

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 6072/I

## **La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"**

*Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 24 marzo 2006*

**SOMMARIO:** 1. *Riforma del diritto societario e riconoscimento della liceità della "partecipazione di società di capitali in società di persone" come socio illimitatamente responsabile.* - 2. *La partecipazione di società di capitali in società di persone come "modello di organizzazione dell'attività di impresa". Delimitazione del campo di indagine.* - 3. *Le figure conosciute nell'esperienza giuridica tedesca: spunti di diritto comparato in merito ad una possibile tipologia della realtà.* - 4. *La disciplina applicabile a questa nuova forma di organizzazione dell'attività di impresa: prime considerazioni.* - 5. *(Segue): tentativo di ricostruire in via interpretativa alcuni profili normativi non espressamente disciplinati.* - 6. *Verso una nuova era per le "società di persone appartenenti ad un gruppo".* - 7. *Alcune valutazioni finali.*

### **1. Riforma del diritto societario e riconoscimento della liceità della "partecipazione di società di capitali in società di persone" come socio illimitatamente responsabile.**

E' affermazione ricorrente e certamente condivisibile quella secondo la quale il significato principale delle proposizioni normative contenute negli articoli 2361, secondo comma, c.c. e 111 *duodecies* delle disposizioni "per l'attuazione del codice civile" risiede nella disciplina - e dunque nella *legittimazione* - dell'assunzione, da parte di una società di capitali, di partecipazioni in società di persone (anche) comportanti una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali <sup>(1)</sup>. E' altresì noto, del resto, che la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 2361 è stata introdotta dal d. lgs. n. 6 del 2003 (c.d. riforma del diritto societario) in attuazione del principio generale di cui all'art. 2, lettera g) della legge delega (l. 3 ottobre 2001, n. 366) e con l'obiettivo, innanzitutto, di trovare una soluzione positiva -

sull'esempio di quanto accade in altri ordinamenti <sup>(2)</sup> - al tradizionale problema dell'ammissibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone <sup>(3)</sup>.

Se questo è vero, la norma in esame (art. 2361, secondo comma, c.c.) sembrerebbe avere un'ulteriore finalità rispetto a quella sopra rappresentata, non potendosi escludere che essa miri (anche) ad introdurre un *limite legale (e generale) al potere degli amministratori* in presenza di una «alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici delle società di capitali» <sup>(4)</sup> o comunque in presenza di operazioni che «sono destinate ad incidere in modo rilevante sui diritti dei soci o sul valore della partecipazione» <sup>(5)</sup> se non addirittura *sull'organizzazione e sulla struttura della società* <sup>(6)</sup>. In questo senso, è certamente da valutare il ruolo che la disposizione di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c. potrebbe essere in grado di svolgere - sotto un profilo di ricostruzione del sistema normativo - in merito al problema dei rapporti amministratori-assemblea relativamente alla gestione dell'impresa <sup>(7)</sup>.

Non essendo questa la sede per addentrarsi nel complesso campo problematico da ultimo delineato, ciò che interessa sottolineare è, invece, che l'intervento riformatore ha legittimato la partecipazione di *ogni tipo di società di capitali* <sup>(8)</sup> in *ogni tipo di società di persone* <sup>(9)</sup>.

Per quanto attiene, poi, al significato della locuzione «assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime» <sup>(10)</sup>, come contenuta nell'art. 2361, secondo comma, c.c., sembra potersi affermare che «il riferimento alla responsabilità illimitata deve essere inteso come relativo a quelle ipotesi in cui detta responsabilità sia inerente e connaturata alla partecipazione, di modo che sia l'assunzione della partecipazione in sé considerata a "comportare", appunto, l'insorgere del peculiare regime patrimoniale» <sup>(11)</sup>. Conseguentemente, i principi di disciplina in esame (art. 2361, secondo comma, c.c.; art. 111 *duodecies*, disp. att.) troveranno applicazione nelle ipotesi in cui la s.p.a. - e più in generale la società di capitali - assuma partecipazioni: *a)* in una società semplice, a meno che la società di capitali «rinunci ad assumere la veste di amministratore della società partecipata e pattuisca il beneficio della responsabilità limitata, rendendolo conoscibile ai terzi attraverso "mezzi idonei" di pubblicità ex art. 2267» <sup>(12)</sup>; *b)* in una società in nome collettivo; *c)* in una società in accomandita semplice (o in accomandita per azioni <sup>(13)</sup>), qualora la società di capitali venga a ricoprire la posizione di accomandatario <sup>(14)</sup>.

**2. La partecipazione di società di capitali in società di persone come "modello di organizzazione dell'attività di impresa". Delimitazione del campo di indagine.**

In seguito all'entrata in vigore della riforma societaria il fenomeno della "partecipazione di società di capitali in società di persone" è stato principalmente affrontato confrontandosi con alcuni tra i problemi specifici che pongono le disposizioni ad esso relative <sup>(15)</sup>.

Se ciò costituisce il primo necessario momento di avvicinamento alla "comprensione" di ogni nuova figura giuridica, pare opportuno iniziare a *sistemare* tali problemi all'interno di una più ampia cornice di riferimento, nell'ambito della quale la "partecipazione di società di capitali in società di persone" <sup>(16)</sup> sia considerata per ciò che essa realmente rappresenta - o comunque può rappresentare - nella pratica esperienza.

A questo proposito, sembra potersi affermare che, riconoscendo la liceità del fenomeno in esame (partecipazione di società di capitali in società di persone), l'ordinamento ha messo definitivamente a disposizione della prassi un ulteriore e specifico "*modello di organizzazione dell'attività economica*" caratterizzato dalla combinazione di due forme societarie (una società di capitali ed una società di persone) e finalizzato all'esercizio di un' *impresa unitaria*.

Se questo è vero, anche nella nostra realtà si prospetta lo sviluppo di una esperienza analoga - quanto meno sotto certi aspetti - a quella tedesca della c.d. *Kapitalgesellschaft & Co.* e soprattutto della *GmbH & Co.*, intendendosi indicare con tali locuzioni il fenomeno relativo alla partecipazione ad una società di persone, in qualità di socio amministratore, di una società di capitali <sup>(17)</sup>. In altri termini, analogamente a quanto avviene in Germania, anche in Italia si potrebbe pervenire ad un uso costante di due tipi societari (una società di persone e una s.p.a o s.r.l.) in funzione dell'organizzazione e dell'esercizio di un'unica impresa <sup>(18)</sup>, con l'ulteriore precisazione che (anche) nel nostro diritto societario questa figura è ora *parzialmente disciplinata* dal legislatore al fine di apprestare una tutela agli interessi dei soci e dei terzi potenzialmente coinvolti <sup>(19)</sup>.

Individuata la prospettiva di ricerca, in questa sede ci limiteremo a tratteggiare alcuni tra i molteplici aspetti problematici del fenomeno, avanzando altresì talune prime valutazioni in merito all'idoneità ed alla congruità del modello in funzione dell'esercizio dell'impresa (e poi di quale tipologia di intrapresa economica) ed agli eventuali vantaggi ad esso ricollegati.

Al riguardo e anticipando considerazioni che meglio emergeranno nel prosieguo, sembra potersi affermare che, *con riferimento ai profili di diritto societario*, i vantaggi in questione sono riconducibili, essenzialmente, alla possibilità di coniugare le caratteristiche delle società di capitali (quali, in primo luogo, la responsabilità limitata del socio) con la flessibilità organizzativa delle società di persone <sup>(20)</sup>. In questo senso, può essere di qualche interesse ricordare che nelle società di persone

le norme sulla formazione e sulla conservazione del capitale sono molto più scarse rispetto a quelle proprie delle società di capitali, non essendo dettata, ad esempio - e diversamente da quanto previsto per le società di capitali - «alcuna disciplina per la valutazione dei conferimenti diversi dal denaro; valutazione che perciò deve ritenersi rimessa alla libertà delle parti» <sup>(21)</sup>.

