

QUESTIONI IN TEMA DI AUMENTO DEL CAPITALE «DELEGATO AGLI AMMINISTRATORI» NELLA S.R.L.

di *Marco Speranzin*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le novità in materia di aumento del capitale sociale nella s.r.l. e la disciplina dell'aumento «delegato» agli amministratori negli altri ordinamenti europei. – 2. L'attribuzione della decisione di aumento del capitale sociale agli amministratori: la tesi prevalente favorevole a configurare un'ipotesi di delega *ex art. 2443 c.c.* – 3. Critica alla tesi prevalente. Diversità della disciplina dalla s.p.a., autonomia statutaria e organizzazione corporativa nella s.r.l. – 4. (*Segue*): traslazione di competenza, delega in senso stretto e delega tecnica: conseguenze applicative. – 5. Attribuzione agli amministratori della facoltà di aumentare il capitale sociale mediante imputazione di riserve. Mancata indicazione dell'ipotesi nel testo della clausola.

1. *Introduzione: le novità in materia di aumento del capitale sociale nella s.r.l. e la disciplina dell'aumento «delegato» agli amministratori negli altri ordinamenti europei.* – La disciplina dell'aumento del capitale sociale a pagamento è stata modificata dalla riforma del diritto societario, per quanto riguarda la s.p.a., in particolare con riferimento a due aspetti: da un lato, è stato aggiunto un nuovo caso di esclusione o non spettanza del diritto di opzione per le società con azioni quotate sui mercati regolamentati (art. 2441, comma 4°, seconda parte, c.c.); dall'altro è stato ampliato il possibile contenuto della delega all'organo amministrativo, che può ora comprendere anche la decisione concernente l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione¹.

¹ In precedenza era considerato pacifico che gli amministratori non potessero escludere o limitare il diritto di opzione: v. VERRUCOLI-PIRAS, *Le modificazioni del capitale nella società per azioni, con particolare riguardo al diritto di opzione*, in *Impr. amb. pubbl. amm.*, 1975, I, 313; ROSAPEPE, *L'esclusione del diritto di opzione degli azionisti*, Milano, 1988, 164 ss. Si ritenevano ammissibili aumenti di capitale delegati con esclusione, limitazione o non spettanza del diritto di opzione purché si trattasse di aumenti di capitale riservati ai dipendenti o, secondo l'orientamento accolto dal Consiglio notarile di Milano, purché le condizioni dell'emissione fossero pre-determinate dall'assemblea: cfr. la Massima del Consiglio notarile di Milano n. 15, in *Massime notarili in materia societaria*³, Milano, 2007, 36 ss., nonché P. MARCHETTI, *Gli aumenti di capitale*, in *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 280.

Costituisce invece una (integrale) novità la previsione di una disciplina *autonoma e organica* dedicata all'aumento del capitale nella *s.r.l.*²: gli artt. 2481, 2481 *bis* e 2481 *ter* c.c. prevedono infatti un'articolata normativa in luogo del previgente art. 2495 c.c. Quest'ultima disposizione, come è noto, si limitava a rinviare a parte della disciplina della *s.p.a.*, e sulla base del contenuto di tale rinvio si potevano ritenere acquisiti (anche se con qualche voce contraria) i seguenti principi: da un lato la delibera di aumento del capitale sociale a pagamento doveva attribuire ai soci il diritto di sottoscrivere il nuovo capitale, con la sola eccezione dell'aumento del capitale da liberare mediante conferimenti in natura, in cui si ammetteva l'esclusione *ex lege* del diritto di opzione³ (e – secondo alcuni – del caso in cui vi fosse una specifica clausola statutaria, inserita all'unanimità, che consentisse l'esclusione del diritto di opzione in ulteriori ipotesi⁴; d'altro lato non poteva essere delegata agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale, in virtù (così la *Relazione al Re*, n. 1019) dell'eccezionalità dell'istituto della delega e delle caratteristiche rivestite dalla *s.r.l.*, e in particolare per la più diretta partecipazione dei soci alla gestione della società nonché per l'assenza di esigenze di pronta reazione ad istanze del mercato dei capitali⁵. Si affermava altresì, con riferimento a questi ultimi aspetti, che il

² Ciò in conformità a quanto richiesto per la *s.r.l.*, in generale, dall'art. 3, comma 1°, lett. *a*, l. 3 ottobre 2001, n. 366 (ossia della Delega al Governo per la riforma del diritto societario). Cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*², Padova, 2006, 15. L'attuazione di tale principio di autonomia è stata però considerata non soddisfacente: secondo ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 99, in quanto il complesso normativo della *s.r.l.* è sottodimensionato rispetto alle esigenze di una disciplina che si voleva esaustiva; secondo RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa*, 2003, I, 685, perché i richiami alla disciplina della *s.p.a.* rimangono molto numerosi.

