

Società a responsabilità limitata

Maggioranze per la modifica dei diritti particolari dei soci di s.r.l.

TRIBUNALE DI TRENTO 22 dicembre 2004 (decr.)
G. U. Giuliani - M. s.r.l.

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Atto costitutivo - Modifiche - Diritti dei soci riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili - Introduzione della clausola di modifica dello statuto sociale a maggioranza - Invalidità

(Art. 2436, codice civile prev.; artt. 2436, 2468, 2480, codice civile)

I. Deve essere deliberata con il consenso di tutti i soci l'introduzione di una clausola statutaria che consenta la modifica a maggioranza dei diritti dei soci riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.

Il Tribunale (omissis).

Ritenuto che si tratta di procedimento in camera di consiglio in confronto di una parte sola, ai sensi degli artt. 28 e 29, D.Lgs. n. 5/2003; che la designazione di questo Giudice come relatore, di cui al decreto del Presidente del Tribunale di data 3 dicembre 2004, può venire interpretata come designazione del magistrato incaricato della decisione, ai sensi del citato art. 28, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003; viste le motivate osservazioni di cui alla nota di data 14 dicembre 2004, con cui il P.M. ha chiesto che l'atto non venga omologato; ritenuto che il notaio verbalizzante ha rifiutato di richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione dell'assemblea di M. s.r.l. di data 11 dicembre 2004, con la quale è stato introdotto il seguente ultimo comma dell'art. 12 dello statuto: «È attribuita ai soci la facoltà di modificare i diritti agli utili di cui al presente articolo con deliberazione assembleare presa con il voto favorevole dei soci che rappresentano la maggioranza del capitale sociale, salvo in ogni caso quanto previsto dal comma 1 dell'art. 2473 c.c.»; che il notaio, stando a quanto è esposto nell'istanza, ha rifiutato di richiedere l'iscrizione osservando che l'introduzione della suddetta clausola, modificativa dei particolari diritti dei soci alla distribuzione degli utili già previsti dallo statuto, è avvenuta con una deliberazione presa senza il consenso di tutti i soci, ma solo con il consenso dei soci presenti all'assemblea, pari al 66,66% del capitale sociale; che la (invero poco felice) lettera del novellato art. 2468, comma 4, c.c., è (tuttavia) inequivoca nel consentire la modificabilità a maggioranza dei particolari di-

ritti dei soci di cui al comma precedente nel solo caso di diversa disposizione dell'atto costitutivo; che l'introduzione *ex novo*, nell'atto costitutivo, della clausola derogativa del consenso unanime dei soci, richiede a sua volta tale unanimità, poiché altrimenti verrebbe sostanzialmente vanificata la regola dell'immodificabilità dei diritti particolari senza il consenso di tutti i soci, la cui deroga trova pur sempre giustificazione nella manifestazione della volontà di costoro, nel senso che la clausola dell'atto costitutivo che preveda la modifica a maggioranza è un regolamento contrattuale diverso dall'unanimità, espressamente pattuito da tutte le parti contraenti: è pur sempre dalla volontà dei soci, manifestata all'atto della conclusione del contratto di società ovvero all'atto di una sua modifica pattuita all'unanimità, che deriva l'assoggettamento di ciascuno di essi alle deliberazioni della maggioranza; che per rendere legittima la delibera non è sufficiente riproporre il testo dell'art. 2468, comma 4, c.c., laddove viene fatto salvo in ogni caso quanto previsto dall'art. 2473, comma 1, c.c., poiché tale clausola di salvezza consente al socio di recedere anche nell'ipotesi di legittima modifica a maggioranza dei particolari diritti previsti dall'atto costitutivo, ma non consente all'assemblea di modificare a maggioranza l'atto costitutivo allo scopo di introdurre *ex novo* la clausola derogativa dell'unanimità; che, verificato il mancato adempimento delle condizioni previste dalla legge per l'iscrizione, l'istanza dev'essere rigettata.
(omissis).

