

La s.r.l.: un tipo societario "senza qualità"?

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il quadro normativo. - 3. La s.r.l. grande impresa. - 4. L'area di applicazione. - 5. L'evoluzione del sistema. - 6. Problemi interpretativi. - 7. Prospettive.

1. Premessa.

L'insero della Domenica de *Il Sole 24 Ore* del 24 giugno 2012 si apriva con un articolo di Giulio Busi intitolato: "Origene, uomo senza qualità".

In tale scritto si sottolineava come la formula, richiamando il noto titolo dell'opera di Robert Musil, si riferisca al "*personaggio che non sa decidersi su se stesso*". Ma, osserva ancora l'Autore, "*l'individuo senza qualità precede di molto il naufragio dell'età moderna. Spunta già nell'Orazione sulla dignità dell'uomo di Giovanni Pico*", e può essere ricondotto a Origene "*vero ispiratore di tratti decisivi dell'antropologia Pichiana*".

In tale contesto l'espressione "senza qualità" assume una diversa valenza ed è diretta a sottolineare come "*l'uomo, tra tutte le creature, non ha un ruolo determinato, una natura prefissata a cui restare ancorato*" e quindi è in grado di "*essere ciò che vuole*".

Certo con un notevole arbitrio, è possibile in qualche modo applicare tale formula nei due significati indicati ad un tipo societario, ed in particolare alla s.r.l.? E quindi, adattandola a tale contesto, verificare se si tratti di un tipo "senza qualità", nel senso che il "volto" dello stesso può essere forgiato dai soci oppure che tale modello può essere utilizzato nei contesti più disparati.

La risposta è sicuramente agevole.

La s.r.l., come è stato sottolineato fin dai primi commenti, è sicuramente un modello societario caratterizzato da una notevole elasticità nella costruzione delle

regole relative alla partecipazione societaria ed alla *governance*, che può essere atteggiato dai soci in modi differenti, secondo schemi sostanzialmente ripetitivi di quelli propri della società per azioni oppure all'opposto in conformità a strutture che si avvicinano anche di molto a quelle della società di persone.

Un tipo quindi che i soci possono adattare alle loro esigenze, costruendo un "volto" coerente con una determinata impresa ed una determinata compagine societaria.

Ma la s.r.l., fin dalle sue origini e in modo sempre più accentuato via via nel tempo, e tanto più oggi, può essere utilizzata nei contesti più vari, fino a stravolgerne i caratteri originari. L'esempio forse più emblematico è quello della s.r.l. semplificata, che parrebbe "ingessata" da un atto costitutivo preordinato, costruito tutto sommato sulla falsariga delle società azionarie, senza nessun spazio all'autonomia privata. O anche la s.r.l. *start-up* innovativa, che potrebbe addirittura essere priva di alcuni connotati caratterizzanti.

La s.r.l., quale modello dotato di ampia autonomia, è stata oggetto di numerosissimi studi, che hanno in modo molto approfondito verificato gli spazi e i limiti di essa ed in particolare le possibili alternative offerte ai soci. Minore attenzione è stata dedicata invece alla circostanza che la s.r.l. può trovare applicazione in contesti molto differenti e in prospettive assai lontane l'una dall'altra.

2. Il quadro normativo.

E' appena il caso di richiamare brevemente gli ultimi interventi del legislatore relativi alla s.r.l. nell'ambito della recentissima disciplina diretta alle semplificazioni, alle liberalizzazioni ed allo sviluppo.

Una delle novità più significative e oggetto di attenzione e di dubbi concerne, come è noto, il profilo del controllo¹.

¹ V. DEMURO, *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità e incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 590 ss.; SOTTORIVA, *La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l.*, in *Società*, 2012, p. 1180 ss.; MASTURZI, *Prime osservazioni sul controllo interno nelle s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 766 ss..

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

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

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

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

Le s.r.l. "sotto soglia", secondo il testo previgente dell'art. 2477 c.c., potevano nominare un collegio sindacale o un revisore. Oggi il legislatore introduce la possibilità di designazione di un organo di controllo o di un revisore; precisa che il primo è costituito da un solo membro effettivo, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo; stabilisce che tra le competenze attribuibili a tale organo o soggetto vi è anche la revisione legale dei conti².

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

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

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

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

² FIENGO, *L'organo di controllo facoltativo nella s.r.l. alla luce della l. n. 35/2012*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 741 ss..

