

*Breviaria Iuris*

fondati da

G. Cian e A. Trabucchi

---

GIORGIO CIAN

CODICE  
CIVILE

*E*

*LEGGI COLLEGATE*

COMMENTO  
GIURISPRUDENZIALE  
SISTEMATICO

SECONDA EDIZIONE



Wolters Kluwer

CEDAM

## 2438 Aumento di capitale.

*Un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate.*

*In caso di violazione del precedente comma, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci ed ai terzi. Restano in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione del precedente comma.*

### **I. Esecuzione della deliberazione di aumento del capitale subordinata alla liberazione delle azioni.**

**1** In tema di emissione di nuove azioni, l'art. 2348 [rectius 2438] c.c., anche prima della riforma del diritto societario, va inteso nel senso che è la sola esecuzione della deliberazione di aumento del capitale a dover essere subordinata alla liberazione delle azioni emesse in seguito ad un precedente aumento e non già la mera deliberazione assembleare avente ad oggetto quello ulteriore [con la conseguenza che la mancata liberazione delle azioni emesse in occasione di una precedente delibera di aumento del capitale non comporta la nullità di quella successiva, ma solo la sua in eseguibilità e nel contesto del fallimento di una s.p.a. e in presenza di due successivi aumenti di capitale, il giudice delegato può ingiungere ai soci sottoscrit-

tori del secondo aumento di capitale di eseguire integralmente i versamenti ancora dovuti sulle azioni anche nel caso i versamenti relativi al primo aumento di capitale non siano stati integralmente effettuati]. Tale opzione interpretativa, che trova una prima conferma già sul piano letterale della disposizione previgente in quanto il termine «emissione» si attaglia maggiormente alla fase della sottoscrizione e della attribuzione dei titoli che non a quella della deliberazione dell'aumento, nonché nella *ratio*, che è quella di evitare il ricorso ad ulteriori forme di finanziamento quando può essere utilizzato il capitale già giuridicamente disponibile, ne trova una ulteriore di decisivo spessore nella modifica dell'art. 2348 c.c. operata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (11/25731).

## 2439 Sottoscrizione e versamenti.

*Salvo quanto previsto nel quarto comma dell'art. 2342, 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. Se è previsto un soprapprezzo, questo deve essere interamente versato all'atto della sottoscrizione.*

*Se l'aumento di capitale non è integralmente sottoscritto entro il termine che, nell'osservanza di quelli stabiliti dall'art. 2441, secondo e terzo comma, deve risultare dalla deliberazione, il capitale è aumentato da un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione medesima lo abbia espressamente previsto.*

**SOMMARIO:** I. *La delibera di aumento del capitale sociale.* - I.1. Natura giuridica. - I.2. Rinnovazione della delibera annullabile. - I.3. Nullità. - II. *Il contratto di sottoscrizione.* - II.1. Natura giuridica. - II.2. Forma. - II.3. Nullità. - II.4. Risolubilità. - II.5. Acquisto della qualità di socio. - III. *Modalità di effettuazione dei conferimenti.* - III.1. Compensazione con i crediti particolari del socio. - III.2. Adempimento da parte del terzo. - IV. *Versamenti per futuro aumento di capitale sociale.* - V. *Obbligo di sottoscrivere un futuro aumento di capitale.* - VI. *Aumento di capitale sottoscritto dal mero possessore e successiva rivendica delle azioni.* - VII. *Aumento di capitale e rapporto di mediazione.*

### **I. La delibera di aumento del capitale sociale.**

#### **I.1. Natura giuridica.**

**1** In materia di aumento del capitale di una società a responsabilità limitata, l'obbligo di versamento per il socio deriva non dalla deliberazione, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della quota del nuovo capitale offertagli in opzione, cioè indipendentemente dall'aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento; tale sottoscrizione è riconducibile ad un atto di natura negoziale, e precisamente da un contratto consensuale,

in relazione al quale la legge non prevede l'adozione di una forma particolare. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto provata per fatti concludenti la sottoscrizione dell'aumento di capitale di una società, essendo stato dimostrato l'avvenuto versamento di tre assegni, in adempimento della presunta sottoscrizione) (09/19813) [*La natura giuridica del procedimento di sottoscrizione, ed in particolare la possibilità di ricostruire il medesimo come un contratto stipulato tra la società ed il sottoscrittore, è peraltro controversa in dottrina*].

## **1.2. Rinnovazione della delibera annullabile.**

**1** [L'applicabilità dell'art. 2377 ult. co. è ammessa anche rispetto ad una invalida delibera di aumento di capitale (v. 70/2263)].

## **1.3. Nullità.**

**1** V. sub artt. 2377 e 2379

## **II. Il contratto di sottoscrizione.**

### **II.1. Natura giuridica.**

**1** Il negozio di sottoscrizione dell'aumento di capitale di una s.p.a. ha natura consensuale, e non reale, essendo il versamento dei tre decimi [ora venticinque centesimi] del valore nominale delle azioni sottoscritte, previsto dall'art. 2439 c.c., come quello da effettuare al momento della costituzione della società (art. 2329 [ora 2342], c.c.) un'obbligazione derivante dal contratto e non elemento costitutivo dello stesso (96/611).

### **II.2. Forma.**

**1** La dichiarazione del socio di una s.p.a. di voler sottoscrivere un aumento di capitale non è soggetta ad alcuna forma particolare e può risultare anche dal verbale di una assemblea ordinaria (Trib. Torino 19-6-1981, G. comm. 82, II, 349).

