

Riflessioni sulla ricapitalizzazione di una società in crisi, ai sensi dell'art.2447 cod.civ.: aumento del capitale e compensazione

di Guido Bevilacqua – notaio, membro della Commissione Società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, co-responsabile del Centro Ricerche dell'associazione di cultura giuridica Insignum

Il contributo si propone di esaminare le questioni emergenti da una particolare tecnica di copertura delle perdite rilevanti subite da una Spa, ai sensi dell'art.2447 cod.civ., consistente nell'azzeramento del capitale sociale e nel suo contemporaneo aumento ad un importo almeno pari alla copertura delle perdite residue e tale da consentire il mantenimento dello stesso ad una cifra pari o superiore al minimo previsto dalla legge.

Si valuterà, in particolare, la necessità che detto aumento sia anche interamente sottoscritto e liberato, ovvero se possa ritenersi sufficiente il versamento del 25% del valore nominale delle azioni sottoscritte. Infine, si analizzerà la legittimità della compensazione fra il debito del socio derivante dal conferimento ed un credito dallo stesso vantato nei confronti della società, al fine di liberare il capitale sottoscritto in sede di ricostituzione.

Considerazioni introduttive: i presupposti applicativi dell'art.2447 cod.civ. e le conseguenze della mancata adozione dei provvedimenti previsti dalla norma

Nell'affrontare il tema oggetto di analisi, non appaiono superflue alcune considerazioni preliminari di carattere generale in tema di perdite che azzerano il capitale sociale o lo riducono ad una cifra inferiore al minimo previsto dalla legge (€ 120.000 per la Spa, ai sensi dell'art.2327 cod.civ.).

La riduzione del capitale sociale di una Spa al di sotto del minimo legale per perdite superiori al terzo è disciplinata dall'art.2447 cod.civ., a mente del quale *“Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'art.2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società”*.

Secondo la dottrina tradizionale¹ e la giurisprudenza,

¹ G. Campobasso, *“Diritto commerciale 2. Diritto delle società”*, Utet, 1992, pag.456; R. Nobili, M.S. Spolidoro, *“La riduzione di capitale”*, in *“Trattato delle società per azioni”*, 6, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, Utet, 1993, pag.373 ss.; G. Tantini, *“Il capitale inesistente”*, in *Giur. Comm.*, 1975, II, pag.780 ss.; F. Galgano, *“Le società per azioni”*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, VII, Cedam, 1988, pag.348; G.B. Portale, *“I bilanci straordinari”*, in *AA.VV.*, *“Il bilancio d'esercizio, probemi attuali”* Milano 1978, pag.323; G. Niccolini, *“Il capitale sociale minimo”*, Giuffrè, 1981, pag.39 ss.; G. Ferri, *“Le società”*, in *Tratta-*

la norma citata trova applicazione solo se ricorrono entrambi i presupposti *ivi* previsti:

1. la perdita rilevante di oltre un terzo del capitale e
2. la riduzione di quest'ultimo al di sotto del minimo legale,

ovvero nel caso di perdite assorbenti l'intero capitale sociale o superiori al suo importo².

In una simile situazione:

1. secondo l'opinione più diffusa³, la società si troverebbe *ipso facto* in scioglimento, ai sensi dell'art.2484, co.1, n. 4) cod.civ.⁴, configurando-

to di diritto civile italiano, diretto da F. Vassalli, 3, Utet, 1987, pag.942; G. Cottino, *“Diritto commerciale”*, I, 2, Cedam, 1987, pag.564; F. Ferrara, F. Corsi, *“Gli imprenditori e le società”*, Giuffrè 1992, pag.622; F. Di Sabato, *“Manuale delle società”*, Utet, 1992, pagg.633 e 641.

² Il capitale cui si deve fare riferimento è il capitale sociale sottoscritto. Così, R. Nobili, M.S. Spolidoro, *“La riduzione di capitale”* (1), pag.301.

³ R. Nobili, M.S. Spolidoro, *“La riduzione di capitale”* (1), pag.380; F. Fenghi, *“La riduzione del capitale”*, Giuffrè, 1974, pag.78; F. Bonelli, *“Gli amministratori di società per azioni”*, Giuffrè, 1985, pag.193; M.E. Gallesio Piuma, *“I poteri dell'assemblea di Spa in liquidazione”*, Milano, 1986, pag.48 ss.; M. Porzio, *“L'estinzione della società per azioni”*, Jovene, pag.69 ss.; A. Lanza, *“Scioglimento della società e responsabilità degli amministratori. Sopravvivenza dell'ente e volontà dei soci”*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1972, II, pag.22 ss.; A. Di Francia, *“In tema di responsabilità degli amministratori di Spa per nuove operazioni”* in *Riv. Dir. Civ.*, 2, 1993, pag.404; G.B. Portale, *“Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”*, Giuffrè, 1991, 55-56 nt. 116; R. Rordorf, *“Perdita del capitale e responsabilità per le nuove operazioni”*, in *Società*, 1992, pag.1486; C. Giannattasio, *“Ancora sul divieto di intraprendere nuove operazioni dopo il verificarsi di un fatto che determina lo scioglimento della società”*, in *Giust. Civ.*, 1974, I, pag.1151; F. Kustermann, *“Delle società”*, in *Commentario Ipoa*, Milano, 1988, pag.606 ss.; V. Salafia, *“Ricostituzione del capitale perduto e parziale sottoscrizione”*, in *Le Società*, 1986, pag.1295.

⁴ Articolo 2484 cod.civ. – Cause di scioglimento.

[I]. Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciogliono:

1) per il decorso del termine;

2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta im-

si la sottoscrizione dell'aumento (e non la mera delibera) o la trasformazione quali condizioni risolutive dello stesso. Sugli amministratori graverebbe il dovere di convocare l'assemblea straordinaria per l'adozione dei provvedimenti ex art.2447 cod.civ. (in tale sede, l'assemblea potrebbe fare venire meno, con effetto *ex tunc*, gli effetti dello scioglimento, ovvero renderlo definitivamente efficace).

2. Altra opinione ritiene, all'opposto, che lo scioglimento della società conseguente alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale sia sospensivamente condizionato alla mancata adozione dei provvedimenti di cui all'art.2447 cod. civ. o alla mancata convocazione dell'assemblea⁵.

Con riguardo alla decorrenza degli effetti dello scioglimento, la riforma introdotta dal D. Lgs. n.6/03 ha portato alcune novità: mentre *ante* riforma le cause di scioglimento della società operavano *ipso iure*, dopo la riforma non necessariamente vi è coincidenza temporale fra il momento in cui si verifica la causa di scioglimento della società ed il momento in cui lo scioglimento ha effetto nei confronti dei terzi: i commi 1 e 3 dell'art.2484 cod.civ., infatti, distinguono il momento in cui la società si scioglie (co.1), e quindi lo scioglimento produce effetto nei confronti dei soci e degli amministratori, da quello in cui si determina

possibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie;
3) per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea;

4) per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli artt.2447 e 2482-ter;

5) nelle ipotesi previste dagli articoli 2437-*quater* e 2473;

6) per deliberazione dell'assemblea;

7) per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto.

[II]. La società inoltre si scioglie per le altre cause previste dalla legge; in queste ipotesi le disposizioni dei seguenti articoli si applicano in quanto compatibili.

[III]. Gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1), 2), 3), 4) e 5) del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del Registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa e, nell'ipotesi prevista dal numero 6) del medesimo comma, alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione.

[IV]. Quando l'atto costitutivo o lo statuto prevedono altre cause di scioglimento, essi devono determinare la competenza a deciderle od accertarle, e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari di cui al precedente comma.