Una prima ipotesi è quella della nomina di un organo di controllo, formato da uno o più componenti, e quindi di un sindaco unico o di un collegio sindacale, e contemporaneamente di un revisore (o di una società di revisione). Tale configurazione è sicuramente ammissibile e comporterà l'attribuzione al primo del controllo sulla gestione e al secondo della revisione legale dei conti.

Una seconda possibilità è quella della nomina del solo organo di controllo, monocratico o collegiale, a cui siano attribuiti i compiti di controllo sulla gestione e di revisione legale dei conti. Anche quest'ipotesi è sicuramente ammissibile, però a certe condizioni. Infatti, come si è sottolineato, il legislatore non prevede più il conferimento *ex lege* al collegio sindacale (o al sindaco unico) della revisione legale dei conti, ma rinvia alla disciplina della società per azioni. Pertanto tale attribuzione richiede una clausola *ad hoc* contenuta nell'atto costitutivo e non è ammissibile nel caso di società tenuta a redigere il bilancio consolidato. Così come non è ammissibile qualora la società fosse qualificabile come ente di interesse pubblico. In queste due ipotesi dovrà essere nominato un revisore legale dei conti.

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

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

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

o alla società di revisione, l'atto costitutivo potrebbe espressamente conferire tale compito?

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

La scelta del sindaco unico potrà poi condurre ad un depotenziamento della funzione di controllo; la scelta del revisore o della società di revisione, ove non si accogliesse la soluzione che attribuisce ad essi il controllo anche sulla gestione, determinerà addirittura il venir meno di tale importantissima funzione.

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

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

Invero una differenza di trattamento in ordine alla "struttura esterna" tra s.p.a. e s.r.l. è difficilmente giustificabile, tenendo conto dell'identico regime di

responsabilità limitata e della circostanza che la s.r.l. può trovare applicazione anche in caso di imprese di medie e grandi dimensioni.

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

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

Occorre aggiungere che la Legge di stabilità 2012 ha previsto e disciplinato la società tra professionisti, che può essere costituita secondo qualsiasi tipo societario a scopo di lucro e quindi anche utilizzare la s.r.l.

Infine è necessario richiamare la s.r.l. semplificata, la s.r.l. a capitale ridotto e la s.r.l. *start-up* innovativa.

Come è noto, il d. l. 24 gennaio 2012, n. 1 (Decreto sulle liberalizzazioni) ha introdotto un nuovo articolo nell'ambito della disciplina codicistica della s.r.l., il 2463 *bis*, che prevede e regola la società a responsabilità limitata semplificata. Tale disciplina risulta poi incisivamente modificata dalla legge di conversione del 24 marzo 2012, n. 27.

Successivamente il d. l. 22 giugno 2012, n. 83 (Decreto crescita) ha previsto la società a responsabilità limitata a capitale ridotto nell'art. 44, senza alcun inserimento di tale disciplina nel contesto del Codice Civile. La norma è stata poi arricchita dalla legge di conversione del 7 agosto 2012, n. 134.

Occorre aggiungere infine che il Decreto del Ministro della Giustizia del 23 giugno 2012, n. 138 ha delineato il contenuto *standard* dell'atto costitutivo della s.r.l. semplificata.

Il quadro normativo risultante è abbastanza complesso e pone, come si vedrà meglio in seguito, al di là dei problemi interpretativi specifici, almeno due dubbi di carattere preliminare, l'uno concernente il rapporto tra la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto, l'altro relativo alla collocazione di tali figure rispetto alla s.r.l. di diritto comune.

Il d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, nel disciplinare le misure per la nascita e lo sviluppo di imprese *start-up* innovative, ne prevede i requisiti qualificandole come società di capitali, costituite anche in forma cooperativa. Con particolare riferimento alla s.r.l. sono introdotte, oltre che riduzioni degli oneri per l'avvio, deroghe al diritto societario.

In particolare l'art. 26 prevede che *"nelle start-up innovative il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo è posticipato al secondo esercizio successivo."* Nelle *start-up* innovative, in caso di perdita del capitale sociale con riduzione dello stesso sotto il minimo di legge, *"l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo."* *"Fino alla chiusura di tale esercizio non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale"*. *"Se entro l'esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo legale, l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve deliberare"* la riduzione del capitale con il contestuale aumento almeno fino al minimo, oppure la trasformazione della società, oppure ancora il suo scioglimento.

Si tratta di norme che valgono sia per le società per azioni sia per le s.r.l.

Con specifico riferimento a queste ultime sono previste varie deroghe rispetto alle norme di diritto comune: *"l'atto costitutivo della start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie"*

anche in deroga al principio di proporzionalità dei diritti rispetto alla partecipazione ed alla norma sui diritti particolari.

