



CAPITOLO XIV

**«DEROGA» ALL'ATTO COSTITUTIVO DI S.R.L. IN TEMA DI
LIQUIDAZIONE DEL SOCIO RECEDUTO E CONVERSIONE
DELLA DECISIONE IN PATTO PARASOCIALE**

MARCO SPERANZIN

SOMMARIO: 1. Il problema: la decisione dei soci che «deroga» all'atto costitutivo (*Satzungsdurchbrechung*). – 2. Un caso in tema di determinazione del valore di liquidazione della partecipazione del socio receduto. – 3. Deroghe puntuali e con effetti protratti: legittimità ed efficacia delle deroghe puntuali. – 4. Interpretazione o conversione della deroga con effetti protratti in patto parasociale. – 5. Validità del patto parasociale concernente la determinazione del valore di liquidazione della quota del socio receduto e opponibilità del patto al socio da parte della società.

1. Il problema: la decisione dei soci che «deroga» all'atto costitutivo (Satzungsdurchbrechung).

Non è infrequente che tutti i soci di una società di capitali, in particolare s.r.l., assumano delle decisioni che divergono rispetto al contenuto dell'atto costitutivo, senza deliberare, tuttavia, una formale modifica delle regole statutarie.

Le finalità possono essere varie; di norma lo scopo è quello di disciplinare occasionalmente, ossia *una tantum*, una determinata situazione in modo difforme dalle previsioni organizzative, destinate a rimanere efficaci e vincolanti per ogni caso futuro: si pensi alla necessità di consentire l'alienazione, da parte di un socio, della partecipazione nel caso in cui nell'atto costitutivo sia inserito un divieto assoluto di circolazione della quota *ex*



art. 2469 c.c.¹; oppure all'accantonamento a riserva, in occasione della delibera di approvazione del bilancio di esercizio, della parte degli utili che l'atto costitutivo prevede siano distribuiti ai soci².

In altri casi si vuole modificare sempre temporaneamente, ma non occasionalmente, il contenuto delle regole statutarie senza l'osservanza del procedimento previsto dalla legge all'art. 2480 c.c., in quanto ritenuto inutile o costoso: si pensi alla decisione con cui si prevede che la durata della carica di un particolare amministratore sia fissata, all'atto della preposizione, in termini diversi da quanto stabilisce l'atto costitutivo³; alla liberazione, a favore di un amministratore o di un socio, dal rispetto di un obbligo di non concorrenza previsto statutariamente a loro carico.

Non è, però, altrettanto infrequente che queste decisioni (c.d. deroghe allo o disapplicazioni dell'atto costitutivo o, nella terminologia tedesca, *Satzungsdurchbrechung*⁴) possano determinare comportamenti opportunistici da parte di alcuni dei soci, i quali, in seguito, e per varie ragioni, ne invocano l'invalidità o inefficacia per evitare di soggiacervi; e assumono tale posizione proprio in considerazione della mancata adozione del formale procedimento di modifica statutaria.

Si discute, pertanto, della legittimità e dell'efficacia di siffatta deroga all'atto costitutivo: una deviazione dalla regola statutaria concordata tra tutti i soci, che può – come si diceva – avere un effetto occasionale, o anche avere efficacia temporanea, seppure protratta nel tempo; una decisione che non è formalmente una modifica statutaria, perché non ne rispetta il

¹ Ipotesi che ha una certa diffusione, tanto da essere oggetto di una Massima del Consiglio Notarile di Milano (la n. 92, in *Massime notarili in materia societaria*⁴, Milano, 2010, 315), su cui si tornerà *infra*.

² Fattispecie di recente decisa da OLG Dresden, 9.11.2011, in *GmbHR*, 2012, 213 ss., su cui nuovamente si tornerà *infra*.

³ BGH, 7.6.1993, in *NJW*, 1993, 2246 ss., sul quale v. il § 3.