⁵ G. Ferri, "Le società" (1), pag.961; G. Santini, "Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni", Cedam, 1973, pag.287; A. Maisano, "Lo scioglimento delle società", Milano, 1974, pag.114 ss.; G. Frè, "Società per azioni", in AA.VV., Commentario del codice civile a cura di Scialoja-Branca, 2° ed., Bologna-Roma, 1959, pag.850; G. Santini, "Società a responsabilità limitata", in Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1984, pag.328; F. Di Sabato, "Manuale delle società", pag.642; R. Cavallo Borgia, "Lo scioglimento e la liquidazione delle Spa", in "Trattato di diritto privato", diretto da P. Rescigno, Impresa e lavoro, tomo III, vol. 17, Utet, 1985, pag.148 ss.; G. Campobasso, "Diritto commerciale 2. Diritto delle società", pag.456 ss.; F. Galgano, "Le società per azioni", pag.394; G. Cottino, "Diritto commerciale", pag.570; G. Niccolini, Sub art.2484, "Le cause di scioglimento", in "Società di capitali. Commentario", a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, pag.44.

no gli effetti dello scioglimento verso i terzi (co.3), ossia alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del Registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa (la pubblicità ha, quindi, efficacia dichiarativa per i soci e costitutiva per i terzi). La riforma, tuttavia, non ha risolto la questione se la causa di scioglimento coincida con il momento in cui si verifica la perdita che riduce il capitale sociale al di sotto del minimo legale, ovvero con la mancata adozione da parte dell'assemblea dei provvedimenti di cui all'art.2447 cod.civ..

Qualora una delle predette condizioni non ricorra (ad esempio, il capitale sociale si trovi al di sotto del minimo legale ma la perdita sia inferiore al terzo), la società non sarebbe obbligata ad attivare la procedura di cui all'art.2447 cod.civ. (ma nemmeno, nel caso ipotizzato, quella di cui all'art.2446 cod.civ., trovandosi fuori dal circuito di allarme predisposto dal Legislatore e potendo, al più, deliberare una riduzione facoltativa per perdite) e non si troverebbe in scioglimento.

Quanto alla necessità di convocare l'assemblea senza indugio, come imposto dall'art.2447 cod.civ., la legge non prevede termini, ritenendosi valida e non viziata la delibera dell'assemblea che non sia stata convocata dagli amministratori con la sollecitudine prevista dalla legge⁶, salvo tenere presente il disposto dell'art.2631 cod.civ., che prevede una sanzione amministrativo-pecuniaria per gli amministratori ed i sindaci per il caso di ritardo nella convocazione dell'assemblea⁷.

Dal punto di vista procedurale, in sede di assemblea convocata ex art.2447 cod.civ. per gli opportuni provvedimenti *ivi* previsti, saranno necessarie

⁶ Tribunale Napoli, sentenza 12.07.06: "In presenza di una perdita di bilancio che riduca il capitale al di sotto del limite legale (ovvero che, nelle società cooperative, lo azzeri), la delibera sociale emessa a norma dell'art.2447 cod.civ., ancorché l'assemblea non sia stata convocata dall'amministratore con la sollecitudine prevista dalla legge, non è viziata, ed è validamente idonea a far venir meno, con effetto *ex tunc*, gli effetti dello scioglimento, senza necessità di una delibera adottata all'unanimità per la revoca dello scioglimento".

Parimenti, nel caso in cui l'assemblea convocata andasse deserta, gli amministratori potrebbero riconvocare l'assemblea e questa potrebbe ancora deliberare validamente l'aumento o la trasformazione. Così, R. Nobili, M.S. Spolidoro, "La riduzione di capitale", pag.388 ss..

⁷ Articolo 2631 - Omessa convocazione dell'assemblea.

[I]. Gli amministratori e i sindaci che omettono di convocare l'assemblea dei soci nei casi previsti dalla legge o dallo statuto, nei termini ivi previsti, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.032 a 6.197 euro. Ove la legge o lo statuto non prevedano espressamente un termine, entro il quale effettuare la convocazione, questa si considera omessa allorché siano trascorsi trenta giorni dal momento in cui amministratori e sindaci sono venuti a conoscenza del presupposto che obbliga alla convocazione dell'assemblea dei soci.

[II]. La sanzione amministrativa pecuniaria è aumentata di un terzo in caso di convocazione a seguito di perdite o per effetto di espressa legittima richiesta da parte dei soci.

la situazione patrimoniale, la relazione dell'organo amministrativo e le osservazioni del collegio sindacale (che dovranno essere previamente depositate presso la sede sociale), secondo quanto disposto dall'art.2446 cod.civ.. Le cautele previste per la fattispecie meno grave devono, infatti, ritenersi applicabili anche nell'ipotesi più grave.

Se l'assemblea non riesca a deliberare per insufficienza dei *quorum* o non adotti i provvedimenti previsti, dovranno nominarsi i liquidatori, non essendosi verificata la condizione risolutiva (ovvero essendosi verificata la condizione sospensiva) della causa di scioglimento della società prevista dall'art.2484, co.1, n. 4) cod.civ.. Anche qualora si ritardi la nomina dei liquidatori, la revoca dello stato di liquidazione sembrerebbe possibile, oramai, solo nei modi e nelle forme di cui all'art.2487-ter cod.civ.⁸.

L'aumento a pagamento del capitale sociale ai fini della copertura perdite

Premessi i brevi cenni introduttivi sulle principali questioni poste dall'art.2447 cod.civ. (riflessioni che, peraltro, sarebbero applicabili anche alla Srl, stante l'identità di contenuto fra la norma in esame, dettata in tema di Spa, e l'art.2482-ter cod.civ., disciplinante la Srl), l'attenzione si soffermerà ora su uno dei due rimedi previsti dalla norma citata, quello maggiormente diffuso nella prassi e più gradito alle società, che non si vedono costrette ad adottare un diverso tipo sociale: la ricapitalizzazione attuata mediante la riduzione del capitale al fine di coprire le perdite rilevanti ed il suo successivo aumento ad un importo almeno pari al minimo previsto dalla legge.

Si analizzerà, in particolare, la legittimità della tecnica di ricostituzione del capitale attuata mediante un aumento che non sia preceduto dall'integrale copertura delle perdite subite dalla società. Si pensi al caso, assai frequente, in cui l'azzeramento del capitale non sia sufficiente ad assorbire l'intera perdita e nessuno dei soci sia intenzionato ad eseguire spontaneamente versamenti a fondo perduto, idonei a ripianare le perdite residue. L'aumento del capitale sociale dev'essere, in questo caso, funzionale sia a

⁸ Articolo 2487-ter - Revoca dello stato di liquidazione.

[I]. La società può in ogni momento revocare lo stato di liquidazione, occorrendo previa eliminazione della causa di scioglimento, con deliberazione dell'assemblea presa con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto. Si applica l'art.2436.

[II]. La revoca ha effetto solo dopo sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della relativa deliberazione, salvo che consti il consenso dei creditori della società o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso. Qualora nel termine suddetto i creditori anteriori all'iscrizione abbiano fatto opposizione, si applica l'ultimo comma dell'art.2445.

coprire le perdite che residuano dopo l'azzeramento del capitale, mediante un'ulteriore riduzione dello stesso, sia a riportare il capitale ad una cifra almeno pari al minimo legale.

In secondo luogo, si valuterà la possibilità che l'aumento in parola, finalizzato, fra l'altro, all'ulteriore riduzione del capitale per perdite, sia solo deliberato e non sottoscritto, ovvero sia sottoscritto ma non liberato (quindi, non sia accompagnato dal versamento dei venticinque centesimi richiesti dall'art.2439, co.1 cod.civ.) o, infine, sia sottoscritto ma non interamente liberato.

Infine, si vaglierà l'ammissibilità dell'utilizzo dell'istituto della compensazione, fra il debito del socio derivante dalla sottoscrizione delle nuove azioni in sede di aumento volto alla ricapitalizzazione della società, come sopra descritta, ed un credito dallo stesso vantato nei confronti della società, quale modalità di liberazione delle nuove azioni emesse dalla società.