Inoltre *“l’atto costitutivo della società può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative.”*.

E ancora: *“le quote di partecipazione in start-up innovative in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari”*.

Infine, *“il divieto di operazioni sulle proprie partecipazioni non trova applicazione qualora l’operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l’assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell’organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali.”*.

Con riferimento alle *start-up* innovative costituite sia in forma s.r.l. sia in forma di società per azioni nonché agli incubatori, è ammissibile *“a seguito dell’apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, l’emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nelle decisioni dei soci”*.

La *start-up* innovativa e l’incubatore certificato sono iscritti in una sezione speciale del registro delle imprese e godono di varie agevolazioni.

Anche con riferimento alle *start-up* innovative in forma di s.r.l. si pone il problema della loro qualificazione come sottotipi della s.r.l. o come modelli autonomi. Pure in ordine ad esse la disciplina applicabile risulta quella del tipo s.r.l., pur in presenza di - vistose - deroghe. Nel caso in esame sussiste però un elemento ulteriore, in quanto viene meno un connotato tipizzante della s.r.l. e cioè l’impossibilità di offrire al pubblico le proprie partecipazioni³.

3. La s.r.l. grande impresa.

La società a responsabilità limitata costituisce il modello tipico delle imprese medio - piccole: tuttavia i soci possono - ed in tal senso è anche la prassi - farvi ricorso anche per la costituzione di medio-grandi imprese. Sussistono indici normativi che dimostrano tale possibilità e come lo stesso legislatore ne fosse

³ Cfr., per tutti, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F. Busnelli, 1, Milano, 2010, p. 47 ss.

consapevole. D'altra parte questo tipo di utilizzo non può non avere rilievo in sede interpretativa, sia al fine di costruire regole dirette a colmare lacune della disciplina, sia per risolvere dubbi di lettura di tale normativa.

Il binomio società a responsabilità limitata - medio-piccola impresa ha, insomma, carattere di normalità, ma non di assolutezza. Anche se tendenzialmente trova applicazione nella prassi societaria e costituisce uno strumento di lettura delle norme dedicate al modello in esame, tuttavia la realtà normativa e quella operativa conoscono anche quello costituito dal raccordo tra società a responsabilità limitata e medio-grande impresa.

Al proposito possono rinvenirsi indici normativi riferiti ad esso interni alla stessa disciplina della società a responsabilità limitata.

Nell'ambito della normativa dedicata alla società a responsabilità limitata, è constatazione ovvia, manca la previsione di tetti massimi riferiti al capitale sociale o al numero dei soci o ad altri parametri, che delimitino l'area di applicazione del modello. Per contro, lo si è già osservato, lo stesso legislatore prevede, all'art. 2477 c.c., che, oltre determinate soglie, scatti l'obbligo di nominare un organo di controllo o un revisore. Ed ancora, e si tratta di un'innovazione molto significativa nella prospettiva in esame, il legislatore ammette che la società a responsabilità limitata possa far ricorso indiretto al mercato del capitale di credito, con l'emissione di titoli di debito, sottoscritti da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale e che, successivamente, possono essere destinati alla circolazione (sia pur gravando la responsabilità dell'insolvenza della società nei confronti degli acquirenti sugli investitori professionali).

La possibilità di ricorrere alla società a responsabilità limitata per la costituzione di imprese di medio-grandi dimensioni può rappresentare, come si diceva, anche una chiave di lettura al fine di risolvere determinati problemi interpretativi o quanto meno offrire elementi di giudizio diretti a corroborare certe scelte interpretative.

Si può ricordare infine come la legge per la tutela del risparmio abbia modificato alcune norme del codice civile e quindi la disciplina comune delle società per azioni, con esiti che possono aver rilievo pure per la società a responsabilità

limitata. Anche questo, in qualche misura, pare un indice della consapevolezza da parte del legislatore che il modello in esame non è necessariamente confinato alle imprese di minori dimensioni.

4. L'area di applicazione.

Come si è appena osservato, la s.r.l. è destinata alle imprese medio - piccole, ma può trovare applicazione anche nel caso di imprese di grandi dimensioni, sia pure a carattere chiuso. Ciò determina ovviamente la possibilità di applicazione in contesti profondamente differenti ed in scenari assai lontani gli uni dagli altri.

