La *governance* tradita nella s.r.l.: gli abusi del socio

A cura del dott. Giulio Gastaldello

Nel codice civile – libro V del lavoro, la parola «fedeltà» non è pressoché mai utilizzata (se non per l'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro – art. 2015 c.c.)

Nelle società commerciali i principali strumenti per prevedere le situazioni, regolare gli accordi e le finalità, e stabilire la modalità di risoluzione degli stessi sono la legge, lo statuto sociale ed i patti parasociali

Litigiosità tra soci – conseguenze:

1.- rischio depauperamento ricchezza azienda

2.- conflitti trasferiti nel Cda – governance a rischio di inefficienza gestionale e strategica

3.- ostruzionismo fine a se stesso o pilotato p. es. per alzare il prezzo di buonuscita

Socio di maggioranza – abuso di potere, patto leonino, esclusione del socio di minoranza

Socio di minoranza – utilizzo distorto degli strumenti di controllo (p.es. richiesta documentale eccessiva), assenza alle assemblee (possibile stallo della società per decisioni ordinarie e straordinarie)

INVALIDITA' DELLE DECISIONI DEL SOCIO: ANNULLABILITA' E NULLITA'

ANNULLABILI:

decisioni prese non in conformità delle legge o atto costitutivo

decisioni assunte con la partecipazione di socio in conflitto di interessi

legittimati all'impugnazione: i soci che non hanno consentito alla deliberazione (contrari, astenuti, assenti), ciascun amministratore, collegio sindacale

termine: 90 giorni dalla trascrizione sul libro soci

rimedi: la delibera viziata può essere sostituita, anche senza l'intervento del Tribunale. Può essere disposta dal Giudice – su richiesta – la sospensione dell'esecuzione della deliberazione

Effetti: l'annullamento ha effetto verso tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti

NULLE:

decisioni in materie impossibili o illecite, o quando sia illecito il contenuto sostanziale dell'oggetto

assunte in assenza assoluta di informazione

che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite

sono anche nulle le decisioni in assenza di verbale

Tutti i soggetti interessati possono impugnare le deliberazioni
termine: 3 anni dalla trascrizione nei libri verbali

CONTROLLO DEI SOCI

ARTT. 2476, 2489, 2625 C.C.

I soci di SRL che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di **avere** dagli amministratori **notizie** sullo svolgimento degli affari sociali e di **consultare**, anche tramite professionisti di loro fiducia, **i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione** (art. 2476 co. 2 c.c.).

Il potere di esercitare il diritto individuale di controllo spetta a ciascun socio non amministratore a prescindere:

- dalla presenza di organi di controllo (facoltativi o obbligatori);
- dall'entità della quota detenuta.

IL SOCIO AGISCE QUALE PORTATORE DI UN INTERESSE PROPRIO, NON DELLA SOCIETA' – si tratta di un diritto non derogabile

DIRITTO DI INFORMAZIONE

Diritto di avere informazione sullo svolgimento degli affari sociali, esercitabile in qualsiasi momento e senza particolari formalità.

Attenzione : conflitto di interessi, concorrenza

Rimedi: consultazione con mascheramento p. es. dei nominativi di clienti / fornitori (vedi Trib. Milano 28.11.2016)

DIRITTO DI CONSULTAZIONE

Ciascun socio che non partecipi all'amministrazione ha diritto di consultare, anche tramite professionisti di propria fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione, quali: libri sociali obbligatori; documenti relativi alla gestione (p. es. scritture contabili, documenti fiscali, contratti, accordi, corrispondenza, fatture, ecc.)

Gli estratti saranno a spese del socio richiedente.

Si tratta di un diritto potestativo di controllo del socio, al quale corrisponde l'obbligo da parte dell'amministratore ad adempiere.

Lo statuto non può comprimere il diritto del socio, ma può ampliarlo o regolamentarlo.

Il diritto **all'informazione** legittima il socio a richiedere agli amministratori notizie che riguardano gli affari della società ovvero tutto ciò che attiene al patrimonio e alla gestione dell'impresa, i fatti fondamentali per la determinazione e la ripartizione degli utili, ma anche i rapporti giuridici ed economici interni alla compagine sociale o della società nei confronti dei terzi.

E' possibile ricondurre al concetto di "affari della società", le operazioni compiute o in corso di svolgimento o di prossima attuazione che riguardano ad esempio:

- *gli impieghi dell'attivo patrimoniale;*
- *le relazioni commerciali;*
- *le partecipazioni;*
- *le concessioni di prestiti;*
- *i compensi agli amministratori;*
- *le retribuzioni dei dipendenti;*
- *le informazioni relative ai rapporti giuridici e commerciali con le società controllate.*

Non vi sono particolari requisiti formali per tali richieste che possono essere effettuate in assemblea o anche al di fuori della stessa, in qualunque momento della vita sociale, in forma orale o scritta, e può avere ad oggetto sia l'andamento generale della gestione che notizie circostanziate sui singoli affari.