Ciò chiarito, non sembra potersi dubitare che lo svolgimento di un'attività economica attraverso la combinazione di una società di capitali e di una società di persone ponga problemi sia sotto un profilo sistematico, sia sotto un profilo più strettamente attinente alla ricostruzione della disciplina, dovendosi chiedere, in particolare, quale sia la normativa applicabile a questa peculiare forma organizzativa.

Per il momento, è opportuno rilevare che la partecipazione di una s.p.a. o di una s.r.l. in una società di persone non determina in alcun modo la nascita di un tipo societario autonomo <sup>(22)</sup>, rappresentando solo una "creazione artificiale" (*künstliches Gebilde*), nell'ambito della quale vengono impiegate due società commerciali per l'esercizio di un'unica impresa <sup>(23)</sup>. Conseguentemente - e salvo ulteriori approfondimenti <sup>(24)</sup> - il modello organizzativo in esame è pur sempre quello, almeno nelle sue linee essenziali, di una società di persone e non potrà, dunque, essere soggetto esclusivamente (o, comunque, in via principale) alle disposizioni sulle società di capitali <sup>(25)</sup>.

Venendo a delimitare più da vicino il campo di indagine, *oggetto di attenzione sarà esclusivamente l'ipotesi di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata che partecipa, come unico socio accomandatario, ad una società in accomandita semplice*. Si tratta, infatti, della fattispecie più rilevante anche sotto il profilo pratico <sup>(26)</sup>: e ciò in quanto il modello organizzativo in questione assume un effettivo significato se - e solo se - alla società di capitali è attribuita, in via esclusiva, la gestione dell'impresa esercitata tramite la società di persone.

E' questa, evidentemente, una trattazione in "funzione esemplare", la quale potrebbe fornire chiavi di soluzione - o quanto meno, questa sarebbe l'intenzione - anche per il caso di partecipazione di società di capitali ad altra società di persone (società in nome collettivo e società semplice) <sup>(27)</sup>.

### **3. Le figure conosciute nell'esperienza giuridica tedesca: spunti di diritto comparato in merito ad una possibile tipologia della realtà.**

Interrogandosi in merito alla concreta utilizzazione della nuova figura, è stato affermato che essa «sembra prestarsi soprattutto ad iniziative imprenditoriali occasionali o di breve durata in collaborazione fra più società, o nell'ambito dei gruppi per strutturare anelli della catena in cui non ricorrano particolari esigenze di limitare la responsabilità per debiti della diretta controllata» <sup>(28)</sup>.

L'affermazione appena riportata coglie certamente nel segno, quanto meno sotto alcuni profili: e si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui tanto il socio accomandatario quanto i soci accomandanti siano società appartenenti a gruppi diversi, le quali usano la forma organizzativa in esame per dare veste ad accordi di *joint venture*.

Se questo è vero, l'esperienza giuridica tedesca può fornire ulteriori indicazioni relativamente a come possa essere utilizzato il modello organizzativo in esame <sup>(29)</sup>. In questo senso si rivela dunque opportuno confrontarsi con tale esperienza al fine di trarre da essa utili spunti applicativi.

Ciò premesso, con riferimento ai *Typen* (modelli reali) più diffusi nella prassi germanica, a titolo meramente esemplificativo si possono ricordare:

- i)* la *typische GmbH & Co.*: è una figura assai utilizzata nell'esperienza pratica e caratterizzata dalla circostanza che la società a responsabilità limitata (*GmbH*) che partecipa alla società in accomandita semplice (*KG*) in qualità di unico accomandatario esaurisce il suo scopo e la sua attività nella partecipazione alla s.a.s., nel senso che la società di capitali (s.r.l. o, alternativamente, s.p.a.) svolge in via esclusiva attività di impresa partecipando alla società di persone <sup>(30)</sup>;
- ii)* la *mehrstufige GmbH & Co.*: si tratta della combinazione tra (almeno) tre società. Il riferimento è, in particolare, all'ipotesi di una s.r.l. che assume la qualifica di socio accomandatario in una s.a.s (*KG*) e la *KG* (*rectius*, la *GmbH & Co. KG*) riveste, a sua volta, il ruolo di accomandatario in altra società in accomandita semplice <sup>(31)</sup>;
- iii)* la "*Einpersonen*" *GmbH & Co.*: siamo in presenza di una società di persone nella forma di una s.a.s. (*KG*), all'interno della quale domina una sola persona fisica che riveste allo stesso tempo il ruolo di unico accomandante e di socio unico della s.r.l. (*GmbH*) unica accomandataria <sup>(32)</sup>. Al riguardo, è stato osservato che l'unico socio della società di capitali e unico accomandante può essere anche una persona giuridica ed in primo luogo una società con funzioni di *holding* <sup>(33)</sup> rispetto ad un gruppo di imprese <sup>(34)</sup>;
- iv)* la *sternförmige GmbH & Co.*: con questa locuzione si intende far riferimento ad una fattispecie, nella quale una medesima società a responsabilità limitata è accomandataria di più *Kommanditgesellschaften* (società in accomandita semplice); nella prassi tale figura potrebbe rappresentare la forma organizzativa nell'ambito di una struttura di gruppo gerarchico sotto la direzione della s.r.l. <sup>(35)</sup>;
- v)* la *personengleiche GmbH & Co.*: tale figura ricorre allorquando tutti i soci accomandanti siano allo stesso tempo soci della società a responsabilità limitata

(o della s.p.a.) <sup>(36)</sup>. Al riguardo, può essere di qualche interesse osservare che - qualora tale modello fosse adottato nella nostra realtà giuridica e tutti gli accomandanti fossero allo stesso tempo i soci di maggioranza (o addirittura tutti i soci) della s.r.l. (o della s.p.a.) unico accomandatario - si può porre un problema di applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 2320 (c.d. divieto di ingerenza) al caso di specie. In particolare, si potrebbe sostenere che i soci accomandanti - per la posizione di "dominio" che hanno in seno alla società a responsabilità limitata - si ingeriscono indirettamente nella gestione della s.a.s., essendo in grado di influenzare l'amministratore, ossia la società di capitali che essi controllano. Problema analogo si porrebbe, del resto, anche in caso di adozione in Italia della "*Einpersonen*" GmbH & Co..

Senza alcuna pretesa di ulteriori approfondimenti, queste pur sintetiche considerazioni dovrebbero aver mostrato la potenzialità della figura in esame a dar vita, *anche nella nostra esperienza giuridica*, ad un nuovo modello organizzativo per l'esercizio di una attività di impresa *nei contesti e per le funzioni più variegate*.

#### **4. La disciplina applicabile a questa nuova forma di organizzazione dell'attività di impresa: prime considerazioni.**

Nel tentativo di svolgere alcune prime considerazioni in merito alla disciplina applicabile alla struttura organizzativa risultante dalla partecipazione di una società di capitali in una società in accomandita semplice, si deve osservare, in via preliminare, che il legislatore della riforma ha espressamente affrontato e risolto solo alcuni aspetti, lasciando all'interprete il compito di ricostruire, nei suoi momenti essenziali, la normativa attinente a questo modello di organizzazione dell'impresa.

