interesse ad acquisire benefici privati, anche quelli antagonisti rispetto allo scopo comune lucrativo.

L'art. 2468, co.3, c.c., ha dato attuazione a tale direttiva e ha consentito che negli statuti di s.r.l. sia disposta l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società. Avvalendosi dei poteri derivanti da tale clausola un socio può imporre alla società decisioni che gli arrecano profitti personali (4).

A differenza del codice del 1942, ora il legislatore comincia a superare la tradizionale ritrosia a prendere atto che taluni soci esercitano la propria influenza sulla società per procacciarsi "ritorni" aggiuntivi rispetto agli utili che essi devono dividere con ogni altro socio.

Forse ciò è avvenuto anche perché la riforma è maturata in un periodo in cui la letteratura economica discute senza remore dei "*private benefits*", sia pure in un'ottica ristretta, e cioè, soltanto in riferimento ai costi di agenzia nella s.p.a. controllata dai soci di comando (5); mentre l'economia aziendale li prende in considerazione al fine di valutare quale premio di maggioranza meriti colui che trasferisce il controllo della società.

Per conseguenza, all'inizio del nuovo secolo la legge prende atto che, pur essendo costituita per soddisfare un interesse comune, l'impresa sociale è

⁴ Daccò, *op.cit.*, p. 404.

⁵ Gli economisti hanno formulato la locuzione "benefici privati del controllo" riflettendo sull'efficienza dei mercati finanziari. Essi prendono in esame le società quotate nei mercati regolamentati e mettono a confronto i costi di agenzia nelle società a proprietà diffusa e nelle società in cui vi è un socio di controllo. Nelle prime agenti sono gli amministratori, nelle altre, il socio di comando. [Il paradigma principale/agente potrebbe essere riferibile anche alla società ed ai suoi soci, benché il principale sia ravvisabile nella collettività degli agenti, e nonostante che lo scopo che egli persegue sia la creazione di ricchezza da distribuire agli agenti. Ne suggeriscono l'uso P.G.JAEGER, F.DE NOZZA, A.TOFFOLETTO, *Appunti*, cit. p.197.]. In ambo i casi il problema è fare in modo che colui che gestisce l'impresa assuma le decisioni ottimali al fine di accrescere il reddito dell'impresa, a preferenza di decisioni subottimali che recano a lui stesso benefici personali, ma non creano ricchezza per gli (altri) azionisti (v. al riguardo le considerazioni critiche di L.SPAVENTA, *Governo societario e assetti proprietari. Nota su un teorema non dimostrato*, in *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Le nuove funzioni degli organi societari. Verso la Corporate Governance?*, Milano, Giuffrè, 2002, p.40 ss. Sui benefici privati dei soci di comando, A.ZATTONI, *L'assetto istituzionale delle imprese italiane*, Milano, Egea, 2004, p.105; G.BERTOLI, *Public company e riforma dei sistemi di governo delle imprese italiane*, in *Finanza, marketing e produzione*, 1997,93 ss.; M.BIGELLI e S.MENGOLI, *Acquisizioni di imprese e benefici privati dei gruppi di controllo: alcune evidenze empiriche per il mercato italiano*, in *Finanza, marketing e produzione*, 1999, 87 ss.; AIROLDI, Brunetti, Coda, Corso di economia aziendale, Bologna, il Mulino, 2005, 559 ss.

idonea a perseguire anche interessi personali di alcuni o di tutti i soci. Il legislatore del 2003 non trova imbarazzante che la società coltivi interessi diversi da quello lucrativo; e ritiene di non poter ignorare il fenomeno, ma di doverlo regolare allo scopo di evitare che la produzione di quei benefici arrechi (eccessivo) pregiudizio alla società.

3. In questa sede si esamina solo un profilo della problematica attinente ai profitti extralucrativi, mettendo a confronto le norme relative ai patti parasociali nella s.p.a. e le norme riguardanti i “particolari diritti dei soci” nella s.r.l.

Tanto i “particolari diritti riguardanti l’amministrazione” che i soci si assegnano fra loro nell’atto costitutivo della s.r.l. (art.2468, co.3,c.c.), quanto i patti parasociali stipulati dagli azionisti (art.2341 bis, c.c.), accrescono l’influenza di taluni soci sulle decisioni sociali.

