

Studio di Impresa n. 221-2010/I

Riduzione del capitale per perdite e trasformazione di società in liquidazione

Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 16 marzo 2011

1. Le presenti riflessioni hanno preso spunto dal decreto - che si pubblica in calce al presente studio - del 17 ottobre 2007 con il quale il Tribunale di Milano ha ritenuto legittima la *trasformazione* in società a responsabilità limitata di una società per azioni *in stato di liquidazione*, che presentava perdite *superiori* al capitale sociale, e la contestuale *riduzione* del capitale medesimo ad una somma pari al minimo legale previsto per questo secondo tipo di società: al fine dichiarato di rendere possibile l'eliminazione del collegio sindacale (e dunque, verosimilmente, in vista di quella riduzione degli "oneri" che la stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, individua come uno dei possibili scopi proprio della "trasformazione di s.p.a. in s.r.l.", ancorché con espresso riguardo a quella attuata "in pendenza di procedura concorsuale"), ma con l'esito inevitabile, da un lato, di addivenire ad una copertura solo *parziale* delle *perdite* pregresse e, dall'altro, di indicare, nell'atto di trasformazione, un capitale *nominale maggiore* del valore, in tal caso addirittura *negativo*, del patrimonio netto contabile, e per ciò solo del capitale *reale* (ormai azzerato).

La decisione in esame, e prima ancora la vicenda dalla quale essa ha preso le mosse, solleva in vero tutta una serie di interessanti questioni in materia di società in liquidazione, che tuttavia, nella fattispecie concreta, risultano tra loro a tal punto collegate e sovrapposte da rendere particolarmente delicata la pur necessaria individuazione degli esatti termini di ciascuna di esse: il che può farsi tenendo tra loro distinti i problemi che riguardano il tema delle *perdite di capitale* e della sua *riduzione*, da un lato, e quelli invece attinenti al versante della *trasformazione*, dall'altro.

2. Sotto il primo profilo, il decreto affronta in particolare il problema se anche le società di capitali in liquidazione siano tenute a procedere alla riduzione del capitale, ed in particolare a farlo in misura tale da eliminare integralmente le perdite pregresse, negli stessi termini, e limiti, previsti

dalla disciplina generale (Trib. Roma, 18 gennaio 1985, in *Vita not.*, 1985, da p. 1306; Trib. Verona, 4 luglio 1986, in *Società*, 1986, da p. 1245; App. Bologna, 21 ottobre 1988, *ivi*, 1989, da p. 182; Trib. Lecce, 17 luglio 1991, *ivi*, 1991, p. 1560; Trib. Udine, 11 novembre 1991, *ivi*, 1992, p. 690; Trib. Napoli, 17 giugno 1992, *ivi*, 1992, da p. 1385; Trib. Cassino, 9 giugno 1993, *ivi*, 1993, da p. 1374, Trib. Napoli, 20 gennaio 1995, *ivi*, 1995, p. 1443): un problema, questo, che il tribunale, come detto, risolve in senso negativo, sostenendo che “nella fase della liquidazione, il capitale non” potrebbe “essere soggetto alla disciplina di legge vigente nel caso di attività ordinaria delle società lucrative, poiché la discesa del patrimonio sociale al di sotto del limite del capitale determina proprio la cessazione dell’attività ordinaria e la necessità della liquidazione”, che, nel caso in esame, risulta in vero “già in atto”.

L’inapplicabilità di tale disciplina alle società (di capitali) in liquidazione renderebbe a sua volta inoperante, nei loro confronti, l’obbligo di ridurre il capitale e, tanto più, quello di ridurlo “in proporzione delle perdite accertate”: ciò nel senso che, una volta escluso che siffatte società siano tenute a ridurre il capitale per perdite, una volta cioè affermata la legittimità della scelta di non procedere ad alcuna sua riduzione, parimenti legittima dovrebbe considerarsi, e per certi versi a maggior ragione, quella di ridurlo (ma) in misura *minore* all’ammontare delle perdite.

2.1. Se la soluzione proposta appare sostanzialmente corretta, qualche perplessità potrebbe destare la motivazione volta a sorreggerla: premesso che, nonostante la generica espressione utilizzata dal decreto in questione, a venire direttamente in considerazione, nella concreta vicenda in esame, è l’applicabilità alle società in liquidazione non già dell’intera disciplina del capitale sociale, ma unicamente di quella relativa alla riduzione per perdite, il ragionamento svolto dal tribunale, se, da un lato, si presta ad essere riferito, in via generale, a *tutte* le società che già versino in stato di liquidazione, indipendentemente dalla specifica causa che ha dato luogo allo scioglimento (e non solo dunque all’ipotesi in cui esso sia stato provocato dall’emersione di perdite superiori al terzo e tali da ridurre il capitale c.d. reale al di sotto del minimo legale, ai sensi allora dell’art. 2484, 1° comma, n. 4, cod. civ.), consente, dall’altro, di escludere l’applicabilità (bensì a tutte le società in questione, ma) *unicamente* delle disposizioni in cui la necessità di ridurre il capitale risulti prevista “a pena di scioglimento”, come è appunto a dirsi di quelle dettate dagli artt. 2447 e 2482-*ter* cod. civ. (le quali, peraltro, non prescrivono un vero e proprio *obbligo* di ridurre il capitale, ma considerano la sua riduzione, beninteso accompagnata dal contestuale aumento fino a raggiungere almeno il minimo di legge, come un *onere*, peraltro alternativo alla trasformazione, al fine di evitare il perfezionarsi della corrispondente causa di scioglimento).