### **II.3. Nullità.**

**1** Il socio di s.p.a. è legittimato ad agire per la dichiarazione di nullità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione, stipulato dalla società con i sottoscrittori delle stesse, ove deduca la violazione dell'art. 2342 (divieto di conferimento di opere o servizi), o dell'art. 2358 (sostegno finanziario alla sottoscrizione fornito dalla società emittente), quale terzo interessato ai sensi dell'art. 1421, atteso che dette ipotesi di nullità comportano il rischio della non effettività, totale o parziale, dei nuovi conferimenti e al tempo stesso dell'aumento del capitale sociale, con ricaduta sul patrimonio netto, e tale rischio incide direttamente sul suo interesse (che è esclusivo del socio e non può dirsi assorbito in quello della società) a conservare il valore, in termini sia assoluti che relativi, della sua quota di partecipazione alla società, in quanto, nella misura in cui al formale incremento del capitale – cui corrisponde una riduzione proporzionale della sua quota di partecipazione – non si accompagni un effettivo incremento del patrimonio netto, il valore della quota si riduce, a tutto vantaggio dei sottoscrittori delle nuove azioni (06/25005).

### **II.4. Risolubilità.**

**1** Il contratto di sottoscrizione di aumento di capitale stretto fra i soci e la società, può essere consensualmente risolto, anche quando l'intero aumento sia stato già sottoscritto (84/3945).

### **II.5. Acquisto della qualità di socio.**

**1** La qualità di socio si acquista con la dichiara-

zione di sottoscrizione delle azioni e non già a seguito della sola delibera di aumento di capitale, anche se in ipotesi siano state versate da un finanziatore somme in conto dello stesso e gliene sia stata riservata la sottoscrizione di una frazione, nonché prefigurati, in virtù di patto parasociale, assetti istituzionali e gestori della società il cui capitale viene aumentato (Trib. Milano 19-4-2010, G. it. 10, 1621).

## **III. Modalità di effettuazione dei conferimenti.**

### **III.1. Compensazione con i crediti particolari del socio.**

**1** L'obbligo del socio di conferire in danaro il valore delle azioni sottoscritte in occasione di un aumento del capitale sociale è un debito pecuniario che può essere estinto per compensazione con un credito pecuniario vantato dal medesimo socio nei confronti della società [conf. 98/4236], anche ai sensi dell'art. 56 l. fall., quando di essa sia sopraggiunto il fallimento, con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, il giudice delegato non può ingiungere al socio il versamento del capitale sociale ai sensi dell'art. 150 l. fall., in quanto tale modalità di esazione presuppone l'esistenza del credito vantato dalla società, che risulta invece estinto per compensazione (09/6711).

**2** Il credito del socio di una società di capitali 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, c.c. Mentre la compensazione tra debito di conferimento e credito verso la società non può avvenire in relazione al capitale originario – né per il versamento dei decimi [ora venticinque centesimi] prescritti dall'art. 2329 [ora 2342] c.c., perché la società ancora non esiste, né per i versamenti successivi, perché i conferimenti iniziali possono essere costituiti solo da beni idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale – l'aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un debito del socio non è contrario all'interesse della società o dei 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 (96/936). *Contra*, v. 92/13095, 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 la 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), a salvaguardia della corrispondenza tra il valore nominale del capitale sociale e la sua effettiva entità, dato che i versamenti del sottoscrittore costituiscono atto dovuto per la conservazione della qualità di socio e vanno eseguiti appena gli amministratori sollecitano il socio all'adempimento. Ne deriva che tale compensazione non può attuarsi neppure in sede fallimentare.

### **III.2. Adempimento da parte del terzo.**

**1** La sentenza la quale, accertato che una determinata somma è stata versata ad una società di capitali da un terzo per regolare il debito assunto da un socio della stessa per sottoscrizione di capitale, neghi a colui che ha provveduto al versamento il diritto alla restituzione di quanto da lui sborsato, non incorre nella violazione degli artt. 2438-2441 e 2495 [ora 2481 bis] c.c., dato che la riferibilità soltanto al socio di un impegno «di rischio» del tipo in questione non esclude che **la relativa obbligazione possa essere adempiuta da un terzo**, ai sensi dell'art. 1180 c.c., con effetto solutorio e, quindi, senza azione di ripetizione nei confronti dello *accipiens*, salva restando l'eventuale rivalsa del *solvens* nei riguardi dell'effettivo obbligato (98/8474).

### **IV. Versamenti per futuro aumento di capitale sociale.**

**1** V. *amplius* sub art. 2342.

### **V. Obbligo di sottoscrivere un futuro aumento di capitale.**

**1** Nelle società per azioni, **il socio può validamente obbligarsi nei confronti della società a sottoscrivere un determinato aumento di capitale prima che lo stesso sia formalmente deliberato dall'assem-**

**blea**, dovendosi ritenere siffatto obbligo, in assenza di diverse pattuizioni, subordinato alla condizione sospensiva che la deliberazione di aumento del capitale intervenga nel termine stabilito o in quello desumibile dalle circostanze, e – per la parte in cui l'impegno investe anche le azioni di nuova emissione sulle quali il socio non vanta il diritto di opzione – alla ulteriore condizione che tali azioni non vengano sottoscritte dai soci titolari del predetto diritto nel termine assegnato ai fini dell'esercizio del medesimo (06/8876).