IL COMMENTO

di Effiong L. Ntuk

L'introduzione della clausola, con la quale si stabilisce la modificabilità a maggioranza dell'atto costitutivo nella parte in cui prevede, in capo a singoli soci, particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione di utili, deve avvenire all'unanimità. In caso contrario verrebbe vanificata la norma, introdotta ex novo dalla riforma delle società, con la quale si prevede che tali diritti possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo.

Nel rigettare l'istanza di omologa avanzata dagli amministratori di una società a seguito del rifiuto del notaio di chiedere l'iscrizione della relativa delibera, il tribunale finisce per pronunciarsi negativamente su una vicenda che non pare incidere su interessi generali e sembra ascrivere all'area dell'annullabilità; nel commento viene sottolineato che anche dopo la riforma dell'omologazione, a sua volta seguita dalla riforma delle società, continuano dunque le incertezze in materia di homologazione.

I. La decisione che si commenta è stata resa a seguito del ricorso proposto ex art. 2436, comma 3, c.c. dal presidente di una società a responsabilità limitata, a fronte del rifiuto del notaio che aveva verbalizzato la delibera sociale di chiederne l'iscrizione nel Registro delle imprese.

Il giudizio di omologa del tribunale e il controllo da parte del notaio

Sul punto, allo scopo di meglio comprendere l'opzione prescelta dal notaio, è necessario un breve chiarimento. È noto come il giudizio di homologazione da parte del tribunale, come concepito dal legislatore del 1942, sia stato abolito dalla L. 24 novembre 2000, n. 340 e sostituito con il controllo ad opera del notaio. In base alle disposizioni di tale legge, qualora il rifiuto del notaio di richiedere l'iscrizione della delibera nel Registro delle imprese perché «ritiene non adempite le condizioni di legge» non sia condiviso dagli amministratori della società, costoro onde evitare che la delibera sia definitivamente inefficace possono adire il tribunale, provocando così il giudizio di homologazione.

Il meccanismo descritto, già previsto negli artt. 2411 e 2436 c.c. prev., è stato confermato dalla riforma delle società che si è limitata a riprodurlo nel nuovo art. 2436 c.c. (richiamato, per la società a responsabilità limitata, dall'art. 2480 c.c.) con modifiche di poco momento.

Uno dei problemi esistenti già anteriormente, ma che la L. n. 340/2000 non aveva risolto e che neppure la riforma delle società ha affrontato, era proprio quale fosse l'oggetto del giudizio di homologazione e se esso, in

particolare, avesse riguardo soltanto ai vizi che potessero comportare la nullità della deliberazione oppure anche a quelli cui fosse conseguita l'annullabilità della deliberazione assunta. Singolare è risultata tale carenza dal momento che se è vero che la legge delega (L. 3 ottobre 2001, n. 366) all'art. 3, comma 2, lett. a), in materia di società a responsabilità limitata prevedeva che venissero confermati «in materia di omologazione i principi di cui all'art. 32 L. 24 novembre 2000, n. 340», tuttavia in materia di società per azioni l'art. 4, comma 2, lett. c), imponeva «la determinazione e i limiti, dell'oggetto e dei tempi e del giudizio di homologazione» sia pure «confermando i principi di cui all'art. 32 ...». E la dottrina non ha mancato di rilevare immediatamente che il relativo «compito ... è stato assolto sbrigativamente introducendo solo marginali ritocchi alla previgente disciplina» (1) a fronte di «dati normativi che erano e restano estremamente ambigui» (2).

Fatto sta che sono rimaste irrisolte tali questioni (in particolare: *i limiti e l'oggetto* del giudizio di homologazione), sulle quali la giurisprudenza e la dottrina non presentavano un panorama uniforme. Talora si reputava che il giudizio di homologazione avesse ad oggetto i soli vizi di nullità, talora che esso dovesse soppesare ogni tipo di invalidità, anche la semplice annullabilità.

Con la decisione commentata il Tribunale di Trento rifiuta l'omologazione di una modificazione di uno statuto societario, sulla quale ci si soffermerà tra breve, che pare semplicemente essere ascrivibile all'area dell'annullabilità e si schiera dunque, implicitamente, secondo l'orientamento più rigoroso (3).