³ Così in dottrina, sulla base dell'originario rinvio dell'art. 2495 c.c. al comma 1° dell'art. 2441 c.c. e in virtù della *Relazione al Re* (v. n. 1019), SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*⁴, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, 337; ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di dir. comm. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1985, 53; CALANDRA BUONAURA, *L'aumento di capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, 1130 ss.; in giurisprudenza v. ad es. Trib. Viterbo, 29 gennaio 1997, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 593 ss.; App. Roma, 21 aprile 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, 197 ss.

⁴ RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXX, 1, Milano, 1982, 361; in giurisprudenza Trib. Udine, 30 marzo 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, 1115. *Contra* SANTINI, *op. cit.*, 337, nt. 5; Trib. Ascoli Piceno, 8 ottobre 1987, in *Soc.*, 1988, 280.

⁵ Cfr. SANTINI, *op. cit.*, 343 ss.; in giurisprudenza v. ad es. Trib. Napoli, 1 settembre 1992, in *Soc.*, 1993, 354; Trib. Udine, 9 aprile 1994 e App. Trieste, 6 luglio 1994, entrambe in *Giur. comm.*, 1996, II, 135 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

In senso diverso cfr. in dottrina l'ampio saggio di SACCHI, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, 852 ss., il quale da un lato riteneva non convincente la tesi volta ad escludere in termini generali e assoluti l'applicabilità alla *s.r.l.* della disciplina della *s.p.a.* non espressamente richiamata; dal-

divieto di delega agli amministratori costituisse uno dei pochi casi in cui il legislatore della s.r.l. aveva stabilito una norma imperativa non per la presenza di interessi pubblici da tutelare, ma *per ragioni tipologiche*⁶.

Orbene: i principi considerati pacifici dalla dottrina prevalente risultano entrambi ribaltati dalla riforma del diritto societario, in quanto da un lato è prevista – senza apparenti limiti – la possibilità di escludere o limitare il diritto di sottoscrizione dei soci (art. 2481 *bis* c.c.); d'altro lato è consentito attribuire all'organo amministrativo la facoltà di aumentare il capitale sociale (art. 2481 c.c.).

Con riferimento a quest'ultimo aspetto – il solo sul quale sarà incentrata la presente indagine – si noti fin da subito che si tratta di una norma che ha già sollevato interrogativi (oltre che in dottrina, che ha dubitato della sua giustificazione⁷ nella giurisprudenza e nella prassi italiana⁸; nonché è stata oggetto di

l'altro considerava che anche nella s.r.l. potessero presentarsi esigenze sostanziali tali da giustificare il ricorso alla delega; in giurisprudenza Trib. Bari, 14 novembre 1983, in *Soc.*, 1984, 850; Trib. Udine, 14 gennaio 1994, citato in *Riv. not.*, 1995, 1075.

⁶ ZANARONE, *Società*, cit., 126 ss., il quale, in relazione al sistema previgente, escludeva la rilevanza del tipo come fonte di limiti all'autonomia privata, ma osservava che, in casi eccezionali, il legislatore avesse assunto singoli aspetti del tipo come indefettibili, tanto da considerare le corrispondenti norme come imperative (ed una di queste norme era, appunto, quella del divieto di delega all'organo amministrativo); cfr. anche RACUGNO, *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1069; BENAZZO, *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999, 387. Secondo App. Trieste, 6 luglio 1994, cit., l'art. 2443 c.c. doveva ritenersi una norma eccezionale; pertanto questa decisione respinge il reclamo contro il rifiuto di omologa di una delibera di delega dell'aumento del capitale agli amministratori di s.r.l. assunta all'unanimità.