### **VI. Aumento di capitale sottoscritto dal mero possessore e successiva rivendica delle azioni.**

**1** [La passata giurisprudenza ha sancito il principio secondo cui al possessore di azioni, il quale aderisca ad un aumento di capitale con denaro proprio, e poi subisca la rivendicazione dei titoli da parte del proprietario, deve riconoscersi l'indennità contemplata dall'art. 1150, 2° e 3° co., c.c. tenendo conto che detto aumento di capitale, quali che siano le modalità con cui venga attuato o le ragioni che lo abbiano determinato, segna un incremento della consistenza economica del bene da restituire al rivendicante (v. 90/6278)].

### **VII. Aumento di capitale e rapporto di mediazione.**

**1** Nel contratto di mediazione, i soggetti tenuti al pagamento della provvigione vanno individuati in quelli che hanno partecipato all'atto giuridicamente rilevante nel quale è contenuta l'operazione economica frutto della mediazione. Pertanto, nell'affare costituito dall'aumento del capitale di una società, mediante emissioni di azioni con sovrapprezzo, unici legittimati passivi alla richiesta di pagamento della provvigione sono la società stessa ed i nuovi soci, non i preesistenti (95/8187).

## **2440 Conferimenti di beni in natura e di crediti.**

*Se l'aumento di capitale avviene mediante conferimento di beni in natura o di crediti si applicano le disposizioni degli articoli 2342, terzo e quinto comma, e 2343.*

*L'aumento di capitale mediante conferimento di beni in natura o di crediti può essere sottoposto, su decisione degli amministratori, alla disciplina di cui agli articoli 2343 ter e 2343 quater.*

*Ai fini dell'applicazione dell'articolo 2343 ter, primo comma, rileva il periodo di negoziazione di sei mesi precedenti la data alla quale si riferisce la relazione degli amministratori redatta ai sensi dell'articolo 2441, sesto comma. Il conferimento è eseguito entro sessanta giorni da tale data, ovvero entro novanta giorni qualora l'aumento sia deliberato da una società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio.*

*Qualora trovi applicazione l'articolo 2343 ter, secondo comma, il conferimento è eseguito, nel caso di cui alla lettera a), entro il termine dell'esercizio successivo a quello cui si riferisce il bilancio, ovvero, nel caso di cui alla lettera b), entro sei mesi dalla data cui si riferisce la valutazione.*

*La verifica prevista dall'articolo 2343 quater, primo comma, è eseguita dagli amministratori nel termine di trenta giorni dall'esecuzione del conferimento ovvero, se successiva, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento del capitale. La dichiarazione di cui all'articolo 2343 quater, terzo comma, è allegata all'attestazione prevista dall'articolo 2444.*

*Qualora siano conferiti beni in natura o crediti valutati ai sensi dell'articolo 2343 ter, secondo comma, nel termine indicato al quinto comma uno o più soci che rappresentino, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere che si proceda, su iniziativa degli amministratori, ad una nuova valutazione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343; la domanda dei soci non ha effetto qualora gli amministratori all'esito della verifica prevista dal quinto comma procedano ai sensi dell'articolo 2343 quater, secondo comma.*

## 2440 bis [Aumento di capitale delegato liberato mediante conferimenti di beni in natura e di crediti senza relazione di stima.

Nel caso sia attribuita agli amministratori la facoltà di cui all'articolo 2443, secondo comma, e sia deliberato il conferimento di beni in natura o crediti valutati in conformità dell'articolo 2343 ter, gli amministratori, espletata la verifica di cui all'articolo 2343 quater, primo comma, depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese, in allegato al verbale della deliberazione di aumento del capitale, una dichiarazione con i contenuti di cui all'articolo 2343 quater, terzo comma, dalla quale risulti la data della delibera di aumento del capitale.

Entro trenta giorni dall'iscrizione della dichiarazione di cui al primo comma i soci che rappresentano, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere la presentazione di una nuova valutazione. Si applica in tal caso l'articolo 2343. Il conferimento non può essere eseguito fino al decorso del predetto termine e, se del caso, alla presentazione della nuova valutazione.

Qualora non sia richiesta la nuova valutazione, gli amministratori depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese congiuntamente all'attestazione di cui all'articolo 2444 la dichiarazione che non sono intervenuti, successivamente alla data della dichiarazione di cui al secondo comma, i fatti o le circostanze di cui all'articolo 2343 quater, primo comma].

### I. Modifiche legislative.

1 Art. abrogato ex art. 1, d.lgs. n. 224 del 2010.

## 2441 Diritto di opzione.

*Le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.*

L'offerta di opzione deve essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese e contestualmente resa nota mediante un avviso pubblicato sul sito internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione, o, in mancanza, mediante deposito presso la sede della società. Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a quindici giorni dalla pubblicazione dell'offerta.

*Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni che siano rimaste non optate. Se le azioni sono quotate in mercati regolamentati, i diritti di opzione non esercitati devono essere offerti nel mercato regolamentato dagli amministratori, per conto della società, entro il mese successivo alla scadenza del termine stabilito a norma del secondo comma, per almeno cinque sedute, salvo che i diritti di opzione siano già stati integralmente venduti.*

*Il diritto di opzione non spetta per le azioni di nuova emissione che, secondo la deliberazione di aumento del capitale, devono essere liberate mediante conferimenti in natura. Nelle società con azioni quotate in mercati regolamentati lo statuto può altresì escludere il diritto di opzione nei limiti del dieci per cento del capitale sociale preesistente, a condizione che il prezzo di emissione corrisponda al valore di mercato delle azioni e ciò sia confermato in apposita relazione da un revisore legale o da una società di revisione legale.*

Quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale [ , approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale, anche se la deliberazione è presa in assemblea di convocazione successiva alla prima].