Il medesimo ragionamento non appare invece di per sé in grado, se non opportunamente integrato e precisato, di dimostrare che le società in questione risultino sottratte *anche* ad una disciplina, come quella prevista dagli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ., la quale, pur richiedendo che, qualora “entro l’esercizio successivo la perdita non risulti diminuita a meno di un terzo” del capitale, di procedere alla sua riduzione “in proporzione delle perdite accertate”, mostra tuttavia di ricollegare all’eventuale inottemperanza a tale obbligo una conseguenza del tutto *diversa* dallo scioglimento della società: vale a dire il sorgere in capo agli organi sociali del potere di richiedere al tribunale di procedere alla riduzione del capitale in via giudiziale.

2.2. Il decreto lascia dunque aperto il problema dell’applicabilità alle società in liquidazione (anche) dell’obbligo di ridurre il capitale ai sensi degli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ.: un problema, questo, al quale pure, come si anticipava, deve darsi risposta negativa (in questo senso, v. V. BUONOCORE, *Sulla trasformazione delle società lucrative durante lo stato di liquidazione*, in *Riv. Soc.*, 1962, da p. 1002, e in *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965, da p. 119, p. 124, nota 18; R. NOBILI – M.S. SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Vol. 6, Tomo I, Torino, 1993, p. 324), all’esito di un ragionamento anch’esso fondato, come quello svolto dal tribunale, su considerazioni di carattere funzionale, e che finisce per coinvolgere la stessa funzione del capitale sociale nelle società in liquidazione.

Premesso che la circostanza che la società già versi in stato di liquidazione finisce effettivamente per assorbire la funzione di *tutte* le altre cause di scioglimento, e dunque anche delle regole, come quelle di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter* cod. civ., volte a prevedere adempimenti in grado di scongiurarne il perfezionamento, si tratta in particolare di verificare se l’inapplicabilità delle norme da ultimo citate alle società in liquidazione non implichi, e per ragioni parimenti funzionali, *anche* quella degli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ.

In questa prospettiva, a venire in considerazione è appunto il rapporto sistematico che collega tra loro le due forme di riduzione del capitale per perdite: un rapporto che, in vero, si presta ad essere ricostruito in termini tra loro non solo diversi, ma addirittura opposti.

2.2.1. In un primo ordine di idee, per vero assai diffuso, potrebbe, infatti, assegnarsi una posizione di centralità sistematica alla forma regolata dagli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ., ricavando da tali norme il principio in base al quale l’emersione di perdite superiori al terzo del capitale farebbe in ogni caso sorgere l’obbligo di ridurlo: un obbligo che, ove esse giungano addirittura a ridurre il capitale reale al di sotto del limite di legge, e dunque in presenza di una fattispecie “più grave”, finirebbe anch’esso per “aggravarsi”, tanto da un punto di vista

cronologico, venendo meno la possibilità di rinviare la riduzione al termine dell'esercizio successivo, quanto sul piano delle "sanzioni" previste per il suo inadempimento, dal momento che ad esso potrebbe conseguire addirittura lo scioglimento della società.

A sua volta, l'obbligo di ridurre il capitale a fronte dell'emersione di perdite superiori al terzo rappresenterebbe l'espressione della rilevanza accordata dall'ordinamento all'esigenza di assicurare la *corrispondenza* tra capitale nominale e capitale reale, vale a dire, in buona sostanza, l'attuale copertura (di almeno due terzi) del primo: un'esigenza, questa, di tipo essenzialmente *informativo*, e che proprio l'obbligatorietà della riduzione del capitale induce a ricollegare (anche) ad interessi di soggetti *diversi dai soci* (almeno diversi da quelli, di maggioranza, tenuti a realizzarlo, e segnatamente, a seconda delle impostazioni, all'interesse dei creditori sociali, dei potenziali finanziatori, e più in generale del mercato primario in cui opera la società, o, infine, dei potenziali acquirenti delle sue azioni, e dunque del relativo mercato secondario).

Muovendo da tali premesse, si finisce allora per riconoscere allo stesso capitale *nominale*, seppure limitatamente alle società di capitali (le uniche nelle quali la riduzione di capitale per perdite risulta appunto obbligatoria), una *funzione* parimenti *informativa* in ordine appunto alla effettiva consistenza, ed esistenza, del patrimonio (netto), che in vero si presta ad essere riferita, in egual modo, alla società in fase attiva ed a quella che versa in stato di liquidazione: e dunque per ritenere applicabile anche a quest'ultima l'intera disciplina della riduzione obbligatoria, in quanto appunto volta ad assicurarne la realizzazione (e v., in questo senso, M.E. GALLESIO-PIUMA, *I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione*, Milano, 1986, pp. 173 ss., spec. p. 175).