Nel caso di Srl la cui attività sia limitata alla gestione di partecipazioni, il diritto del socio di consultare la documentazione sociale si estende anche alle scritture e ai documenti sociali e contabili della S.p.A. interamente controllata dalla Srl, dovendosi presumere la piena disponibilità ed il concreto utilizzo da parte dell'organo amministrativo della Srl controllante della documentazione amministrativa e contabile della S.p.A. controllata (Tribunale di Milano, Sezione Impresa B, 27 settembre 2017). E' esclusa però un generale e indiscriminato potere di ispezione del socio di Srl su società solo indirettamente partecipate, in particolare laddove dette società siano costituite in forma di S.p.A., con esclusione di analogo potere agli azionisti.

Conseguenze dell'impedito controllo:

Azione sociale di responsabilità e revoca cautelare

Sanzioni amministrative (sanzione pecuniaria sino a €
10.329 – art. 2625 c.c.)

Sanzioni penali (a seguito di querela e condanna, pena
sino a 1 anno – art. 2625 c.c.)

Nelle S.p.A. l'azionista non ha un diritto di controllo come espressamente previsto nelle S.r.l.
Nelle S.p.A., la funzione di controllo sulla gestione spetta soltanto al Collegio Sindacale che vigila sull'osservanza della legge e dello statuto da parte degli amministratori e sulla regolarità delle assemblee.

La legge prevede – a tutela soprattutto della minoranza – alcuni diritti in capo ai soci e, tra questi, il diritto di ispezione dei libri sociali ed il diritto di informazione.

Tali diritti, tuttavia, sono limitati ad ipotesi singole ben determinate, affinché il socio, con le sue richieste, non possa nuocere alla gestione sociale attribuita esclusivamente agli amministratori. Il diritto di ispezione, disciplinato all'art. 2422 c.c., riconosce agli azionisti il diritto di verificare il libro soci ed il libro dei verbali delle assemblee, nonché di estrarre copia di detti libri, a proprie spese. Tale diritto, però, è limitato esclusivamente ai libri sociali sopra menzionati, senza possibilità di esaminare gli altri libri sociali menzionati all'art. 2421 c.c. (verbali CdA, verbali delle adunanze del Collegio Sindacale, etc.) e limitatamente a quei dati che costituiscono il contenuto obbligatorio dei libri oggetto del diritto di ispezione.

Ciò premesso, si evidenzia che il singolo azionista ha altresì il diritto di:

- i) denunciare fatti censurabili attinenti la gestione all'organo di controllo (art. 2408 c.c.), il quale deve tenere conto, facendone menzione nella sua relazione all'assemblea ;*
- ii) esercitare azione di responsabilità contro l'organo amministrativo od il collegio sindacale;*
- iii) prendere visione (negli orari d'ufficio) del progetto di bilancio, della relazione sulla gestione dell'organo amministrativo, di quella dell'organo amministrativo, di quella dell'organo di controllo, di quella del revisore, di un progetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate nei 15 giorni che precedono l'assemblea convocata per l'approvazione*
- iv) impugnare le delibere assembleari.*

CASI:

- a) Il **socio ex amministratore**, riacquisisce la pienezza della posizione giuridica di socio che lo legittima all'esercizio del diritto di controllo.
- b) **Comproprietà della quota sociale**: il diritto può essere esercitato dal rappresentante comune della comunione (art. 2468 comma 5 c.c.) ma anche dal singolo co-proprietario in via individuale ed autonoma. In senso favorevole Trib. Milano 19.01.2017; Trib. Milano 26.09.2016. La questione però è controversa con pronunce contrastanti da parte della giurisprudenza e opinioni divergenti in dottrina.
- c) **Pegno e usufrutto**: legittimato concorrente con il debitore e il nudo proprietario, è il creditore pignoratizio e il custode giudiziario nel caso di sequestro.

e) **Socio recedente o escluso**: secondo una parte della dottrina, il socio receduto ha potere di controllo e ispezione della documentazione sociale anche in un momento successivo alla dichiarazione di recesso e fino alla liquidazione della quota, al solo fine di consentirgli una giusta quantificazione del rimborso della propria partecipazione. La recente giurisprudenza però è di avviso opposto, ritenendo il socio receduto privo dalla data del recesso del diritto di ispezione e informazione, in quanto il suo diritto patrimoniale risulta già tutelato dalle norme del codice. Con gli stessi limiti, viene riconosciuto il potere del socio escluso.

f) **Società in liquidazione**: il diritto in capo al socio permane anche in caso di liquidazione sociale al fine di verificare le operazioni di liquidazione.