Il codice consente che le pattuizioni dei soci intervengano a tal fine, ma istituisce due percorsi distinti, in quanto prevede che gli accordi degli azionisti restino fuori dallo statuto, e consente che gli accordi dei quotisti siano inseriti nell’atto costitutivo.

Pertanto solo le pattuizioni dei quotisti modificano il processo deliberativo legale, mentre gli accordi degli azionisti non lo alterano, ma lo svuotano in modo più o meno profondo, nel senso che, per effetto dei patti parasociali, gli organi societari divengono la sede nella quale la volontà della s.p.a. è formalizzata, ma non (necessariamente) formata. Infatti, i soci continuano a riunirsi in assemblea e l’assemblea continua a deliberare ciò che alcuni soci hanno già concordato in precedenza. Similmente può avvenire con riguardo alle deliberazioni di competenza degli amministratori, nella misura in cui essi sono guidati dai soci di comando.

4. L’art. 2341 bis, c.c. enuncia che i patti parasociali sono stipulati al fine di stabilizzare il governo della società. Ed effettivamente i soci di comando intendono dare un indirizzo stabile all’impresa. Ma tale stabilità non è il fine ultimo del patto. Piuttosto, è un presupposto per influenzare il governo dell’impresa onde trarne benefici personali, nei limiti in cui le norme non lo vietano. I soci di comando danno alla società l’indirizzo che risulta dalla combinazione degli interessi personali di ciascuno di loro.

Forse coglierebbe nel segno chi leggesse così l’art.2341 bis: i patti parasociali sono muniti di efficacia giuridica perché hanno il merito di stabilizzare il governo della società, anche se sono lo strumento con il quale alcuni soci pongono le basi per spartirsi la ricchezza extralucrativa generata dall’impresa comune.

La stabilità del governo dell'impresa giustifica e bilancia la acquisizione di benefici estranei alla causa del contratto di società. Il gruppo di comando assicura la stabilità utile allo scopo lucrativo, e ciò rende tollerabile che esso stesso usi la società anche per una finalità non istituzionale, cioè non lucrativa.

Peraltro, l'art.2341 bis, c.c. non spiega come possa derivare stabilità del governo della società da accordi fra i soci, se questi ultimi non partecipano a tale governo, almeno nel senso che l'attività gestionale non compete a loro, ma agli amministratori, che non sono subordinati alle decisioni dell'assemblea. Implicitamente, dunque, la legge ammette che i soci sono capaci di esercitare un'influenza sugli amministratori. E proprio mediante i patti parasociali i soci coordinano l'influenza che ciascuno di essi è in grado di produrre.

La recente riforma della s.p.a. non ha inteso formalizzare il legame che intercorre nei fatti fra azionisti di comando e amministratori. Salvo che nella disciplina del gruppo, il codice non ha istituito la responsabilità dei soci di comando per l'influenza esercitata sugli amministratori, non ha riconosciuto efficacia giuridica agli ordini o alle direttive o alle raccomandazioni rivolti dai soci agli amministratori, non ha imposto la pubblicità di tali direttive. Ha deciso di lasciare nell'ambito del non giuridico tutta questa area, "traslando" il controllo sulla legittimità delle decisioni dei soci di comando ad un livello successivo, e cioè sulle delibere degli amministratori. La legge ha ritenuto che il controllo giuridico sull'uso che i soci di comando fanno del loro potere nei confronti degli amministratori debba essere esercitato al momento in cui gli amministratori assumono le decisioni gestionali. Solo in questo momento (mediante le disposizioni sulla validità delle delibere consiliari, sugli interessi degli amministratori, sulle parti correlate) si deciderà se la ricerca di profitti personali dei soci, posta in essere dai loro amministratori, è da tollerare o da reprimere.

5. Nella s.r.l. il legislatore del 2003 sperimenta un atteggiamento più "sincero" in quanto lascia che i soci modifichino i procedimenti decisionali anche formalmente e non solo nella realtà fattuale; e a tal fine non si fa scudo dell'esigenza di dare stabilità al governo dell'impresa, ma consente che i soci perseguano profitti non lucrativi in modo aperto e talvolta anche diretto.

