

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 14-2008/I

Società di capitali: aumento a pagamento del capitale in presenza di perdite inferiori al terzo

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 23 gennaio 2008

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Aumento del capitale in presenza di perdite superiori al terzo; 3. Aumento del capitale in presenza di perdite inferiori al terzo; 4. Conclusioni

1. Introduzione

Una recente sentenza della Corte di Cassazione ⁽¹⁾, sia pure a livello di *obiter dictum*, ha riportato in auge un problema che sembrava ormai da tempo risolto.

Si tratta di stabilire se l'istituto espressamente regolamentato dall'art. 2446 c.c. consenta ad una società di capitali di deliberare l'aumento a pagamento del proprio capitale in presenza di una perdita che non raggiunga il terzo ⁽²⁾.

Si deve premettere che, sul punto, la riforma del diritto societario non sembra avere apportato nuovi spunti di interpretazione rispetto al passato. Infatti:

- la lettera dell'art. 2433 terzo comma c.c. (art. 2478 *bis* comma quinto c.c. per le S.r.l.), che prevede la impossibilità di ripartire utili nel caso in cui si sia verificata una perdita, fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente, non è variata;
- il principio dell'art. 2438 c.c. (ripreso per le S.r.l. dall'art. 2481 secondo comma c.c.) , in base al quale non può eseguirsi un aumento di capitale fino a che le azioni precedentemente emesse non siano liberate, è rimasto fermo ⁽³⁾;
- il contenuto precettivo degli artt. 2446 e 2447 c.c. (replicati per la S.r.l. dai nuovi artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c.) - in base ai quali: a) nel primo esercizio di rilevamento della perdita in misura superiore al terzo, l'assemblea è chiamata ad adottare "opportuni provvedimenti"; b) nel secondo esercizio di permanenza della perdita sopra al terzo, l'assemblea "deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate"; c) tuttavia, nel caso in cui la perdita ab-

bia intaccato il capitale oltre il limite di legge, l'assemblea deve "deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo o la trasformazione della società", salvi ovviamente lo scioglimento e la nomina dei liquidatori - pure non è variato ⁽⁴⁾.

Si vuole inoltre ricordare in via preliminare che la dottrina ha diversamente individuato la *ratio* delle norme che disciplinano la riduzione del capitale per perdite ⁽⁵⁾. Le tesi sostenute possono così schematicamente essere riassunte:

- a) interesse dei soci a percepire il dividendo: gli artt. 2446 e 2447 c.c. tutelerebbero l'interesse dei soci a rimuovere il vincolo imposto sugli utili dalla presenza di perdite, consentendone la distribuzione ai soci ⁽⁶⁾;
- b) interesse dei creditori a conoscere la reale situazione patrimoniale della società, specie per i creditori futuri ⁽⁷⁾;
- c) interesse delle varie categorie di soci, interesse della società ad aumentare più agevolmente il capitale sociale rivolgendosi al mercato per collocare le partecipazioni di nuova emissione, interesse dei potenziali acquirenti delle nuove partecipazioni ⁽⁸⁾;
- d) rispetto del principio di effettiva corrispondenza tra il capitale nominale e quello reale, relativamente al quale la possibile distribuzione degli utili o la postergazione della partecipazione alle perdite degli azionisti di risparmio o la tutela dei creditori o dei possibili acquirenti di partecipazioni, si configurano come mero effetto, conseguenza del rispetto di quel principio di effettività ⁽⁹⁾.

2. Aumento del capitale in presenza di perdite superiori al terzo

Secondo l'orientamento prevalente, soprattutto in giurisprudenza, ⁽¹⁰⁾ sarebbe illegittima la delibera di aumento del capitale sociale, quando esso risulta diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, se non sia preceduta da delibera di copertura delle perdite. L'operazione di aumento adottata per mantenere nei limiti di guardia le perdite di esercizio, in tal caso si risolverebbe infatti nell'occultamento delle perdite già accertate.

Occorre però distinguere la fattispecie del primo comma dell'art. 2446 c.c. (primo esercizio di rilevamento della perdita) da quella del secondo comma del medesimo articolo (permanenza della perdita nell'esercizio successivo).