Ma le regole della s.r.l. possono costituire la disciplina residuale, a certe condizioni, della società cooperativa, così pure le società consortili possono assumere la veste di s.r.l.: il tipo pertanto può venire in considerazione anche per finalità differenti rispetto allo scopo di lucro.

Venendo alla legislazione più recente, come si è illustrato nelle pagine precedenti, la legge di stabilità del 2012 emanata a fine 2011 ha previsto e disciplinato la società tra professionisti, che può essere costituita in conformità a qualsiasi tipo societario, compresa quindi la s.r.l.. Ancora più recentemente, lo si è già ricordato, sono state introdotte la società a responsabilità limitata semplificata, quella a capitale ridotto, la *start-up* innovativa in forma di s.r.l.

Pertanto la s.r.l. può essere utilizzata in una gamma vastissima di imprese, che va da quelle poste al vertice di grandi gruppi alle microimprese sostanzialmente prive di capitale. Così pure può essere utilizzata (o almeno può essere utilizzata parte della sua disciplina) per finalità molto differenti, dallo scopo lucrativo, a quello mutualistico, a quello consortile, all'esercizio di un'attività professionale, alla nascita di una nuova impresa.

In una parola, all'etichetta "s.r.l." possono corrispondere realtà profondamente diverse.

5. L'evoluzione del sistema.

Prendendo in considerazione il periodo dal 2003 al 2012 e quindi dalla riforma Vietti ai decreti Monti, la disciplina delle società di capitali è stata oggetto di

numerosi interventi, che negli ultimi tempi si sono accavallati ad un ritmo molto intenso.

Le occasioni, le ragioni e gli obiettivi di essi sono stati molto eterogenei: dalla tutela dei risparmiatori in presenza dei grandi scandali finanziari stranieri e italiani, all'attuazione delle direttive comunitarie; da innovazioni di carattere interno e a volte del tutto episodico a quelle derivanti dall'impatto di riforme in altri settori, come quella fallimentare; in tempi recentissimi dagli intenti di semplificazione e liberalizzazione a quelli della crescita.

La riforma societaria ha sicuramente modificato, nell'ambito delle società di capitali, il rapporto preesistente tra s.p.a. quotate e non quotate e tra s.p.a. ed s.r.l.

Sotto il primo profilo, non c'è dubbio che varie norme proprie delle società per azioni quotate sono state estese alle non quotate e quindi la riforma ha in qualche misura, rispetto al passato, avvicinato quotate e non quotate. Con una felice ed efficace espressione, si è sottolineato come le società quotate abbiano svolto il ruolo di laboratorio del diritto comune (Montalenti).

Per contro, per effetto della riforma societaria, si è di gran lunga ampliato il "solco" tra società per azioni e società a responsabilità limitata, con la creazione di un tipo autonomo e dai connotati peculiari. Come è stato sottolineato fin dai primi commenti, la nuova s.r.l. si presenta con un volto del tutto differente rispetto al tipo anteriormente disciplinato.

Esaminando l'evoluzione dei rapporti tra i vari modelli all'interno delle società di capitali negli anni successivi alla riforma mi pare che si possa individuare una linea di fondo che vede un "allontanamento" della quotata dalla non quotata e un "avvicinamento" della s.r.l. alla s.p.a.

Sotto il primo profilo può essere sufficiente il richiamo ai vari interventi legislativi in tema di tutela del risparmio, di principi contabili internazionali, di *record date*.

Ma è soprattutto il secondo profilo che mi sembra debba essere sottolineato. In primo luogo, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha sostanzialmente ridotto gli "spazi vuoti" lasciati dal legislatore in tema di *governance* con l'applicazione di regole tratte dal tipo società per azioni. Si tratta di un'opinione

diffusa, anche se contrastata da autorevoli prese di posizione in senso contrario, sia dottrinali, sia giurisprudenziali.

Occorre aggiungere che è lo stesso legislatore ad aver avvicinato s.p.a. e s.r.l., estendendo regole proprie delle prime alle seconde. Ciò è avvenuto a volte in modo quasi automatico, altre volte con una presa di posizione netta e “consapevole”.

La legittimazione attribuita ai sindaci di s.p.a. all’esperimento dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori in virtù delle leggi di tutela del risparmio si estende automaticamente ai sindaci di s.r.l. per effetto del rinvio, contenuto nell’art. 2477 c.c., alle norme dettate in tema di s.p.a.

La nuova disciplina della revisione legale dei conti introdotta nel 2010 in attuazione della direttiva comunitaria abbraccia s.p.a. ed s.r.l. ed anzi in tale occasione il legislatore ha introdotto nuovi casi di nomina obbligatoria del collegio sindacale.