L'ammissibilità di un aumento a pagamento del capitale sociale in sede di ricapitalizzazione della società, senza previa integrale copertura delle perdite

Quanto alla prima questione in analisi, va preliminarmente rammentato che, anteriormente alla riforma del diritto societario, dai più⁹ si riteneva che la ricostituzione del capitale sociale dovesse essere necessariamente preceduta dalla copertura integrale della perdita, ovvero la riduzione del capitale dovesse assorbirla completamente, sul presupposto che il capitale sociale dovesse coincidere con quello esistente, a tutela dei creditori sociali.

Anche oggi, sembra pacifico¹⁰ che non possa procedersi ad un aumento del capitale sociale in presenza di

⁹ F. Di Sabato, "Manuale delle società", pag.634; F. Fenghi, "La riduzione del capitale", pag.76. In tal senso anche la giurisprudenza dominante: Tribunale Napoli, sentenza 17.06.92, in *Le Società*, 1992, pag.1385; Tribunale Udine, sentenza 11.11.91, in *Le Società*, 1992, pag.690; Tribunale Lecce, sentenza 17.07.91, in *Riv. Notar.*, 1991, II, pag.1424; Appello Bologna, sentenza 21.10.88, in *Le Società*, 1989, pag.182.

¹⁰ L'assenza di perdite rilevanti e l'integrale liberazione delle azioni precedentemente emesse rappresentano, per opinione ricorrente in dottrina e giurisprudenza, le due condizioni che devono sussistere affinché possa procedersi ad un aumento di capitale sociale a pagamento. Cfr., *ex multis*, C.A. Busi, Spa-Srl, "Operazioni sul capitale", Milano, Egea, 2004, pag.154 ss..

In senso conforme, la massima H.G.19 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie - Aumento di capitale in presenza di perdite rilevanti ai sensi di legge - 1° pubbl. 9/07, secondo cui "in presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale deve ritenersi non consentita una deliberazione dell'assemblea dei soci di aumento del capitale sociale ove non sia accompagnata dalla copertura integrale delle perdite accertate".

Non manca tuttavia chi (con una tesi minoritaria) ritiene che non possa procedersi ad un nuovo aumento in tutti i casi di perdite e, quindi, anche nell'ipotesi di perdita inferiore al terzo del capitale o superiore al terzo, qualora si versi nella situazione di cui all'art.2446, co.1 cod.civ. (così, in giurisprudenza, Tribunale Udine, decreto 1.02.93 e App. Trieste, decreto 13.05.93, in *Riv. del Notariato*, 1993, pag.947).

perdite *rilevanti* (ossia di perdite superiori al terzo che rendano obbligatoria la riduzione del capitale, ai sensi degli artt.2446, co.2 cod.civ. e 2447 cod.civ.), senza aver previamente coperto integralmente le stesse e, dunque, averle ridotte entro il terzo, a garanzia di una corretta informazione dei creditori e dei soci sulla reale situazione patrimoniale della società.

A tale regola fanno eccezione, tuttavia, quelle operazioni di aumento funzionali alla copertura integrale delle perdite rilevanti, operazioni poste in essere al fine di coprire le perdite che residuino una volta abbattute le riserve ed azzerato il capitale sociale e che possono anche prescindere dalla successiva ulteriore riduzione del capitale finalizzata al ripianamento totale delle perdite¹¹.

Così, anche alla luce dell'orientamento condiviso dal Consiglio Notarile di Milano con la massima n.122¹², sembra potersi ammettere una copertura delle perdite, nell'ipotesi di cui all'art.2447 cod.civ., attuata attraverso una prima riduzione del capitale sociale,

¹¹ Cfr. in tal senso, già ante riforma, R. Nobili, M.S. Spolidoro, "La riduzione di capitale" e, di recente, la massima n.122 del Consiglio Notarile di Milano Aumento di capitale in presenza di perdite – 18 ottobre 2011. "La presenza di perdite superiori al terzo del capitale, anche tali da ridurre il capitale ad un importo inferiore al minimo legale previsto per le Spa e le Srl, non impedisce l'assunzione di una deliberazione di aumento del capitale che sia in grado di ridurre le perdite ad un ammontare inferiore al terzo del capitale e di ricondurre il capitale stesso, se del caso, a un ammontare superiore al minimo legale.

È dunque legittimo l'aumento di capitale:

(i) in caso di perdite incidenti sul capitale per non più di un terzo;

(ii) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di "opportuni provvedimenti" ex artt.2446, co.1 e 2482-bis, co.1 cod.civ.;

(iii) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in qualsiasi momento antecedente l'assemblea di approvazione del bilancio dell'esercizio successivo rispetto a quello in cui le perdite sono state rilevate;

(iv) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di assemblea di approvazione del bilancio dell'esercizio successivo rispetto a quello in cui le perdite sono state rilevate, a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre le perdite entro il terzo;

(v) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di assemblea convocata ex artt.2447 e 2482-ter cod.civ., a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre le perdite entro il terzo.

In ogni caso l'aumento di capitale non esime dall'osservanza degli obblighi posti dagli artt.2446, co.1 e 2482-bis, commi 1, 2 e 3, cod.civ., in presenza dei quali la situazione patrimoniale rilevante le perdite – se non già pubblicizzata – deve essere allegata al verbale, o comunque con lo stesso depositata nel registro delle imprese".

Parzialmente simile è la questione se sia legittimo un aumento di capitale quale opportuno provvedimento ex art.2446, co.2 cod.civ., in assenza di una formale riduzione dello stesso in proporzione delle perdite accertate: per la tesi positiva, cfr. G.A.M. Trimarchi, Le riduzioni del capitale sociale, Ipoa, 2010, pag.251; per quella negativa, C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", Milano, Egea, 2010, pagg.328-329, il quale argomenta dall'esigenza, in primo luogo, di trasparenza nei confronti dei terzi cui la perdita, in tal modo, verrebbe occultata e, in secondo luogo, di tutela dei soci, per i quali gli utili resterebbero indistribuibili.

¹² Cfr. nota precedente.

volta ad azzerarlo per assorbire una parte delle perdite, seguita da un aumento dello stesso in misura tale da consentire il ripianamento delle perdite residue (mediante una contestuale ulteriore riduzione del capitale per un importo pari alle perdite residue che verrebbero, in tal modo, integralmente coperte¹³) e da permettere, altresì, il suo mantenimento ad una cifra almeno pari al minimo legale. Resta ferma, dunque, come in precedenza affermato, la necessità di una copertura integrale della perdita rilevante, anche qualora ciò sia realizzato mediante un aumento di capitale.

In tal senso, non sarebbero possibili né una riduzione del capitale sociale che coprisse solo parzialmente le perdite rilevanti, né un aumento dello stesso che riducesse soltanto (senza eliminarla) la percentuale della perdita rilevante rispetto al capitale sociale. Le operazioni di aumento sopra descritte sarebbero, invece, possibili, laddove comportassero la copertura integrale della perdita rilevante e, dunque, la riducesse entro il terzo (così, ad esempio, sulla scia di quanto sostenuto dal Consiglio Notarile di Milano con la massima n.122, potrebbe deliberarsi un aumento di importo pari almeno al triplo delle perdite). Qualora la perdita scendesse al di sotto del terzo, infatti, la società potrebbe riportarla a nuovo senza limiti di tempo e verrebbero meno le ragioni che ne imporrebbero la copertura.

L'aumento da deliberarsi con la tecnica proposta dovrebbe, naturalmente, essere inscindibile, affinché esso possa essere sottoscritto per l'ammontare richiesto dall'esigenza di coprire integralmente le perdite e ricostituire il capitale, determinando così la rimozione della causa di scioglimento della società.

