

Questioni di diritto

L'identificazione dell'impresa-società

Prima ancora di esaminare la natura e i caratteri del contratto di società, occorre, dunque, rispondere ad una domanda di grande momento: *se, cioè, il contratto definito nell'art. 2247, oltre a far nascere la società, faccia sorgere anche l'impresa-società*. Si tratta, in altri termini, di stabilire se esista o no un'equazione società-impresa, al duplice scopo di accertare il momento in cui la società acquista la qualità di imprenditore e di stabilire se le società siano o no sempre imprenditori.

Va premesso che il problema dell'acquisto della qualità di imprenditore da parte della società, *recte* il problema della individuazione dei parametri di identificazione dell'impresa-società, va trattato allo stesso modo per tutte le società, dovendo prescindersi per la sua soluzione e dal «tipo» di società scelto e dalla «forma» dell'atto costitutivo per i singoli tipi stabilita.

L'acquisto della qualità di imprenditore da parte della società

Cominciamo col rilevare che, confrontando la nozione di imprenditore contenuta nell'art. 2082 c.c. con quella di società contenuta nell'art. 2247, balzano evidenti alcune differenze, sia pure di non grande momento: a) innanzi tutto, l'art. 2247 non riproduce il concetto di impresa dell'art. 2082, né, tanto meno, allude ad attività d'impresa; b) in secondo luogo, mentre nell'art. 2247 manca ogni accenno alla professionalità, che è requisito cardine di ogni attività imprenditoriale, nell'art. 2082 manca ogni riferimento ad uno scopo specifico ed in particolare allo scopo di lucro.

Al di là di queste differenze, non ne esistono altre, per lo meno di funzionali al prosieguo del nostro discorso.

Orbene, una parte della dottrina e della giurisprudenza postula in maniera chiara l'esistenza di un'equazione società-impresa, nel senso che basterebbe la sola previsione inserita nell'atto costitutivo o comunque nell'accordo anche tacito — leggi, esercizio di fatto —, di un'attività (o di un

oggetto) d'impresa per far acquistare alla società la qualità di imprenditore, con la conseguente applicazione — piena ed immediata — alle società della disciplina dettata per l'impresa: ed in particolare, ove l'attività sia commerciale, delle norme sulla iscrizione nel registro delle imprese (leggi l'art. 2200), sulla tenuta delle scritture contabili (leggi l'art. 2214, nonché gli artt. 2302, 2421), sulla capacità all'esercizio dell'impresa (leggi l'art. 2294 che rinvia alle norme dettate per l'imprenditore individuale), sull'azienda (art. 2556), sulla ditta (art. 2567) e sulle procedure concorsuali (leggi l'art. 2221). Per questi autori, l'elemento della professionalità, richiesto esplicitamente per l'acquisto della qualità di imprenditore, è insito nel fatto stesso della costituzione della società «per l'esercizio di un'attività economica»: con la conseguenza che, a differenza di quanto accade per l'imprenditore individuale, la società è imprenditore, anche quando non abbia iniziato effettivamente l'attività d'impresa o addirittura quando manchi l'abitudine nell'esercizio dell'attività stessa, e, ove eserciti un'attività commerciale, è per ciò stesso soggetta a fallimento. In altri termini, l'attività che si concreta nell'oggetto sociale costituisce la ragione di vita della società, anche se destinata a non protrarsi e a non ripetersi nel tempo. A criterio opposto si ispirano quanti, prescindendo da indagini di tenore teleologico, contestano, innanzi tutto, la parificazione dell'attività economica all'attività imprenditoriale — l'«economicità» dell'attività è una cosa e l'«organizzazione» (ad impresa) dell'attività stessa è un'altra — e negano che il requisito della professionalità sia «compreso» e «presente» nella definizione di società: «è contro la legge» — si è scritto testualmente — «differenziare soggetto individuale e soggetto collettivo ai fini dell'acquisizione della qualità di imprenditore» (Graziani), ché anche la società acquista la qualità di imprenditore in conseguenza dell'esercizio effettivo dell'attività. Conseguenza di tale impostazione è, da un lato, la parificazione,