Venendo ai tempi più recenti, dalla Legge di stabilità del 2012 ai decreti Monti, la tendenza sembra in qualche misura invertirsi, con un allontanarsi della s.r.l. rispetto alla s.p.a.

Gli esempi offerti dal legislatore sono numerosi. Quello sicuramente più significativo è costituito dalla nuova disciplina del controllo.

La s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto potrebbero vedere sostanzialmente inapplicabili le norme sul capitale sociale, mentre le *start-up* innovative si differenziano vistosamente sotto il profilo della fattispecie e della disciplina dalle s.r.l. di diritto comune.

6. Problemi interpretativi.

La possibilità di utilizzare il tipo s.r.l. per l’esercizio di imprese molto differenti anche, e non solo, sotto il profilo dimensionale pone un primo problema, a cui la dottrina ha dedicato particolare attenzione, in ordine all’estensibilità della disciplina delle s.p.a. ed ai suoi limiti in presenza dei “vuoti” che il legislatore ha lasciato, soprattutto con riferimento alla *governance*. Debbono essere riempiti applicando le norme in tema di s.p.a., oppure queste ultime non possono venire in

considerazione salvo in presenza di imprese di dimensioni maggiori (così come per il controllo)?

Dal momento che il legislatore non detta una norma specifica in materia di diligenza, non prevede l'obbligo di creare assetti organizzativi adeguati, non introduce il principio dell'agire in modo informato, dovrà ritenersi che si tratti di regole estranee al tipo s.r.l., oppure di norme estensibili o applicabili solo a certi livelli?

Dalla disciplina della *governance* della s.p.a. si possono, a mio avviso, ricavare principi di fondamentale portata ed a carattere elastico, che possono poi essere adattati nei singoli contesti in cui vengono in considerazione. Naturalmente l'operazione è resa ancora più complessa cercando di individuare le regole concrete coerenti con la s.r.l. aventi certe dimensioni e inserite in certi contesti (si pensi alla s.r.l. semplificata o a capitale ridotto, alla s.r.l. società di professionisti).

In particolare, come è noto e come è stato ampiamente sottolineato dalla dottrina, il legislatore, nel disciplinare l'amministrazione nell'ambito della società a responsabilità limitata, ha previsto alcuni profili concernenti la struttura e il funzionamento con carattere fortemente innovativo rispetto a quelli paralleli concernenti la società per azioni: nel contempo sotto altri aspetti il legislatore ha scelto di non prendere posizione. L'interprete deve quindi affrontare il delicato problema della scelta dei criteri da utilizzare per colmare tali "silenzi".

Invero, è stato ancora recentemente lucidamente sottolineato⁴, la realtà imprenditoriale conosce vari "modelli" di gestione: sul presupposto di una sostanziale compenetrazione tra soci e amministratori è configurabile e largamente diffusa la figura del *manager* socio; d'altra parte, laddove si verifichi una separazione tra soci e amministratori, viene in considerazione la figura del *manager* professionale. Tendenzialmente la prima ipotesi è caratteristica delle piccole-medio imprese societarie, la seconda delle medio-grandi imprese.

Il ruolo e la posizione degli amministratori nell'uno e nell'altro caso sono ovviamente differenti, dal momento che l'amministratore socio cura "affari" anche

⁴ ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata* in *Riv. soc.*, 2007, p. 1217 ss..

propri, mentre il gestore professionale pone in essere ovviamente “affari” altrui, con una differente propensione al rischio.

E’ quindi plausibile che la disciplina dell’una e dell’altra fattispecie sia differente.

Alla luce di tali considerazioni si può ritenere che il “silenzio” della normativa in tema di società a responsabilità limitata, dal momento che tale tipo societario è tendenzialmente applicabile alle minori imprese, debba essere “riempito” non utilizzando le regole proprie della società per azioni, ma semmai quelle dettate in tema di società di persone. Fermo restando, tuttavia, il ricorso alla disciplina della società per azioni laddove la società a responsabilità limitata venga utilizzata da imprese di medio-grandi dimensioni sul modello del “*manager* professionale”: in tal caso e solo in tal caso troverebbe applicazione la normativa costruita per la società per azioni.

In altre parole, il silenzio del legislatore consentirebbe, secondo questa prospettiva, l’utilizzo di norme differenti in relazione al modello in concreto assunto dalla società a responsabilità limitata.