La necessità della sottoscrizione dell'aumento deliberato in sede di ricostituzione del capitale sociale e del correlato versamento del 25% del valore nominale delle azioni sottoscritte, al fine di eliminare la causa di scioglimento della società

La seconda questione che ci si propone di analizzare con il presente contributo concerne la necessità, o meno, che l'aumento deliberato ai sensi dell'art.2447 cod.civ. sia anche contestualmente sottoscritto e, in caso affermativo, con quale tempistica, nonché la ne-

¹³ La tecnica descritta consente, inoltre, di tutelare sia i creditori sociali, i quali potrebbero conoscere la reale entità della perdita e la riduzione del capitale effettuata al fine di eliminarla, sia i soci, i quali sarebbero a conoscenza della reale situazione patrimoniale della società e potrebbero deliberare la distribuzione degli utili conseguiti in seguito.

cessità che esso sia, altresì, interamente liberato, allo scopo di rendere possibile l'ulteriore riduzione di capitale finalizzata alla copertura delle perdite residue. L'articolo 2447 cod.civ. prevede che la riduzione e l'aumento di capitale siano deliberati contestualmente, cioè nella medesima riunione assembleare, ma non detta alcuna disposizione in ordine alla sottoscrizione delle nuove azioni. Dal tenore letterale della norma in esame, pertanto, sembrerebbe che il Legislatore ritenga sufficiente la mera delibera di aumento e non anche la sottoscrizione dello stesso, sicché questa potrebbe avvenire anche in epoca successiva alla delibera, conformemente ai principi generali dettati in tema di aumento, secondo cui fase deliberativa e fase esecutiva di sottoscrizione possono non coincidere temporalmente¹⁴.

Agli azionisti potrà e dovrà, dunque, essere concesso un termine per l'esercizio del diritto di opzione, ai sensi dell'art.2441 cod.civ., salvo discutersi, in tale ipotesi, su quale sia il termine adeguato entro cui le sottoscrizioni debbano essere effettuate.

Secondo un'autorevole opinione¹⁵, è legittima una delibera che non preveda alcun termine; secondo altra opinione¹⁶, un termine è necessario e coincide con quello minimo previsto per l'esercizio del diritto di opzione (trenta giorni, ex art.2441 cod.civ.); una soluzione intermedia¹⁷ ritiene che esso sia liberamente determinabile dai soci, ed il termine massimo coincida con il termine di cinque anni previsto

dall'art.2443 cod.civ. nel caso di aumento delegato del capitale sociale.

A chi scrive sembra, tuttavia, preferibile ritenere che, ove la delibera di ricostituzione del capitale non sia accompagnata dalla contestuale sottoscrizione delle nuove azioni emesse, essa non possa limitarsi al ripianamento delle perdite ed al ripristino del capitale, ma debba anche fissare necessariamente un termine per l'esecuzione dell'operazione, al fine di evitare il protrarsi indefinito della situazione d'incertezza circa l'ammontare del capitale sociale e, quindi, dello stato di scioglimento della società; termine che si ritiene debba essere determinato in un arco temporale compreso fra i trenta giorni ed i cinque anni.

Si ritiene inoltre opportuno, ma non necessario, prevedere nella delibera, in tale ipotesi di sottoscrizione non contestuale, le regole per la liquidazione della società (compresa la nomina dei liquidatori), per il caso in cui l'aumento non venisse eseguito, per ragioni di speditezza, "al fine di evitare ulteriori dilazioni nell'inizio della fase di liquidazione"¹⁸, nonché la convocazione ulteriore dell'assemblea ed il relativo verbale notarile.

Va ricordato, tuttavia, che l'opinione più restrittiva, e ad oggi ancora prevalente¹⁹, esige, in sede di delibera di ricostituzione del capitale sociale, la contestuale sottoscrizione dello stesso per un ammontare almeno pari a quello minimo previsto dalla legge, al fine di rimuovere la causa di scioglimento della società che si verificherebbe ex art.2484, co.1, n. 4), cod.civ.. Infatti, aderendo alla tesi che configura i provvedimenti ex art.2447 cod.civ. quali condizione

¹⁴ In tal senso, R. Nobili, M.S. Spolidoro, "La riduzione di capitale"; C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl"; in giurisprudenza, cfr. Cass. n.23262/05, secondo cui "In caso di perdite superiori al capitale sociale, la ricostituzione dello stesso non comporta l'immediata e contestuale sottoscrizione dell'aumento del capitale deliberato dall'assemblea, dovendosi, tra l'altro, necessariamente, concedere agli azionisti il termine per l'esercizio del diritto di opzione".

Nel medesimo senso si esprime anche il Consiglio Notarile di Milano con la massima n.38. Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza di contestuale esecuzione dell'aumento (artt.2447 e 2482 ter cod.civ.) – 19 novembre 2004.

La deliberazione di azzeramento del capitale sociale o comunque di riduzione al di sotto del minimo legale, per perdite, con contestuale sua ricostituzione ad un importo almeno pari al minimo legale, può essere legittimamente assunta qualora l'esecuzione dell'aumento: - avvenga in assemblea (ferma la necessità di garantire, con gli opportuni mezzi, il rispetto del diritto dei soci di sottoscrivere le nuove partecipazioni, nell'esercizio dell'opzione); oppure: - sia consentita, dalla delibera stessa, in epoca anche successiva all'assemblea, purché entro i termini di tempo che l'assemblea fissa, nel rispetto delle disposizioni di legge, non eccedendo il tempo necessario per il realizzarsi delle condizioni, di natura sostanziale e procedimentale, che l'esecuzione dell'aumento richiede.

Invero, l'applicazione della disciplina generale non pregiudicherebbe i creditori sociali, in quanto, se si ritenesse che lo scioglimento cessi con effetto retroattivo solo dopo la sottoscrizione del nuovo capitale, gli interessi degli stessi sarebbero presidiati dalla responsabilità personale e solidale degli amministratori (art.2486, co.2 cod.civ.).

¹⁵ R. Nobili, M.S. Spolidoro, "La riduzione di capitale".

¹⁶ Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pag.443.

¹⁷ G.A.M. Trimarchi, "Le riduzioni del capitale sociale", pagg.296- 297.

¹⁸ Cfr. massima n.38 del Consiglio Notarile di Milano.

¹⁹ Così, R. Nobili, "La riduzione del capitale", in "Il nuovo diritto delle società", Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, Utet, pag.337; G.A.M. Trimarchi, "Le riduzioni del capitale sociale", pag.302; massima H.G.8 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie.

In giurisprudenza, anche se con riferimento alla disciplina applicabile ante riforma, cfr. Tribunale Napoli, sentenza 1 ottobre 1998: "La riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale ed il suo azzeramento non danno luogo allo scioglimento della società qualora l'assemblea dei soci, preso atto dell'integrale erosione del capitale, abbia provveduto all'immediato versamento delle somme occorrenti ad eliminare le perdite ed a ricostruire al contempo il capitale sociale, sottoscrivendo l'aumento ed eseguendo il versamento di almeno i tre decimi"; e Cass. n.13503/07: "In tema di riduzione del capitale sociale per perdite, la mera deliberazione di aumento del capitale non è idonea a modificare la situazione contabile della società - e dunque il verificarsi della causa di scioglimento di cui all'art.2448, n.4 cod.civ. e la conseguente responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art.2449 - sin quando le nuove azioni non siano sottoscritte (e pagate almeno nella misura percentuale minima prescritta dalla legge)". "Qualora, per la perdita di oltre un terzo, il capitale di una società per azioni si sia ridotto al di sotto del minimo legale, la mera deliberazione assembleare di ricostituzione del capitale medesimo, con la previsione di un termine annuale per la sottoscrizione, non è sufficiente a rimuovere la causa di scioglimento della società sin quando le nuove azioni non siano state effettivamente sottoscritte".

risolutiva dello scioglimento, laddove ci si limiti a deliberare la ricostituzione del capitale sociale non si eliminerebbe la causa di scioglimento (il che avverrebbe solo con le effettive sottoscrizioni) e, pertanto, si verificherebbero tutte le conseguenze previste dagli artt.2485 e ss. cod.civ..

Optando per la tecnica di ricostituzione del capitale sociale proposta in questa sede, peraltro, deve ritenersi inevitabile l'immediata sottoscrizione del capitale deliberato, stante la nuova riduzione che dovrà effettuarsi per l'abbattimento delle perdite residue, operazione di impossibile attuazione in presenza di un capitale deliberato ma non ancora sottoscritto²⁰.