Si consideri, tuttavia, che, proprio a tale scopo, già il secondo comma dell'art. 2250 cod. civ. richiede, ed anche in tal caso alle *sole* società di capitali, di indicare "negli atti e nella corrispondenza" l'importo del capitale "secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio", mostrando, in tal modo, di assegnare effettivamente una funzione informativa al capitale, non già, tuttavia, al *capitale* nominale, bensì a quello *reale*, e segnatamente alla sua *indicazione* in quegli specifici strumenti (atti e corrispondenza appunto) con i quali la società si presenta sul mercato: il che vale allora ad escludere la possibilità di riconoscere la medesima funzione anche al capitale nominale, e comunque di ricollegare ad essa la regola che prescrive la riduzione del capitale nominale perduto per oltre un terzo.

2.2.2. Più convincente il secondo ordine di idee, quello cioè tendente a ricostruire la complessiva disciplina della riduzione per perdite intorno alle disposizioni di cui agli artt. 2447 e 2482-ter cod. civ., le quali in vero finiscono per porre i soci, in presenza di perdite che, oltre ad aver intaccato il capitale per più di un terzo, lo hanno ridotto al di sotto del limite legale, di fronte

all'alternativa non già tra ricapitalizzazione e liquidazione, dal momento che i soci ben potrebbero evitare l'una e l'altra decidendo di trasformare la società, bensì tra *ricapitalizzazione* e *abbandono* della forma di organizzazione attualmente adottata, risultando in vero a tal fine del tutto indifferente che si addivenga addirittura alla liquidazione della società, e dunque all'interruzione dell'iniziativa, o soltanto alla modificazione del tipo societario in cui essa prende forma (e v., in questo senso, G. FERRI jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. Not.*, 2008, I, da p. 741, pp. 776 ss.): e dunque per subordinare la possibilità di continuare ad adottare il tipo attualmente in uso alla permanenza di un capitale *reale* almeno pari al (o, meglio, ai due terzi del) limite minimo di capitale *nominale*, richiesto dagli artt. 2327 e 2463, 2° comma, n. 4, cod. civ. (e v., sul punto, A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale nominale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, da p. 1, p. 13, e, più in generale, R. TETI, *Il capitale nominale e l'ordinamento delle società azionarie*, Napoli, 1986, p. 201, e G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, Padova, 1980, p. 34).

Inquadrati in questa prospettiva, che in vero sembra trovare significativa conferma nella circostanza che la riduzione del capitale risulta *obbligatoria* solo nelle società, come appunto quelle di capitali, per le quali la legge prevede un *capitale minimo*, gli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ., ricollegando a situazioni "meno gravi" da quella che impone l'abbandono del tipo sociale (come appunto l'emersione di perdite che, pur superiori al terzo del capitale nominale, non intaccano il minimo di legge), una conseguenza, coerentemente anch'essa meno grave dello scioglimento, quale appunto il solo obbligo di ridurre il capitale, appaiono allora diretti a svolgere una funzione genericamente definibile come *anticipatoria* o *preventiva* rispetto a quella, invece centrale, svolta dalle regole di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter* cod. civ.

In mancanza di disposizioni come quelle dettate dagli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ., l'emersione di perdite anche ingenti non avrebbe infatti richiesto alcun provvedimento, fino a quando fosse assicurata la copertura del capitale nominale in misura pari al minimo di legge: mentre, una volta che il capitale reale si fosse ridotto al di sotto di tale soglia, i soci si sarebbero trovati all'improvviso nella necessità, per poter proseguire l'iniziativa nella medesima forma, di procedere all'immediata ricapitalizzazione della società, e prima ancora di reperire le risorse da impiegare a tal fine. Nell'intento di evitare l'immediato perfezionarsi di una situazione siffatta, e, più in generale, allo scopo di favorire la conservazione della forma attualmente adottata, la legge, attraverso appunto le disposizioni di cui agli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ., ha previsto un complesso meccanismo di allarme, diretto ad avvertire i soci, ed essi *soltanto*, dell'approssimarsi del rischio di dover abbandonare il tipo originario, configurandone al contempo l'operatività in termini *progressivi*; ed è appunto, ed unicamente, al fine di assicurare il funzionamento

progressivo di tale meccanismo che la legge richiede di procedere alla riduzione del capitale nominale, e cioè del parametro al quale si commisura l'entità della perdita a questo riguardo rilevante: in modo appunto da garantire che, riducendosi tale parametro, finirà per diminuire anche l'ammontare assoluto che la perdita deve raggiungere al fine di rendere obbligatoria una ulteriore riduzione del capitale (e v. G. FERRI *jr, op. cit.*, pp. 778 ss.).

2.3. Sulla base di queste premesse, è chiaro che, una volta che una (qualunque) causa di scioglimento si sia già perfezionata, e che dunque il rischio di dover abbandonare il tipo originario si sia, per così dire, già avverato, viene meno la stessa funzione non soltanto delle regole dettate dagli artt. 2447 e 2482-*ter* cod. civ., ma anche, e per certi versi a maggiore, del meccanismo di allarme che prende forma nelle disposizioni di cui agli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ.: anche queste ultime dovranno pertanto ritenersi, al pari delle prime, inapplicabili alla società che già versi in stato di liquidazione, come appunto il decreto in esame mostra di ritenere.