Tale soluzione presuppone, tuttavia, che la disciplina dettata per la società per azioni sia “correlata” al modello dell’impresa medio-grande caratterizzato dalla figura del “*manager* professionale”. Il che è indubbiamente vero per alcune norme, ma non sembra, a mio avviso, valere con riferimento ai principi fondamentali della *governance* propria delle società per azioni.

Invero, come la s.r.l. è utilizzabile con riferimento ad un ampio spettro di ipotesi concrete e quindi tanto dalla società di modeste dimensioni, quanto da quelle con i caratteri della grande impresa (fermo restando il solo limite che deve trattarsi di società chiuse), così la società per azioni costituisce sì l’unico tipo fruibile dalla società aperta, ma può essere utilizzata anche da società medio-piccole. Quindi la disciplina della società per azioni, pur essendo tendenzialmente destinata ad imprese medio-grandi, vale anche nell’ipotesi di società per azioni medio-piccole.

Ma c’è di più: i principi fondamentali della *governance* della società per azioni hanno contenuto “aperto” e paiono adattabili in relazione ai vari contesti che siano destinati a disciplinare. Così per la regola in tema di diligenza, ancorata al parametro

della natura dell'incarico, e quindi del ruolo assunto dall'amministratore e dell'oggetto e delle dimensioni dell'impresa sociale; ancorata, altresì, alla competenza, intesa in senso soggettivo e quindi applicabile in ogni caso; così per i principi di corretta gestione sociale; così per il canone dell'agire in modo informato e non in conflitto di interessi.

In particolare, e il profilo a mio avviso assume un carattere fondamentale ai fini del presente discorso, i principi di corretta gestione, come lo stesso legislatore si esprime nell'art. 2403 c.c., si sostanziano soprattutto nella creazione di assetti organizzativi adeguati *alle dimensioni dell'impresa*. Si tratta pertanto di un obbligo il cui contenuto è rapportato alle singole situazioni: si tratta di un obbligo, inoltre, che pare connaturale con la gestione di qualsiasi impresa.

I principi fondamentali di *governance* sono poi strettamente correlati al regime di responsabilità limitata e costituiscono una sorte di "contraltare" dello stesso.

Alla luce di queste considerazioni mi pare che il vuoto normativo proprio di alcuni aspetti della disciplina della *governance* della società a responsabilità limitata debba essere riempito applicandosi i principi propri della società per azioni, che, data la loro elasticità, consentono di adattarne il contenuto ai caratteri in concreto assunti dalla società.

La presenza ed il moltiplicarsi di modelli in ogni caso aventi come punto di riferimento la s.r.l., quali la s.r.l. semplificata, quella a capitale ridotto, la *start-up* innovativa, pongono poi vari interrogativi in ordine alla loro qualificazione come tipi autonomi o sottotipi della s.r.l. e dei loro rapporti con appunto la s.r.l. di diritto comune. In particolare, per quanto concerne la s.r.l. semplificata e a capitale ridotto, sono riconducibili a fattispecie corrispondenti a quella propria della s.r.l., a parte il rinvio nell'uno e nell'altro modello alle norme di quest'ultima per quanto non previsto. Qualche maggiore difficoltà di collocazione pare presentare la s.r.l. *start-up* innovativa, rispetto alla quale il legislatore consente, come si è visto, l'offerta al pubblico, secondo determinate modalità, delle quote di partecipazione e quindi il venir meno di un connotato tipico della s.r.l. In ogni caso sembra difficile non far rientrare anche quest'ultimo modello nell'ambito delle s.r.l., pur in presenza di

vistose deroghe al diritto comune, anche alla luce della circostanza che si tratta di una disciplina avente una durata limitata nel tempo. In ogni caso la qualificazione delle varie fattispecie ora richiamate come sottotipi ha un preciso rilievo sotto il profilo operativo, consentendo il passaggio tra l'uno e l'altro o da essi alla s.r.l. di diritto comune e viceversa senza l'applicazione delle regole in tema di trasformazione (e quindi senza la previsione del diritto di recesso per i soci non consenzienti e la peculiare disciplina dell'invalidità prevista in tal caso).

Un ulteriore profilo concerne lo stesso rapporto tra i singoli modelli ed in particolare tra la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto, che, secondo l'opinione che pare preferibile, si pongono non come sottotipi autonomi, ma in un rapporto di genere a specie. Invero la s.r.l. a capitale ridotto pare rappresentare una categoria più ampia all'interno della quale si colloca la s.r.l. semplificata⁵.