Il diritto di controllo può essere esercitato in caso di inerzia e/o diniego anche in via cautelare (art. 700 c.p.c.) se sussiste pregiudizio imminente e irreparabile

ABUSO DI POTERE DELLA MAGGIORANZA

Si ha abuso di potere del socio di maggioranza se le delibere perseguono un interesse personale dei medesimi soci in contrasto con quello della società – oppure quando si mira a danneggiare i soci di minoranza (Trib. roma, 31.3.2017).

Casi tipici:

delibera di azzeramento e ricostituzione del capitale sociale per escludere i soci di minoranza

delibera di aumento del capitale sociale per ridurre il peso partecipativo dei soci di minoranza

ABUSO DI POTERE DELLA MINORANZA

Nel diritto societario italiano è nota da tempo la figura dell'abuso (o eccesso) di potere della maggioranza.

L'abuso di potere, infatti, è pur sempre un **vizio di legittimità della deliberazione**, riscontrabile ogni qual volta sia possibile dimostrare un'intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza, diretta a provocare la lesione dei diritti sociali di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali dei soci di minoranza.

Larga parte dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sviluppata con riferimento agli abusi della maggioranza può facilmente venir trasposta anche agli eventuali abusi riscontrabili nei comportamenti della minoranza.

Se il modo in cui un socio esercita i poteri attribuitigli dalla legge e dal contratto sociale è suscettibile di censura per violazione del principio di buona fede, è chiaro che ciò deve valere sia per il socio di maggioranza che per quello di minoranza.

Non v'è differenza nel carattere, pur sempre illecito, di un comportamento che risulta in entrambi i casi (maggioranza / minoranza) contrario al principio contrattuale di buona fede cui tutti indistintamente i soci sono obbligati ad attenersi.

La differenza, semmai, risiede nelle conseguenze che da quel comportamento discendono, a seconda che ad adottarlo sia chi dispone della maggioranza o solo di una minoranza di voti in assemblea, perché diversa è, nei due casi, la concreta possibilità di incidere sugli interessi in gioco e diverso è quindi anche l'effetto giuridico che dall'uno o dall'altro comportamento consegue.

E' però un fatto che le minoranze abbiano avuto, sinora, ben poche occasioni di interferire concretamente sulla formazione della volontà sociale.

Gli strumenti di tutela offerti dal codice sono:

art. 2476 comma 2: diritto d'informazione

art. 2476 comma 3: azione di responsabilità (l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio ...)

art. 2479 comma 1: convocazione dell'assemblea da parte di minoranza qualificata (i soci decidono sulle materie riservate allo loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale sottopongono allo loro approvazione)

Srl: se previsto dallo statuto, ottenere il rinvio della discussione

Anche l'uso di questi poteri potrebbe essere distorto a finalità incompatibili con il principio di buona fede nei rapporti tra soci. Nondimeno è difficile immaginare che ne possa discendere un pregiudizio rilevante per l'interesse della società o dei soci che la controllano.

Ciò spiega come mai il tema dell'abuso dei poteri della minoranza abbia destato finora, in Italia, pochissima attenzione.

Tuttavia, la minoranza, se lo statuto sociale prevede maggioranze qualificate, può condizionare fortemente le deliberazioni dell'assemblea straordinaria della società (impossibilità di raggiungere il quorum, o necessità di più convocazioni)

Una volta che anche la minoranza disponga di poteri sufficientemente incisivi, e soprattutto abbia la possibilità d'impedire deliberazioni assembleari proposte dalla maggioranza, nulla evidentemente preclude di applicare anche al concreto esercizio di questo potere di minoranza i parametri di conformità a buona fede utilizzati per valutare la liceità dell'uso del proprio potere da parte della maggioranza.

Si pensi al rifiuto ingiustificato di approvare deliberazioni necessitate (per esempio in tema di riduzione del capitale per perdite) o evidentemente utili per la realizzazione degli scopi sociali, all'ostruzionismo verso proposte palesemente non lesive dell'interesse della minoranza, a tentativi di condizionare l'approvazione di una proposta a vantaggi indebiti o comunque estranei al rapporto sociale.