Una volta verificatasi la sottoscrizione del capitale sociale, ci si chiede se sia necessario e sufficiente, in conformità alle norme sui conferimenti, il versamento del 25% del valore nominale delle azioni sottoscritte (se trattasi di aumento da liberarsi con conferimenti in denaro), ex art.2439, co.1 cod.civ., ovvero se sia necessaria la loro integrale liberazione, in considerazione della successiva riduzione del capitale per perdite, oppure, ancora, se sia legittima una sottoscrizione non accompagnata da alcun versamento, nemmeno dei venticinque centesimi, in adesione alla teoria che configura il contratto di sottoscrizione in sede di aumento di capitale quale contratto avente natura consensuale e non reale²¹.

Al riguardo, riteniamo necessario e sufficiente il versamento del 25% del valore nominale delle azioni sottoscritte. La parte di capitale sottoscritta ma non versata costituisce, infatti, un credito della società verso i soci sottoscrittori, come tale da iscriversi nello stato patrimoniale del bilancio alla voce A) dell'Attivo ed idoneo a garantire efficacemente la società (il cui organo amministrativo potrebbe, in qualsiasi momento, richiedere il versamento dei centesimi residui, destinati alla copertura delle perdite²²), nonché a garantire i creditori sociali, al pari del denaro o di qualsiasi altro bene che attraverso il conferimento la società potrebbe acquisire al proprio patrimonio.

²⁰ Salvo condizionare sospensivamente la nuova riduzione del capitale per perdite all'avvenuta esecuzione dell'aumento, lasciando però permanere la causa di scioglimento della società, di cui si è detto, fino al momento in cui l'intera operazione potrà dirsi conclusa.

²¹ Affermare la natura reale di detto contratto significa considerare il versamento del 25% quale elemento perfezionativo del contratto, da eseguirsi contestualmente alla sottoscrizione; viceversa, aderire all'opposta tesi della natura consensuale dello stesso, comporta che il versamento dei centesimi non debba essere immediato, in quanto elemento meramente esecutivo del contratto, che si perfeziona con il semplice consenso delle parti legittimamente manifestato.

²² Peraltro, in caso di inadempimento da parte dell'azionista, troverebbe applicazione la disciplina di cui all'art.2344 cod.civ. sul socio moroso.

Tale conclusione sembra doversi condividere, nonostante l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza²³ consideri il contratto di sottoscrizione delle azioni in sede di aumento²⁴ quale contratto avente natura consensuale e, quindi, il versamento dei centesimi rappresenti un elemento meramente esecutivo del contratto e non necessario ai fini della sua conclusione, stante l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi circa l'effettività del capitale sociale versato in relazione a quello sottoscritto e di coprire le perdite rilevanti, consentendo, nel contempo, alla società, di essere dotata dei mezzi finanziari necessari per continuare ad operare sul mercato.

²³ Ante riforma, si sono espressi a favore della consensualità del contratto di sottoscrizione delle azioni sia in sede di costituzione sia in sede di aumento, la giurisprudenza di merito e di legittimità (cfr. Cass. n.611/96, in Banca borsa tit. cred. 1997, II, pag.123), nonché numerosi autori, fra cui V. Salafia, "sottoscrizione del capitale e correlativo versamento", in Società, 1993, pag.316; F. Tassinari, "Consensualità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione", in Notariato, 1996, pag.211; F. Di Sabato, "Quando va effettuato il versamento dei tre decimi?", in Riv. dir. impr., 1993, pag.97 ss; M.S. Spolidoro, "Modificazioni alla disciplina delle società di capitali e cooperative", art.2439, in NLCC, 1988, pag.168. In senso conforme, di recente, G.A.M. Trimarchi, "L'aumento del capitale sociale", Ipoa, 2007, pag.225.

Infatti, la società ben potrebbe agire, attraverso i propri organi, nei confronti dei sottoscrittori per il recupero dei conferimenti che gli stessi si sono obbligati a versare e l'art.2444, co.1 cod.civ., nel prescrivere che gli amministratori debbano, entro trenta giorni, depositare per l'iscrizione nel Registro delle imprese un'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito, fa decorrere detto termine dall'avvenuta sottoscrizione e non dal versamento. Così, Busi, "Spa-Srl, Operazioni sul capitale", pag.207.

Per la tesi della natura reale del contratto di sottoscrizione, si veda, in giurisprudenza, Cass. n.2745/83, in Vita not. 1983, pag.1131; in dottrina, F. Zucconi, "Consensualità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione", nota a Cass. 26.01.96, in Società, 1996, pag.893; F. Galgano, "Aumento di capitale solo parzialmente eseguito", in Giur. Comm., 1976, II, pag.499; A. Paciello, "Considerazioni sulla struttura del contratto di sottoscrizione", nota a Tribunale di Napoli, 5.05.81, in Banca, Borsa tit. cred., 1983, II, pag.91 ss.; U. Belviso, "Realità e con sensualità nel contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione", nota a Tribunale di Bari, 5.03.79 e Appello di Bari, 9.05.80, in Giur. Comm., 1981, II, pag.319 ss.. Ritiene, invece, non possibile qualificare allo stesso modo il contratto di sottoscrizione nell'ipotesi di costituzione della società e nell'ipotesi di aumento del capitale, Busi, "Spa-Srl, Operazioni sul capitale", pag.203, secondo cui si tratterebbe di contratto reale in sede di costituzione e consensuale in sede di aumento. A favore della realtà del contratto di sottoscrizione delle azioni in sede di aumento depone il tenore letterale dell'art.2439, co.1 cod.civ., nella parte in cui prevede che "i sottoscrittori delle azioni di nuova emissione devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento del valore nominale delle azioni sottoscritte".

²⁴ La medesima conclusione pare possa affermarsi anche con riguardo all'ipotesi di ricostituzione del capitale, come di recente ribadito da una pronuncia della Suprema Corte: cfr. Cass. n.5190/00, in Società 2000, pag.1088, la quale ha affermato "la reintegrazione del capitale di una società in caso di perdite (...) - che richiede il concorso della volontà della società (manifestata attraverso la delibera di emissione delle nuove azioni) e dei soci (espressa con la sottoscrizione delle azioni emesse) - si configura come "contratto consensuale". Deve quindi ritenersi che essa si perfezioni per effetto del consenso legittimamente manifestato dalle parti, e che - conseguentemente - il versamento del prezzo di emissione rilevi quale adempimento di un impegno contrattuale già assunto, e non già quale elemento integrante della fattispecie costitutiva".

La successiva riduzione per perdite del capitale sociale sottoscritto ma non interamente versato, per un importo pari all'ammontare delle perdite residue

Come sopra meglio descritto, parte della tecnica proposta è rappresentata dalla riduzione del capitale successiva al suo aumento, al fine di coprire le perdite residue ed attuare un integrale ripianamento delle medesime²⁵.

Detta riduzione, qualora fosse versato, come ritenuto sufficiente, soltanto il 25% del valore nominale delle nuove azioni in sede di sottoscrizione, avrebbe ad oggetto un capitale sociale sottoscritto ma non interamente versato.