quanto ai momenti dell'acquisto e della perdita, dell'imprenditore individuale all'imprenditore-società, nel senso che anche quest'ultimo soggiace allo statuto dell'imprenditore solo se eserciti effettivamente l'attività, mentre resta soggetto alle sole norme dettate per le società fino a quando non inizi l'attuazione dell'oggetto sociale; e dall'altro, di società senza impresa, che è ipotesi, invero, assai marginale: di società, cioè, che restano società per il solo fatto di esercitare un'attività economica organizzata, pur non assurgendo quest'ultima ad attività d'impresa. Finora si è sostenuto, da una parte invero minoritaria della dottrina, che l'istituto della società senza impresa poteva riscontrarsi o nelle società occasionali per la mancanza del requisito della professionalità o nelle società esercenti le libere professioni, perché quella svolta non sarebbe per sua natura attività d'impresa: ambedue le società sarebbero soggette, perciò, solo alle norme sulle società e non alle norme sull'impresa. Orbene, l'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, che ha disciplinato le società di avvocati, incide su queste conclusioni, nel senso che mentre può rimanere fermo l'esempio delle società occasionali, non altrettanto può dirsi per le società professionali: il provvedimento legislativo appena citato, nel dettare la disciplina delle società di avvocati, ha mostrato attraverso una serie di disposizioni, fra le quali spiccano l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese e l'identificazione della disciplina residuale in quella dettata per la società in nome collettivo, di considerare la società di avvocati, alla stregua di un'impresa, escludendone però espressamente la soggezione al fallimento. La tesi per seconda esposta — quella cioè che equi-

para imprenditore individuale e imprenditore società relativamente all'acquisto della qualità di imprenditore — appare preferibile tenendo conto della varietà di situazioni che possono in pratica verificarsi: si pensi, ad esempio, che per il contratto di società di persone non è prescritta una forma determinata e che la maggior parte di tali società nasce in conseguenza dell'esercizio in fatto dell'attività (d'impresa) — le società di fatto, appunto — ragion per cui è l'esercizio effettivo dell'attività (d'impresa) da parte di più persone che fa nascere la società e non la società che nasce per svolgere l'attività d'impresa, anche se è normale che ciò avvenga.

Può, quindi, registrarsi un primo punto fermo: il **criterio principale per l'identificazione della fattispecie impresa-società non differisce da quello che identifica la fattispecie dell'impresa individuale: il dna di ogni tipo di impresa — individuale o collettiva che sia — è l'esercizio effettivo di un'attività che risponda al paradigma dell'art. 2082.**

Questo non equivale ad abolire ogni distinzione: la società è pur sempre un'impresa esercitata da più persone che ha una sua soggettività, così come soggetto dell'attività giuridica è la persona fisica. In positivo, questo significa che l'esercizio dell'attività di un'impresa sociale, proprio perché fa capo a più persone che si mettono in comune e mettono in comune mezzi per dar vita ad un soggetto diverso — la società — che da loro si distingue, abbisogna di ulteriori elementi di identificazione.

Manuale di diritto commerciale,
a cura di V. BUONOCORE, Giappichelli
Editore, Torino, 2006



Rispondi alle seguenti *domande*

- 1 • Quali differenze sono evidenti confrontando la nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.) con quella di società (art. 2247 c.c.)?

.....
.....
.....

- 2 • Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, dove risiede l'elemento della professionalità, richiesto per acquisire la qualità di imprenditore?

.....
.....
.....

- 3 • Qual è la conseguenza di tale affermazione?

.....
.....
.....

- 4 • Cosa prevede, invece, l'impostazione opposta?

.....
.....
.....

- 5 • Secondo l'autore, quale delle due tesi è preferibile? Per quale motivo?

.....
.....
.....

Punti di vista L'amministrazione della società semplice e la problematica dell'amministratore unico

Per «*amministrazione della società*» si intende l'attività di «*esecuzione del contratto sociale diretta a realizzare l'interesse per il quale il contratto sociale è stato concluso*»; si intende, cioè, l'*attività di gestione dell'impresa sociale* (così GALGANO).

L'amministrazione può assumere varie forme:

a) **Amministrazione disgiuntiva affidata a tutti i soci**

Il principio generale per la società semplice, richiamato anche per le altre società di persone, è che «il potere di amministrazione della società *spetta a ciascun socio* con responsabilità illimitata, *disgiuntamente* dagli altri soci» (art. 2257, 1° comma).

b) **Amministrazione congiuntiva affidata a tutti i soci**

Il sistema di amministrazione disgiuntiva rappresenta solo un *effetto naturale* del contratto di società e, come tale, può essere escluso dalla volontà delle parti: queste, infatti, possono pattuire nel contratto sociale e nell'atto costitutivo una forma di *amministrazione congiuntiva*.

c) **Amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, affidata ad alcuni soci soltanto**

Sia nel sistema di amministrazione disgiuntiva sia in quello di amministrazione congiuntiva vale, dunque, la regola per la quale *tutti i soci* illimitatamente responsabili concorrono nell'amministrazione della società. Tuttavia tale regola può essere derogata dall'atto costitutivo, il quale può *riservare l'amministrazione ad alcuni soltanto dei soci* (disgiuntamente o congiuntamente).

d) **Amministrazione affidata ad uno soltanto dei soci**

Nell'ipotesi di *unico socio amministratore* gli altri soci non possono interferire, né opporsi alle sue operazioni.