Situazioni tutte nelle quali l'uso strumentale, da parte di alcuni soci, del potere di impedire all'assemblea di adottare determinate deliberazioni potrebbe essere appunto considerato **non conforme al precetto di buona fede**; ovvero, detto in altri termini, l'esercizio di quel potere risulterebbe diretto a realizzare finalità diverse da quelle per le quali esso è stato conferito e dovrebbe perciò dirsi che il titolare ne ha abusato.

Chiarito quindi che anche la minoranza, proprio come la maggioranza, può abusare del proprio potere, resta però che le conseguenze non sono necessariamente le stesse.

La minoranza, infatti, può essere in grado d'impedire l'approvazione della proposta fatta all'assemblea da parte degli amministratori espressi dalla maggioranza (impugnazione delle delibera), ma non certo d'imporre una propria diversa proposta che sia sgradita alla maggioranza.

Nel nostro sistema di diritto societario il mal funzionamento dell'organo amministrativo o di controllo può dar luogo a forme di commissariamento giudiziale (si pensi all'art. 2409 c.c.), ma le disfunzioni dell'assemblea possono solo tutt'al più provocare lo scioglimento della società.

LA CONCORRENZA DEL SOCIO DI MINORANZA – RIMEDI

Il caso: S.r.l. con due soci (quote: 70% e 30%).

Il socio di maggioranza (amministratore unico) scopre che l'altro socio collabora con un'altra società avente il medesimo oggetto sociale ed operante nello stesso settore e comparto geografico.

Lo statuto non prevede clausole di non concorrenza.

Il socio di maggioranza, avendone la necessaria maggioranza, convoca un'assemblea straordinaria al fine di inserire una precisa clausola di non concorrenza e, successivamente, escludere il socio per concorrenza sleale.

Quali azioni potrebbe esercitare il socio escluso contro la delibera di esclusione?

L'attività svolta in concorrenza da uno dei soci a beneficio di altra società potrebbe fondare, ricorrendone i presupposti, un'azione ai sensi dell'art. 2598 c.c. (concorrenza sleale).

IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA :

La deliberazione (anche se non rientra tra quelle che aprono la porta all'esercizio di una facoltà di recesso legale per il socio dissenziente) **potrebbe essere impugnata adducendo un abuso della maggioranza in danno della minoranza.**

Tuttavia al riguardo che tale impugnazione può essere svolta solo nelle ipotesi in cui le delibere risultino arbitrariamente e fraudolentemente preordinate

(i) al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di interessi divergenti da quelli societari, ovvero

(ii) alla realizzazione di scopi lesivi del singolo partecipante (Cass., 29 maggio 1986, n. 3628, in Società, 1986, 10987; Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in Foro it., 1995, I, 2219, nonché in Società, 1995, 1548, Giur. comm., 1996, II, 354, Riv. dir. comm., 1996, II, 217; Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in Giur. comm., 1996, II, 329, nonché in Giust. civ., 1996, I, 381, Società, 1996, 295, Giur. it., 1996, I, 1, 574; Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in Foro it., I, 1219 e Società, 2004, 188; Cass., sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6361, in Foro it. 2004, I, 1219).

Ponendo fine ad una serie di incertezze, la Suprema Corte ha statuito che *"l'abuso o l'eccesso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari quando la delibera : a) non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società: deve pertanto trattarsi di una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse antitetico a quello sociale; b) sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli, poiché è rivolta al conseguimento di interessi extrasociali. I due requisiti testé evidenziati non sono richiesti congiuntamente, ma in alternativa"* (Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, cit.).

Caso: il socio qualificato di minoranza (un terzo del capitale sociale) non può chiedere al giudice di accertare una causa di scioglimento per mancato funzionamento (inattività) dell'assemblea dei soci ex art. 2485 c.c., in quanto la causa è fondata su una inattività alla quale lo stesso socio avrebbe potuto porre rimedio tramite il potere di convocazione diretta dell'assemblea.
(Cass. 10801/2016 in Pluris; Trib. Milano 11.3.2017; Trib. Milano 10.11.2016; Trib. Milano 11.11.2013)

Se un'impresa in forma societaria è programmata sulla base di un accordo tra un socio di maggioranza e uno di minoranza, è opportuno prevedere
nello **statuto sociale**:

1.- *clausole anti-stallo finalizzate a scongiurare che il disaccordo dei soci provochi una paralisi dell'attività societaria*

2.- *clausole che tutelino il socio di minoranza in ipotesi in cui il socio di maggioranza intenda uscire dalla società alienando la propria partecipazione*

3.- *clausole che tutelino il socio di maggioranza nel caso in cui egli voglia vendere la propria quota di partecipazione ma il potenziale acquirente ponga come condizione l'acquisto dell'intero capitale sociale, e quindi anche la quota della minoranza*

Clausole drag along (opzione call)

Tutela del socio di maggioranza

Clausola drag along (o clausola di “trascinamento”): è quella statuizione in forza della quale, nel caso in cui uno dei soci (di solito, di maggioranza) intenda alienare le proprie partecipazioni, anche gli altri soci - di solito, quelli di minoranza - possono essere obbligati ad alienare le proprie partecipazioni.