Se, già in via di principio, le società di capitali in liquidazione non sono tenute a ridurre il capitale per perdite, non sembra del resto potersi negare l'ammissibilità di una sua riduzione in misura *inferiore* alle perdite, tale cioè da comportare una copertura *solo parziale* delle stesse: già da un punto di vista meramente logico, infatti, una volta che si ritenga che il capitale reale di siffatte società possa mantenersi stabilmente inferiore a quello nominale, non si vedono ragioni per escludere poi l'ammissibilità di una operazione, come quella in esame, che finisce per ridurre la differenza tra il (minor) importo del capitale reale, che resta invariato, e quello (maggiore, per quanto) ridotto di quello nominale; siffatta conclusione trova del resto conferma anche in una prospettiva propriamente giuridica, come appare evidente non appena si consideri che sono gli stessi artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ., nell'imporre la riduzione del capitale per perdite, a richiedere di farlo "in proporzione delle perdite accertate", e cioè in modo da coprirle integralmente: con l'esito che la loro inapplicabilità rende inoperante, al contempo, tanto l'obbligo di riduzione quanto, e per ciò solo, l'esigenza di una copertura integrale delle perdite.

2.4. In realtà, la riduzione del capitale per perdite da parte di una società in liquidazione rappresenta un'operazione non tanto inammissibile, quanto piuttosto, almeno in via di principio, priva di una reale utilità, dal momento che, non potendosi addivenire a distribuzione di utili (ma solo di acconti), essa non può più svolgere la funzione, sua propria, di favorire l'emersione di plusvalenze future, da ripartire in forma di utili: ciò non toglie, del resto, la possibilità di continuare a riconoscere a tale vicenda un qualche significato operativo, ma limitatamente alle ipotesi, in vero marginali, in cui ad assumere rilevanza sia appunto l'ammontare (assoluto) del capitale nominale

in quanto tale, come è a dirsi, oltre che nel caso in concreto deciso dal tribunale (ove si trattava di rendere inapplicabile una disciplina, come quella di cui all'art. 2477, 2° comma, cod. civ., la cui operatività si ricollega, tra l'altro, appunto all'entità del capitale nominale), essenzialmente nell'eventualità in cui, in forza di una apposita clausola statutaria, il valore (netto) del patrimonio risultante dalla liquidazione (un valore, questo, che, e proprio in quanto effettivo, ben potrebbe risultare positivo anche in presenza di perdite pari, se non anche superiori, al capitale, per la ragione, decisiva, che quello della perdita, anche integrale, del capitale, rappresenta un fenomeno pur sempre, e soltanto, contabile) sia destinato ai soci, per la parte eccedente il capitale (nominale), in termini non proporzionali rispetto alla partecipazione a quest'ultimo (il che, nel caso di società per azioni, presuppone la creazione di categorie di azioni, all'approvazione dell'assemblea speciale dei titolari delle quali risulterà pertanto necessario sottoporre, in queste ipotesi, la deliberazione di riduzione del capitale).

2.5. Tutto ciò, beninteso, è a dirsi *unicamente* a proposito delle *società di capitali* che versano, e finché versino, *in stato di liquidazione*, ferma restando allora la necessità, al fine di deliberarne la revoca ai sensi dell'art. 2487-ter cod. civ., di rimuovere la (o, meglio, ogni) causa di scioglimento: ciò nel senso che, nel caso in cui il capitale reale della società in liquidazione risulti inferiore (di oltre un terzo) al minimo di legge, se non anche azzerato, come pure nell'ipotesi in cui il valore del patrimonio netto si presenti come negativo, si renderà a tal fine comunque necessario procedere alla ricapitalizzazione della società (qualunque sia la causa che in concreto ha dato luogo al suo scioglimento) ed alla copertura integrale delle perdite, anche per la parte che eccede il capitale (nel qual caso, ove non si intenda procedere ad appositi versamenti a fondo perduto, si tratterà di ridurre il capitale a zero, che in vero rappresenta il limite al di sotto del quale il esso non si presta, nemmeno logicamente, ad essere ridotto, aumentandolo contestualmente con sopraprezzo).

3. Resta salva l'eventualità di una *trasformazione* della società in altra forma per la quale la legge non richieda alcun limite minimo di capitale, vale a dire, per restare in ambito societario, in società di persone, ovvero in un'altra società di capitali, per la quale tuttavia risulti prescritto un limite minimo di capitale inferiore a quello previsto per il tipo originario, come nella fattispecie concretamente decisa dal tribunale: un'eventualità, quest'ultima, che in vero solleva, tra gli altri, l'interrogativo, generale, della ammissibilità della trasformazione di società in liquidazione, l'unico affrontato nel decreto in esame, che si tratta di risolvere alla luce non soltanto della disciplina dei limiti della trasformazione di cui all'art. 2499 cod. civ. (l'unica richiamata nel decreto in esame),

ma anche della regola, dettata dall'art. 2488 cod. civ., che circoscrive le competenze degli organi sociali di società in liquidazione entro i confini della "compatibilità" con il relativo stato, e l'altro, relativo alla sola trasformazione in società di capitali e dei principi che governano la formazione del capitale, che, per quanto decisivo, ed anzi addirittura assorbente rispetto alle altre questioni esaminate, il decreto tralascia tuttavia di approfondire.