Le proposte di aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, ai sensi del primo periodo del quarto comma o del quinto comma del presente articolo, devono essere illustrate dagli amministratori con apposita relazione, dalla quale devono risultare le ragioni dell'esclusione o della limitazione, ovvero, qualora l'esclusione derivi da un conferimento in natura, le ragioni di questo e in ogni caso i criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione. La relazione deve essere comunicata dagli amministratori al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea. Entro quindici giorni il collegio sindacale deve esprimere il proprio parere sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni. Il parere del collegio sindacale e, nell'ipotesi prevista dal quarto comma, la relazione giurata dell'esperto designato dal Tribunale ovvero la documentazione indicata dall'articolo 2343 *ter*, terzo comma, devono restare depositati nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l'assemblea e finché questa non abbia deliberato; i soci possono prenderne visione. La deliberazione determina il prezzo di emissione delle azioni in base al valore del patrimonio netto, tenendo conto, per le azioni quotate in mercati regolamentati, anche dell'andamento delle quotazioni nell'ultimo semestre.

Non si considera escluso né limitato il diritto di opzione qualora la deliberazione di aumento di capitale preveda che le azioni di nuova emissione siano sottoscritte da banche, da enti o società finanziarie soggetti al controllo della Commissione nazionale per le società e la borsa ovvero da altri soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività di collocamento di strumenti finanziari, con obbligo di offrirle agli azionisti della società, con operazioni di qualsiasi tipo, in conformità con i primi tre commi del presente articolo. Nel periodo di detenzione delle azioni offerte agli azionisti e comunque fino a quando non sia stato esercitato il diritto di opzione, i medesimi soggetti non possono esercitare il diritto di voto. Le spese dell'operazione sono a carico della società e la deliberazione di aumento del capitale deve indicarne l'ammontare.

Con deliberazione dell'assemblea presa con la maggioranza richiesta per le assemblee straordinarie può essere escluso il diritto di opzione per le azioni di nuova emissione, se queste sono offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società o di società che la controllano o che sono da essa controllate. [L'esclusione dell'opzione in misura superiore al quarto deve essere approvata con la maggioranza prescritta nel quinto comma].

**SOMMARIO:** I. **Termini e modalità per l'esercizio del diritto di opzione.** - I.1. Errata indicazione del termine utile per l'esercizio del diritto di opzione. - I.2. Derogabilità della pubblicazione dell'offerta di opzione. - II. **Esclusione del diritto di opzione.** - II.1. Quando lo esige l'interesse della società. - II.2. Nell'ipotesi di contestuale decisione di azzeramento del capitale sociale per perdite. - III. **Rinuncia al diritto di opzione.** - IV. **Assegnazione delle azioni rimaste non optate.** - IV.1. Richiesta di prelazione sull'inoptato e suo esercizio. - IV.2. Collocamento presso un terzo dell'aumento inoptato in assenza di sovrapprezzo. - IV.3. Accettazione della sottoscrizione effettuata dal terzo. - IV.4. Riapertura del termine per l'esercizio del diritto di opzione e di prelazione sull'inoptato. - IV.5. Determinazione del prezzo. - V. **Collocazione di nuove azioni per un prezzo superiore al loro valore nominale: distinzione tra l'ipotesi di esclusione del diritto di opzione e la rinuncia ad esso.** - VI. **Intestazione fiduciaria di azioni ed esercizio del diritto di opzione.** - VII. **Invalidità della deliberazione assembleare di aumento del capitale in violazione del diritto di opzione.** - VIII. **Status del titolare di warrant azionario.** - IX. **Effetti del possesso di buona fede di titoli di credito.**

## **I. Termini e modalità per l'esercizio del diritto di opzione.**

### **I.1. Errata indicazione del termine utile per l'esercizio del diritto di opzione.**

**1** L'obbligo di offrire in opzione ai vecchi azionisti le azioni sociali di nuova emissione si concreta in un vero e proprio diritto di preferenza, uguale per tutti in senso capitalistico e non personalistico. Tale diritto deve essere esercitato nel termine stabilito dallo statuto, dall'assemblea o dal cons. di amm., termine che non può comunque essere inferiore a quello di

15 gg. dalla pubblicazione dell'offerta nella *G.U.* Scaduto pertanto tale termine, il diritto si estingue, quale che sia la causa del mancato esercizio. Nel caso in cui il cons. di amm. di una s.p.a. delegato dallo statuto dell'assemblea ad offrire in opzione agli azionisti nuove azioni emesse per l'attuazione di un deliberato aumento di capitale, dopo avere precisato che l'offerta viene fatta a norma dell'art. 2441, **indichi per errore** (per tardiva inserzione della relativa deliberazione nella *G.U.* o per altro plausibile motivo) **un termine** utile per l'esercizio del diritto di opzione **inferiore a quello minimo**

stabilito dalla legge, questo ultimo termine inderogabile si ha da intendere sostituito a quello indicato, con la conseguenza che solo alla scadenza di esso si verifica l'estinzione del diritto e diventa operativa la comminata decadenza (51/2004).

### **I.2. Derogabilità della pubblicazione dell'offerta di opzione.**

**1** L'ass. straord. di una soc. di cap., la quale ha deliberato di aumentare il capitale, qualora sia costituita da tutti i soci aventi diritto di parteciparvi e deliberi con voto unanime, può validamente dispensare l'amministratore dalla pubblicazione dell'offerta di opzione relativa al capitale di nuova emissione e disporre che i soci esercitino l'opzione entro un termine prestabilito (Trib. Milano 22-2-1993, Soc. 93, 534).