Nella s.p.a. la legge non attribuisce ai soci di comando il potere giuridico di guidare le decisioni degli amministratori, sicché il legame fra i soci di controllo e i componenti dell'organo amministrativo resta sul piano del mero fatto.

Nella s.r.l. la legge compie finalmente questo passo e attribuisce esplicitamente ai soci che se ne muniscono il potere di dettare le loro decisioni agli amministratori.

Peraltro, conseguenza di questa decisione è che i “particolari diritti” amministrativi divengono troppo forti in quanto non hanno limiti di tempo, prescindono dai cambiamenti degli equilibri societari, e non sono sottoposti al limite del conflitto di interessi.

Il legislatore del 2003 ha avvertito questo rischio e, mentre ha riconosciuto quei diritti, ha deciso di ridimensionarli. Non lo ha fatto sottoponendoli ad un termine (anche se niente impedisce che lo facciano i soci), ma consentendo che essi siano modificati a maggioranza (art.2468, co.4), se così vogliono i soci nell’atto costitutivo. Ma soprattutto (in considerazione della inapplicabilità del conflitto di interessi) ha inteso indebolire questi diritti con una soluzione originale, e cioè introducendo la norma che consente ai soci di deliberare a maggioranza il compimento di operazioni che comportano una “rilevante modificazione dei diritti dei soci” (art.2479, co.2, n.5, c.c.).

L’art.2479 c.c. prevede che in tal caso il diritto particolare del socio subisca una “rilevante modificazione”, ma non vi è chi non veda che esso è, piuttosto, violato. In questo caso la delibera dei soci è contraria ad una clausola dell’atto costitutivo, e tuttavia essa è valida. Il particolare diritto del socio si indebolisce perché non è munito di tutela reale, né di tutela obbligatoria, non essendovi un danno ingiusto da risarcire. In tal modo il potere del socio è precario in quanto la sua volontà prevale su quella degli amministratori, ma soccombe di fronte a quella degli altri soci.

E’ questa una regola nuova e non intuitiva, giacché –salvo patto contrario- i particolari diritti di alcuni soci possono essere modificati solo con il consenso di tutta la compagine sociale (art.2468, co.4, c.c.), e però la maggioranza può modificarli in modo rilevante deliberando il compimento di specifiche operazioni. Si è parlato allora di modificazioni indirette ⁽⁶⁾, si è distinto fra oggetto ed effetto della decisione ⁽⁷⁾.

In ogni caso, consentendo ai soci di deliberare il compimento di operazioni che modificano i particolari diritti, la legge istituisce un controllo profondamente diverso da quello della s.p.a., che si pone sul piano della legittimità. Qui invece c’è un controllo di merito affidato agli altri soci. In questo senso la pretesa ad acquisire profitti extralucrativi è debole, giacché gli altri soci possono rimuoverla di volta in volta.

⁶ Daccò, *op.cit.*, p.410-2; R.Santagata, *op.cit.*, p.302; G.Zanarone, *Della società a responsabilità limitata, I*, ne il codice civile, commentario, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010, p.538;II, p.1266, 1358.

⁷ Daccò, *op.cit.*, p. 412

Nella s.r.l. il conflitto fra l'interesse sociale e l'interesse particolare del socio privilegiato è risolto con una valutazione di merito e non di legittimità, affidata alla collettività dei soci e non al giudice. Pertanto non basta al socio ottenere l'inserimento del suo particolare diritto nell'atto costitutivo. Occorre anche che nel corso dell'esercizio dell'impresa egli conservi il consenso della maggioranza del capitale sociale.

6. Nella prospettiva prescelta si coglie la ragione di un regime legale così inconsueto rilevando che la legge si dà carico di temperare nell'ambito della medesima impresa la ricerca di due scopi distinti: lo scopo sociale lucrativo e lo scopo personale del socio privilegiato. Entrambi gli scopi hanno dignità nella s.r.l. il cui atto costitutivo istituisca particolari diritti amministrativi.