3.1. La verifica della compatibilità di una deliberazione di trasformazione di società con lo stato di liquidazione nel quale la società versi non può farsi se non alla luce di una distinzione degli effetti della delibera stessa sullo stato di liquidazione.

Ove la deliberazione di trasformazione sia destinata a comportare il ritorno della società nella fase attiva, essa dovrà essere naturalmente soggetta al rispetto della disciplina in tema di revoca dello stato di liquidazione, e dunque, in primo luogo, alla rimozione della causa di scioglimento che si era verificata.

Secondo talune ricostruzioni, la deliberazione di trasformazione di una società che versi in stato di liquidazione è considerata solo e soltanto in questa ottica, giungendo quindi a ritenere che, anche ove la rimozione della causa di scioglimento non sia espressamente enunciata, essa debba ritenersi implicitamente adottata (V. BUONOCORE, *Sulla trasformazione delle società lucrative durante lo stato di liquidazione*, in *Riv. Soc.*, 1962, 1002 ss e in *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965, 119 ss.; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Vol. VIII, Padova, 1985, 249 ss.). A prescindere dall'atteggiamento adottato nei riguardi della questione delle deliberazioni implicite (sul punto, da ultimo, F. PETRERA, *Revoca implicita della liquidazione*, in *Studi e materiali*, 2010, 57 ss.), in questa sede deve osservarsi come tali ricostruzioni prendano le mosse da una pretesa incompatibilità della trasformazione stessa con lo stato di liquidazione (P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 436; Trib. Udine, 21 luglio 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, da p. 198, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Trasformazione della società durante la sua liquidazione*; App. Venezia, 24 gennaio 1988, in *Società*, 1999, pp. 189 ss.; Trib. Genova, 7 maggio 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, da p. 1011; Trib. Roma, 3 novembre 1986, in *Riv. not.*, 1988, da p. 783; Trib. Catania, 20 luglio 1995, in *Società*, 1996, da p. 76; Trib. Bologna, 7 dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1997, II, da p. 226, con nota di E. SANTI RUFINI, *Deliberazioni assembleari di riduzione del capitale per perdite e di trasformazione in corso di liquidazione*), in virtù della quale la legittimità di una trasformazione adottata durante la fase di liquidazione deve necessariamente implicare la volontà – esplicita o implicita che sia - di revocare lo scioglimento e di ripristinare l'esercizio attivo.

Diversa è l'ipotesi oggetto del decreto in commento, nella quale è sicuramente da escludere una qualsiasi volontà di uscita dallo stato di liquidazione, in considerazione dell'espresso riferimento al mancato ripianamento delle perdite ed al difetto di copertura del capitale nella misura minima.

L'operazione di trasformazione si colloca, quindi, in pendenza dello stato di liquidazione ed in previsione di un mantenimento di tale condizione, e deve essere pertanto valutata alla luce dell'ampiezza dei poteri riconosciuti dall'ordinamento agli organi sociali durante tale fase (M. E. GALLESIO-PIUMA, *op. cit.*, *passim*; G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Vol. 7, Tomo III, Torino, 1997, pp. 446 ss.).

3.2. Le perplessità manifestate con riguardo alla legittimità di trasformazioni collocate in un contesto di liquidazione nascono proprio dalla circostanza che il nuovo tipo sia adottato non in funzione dell'adozione del modello organizzativo più consono all'attività di impresa che si svolge o si intende sviluppare, bensì, e solo, al dichiarato scopo di attuare un semplice risparmio dei costi, senza invertire il processo dissolutivo nel quale la società versa.

L'intento pratico che si intende raggiungere è quello di far venir meno i presupposti per la nomina del collegio sindacale, attraverso l'adozione del tipo società a responsabilità limitata e la riduzione del capitale nominale al di sotto dei parametri di cui all'art. 2477 cod. civ.: un'operazione, questa, solitamente indicata in termini di "trasformazione liquidativa", considerata peraltro legittima sia in dottrina (G. AMADIO, *La trasformazione a fini liquidativi*, in *Riv. Not.*, 1987, 263; O.CAGNASSO, *La trasformazione*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1990, p. 95; G. NICCOLINI, *op. cit.*, pp. 461 ss.; con riguardo alla sola trasformazione da società di capitali in società di persone, E. SIMONETTO, *Delle società. Art. 2498-2510*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, pp. 120 ss.) sia in giurisprudenza (App. Trieste, 8 novembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 229 e in *Riv. not.*, 1987, da p. 868, con nota di A. MALATESTA LAURINI, *Trasformazione e fusione di società in liquidazione*; Trib. Milano, 27 marzo 1996 – Massime in tema di omologazione, in *Riv. soc.*, 1996, da p. 269, e in *Notariato*, 1997, da p. 191).

