

prof. avv. Francesco Galgano
professore emerito di diritto civile
nell'Università di Bologna

Bologna, 9 maggio 2011

Gentili Signori
dott. Enrico Mulas
dott.ssa Rosanna Mulas
prof. ing. Maria Gabriella Mulas

Parere pro-veritate

Abbiamo attentamente esaminato la questione in tema di distribuzione di utili da Voi illustrata e, in particolare, lo statuto della AGM Attività S.r.l. ("AGM" o la "Società") e il parere *pro-veritate* reso dal prof. Goffredo Zuddas in data 27 maggio 2010.

*

Ai sensi dell'art. 35.2 dello statuto AGM "gli utili netti risultanti dal bilancio, dedotto almeno il 5% (cinque per cento) da destinare a riserva legale fino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale, verranno ripartiti tra i soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta, salvo diversa decisione dei soci".

L'art. 34.2 dello stesso statuto prevede che "per deliberare sulla distribuzione degli utili l'assemblea è regolarmente costituita e delibera con la presenza e col voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno i 6/7 (sei settimi) del capitale sociale".

prof. avv. Francesco Galgano

Ci avete richiesto se, in forza delle sopra riportate previsioni statutarie, sia o meno configurabile un diritto dei soci della AGM alla ripartizione degli utili risultanti dal bilancio di esercizio della Società, anche in assenza di una decisione che attribuisca agli utili una diversa destinazione.

*** * ***

La risposta al quesito è affermativa, in conformità dell'opinione già espressa in GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II ed., IV vol., Padova, 2010, p. 484 ss., con riferimento a corrispondenti clausole statutarie, che sono frequentissime nella prassi italiana.

Cominciamo con il ricordare che alla causa del contratto di società inerisce, come risulta dall'art. 2247 c.c., un triplice ordine di interessi, tutti destinati ad essere realizzati mediante il contratto di società. Sotto un primo aspetto, lo scopo della società è quello di trasformare la ricchezza conferita dai soci in una efficiente organizzazione imprenditoriale. Si tratta dell'interesse sociale ad aumentare il volume della produzione o degli scambi, l'interesse alla conquista di nuovi mercati, l'interesse ad accrescere la potenza economica della Società. Sotto un secondo aspetto, l'interesse sociale viene in considerazione come interesse alla massimizzazione del profitto: è l'interesse a che l'impresa sociale produca la più abbondante messe possibile di utili. Sotto il terzo e ultimo aspetto, l'interesse sociale si presenta come interesse alla massimizzazione del dividendo: come interesse a che i profitti realizzati vengano il più frequentemente e nella misura più alta possibile distribuiti ai soci.

Interesse alla massimizzazione dell'efficienza dell'impresa,
interesse alla massimizzazione del profitto, interesse alla

massimizzazione del dividendo sono tutti interessi riconducibili alla causa del contratto di società e tutti, nella astratta previsione dell'art. 2247 c.c., costituiscono momenti causali tra loro coordinati e consequenziali.

Nelle società di capitali, l'interesse alla massimizzazione del dividendo è proprio delle minoranze azionarie, di quei ceti detentori di ricchezza che concepiscono l'investimento azionario come fonte di rendita e, naturalmente, della rendita più alta possibile; ma è, a sua volta, un interesse in conflitto con l'interesse del quale sono portatori i gruppi di comando della società, ossia con l'interesse del quale sono portatori i gruppi di comando della società, ossia con l'interesse della classe imprenditoriale, la quale mira, soprattutto, all'efficienza dell'impresa sociale, al suo potenziamento, alla sua espansione; tende, perciò, a reinvestire nell'attività produttiva o di scambio l'utile realizzato ed a sottrarlo, quindi, alla divisione fra i soci.

L'art. 2433 c.c. (per le s.p.a.) e l'art. 2478 *bis* c.c. (per le s.r.l.) risolvono questo conflitto a vantaggio della maggioranza, legittimando il sacrificio dell'interesse dei singoli alla ripartizione del dividendo.

Ciò non significa che l'art. 2247 c.c. perda ogni vigore in rapporto alle società di capitali; né significa che debba essere del tutto cancellata, in rapporto a questa tipologia di società, la parte finale della norma, quella che enuncia lo scopo della divisione degli utili fra i soci. Non c'è, nell'art. 2433, comma 1°, c.c. nulla che autorizzi a ritenere valida una società di capitali che escluda, per statuto, ogni divisione degli utili fra i soci. Vi sarebbe sicuramente violazione dello schema causale del contratto di società se si ponesse nello statuto un patto che vieti ogni distribuzione di utili fra i soci, oppure che costringesse ad una politica di bilancio in pareggio o che escludesse ogni possibilità di realizzare utili di bilancio.

