

■ Studi di Impresa

Studio n. 52-2009/I

Istituzione dell'ufficio, preposizione all'ufficio e assunzione del preposto (profili sistematici della "revoca" dei sindaci facoltativi nella nuova società a responsabilità limitata)

Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 19 marzo 2009

Sommario: 1. L'organizzazione corporativa delle società e i limiti dell'analisi giuridica corrente; 2. Gli organi e la triade prospettica: (1) istituzione, (2) preposizione, (3) assunzione del preposto; 3. Preposizione all'Ufficio di controllo e assunzione dei controllori; 4. *segue:* e istituzione dell'Ufficio; 5. Istituzione del Collegio sindacale, preposizione ed assunzione dei sindaci nella s.r.l. riformata; 6. Un cenno all'azione di responsabilità sociale contro i sindaci

1. L'organizzazione corporativa delle società e i limiti dell'analisi giuridica corrente

L'analisi giuridica degli "organi" nelle società dotate di organizzazione corporativa – necessaria (come nella s.p.a.) o residuale (come nella s.r.l.) – è, nonostante l'impressione che può comunicare la manualistica e la trattatistica che fanno un gran parlare di organi, poco sviluppata. Al di là di acquisiti (prevalentemente) dogmatici sulla specializzazione delle competenze, sulla immedesimazione tra enti e persone che per l'ente agiscono, sulla collegialità e via esemplificando, si avverte un deficit di riflessione su (a) istituzione dell'organo, (b) preposizione all'organo ed (c) assunzione del preposto. Una riflessione, questa, che risulta, invece, molto produttiva per dare risposte sistematicamente razionali e assiologicamente plausibili ai problemi "sentiti" dal Notariato, anche a fronte di un fenomeno normativo relativamente nuovo: quello dello statuto del controllo nella s.r.l. riformata (controllo individuale, per principio o per residuo), della correlata eventualità della istituzione del Collegio Sindacale e delle conseguenti questioni di "assunzione" delle persone dei sindaci e di "cessazione" dalla carica in relazione al sopravvenire o al venir meno delle condizioni di necessaria presenza del Collegio Sindacale nel disegno organizzativo dell'ente.

Ciò che appare indispensabile per impostare correttamente la trattazione di

interrogativi del genere accennato (che sorte hanno i sindaci nominati quando vengono meno i presupposti che rendono necessario il Collegio Sindacale nella società a responsabilità limitata?) è isolare – come anticipato – tre prospettive: (1) quella dell'istituzione dell'organo, (2) quella della preposizione all'organo e (3) quella della assunzione dei preposti. Chi si avvale di queste distinte prospettive non stenta a persuadersi che pensare gli interrogativi segnalati in termini di "revoca" dei sindaci – come spesso, invece, si legge – non è conoscitivamente utile.

2. Gli organi e la triade prospettica: (1) istituzione, (2) preposizione, (3) assunzione del preposto

Per prendere familiarità con questa triade (istituzione, preposizione, assunzione), abbastanza ignorata, giova muovere dall'Amministrazione per poi passare al Controllo, guardando ai casi nei quali l'una e l'altro sono competenze di Uffici (cioè di unità organizzative nelle quali si ipostatizzano complessi di competenze decisionali, dichiarative o, appunto, di controllo) – parola, Ufficio, che, d'ora in poi, si utilizzerà preferendola ad "organo", la estensione semantica della prima essendo maggiore di quella della seconda (da riservarsi agli uffici competenti a dichiarare piuttosto che a decidere).

Un'antica discussione sugli amministratori nelle società di capitali esibisce un intreccio, spesso inestricabile, di qualificazioni: mandato o immedesimazione organica, e poi, parasubordinazione o lavoro autonomo.

A me pare che questo dibattito sia viziato da un iniziale carenza nell'impostazione; non diversa, al fondo, da quello che spesso si coglie nell'identificazione tra mandato e azione per conto altrui.

Tra mandato e azione per conto altrui c'è una intersezione possibile ma non necessaria: il mandato è la fonte (contrattuale) della doverosità di un'azione per conto altrui, doverosità che può profilarsi anche nei confronti di un soggetto (il mandante) diverso da quello al quale saranno da conteggiarsi i risultati dell'azione del mandatario (gestione per conto di un terzo rispetto al mandante ⁽¹⁾). L'azione per conto può essere doverosa in forza di altro titolo (per esempio: contratto di lavoro subordinato o legge) oppure essere "spontanea" – come nel caso della *negotiorum gestio*.