Il legislatore adotta, quanto alla trasformazione ed agli intenti che attraverso la stessa si possono perseguire, un atteggiamento tendenzialmente *neutro*, alla luce del disposto dell'art. 2499 cod. civ., che ne consente l'adozione anche in pendenza di procedura concorsuale, purché non sia in concreto ravvisabile un'incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa, senza minimamente condizionare la legittimità dell'operazione alla sua idoneità a consentire la ripresa

dell'attività produttiva, ed anzi enunciando espressamente nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003, come accennato, proprio nella riduzione degli "oneri" della procedura uno dei possibili scopi che essa può in concreto perseguire.

In questa sede, deve piuttosto indagarsi sull'ammissibilità dell'adozione di una trasformazione in tale contesto ed in funzione del perseguimento degli scopi sopra ricordati, alla luce dei poteri che competono ai singoli organi sociali in fase di liquidazione.

In forza dell'art. 2488 cod. civ., le disposizioni che regolano il funzionamento e le competenze degli organi sociali continuano ad applicarsi anche durante la liquidazione, nei limiti di compatibilità.

In quest'ottica, può distinguersi tra deliberazioni sicuramente compatibili, in quanto volte a disciplinare la liquidazione stessa (quali la nomina dei liquidatori, la determinazione del loro compenso), quelle funzionalmente incompatibili con il relativo stato (come la distribuzione degli utili o le deliberazioni che comportano l'attribuzione di risorse di qualsiasi natura ai soci in mancanza dei presupposti di cui all'art. 2491 cod. civ.), e quelle che comportano o presuppongono una revoca della liquidazione.

La delibera in esame deve collocarsi tra quelle che *governano* la liquidazione ossia che, ferma la persistenza dello stato di liquidazione e dunque la tendenziale direzione della gestione dell'attività in funzione della distribuzione dell'attivo ai soci, ed ancor prima del soddisfacimento dei creditori, consentono l'adozione di misure volte ad attuare o ad agevolare tale fine.

L'adozione del nuovo modello organizzativo, se da un lato consente, riducendo i costi, di incrementare il residuo attivo destinato ai soci, dall'altro non pregiudica la posizione dei creditori, nemmeno sotto il profilo delle garanzie procedimentali, che, almeno qualora si tratti, come nel caso concreto, di una trasformazione interna alla categoria delle società di capitali, restano del tutto invariate.

3.3. Una volta ammessa la possibilità di procedere astrattamente alla trasformazione in pendenza dello stato di liquidazione deve infatti valutarsi, e si passa con ciò al secondo interrogativo, se sia possibile procedere in tal senso nonostante la mancata ricostituzione del capitale sociale, interamente perduto a seguito delle perdite: un problema, questo, al quale la giurisprudenza mostra di offrire una risposta tendenzialmente negativa, ogni qual volta il capitale sociale residuo o ricostituito *ex novo* non raggiunga il capitale minimo richiesto per il tipo in cui la società intende trasformarsi (e v., in questi termini, App. Milano, 6 ottobre 2000, in *Giur. It.*, 2001, da p. 1679, con nota di S. LUONI, *Note in tema di trasformazione di società per azioni durante la liquidazione*).

L'esigenza che, all'esito della trasformazione, il valore netto del patrimonio della società raggiunga (almeno) il minimo di capitale nominale richiesto dalla legge per il "nuovo" tipo viene solitamente ricollegata ai principi che regolano la *costituzione* delle società di capitali, ritenuti a loro volta applicabili alla trasformazione in forza del richiamo operato dal secondo comma dell'art. 2500 cod. civ.

In realtà siffatta disposizione si limita a prevedere che l'atto (pubblico) dal quale risulta la trasformazione in tali società debba contenere "le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato", tra le quali rientra anche quella relativa al capitale nominale, che deve appunto raggiungere il minimo di legge: laddove invece, ai fini in esame, ad assumere rilevanza non è la misura del capitale *nominale*, ma la sua effettiva copertura, vale a dire il capitale *reale*.

A venire in considerazione non è dunque la norma dettata dal secondo comma dell'art. 2500 cod. civ., e nemmeno, almeno direttamente, quella, in vero inoperante nel caso di specie, in quanto applicabile unicamente alle trasformazioni in società di capitali di società di persone, di cui all'art. 2500-ter, 2° comma, cod. civ., quanto piuttosto, e più in generale, la possibilità, da un lato, di individuare nell'integrale copertura del capitale minimo una delle condizioni richieste al fine della *costituzione* di una società di capitali, e, dall'altro, di reputare la sua presenza necessaria *anche* ai fini di una vicenda, come quella della "assunzione" del relativo tipo all'esito della *trasformazione*, ritenuta, almeno sotto questo aspetto, sostanzialmente assimilabile alla prima: tanto la ricomprensione della copertura del capitale sociale, o comunque di quello minimo, tra le condizioni per la costituzione della società, quanto l'assimilazione della trasformazione alla costituzione risultano, a ben vedere, affermazioni entrambe almeno discutibili.