Ciò precisato, con riferimento al caso in esame (ma il discorso vale, più in generale, per la partecipazione di società di capitali in ogni società di persone) può essere utile distinguere tra profili normativi attinenti alla *società di capitali partecipante (A)* e profili normativi relativi alla *società in accomandita semplice partecipata (B)*.

A) Per quanto attiene alla disciplina espressamente prevista dal legislatore, essa è contenuta nell'art. 2361, secondo comma, c.c., *nell'ambito della società per azioni*, ed è scomponibile, a sua volta, in due distinti nuclei normativi aventi ad oggetto, rispettivamente: *i)* il momento anteriore all'atto di assunzione della partecipazione nella s.a.s., relativamente al quale si stabilisce che «l'assunzione di partecipazioni» debba essere «deliberata dall'assemblea» (cfr. art. 2361, secondo comma, prima parte); *ii)* il momento successivo all'atto di assunzione di tale partecipazione, per il quale è previsto che «di tali partecipazioni gli amministratori diano specifica informazione nella nota integrativa del bilancio» (cfr. art. 2361, secondo

comma, ultima parte).

Ebbene, *per quanto riguarda il primo nucleo normativo* e, nella specie, la “delibera assembleare”, è da rilevare che, in assenza di una esplicita indicazione legislativa, competente deve ritenersi l’assemblea in sede ordinaria e ciò in quanto, come noto, essa ha competenza generale, nel senso che delibera su tutti gli oggetti rientranti nella sfera assembleare e non espressamente attribuiti all’assemblea in sede straordinaria <sup>(37)</sup>. In mancanza di dati normativi in senso contrario, ad analoghe conclusioni si dovrebbe pervenire, del resto, anche qualora la società abbia adottato - in alternativa al sistema di amministrazione e controllo “tradizionale” - il modello c.d. dualistico o quello c.d. monistico. Deve ritenersi, inoltre, che la delibera non configuri uno specifico potere gestorio dell’assemblea, ma abbia invece “natura autorizzatoria” <sup>(38)</sup>, con l’effetto di rimuovere un limite legale al potere proprio degli amministratori di assumere partecipazioni in altre imprese <sup>(39)</sup>; conseguentemente, se l’assunzione di partecipazioni in altre imprese, come delineata dall’art. 2361, secondo comma, rappresenta, in assenza di una previa delibera assembleare, un limite legale al potere di rappresentanza degli amministratori, l’inosservanza di suddetto limite da parte degli amministratori ha come effetto l’inefficacia dell’atto stesso <sup>(40)</sup>. In sostanza, il significato della deliberazione assembleare prevista dal secondo comma dell’art. 2361 c.c. sembra potersi spiegare facendo riferimento allo schema dell’art. 2364, primo comma, n. 5, c.c., con la particolarità, peraltro, che in caso di «assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime» l’attuale ordinamento societario *prevede come necessaria* (e non rimessa ad una decisione statutaria) *l’“autorizzazione dell’assemblea”*.

Se le considerazioni svolte trovano applicazione al caso in cui la società di capitali “partecipante” sia una s.p.a. <sup>(41)</sup>, resta evidentemente da chiedersi quale sia il regime applicabile qualora la società di capitali che partecipa alla s.a.s. assuma la forma giuridica di una società a responsabilità limitata. Più in particolare, in assenza di una disciplina specifica occorre stabilire se l’«assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime» rappresenti un atto gestorio proprio degli amministratori <sup>(42)</sup> o se invece, come appare preferibile, sia riservato alla competenza dei soci ai sensi dell’art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c., potendosi configurare, *quanto meno in certi casi*, come operazione che comporta «una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci» <sup>(43)</sup>. Qualora si propenda per questa seconda opzione interpretativa, ne consegue evidentemente, in forza della previsione contenuta nell’art. 2479, terzo comma, c.c., che la “decisione dei soci” dovrà essere adottata mediante deliberazione assembleare ai sensi dell’art. 2479 *bis*, c.c.

Passando ad esaminare, sinteticamente, *la disciplina relativa al momento successivo all'atto di assunzione delle partecipazioni*, il legislatore della riforma ha previsto un obbligo a carico degli amministratori di dare specifica informazione di tali partecipazioni nella nota integrativa del bilancio da redigere ai sensi degli artt. 2423, primo comma, c.c. e 2427 c.c. Al riguardo, è stato rilevato che l'obiettivo è quello di tutelare l'«interesse dei terzi alla conoscenza di una circostanza che può significativamente incidere sulla valutazione di affidabilità della società partecipante, a ragione del mutamento che si viene a creare alle condizioni ordinarie di rischio tipiche di una società di capitali» <sup>(44)</sup>. E' da ritenere, inoltre, che tale disposizione, pur essendo specificamente prevista solo nell'ambito della s.p.a., trovi applicazione anche con riferimento alla s.r.l. <sup>(45)</sup>.

B) Non sembra potersi dubitare che i profili normativi relativi all'organizzazione della società in accomandita semplice partecipata rappresentano un aspetto fortemente trascurato dal legislatore della riforma <sup>(46)</sup>.

In questo senso l'unica disposizione rilevante è quella contenuta nell'art. 111-*duodecies*, disp. att., c.c., la quale è stata introdotta in attuazione della direttiva comunitaria 8 novembre 1990 che ha modificato la IV e VII direttiva sui conti annuali e consolidati <sup>(47)</sup>. Più in particolare, nella proposizione normativa in esame, si afferma che «qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma secondo, del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni; esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'articolo 26 del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, ed in presenza dei presupposti ivi previsti» <sup>(48)</sup>. L'ipotesi di società di capitali unico accomandatario di s.a.s. integra senza dubbio i presupposti della disposizione appena citata, con la conseguenza che il principio di disciplina in essa contenuto troverà sicura applicazione nel caso in esame.

##### **5. (Segue): tentativo di ricostruire in via interpretativa alcuni profili normativi non espressamente disciplinati.**

Preso atto dunque che sul piano legislativo molti sono ancora i problemi lasciati irrisolti e la cui soluzione è affidata al delicato e complesso lavoro dell'interprete, è da chiedersi, in via preliminare, se la partecipazione di una società di capitali come unico accomandatario in una s.a.s. determini il necessario superamento del diritto delle società di persone attraverso il diritto delle società di capitali, come nel caso specifico sembrerebbe disporre l'art. 111-*duodecies*, disp. att., c.c. <sup>(49)</sup>, o se invece, come appare decisamente preferibile, occorra elaborare interpre-

tativamente regole specifiche per questo particolare *Mischtyp* <sup>(50)</sup>, non potendosi ritenere che la disposizione da ultimo ricordata (art. 111-*duodecies*) sia espressione di un principio generale in merito ai criteri di ricostruzione della disciplina.

Al riguardo, sembra potersi affermare che la forma organizzativa in esame sia assoggettata alla disciplina della società di persone prescelta, disciplina che dovrà peraltro essere interpretata e ricostruita in modo adeguato alla circostanza fattuale che essa è destinata a trovare applicazione in un "modello reale" di s.a.s. caratterizzato dalla presenza, come unico socio accomandatario, di una società di capitali. Del resto, la soluzione prospettata non solo sembra la più coerente con il dato normativo, ma è altresì l'unica in grado di mantenere l'appetibilità del modello organizzativo in esame, appetibilità che, come già ricordato <sup>(51)</sup>, si fonda, in primo luogo, sulla possibilità di utilizzare la flessibilità (e la minor rigidità) del diritto delle società di persone.