Giova, pertanto, distinguere – come fa una risalente dottrina tedesca ⁽²⁾ – tra (gestione) *Geschäftsführung* e *Auftrag* (mandato): quella designando la gestione per conto ed il regime del conteggio, questo il titolo dell'obbligazione di gestire ⁽³⁾.

Parallelamente, l'Amministratore di una società per azioni è punto terminale di due relazioni giuridiche: la prima può chiamarsi di "preposizione" (*Bestellung*), la seconda di "assunzione" (*Anstellung*) ⁽⁴⁾. La preposizione indica la nomina del titolare (o contitolare) di un ufficio, cioè di un'unità organizzativa; l'assunzione designa

l'atto e il rapporto a stregua dei quali è doveroso il servizio di titolare (o contitolare) dell'ufficio ⁽⁵⁾.

D'altro canto, l'Ufficio (di amministrazione) essendo nella società per azioni tipologicamente necessario, non si dà un luogo conoscitivo che attiene alla "istituzione" dell'Ufficio. Con la società per azioni è tipologicamente incompatibile un'organizzazione "per persone" (come è quella ricavabile dallo statuto legale delle società di persone – cfr. art. 2257 c.c.) ⁽⁶⁾

Può farsi, bensì, questione di "conformazione" dell'Ufficio: uni o pluripersonale, eventualmente articolato per competenze (competenze esecutive e di vigilanza). E il tema della conformazione si complica quando dal sistema latino, passiamo a considerare quello tedesco (o dualistico) o angloamericano (monistico).

Questa molteplicità di piste dell'analisi giuridica dell'Amministrazione risulta sistematicamente chiarificatrice e contribuisce a proporre soluzioni ragionevoli a parecchi interrogativi. Provo a farne una campionatura:

a) la revocabilità dell'amministratore di società per azioni con deliberazione assembleare (art. 2383.3 c.c.) è una modalità della preposizione, funzionalmente coerente all'organizzazione corporativa della società (i soci non partecipano all'amministrazione se non reclutando, ciclicamente, dei preposti ad un ufficio di amministrazione e conservando il potere di rimuoverli in ogni momento);

b) mentre la preposizione è pensabile come un atto unilaterale, l'assunzione esige l'accettazione dell'amministratore, atteggiandosi necessariamente come contratto;

c) la remunerazione degli amministratori si iscrive nel rapporto di servizio, risale alle condizioni normative dell'assunzione e non ha a che fare con la preposizione (rapporto d'ufficio);

d) il risarcimento del danno provocato dalla revoca non assistita da giusta causa (cioè da un'anomalia funzionale obiettiva della preposizione, relativa alla persona o al suo agire) si giustifica nella prospettiva del rapporto di servizio, a stregua del quale il preposto svolge un lavoro gestorio remunerato (sul calco del mandato oneroso a tempo: art. 1725 c.c.);

d) clausole statutarie ben possono rendere, fin dalla costituzione, precario il rapporto di servizio (penso alla clausola *simul stabunt simul cadent*) e, conseguentemente, escludere ogni risarcimento del danno per cessazione anticipata del rapporto, quand'anche l'attivazione della clausola possa sospettarsi di opportunismo;

e) nulla esclude che il rapporto di servizio intercorra con persone od enti terzi rispetto alla società che ha preposto all'ufficio di amministrazione (come è corrente nella realtà dei gruppi, laddove amministratori delle società dipendenti sono spesso dirigenti della società dominante – con la conseguenza che l'amministratore non ha diritto al compenso contro la società amministrata [v., per un esemplare di diritto

speciale, art. 1.718 Finanziaria 2007 relativo agli amministratori di enti locali che siano consiglieri di società "partecipate"]);

f) in caso di divaricazione soggettiva tra preposizione e assunzione, la liceità della revoca (e, quindi, il diritto al risarcimento del danno) deve scrutinarsi avvalendosi delle regole compendiate nel rapporto di servizio (il che può portare ad escludere che il revocato abbia un interesse proprio alla conservazione del "posto" – perché, per esempio, il trattamento economico che gli compete come dirigente della società dominante forfezizza gli emolumenti del lavoro gestorio che può essere chiamato a prestare come amministratore di società dipendenti – e possa pretendere un risarcimento del danno in caso di revoca priva di giusta causa obiettiva). Criterio che seguirei anche quando il rapporto di servizio intercorra con la società amministrata ma sia previsto un obbligo di "riversione" degli emolumenti all'ente dal quale si dipende – per un caso di diritto speciale v. art. 3.14 della Finanziaria 2008 relativo gli amministratori di società controllate direttamente dallo Stato.