⁴ Per la distinzione tra deroghe occasionali all'atto costitutivo e modifiche di fatto (comportamenti che costituiscono l'espressione della volontà tacita di modificare temporaneamente o stabilmente le clausole dell'atto costitutivo) v. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 6*, Torino, 1993, 40 ss.; CAMPINS VARGAS, *Derogación singular de los estatutos sociales*, in *Rev. der. merc.*, 2001, 1685 ss.; v. per una distinzione delle deviazioni dall'atto costitutivo incentrata, invece, sulla volontà o meno dei soci di modificare la regola statutaria ZÖLLNER, *Satzungsdurchbrechung*, in *Festschrift für Hans-Joachim Priester*, Hrsg. von Hommelhoff, Rawert u. Schmidt, Köln, 2007, 881; per una distinzione dal punto di vista del contenuto deliberativo, basata sul fatto che la decisione consista in una deviazione rispetto al contenuto di una regola posta dall'atto costitutivo (*inhaltliche Satzungsdurchbrechung*) o in una deviazione rispetto al procedimento o alle competenze prescritti dall'atto costitutivo (*Durchbrechung von Verfahrens- und Kompetenzvorschriften*) ZÖLLNER, NOACK, § 53, in *GmbH-Gesetz*²⁰, Hrsg. von Baumbach u. Hueck, München, 2013, Rn. 41, 1558.

procedimento, ma neppure costituisce una vera e propria violazione della regola dell'atto costitutivo, perché questa rimane vincolante per ogni altro caso futuro⁵.

Il tema sembra, nell'ambito delle società di capitali, avere il proprio terreno di elezione all'interno della s.r.l. e in particolare della (di norma riscontrabile nella realtà imprenditoriale italiana) *s.r.l. con assetto di interessi personalistico o chiusa*⁶; molto probabilmente l'unico terreno di elezione⁷, come del resto si ritiene in prevalenza con riferimento al problema, connesso come si vedrà, del rilievo sul piano organizzativo dei patti parasociali sottoscritti da tutti i soci⁸.

Non sembra, infatti, ma non è questa la sede per approfondire l'analisi, che possano *di norma* avere una qualche rilevanza le deroghe allo statuto decise dai soci di una s.p.a. Ciò in considerazione della naturale apertura a terzi dell'impresa azionaria, e quindi della necessità di un'interpretazione

⁵ HABERSACK, *Unwirksamkeit, zustandsbegründender Durchbrechungen der GmbH-Satzung sowie darauf gerichteter schuldrechtlicher Nebenabreden*, in *ZGR*, 1994, 363.

⁶ Le società di capitali chiuse sono identificate, ad esempio, da EIDENMÜLLER, in AA.VV., *Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft*, Berlin-Boston, 2012, 4 ss., dal fatto di avere partecipazioni che non possono essere offerte sul mercato e la cui circolazione sia vincolata in via legale o statutaria; secondo McCahery, Vermeulen, Hisatake, Saito, *The New Company Law: What Matters in an Innovative Economy*, in AA.VV., *Private Company Law Reform*, McCahery, Timmermann a. Vermeulen (by), The Hague, 2010, 76 ss., le caratteristiche sono tre: 1) un numero relativamente ridotto di soci; 2) l'assenza di un mercato delle quote; 3) la sostanziale partecipazioni dei soci (di maggioranza) nella gestione e direzione dell'impresa.

⁷ E cfr., infatti, SCIUTO, *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 279 ss.; ID., *L'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, in *Riv. società*, 2009, 659 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, 1458.

⁸ Per l'analisi del tema v. in particolare RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 3*, Torino, 1994, 557 ss.; ID., *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, I, Torino, 2006, 480 ss.; NOVAL PATO, *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Cizur Menor, 2012, 47 ss., il quale, tuttavia, ritiene che le considerazioni in tema di patti tra tutti i soci possano estendersi analogamente alla s.p.a. In giurisprudenza v. Coll. Arbitrale (Portale; Bianchi; Sacchi), 7.6.2000, in *Riv. arbitrato*, 2001, 292, ove osservato, già prima della riforma del diritto delle società di capitali, che nella s.r.l., dato il suo carattere personalistico, l'inopponibilità alla società del patto parasociale sottoscritto da tutti i soci si potrebbe giustificare solo aderendo ad una concezione esasperatamente realista della persona giuridica. Per il collegamento tra il tema delle decisioni che derogano all'atto costitutivo e quello dei patti parasociali integrativi dello stesso v. nella dottrina tedesca NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 1994, 61 ss.; ULMER P., *Satzungsgleiche Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH*, in *Festschrift für V. Röhrich*, Hrsg. von Crezelius, Hirte u. Vieweg, Köln, 2005, 633 ss.

e applicazione oggettiva e formale delle regole⁹; o, se si preferisce, per la sola rilevanza, in tale tipo, delle disposizioni che formano il testo dello statuto, perché il mercato – cui sono naturalmente destinate le partecipazioni nell'impresa azionaria – avverte un'esigenza di univocità delle regole¹⁰.