D'altra parte proprio la citata L. n. 340/2000 aveva introdotto nella legge notarile (con la previsione del nuovo art. 138 bis L. 16 febbraio 1913, n. 89) la severa sanzione della sospensione dall'esercizio della professione nonché la sanzione amministrativa da lire 1.000.000 a lire 30.000.000 per il notaio che abbia chiesto l'iscrizione nel registro delle imprese di una deliberazione o di un atto costitutivo di società di capitali da lui rogato «quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge». Il che, alla luce della manca-

Note:

(1) Campobasso, *La costituzione della società per azioni*, in questa *Rivista*, n. 2 bis, 2003, 289; nello stesso senso, cfr. Petrazzini, *sub* art. 2436 c.c. in Cottino (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, II, Bologna, 2004, 1381 ss., ivi ulteriori richiami di dottrina.

(2) Campobasso, *op. cit.*

(3) In senso contrario v. Trib. Trento 8 febbraio 2001, (decr.), in questa *Rivista*, n. 10, 2001, 1243, con nota di Salafia, *I limiti della funzione omologatoria del tribunale dopo la novella della L. n. 340/2000*; respingeva, invece, l'istanza di homologazione di una delibera annullabile, affine a quella che si commenta in questa sede, Trib. Palermo 8 maggio 2001, *ibidem*.

ta presa di posizione da parte del legislatore in merito all'oggetto ed all'estensione del giudizio di omologazione, ed alle incertezze ancora talora presenti sui confini tra nullità ed annullabilità (4), non può che comportare un'accentuazione di prudenza di comportamenti in capo al notaio medesimo e quindi una maggiore propensione al rifiuto di richiedere l'iscrizione al registro delle imprese; vale la pena, peraltro, ricordare che in dottrina vi è chi dissente, seppure partendo dal convincimento che «non può essere rifiutata l'iscrizione di atti affetti da vizi, la cui presenza potrebbe legittimare la loro impugnazione da parte di soggetti determinati» (5).

Occorre, ancora, notare che nella pratica sembra essere disatteso il pronostico di una compiuta dottrina secondo cui «è difficile credere che, di fronte al rifiuto del notaio di fiducia di avviare all'iscrizione una delibera modificativa dell'atto costitutivo, la società affronti la perigliosa via del ricorso al tribunale per l'omologazione» (6).

La modifica dei diritti particolari dei soci alla luce della riforma societaria

L'art. 2468, comma 4, c.c. nel testo risultante dalla riforma delle società di capitali e delle cooperative, prevede che, nella società a responsabilità limitata, i diritti che spettano ai soci riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili possano essere modificati solo con il consenso di tutti i soci: è stato segnalato che la legge contiene, peraltro, una ambiguità (7) dal momento che avrebbe dovuto far riferimento alla modificabilità dell'atto costitutivo che tali diritti preveda. Ciò chiarito, poiché l'*incipit* del medesimo comma della norma fa salva la possibilità che una clausola statutaria possa derogare alla regola dell'unanimità (salvo, in ogni caso, il diritto di recesso) si pone il problema delle modalità di introduzione *ex novo* di tale clausola statutaria ove essa non sia stata prevista *ab origine*, ovvero sia inserita fin dalla fase costitutiva della società, dal momento che nulla dispone la nuova disciplina societaria.

Si può, intanto, ricordare che era difficilmente sostenibile che tale clausola avrebbe potuto essere inserita fruendo del meccanismo semplificato di cui all'art. 223 *bis* disp. att. c.c. dal momento che non si sarebbe trattato di una «deliberazione di adeguamento necessario», ma tutt'al più, di una deliberazione di tipo evolutivo (8). Ormai trascorso il periodo transitorio (9) la questione si pone, dunque, nei diversi termini di cui si è occupato il tribunale trentino.