Nel caso del primo comma infatti, parte della dottrina reputa che l'aumento del capitale al fine di annacquare la perdita e riportarla sotto il limite del terzo, costituisca uno degli "opportuni provvedimenti" che l'assemblea è facoltizzata ad adottare ⁽¹¹⁾. Il problema è comunque qui solo accennato e sarà oggetto di un successivo studio.

3. Aumento del capitale in presenza di perdite inferiori al terzo

Tale orientamento è stato poi portato alle estreme conseguenze da una sparuta parte della giurisprudenza ⁽¹²⁾, seguita almeno da un autore ⁽¹³⁾, secondo la quale l'aumento di capitale sarebbe illegittimo anche se deliberato in presenza di perdite inferiori al limite del terzo del capitale, in quanto varrebbe a rendere inoperanti gli articoli 2446 e 2447 c.c.. Secondo questa teoria l'operazione in questione determinerebbe l'utilizzazione dei nuovi mezzi finanziari non già per consolidare le capacità patrimoniali della società ma bensì per ridurre il deficit con mezzi diversi da quelli tassativamente indicati negli artt. 2446 e 2447 c.c., al fine di nascondere ai terzi le reali condizioni economiche della società.

4. Conclusioni

Questa ultima teoria restrittiva non può essere seguita. Un'attenta lettura delle norme ed in particolare dell'art. 2446 c.c. dimostra che il legislatore ha indicato una soglia di sicurezza oltre la quale le perdite incidono sotto vari aspetti sulla vita della società ⁽¹⁴⁾: nessun ostacolo ad ammettere l'aumento del capitale quando la perdita è sotto la soglia del terzo del capitale. Anzi secondo alcuni la delibera di aumento del capitale sarebbe addirittura opportuna in quanto varrebbe a: ridurre l'entità della perdita; dotare la società di nuovi mezzi finanziari per una successiva e rapida ripresa; rafforzare la garanzia degli attuali creditori ⁽¹⁵⁾. D'altro canto si deve inoltre considerare che:

- la reale situazione patrimoniale è comunque manifestata dal bilancio annuale, reso pubblico a norma di legge e dal rispetto dell'art. 2250 comma 2 c.c.;
- un principio generale che vieti alla società in perdita di aumentare il proprio capitale non esiste e non può farsi discendere dal divieto di distribuzione degli utili in presenza di perdite né dal divieto di emissione di nuove azioni fin quando le vecchie non siano state interamente liberate. ⁽¹⁶⁾

Nicola Atlante

1) Cass. del 13 gennaio 2006, n. 543, ove si legge: "Emerge chiaramente dal quadro normativo... che, delle tre ipotesi di riduzione del capitale sociale per perdite, quella per perdite inferiori al terzo e le altre due per perdite superiori al terzo, la prima, che ricorre nel caso in esame, non è stata specificamente regolamentata. Tale constatazione non legittima tuttavia l'affermazione di esistenza di un vuoto normativo cui consegue un'articolazione dell'operazione rimessa alla mera discrezionalità dei singoli enti, i

quali rimarrebbero liberi di disciplinarla secondo criteri e scansioni che finirebbero per essere del tutto difformi da caso a caso, a seconda delle singole specifiche previsioni statutarie. Osta a ciò il rilievo che la fattispecie realizza un'operazione che per sua stessa natura è destinata ad incidere sull'assetto sociale, e quindi ad interferire nella sfera soggettiva dei soci, e segnatamente sul loro interesse alla distribuzione degli utili, i quali perciò devono essere destinatari d'informazione interna, e spiega altresì influenza anche sugli interessi dei terzi, segnatamente dei creditori sociali, le cui ragioni sono garantite proprio dal capitale sociale. Di qui l'esigenza, di evidente pregnanza, che essa si attui alla stregua di un modello astrattamente predefinito, che offra adeguata garanzia di protezione sia per l'una che per l'altra categoria di soggetti interessati, che, nel silenzio del legislatore, deve necessariamente mutarsi dall'istituto, espressamente regolamentato dall'art. 2446 c.c."