Ai *soci non amministratori* sono riconosciuti, in ogni caso, ampi *poteri di informazione e controllo*.

È discusso in dottrina **se il potere di amministrazione possa essere conferito a persone estranee alla società**.

GRAZIANI ammette la presenza di amministratori estranei, purché non siano anche rappresentanti della società, mentre FERRI e SIMONETTO propendono per la soluzione *affermativa*, ma escludono che in tal caso possa pure pattuirsi l'esenzione, *per tutti i soci*, dalla responsabilità illimitata e solidale: se ciò avvenisse, invero, la società semplice diverrebbe una società a responsabilità limitata. In particolare, in ordine all'ammissibilità della nomina di un amministratore non socio, FERRI afferma: «Dal sistema delle norme relative alle società di persone tale possibilità sembrerebbe doversi escludere e dagli stessi artt. 2257 e 2258 cod. civ. sembrerebbe doversi desumere che la *diversa pattuizione*, di cui fa cenno l'art. 2257, possa riguardare una diversa regolamentazione dei poteri di amministrazione tra i soci, non anche l'attribuzione dell'amministrazione ad un estraneo. Altro elemento di conferma in questo senso si potrebbe trovare nel principio per cui il potere di amministrazione importa come conseguenza, anche se abusivamente esercitato, la responsabilità personale dell'amministratore per le obbligazioni sociali (artt. 2267 e 2320 cod. civ.). Tuttavia, in mancanza di una espressa disposizione di legge che lo vieti e tenuto conto che il sistema della legge è nel senso che il regolamento dell'amministrazione è rimesso alla libera determinazione dei soci, appare difficile escludere una tale possibilità».

GALGANO, infine, ritiene sicuramente possibile il conferimento ad estranei dell'incarico di gestire gli affari sociali, ma afferma che costoro non sono amministratori in senso tecnico, bensì semplici *mandatari o institori* della società. Amministratori in senso tecnico sono e rimangono *solo i soci*, in quanto non è concepibile una società di persone nella quale nessun socio abbia la suprema direzione dell'impresa sociale: deve escludersi, conseguentemente, la possibilità di un patto che esoneri tutti i soci dalla responsabilità illimitata e solidale. A tale proposito, l'Autore afferma: «La personale responsabilità delle obbligazioni sociali, imposta ai soci di società di persone, si presenta come il criterio legislativamente adottato, per questa società, quale garanzia di una responsabile direzione dell'impresa. Trova così soluzione il problema dell'ammissibilità di amministratori non soci: per la personale responsabilità, che al suo esercizio è necessariamente correlativa, la direzione dell'impresa si presenta, nelle società di persone, come attributo inseparabile dalla qualità di socio. Il non socio al quale sia stata affidata, per patto sociale o con atto separato, la gestione dell'impresa sociale, anche se qualificato dalle parti come "amministratore", non potrà essere considerato come un amministratore in

RASSEGNA STAMPA

Nelle delibere delle assemblee scocca l'ora dell'unanimità

Possibilità di inserire nell'atto costitutivo deliberazioni adottate con l'unanimità dei consensi, quorum differenziati fra decisioni dei soci in forma scritta o assembleare, assemblea totalitaria valida anche senza la presenza di amministratori e sindaci. Sono alcune delle rilevanti novità che dal 1° gennaio 2004 attengono l'organo deliberativo delle nuove società a responsabilità limitata apportate dalla riforma del diritto societario che pochi giorni fa ha assunto la sua veste definitiva. Le norme in commento da un lato hanno innovato completamente il funzionamento dell'assemblea rispetto al passato mentre dall'altro le stesse differenziano radicalmente l'organo deliberativo delle s.r.l. da quello delle s.p.a.