Sempre in via generale e per quanto attiene alla ricostruzione della normativa applicabile, è opportuno ricordare che un ruolo significativo compete certamente *all'autonomia statutaria*, nel senso che per questa via sarà possibile delineare un assetto normativo adeguato alla "combinazione dei due modelli organizzativi" (*Typvermischung*), come di volta in volta concretamente realizzata. A titolo meramente esemplificativo si può pensare: *l*) alla possibilità di "costruire" una società di persone a struttura corporativa, caratterizzata «dall'adozione convenzionale di regole di funzionamento sensibilmente diverse da quelle previste dalla disciplina legale» e che «tendenzialmente ricalcano quelle codificate nella disciplina delle società di capitali sia per la circolazione delle partecipazioni sociali che per l'organizzazione interna» <sup>(52)</sup>; in questa prospettiva è evidente che alcune norme proprie della s.p.a. (o della s.r.l.) potrebbero trovare applicazione in seguito ad una precisa scelta statutaria; *ii*) alla facoltà di costituire all'interno della struttura organizzativa della società in accomandita semplice un "comitato" con specifiche funzioni consultive e/o di controllo sull'amministrazione (ma senza alcun potere di dare direttive vincolanti all'amministratore) <sup>(53)</sup>.

E' da osservare, infine, che gli statuti della società di capitali "partecipante" e della società di persone "partecipata" debbono necessariamente essere coordinati l'uno con l'altro <sup>(54)</sup>.

Ciò premesso, nel prosieguo si tenterà di ricostruire la disciplina con riferimento ad alcuni aspetti di particolare rilievo, iniziando da quelli relativi all' *amministrazione della società*.

Al riguardo e limitandosi ad alcune sintetiche considerazioni, si può osservare quanto segue:

*i*) una volta ammessa la liceità della partecipazione di una società di capitali in una società in accomandita semplice e sottolineato come ciò determini, altresì,

il riconoscimento di una nuova forma di esercizio dell'impresa, uno dei problemi pratici più rilevanti è stabilire se la società di capitali (s.p.a. o s.r.l.) possa essere amministratore della società di persone ed eventualmente attraverso quali modalità. Sullo sfondo vi è, evidentemente, il problema dell'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della figura dell'amministratore-persona giuridica <sup>(55)</sup>. A questo proposito, si consideri che, da un lato, ai sensi dell'art. 111 *duodecies*, disp. att., c.c., tutti i soci illimitatamente responsabili di una società in accomandita semplice possono essere società di capitali, dall'altro in una s.a.s. possono essere nominati "amministratori" solo i soci e, nella specie, solo i soci accomandatari (art. 2318, secondo comma, c.c.). Da quanto affermato consegue necessariamente che la «società di capitali può assumere la carica di amministratore in una società di persone ed esercitare il relativo potere attraverso la nomina di un rappresentante» <sup>(56)</sup> e ciò in quanto, in caso contrario, non si comprende quale soggetto possa essere rivestito della carica amministrativa <sup>(57)</sup>. Più in particolare, qualora una società di capitali sia nominata amministratore di una s.a.s., «non sarà necessario che la stessa proceda ogni volta all'ulteriore *indicazione* di un "mandatario" o alla *designazione* di un "rappresentante", secondo le regole proprie del G.E.I.E. o delle cooperative. Sarà, invece, sufficiente, che la società chieda l'iscrizione della nomina, indicando la propria denominazione e la propria sede, secondo le regole proprie delle società di capitali. La *nomina* conferisce alla società di capitali in quanto tale la carica ed automaticamente al suo amministratore *pro tempore* l'esercizio concreto delle relative funzioni amministrative» <sup>(58)</sup>.

ii) per quanto attiene all'azione sociale di responsabilità verso l'amministratore, certamente esperibile è l'esercizio di tale azione *nei confronti dell'amministratore "società di capitali"*, la quale agirà poi in "rivalsa" in forza dell' art. 2392 c.c. (se s.p.a.) verso i propri amministratori, «che hanno violato i doveri inerenti al proprio mandato delimitato dall'oggetto sociale, consistente nella specie nell'attività di amministrazione di altra (o altre) società» <sup>(59)</sup>; non sembrerebbe invece configurabile un' azione di responsabilità dei soci della società in accomandita semplice *direttamente verso il legale rappresentante della società di capitali*: ciò a meno di non tentare di ricostruire il rapporto tra amministratore di società di capitali e la società di capitali come rapporto dal quale sorgono anche obblighi di protezione (*Schutzwirkungen*) verso la società in accomandita semplice partecipata <sup>(60)</sup>.

Molte altre sono ovviamente le questioni attinenti a questa peculiare forma di esercizio dell'impresa che non trovano risposte specifiche nel dettato legislativo e che necessitano, pertanto, di una soluzione da parte dell'interprete.

Al riguardo, può essere opportuno segnalare quanto meno il problema, di

grande rilevanza pratica, in merito all'applicabilità della disciplina dei "prestiti" dei soci (art. 2467 c.c.) all'ipotesi di un prestito "anomalo" (ossia "sostitutivo del capitale di rischio") effettuato a favore della società in accomandita semplice *partecipata* da parte del socio accomandante, del socio-società di capitali ovvero da parte dei soci della società di capitali-accomandatario. Limitandosi ad alcune prime considerazioni e senza alcuna pretesa di approfondimento, sembra potersi sostenere che in ipotesi come quelle prospettate, il principio di disciplina contenuto nell'art. 2467 c.c. potrebbe trovare applicazione, in qualità di *principio generale di corretto finanziamento dell'impresa societaria*, ogniqualvolta il soggetto che effettua il prestito (socio accomandante, società di capitali-accomandatario, soci della società di capitali) risulti informato ed allo stesso tempo "partecipe", sia pure indirettamente, alle decisioni relative al finanziamento dell'impresa <sup>(61)</sup>. E' questa, del resto, una soluzione che in Germania ha trovato espresso riconoscimento nel § 172 a) del codice di commercio (*HGB*), il quale prevede l'applicazione della disciplina dei "prestiti dei soci" dettata con riferimento alla s.r.l. (§§ 32 a, e b, *GmbHG*) alla società in accomandita semplice (*KG*) ove tutti i soci a responsabilità illimitata sono persone giuridiche, precisando che tale disciplina si applica anche ai soci della società di capitali-accomandatario <sup>(62)</sup>.

## **6. Verso una nuova era per le "società di persone appartenenti ad un gruppo".**

Come in parte già ricordato, la legittimazione della partecipazione di una s.p.a. o di una s.r.l. ad una società in accomandita semplice, anche in qualità di socio amministratore, potrebbe avere l'effetto di incrementare l'impiego della forma della società di persone nell'ambito di un gruppo di imprese, impiego che, come noto, prima della riforma era fortemente limitato <sup>(63)</sup>.

A questo proposito è stato fatto riferimento <sup>(64)</sup>, ad esempio, all'ipotesi di una società in accomandita semplice avente come unico socio accomandatario una società di capitali, la quale per tale via dirige e coordina (anche) la s.a.s., ovvero alla figura della c.d. *sternförmige GmbH & Co. KG*, nella quale una medesima società a responsabilità limitata (ma analogo discorso può valere, evidentemente, per una società per azioni) è accomandataria di più *Kommanditgesellschaften* (società in accomandita semplice) che sono così assoggettate ad attività di direzione e coordinamento da parte della società di capitali.