Talvolta questa compresenza non crea alcun problema perché i due scopi possono essere perseguiti congiuntamente, in quanto il socio delibera di compiere un'operazione che giova tanto al suo interesse quanto allo scopo comune lucrativo. In altri casi non vi è un conflitto attuale perché, esercitando il suo diritto, il socio non trae immediatamente alcun beneficio personale, anche se pone le premesse per farlo in futuro: è quel che avviene, ad esempio, quando il socio compila una lista nel cui ambito l'assemblea delibera la nomina degli amministratori. Ma vi è anche il caso in cui il socio prende una decisione che comporta un suo immediato beneficio personale e nuoce o può nuocere allo scopo comune lucrativo. E' questa la situazione in cui gli altri soci possono legittimamente intervenire facendo riemergere l'interesse comune e quindi sostituendosi al socio nella decisione critica. In questo senso la legge consente ai soci di introdurre nel contratto sociale una causa diversa da quella legale, che resta peraltro recessiva, in quanto è riservato alla maggioranza il potere di intervenire in ogni momento facendo prevalere la causa legale.

7. Le violazioni dei diritti particolari dei soci deliberate a maggioranza consentono non soltanto al socio privilegiato, ma anche ad ogni altro socio dissenziente di recedere dalla società.

Per comprendere il disposto della norma occorre ipotizzare che esistano legami fra soci, non regolati dalla norma, ma da essa presupposti e approvati. Nel momento in cui i soci decidono di modificare (di violare) il particolare diritto amministrativo di uno di loro, questi si difende soltanto con la minaccia del recesso, che può privare la società delle necessarie risorse. Il socio sotto attacco, anzi, rafforza la sua minaccia facendo valere il legame con altri soci, sia pure (divenuti) di minoranza, anch'essi pronti a recedere per

reazione alla delibera lesiva del diritto amministrativo; anch'essi presumibilmente muniti di altrettanti particolari diritti amministrativi, che la nuova maggioranza è in grado di violare.

8. L'equilibrio così menzionato non riguarda tutti i particolari diritti amministrativi, ma soltanto quelli che sono suscettibili di dar luogo ad "operazioni".

Torna utile a questo proposito riprendere la distinzione fra le clausole statutarie che attribuiscono al socio privilegiato poteri amministrativi a discapito delle competenze della collettività dei soci, e clausole che comprimono le competenze degli amministratori.

Solo queste ultime, infatti, consentono di apprendere direttamente profitti personali, e solo queste ultime sono sottoposte ad un regime di particolare precarietà.

Dunque, nella s.r.l. convivono due regimi distinti, secondo che la decisione assunta all'interno della società si esaurisca in se stessa o preluda al compimento di una "operazione". E pertanto sono diritti "particolari" deboli quelli con i quali si percepisce il profitto personale non lucrativo, sono forti quelli con i quali tale percezione è ancora ipotetica.

In questo caso il particolare diritto amministrativo del socio è forte in quanto la legge non istituisce alcun controllo sull'uso che il socio fa del suo potere. Così, ad esempio, se il socio privilegiato ha il potere di proporre una rosa di nomi nel cui ambito l'assemblea designa gli amministratori; o se il socio privilegiato ha il potere di porre il veto sulla nomina di un amministratore, i soci non possono contestare le sue decisioni e sarebbe annullabile o inefficace la decisione della maggioranza lesiva del particolare diritto amministrativo spettante al socio privilegiato. Il particolare diritto amministrativo del socio ha in questo caso tutela reale.

Nell'altro caso il diritto amministrativo del socio è meno forte. Così, ad esempio, quando il socio privilegiato ha il potere di indicare agli amministratori il fornitore dal quale acquistare una materia prima o l'imprenditore al quale affidare la manutenzione degli immobili, o il luogo in cui ubicare uno stabilimento, o la linea di prodotti da sviluppare. In questi casi è plausibile che la delibera degli amministratori che non tiene conto della volontà del socio privilegiato sia invalida ed il socio potrebbe impugnarla. Pur tuttavia la posizione del socio privilegiato si rivela debole perché la legge consente inderogabilmente che in quella occasione la collettività dei soci lo privi del suo diritto e si attribuisca la competenza a decidere a maggioranza sull'operazione.