La collocazione del tipo in contesti molto lontani impone all'interprete poi ovviamente un complesso problema di individuazione delle norme compatibili con le singole applicazioni. Occorre quindi esaminare fino a che punto e in quali limiti la disciplina comune della s.r.l. valga in particolare per le fattispecie di società semplificate, a capitale ridotto, *start-up*. E' chiaro, ad esempio, che, in presenza di una società con capitale ridotto ad un euro, la disciplina del capitale sociale appare non facilmente estensibile. Si tratta quindi, come è stato fatto dai primi commentatori, di vagliare profilo per profilo, regola per regola in tema di s.r.l. per verificarne la compatibilità con tali fattispecie.

Naturalmente non costituisce un problema nuovo dal momento che indagini simili erano richieste anche nel caso di cooperative strutturate come s.r.l. o di società consortili a responsabilità limitata.

In determinate ipotesi, come quelle relative alla società semplificata o a capitale ridotto, occorre probabilmente pervenire ad una vera e propria amputazione di una serie di norme, utilizzando tra l'altro come criterio guida non solo il profilo

⁵ V. la Circolare n. 29 del 30 ottobre 2012 di Assonime dal titolo *La società a responsabilità limitata con capitale ridotto*. Sulla s.r.l. semplificata cfr. REVIGLIONO, *La società semplificata a responsabilità limitata: un "buco nero" nel sistema delle società di capitali*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2011, 4, p. 23 ss.; BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, *ibid.*, 2012, 12, p. 38 ss..

strutturale, ma anche quello funzionale, diretto a cogliere gli obiettivi che il legislatore si pone. Si tratta quindi di verificare se gli scopi perseguiti dal legislatore con i decreti Monti, diretti in particolare allo sviluppo, possono costituire o debbano costituire un criterio interpretativo privilegiato che comporti una ricostruzione e interpretazione del dato normativo in una logica differente da quella utilizzabile nell'interpretazione e nella ricostruzione delle norme comuni. Ed ancora verificare se e in che misura certi obiettivi siano coerenti con altri, per esempio sviluppo, semplificazione e liberalizzazione.

Per altro verso ancora, almeno se si accetta una certa interpretazione, la s.r.l. semplificata si porrebbe in netta antitesi con i caratteri fondamentali della s.r.l. di diritto comune.

Come è noto, il recentissimo regolamento ministeriale ha dettato un atto costitutivo tipo, molto essenziale, che, secondo l'interpretazione suggerita dal Consiglio Nazionale Notarile, risulta inderogabile. Si tratta invero di un'interpretazione che lascia molto perplessi.

In ogni caso, accogliendo tale prospettiva, ci troveremmo di fronte ad un modello che, sostanzialmente non consentendo alcun spazio all'autonomia privata, si contrappone in modo netto non solo alla disciplina delle s.r.l., ma anche a quella delle società di persone ed entro certi limiti delle s.p.a.

Sotto altro profilo la collocazione delle s.r.l. all'interno di determinate categorie comporta l'applicazione di ulteriori regole, non sempre facilmente raccordabili con quelle comuni.

Particolare attenzione deve essere dedicata alla fattispecie delle società di interesse pubblico, delle società inserite in gruppi facenti capo a s.p.a. quotate, delle società di interesse nazionale operanti nel settore della sicurezza, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (cfr. la legge 11 maggio 2012, n. 56, che attribuisce poteri speciali allo Stato).

In tali ipotesi alla disciplina delle s.r.l. si sovrappongono norme di portata più generale che riguardano categorie di società. Il raccordo tra le une e le altre non è

sempre agevole, anche tenuto conto dell'ampiezza dell'area di applicazione delle s.r.l.

Così, ad esempio, nel caso di società di interesse pubblico, dovrà venire in considerazione necessariamente la presenza del revisore o della società di revisione con l'applicazione delle ulteriori norme previste in tal caso. Così, ancora, nell'ipotesi di s.r.l. appartenenti ad un gruppo di società che faccia capo ad una quotata, verrà in considerazione una particolare disciplina, quale, ad esempio, quella dei patti parasociali. Così, infine, anche se l'ipotesi pare piuttosto remota, la disciplina peculiare delle società di interesse nazionale dovrà raccordarsi con quella propria delle s.r.l.

Infine la presenza di norme collocabili in contesti molto differenti può far sorgere dubbi di legittimità costituzionale sia all'interno della stessa s.r.l. sia nei rapporti tra s.r.l. ed s.p.a.