## **II. Esclusione del diritto di opzione.**

### **II.1. Quando lo esige l'interesse della società.**

**1** Perché, ai sensi dell'art. 2441 c.c., sia consentito sacrificare il diritto di opzione attribuito al socio, non è necessario che tale sacrificio costituisca l'unico inderogabile mezzo per realizzare l'interesse della società, essendo invece sufficiente che, in presenza di un interesse di particolare natura ed intensità, nella scelta del modo di realizzare l'aumento di capitale, la predetta soluzione appaia preferibile perché ragionevolmente più conveniente. L'accertamento circa la sussistenza dell'interesse anzidetto e l'opportunità della soluzione adottata è rimesso al giudice del merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi logici ed errori giuridici (80/4089).

### **II.2. Nell'ipotesi di contestuale decisione di azzeramento del capitale sociale per perdite.**

**1** [Mentre, con riferimento alla s.r.l., il legislatore del 2003 ha espressamente vietato all'interno dell'art. 2481 bis, 1° co., secondo periodo, l'esclusione del diritto di opzione nell'ipotesi di azzeramento del capitale per perdite e contestuale sostituzione dello stesso, la mancata previsione in materia di s.p.a. di un'analoga disposizione, ha fatto sorgere in dottrina dubbi circa l'applicabilità di tale principio anche in questa sede; in ogni caso, anche accedendo alla tesi più liberale, l'esclusione dell'opzione in tale ipotesi andrebbe valutata con particolare attenzione, potendosi profilare facilmente un eccesso di potere da parte della maggioranza assembleare, qualora l'operazione fosse preordinata all'eliminazione della minoranza dalla compagine sociale].

**2** Qualora l'assemblea di una s.p.a., verificatasi l'integrale perdita del capitale, ne stabilisca l'azzeramento, con annullamento delle azioni in circolazione ed estinzione delle riserve, e la contestuale ricostituzione, escludendo altresì, per le azioni di

nuova emissione, il diritto di opzione dei soci, la relativa decisione non può ritenersi inscindibile e così interamente nulla per illiceità dell'oggetto, sotto il profilo che essa si tradurrebbe in una soppressione od espropriazione dello status dei soci, atteso che la deliberazione attinente all'annullamento ed al ripristino del capitale sociale, integrando un atto necessitato per evitare lo scioglimento della società e tutelare gli interessi dei terzi (artt. 2327, 2447 e 2448 c.c.), deve essere autonomamente considerata, e quindi riconosciuta valida in presenza delle prescritte maggioranze, mentre la contestuale ma distinta deliberazione negativa o limitativa del diritto di opzione in mancanza dei requisiti fissati dall'art. 2441, 5° co., c.c., ivi inclusa la ricorrenza di un interesse della società che la giustifichi, nonché l'approvazione con la maggioranza fissata dalla norma medesima o dall'atto costitutivo va ritenuta giuridicamente inesistente [oggi è meglio affermare che la delibera è nulla per illiceità dell'oggetto. In tema di inesistenza, v. sub art. 2377]. [Il socio,] pertanto, nel caso di invalidità della suddetta delibera, ha la facoltà di chiedere una pronuncia di condanna generica della società al risarcimento del danno] (87/133).

## **III. Rinuncia al diritto di opzione.**

**1** Deliberato da una s.r.l. l'aumento del capitale sociale, il diritto di opzione sulle quote ex artt. 2495 [ora 2481 bis] c.c., può formare oggetto di rinuncia e, quando sia stato esercitato, di risoluzione consensuale (84/3945).

## **IV. Assegnazione delle azioni rimaste non optate.**

### **IV.1. Richiesta di prelazione sull'inoptato e suo esercizio.**

**1** Non può distinguersi tra «richiesta di prelazione» (contestuale all'esercizio del diritto di opzione) ed esercizio della stessa (che potrebbe essere differito nel tempo), soprattutto nel caso in cui la relativa clausola statutaria preveda che l'esercizio della prelazione debba essere accompagnato dal versamento del controvalore (11/22519).

### **IV.2. Collocamento presso un terzo dell'aumento inoptato in assenza di sovrapprezzo.**

**1** Nel caso di aumento di capitale di una società per azioni non quotata, destinato esclusivamente ai soci, se questi non esercitano il diritto di opzione loro spettante, le azioni possono essere validamente collocate senza sovrapprezzo presso un terzo. Pertanto, in assenza di una violazione del diritto di opzione e del diritto di prelazione dei soci, l'eventuale sottoscrizione da parte del terzo delle azioni inoptate non deve considerarsi un negozio nullo [ma assume rilievo sul piano dei rapporti tra società ed organo amministrativo] e come tale non può essere impugnato dai singoli soci (Trib. Bari 4-6-2010, Soc. 10, 1275).

### IV.3. Accettazione della sottoscrizione effettuata dal terzo.

**1** La dichiarazione del terzo di voler sottoscrivere l'aumento di capitale rimasto inoptato da parte dei soci costituisce una autonoma proposta contrattuale, la cui accettazione (tacita) deve ravvisarsi, nella fattispecie, nel ricevimento da parte dell'amministratore del versamento effettuato a tale titolo (Trib. Bari 4-6-2010, *Soc.* 10, 1192).