- 2) Sul modo di calcolare le perdite, segnalando che la materia non è variata a seguito della riforma del diritto societario, si rimanda a Guerrera, *Commento agli artt. 2446 e 2447 c.c.*, in *Commentario* a cura di Niccolini e D'Alcontres, vol. 2, Napoli 2004, p. 1201; Nobili, *La riduzione del capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 3, Torino 2007, p. 318.
- 3) Sull'art. 2438 c.c. post riforma si rimanda a Benassi, *Commento all'art. 2438 c.c.*, in *Il Nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004 n. 310*, a cura di Maffei Alberti, Padova 2005, pp. 1641 ss.; Guerrera, *Commento agli artt. 2438 e 2439*, op. loc. cit., p. 1150 ss.; Busi, *Le novità in materia di aumento e di riduzione del capitale previste dalla Riforma*, in AA.VV. *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano 2004. P. 404.
- 4) Bonaccorsi di Patti, *Commento agli artt. 2446 e 2447 c.c.* in *La Riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, vol. 2/II p. 941 e p. 946.
- 5) Per uno sguardo di insieme si rimanda a Nobili e Spolidoro, *Riduzione del capitale*, in *Trattato delle Spa* diretto da Colombo e Portale, Torino 1993, pp. 281 ss. ed a N. Atlante e S. Mariconda, *La riduzione del capitale per perdite*, Studio CNN n. 3658, approvato l'11 dicembre 2001.
- 6) Fenghi, *La riduzione del capitale*, Milano 1974, p. 64.
- 7) Olivieri, *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Padova 1989, p. 127; Niccolini, *Il capitale sociale minimo*, Milano 1981, p. 40.
- 8) Angelici, voce "*Società per azioni e in accomandita per azioni*" in *Enc. Dir.* Vol. 42, p. 1018 s.s.
- 9) Spada, *Reintegrazione del capitale sociale senza operare sul nominale*, in *Giur. Comm.* 1978, I, p. 36; Belviso, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, vol. 17, Milano 1985, p. 131.
- 10) In dottrina Di Sabato, *Manuale delle Società*, Torino 2003, p. 401; Salafia, in nota a Trib. Verona 22 novembre 1988, in *Società* 1989, p. 289; in giurisprudenza Trib. Ascoli Piceno, in *Dir. Fall.* 1981, p. 762, Trib. Udine 1 febbraio 1993, in *Riv. Not.* 1993, p. 947, Trib. Trieste 13 maggio 1993 in *Riv. Not.* 1993 p. 1297.
- 11) Fenghi, *op. cit.*, p. 74; Nobili e Spolidoro, *op. cit.* p. 323 e già Nobili, *Problemi in tema di riduzione del capitale*, in AA.VV. *Aumenti e riduzioni del capitale*, Milano 1984, p. 130. Così, sembrerebbe, anche Guerrera in *Commento agli artt. 2446 e 2447 cit.*, p. 1206.
- 12) Trib. Verona 22 novembre 1988 in *Riv. Not.* 1990 p. 1106.
- 13) Platania, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2006, p. 449.
- 14) Sulla funzione del capitale e sui rimedi previsti dalla legge per la tutela della sua integrità si rimanda a Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, in *CNN Studi e materiali*, 2007, vol. I, pp. 180 ss.
- 15) Fenghi, *op. cit.* p. 62 ss.; M. Atlante, *La tutela del socio e la riduzione del capitale nella S.p.a.*, in *Riv. Not.* 1974, p. 1239.
- 16) Nel senso del testo vedi oltre agli autori già citati in nota 11, anche Barabino, *Riduzione del capitale per perdite e deliberazioni d'aumento*, in *Giur. Comm.* 1974, II, p. 673

ss.; Grippo, *Modificazioni dell'atto costitutivo, recesso e variazioni del capitale sociale*, in *Giur. Comm.* 1975, I, p. 122; Patriarca, in nota a Trib. Vicenza 28 marzo 1985, in *La nuova giur. Civ. comm.* 1985, I, p. 668; Battaglia, in *Le Società* 1983, p. 740.

(Riproduzione riservata)