Alla luce di queste pur brevi considerazioni, appare opportuno avviare - o comunque riprendere - l'esame in merito all'*idoneità* dei modelli organizzativi delle società di persone (e in primo luogo della s.a.s.) a fungere da modelli organizzativi per una società appartenente ad un gruppo in posizione di "dominante" o di "dipen-

dente" <sup>(65)</sup>. Già sin d'ora è possibile affermare, peraltro, che l'introduzione dei nuovi artt. 2361, secondo comma, c.c. e 111 *duodecies* disp. att. c.c., hanno determinato - non tanto una maggiore idoneità del modello organizzativo della s.a.s. (e delle società di persone in generale) ad essere impiegato all'interno di un gruppo, quanto - la nascita di una nuova forma di esercizio dell'impresa caratterizzata dalla partecipazione di una società di capitali in una società di persone (e in specie in una s.a.s.) e particolarmente adatta a fungere da schema organizzativo per una "società appartenente ad un gruppo". E' dunque con riferimento a tale schema organizzativo, come ricostruito in merito alla disciplina applicabile <sup>(66)</sup>, che deve essere valutata l'"idoneità" sopra indicata.

In questa prospettiva è rilevante sottolineare, inoltre, che le nuove disposizioni sull'attività di direzione e coordinamento di società (artt. 2497 ss. c.c.) operano come principi generali di disciplina, applicabili ad ogni "società di gruppo" a prescindere dal tipo societario prescelto <sup>(67)</sup>, con la conseguenza che troveranno tendenziale applicazione anche nell'ipotesi in cui una "società di gruppo" dominante o dipendente abbia la forma giuridica di una società di persone <sup>(68)</sup>. Se questo è vero, ne consegue ulteriormente che la nuova figura, allorquando impiegata all'interno di un gruppo, sarà disciplinata, oltre che, come visto, dalla disciplina delle due strutture organizzative che la compongono (società di capitali e società in accomandita semplice o altra società di persone), da alcuni frammenti di disciplina contenuti negli artt. 2497 ss. c.c. <sup>(69)</sup>

Può essere opportuno rilevare, infine, che, fondandosi l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c. *sull'effettivo esercizio di una attività di direzione e coordinamento*, la questione, assai complessa, in merito a quando una società di persone possa considerarsi giuridicamente "controllata" <sup>(70)</sup> rileva, in definitiva, solo ai fini di stabilire se operi o meno la presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c.

## **7. Alcune valutazioni finali.**

Le considerazioni che siamo venuti svolgendo si pongono nella prospettiva di (contribuire a) "modernizzare" il ruolo delle società di persone, rappresentando, peraltro, solo un primo tentativo per valutare se e fino a che punto questa nuova "forma organizzativa" risulti adeguata per l'esercizio di un'attività di impresa.

Se molto, dunque, resta ancora da fare in questa direzione, dalle precedenti riflessioni emerge un uso variegato e potenzialmente assai ampio di tale modello <sup>(71)</sup>, il quale potrà essere proficuamente utilizzato in realtà anche molto diverse l'una dall'altra, come il gruppo di imprese o le società familiari. Al riguardo, si pensi, ad esempio, alla possibilità di utilizzare questa figura per risolvere problemi dinastici e generazionali: dopo la morte di un accomandatario gli eredi possono non essere

pronti per assumere questo ruolo, potendosi allora prospettare opportuno affidare l'amministrazione ad una *GmbH & Co.* appositamente costituita, con l'accordo che l'erede potrà acquistare le quote dall'accomandatario-persona giuridica dopo un certo numero di anni (ad esempio mediante l'esercizio di una clausola di riscatto o di una opzione c.d. *call*)<sup>(72)</sup>.

In un sistema che conosce la nuova società a responsabilità limitata si potrebbe dubitare, peraltro, dell'utilità di questa nuova forma organizzativa risultante dalla partecipazione di una società di capitali in una società di persone, dal momento che già la s.r.l. rappresenta una struttura flessibile, alla quale possono partecipare, come soci limitatamente responsabili, altre società di capitali.

Se non è certamente questa la sede per dare risposte definitive ad un problema così articolato e complesso, si può quanto meno ribadire che la disciplina delle società di persone - la quale costituisce il nucleo base per questa nuova forma di esercizio dell'impresa<sup>(73)</sup> - presenta certamente minori aspetti di rigidità rispetto a quella propria delle società di capitali e dunque anche della s.r.l. Quanto detto trova puntuale conferma, del resto, anche in Germania, ove, pur avendo la società a responsabilità limitata (*GmbH*) caratteristiche di "flessibilità" analoghe, sotto molti profili, rispetto al modello italiano, la *Kapitalgesellschaft & Co. KG* rappresenta da molto tempo una realtà ampiamente diffusa nella prassi<sup>(74)</sup>.

Umberto Tombari

- 
- 1) Nello stesso senso cfr., ad esempio, ASSOCIAZIONE D. PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, 118; V. DONATIVI, *La riforma delle società*, a cura di V. SANTORO e M. SANDULLI, Torino, 2003, sub 2361, 222; R. WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Le società*, 2003, 271; ID., *La società in accomandita semplice*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, III, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, 235; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 736; V. CALANDRA BUONAUURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 542; M. CAVANNA, *Commento all'art. 2361, secondo comma*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. COTTINO ed altri, Bologna, 2004, 451; A. MIRONE, *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 418-419; A. AUDINO, *Commento all'art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, 414 e 419; A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in corso di pubblicazione nel "*Liber Amicorum*" G.F. Campobasso.
- 2) Il riferimento è, ad esempio, alla Francia [cfr. R. WEIGMANN, *La società in accomandita* (nt. 1), 235] e soprattutto alla Germania, ove la legittimità della partecipazione di una società di capitali ad una società di persone (c.d. *Kapitalgesellschaft & Co.*) è ammessa sin da una sentenza del *Rei-*

*chsgericht* del 1922. Per quanto attiene all'esperienza giuridica tedesca v. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. ed., Köln, 2002, 1621 ss., il quale osserva che, se già nel 19° secolo si discuteva in Germania sulla possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di persone e di assumere altresì la carica di amministratore, a partire dal primo trentennio del secolo scorso la giurisprudenza ha riconosciuto la liceità di questa figura ed attualmente il dato non sembra più in discussione, dal momento che una numerosa serie di disposizioni legislative implicitamente riconoscono la legittimità della partecipazione di una società di capitali in una società di persone; per analoghe considerazioni T. RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3. ed., München, 2001, 4 e 700 ss.; HESSELMANN, TILLMANN, MUELLER-THUNS, *Handbuch der GmbH & Co. KG*, 19. ed., Köln, 2005; H. HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 4. ed., Köln, 2003, 5; A. BAUMBACH/K.J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 30 ed., München, 2000, *Anh. § 177a.*, 695. Al riguardo, può essere di qualche interesse osservare che la *Kapitalgesellschaft & Co.* rimane una figura discussa, nonostante il suo riconoscimento da parte della giurisprudenza e del legislatore, ed è considerata da taluni una sorta di "peccato originale" (*Sündenfall*) del diritto societario tedesco [lo ricorda, ad esempio, K. SCHMIDT (in questa nota), 1624]. È stato autorevolmente rilevato, peraltro, che, se, considerate le sue origini, la figura è certamente una "figlia dell'elusione", oggi essa è pienamente riconosciuta a livello legislativo e giurisprudenziale e conseguentemente non ha più alcun senso interrogarsi in merito alla sua legittimità [K. SCHMIDT (in questa nota), 1625 ss.]. Per ulteriori riferimenti all'esperienza comparatistica cfr. M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (in questa nota), 17.