⁷ Particolarmente critica è la posizione di U. BELVISO, *Delega per gli aumenti del capitale sociale e riforma organica delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2004, 1321, nt. 7 e 1340 ss., secondo il quale non si giustifica per la s.r.l. l'esigenza tutelata dall'istituto della delega, ossia quella di consentire agli amministratori di collocare sul mercato del capitale di rischio le partecipazioni emesse in corrispondenza all'aumento (esigenza che storicamente ha giustificato l'adozione dell'istituto negli ordinamenti continentali, avvenuto a livello legislativo ad es. nell'*Aktiengesetz* del 1937 e nel codice civile italiano del 1942, come enuncia la *Relazione al codice civile*, n. 974; v. per la situazione anteriore in Italia la giurisprudenza ricordata da MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, Milano, 2000, 8 ss.); questa era anche la motivazione posta a base della decisione di rigetto dell'omologa dell'App. Trieste, 6 luglio 1994, cit. Si noti tuttavia che la dottrina ha individuato ulteriori *rationes* sottostanti all'istituto dell'aumento delegato: v. RIVOLTA, *La società*, cit., 372, che menziona l'incertezza del reperimento di ulteriore capitale di rischio o di particolari conferimenti in natura (si pensi alla formazione di gruppi o di collegamenti tra imprese mediante scambi di partecipazioni: v. HIRTE, *Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986, 101 ss.); SACCHI, *op. cit.*, 894, e S. PATRIARCA, *Brevi considerazioni sull'aumento delegato del capitale sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 493 ss., che menzionano l'esigenza di una maggiore agilità deliberativa per la società e il risparmio di spese collegate al procedimento assembleare. In virtù di tali ulteriori ragioni a fondamento della delega, si pronuncia favorevolmente circa la scelta del legislatore del 2003 per la s.r.l. CERRATO, *Aumenti di capitale e diritti del socio di s.r.l.*, in *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Sarale, Bologna, 2007, 767.

⁸ Cfr. da un lato Trib. Ragusa, 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2007, II, 159 ss., relativamen-

analisi da parte di un Collegio arbitrale presieduto dal Maestro cui questo scritto è dedicato⁹. Del resto una disposizione siffatta non trova (o trovava) paralleli negli ordinamenti tradizionalmente considerati più vicini.

Infatti né la legge spagnola, né quelle svizzera, portoghese o belga contengono un'espressa previsione relativa alla delega agli amministratori dell'aumento del capitale nella s.r.l. Per lo più, e inversamente, tale facoltà viene esclusa, in considerazione (alla stesso modo di quanto si sosteneva nel vigore della precedente disciplina italiana) delle caratteristiche tipologiche e del ruolo dell'assemblea nella società a responsabilità limitata.

In particolare, la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* spagnola stabilisce che l'aumento del capitale sociale può essere deciso solo dalla *Junta General* (art. 76), che ha in materia una competenza *esclusiva*¹⁰. Si esclude altresì la possibilità di attribuire agli amministratori una delega tecnica, volta ad integrare il contenuto della decisione assembleare¹¹. L'unico ruolo attribuito all'organo gestorio è quello di poter offrire le quote non sottoscritte ai terzi qualora i soci non abbiano esercitato né il diritto di sottoscrizione né il diritto di prelazione sull'inoptato (c.d. terzo giro)¹². Analogamente la dottrina svizzera ritiene che il rinvio contenuto nella nuova disciplina della *GmbH* (rinvio alla sola disciplina dell'*AG* concernente l'aumento *ordinario* del capitale) costituisca un

te al problema della maggioranza necessaria per introdurre successivamente nell'atto costitutivo la clausola di cui all'art. 2481 c.c.; d'altro lato la Massima n. 75 del Consiglio Notarile di Milano, in *Massime notarili*, cit., 227 ss.

⁹ Collegio arbitrale, 7 marzo 2007 (Presid. Piras), ined., in materia di impugnazione di decisione del c.d.a. di una s.r.l., decisione con cui è stato deliberato l'aumento del capitale sociale con esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci.

¹⁰ ROJO, *El aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada*, in PAZ-ARES, *Tratando de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997, 817 ss.; CUENCA GARCÍA-FERRANDO VILLALBA, *Las competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, in EMBID IRUJO (Coord.), *Las competencias de los órganos sociales en la sociedades de capital*, Valencia, 2005, 171 e 180. Contraria alla possibilità di una delega è anche l'interpretazione del registro mercantile: v. MEJÍAS, *Aumento y reducción de capital: doctrina de la dirección general de registros y del notariado*, in *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2004, 252. In senso invece favorevole CACHÓN BLANCO, *Modificación de estatutos sociales. Aumento y reducción de capital*, in AA.VV., *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, 676, in considerazione del fatto che è pur sempre l'assemblea a delegare la decisione.