La formula contenuta nell'art. 2247 c.c., d'altro canto, permette all'autonomia contrattuale di preferire l'interesse (tipicamente delle minoranze) alla massimizzazione e alla ripartizione degli utili, purché la stessa non costituisca regola assoluta, invertendo la regola impressa negli artt. 2433 e 2478 *bis* c.c. per cui è possibile dar corso alla ripartizione degli utili risultanti dal bilancio solo previa delibera dell'assemblea.

*

L'utile distribuibile è l'eventuale eccedenza attiva risultante dal bilancio. In linea generale, l'avvenuta approvazione di un bilancio dal quale emergono utili è condizione necessaria, ma non sufficiente, per la distribuzione. Nelle società di capitali, diversamente da quanto avviene per le società di persone, l'utile distribuibile diventa "dividendo" (con correlato diritto del socio alla relativa percezione) solo se, e solo nella misura in cui, l'assemblea decida di ripartirlo fra i soci¹. Al singolo socio di s.p.a. o di s.r.l. non è riconosciuto un diritto individuale alla percezione dell'utile di bilancio: ogni decisione al riguardo è rimessa dagli artt. 2433, comma 1°, e 2478 *bis*, comma 3°, c.c. all'assemblea, deliberante a maggioranza. Un preciso diritto dell'azionista al dividendo nasce solo dalla deliberazione assembleare che disponga la distribuzione degli utili, e nasce nella misura in cui l'assemblea l'abbia disposta.

Tale principio non è assoluto e può essere derogato per previsione dello statuto, che ben può prevederne di specifiche e persino invertire la regola legale in tema di ripartizione degli utili.

¹ Soluzione opposta nelle società di persone, i cui soci hanno, salvo patto contrario, il diritto di percepire gli utili risultanti dal rendiconto annuale.

Ai sensi dell'art. 2463, comma 2°, n. 6, c.c., per le s.r.l., "l'atto costitutivo deve ... indicare ... la quota di partecipazione di ciascun socio"². Sotto altro profilo, l'art. 2478 bis, comma 3°, c.c. dispone poi che la decisione dei soci che approva il bilancio decide sulla distribuzione degli utili ai soci³.

Da un lato, c'è dunque il riconoscimento esplicito di una non limitata autonomia statutaria in fatto di ripartizione degli utili; dall'altro lato, c'è l'attribuzione altrettanto esplicita, ai soci del potere di disporre dell'utile annualmente realizzato ed accertato.

Il problema è dunque, un problema di limiti e di condizioni.

Avendo riguardo all'art. 2463, comma 2°, n. 6, c.c. (come per la corrispondente disposizione dell'art. 2328 c.c.), si può affermare con certezza che le norme statutarie sollecitate da questa norma sono necessarie, a rigore, soltanto se si intende imporre che una data percentuale degli utili risultanti dai bilanci annuali sia destinata alla distribuzione fra i soci oppure che una data percentuale sia trattenuta nelle casse della società. Ne consegue che ove una siffatta previsione risulti dallo statuto, essa sarà destinata a imporsi rispetto alla previsione contenuta nell'art. 2478 bis, comma 3°, c.c.

In mancanza, dovrà valere il principio, codificato in tale ultima disposizione, secondo il quale l'assemblea che approva il bilancio è arbitra di deliberare il "se" e il "quanto" della distribuzione degli utili ai soci.

Altrettanto certa è la validità di una clausola statutaria che, a norma dell'art. 2463, comma 2°, n. 6, imponga la distribuzione di una data percentuale dell'utile. Nel sistema tedesco, ma regola simile vale

² Per le s.p.a. l'art. 2328, comma 2°, n. 7, c.c. "l'atto costitutivo deve indicare (...) le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti" tra i soci.

³ Per le s.p.a., l'art. 2433, comma 1°, c.c. dispone che l'assemblea delibera "sulla distribuzione degli utili ai soci".

prof. avv. Francesco Galgano

anche per altre esperienze legislative straniere, la legge azionaria del 1965 al § 254 prevede che, se non viene ripartito fra i soci un utile pari almeno al quattro per cento del capitale sociale, la deliberazione assembleare è impugnabile se la ritenzione dell'utile "*non sia necessaria secondo un ragionevole giudizio commerciale per assicurare l'esistenza economico-finanziaria della società*".

Sebbene nel diritto italiano manchi una norma corrispondente, l'art. 2328, comma 2°, n. 7, c.c. (per le s.p.a.) e l'art. 2463, comma 2°, n. 6, c.c. (per le s.r.l.) consente di porla per statuto, che di certo può prevedere il diritto dei soci, a prescindere da una delibera assembleare, a vedere ripartita una parte degli utili risultanti dal bilancio (ad esempio, nella misura del quattro per cento come per la legge tedesca o per una percentuale prossima a questa), sì che il potere assembleare di disposizione dell'utile di bilancio dovrà ritenersi validamente limitato⁴.