Ci si chiede, dunque, se tale operazione sia legittima. La risposta sembra dover essere affermativa²⁶, poiché:

1. sembra pacifico in dottrina che, pur in assenza di un'espressa indicazione legislativa, la nozione di capitale sociale cui fare riferimento ai fini della riduzione per perdite non sia il capitale versato, bensì quello sottoscritto²⁷, ossia quello che i soci si sono impegnati a versare all'atto della sottoscrizione in sede di costituzione della società o di successivi aumenti di capitale;
2. è il capitale sociale sottoscritto, non quello versato, ad essere iscritto in bilancio alla voce A, I) del Passivo, fra le componenti del patrimonio netto assieme alle riserve;
3. la funzione della riduzione per perdite, detta anche riduzione nominale, è di allineare il valore

²⁵ A favore del principio per cui nell'ipotesi di riduzione obbligatoria del capitale sociale le perdite debbano essere integralmente ripianate, sulla base dell'applicabilità del disposto letterale dell'art.2446, co.2 cod.civ., secondo cui "l'assemblea ordinaria (...) deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate", all'ipotesi più grave prevista dall'art.2447 cod.civ., si sono espresse la prevalente giurisprudenza e dottrina: R. Nobili, "La riduzione del capitale", pag.318; C.A. "Busi, Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pag.289; G.A.M. Trimarchi, "Le riduzioni del capitale sociale". Ritiene necessaria la copertura integrale della perdita anche nell'ipotesi di riduzione facoltativa, la giurisprudenza di legittimità (Cass. n.23269/05, in Giust. Civ. Mass. 2005, pag.11); in tal senso anche la Massima H.G.7 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie.

²⁶ In giurisprudenza, si veda, con riferimento ad un caso simile a quello in esame, Appello di Trento, 11.03.94 (decr.), in Riv. not. 1994, pag.874 "Qualora si utilizzi la tecnica dell'aumento di capitale con contestuale riduzione a ripianamento delle perdite è necessaria l'integrale sottoscrizione del capitale in aumento, non il versamento, giacché è al capitale sottoscritto che fanno riferimento le garanzie preordinate dalla legge". In senso conforme, il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con la massima H.G.14 –Delibera di riduzione per perdite di capitale non interamente liberato – 1° pubbl. 9/06. È legittimo deliberare ed eseguire una riduzione del capitale per perdite anche in presenza di azioni non interamente liberate.

I titolari delle azioni non interamente liberate che vengono annullate in seguito alla riduzione del capitale per perdite non sono liberati dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti.

²⁷ G.A.M. Trimarchi, "Le riduzioni del capitale sociale", pag.208; R. Nobili, M.S. Spolidoro, "La riduzione di capitale"; R. Nobili, "La riduzione del capitale", pag.318; C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pag. 98.

del capitale sociale nominale al minor valore del capitale reale, ossia all'effettiva consistenza del patrimonio sociale, ed il capitale sociale nominale è quello sottoscritto, non già quello versato;

4. quando il Legislatore ha voluto che, ai fini di una determinata operazione, il capitale sociale fosse interamente versato, lo ha espressamente richiesto (cfr. artt.2420-bis e 2438 cod.civ.)²⁸, mentre nessuna istanza in tal senso proviene dalla formulazione degli artt.2446 e 2447 cod.civ.;
5. in tema di Spa, la riduzione del capitale sociale quando i conferimenti non siano stati interamente eseguiti è espressamente prevista dall'art.2445 cod.civ., che disciplina la riduzione reale o volontaria del capitale. E a tale scopo non serve che il capitale sia liberato: tra le due modalità attuative di riduzione volontaria, espressamente previste dal legislatore, vi è la liberazione dei soci dall'obbligo di eseguire i versamenti ancora dovuti, che comporta una rinuncia della società al proprio credito pecuniario.

Nel complesso, dunque, la tecnica proposta in questa sede, ed esaminata nei paragrafi precedenti, al fine di consentire alla società di uscire dall'assemblea convocata ex art.2447 cod.civ. non in stato di scioglimento, appare legittima alla luce delle norme generali dettate dal legislatore in materia di aumento e riduzione del capitale sociale, così come interpretate dalla prevalente dottrina.

L'ammissibilità della compensazione fra il debito del socio derivante dalla sottoscrizione delle azioni di nuova emissione, in sede di ricostituzione del capitale sociale, ed un credito dallo stesso vantato nei confronti della società

L'ultima questione oggetto di attenzione concerne la possibilità, per il socio, di estinguere il debito derivante dalla sottoscrizione delle nuove azioni in sede di ricostituzione del capitale sociale eroso dalle perdite, ai sensi dell'art.2447 cod.civ., mediante l'istituto della compensazione, laddove egli vanti un credito nei confronti della società. Si vaglierà, inoltre, la legittimità di una deliberazione di aumento che contenga essa stessa una simile modalità di liberazione delle azioni di nuova emissione.

La compensazione può essere definita come l'elisione di due reciproche obbligazioni, fino al limite della loro concorrenza; essa rientra tra i modi di estin-

²⁸ Così, C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pag.99.

zione dell'obbligazione diversi dall'adempimento a carattere soddisfacente, in quanto ognuna delle parti realizza l'interesse ad essere liberata dal proprio debito. A fondamento della compensazione vi è il principio dell'economia degli adempimenti, volto ad evitare che le parti siano costrette l'una verso l'altra ad eseguire prestazioni per realizzare un risultato economico direttamente realizzabile mediante il venire meno delle reciproche pretese. La compensazione può essere legale, giudiziale o volontaria, a seconda che essa operi in forza di legge, di provvedimento del giudice o per volontà delle parti²⁹. La compensazione legale opera di diritto quando tra due persone intercorrono debiti reciproci, omogenei, certi, liquidi ed esigibili, con l'effetto di estinguere gli stessi dal giorno della loro coesistenza. Qualora non ricorrano le condizioni appena elencate, la legge prevede l'ammissibilità di una compensazione per volontà delle parti, mediante un contratto estintivo delle singole e reciproche obbligazioni (art.1252 cod.civ.).

Ai fini che qui interessano, è di tutta evidenza il vantaggio che tale istituto è in grado di offrire, mediante il suo utilizzo a liberazione della parte di capitale sottoscritta dai soci in sede di ricapitalizzazione: si eviterebbe, in tal modo, lo scambio superfluo di denaro che avverrebbe qualora la società pagasse i soci creditori e, contestualmente, reincassasse da costoro il denaro a titolo di versamento da conferimento.

Tuttavia, mentre con riguardo alla legittimità dell'utilizzo della compensazione in sede di costituzione della società, prevale in giurisprudenza l'opinione negativa, sia con riguardo al versamento dei venticinque centesimi, sia con riguardo al versamento dei centesimi residui³⁰, con riferimento all'ammissibilità della compensazione in sede di aumento oneroso del capitale, la questione è alquanto dibattuta.

Da un lato, infatti, si schiera la giurisprudenza risalente e parte della dottrina³¹, le quali non la ritengo-

no possibile, per violazione dell'art.1246 cod.civ. (in quanto la prestazione cui è tenuto il socio in seguito alla sottoscrizione di una quota di capitale rientrerebbe fra quelle per cui nel nostro ordinamento giuridico esiste un espresso divieto di compensazione) oppure dell'art.2423-ter, co.6 cod.civ. (che vieta i compensi di partite). Ancora, è stato ritenuto che la compensazione lederebbe il principio della necessaria corrispondenza tra capitale nominale e capitale reale, in quanto l'aumento non si accompagnerebbe ad un effettivo incremento del capitale reale mercé l'apporto del socio, bensì darebbe luogo ad un capitale fittizio, consistendo la compensazione in una mera operazione contabile, e che la stessa non determinerebbe un incremento della garanzia patrimoniale dei creditori, effetto che in genere contraddistingue il conferimento, ma soltanto l'eliminazione di una posta passiva del patrimonio netto.

Dal lato opposto, invece, la dottrina ad oggi dominante, nonché l'orientamento più recente della Suprema Corte³², ritengono che la compensazione volontaria o legale fra il debito del socio da confe-

e la sua effettiva entità ...". In dottrina, si veda C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pagg.358-360, ove ampi riferimenti.