Tale clausola assolve dunque alla funzione di consentire al socio di maggioranza di procedere alla cessione del pacchetto di maggioranza laddove il possibile acquirente non intenda effettuare l'investimento se non acquistando l'intero capitale sociale.

Di solito, la clausola di drag along è strutturata come un'opzione call a favore di terzo (costui sarebbe il soggetto che intende acquistare non il solo pacchetto di maggioranza, ma l'intero capitale sociale): *in altre parole, il socio di minoranza concede al socio di maggioranza l'opzione di vendere, unitamente alla propria partecipazione di maggioranza, anche la quota di minoranza appartenente al socio che concede la call.*

Clausole bring along

Tutela del socio di maggioranza

Clausola bring along: la clausola è simile alla precedente drag along, con la differenza che il diritto di trascinamento spetta non al socio di maggioranza ma al terzo acquirente.

Su richiesta del terzo, potenziale acquirente della quota di partecipazione di un socio, la clausola conferisce a quest'ultimo il diritto di «call» sulla quota dell'altro socio, e cioè il diritto di pretendere che anche questi venda la propria quota di partecipazione al terzo potenziale acquirente.

Clausola tag along (opzione put)

Tutela del socio di minoranza

*Il socio di minoranza si può tutelare – per non restare “prigioniero” della società ove vi sia un avvicendamento nel pacchetto di maggioranza – con la clausola di **tag along** (diritto di co-vendita), e cioè con il diritto (che altro non è se non una opzione put) di pretendere la vendita della propria quota ove il socio di maggioranza venda il suo pacchetto.*

È possibile introdurre nello statuto sociale (secondo il notariato del Triveneto *anche a maggioranza*) la **clausola di drag along** (o **clausola di “trascinamento”**) che sia strutturata non come un’opzione call ma come diritto del socio di maggioranza di sciogliere anticipatamente la società (massima n. H.1.19, Consiglio del Notariato del Triveneto).

Così strutturate, infatti, le clausole di drag-along non attribuiscono ai soci di maggioranza un diritto nuovo e individuale non previsto dall’ordinamento, ma si limitano a prevedere una particolare modalità di liquidazione di tutti i soci (la vendita diretta della società anziché del suo contenuto) all’esito dell’esercizio di un diritto tipico già codificato: quello di deliberare a maggioranza in qualsiasi momento lo scioglimento anticipato della società, cioè il disinvestimento collettivo.

Il drag along è configurato come un'opzione call: si riteneva che potesse essere introdotto nello statuto della società solo con il consenso di tutti i soci

Senonché, una recente decisione del Tribunale di Milano (il decreto 22 dicembre 2014, 8^a sezione), ha ritenuto che se la clausola di drag along sia strutturata come diritto, per il socio di maggioranza, di deliberare lo scioglimento della società e la sua messa in liquidazione (con ciò ponendo fine all'investimento che era stato effettuato da tutti i soci nel capitale sociale di detta società), allora parimenti a maggioranza dovrebbe potersi introdurre nello statuto la previsione del diritto di trascinarsi del socio di minoranza ad opera del socio di maggioranza.

Esercitando il diritto in questione, il socio di maggioranza può vendere la propria quota unitamente a quella del socio di minoranza.

I notai del Triveneto hanno fatto propria questa impostazione: pertanto le clausole di trascinarsi (cessione e scioglimento) possono essere introdotte anche a maggioranza e non con il consenso di tutti i soci.

La clausola «russian roulette»

Clausola diretta - nel caso di stallo gestionale – alla risoluzione del rapporto sociale con l'uscita forzata di uno dei due soci e l'acquisizione dell'intero capitale da parte dell'altro socio.

(Patto parasociale valido – Tribunale di Roma sent. 19708 del 19.10.2017)

Il socio A, al verificarsi dell'evento previsto dalla clausola (inattività degli organi sociali o mancato rinnovo del patto) determina il prezzo del 50% del capitale sociale; il socio B potrà acquistare la quota o cederla.

Secondo il Tribunale di Roma la clausola è valida in quanto è «*diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*» – art. 1322 c. 2 c.c. – con la finalità di evitare la dissoluzione dell'impresa economica (salvaguardando il progetto imprenditoriale ed evitando così i costi e le lungaggini della procedura di liquidazione).