- 3) In argomento v., in luogo di molti, G. E. COLOMBO, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, 1513 ss.; P. MONTALENTI, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 640 ss.; A. BORGIOLO, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 301 ss.; in giurisprudenza v. almeno Cass., 17.ottobre.1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, 5 ss.; App. Milano, 25 maggio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 269 ss., con nota di F. DAGNINO, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, e in *Banca borsa*, 2006, II, 22 ss., con nota di M. GARCEA, *E' inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione?* Per una sintesi ragionata del tradizionale dibattito v. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 5. ed., Torino, 2002, 71 ss.; G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*, 2. ed., Milano, 2000, 140 ss.; A. BARTALENA (nt. 1), ai quali si rinvia per ogni ulteriore riferimento dottrinale e giurisprudenziale.
- 4) In questi termini ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 117; nello stesso senso V. DONATIVI (nt. 1), 220.
- 5) V. CALANDRA BUONAURA (nt. 1), 543; per considerazioni sostanzialmente analoghe C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 94-95.
- 6) Per alcuni spunti in tal senso v. G. B. PORTALE, A. DACCÒ, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. priv.*, 2006; prima della riforma del diritto societario affermava la competenza generale dell'assemblea in merito ai c.d. atti di organizzazione P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da Colombo-Portale, vol. 3\*, Torino, 1994, 16 ss., ove ulteriori riferimenti.
- 7) In generale su questo problema v. ora il saggio di G.B. PORTALE, in corso di pubblicazione nel "*Liber Amicorum*" G.F. Campobasso; sul punto cfr. anche V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 439 ss.; G. B. PORTALE, A. DACCÒ (nt. 6), ove ampi riferimenti bibliografici.

- 8) E dunque anche la società a responsabilità limitata [nel senso che l'art. 111-*duodecies* delle disposizioni "per l'attuazione del Codice civile" toglie ogni dubbio in merito all'applicabilità dell'art. 2361, secondo comma, c.c. alla s.r.l. v. A. MIRONE (nt. 1), 417 nota 33].
- 9) Come è stato esattamente osservato, sebbene l'art. 111-*duodecies* delle disposizioni "per l'attuazione del Codice civile" si riferisca espressamente solo alla s.a.s. ed alla s.n.c. è da ritenersi legittima la partecipazione di società di capitali (anche) ad una *società semplice*, dal momento che, a questi fini, la formulazione generale dell'art. 2361, secondo comma, c.c. deve ritenersi prevalente sulle disposizioni attuative; peraltro, in caso di partecipazione a società semplice non scatteranno gli obblighi di bilancio di cui all'art. 111-*duodecies* [MIRONE (nt. 1), 417, nota 34].
- 10) Per alcune considerazioni sul significato complessivo di questa espressione cfr. DONATIVI (nt. 1), 221 ss.; ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 117-118; M. CAVANNA (nt. 1), 453.
- 11) Così, esattamente, ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 117; in senso analogo V. DONATIVI (nt. 1), 221 ss.; A. MIRONE (nt. 1), 419.
- 12) In questi termini ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 118; v. anche V. DONATIVI (nt. 1), 223, testo e nota 8.
- 13) Con riferimento specifico alla società in accomandita per azioni v. G. FERRI JR., in *Società di capitali, Commentario* (nt. 1), 1344; A. AUDINO (nt. 1), 419.
- 14) In generale, per ulteriori approfondimenti in merito all'ambito di applicazione della disciplina in commento cfr. V. DONATIVI (nt. 1), 221 ss.; ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 117-118; A. MIRONE (nt. 1), 419, ai quali si rinvia anche per alcune considerazioni relativamente alle fattispecie non ricomprese nell'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c..
- 15) Così, con riferimento all'art. 2361, secondo comma, c.c., l'attenzione si è prevalentemente concentrata, sino ad ora, su problematiche quali, ad esempio, quelle relative all'ambito di applicazione della norma, alla natura (assemblea ordinaria o straordinaria) e funzione (gestoria o autorizzatoria) della delibera assembleare, ecc. (sul punto cfr. gli Autori citati a nt. 1).
- 16) Resta esclusa da questa trattazione la questione attinente alla partecipazione di società personali in altre società di persone: sul punto cfr., da ultimo, R. GUGLIELMO, *La partecipazione di società di persone in società personali*, in *Consiglio nazionale del Notariato. Studi e materiali*, 2/2005, Milano, 2005, 1287 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.
- 17) Nella prassi la società di capitali "partecipante" assume assai frequentemente la forma giuridica della società a responsabilità limitata (*GmbH*): per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia agli Autori citati a nt. 2.
- 18) Il dato è ben sottolineato nella letteratura tedesca, ove la partecipazione di una società di capitali (*Kapitalgesellschaft*) in una società in accomandita semplice (*Kommanditgesellschaft*) viene trattata come una forma specifica di organizzazione dell'impresa fondata su una c.d. *Typvermischung* (combinazione tra modelli societari diversi): in argomento è sufficiente rinviare a K. SCHMIDT (nt. 2), 1629; T. RAISER (nt. 2), 700 ss.; H. HIRTE (nt. 2), 5; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 1.
- 19) Anche in Germania la *Kapitalgesellschaft & Co.* è disciplinata dal legislatore esclusivamente con riferimento a specifici aspetti, quali ad esempio, la redazione del bilancio o i "prestiti sostitutivi del capitale": cfr. K. SCHMIDT (nt. 2), 1623 ss.; T. RAISER (nt. 2), 700 ss.
- 20) Il dato è ben colto nella letteratura tedesca, ove si sottolineano anche i "vantaggi fiscali" ricollegati all'impiego della figura: sul punto v., ad esempio, K. SCHMIDT (nt. 2), 1627-1628; A. BAUMBACH/K.J. HOPT (nt. 2), 694; T. RAISER (nt. 2), 702 ss.; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), VII. Con riferimento ai possibili vantaggi fiscali ricollegati all'impiego di questo modello nel nostro ordinamento, viene in rilievo il modulo impositivo della "trasparenza fiscale" della società di persone che, realizzando il prelievo direttamente in capo al socio, evita

completamente la parziale o integrale doppia imposizione economica degli utili quando prodotti e distribuiti da società di capitali.