**2** È valida ed efficace l'operazione negoziale di aumento di capitale conclusasi mediante la sottoscrizione da parte di un terzo, entro il termine di scadenza dell'esercizio del diritto di opzione conferito ai soci, soggetta, per la relativa parte, alla condizione risolutiva dell'esercizio del diritto di opzione da parte di un socio assente, tacitamente accettata dall'amministratore della società e seguita da delibera di ratifica dell'assemblea (Trib. Bari 4-6-2010, *F. it.* 10, 11, 1, 3225).

### IV.4. Riapertura del termine per l'esercizio del diritto di opzione e di prelazione sull'inoptato.

**1** È valida la delibera di riapertura del termine – precedentemente già spirato – per l'esercizio del diritto di opzione e di prelazione sull'inoptato da parte dei soci, anche se adottata dal Consiglio di amministrazione (nella specie, gli amministratori erano stati espressamente delegati dall'assemblea a stabilire i termini e le modalità per l'esercizio del diritto di opzione e di prelazione), a condizione che il nuovo termine, anche se inferiore a 30 giorni, rientri nel termine finale stabilito ai sensi dell'art. 2439, 2° co., c.c., per la sottoscrizione dell'aumento di capitale (Trib. Catania 18-7-2013, *Vita not.* 13, 756).

### IV.5. Determinazione del prezzo.

**1** Con riguardo ad aumento di capitale di una s.p.a. mediante emissione di nuove azioni, è legittima la deliberazione con la quale il Consiglio di amministrazione fissa, per l'assegnazione delle azioni rimaste non optate, un prezzo diverso (e maggiore) rispetto a quello stabilito per l'opzione, in quanto l'art. 2441 c.c., mentre al 1° co., attraverso l'obbligo di offerta in opzione dei nuovi titoli, tutela in maniera incondizionata (anche rispetto ad offerte più vantaggiose per la società) l'interesse del socio a conservare inalterata la proporzione in cui egli partecipa al capitale sociale, al 3° co. si limita a stabilire un semplice diritto di prelazione, nell'assegnazione delle azioni rimaste non optate, per coloro che abbiano esercitato l'opzione, accordando a questi ultimi pur sempre una preferenza, condizionata, però, alla ricorrenza della parità di trattamento rispetto ad altri soggetti. L'indicata deliberazione può essere validamente adottata dal Consiglio di amministrazione, non assumendo rilievo, nell'ipotesi, la disposizione di cui al 6° co. del citato art. 2441 c.c., che riserva all'assemblea dei soci il potere di stabilire il prezzo di emissione delle nuove azioni nel diverso

caso in cui l'aumento del capitale sociale avvenga con esclusione o limitazione del diritto di opzione (96/2850).

### V. Collocazione di nuove azioni per un prezzo superiore al loro valore nominale: distinzione tra l'ipotesi di esclusione del diritto di opzione e la rinuncia ad esso.

**1** Nel caso in cui le nuove azioni emesse da una società in sede di aumento del capitale vengano collocate presso terzi per un importo superiore al valore nominale, ed al fine di stabilire se l'amministratore, in tale rapporto con i terzi acquirenti, abbia agito solo in rappresentanza della società, riscuotendo un «sopraprezzo» di pertinenza della società medesima (come tale da iscriversi in bilancio ai sensi ed agli effetti dell'art. 2430 [ora 2431] c.c.), in esecuzione di deliberazione esclusiva o limitativa del diritto di opzione dei soci, ovvero abbia agito anche in qualità di mandatario dei soci stessi, percependo quel maggiore importo a titolo di compenso loro dovuto per la rinuncia all'esercizio del diritto di opzione, occorre tenere presente che la prima delle indicate ipotesi postula che la suddetta deliberazione sia adottata contestualmente all'aumento di capitale, nonché per uno specifico ed evidenziato interesse della società giustificativo del sacrificio del diritto dei soci (art. 2441, 5° e 6° co.), mentre la seconda richiede una convenzione, alla quale abbiano partecipato i titolari del diritto di opzione per il conferimento di quel mandato (87/174).

### VI. Intestazione fiduciaria di azioni ed esercizio del diritto di opzione.

**1** La intestazione fiduciaria di titoli azionari ad altro azionista della società comporta la nascita, tra fiduciante e fiduciario, di un rapporto di mandato senza rappresentanza all'esercizio di tutti i diritti connessi alla partecipazione societaria, compreso quello di esercitare la facoltà di opzione sulle azioni di nuova emissione (art. 2441 c.c.), con contestuale sottoscrizione degli aumenti di capitale deliberati dall'assemblea [conf. App. Milano 11-2-2011, *G. it.* 12, 349]. Ne consegue che, in caso di successiva controversia giudiziaria circa l'esatta portata ed i concreti limiti dell'esercizio di tali diritti, la eventuale sottoscrizione degli aumenti del capitale compiuta dal fiduciario è riferibile, a titolo di presunzione semplice, quale attività compiuta in nome proprio ma per conto del fiduciante, al fiduciante stesso (nei limiti del diritto a lui spettante in relazione al numero di azioni oggetto del *pactum fiduciae*), salva prova contraria di diversi accordi tra le parti, da fornirsi da parte del fiduciario (98/6246).