Nonostante la possibile diversità di conclusioni, l'analisi del problema delle deroghe all'atto costitutivo (come anche quella dell'interpretazione degli statuti) si è concentrata, nel nostro ordinamento, e per note ragioni storiche, sulla disciplina della s.p.a., con successiva estensione delle conclusioni alla s.r.l. Inversamente in altri ordinamenti, e in particolare in quello tedesco, l'analisi è incentrata su quest'ultimo tipo¹¹. Il che pare possa giustificare una specifica trattazione, alla luce delle rilevanti innovazioni alla s.r.l. introdotte dalla riforma del diritto delle società di capitali e dalle successive modifiche legislative.

2. *Un caso in tema di determinazione del valore di liquidazione della partecipazione del socio receduto.*

L'esame è sollecitato da un recente e interessante caso deciso dalla Suprema Corte tedesca¹².

I soci di una s.r.l. (qualificata dalla stessa decisione come *Manager-GmbH*, ossia una società nella quale vi è un stretta connessione tra ruolo

⁹ Sull'esigenza di oggettività che caratterizza la s.p.a. v. in particolare i contributi di ANGELICI, da ultimo in *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 202 ss. (e con particolare riferimento al rapporto tra sociale e parasociale 240 ss., nonché, per la rilevanza del diverso ruolo dell'*assenso* del socio nell'ambito del procedimento assembleare della s.p.a. e del *consenso* del socio nella s.r.l. p. 281, nt. 4 e p. 302, nt. 47); sulla rilevanza della posizione della società rispetto al ricorso al mercato delle partecipazioni con riferimento alla disciplina applicabile v. anche ABBADESSA, *sub art. 2325*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini, Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 6.

Rimane estraneo al presente contributo l'esame del possibile rilievo dell'impresa *start-up* innovativa costituita in s.r.l. e quindi dell'art. 26, 5° co., d.l. n. 179 del 2012, come convertito dalle l. n. 221 del 2012, che consente l'offerta al pubblico delle partecipazioni.

¹⁰ Cfr. SCIUTO, *L'interpretazione*, cit., 281 ss.; MILCH, *Schuldrechtliche Absprachen in der GmbH*, Frankfurt a. Main, 2004, 48 ss.

¹¹ Lo notano, con riferimento al sistema tedesco, MILCH, *op. cit.*, 23 ss.; di recente SCHOCKENHOFF, *Die Auslegung von GmbH- und AG-Satzungen*, in *ZGR*, 2013, 78.

¹² Cfr. BGH, 15.3.2010, in *NJW*, 2010, 3718 ss. Per un commento analitico alla decisione v. ULMER P., *Schuldrechtliche Gesellschafterabrede zugunsten der GmbH*, in *Liber amicorum für M. Winter*, Hrsg. von Hoffmann-Becking, Hüffer u. Reichert, Köln, 2011, 687 ss. Il caso è stato significativamente ricordato anche da PORTALE, *Relazione in tema di patti parasociali*, Università Bocconi, 11.12.2012.

del socio e ruolo di amministratore¹³) decidono, con consenso unanime, di modificare le modalità di determinazione del valore di liquidazione previste dall'atto costitutivo in caso di recesso o esclusione del socio al termine dell'attività lavorativa a favore della società. Nello specifico decidono di ridurre tale possibile valore. La delibera, assunta con l'espressa finalità di preservare il patrimonio della società, e quindi di facilitare l'ingresso di nuovi soci nell'ottica dello sviluppo dell'attività d'impresa, non segue però le forme della modifica statutaria, e quindi non riveste forma notarile né viene iscritta a registro delle imprese.

Successivamente, dopo alcuni anni, un socio recede, e pretende la liquidazione del valore della sua partecipazione non secondo quanto stabilito dalla decisione, e quindi per un importo – a parere dell'impugnante – eccessivamente ridotto; ma secondo quanto stabilito dall'atto costitutivo, in quanto il socio sostiene l'inefficacia o comunque l'invalidità della decisione. L'attore pretende di essere pagato alle condizioni originarie e ben più favorevoli, in ipotesi derivate dalla decisione unanime (e quindi anche con il suo consenso), ma in modo inefficace.