Un esempio potrebbe essere costituito dalla disciplina dei controlli. La presenza di un sindaco unico e soprattutto di un revisore e di una società di revisione, qualora si ritenesse che non svolga attività di controllo sulla gestione, potrebbe comportare una disparità di trattamento rispetto alle società per azioni, con dubbi di legittimità costituzionale. In altre parole, è difficile comprendere come una società per azioni di medio-grandi dimensioni debba avere la presenza di un collegio sindacale, mentre una s.r.l. di tali dimensioni possa avere un sindaco unico o addirittura essere priva del collegio sindacale.

Ma un discorso analogo potrebbe anche valere all'interno della s.r.l., creando tale disciplina una disparità di trattamento tra una s.r.l. di medie dimensioni ed una grande s.r.l.

In realtà il tema dei controlli e delle sue modalità avrebbe dovuto essere parametrato non al tipo, ma alle dimensioni dell'impresa esercitata dalla società.

7. Prospettive.

L'amplessima area di applicazione del tipo s.r.l., resa ancora più estesa dai recenti interventi che sono stati illustrati nelle pagine precedenti, oltre ai problemi

ricostruttivi ed interpretativi ora richiamati, potrebbe, in prospettiva, aprire nuovi orizzonti di indagine, in ordine ai possibili effetti indotti delle discipline speciali rispetto a quella comune nonché con riferimento all'utilizzabilità delle prime quale elemento di giudizio o strumento di corroborazione di scelte interpretative concernenti appunto il modello s.r.l.

Ad esempio la disciplina di diritto comune della perdita del capitale sociale con conseguente riduzione al di sotto del minimo legale dettata per la s.r.l. potrebbe essere "rimodulata" alla luce della possibilità di "trasformare" la s.r.l. in una società a capitale ridotto o semplificata. Invero non si riscontrano dati normativi contrari a tale modificazione dell'atto costitutivo in senso regressivo e quindi, oltre alle alternative previste dal diritto comune (ridurre e aumentare il capitale sociale, sciogliere la società, trasformarla in una società di persone) è oggi possibile anche la soluzione consistente appunto nell'utilizzo del sottotipo a capitale ridotto. Naturalmente ciò potrà venire in considerazione anche nel caso di perdita del capitale sociale della s.p.a., con la trasformazione in senso proprio in s.r.l. a capitale ridotto o semplificato. E' appena il caso di aggiungere che tale possibilità presuppone ovviamente che sussistano le condizioni previste dal legislatore, in particolare che tutti i soci siano persone fisiche.

Alcune norme di diritto speciale potrebbero essere utilizzate in sede interpretativa delle regole di diritto comune. Così la disciplina prevista per le *start-up* innovative in forma di s.r.l. che consente la previsione di diritti non proporzionali e le categorie di quote potrebbe essere utilizzata per corroborare la tesi che ritiene non ammissibili tali scelte dell'atto costitutivo nell'ambito della s.r.l. di diritto comune. Così ancora il regolamento ministeriale concernente la s.r.l. semplificata prevede che all'interno del consiglio possono esservi ruoli differenziati per gli amministratori e quindi sembra accreditare la tesi, invero pacifica, sull'ammissibilità della delega di potere gestorio nell'ambito delle s.r.l. pure in assenza di una norma specifica in tal senso.

Inoltre queste novità legislative potrebbero essere rilevanti anche nell'ottica del diritto concorsuale: non pare dubbio che le s.r.l. semplificate e a capitale ridotto,

ove ne sussistano i presupposti, possano essere dichiarate fallite. Come pure potrebbero essere utilizzate come *newco* nell'ambito delle procedure concorsuali minori. Per contro, il legislatore prevede che le *start-up* innovative siano sottratte alle procedure concorsuali "ordinarie" ed assoggettate esclusivamente a quelle previste nel capo secondo della legge 27 gennaio 2012, n. 3, contenente la disciplina del procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento.

La possibilità di evitare lo scioglimento della società pur in presenza di perdita del capitale sociale attraverso l'utilizzo dei modelli a capitale ridotto può poi essere in qualche misura correlata all'ulteriore possibilità in tal senso offerta dal ricorso, secondo la recentissima disciplina, al concordato preventivo, anche nella forma del concordato in bianco.

Infine, quando si riflette sul futuro delle s.r.l., penso che oggi dovrà tenersi conto non solo di una possibile sempre maggiore diffusione del numero di s.r.l., ma anche di un eventuale ulteriore moltiplicarsi di modelli variamente configurabili che in ogni caso si richiamino al tipo s.r.l.

La s.r.l. senza qualità - OC

(ac)