Per un verso, infatti, tra le condizioni indicate dall'art. 2329 cod. civ. risulta annoverata, accanto al rispetto delle regole dettate in materia di valutazione dei conferimenti, soltanto l'*integrale sottoscrizione* del *capitale nominale*, non anche la sua *integrale copertura*, vale a dire l'esistenza di un netto patrimoniale *contabile* di importo almeno ad esso pari: un'esigenza, quella della copertura, allora contabile, del capitale nominale, che, più in generale, non emerge nemmeno in sede di *formazione* del capitale, e cioè nell'ambito del procedimento di valutazione dei conferimenti (assumendo a tal fine rilevanza la *diversa* esigenza che i soci investano nella società un valore effettivo complessivo in misura ad esso non inferiore: il che è a dirsi anche in ordine alla disciplina comunitaria in materia di costituzione di società per azioni, applicabile anche alla trasformazione in forza dell'art. 13 della Seconda direttiva), quanto piuttosto, e soltanto, in sede di *conservazione* dello stesso (e segnatamente nell'ambito della disciplina della riduzione del capitale per perdite). Resta in ogni caso il fatto che, anche al di là della

considerazione che, già in fase di costituzione, la fisiologica destinazione di una parte dell'attivo alle relative spese, espressamente prevista dal legislatore (art. 2328, comma secondo, n. 12 cod. civ.), potrebbe, in assenza di sovrapprezzo, vanificare, e fin dall'origine, l'integrale copertura del capitale sottoscritto, è la stessa legge, all'art. 2343, 4° comma, cod. civ. (peraltro richiamato, seppure nei limiti della compatibilità, dal secondo comma dell'art. 2500-ter cod. civ., per l'ipotesi di trasformazione in società azionarie), ad escludere espressamente qualsiasi impatto sulla formazione del capitale dell'emersione, all'esito della revisione ad opera degli amministratori della stima dei conferimenti in natura, di una minusvalenza (a condizione che essa non superi il quinto del capitale), che in vero ben può risolversi in una mancata copertura del capitale medesimo (qualunque sia il suo ammontare, e dunque anche nella mancata copertura di quello minimo), vale a dire in una perdita di capitale: alla quale si tratterà allora di applicare la relativa disciplina, ed essa soltanto.

Se anzi si considera che i crediti vantati dalla società nei confronti dei soci per i versamenti ancora dovuti sono iscritti in bilancio (in apposita voce, e) necessariamente al valore nominale, e non anche, come previsto in generale (art. 2426, n. 8, cod. civ.), a quello presumibile di realizzazione, può notarsi che l'esigenza della copertura del capitale nominale, limitatamente alla parte non ancora versata, finisce a ben vedere per assumere una rilevanza meramente contabile, senza dunque richiedere l'"effettiva" esistenza di valori corrispondenti.

Per altro verso, poi, e più in generale, deve osservarsi come la trasformazione non soltanto *non implichi* la costituzione di una nuova società, dal momento che la relativa vicenda si risolve, e si esaurisce, nella modificazione della forma, e cioè della disciplina (peraltro non necessariamente societaria), della relativa attività (vale a dire nell'abbandono della forma attuale e nella contestuale adozione di una diversa, destinata appunto a sostituire la prima), ma *nemmeno richiede*, alla luce della disciplina positiva, la presenza delle condizioni previste per la costituzione di una società appartenente al tipo di nuova adozione: come dimostra la circostanza che l'unico richiamo, in sede di trasformazione, a regole dettate in materia di costituzione è quello operato al già citato art. 2500, 2° comma, cod. civ., che, come detto, si limita a regolare il contenuto "formale" dell'atto di trasformazione (G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Vol. 7, Tomo III, cit., pp. 149 ss.; G. TANTINI, *op. cit.*, 238, 240 ss.).

Non esiste, in definitiva, una simmetria tra condizioni per la costituzione di una nuova società e condizioni per la trasformazione di una società già esistente, bensì tra contenuto dell'atto, e dunque della deliberazione, di trasformazione, e contenuto dell'atto costitutivo del tipo di società adottato, nei limiti in cui ciò risulti compatibile con una vicenda, come appunto la

trasformazione, che comporta l'adozione di una diversa disciplina dell'organizzazione, vale a dire una sua modificazione, senza la costituzione di una nuova struttura organizzativa (e v. G. FERRI jr, *Le trasformazioni omogenee*, in *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. II, Tomo, I, Milano, 2005, da p. 2497, pp. 2506 s.): e dunque ad esclusione dei profili che si riferiscono alla vicenda costitutiva in sé e per sé considerata, come è a dirsi, oltre che dell'indicazione delle spese di costituzione, di una nuova sottoscrizione del capitale sociale, non trattandosi di un "nuovo" capitale, ma di quello stesso anteriore alla trasformazione. Beninteso, ove, ai fini della trasformazione, si proceda ad un aumento del capitale sociale al fine del raggiungimento della soglia minima prevista per il tipo da adottarsi (ipotesi che può verificarsi in occasione dell'adozione del tipo azionario da parte di una società a responsabilità limitata), la necessità che il capitale risulti versato in misura almeno pari al venticinque per cento non discende dalla applicazione, analogica, di inespresi principi vigenti in tema di costituzione, bensì da quella, diretta, della disciplina dell'aumento di capitale e, ovviamente, della relativa sottoscrizione. Circostanza, in definitiva, ben diversa dalla pretesa verifica, in sede di trasformazione della "esistenza del capitale minimo prescritto dalla legge per il tipo", sostenuta dalla citata giurisprudenza, che si risolve nel richiedere la verifica di un presupposto ultroneo persino all'ambito della costituzione.