Orbene, pare del tutto ovvio che qualora si ammettesse la possibilità di introduzione *ex novo* di una tale clausola secondo le regole ordinarie dettate dall'art. 2479 *bis*, comma 3, c.c., ossia a maggioranza qualificata, si finirebbe per svuotare di ogni precettività la disposizione che impone, invece, il consenso di tutti i soci. E tale disposizione è applicazione del principio della centralità della persona del socio, ovvero della personalizza-

zione della partecipazione, che è stato introdotto dalla riforma entrata in vigore nel 2004 (10).

Conclusioni

È dunque da condividere, nel merito, la decisione del Tribunale di Trento e pare curiosa la decisione della società di richiedere l'omologazione a fronte del rifiuto del notaio di richiedere l'iscrizione della delibera. L'interpretazione fornita dal collegio pare del tutto pacifica (11), tant'è che la dottrina, definisce «inderogabilmente unanime» il consenso necessario (12) e in sede di interpretazione della norma si è sino ad ora occupata di altre questioni, meno immediate, quali ad esempio se sia necessario anche il consenso di quei soci che non subiscono alcun pregiudizio dalla modificazione di tali diritti (13) ovvero se la partecipazione cui afferiscono i particolari diritti sia o meno «anche in assenza di clausole limitative della circolazione delle quote, liberamente trasferibile» (14).

Note:

(4) In tema si veda, da ultimo, Guerrieri, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 58 ss.

(5) V. Salafia, *Il procedimento di omologazione dopo la novella ex art. 32 L. n. 340/2000*, in questa *Rivista*, n. 3, 2001, 317. Nel commentare Trib. Trento 11 gennaio 2001, *ibidem*, secondo cui gli amministratori, col ricorso per omologazione devono anche produrre la comunicazione del notaio che rifiuta di chiedere l'iscrizione della delibera, tale autore reputa che il comportamento del notaio di rifiuto sia giustificato nei soli casi di nullità o inesistenza «derivanti da impossibilità o illiceità dell'oggetto ovvero dalla irregolare costituzione dell'assemblea ovvero da contrasti di una o più clausole con norme poste a tutela di interessi generali, a norma dell'art. 1418 c.c.; nel senso che debba essere rigettato il ricorso per omologazione allorché il notaio non abbia affermato di ritenere non adempite le condizioni di legge ma si sia solo astenuto dal richiedere l'iscrizione nel Registro delle imprese, cfr. Trib. L'Aquila 26 maggio 2001 (decr.), in questa *Rivista*, n. 11, 2001, 1365, con nota di Salafia, *Presupposti per l'introduzione del procedimento omologatorio*.

(6) Campobasso, *op. cit.*, 288.

(7) Nel senso del testo Fazzuti, *sub art. 2468 c.c.*, in Sandulli - Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 3, 59.

(8) Per la terminologia utilizzata nel testo si veda, in breve, Bartalena, *L'adeguamento dell'atto costitutivo della s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2004, n. 6, 665 ss.

(9) In tema, cfr. Pene Vidari *sub art. 223-bis disp. att. c.c.*, in Cottino (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, 2719 ss.

(10) Cfr. in questi termini, Caldarelli, in AA. VV. (a cura di Bonfante - Corapi - Marziale - Rordorf - Salafia), *Codice commentato delle nuove società di capitali*, Milano, 2004, 1029; Patti, *I diritti dei soci e l'assemblea nella nuova disciplina della s.r.l.*, in questa *Rivista*, n. 4, 2005, 444.

(11) Cfr. Reviglio, *sub art. 2468 c.c.* in Cottino (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, II, cit., 1812 che parla di «naturale immutabilità (senza il consenso di tutti i soci) dei diritti previsti dal comma precedente» della norma caratteristica che «rappresenta evidentemente una conseguenza della natura stessa di tali diritti, i quali non ineriscono alla partecipazione sociale in quanto tale, ma costituiscono prerogative del singolo socio a cui sono attribuite ... in ragione di determinate caratteristiche che lo riguardano singolarmente». Nello stesso senso, v. anche Alpa - Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2005, 1630.

(12) Santosuoso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 203.

(13) Reviglio, *op. loc. cit.*; Santosuoso, *op. cit.*, 202 ss.

(14) Stella Richter jr., in AA. VV., *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Milano, 2003, 197.