*

Nella prassi non mancano, anzi sono frequenti i casi di clausole statutarie che dispongono e disciplinano la ripartizione degli utili, in deroga delle previsioni normative.

L'art. 35.2 dello statuto AGM Attività S.r.l. si colloca tra quelli comunemente conosciuti nella prassi e che ha formato oggetto di studio della dottrina e della giurisprudenza.

In forza di tale previsione, "*gli utili netti risultanti dal bilancio, dedotto almeno il 5% (...) da destinare a riserva legale fino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale, verranno ripartiti*

⁴ Una siffatta clausola statutaria potrà essere soppressa o modificata con deliberazione modificativa dello statuto: cfr. Trib. Benevento, 26 gennaio 1986, in *Dir. e giur.* 1986, p. 917.

tra i soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta, salvo diversa decisione dei soci”.

Detta clausola di certo non impone la distribuzione ai soci né di tutto l'utile di bilancio; neppure esige la ripartizione di una data percentuale dell'utile: non emerge alcun limite al potere assembleare di disposizione dell'utile di bilancio, che resta in tutto e per tutto integro. Essa, però, pone comunque una deroga all'art. 2433, comma 1°, c.c., sicché l'assemblea può deliberare sulla distribuzione dell'utile, solo se e nella misura in cui intende dare all'utile una destinazione diversa dalla sua distribuzione fra i soci.

C'è in ciò un indubbio favore per la distribuzione, anziché per la ritenzione, dell'utile: se non si forma una maggioranza intorno alle proposte di una sua diversa destinazione, altro non resta se non la distribuzione dell'utile ai soci. Questo favore non può essere considerato illegittimo, in quanto asseconda, anziché contraddire, la funzione propria del contratto di società, che è nell'esercizio di una attività economica “*al fine di dividerne gli utili*” (art. 2247 c.c.); corrisponde nelle società di capitali ad un preciso diritto attribuito al socio, ossia “il diritto a una parte proporzionale degli utili netti” (art. 2350 c.c.); lascia del tutto integro il potere, che l'art. 2433, comma 1°, riserva all'assemblea, di disporre diversamente dell'utile di bilancio.

In presenza di una clausola siffatta, non occorre una apposita deliberazione assembleare, attributiva ai soci di un diritto di credito al dividendo. Non vale, in questo caso, il principio per il quale l'utile si trasforma in dividendo solo a seguito della deliberazione assembleare presa ai sensi dell'art. 2433, comma 1°, c.c. La distinzione fra utile e dividendo poggia sulla considerazione che l'*an* e il *quantum* dell'utile da distribuire sono rimessi alla determinazione dell'assemblea. Diverso è il caso oggetto d'esame: una deliberazione assembleare, ai sensi dello

statuto AGM, è necessaria per escludere, non già per fondare, la trasformazione dell'utile in dividendo; trasformazione che si realizza non quale effetto di un atto giuridico (la deliberazione sulla divisione degli utili), ma quale effetto di un fatto giuridico (la mancata destinazione dell'utile ad un impiego diverso dalla divisione fra i soci).

Non può dunque condividersi l'impostazione seguita sul punto nel parere del prof. Zuddas, laddove, nel tentativo di risolvere il nodo centrale della questione, afferma puramente e semplicemente che l'art. 35.2 *“non dispone affatto in merito al «se» della distribuzione, ma in merito «come», e cioè alle modalità della distribuzione, che è problema del tutto diverso, per cui manca nella clausola qualsiasi forma di automatismo che renda non necessaria una seconda specifica delibera assembleare”*.

Il predetto parere non chiarisce sulla base di quali elementi dovrebbe ritenersi che la clausola in questione disciplini solo il come (i.e. percentuali di partecipazione agli utili) e non il diritto alla ripartizione.

Ebbene, oltre a quanto sopra precisato, che è di per sé assorbente, tutti gli elementi a disposizione, di ordine lessicale e sistematico, portano ad una conclusione opposta a quella rassegnata da Zuddas.

La clausola statutaria non disciplina unicamente la misura di partecipazione agli utili. Essa va ben oltre, disciplinando il diritto alla *“ripartizione”*, termine che nella linguaggio corrente, nella prassi, così come fa lo stesso legislatore⁵, viene utilizzato come sinonimo di *“distribuzione”*. L'impiego della specifica espressione *“verranno*

⁵ A tal riguardo, in materia di s.r.l., ci è sufficiente richiamare l'art. 2478, comma 5°, c.c. che disciplinando uno dei casi in cui, per legge, è preclusa la possibilità di distribuire utili, testualmente si afferma *“non può farsi luogo a ripartizione degli utili”*.