3. Preposizione all'Ufficio di controllo e assunzione dei controllori

Avvalendosi dei rilievi che precedono, si può utilmente passare all'analisi di problemi congeneri riferiti all'Ufficio di Controllo.

Nella società per azioni è scontata la necessità dell'Ufficio (ovviamente guardo al modello latino), sicché non c'è indagine da sviluppare sull'istituzione; mentre modesta è quella che può orientarsi sulla conformazione (numero dei sindaci effettivi [3 o 5] e supplenti [2] – art. 2397 c.c.).

Cambia, invece, e di molto, il regime della preposizione dei controllori rispetto a quello degli amministratori.

Il lemma "controllo" evoca un riscontro di conformità dell'azione amministrativa rispetto a modelli di amministrazione legale ed efficiente (*contre – rôle*): trattasi di funzione (anche nella articolazione odierna: controllo contabile/vigilanza) che esige l'indipendenza del controllore, non solo rispetto al controllato, ma rispetto a chi recluta il preposto al controllo.

Qui sta la ragion sufficiente del diverso regime della revoca del sindaco rispetto al regime della revoca dell'amministratore: la giusta causa diventa una condizione di efficacia della revoca ed è esposta ad una preventiva delibazione giudiziaria (art. 2400.2 c.c.). La stabilità è allora predicato della preposizione non dell'assunzione e, quindi, non vedo per i sindaci spazi per riconoscere efficacia a rimozioni dall'Ufficio, decise dalla società (con il rito assembleare), non assistite da giusta causa – diversamente da quanto si è detto per gli amministratori, per i quali la giusta causa, gravitando sul rapporto di servizio, è funzionale al risarcimento del danno e un danno, nel contesto di questo rapporto, può non darsi.

Bene ha dunque deciso la Cassazione quando ha affermato che anche la revo-

ca c.d. automatica (art. 2393.5 c.c.) è efficace solo in presenza di giusta causa e soggetta a deliberazione; confermando, così, la stabilità reale dei sindaci (Cass. civ., Sez. I, 07/12/2005, n.27075 Cass. civ., Sez. I, 12/12/2005, n.27389 Gaspari e altri C. Agricola Imm. Interconsonziale e altri).

4. segue: e istituzione dell'Ufficio

Nella s.r.l., oltre e prima delle prospettive qui illustrate di preposizione e assunzione, si apre il campo tematico dell'istituzione dell'Ufficio. Il Collegio sindacale è necessario se si eccedono certe soglie quantitative: capitale pari al minimo stabilito per la s.p.a. o superamento di due di tre parametri dimensionali (attivo, ricavi, salariati – art. 2435 *bis* c.c.) per un biennio (2477.2 c.c.).

Specularmente, la riduzione del capitale sotto il minimo stabilito per la s.p.a. o il sopravvenuto deficit, sempre per un biennio, di almeno due dei tre parametri quantitativi rendono facoltativo il Collegio.

5. Istituzione del Collegio sindacale, preposizione ed assunzione dei sindaci nella s.r.l. riformata

Isolata l'istituzione dell'Ufficio dalla preposizione all'ufficio e dall'assunzione del preposto, due interrogativi si profilano:

(a) in presenza delle grandezze previste dalla legge, l'istituzione dell'Ufficio è immediata o è mediata da una modificazione dell'atto costitutivo (cioè: al sopravvenire dei presupposti quantitativi si profila un obbligo procedimentale dell'Amministrazione, convocare l'assemblea, salvo lo scioglimento della società se i soci non adeguano lo statuto?);

(b) al venir meno delle grandezze di legge, la soppressione dell'Ufficio è conseguenza legale o di una modificazione dell'atto costitutivo?