¹¹ V. ancora ROJO, *op. cit.*, 819, secondo il quale è ad esempio nulla la decisione di aumento del capitale che non fissa il termine per l'esercizio del diritto di opzione (v. 833); in senso diverso SANCHEZ GONZALES, *Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social*, in ARANGUREN URRIZA, *La sociedad de responsabilidad limitada*, II, Madrid, 1998, 266 ss., il quale è favorevole ad una delega agli amministratori per fissare gli aspetti dell'operazione non previsti dalla decisione dei soci.

¹² ROJO, *op. cit.*, 845 ss., il quale comunque critica la soluzione legislativa.

«qualifiziertes Schweigen», tale da escludere la possibilità di delega dell'operazione all'organo amministrativo¹³. Analoga è la posizione nell'ordinamento belga¹⁴. L'art. 266 del *Código das Sociedades Comerciais* portoghese, infine, prevede un rinvio alle norme in tema di s.p.a. relative alla facoltà per l'assemblea dei soci di limitare o sopprimere il diritto di opzione nonché alla facoltà di attribuire all'organo amministrativo la delega ad aumentare il capitale sociale; il rinvio sembrerebbe consentire non solo la delega di quest'ultima decisione, ma anche di quella relativa all'esclusione del diritto di opzione¹⁵. Tuttavia la dottrina è concorde nel ritenere che le modifiche del contratto sociale sono nelle *sociedades por quotas* di esclusiva competenza dei soci, sicché pare da escludere la possibilità di delegare agli amministratori l'aumento del capitale (e a maggior ragione l'esclusione del diritto d'opzione)¹⁶.

Anche la dottrina tedesca, d'altro lato, riteneva che nella *GmbH* l'aumento di capitale delegato (o, più correttamente secondo quell'ordinamento, autorizzato) fosse illegittimo, per violazione dell'inderogabile competenza assembleare¹⁷, nonché in ogni caso superfluo, data la facilità della convocazione dell'assemblea in tale tipo di società¹⁸; anche se non si escludeva che l'assemblea potesse autorizzare l'amministratore, altrimenti incompetente, a procedere alla raccolta delle sottoscrizioni degli eventuali terzi entro un periodo massimo di sei mesi (una volta che, sulla base della delibera dell'assemblea dei soci, fosse stata decisa l'esclusione del diritto di opzione)¹⁹. La disciplina è, tuttavia, di

¹³ FORSTMOSER, *Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter*, Zürich-Basel-Genf, 2006, 54; il corsivo è dell'Autore.

¹⁴ Cfr. già RACUGNO, *Caractère fermé della società a responsabilità limitata in Belgio e inapplicabilità del capital autorisé*, in *Riv. soc.*, 1995, 1032 ss., e ora l'art. 302 del *Code des sociétés*.

¹⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*², II vol., Coimbra, 2007, 846 ss.

¹⁶ Del resto il *Código das Sociedades Comerciais* prevede una norma generale in materia di società (l'art. 85), ai sensi della quale le modifiche del contratto possano essere deliberate solo dai soci in mancanza di una disposizione di legge che attribuisca la competenza anche ad un altro organo. Cfr. VENTURA, *Alterações do Contrato de Sociedade*², Coimbra, 1988, 152; v. nello stesso senso anche MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 454 e nt. 1257, che richiama una inedita decisione del Trib. Coimbra dell'11 luglio 2000.

¹⁷ Cfr. anche per ulteriori riferimenti ROHLER, *Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte*, Köln, 1991, 36 ss.; PRIESTER, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*⁹, Köln, 2002, § 55, Rdn. 11, 3038: «Das sog. genehmigte Kapital ... ist dem GmbH-Recht ... fremd»; ZÖLLNER, in BAUMBACK-HUECK, *GmbHG Kommentar*¹⁸, 2006, München, § 55, Rdn. 11, 1688. In Austria v. KOPPENSTEINER, *GmbHG Kommentar*², Wien, 1999, § 49, Rdn. 9, 481.

¹⁸ HEITSCH, *Das Bezugsrecht der Gesellschafter der GmbH bei Kapitalerhöhungen*, Berlin, 1997, 51.

¹⁹ MERTENS, *Sozialakt und Vertretung*, in *AG*, 1981, 216 ss.; HERCHEN, *Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2004, 37. Il problema