Sia il Tribunale di primo grado che la Corte d'Appello danno ragione al socio recedente, in considerazione dell'orientamento, prevalente nella dottrina tedesca, per cui la deroga all'atto costitutivo ha effetto solo se puntuale, e quindi solo se si esaurisce nel disciplinare una singola circostanza o operazione; non, invece, se i suoi effetti perdurano nel tempo e possono determinare una stabile divergenza con le regole statutarie, in considerazione dell'esigenza di tutelare i futuri soci e i terzi rispetto al contenuto delle regole organizzative. Nel caso di specie a parere delle Corti la decisione di modificare le modalità di determinazione del valore di liquidazione non ha effetto puntuale, ma protratto nel tempo, in quanto può applicarsi anche ai successivi casi di recesso da parte dei soci che non hanno partecipato alla decisione medesima; e deve, quindi, considerarsi nulla¹⁴.

La Suprema Corte tedesca, invece, cassa la sentenza di secondo grado, e rimette la controversia ai giudici di merito per valutare se la decisione,

¹³ La giurisprudenza tedesca si è già occupata delle s.r.l. caratterizzate da uno stretto legame tra posizione di socio e di amministratore, per ritenere legittime, in tali società, clausole statutarie o patti parasociali che consentono o hanno per effetto l'esclusione del socio anche senza una specifica giusta causa, qualora tale esclusione consegua alla cessazione del rapporto amministrativo: v. BGH, 19.9.2005, commentata in SPERANZIN, *Clausole di esclusione e patti parasociali: giurisprudenza tedesca e art. 2473-bis c.c.*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 147 ss.; v. anche nella giurisprudenza italiana per il rilievo di tale legame T. Milano, 17.2.2013, in *Soc.*, 2013, 600.

¹⁴ OLG Brandenburg, 3.12.2008, ined.

assunta con il consenso di tutti i soci, invalida o inefficace sul piano sociale, possa in sede di interpretazione o di conversione considerarsi un patto parasociale; se tale patto sia valido; e se, ulteriormente e in caso affermativo, possa considerarsi un contratto a favore della società, che quest'ultima potrebbe pertanto opporre per contestare la pretesa del socio¹⁵.

3. *Deroghe puntuali e con effetti protratti: legittimità ed efficacia delle deroghe puntuali.*

Il caso esaminato, che non è l'unico che può riscontrarsi nella giurisprudenza sia italiana che comunitaria¹⁶, sollecita l'analisi anche nel nostro ordinamento del tema delle deroghe all'atto costitutivo nella s.r.l.

Secondo la dottrina tedesca, che ha particolarmente approfondito il tema anche in considerazione della giurisprudenza in argomento, si ha una deviazione o deroga all'atto costitutivo quando una determinata decisione dei soci, assunta con il consenso di tutti, non segue il necessario procedimento di modifica statutaria, e quindi non risulta formalizzata in forma notarile oppure, pur se rivestita di tale forma, non viene iscritta a registro delle imprese¹⁷.

Non si pone, quindi, nel caso di specie, un problema – come noto, molto discusso – di distinzione del sociale dal parasociale, che impone innanzitutto di chiedersi se una determinata previsione inserita nell'atto costitutivo sia priva di valore corporativo e sia dotata, invece, solo di valore contrattuale o interindividuale, in quanto il socio è coinvolto *uti singulus*¹⁸.

¹⁵ Cfr. BGH, 15.3.2010, cit., 3718 ss.

¹⁶ V. in Francia i casi ricordati da SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur: quelle hiérarchie?*, in *Rev. soc.*, 2011, 331 ss.; per la giurisprudenza inglese v. DAVIES, WORTHINGTON, *Principles of modern company law*⁹, London, 2012, 725 ss.; in Spagna v. CAMPINS VARGAS, *op. cit.*, 1685 ss.

¹⁷ Cfr. il saggio comunemente indicato come punto di riferimento sul tema di PRIESTER, *Satzungsänderung und Satzungsbruch. Voraussetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse*, in *ZHR*, 1987, 40 ss.; v. anche NOACK, *op. cit.*, 140 ss.; ULMER P., § 53, in *GmbHG Großkommentar*, Hrsg. von P. Ulmer, Habersack u. M. Winter, III, Tübingen, 2008, Rn. 34, 20.

¹⁸ Sottolineano la necessità di verificare, prima di tutto, se si tratti di una vera e propria clausola statutaria o di una clausola contrattuale priva di valore corporativo RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. società*, 1991, 596 ss.; SCIUTO, *L'interpretazione*, cit., 287; GUERRERA, *Profili generali delle modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle s.r.l.*, diretto da Ibba, Marasà, IV, Padova, 2009, 228; ampia analisi del tema anche in NOVAL PATO, *op. cit.*, 38 ss.