- 21) Lo ricorda, tra gli altri, G. F. CAMPOBASSO (nt.3), 84-85; per considerazioni sostanzialmente analoghe con riferimento all'esperienza tedesca cfr. M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 23 ss., ove proprio nella diversa disciplina del capitale si coglie la principale differenza tra una società a responsabilità limitata (*GmbH*) ed una *GmbH & Co. KG*.
- 22) Ad analoghe conclusioni si perviene, del resto, anche nell'esperienza giuridica tedesca: sul punto è sufficiente rinviare a K. SCHMIDT (nt. 2), 109 ss. e 1623 ss., il quale osserva che la *Kapitalgesellschaft & Co.* non è configurabile come un tipo autonomo (*Gesellschaftsform*), ma rappresenta una combinazione tra tipi societari diversi (*Grundtypvermischung*).
- 23) K. SCHMIDT (nt. 2), 1623-1624.
- 24) V. *infra* n. 5.
- 25) Giunge alle medesime conclusioni, con riferimento all'esperienza giuridica tedesca, K. SCHMIDT (nt. 2), 1624.
- 26) Per analoghe considerazioni v., ad es. A. BAUMBACH/K. J. HOPT (nt. 2), *Anh. § 177a*, 694, *Rdn.* 1; K. SCHMIDT (nt. 2), 1622.
- 27) Per uno spunto in tal senso v. anche K. SCHMIDT (nt. 2), 1622.
- 28) A. MIRONE (nt. 1), 418, il quale aggiunge che il riconoscimento della liceità della partecipazione di una società di capitali in una società personale potrebbe essere impiegato anche per costituire «*joint ventures* o altre iniziative commerciali poste in essere in comune da società del tutto autonome, senza il ricorso a precisi schemi giuridici alternativi» (p. 419).
- 29) Sul punto cfr., ad esempio, K. SCHMIDT (nt. 2), 1633 ss.; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 2 e 175 ss.; A. BAUMBACH/K.J. HOPT (nt. 2), 695 ss.; nella letteratura giuridica italiana sull'appetibilità di questa forma di organizzazione dell'impresa v. anche G. FERRI JR. (nt. 10), 1344-1345, secondo il quale essa potrebbe finire, tra l'altro, «per ridimensionare sensibilmente la stessa funzionalità della società in accomandita per azioni».
- 30) Al riguardo, può essere di qualche interesse rilevare che questa "esclusività" può risultare già dall'oggetto sociale statutario della società di capitali partecipante [per una clausola statutaria in tal senso, con riferimento ad una c.d. *Beteiligungsgesellschaft*, v. M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 973]. In alternativa, peraltro, vi sono casi in cui la società a responsabilità limitata (*GmbH*) svolge anche una propria impresa o comunque partecipa come accomandataria a più s.a.s. (*KG*): sul punto cfr. K. SCHMIDT (nt. 2), 1633.
- 31) K. SCHMIDT (nt. 2), 1638; T. RAISER (nt. 2), 700.
- 32) K. SCHMIDT (nt. 2), 1635-1636, il quale non vede ostacoli giuridici per questa figura.
- 33) K. SCHMIDT (nt. 2), 1636.
- 34) Per ulteriori considerazioni sui rapporti con la realtà dei gruppi di imprese v. *infra*, n. 6.
- 35) K. SCHMIDT (nt. 2), 1638.
- 36) K. SCHMIDT (nt. 2), 1634.
- 37) Cfr. art. 2365, primo comma, c.c.; per le medesime considerazioni V. DONATIVI (nt. 1), 233-234.
- 38) Sul punto v. A. AUDINO (nt. 1), 414; V. CALANDRA BUONAURO (nt. 1), 543; M. CAVANNA (nt. 1), 456 nota 22; F. DAGNINO (nt. 3), 293, ove ulteriori riferimenti bibliografici; nel senso invece che la proposizione normativa di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c. attribuisce all'organo assembleare una vera e propria "competenza gestoria" cfr. V. PINTO (nt. 6), 447; A. BARTALENA (nt. 1).
- 39) Per analoga soluzione v. ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 118; V. DONATIVI (nt. 1), 227 ss.; A. AUDINO (nt. 1), 415; per una posizione più dubitativa v. A. MIRONE (nt. 1), 419-420; M. CAVANNA (nt. 1), 456, nota n. 22.
- 40) Nello stesso senso V. DONATIVI (nt. 1), 228 e 231 ss.; A. MIRONE (nt. 1), 419-420.

- 41) Al riguardo, può essere opportuno distinguere tra il problema della liceità della partecipazione della s.a.p.a. ad una società di persone come socio illimitatamente responsabile (problema ora positivamente risolto: v. *supra*, n. 1) e la questione relativa alla disciplina applicabile alla s.a.p.a. "partecipante". Ciò detto, la disposizione contenuta nell'art. 2361, secondo comma, prima parte, c.c., sembrerebbe trovare applicazione anche in caso di società in accomandita per azioni in forza del disposto dell'art. 2454 c.c. ed in quanto compatibile con le norme specifiche dettate per questo tipo societario.
- 42) In tal caso, peraltro, il dovere di "correttezza" che incombe sugli amministratori potrebbe concretizzarsi in un obbligo a loro carico di utilizzare, quanto meno in determinate circostanze, la facoltà di rimettere l'operazione alla decisione dei soci ai sensi dell'art. 2479, primo comma, c.c.
- 43) Una «sostanziale modificazione dell'oggetto sociale» si verificherà, ad esempio, qualora la società a responsabilità limitata in seguito all'assunzione di una partecipazione in una società di persone si trasformi in una c.d. *Beteiligungsgesellschaft*, demandando l'esercizio dell'attività economica principale esclusivamente alla "società di persone partecipata". È opportuno rilevare, peraltro, che, qualora i soci intendano riservarsi *semper* (ed a prescindere da un esame, generalmente complesso, della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c.) la decisione in ordine all'«assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime», ciò sarà possibile attraverso una specifica previsione statutaria ai sensi dell'art. 2479, primo comma, prima parte, c.c. (per considerazioni sostanzialmente analoghe v. anche G. GUERRIERI, *Commento all'art. 2479*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, III, Padova, 2005, 2023-2024). La prospettiva adottata esclude, evidentemente, un'applicazione analogica alla s.r.l. della disposizione di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c. [in questo senso v., invece, N. ABRIANI, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, 2. ed., Milano, 2005, 293; A. BARTALENA (nt. 1)] e ciò in quanto sembra preferibile ricostruire la "regola" sul punto oggetto di esame facendo esclusivo riferimento ai principi di disciplina propri della struttura organizzativa della società a responsabilità a limitata.
- 44) In questi termini ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 118; per ulteriori approfondimenti V. DONATIVI (nt.1), 220-221 e 234 ss.; A. MIRONE (nt. 1), 420; M. CAVANNA (nt. 1), 457; R. WEIGMANN, *Luci* (nt. 1), 271; A. LOLLI, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, Milano, 2003, 249; A. AUDINO (nt. 1), 417.
- 45) A tale conclusione si giunge considerando sia la previsione dell'art. 2478 *bis*, primo comma, c.c., sia la portata "generale" del principio di disciplina contenuto nell'art. 2361, secondo comma, seconda parte, c.c.
- 46) Così, ad esempio, A. MIRONE (nt. 1), 421, il quale sottolinea esattamente che «la riforma non tocca il profilo dell'organizzazione della società partecipata, sollevando molteplici questioni interpretative».
- 47) Sul punto v. M. CAVANNA (nt. 1), 450, nota n. 1. In Germania l'attuazione della Direttiva ha richiesto una modifica del Codice di Commercio (*HGB*): e v. T. RAISER (nt. 2), 718; H. HIRTE (nt. 2), 15; K. SCHMIDT (nt. 2), 1652.
- 48) Sulla *ratio* di questa disposizione cfr. V. DONATIVI (nt. 1), 236 ss., il quale si sofferma, altresì, su alcuni possibili problemi di diritto transitorio connessi alla disciplina di cui all'art. 2361, secondo comma (238 ss.); A. AUDINO (nt. 1), 424 ss.
- 49) In presenza di determinati presupposti, la disposizione in esame impone, infatti, l'applicazione ad una società di persone (società in nome in collettivo o società in accomandita semplice) della disciplina sul bilancio prevista per la s.p.a., ossia per una società di capitali.
- 50) Per le medesime considerazioni, con riferimento all'ordinamento tedesco, v., ad esempio, A. BAUMBACH/K.J. HOPT (nt. 2), 694, *Rdn.* 1; T. RAISER (nt. 2), 701-702, il quale, se da un lato ritiene che siamo di fronte ad una società di capitali (e non ad una società di persone) ed in particolare ad una "*eigenständige Erscheinungsform der Kapitalgesellschaft*" (p. 701), dall'altro conside-

ra, in merito al diritto applicabile, che: *i*) per quanto non diversamente previsto da disposizioni speciali di fonte legislativa o giurisprudenziale alla società si applica il diritto della società di persone prescelta (in genere la s.a.s.= *KG*); *ii*) al socio accomandatario si applica il diritto della s.p.a. (*AG*) o della s.r.l. (*GmbH*) a seconda del tipo prescelto; *iii*) qualora poi la società accomandataria eserciti funzioni di gestione imprenditoriale nella società in accomandita semplice ed in altre imprese si applica anche il "diritto dei gruppi" (*Konzernrecht*).