²⁹ Cfr. Cass. n.936/96, ove si afferma "Il credito di un socio di una società di capitali (o di un terzo) nei confronti della società è compensabile con il debito relativo alla sottoscrizione di azioni emesse in sede di aumento del capitale sociale, non essendo ravvisabile un divieto implicito, desumibile da principi inderogabili del diritto societario che impedisca in tal caso l'operatività della compensazione ex art.1246 n.5 cod.civ.; (...) l'aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un debito del socio non è contrario all'interesse della società o di terzi, comportando in concreto, un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto dalla trasformazione del credito (certo, liquido ed esigibile) del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio". In senso conforme, Cass. n.4236/98, in Giust. civ., 1998, I, pag.2819, con nota di Vidiri: "In tema di società di capitali, nella ipotesi di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, l'oggetto del conferimento, da parte del socio, non deve, necessariamente, identificarsi in un bene suscettibile di espropriazione forzata, bensì in una res dotata di consistenza economica. Ne consegue la legittimità del conferimento attuato mediante compensazione tra il debito del socio verso la società ed un credito vantato dal medesimo nei confronti dell'ente, atteso che la società stessa, pur perdendo formalmente il suo credito al conferimento, acquista concretamente un "valore" economico, consistente nella liberazione da un corrispondente debito. Alla funzione essenzialmente "produttiva" del capitale sociale consegue, difatti, quella di garanzia meramente indiretta del pagamento dei debiti sociali, funzione, quest'ultima, assolta direttamente dal patrimonio sociale, cui non risultano trasferibili quei vincoli di indisponibilità e di invariabilità tipici, in via esclusiva, del capitale. Nessun pregiudizio per i creditori sociali è, pertanto, ravvisabile (diversamente che nella ipotesi di conferimenti iniziali, quantomeno per i tre decimi previsti dall'art.2329 cod.civ.) in un aumento di capitale sottoscritto mercé la contestuale estinzione per compensazione di un credito del socio sottoscrittore (scaturendo, invece, da tale operazione un aumento della generica garanzia patrimoniale, poiché dalla trasformazione del credito del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito medesimo), mentre, sul piano economico-patrimoniale, nessun vantaggio deriverebbe ai creditori stessi dall'imposizione, alla società, dell'obbligo di pagare il proprio debito nei confronti del socio sottoscrittore e di incassare, contestualmente, la stessa somma da lui dovuta".

²⁹ Cfr., per tutti, C.M. Bianca, "Diritto civile, 4, L'obbligazione", Milano, Giuffrè Editore, 2009, pagg.477 ss.

³⁰ Nel primo caso, infatti, la società ancora non esiste e, quindi, non possono aversi crediti verso la stessa, compensabili; nel secondo caso, si è affermato che l'esigenza di tutela dei creditori sociali impone che il capitale originario sia costituito da beni idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale, il che non avviene qualora si proceda all'estinzione di un debito della società. Così, *incidenter tantum*, Cass. n.936/96, in Notariato, 1996, pag.309, con nota di Cenni.

³¹ Cfr., *ex multis*, Cass. n.13095/92, in Foro it., 1993, I, pag.3100, secondo cui "Il credito particolare del socio di una società di capitali nei confronti di questa non è compensabile con il debito del socio stesso, verso la società, per sottoscrizione di azioni nuove, emesse in sede di aumento del capitale, non potendo trovare applicazione la disciplina della conversione di obbligazioni in azioni, bensì, anche in relazione alle modalità prescritte per i conferimenti dei soci, sussistendo un divieto a tale compensazione imposto dalla legge (art.1246 n.5 cod.civ.) a salvaguardia della corrispondenza fra il valore nominale del capitale sociale

rimento, in sede di aumento di capitale, ed un credito dallo stesso vantato nei confronti della società sia ammissibile, sia con riguardo al versamento dei venticinque centesimi, sia con riguardo al versamento dei centesimi residui, riducendosi, in tal modo, la prestazione dovuta al saldo fra dare e avere.

Le ragioni della tesi positiva possono riassumersi nel modo seguente:

1. la compensazione in parola non contrasterebbe con alcun divieto espresso stabilito dalla legge, né con i principi inderogabili in materia societaria e, quindi, non sarebbe preclusa dall'art.1246, n. 5) cod.civ.;
2. la compensazione non sarebbe impedita neppure dall'art.1246, n. 2) cod.civ., non applicabile al caso di specie né in via diretta, né in via analogica, poiché le ipotesi di crediti incompensabili previste da detta norma sono da considerarsi tassative, mentre la compensabilità rappresenta la regola;
3. a nulla varrebbe richiamare, a sostegno dell'inammissibilità della compensazione, la norma dell'art.2423-ter, co.6 cod.civ., che vieta i compensi di partite, la quale rappresenta "una regola ragionieristica di corretta contabilità in funzione dell'attuazione dell'essenziale principio di verità e trasparenza del bilancio"³³, ma non interferisce con la regola della compensazione del credito da conferimento con un debito della società verso il socio;
4. l'interesse della società sarebbe salvaguardato, in quanto alla stessa verrebbe comunque attribuita, in luogo della somma di denaro o del credito al conferimento, un'utilità economica, consistente nella liberazione da un proprio debito;
5. nessun pregiudizio potrebbe essere arrecato ai terzi, in particolare ai creditori sociali, poiché, pur non verificandosi un effettivo accrescimento del capitale sociale, verrebbe eliminata una posta passiva del bilancio e, conseguentemente, incrementato il patrimonio sociale, riducendosi anche la posizione debitoria della società³⁴;
6. i creditori sociali trarrebbero, anzi, giovamento dalla compensazione, in quanto il credito preesistente del socio verso la società si convertirebbe

³³ Così G.A.M. Trimarchi, "L'aumento del capitale sociale", Ipsoa, 2007, pag.291, nt. 170.

³⁴ Un danno ai creditori sociali potrebbe essere cagionato qualora il credito del socio dedotto in compensazione non esista realmente o abbia un valore economico inferiore rispetto a quello attribuitogli. In tal caso, verrebbero in soccorso i generali rimedi contro la frode, le azioni di responsabilità contro gli amministratori nonché, nell'ipotesi di fallimento, l'azione revocatoria. Così C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pag.363.

in partecipazione al capitale di rischio, contribuendo così ad aumentare la garanzia patrimoniale generica da quest'ultimo offerta;

7. in sede di fallimento, è la stessa legge fallimentare, con l'art.56³⁵, a consentire la compensazione, derogando alla regola della *par condicio* e applicando la disciplina civilistica.

Quanto alla questione della legittimità di una deliberazione d'aumento di capitale che preveda essa stessa la compensazione quale modalità alternativa, o anche esclusiva, di liberazione delle nuove azioni emesse, non sembrano sussistere ostacoli alla condivisione della tesi affermativa.

L'assemblea, infatti, come può deliberare un aumento, così può anche stabilirne le modalità di esecuzione, nell'ambito dell'autonomia alla stessa riconosciuta, autorizzando il socio creditore ad avvalersi della compensazione al fine della liberazione di tutta o parte della propria quota di aumento³⁶. La compensazione legale, peraltro, opera di diritto, pur dovendo essere fatta valere dall'interessato; pertanto, non sembra possa affermarsi, in tale ambito, un potere-dovere dell'organo amministrativo di valutare se la liberazione possa avvenire mediante compensazione. Diversamente, nell'ipotesi di compensazione volontaria, trattandosi di negozio bilaterale, non sembra possibile spostare sull'assemblea la competenza a decidere in merito a detta modalità di copertura dell'aumento, dovendo gli amministratori, dapprima, valutare l'esistenza e l'esatto ammontare del credito del socio, nonché le condizioni di liquidità della società che possano rendere conveniente l'operazione³⁷ e, successivamente, esprimere la volontà della società.

³⁵ R.D., n.267/42, art.56 – Compensazione in sede di fallimento. I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento. Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore.

Potrebbe altresì sostenersi, da parte di chi ritenga applicabile l'art.2467 cod.civ., dettato per le Srl, anche alle Spa, che la compensazione fra il debito del socio di una Spa derivante dalla sottoscrizione di nuove azioni in sede di aumento, ed il credito dallo stesso vantato nei confronti della società, configuri un'ipotesi assimilabile al rimborso del finanziamento del socio a favore della società e, quindi, se avvenuta nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, possa essere dichiarata inefficace per lesione dei diritti dei terzi creditori. È stato efficacemente osservato, tuttavia, che lo scopo perseguito dal Legislatore con la norma dell'art.2467 cod.civ., ossia evitare la distrazione di risorse patrimoniali a danno dei terzi, trovi realizzazione proprio attraverso l'istituto della compensazione, con cui somme erogate a titolo di prestito vengono stabilmente vincolate a capitale. Così, C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pag.374.