Nemmeno sotto questo profilo, quello cioè della mancanza di un capitale reale almeno pari al capitale minimo richiesto, dunque, la legittimità della trasformazione di società per azioni con capitale integralmente perduto, e già in stato liquidazione, in società a responsabilità limitata (anch'essa in liquidazione) si presta ad essere contestata: come è poi ovvio, dal momento che la soluzione contraria condurrebbe alla conclusione, in vero poco plausibile, perché in conflitto con le stesse esigenze che dovrebbero ispirarla, non soltanto di permettere, ma addirittura di imporre di continuare ad utilizzare, in sede di liquidazione, una forma che richiede un determinato capitale minimo, e di impedire l'adozione di un tipo per il quale la legge prevede un limite minimo di capitale ad esso inferiore, nonostante che, come si diceva, esso ormai risulti del tutto perduto.

Giuseppe Ferri jr - Alessandra Paolini

**TRIBUNALE DI MILANO – 17 ottobre 2007 (decr.)
G.R. A. Dal Moro**

Il Giudice dott. ssa Alessandra Dal Moro, nel procedimento di volontaria giurisdizione iscritto al n. (...) su ricorso depositato in data 26.9.2007 ex art. 2436 codice civile per omologazione della delibera della assemblea dei soci del giorno ... della società "... s.p.a. in liquidazione";

rilevato che il Pubblico Ministero nulla ha opposto all'accoglimento del ricorso come da provvedimento 27 settembre 2007;

rilevato che si tratta della iscrizione nel registro delle imprese di una delibera con la quale una società per azioni, già in liquidazione per perdite, ha deciso la sua trasformazione in società a responsabilità limitata; la copertura parziale delle perdite con la riduzione del capitale da euro 663.000 a euro 10.000...; l'approvazione del nuovo statuto e il conferimento al liquidatore dei poteri per l'esecuzione della trasformazione; l'eliminazione del collegio sindacale e del ricorso alla revisione del bilancio, non più necessari stante la nuova tipologia sociale;

ritenuto che nella fase della liquidazione il capitale sociale non possa essere soggetto alla disciplina di legge vigente nel caso di attività ordinaria delle società lucrative, poiché la discesa del patrimonio sociale al di sotto del limite di capitale determina proprio la cessazione dell'attività ordinaria e la necessità della liquidazione;

ritenuto inoltre che la cessazione dell'attività di impresa, con la eliminazione delle condizioni di rischio a ciò connesse, legittimi l'abolizione del collegio sindacale, poiché unico scopo diviene la realizzazione dell'attivo e il pagamento dei debiti, con assegnazione del residuo ai soci;

ritenuto, pertanto, che nella fase della liquidazione sia legittima la delibera di trasformazione anche quando le perdite non siano completamente assorbite poiché conseguenza di ciò sarebbe sempre e soltanto lo stato di liquidazione, come già in atto;

ritenuto che la delibera di cui si tratta abbia per fine evidente la riduzione dei costi della liquidazione, quanto meno di quelli collegati al permanere del collegio sindacale e del mandato alla società di revisione, per cui anche sotto questo aspetto la stessa risulta compatibile con le finalità o lo stato della procedura di liquidazione;

considerato infine che l'art. 2499 codice civile prevede espressamente la possibilità di far luogo alla trasformazione nel caso di procedura concorsuale, e dunque non si vede il motivo di escluderla nel caso di liquidazione, quando la trasformazione stessa corrisponda alle finalità di tale fase finale della vita della società;

rilevato peraltro come la presente decisione corrisponda a quanto già enunciato da questo stesso tribunale, prima della riforma del 2003, nella massime pubblicate sulla Rivista delle società (anno 1996, pag. 269 e seguenti) sul punto condivise dalla Corte d'Appello di Milano (6 ottobre 2001 in Giurisprudenza italiana 2001 parte prima 1679) che ha osservato come "l'illegittimità della deliberazione in esame non possa senz'altro dipendere da un'assoluta incompatibilità della trasformazione della società con lo stato di liquidazione in cui essa si trovi, perché, al contrario, non è fondatamente contestabile che anche la trasformazione nei termini esposti possa costituire, in concreto, un provvedimento idoneo, se congruamente motivato, a perseguire più proficuamente e con minor dispendio nell'interesse prevalente dei creditori le finalità di liquidazione del patrimonio sociale".

P.Q.M.

Visto l'articolo 2436 codice civile ordina l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera adottata il giorno 12 giugno 2007 dalla società "...s.p.a. in liquidazione".

12 ottobre 2007 (depositato in cancelleria 17 ottobre 2007 – visto del P.M. 19 ottobre 2007)

(Riproduzione riservata)