- 51) V. *supra*, n. 2.
- 52) E v. L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, 1-2 e *passim*.
- 53) Per spunti in tal senso nella letteratura tedesca cfr. K. SCHMIDT (nt. 2), 1650; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 295 ss. e, per un esempio di clausole statutarie, 990; T. RAISER (nt. 2), 710; A. BAUMBACH/K.J. HOPT (nt. 2), 702, *Rdn.* 31.
- 54) Cfr., ad esempio, T. RAISER (nt. 2), 706 ss.; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 153 ss.
- 55) In argomento v., ad esempio, P. MONTALENTI, *La traslazione dei poteri nei gruppi di società: i management contracts*, ora in P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, Corporate governance*, Padova, 1999, 142 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.
- 56) A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, 2004, 147; in senso affermativo v. ora anche D. REGOLI, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, 2. ed., Milano, 2005, 56-57, il quale, dopo aver sostenuto che il vuoto legislativo in ordine all'amministratore persona giuridica può essere in parte colmato con un'applicazione in via analogica della normativa sul GEIE (art. 5 d. lgs. n. 240/1991), ritiene poi che «anche in assenza di una specifica normativa di riferimento è comunque plausibile ritenere che la società partecipante eserciterà la propria attività di amministratore attraverso un rappresentante da essa designato, il quale assumerà, presumibilmente, gli stessi obblighi e le stesse responsabilità previste a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore»; R. GUGLIELMO, *Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone*, in *Consiglio nazionale del Notariato. Studi e materiali*, 2/2005, Milano, 2005, 1207 ss.; A. MIRONE (nt. 1), 421; A. AUDINO (nt. 1), 421.
- 57) Può essere opportuno rilevare che nell'esperienza tedesca la società di capitali partecipa sempre come socio "amministratore" [cfr., in luogo di molti, K. SCHMIDT (nt. 2), 1621-1622], nel senso che i poteri di amministrazione e rappresentanza nella *Kommanditgesellschaft* (= s.a.s.) spettano solo al socio accomandatario e dunque, in caso di *GmbH & Co. KG*, alla *GmbH* (= s.r.l.), la quale opererà attraverso i propri amministratori [K. SCHMIDT (nt. 2), 1648; in senso analogo T. RAISER (nt. 2) 712]. In sostanza, l'amministratore della *GmbH* è organo di questa società ed allo stesso tempo agisce anche in nome della *KG*: i suoi comportamenti come la sua *Wissen* (stato di conoscenza) sono imputabili sia alla *GmbH* che alla *KG* [K. SCHMIDT (nt. 2), 1648-1649; T. RAISER (nt. 2) 714].
- 58) In questi termini, esattamente, R. GUGLIELMO (nt. 56), 1212-1213; sul punto v. anche A. BARTALENA (nt. 1).
- 59) P. MONTALENTI, *La traslazione* (nt. 55), 143.
- 60) Tale soluzione è accolta nell'esperienza giuridica tedesca relativa alla *GmbH & Co. KG*: più in particolare, secondo un orientamento ormai consolidatosi in giurisprudenza, il legale rappresentante *pro tempore* della società di capitali "amministratore" risponde personalmente anche nei confronti della s.a.s.: e ciò in quanto si considera il rapporto di amministrazione con la *GmbH* (= s.r.l.), ossia con la società di capitali "partecipante", come un contratto con "obblighi di protezione" (*Schutzwirkungen*) nei confronti dei terzi, con inevitabili conseguenze nella interpretazione del § 43 della legge tedesca sulla società a responsabilità limitata (*GmbHG*) in ordine alla responsabilità dell'amministratore [sul punto cfr. K. SCHMIDT (nt. 2), 1649; in senso analogo RAISER (nt. 2) 714; A. BAUMBACH/K. J. HOPT (nt. 2), 701 ss.]. Nella nostra letteratura sugli "obblighi di prote-

zione" v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2. ed., Milano, 1997, 181 ss.

- 61) Per alcune riflessioni sulla valenza del principio codificato nell'art. 2467 c.c. sia consentito rinviare a U. TOMBARI, *"Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali*, in corso di pubblicazione nel *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, ove ulteriori riferimenti bibliografici.
- 62) In questo senso si è espressa una parte della dottrina, ritenendo che la responsabilità illimitata del socio accomandatario non sia ostativa all'applicazione della normativa in questione: in argomento cfr., ad esempio, H. VON GERKAN, *Kapitalersetzende Leistungen in der GmbH & Co. KG*, in H. VON GERKAN/P. HOMMELHOFF (a cura di), *Handbuch des Kapitalersatzrechts*, 2. ed., Köln, 2002, 359 ss.; A. BAUMBACH/K. J. HOPT (nt. 2), 675 ss.; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 365 ss.; T. RAISER (nt. 2), 724. Al riguardo, può essere opportuno osservare, inoltre, che, con riferimento alla *offene Handelsgesellschaft* una disposizione analoga è contenuta nel § 129 a) del codice di commercio (*HGB*).
- 63) In merito a strutture di gruppo composte (anche) da società di persone ed ai limiti che esse incontrano nell'ordinamento prima della riforma societaria sia consentito rinviare a U. TOMBARI, *Sulla società in accomandita semplice di gruppo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 253 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.
- 64) V. *supra*, n. 3.
- 65) Per alcune considerazioni in tal senso, sebbene prima della riforma del 2003, cfr. U. TOMBARI, *Sulla società* (nt. 63), 254 ss.
- 66) V. *supra*, nn. 4-5.
- 67) In questo senso v., ad esempio, U. TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA-G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 240; ID., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 61 ss.; ASSOCIAZIONE D. PREITE (nt. 1), 423.
- 68) Per analoghe conclusioni A. GAMBINO (nt. 56), 147. Per quanto attiene all'esperienza tedesca, l'applicazione del diritto dei gruppi in questo caso è generalmente ammessa: cfr. T. RAISER (nt. 2), 702; V. EMMERICH-M. HABERSACK, *Konzernrecht*, 8. ed., München, 2005, 455, i quali osservano, peraltro, che, in relazione ad una *GmbH & Co. KG*, la disciplina dei gruppi: *i)* è poco adatta a regolamentare i rapporti tra la s.r.l. "partecipante" e la s.a.s. "partecipata" sino a quando la prima si limita ad esercitare i suoi poteri di accomandatario nella *KG*: e ciò in quanto, in tal caso, siamo sostanzialmente in presenza di un'unica impresa e non di una c.d. *Unternehmensverbindung*; *ii)* trova invece spazio di applicazione ogniqualvolta la società a responsabilità limitata dirige e coordina più società in accomandita semplice, nelle quali assume la qualifica di accomandatario.
- 69) In sostanza, in caso di società in accomandita semplice "dipendente" gli artt. 2497 ss. c.c., avranno effetto sia sul piano della "società partecipante" (si pensi alla figura di responsabilità di cui all'art. 2497), sia su quello della "società di persone partecipata" (cfr., ad esempio, artt. 2497 *bis* e 2497 *ter*).
- 70) In argomento v. A. MIRONE (nt. 1), 417, nota 35; U. TOMBARI, *Sulla società* (nt. 63), 258, nt. 13.
- 71) Per alcuni spunti con riferimento alla realtà tedesca v. M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 27 ss.
- 72) T. RAISER (nt. 2), 703-704; M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 28.
- 73) Sul punto v. *supra*, n. 5.
- 74) M. HESSELMANN, B. TILLMANN, T. MUELLER-THUNS (nt. 2), 23 ss.

*(Riproduzione riservata)*