Alle domande che precedono le risposte sistematicamente preferibili sono, a mio sentire, quelle appresso dettagliate:

- 1) l'istituzione dell'Ufficio è conseguenza della legge (salvo a deciderne la conformazione [direi, residualmente, quella minimale]) – sicché resta poi da assolvere alla preposizione ed alle conseguenti formalità nel Registro delle imprese;
- 2) la preposizione può essere rinviata all'acquisto di efficacia della modificazione del capitale nominale ed all'esecuzione dell'aumento (art. 2481.II.3 c.c.); mentre al maturare dei parametri quantitativi la nomina deve seguire senza indugio.
- 3) Più opinabile è che l'arricchimento del disegno organizzativo dell'ente persista nonostante il venir meno dei presupposti quantitativi che rendono l'Ufficio di

Controllo necessario - con la conseguenza che il Collegio sindacale da necessario diventa facoltativo. Nel trattare la questione mi sembra sistematicamente opportuno distinguere i casi nei quali la soppressione dell'ufficio istituito *ex lege* dipende da atti corporativi della società (da decisioni della compagine sociale) dai casi nei quali dipende dall'andamento dell'impresa sociale. Nei primi, diversamente dai secondi, i soci hanno occasione di decidere, di ripensare l'architettura organizzativa della società, nel momento stesso in cui fanno venir meno il presupposto istitutivo dell'ufficio (deliberano la riduzione del capitale); laddove siffatta occasione manca nei casi indicati per secondi.

- 4) Quando la necessita del Collegio cessa per un atto corporativo (riduzione del capitale, volontaria - decorsi i 90 giorni previsti per l'esecuzione e per l'opposizione dei creditori [art. 2482.2 c.c.] - o per perdite [art. 2482.II c.c.]) senza che i soci deliberino sul regime statutario del controllo, l'Ufficio - potrebbe ritenersi - persiste finché i soci non decidono di modificare l'atto costitutivo - integrato dalla legge - e ripristinare il solo controllo individuale o diversamente modulare il controllo dell'Ufficio. In fondo la necessità si è profilata in ragione di un'operazione sul capitale (in sede di costituzione o di aumento) implicante di una ripercussione sul disegno organizzativo dell'ente; il nuovo disegno organizzativo dell'ente è implicitamente "voluto" dai soci ed è ragionevole che persista finché non è "dissolto", finché non sopravvenga una decisione organizzativa di segno contrario, tanto più che la riduzione del nominale può non essere volontaria ma obbligatoria.
- 5) Giova tuttavia avvertire che, nonostante il carattere corporativo dell'atto che si ripercuote sulla necessità del Collegio sindacale, la persistenza dell'Ufficio è da escludersi in caso di trasformazione regressiva.
- 6) Per converso, il sopravvenuto deficit dei presupposti quantitativi pertinenti all'esercizio dell'impresa potrebbe ritenersi causa di soppressione dell'Ufficio, salva modificazione dell'atto costitutivo. Qui non c'è nessuna implicita decisione dei soci sul disegno organizzativo dell'ente; sicché la traiettoria esistenziale dell'ufficio dipende tutta dai parametri legali, è indifferente all'autonomia corporativa.
- 7) Una diversa soluzione (persistenza dell'ufficio), tuttavia, potrebbe prospettarsi, con qualche persuasività sistematica, nel caso in cui una clausola dell'atto costitutivo prevedesse, replicando il disposto di legge, la nomina dei sindaci al sopravvenire dei presupposti quantitativi. La clausola potrebbe essere apprezzata come una appropriazione corporativa dell'arricchimento organizzativo voluto dalla legge, anche se futuro ed eventuale.
- 8) Naturalmente, la soppressione dell'Ufficio, pur comportando cessazione dalla carica dei preposti, non comporta revoca dei sindaci, presidiata realmente dal-

la giusta causa; né li legittima ad esercitare pretese risarcitorie.

Se così si ritenesse (e cioè che la riduzione del capitale non sopprime l'Ufficio istituito *ex lege* a seguito di operazione sul capitale – in sede di costituzione o di aumento - e che, forse, neppure lo sopprime il sopravvenuto deficit dei parametri quantitativi, se l'atto costitutivo prevede espressamente la nomina dei sindaci), ridotto il capitale (e divenuta efficace la deliberazione per il decorso, occorrendo, del termine di opposizione), i preposti resterebbero *in prorogatio* finché i soci non modifichino l'atto costitutivo – sopprimendo l'Ufficio - o non provvedano al rinnovo delle cariche (preposizione). Per reagire all'inerzia degli amministratori e dei soci è pensabile che i sindaci (ai quali compete sistematicamente una funzione vicaria residuale di impulso procedimentale – 2367 [convocazione assemblea s.p.a.], 2386 [sostituzione degli amministratori] 2446 e 2482.II [riduzione del capitale per perdite], 2487 [nomina dei liquidatori]) possano convocare l'assemblea per deliberare sulla soppressione dell'Ufficio (divenuto) facoltativo o sulla preposizione di nuovi sindaci.