### VII. Invalidità della deliberazione assembleare di aumento del capitale in violazione del diritto di opzione.

**1** V. *sub artt.* 2377 e 2379.

**VIII. Status del titolare di warrant azionario.**

**1** Deve essere rigettata la domanda di risarcimento danni proposta, nei confronti della società emittente, dai titolari di warrant incorporanti un diritto di opzione su azioni della medesima, posto che, da un lato, nella condotta dell'emittente non si ravvisano gli estremi della violazione di specifici obblighi contrattuali ed extracontrattuali correlati all'emissione dei warrant e, dall'altro, difetta la prova della sussistenza di un effettivo nesso causale tra le operazioni straordinarie di aumento di capitale e di fusione, eseguite dalla convenuta durante il periodo in cui era possibile l'esercizio del diritto, e il pregiudizio economico patito dagli attori (nella specie, il collegio ha ritenuto che non si fosse mai verificato il fatto storico su cui si basava la pretesa risarcitoria, ossia la riduzione del rapporto di indebitamento e l'azzeramento della c.d. leva fi-

nanziaria, con il conseguente abbattimento della quotazione del titolo e l'impossibilità dell'utile esercizio dei diritti acquisiti) (Trib. Milano 19-7-2011, F. it. 12, 3, 1, 954).

**IX. Effetti del possesso di buona fede di titoli di credito.**

**1** In tema di effetti del possesso di buona fede di titoli di credito, l'acquisto di azioni di nuova emissione non può considerarsi avvenuto «in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione», come prescrive l'art. 1994 c.c., allorché tali azioni siano state illegittimamente considerate non optate (nella specie, per la presunta estraneità alla compagine sociale di coloro che avevano effettuato richiesta di sottoscrizione delle azioni di nuova emissione, e che, invece, all'esercizio di questo diritto erano legittimati) (04/13106).

**2442 Passaggio di riserve a capitale.**

*L'assemblea può aumentare il capitale, imputando a capitale le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili.*

*In questo caso le azioni di nuova emissione devono avere le stesse caratteristiche di quelle in circolazione, e devono essere assegnate gratuitamente agli azionisti in proporzione di quelle da essi già possedute.*

*L'aumento di capitale può attuarsi anche mediante aumento del valore nominale delle azioni in circolazione.*

**2443 Delega agli amministratori.**

*Lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino ad un ammontare determinato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data dell'iscrizione della società nel registro delle imprese. Tale facoltà può prevedere anche l'adozione delle deliberazioni di cui al quarto e quinto comma dell'art. 2441; in questo caso si applica in quanto compatibile il sesto comma dell'art. 2441 e lo statuto determina i criteri cui gli amministratori devono attenersi.*

*La facoltà di cui al secondo periodo del precedente comma può essere attribuita anche mediante modificazione dello statuto, [approvata con la maggioranza prevista dal quinto comma dell'art. 2441], per il periodo massimo di cinque anni dalla data della deliberazione.*

*Il verbale della deliberazione degli amministratori di aumentare il capitale deve essere redatto da un notaio e deve essere depositato e iscritto a norma dall'art. 2436.*

*Se agli amministratori è attribuita la facoltà di adottare le deliberazioni di cui all'articolo 2441, quarto comma, qualora essi decidano di deliberare l'aumento di capitale con conferimenti di beni in natura o di crediti senza la relazione dell'esperto di cui all'articolo 2343, avvalendosi delle disposizioni contenute nell'articolo 2343 ter, il conferimento non può avere efficacia, salvo che consti il consenso di tutti i soci, prima del decorso del termine di trenta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento contenente anche le dichiarazioni previste nelle lettere a), b), c) ed e), di cui all'articolo 2343 quater, terzo comma. Entro detto termine uno o più soci che rappresentano, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere che si proceda, su iniziativa degli amministratori, ad una nuova valutazione ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2343. In mancanza di tale domanda, gli amministratori depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese unitamente all'attestazione di cui all'articolo 2444 la dichiarazione prevista all'articolo 2343 quater, terzo comma, lettera d).*

### **I. Impugnabilità della delibera di aumento del capitale sociale.**

**1** La **deliberaz.** di aumento del capitale di una s.p.a., assunta dal cons. di amm. in forza di poteri ad esso delegati dall'assemblea ai sensi dell'art. 2443 c.c., **può essere impugnata dinanzi all'autorità giudiziaria da parte di un socio che ne deduca la contrarietà alla legge o all'atto costitutivo solo per vizi inerenti al contenuto di detta deliberaz.**

consiliare e non anche per ragioni d'illegittimità riferibili alla deliberaz. assembleare di delega (Trib. Roma 19-7-1997, *F. it.* 97, I, 3396).

**2** La decisione di aumento del capitale sociale, assunta dall'amministratore unico in forza di delega statutaria, **è impugnabile secondo il medesimo regime previsto per l'impugnazione delle delibere dell'assemblea dei soci** (Trib. Milano 21-9-2011, *Soc.* 11, 1476).

## **2444** Iscrizione nel registro delle imprese.

*Nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito.*

*Fino a che l'iscrizione nel registro non sia avvenuta, l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società.*

## **2445** Riduzione del capitale sociale.

*La riduzione del capitale sociale può aver luogo sia mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti, sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli articoli 2327 e 2413.*

*L'avviso di convocazione dell'assemblea deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione. Nel caso di società cui si applichi l'articolo 2357, terzo comma, la riduzione deve comunque effettuarsi con modalità tali che le azioni proprie eventualmente possedute dopo la riduzione non eccedano la quinta parte del capitale sociale.*

*La deliberazione può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.*

*Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione.*

**SOMMARIO:** **I. Procedura.** - I.1. Introduzione del procedimento. - I.2. Decisione del tribunale. - I.3. Rinvio.

### **I. Procedura.**

#### **I.1. Introduzione del procedimento.**

**1** Il procedimento di opposizione [*proposto dai creditori sociali*] ex art. 2482, 2° co., c.c. [*ed ex art. 2445 c.c. nelle s.p.a.*], va introdotto con atto di citazione e il relativo giudizio si svolge con il rito ordinario (Trib. Milano 18-7-2011, *Soc.* 11, 1231).