³⁶ Così G.A.M. Trimarchi, "L'aumento del capitale sociale" pag.295; C.A. Busi, "Riduzione del capitale nelle Spa e Srl", pagg.368-369.

³⁷ F. Di Sabato, "Sull'estinzione per compensazione del debito da conferimento", in Contr. e impr., 1995, pag.611.

È opportuno, inoltre, ricordare che sugli amministratori incombe la responsabilità per indebita restituzione dei conferimenti ai soci o liberazione degli stessi dall'obbligo di eseguirli³⁸.

Infine, va notato come sia un falso problema quello della necessità, o meno, della relazione di stima, prevista dall'art.2343 cod.civ. in sede di costituzione, richiamato dall'art.2440, co.1 cod.civ. in sede di aumento del capitale, per i conferimenti di beni in natura e di crediti.

Al riguardo, va precisato che la compensazione, come tecnica di attuazione dell'aumento, è ipotesi ben diversa dal conferimento di un credito, poiché essa non comporta l'ingresso, nel patrimonio sociale, di un credito vantato dal socio, di cui la società diverrebbe titolare, bensì l'estinzione del debito della società verso il socio. Il credito in capo al socio, se preesistente al sorgere del suo debito da conferimento, è presumibilmente già iscritto nel Passivo dello stato patrimoniale, come previsto dall'art.2424 cod.civ., che impone di indicare alla voce D) del Passivo i *Debiti, con separata indicazione, per ciascuna voce, degli importi esigibili oltre l'esercizio successivo*, e, quindi, è stato oggetto di valutazione ed è noto alla società; pertanto, esso rileverà solo per la sua entità numeraria. Quindi è certo che nell'ipotesi in esame non sia necessaria la relazione di stima³⁹.

Conclusioni

All'esito delle riflessioni sopra svolte, può concludersi riepilogando brevemente i provvedimenti che

³⁸ L'articolo 2626 cod.civ. prevede, per tale condotta, la pena della reclusione fino a un anno.

³⁹ G.A.M. Trimarchi, *"L'aumento del capitale sociale"*, pag.289, il quale cita P. Marchetti, *"Problemi in tema di aumento di capitale"*, in *Aumenti e riduzioni di capitale*, Milano, 1984, pagg.79 ss.; G.A.M. Trimarchi, *"Le riduzioni del capitale sociale"* pag.309. In senso contrario si esprime chi ritiene che la relazione giurata sia necessaria in ogni caso di conferimenti diversi dal denaro. Reputa necessaria la relazione di stima, qualora l'accordo compensativo riguardi crediti non dotati dei requisiti di omogeneità, liquidità ed esigibilità, C.A. Busi, *"Riduzione del capitale nelle Spa e Srl"*, pag.361.

Al più, potrà considerarsi necessaria la redazione della perizia qualora sia configurabile un'ipotesi di simulazione del contratto o si voglia evitare il rischio del contratto in frode alla legge; così, ad esempio, quando il credito del socio sia stato appositamente preconstituito in modo da eludere la disciplina inderogabile prevista in tema di conferimenti di beni in natura e di crediti o il divieto del conferimento d'opera nella Spa.

"Si pensi alla circostanza per cui invece che conferire il bene in natura Alfa secondo i criteri che la legge fissa per il suo conferimento, ed allo scopo di sottrarsi al controllo della valutazione peritale di cui supra, il socio X si accordi con l'amministratore della società a che si stipuli una vendita del bene detto a beneficio della società senza che detta società corrisponda il prezzo, e quindi che la società medesima aumenti il capitale sociale a pagamento ed in danaro. In relazione all'aumento de quo, il socio venditore sottoscriva l'aumento, versi il 25%, e poi, d'intesa con la società compensi il proprio credito (da prezzo della compravendita) con il proprio debito da sottoscrizione". L'esempio è tratto da G.A.M. Trimarchi, *"L'aumento del capitale sociale"*, pag.292.

una Spa in scioglimento, per la presenza di perdite di ammontare superiore all'importo del capitale sociale, può adottare al fine di rimuovere la causa di scioglimento stessa:

1. deliberazione dello scioglimento della società, con nomina dei liquidatori;
2. trasformazione della società;
3. deliberazione di aumento del capitale per un importo pari almeno al triplo delle perdite, così da ricondurle entro il terzo, e tale da consentire il mantenimento del capitale ad una cifra almeno pari al minimo legale (conformemente alla massima del Consiglio Notarile di Milano n.122);
4. azzeramento del capitale sociale e deliberazione di aumento inscindibile dello stesso, per un importo tale da consentire l'assorbimento delle perdite residue e da permettere, altresì, il suo mantenimento ad una cifra non inferiore al minimo legale.

Nelle ipotesi sub iii) e iv), ove si ritenga di aderire alla tesi per cui la sottoscrizione dell'aumento ex art.2447 cod.civ. rappresenti una condizione risolutiva dello scioglimento della società, e se vi sia l'intenzione di rimuovere immediatamente lo stato di scioglimento, alla deliberazione di aumento dovrà accompagnarsi la contestuale ed integrale sottoscrizione delle nuove azioni (nonché il versamento di almeno il 25% del valore nominale delle stesse).

In caso contrario, potrà farsi luogo alla sottoscrizione ed al versamento del 25% entro il termine fissato in delibera per l'esercizio del diritto di opzione, che si ritiene determinabile in un arco di tempo compreso fra trenta giorni e cinque anni, fermo restando, in tal caso, lo stato di scioglimento della società finché non sia effettuata la sottoscrizione dell'aumento ripristinatorio. In questo caso, non sembra possa considerarsi in alcun modo leso il diritto dei creditori sociali e dei terzi in genere alla corretta informazione sulla consistenza patrimoniale della società, essendo questo interesse tutelato dalle norme sul bilancio, che impongono di iscrivere nello stato patrimoniale le perdite non coperte, nonché dall'art.2250, co.2 cod.civ., che prevede che negli atti e nella corrispondenza della Spa sia indicato il capitale sociale secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio⁴⁰.

⁴⁰ Così R. Nobili, M.S. Spolidoro, *"La riduzione di capitale"*.

DIRITTO E SOCIETÀ

Infine, nell'ipotesi *sub iv*), dovrà deliberarsi la riduzione del capitale sociale sottoscritto (ed eventualmente non interamente versato), per un importo corrispondente alle perdite che residuino in seguito all'azzeramento dello stesso.

Si ritiene, inoltre, che il debito da conferimento, assunto dal socio in sede di ricostituzione del capitale, possa essere compensato, legalmente o volontariamente, a seconda dei presupposti sussistenti, in tutto o in parte, con un credito dallo stesso vantato nei confronti della società, ed altresì che la stessa delibera d'aumento possa contemplare la compensazione quale modalità di liberazione delle nuove azioni emesse in tale sede.

 **Euroconference**
Editoria

Riviste



CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Periodicità: bimestrale

L'abbonamento comprende: 6 numeri + accesso ad archivio e banca dati *on-line*

Crisi e risanamento è la rivista dedicata non solo ai professionisti specializzati nella materia fallimentare (curatori fallimentari, commissari liquidatori, consulenti) ma anche e soprattutto da chi deve conoscere gli strumenti oggi disponibili e sempre più efficaci per gestire anticipatamente la crisi e "salvare" l'azienda in difficoltà.

OFFERTE VALIDE FINO AL 30 APRILE

Crisi e risanamento

€ 119,00 + IVA (anziché € 180,00 + IVA)

Crisi e risanamento + Vision pro

€ 179,00 + IVA (anziché € 191,00 + IVA)

L'offerta non è cumulabile con altre promozioni e scontistiche Privilege Card