Necessaria o facoltativa che sia, la preposizione dei sindaci è assistita – per coerenza sistematica - da stabilità reale: mi sembra certo che la giusta causa condizioni l'efficacia della revoca, posta che questa è un presidio d'indipendenza connaturale alla funzione di controllo. Meno sicura mi sembra l'importazione nel tessuto normativo della s.r.l. della deliberazione del Tribunale, stante il carattere generico del richiamo dell'art. 2477 u. c. e la riluttanza a configurare competenze giurisdizionali innominate.

6. Un cenno all'azione di responsabilità sociale contro i sindaci

Quale sia il regime dell'azione di responsabilità sociale contro i sindaci è opinabile: se il collegio è necessario, il richiamo alle norme sulla s.p.a., legittimerebbe anche l'applicazione dell'art. 2407.3, con conseguente esigenza che l'esercizio dell'azione sia deliberata dall'assemblea (o, perché no?, dal Collegio sindacale in carica, a norma dell'art. 2393.3 c.c.).

Sistematicamente, tuttavia, la soluzione – benché fatta propria da giurisprudenza di merito, ma nello stile dell'*obiter dictum* - stonerebbe non poco con la legittimazione individuale del socio ad agire in responsabilità sociale contro gli amministratori; meglio sarebbe ritenere che la legittimazione individuale (all'esercizio dell'azione sociale) sia una misura funzionalmente protettiva dell'interesse del socio (in quanto ogni socio è, così, affrancato dalla regola maggioritaria nel valutare se o non agire contro amministratori), sicché valga per i sindaci come per gli amministratori. Il che non escluderebbe, in forza di un argomento *a maiori ad minus*, che la società stessa possa agire, previa decisione della maggioranza dei soci. Così ragionando – mantenendo ferma la legittimazione individuale del socio anche nei con-

fronti dei sindaci – inclinerei, tuttavia, a proporre, almeno, un correttivo alla revoca cautelare (art. 2476.3 c.c.), che sembra un sucedaneo della revoca automatica prevista dall'art. 2393.5 c.c., non applicabile (secondo una ragionevole e ben motivata giurisprudenza di legittimità) ai sindaci. Anche a concedere che l'inapplicabilità ai sindaci della società per azioni della c.d. "revoca automatica" non comporti l'immunità dei sindaci della società a responsabilità limitata dalla revoca cautelare prevista, per gli amministratori, dall'art. 2476.3 c.c., il giudice della cautela dovrebbe scrutinare, in questo caso, non solo l'esistenza di "gravi irregolarità nella gestione della società" ma anche il contributo che l'inerzia dei sindaci nel vigilare "in conformità degli obblighi della loro carica" abbia dato al verificarsi del danno (arg. ex art. 2407.2 c.c.).

Un regime siffatto, che scaturisce più dal sistema che dal testo dell'art. 2476 ult. comma c.c., non stenterebbe poi ad applicarsi anche nei casi nei quali il Collegio Sindacale sia (o sia divenuto) facoltativo.

Paolo Spada

-
- 1)** LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, nel *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 1984, p. 107
 - 2)** ISAY, *Die Geschäftsführung nach dem BGB für das D. Reich*, Jena, 1900, p. 20 ss
 - 3)** Ferma restando, ovviamente, la distinzione tra mandato (*Auftrag*) e procura (*Vollmacht*)
 - 4)** Cfr § 84, 1 comma della legge tedesca sulla società per azioni (*Aktiengesellschaftsgesetz*)
 - 5)** Distingue nettamente tra "rapporto d'ufficio" e "rapporto di servizio" GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano 1970, p. 248 ss.
 - 6)** Su questa terminologia e sulla distinzione tra organizzazione per persone e per Uffici, v. SPADA, *Diritto commerciale, II, Elementi*, Padova, CEDAM, 2006, p. 34 ss.