Decisioni dei soci

Il legislatore, prendendo atto che, soprattutto nelle micro-imprese, molte assemblee si tenevano di fatto solo virtualmente, dal 1° gennaio 2004 consente alla compagine sociale di decidere su specifici argomenti senza far ricorso alla riunione fisica dei soci. Si tratta di un metodo più snello e meno formale della riunione assembleare, adatto soprattutto alle piccole società in cui i soci hanno frequenti rapporti fra loro o risultano addirittura membri di un medesimo nucleo familiare.

Per poter essere utilizzate, tuttavia, le decisioni extra-collegiali necessitano di espresso richiamo nell'atto costitutivo. [...] Con l'art. 2479 c.c. vengono individuate alcune materie sulle quali le decisioni tradizionalmente delegate alle assemblee potranno essere demandate dall'atto costitutivo alla «decisione dei soci».

Fra le decisioni riservate alla competenza dei soci per le quali sarà utilizzabile il sistema della consultazione scritta o del consenso espresso per iscritto, ricordiamo in particolare:

- 1) l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili;
- 2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori e la determinazione dei loro compensi;
- 3) la nomina obbligatoria o facoltativa dei sindaci o del revisore.

Le «decisioni» potranno essere adottate mediante:

- a) consultazione scritta che, si ritiene, presuma un passaggio di bozze di deliberazioni fra soci nei confronti delle quali gli stessi sono chiamati eventualmente a proporre emendamenti o rilievi oltre che il relativo voto. Quest'ultimo che, evidentemente, dovrà essere espresso, in una proposta di delibera ormai predefinita ed immutabile, potrà essere positivo, negativo o trasformarsi in un'astensione;
- b) consenso espresso per iscritto che presuppone la

redazione di una deliberazione già definita che i soci possono o meno avallare. In questo caso, in assenza di consultazione, il socio sarà tenuto a inviare agli amministratori il proprio consenso attraverso un documento autonomo, salvo che lo stesso non venga espresso su un unico documento sottoscritto da tutti i soci.

Sia ai fini della consultazione, che dei consensi manifestati in assenza di consultazioni, i soci potranno disciplinare con grande libertà nell'atto costitutivo, gli iter procedurali finalizzati alla corretta formazione della decisione.

Ciò a patto che, al termine dell'iter previsto, risulti con chiarezza come si dispone nel comma 3 dell'art. 2479 c.c., «... l'argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa».

Il legislatore nulla dispone in merito ai soggetti concretamente legittimati a iniziare i procedimenti decisionali extra-assembleari. [...]

Da evidenziare, poi, che in relazione al fatto che nulla venga disposto in merito alla tempistica entro cui i procedimenti decisionali debbano perfezionarsi, anche tale aspetto dovrà essere demandato all'atto costitutivo.

[...] Si rileva che, in ogni caso, in relazione alle decisioni extra-assembleari, sia senz'altro da rispettare l'obbligo per il soggetto incaricato della procedura di inviare a tutti i soci (oltre che agli amministratori e, ad avviso di chi scrive, ai membri dell'organo di controllo, se nominato) la proposta oggetto della decisione, attraverso un sistema che consenta al «promotore», di prendere atto dell'avvenuta ricezione documentale da parte dei soci. [...]

Le materie non demandabili alle decisioni extra-assembleari

Non tutte le decisioni dei soci possono, tuttavia, essere assunte mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto. Tale possibilità è, infatti, espressamente esclusa dal comma 3 dell'articolo 2479 c.c. nelle decisioni assembleari in cui è d'obbligo l'intervento notarile (ex assemblee straordinarie). Si tratta delle assemblee finalizzate alla modifica dell'atto costitutivo e a quelle con cui vengono assunte decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

[...]

Ma vi sono anche altre decisioni che i soci non sembrano poter assumere al di fuori dell'assise assembleare. Per

esempio, nell'ambito della liquidazione, l'art. 2384 c.c. (comma 1, punto 6) prevede che le società di capitali possano sciogliersi per deliberazione dell'assemblea.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2487 c.c., comma 1 (salvo che l'atto costitutivo non preveda diversamente), sono altresì delegate all'assemblea le deliberazioni attinenti:

- a) alla determinazione del numero dei liquidatori e delle regole di funzionamento del collegio in caso di pluralità di liquidatori;
- b) alla nomina dei liquidatori, con l'indicazione di quelli cui spetta la rappresentanza della società;
- c) ai criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione e ai poteri dei liquidatori.

La delibera assembleare appare altresì indispensabile, ai sensi dell'art. 2487ter c.c., per revocare lo stato di liquidazione.