*ripartiti*⁶, in luogo di altre, di per sé, determina quell'automatismo che il prof. Zuddas ha inteso di poter escludere; così, parafrasando la previsione in esame, deve affermarsi che gli utili risultanti dal bilancio di esercizio di AGM, imputato il 5% a riserva legale, **devono** essere ripartiti (letteralmente "verranno ripartiti": i.e. verranno distribuiti) tra i soci: ripartiti, salva diversa decisione dei soci.

Proprio l'inciso "*salva diversa decisione*", contenuto nella clausola in esame, conferma ulteriormente (ove ve ne fosse ulteriore bisogno) una tale ricostruzione. Non vi è dubbio, infatti, che la decisione dei soci sulla ripartizione degli utili possa riguardare unicamente l'*an* e il *quantum*, non certo le modalità di partecipazione agli utili (rimessa *a priori* allo statuto). Si deve perciò ritenere che il diritto presupposto dalla clausola, cioè il diritto cui la diversa decisione dei soci può derogare, sia (e non possa essere altro che) il diritto automatico dei soci alla ripartizione degli utili risultanti da bilancio approvato (*an*) nella misura risultante dal bilancio, dedotta la quota da imputare a riserva legale (*quantum*)⁷.

La diversa decisione dei soci, cui fa riferimento l'art. 35.2 dello Statuto AGM, è la decisione volta ad escludere la naturale e automatica distribuzione degli utili, e non certo una decisione che modifichi la misura di partecipazione di ciascun socio (quest'ultima *a priori* rimessa allo statuto).

⁶ Il participio "ripartiti" sinonimo di "distribuiti" contraddice l'assunto del prof. Zuddas per cui la clausola disciplinerebbe le modalità della distribuzione (i.e. "partecipazione" agli utili). Il servile "verranno" dà conto di un automatismo sulla distribuzione, del dovere della società a ripartire, salva diversa decisione.

⁷ Si tratta di un ulteriore argomento, letterale ed ermeneutica, che in maniera risolutiva supera l'affermazione, apodittica e dallo stesso in alcun modo corroborata, del prof. Zuddas per cui la clausola 35.2 dello statuto AGM disciplinerebbe unicamente il come gli utili della Società dovrebbero essere ripartiti senza comportare un automatismo della ripartizione.

*

Sul *quorum* richiesto per questa diversa decisione, entra in gioco l'art. 34.2 dello Statuto AGM, in forza del quale per deliberare sulla distribuzione degli utili l'assemblea è regolarmente costituita e delibera con la presenza e con voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno i 6/7 (sei settimi) del capitale sociale.

La disposizione statutaria impone un *quorum* qualificato particolarmente elevato, anche questo significativo dell'indubbio favore che lo statuto ha voluto riservare alla distribuzione degli utili, rispetto a destinazioni alternative.

In applicazione di una tale previsione, perché possa escludersi il diritto alla ripartizione degli utili, è richiesto che in tal senso decidano i soci con tanti voti che rappresentino almeno i 6/7 del capitale sociale. In mancanza rimane fermo il diritto di ciascun socio a richiedere ed ottenere l'utile di propria spettanza.

In mancanza di una decisione dei soci che, con la maggioranza prescritta, assegni una diversa destinazione agli utili di esercizio, ciascun socio non matura una semplice aspettativa, ma un diritto (cui corrisponde un debito della società). L'ammontare del debito della società verso i soci è determinato dallo stesso debitore con il bilancio approvato; conseguentemente i soci vantano un credito liquido ed esigibile nei confronti della società.

*

Alla luce delle ragioni e dei principi sopra esposti si può, dunque, concludere affermando che, ai sensi dello statuto AGM:

prof. avv. Francesco Galgano

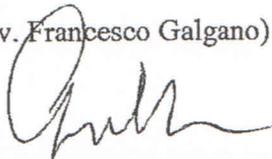
- (i) ciascun socio ha un diritto alla ripartizione degli utili risultanti dal bilancio di esercizio approvato dall'assemblea, dedotta la quota da imputarsi a riserva;
- (ii) il diritto alla ripartizione degli utili può essere derogato per decisione dei soci con il *quorum* previsto dall'art. 34.2 dello statuto.

In assenza di una diversa decisione dei Soci da assumersi con la maggioranza prescritta, ciascun degli stessi Soci può pretendere dalla Società il pagamento degli utili di propria spettanza.

*** * ***

Riteniamo di aver esaurientemente risposto al quesito che ci avete posto e restiamo in ogni caso a Vostra disposizione per ogni eventuale chiarimento ulteriore.

(prof. avv. Francesco Galgano)



(avv. Gerardo Marasco)