In relazione alle nuove disposizioni di cui al nuovo art. 2361 c.c. poi, sarà l'assemblea che, anche nelle s.r.l.,

autorizzerà il cda all'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportanti una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime.

All'assemblea ai sensi dell'art. 2482bis c.c., sono, poi, demandati gli opportuni provvedimenti in merito alla riduzione del capitale sociale per perdite nonché le decisioni in tema di procedure concorsuali. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, all'organo collegiale l'art. 152 del r.d. 267/1942 (legge fallimentare) attribuisce la decisione in merito alla proposta di concordato fallimentare, l'articolo 161 quella in tema di proposta di concordato preventivo e l'articolo 187 quella in merito alla domanda di ammissione alla procedura di amministrazione controllata.

[...]

L. DE ANGELIS, *Italia Oggi*,
3 gennaio 2005

Taglio improvviso al libro soci delle Srl

Nel convertire in legge il DI 185/08, con le misure anti-crisi, è stata inserita l'eliminazione del libro soci delle Srl, sotto il titolo «Riduzione dei costi amministrativi a carico delle imprese». La situazione economica potrebbe giustificare ogni intervento legislativo effettivamente in grado di alleggerire i costi a carico delle imprese, ove possibili senza particolari riduzioni di efficienza e garanzia. In quest'ottica, anche l'eliminazione di un libro sociale inutile potrebbe rivelarsi idonea.

Tuttavia, è vero il contrario: il libro soci delle Srl non è inutile e la sua eliminazione rischia di comportare maggiori costi e inefficienze. Il DI 185/08 abroga le norme che richiedono l'iscrizione del trasferimento delle partecipazioni sociali nel libro dei soci e rende efficace il trasferimento, nei confronti della società, in dipendenza del deposito nel Registro imprese, che in precedenza doveva precedere l'iscrizione nel libro soci.

La presunta semplificazione è stata forse pensata per avvicinare la situazione delle Srl a quella delle società di persone, o forse per eliminare l'ulteriore formalità dell'iscrizione nel libro soci, che potrebbe apparire un inutile doppione. Ma queste considerazioni non giustificano la scelta, perché solo superficialmente fondate.

Anche se il legislatore avesse avvertito l'esistenza di favorire il progressivo accostarsi delle Srl alle società personali, l'eliminazione del libro soci non è adeguata allo scopo: nella società personale il trasferimento della quota costituisce una modifica del contratto sociale, che di regola richiede il consenso degli altri soci, fra i quali vi sono gli amministratori. Di contro, nella Srl la cessione della partecipazione non presuppone, normalmente, il consenso di tutti i soci, né, necessariamente, il placet o l'informazione degli amministratori. Questa differenza fa sì che la cessione della partecipazio-

ne nella Srl possa compiersi senza che gli amministratori ne abbiano comunicazione, il che rende sconcertante l'eliminazione del libro soci per diversi motivi: da un lato, non si vede come essi possano essere in grado di adempiere alle comunicazioni relative alla situazione di socio unico (commi 4 e 5 dell'articolo 2470) «entro trenta giorni dall'avvenuta variazione della compagine sociale», con le gravi conseguenze che deriverebbero dal mancato rispetto del termine; d'altro lato, lascia perplessi che il nuovo testo dell'articolo 2470 dispunga l'efficacia del trasferimento di fronte alla società dal momento del deposito nel Registro imprese, che costituisce un adempimento – diversamente dall'iscrizione – non pienamente conoscibile dai terzi; inoltre, l'eliminazione dell'iscrizione nel libro soci quale elemento necessario ai fini della legittimazione dell'acquirente nei confronti della società, esclude il potere-dovere degli amministratori di verificare il rispetto di eventuali limitazioni statutarie alla circolazione delle quote. Non a caso, negli statuti di Srl quasi tutte le clausole limitative alla circolazione impediscono espressamente l'iscrizione nel libro soci ai trasferimenti che non rispettano le clausole di prelazione o gradimento.

Per di più, il deposito nel Registro imprese è espressamente previsto dalla legge per i trasferimenti delle partecipazioni sociali, e solo per questi. Sebbene la prassi sia opportunamente indirizzata nel senso di estenderne l'applicazione alla cessione dei diritti reali parziali, anche di garanzia, rimangono comunque esclusi gli eventi che di natura traslativa hanno poco o nulla. Una variazione dell'indirizzo del socio, del suo recapito di posta elettronica o di fax (notizie fondamentali per l'esercizio dei diritti sociali e finora destinate al libro soci), al pari della trasformazione del socio in altra forma societaria, il suo