#### **I.2. Decisione del tribunale.**

**1** L'**opposizione** alla delibera di riduzione del capitale sociale proposta dai creditori **non rientra tra le cause nelle quali il tribunale giudica in composizione collegiale** ai sensi dell'art. 50 bis c.p.c. (Trib.

Milano 18-7-2011, *Soc.* 11, 1231. *Contra* Trib. Verona 28-3-2013, *Il caso, secondo cui*) **Il giudizio di opposizione alla operazione di riduzione del capitale sociale** di una società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2482, 2° co., c.c., **richiede la trattazione collegiale** poiché rientra tra quelle di cui all'art. 50 bis, n. 5, c.p.c., che menziona «le cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea», espressione che è idonea a ricomprendere anche le cause promosse da terzi.

#### **I.3. Rinvio**

**1** v. anche *sub* art. 2482.

## **2446** Riduzione del capitale per perdite.

*Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consi-*

glio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. All'assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione. La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione.

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.

Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'art. 2436.

[Art. 111 terdecies disp. att.].

**SOMMARIO:** I. *Deroghe alla disciplina.* - II. *Portata della norma e ratio ad essa sottesa: la riduzione del capitale superiore all'ammontare delle perdite.* - III. *Quantificazione delle perdite: rilevanza delle riserve di patrimonio.* - III.1. Rilevanza delle riserve in generale. - III.2. Nullità della deliberazione assembleare che ometta di utilizzare le riserve legali in sede di riduzione del capitale sociale per perdite. - IV. *La relazione sulla situazione patrimoniale.* - IV.1. Natura della situazione patrimoniale. - IV.2. Grado di aggiornamento della relazione. - IV.3. Nullità della delibera assembleare di azzeramento del capitale sociale in base ad una situazione patrimoniale non aggiornata. - IV.4. Riferimento ai dati di bilancio. - IV.5. Criteri di redazione della situazione patrimoniale della società e singole poste di bilancio. - IV.6. Termine per il deposito della relazione presso la sede sociale. - V. *Natura dell'accordo tra soci per il ripianamento delle perdite.* - VI. *Riduzione del capitale e contestuale aumento: distinzione tra le delibere.* - VII. *Gli opportuni provvedimenti.* - VIII. *La riduzione facoltativa per perdite inferiori al terzo del capitale.* - IX. *Responsabilità in caso di inadempimento da parte di amministratori e sindaci nelle ipotesi di cui agli artt. 2446 e 2447.* - IX.1. Termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità. - IX.2. Quantificazione del danno. - X. *Implicazioni per le società a partecipazione pubblica.*

### **I. Deroghe alla disciplina.**

**1** [Ai sensi dell'art. 182 sexies l. fall., il 2° e 3° co. non si applicano dalla data del deposito della domanda di concordato preventivo e della domanda per l'omologazione di accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f. ovvero della proposta di accordo ex 6° co. di tale articolo].

**2** [Ai sensi dell'art. 26, 2° co., d.l. 179/2012, nelle start-up innovative il termine di cui al 2° co. è posticipato al secondo esercizio successivo. In base al dettato dell'art. 4, 9° co., d.l. 3/2015, tale deroga trova applicazione anche nelle PMI innovative].

### **II. Portata della norma e ratio ad essa sottesa: la riduzione del capitale superiore all'ammontare delle perdite.**

**1** Ai sensi dell'art. 2446 c.c., l'assemblea è tenuta a deliberare la riduzione del capitale per perdite in proporzione delle perdite accertate: e ciò sia nel senso che non può ritenersi consentita una riduzione che superi l'ammontare di queste, potendosi altrimenti risolvere la riduzione in un'indebita espropriazione dei soci, privati del valore delle azioni corrispondenti al capitale residuo; sia nel senso che la riduzione non può essere commisurata soltanto

ad una frazione delle perdite, giacché ciò ne consentirebbe il trascinarsi nel tempo ben oltre il limite temporale dell'esercizio successivo, espressamente indicato dalla menzionata disposizione del codice. Tale principio, peraltro, è suscettibile di limitata deroga nel caso in cui, occorrendo anche procedere al raggruppamento o al frazionamento di azioni, l'applicazione rigorosa della regola di riduzione del capitale in proporzione delle perdite farebbe emergere resti non suscettibili di attribuzione. Pertanto, deve ritenersi consentito il riporto a nuovo delle azioni, nei limiti in cui sia imposto dall'esigenza contabile di assicurare la parità di valore nominale delle azioni medesime, e purché sia circoscritto a quanto indispensabile per il soddisfacimento di tale esigenza (05/23269; conf. 69/484).

### **III. Quantificazione delle perdite: rilevanza delle riserve di patrimonio.**

#### **III.1. Rilevanza delle riserve in generale.**

**1** Per calcolare la misura delle perdite del capitale soc., al fine dell'applicazione dei procedimenti previsti dagli artt. 2446 e 2447 c.c., si deve preventivamente stabilire se la perdita può essere coperta

ta dalle riserve e verificare se l'eventuale eccedenza sia superiore al terzo del capitale nominale o riduca questo al di sotto del minimo legale (App. Trieste, decr. 16-2-1985, *Soc.* 85, 971).

**2** Non si può procedere alla riduzione del capitale soc. per perdite, senza che prima siano state utilizzate, nell'ordine, le riserve straordinarie, statutarie e legali per il ripianamento delle perdite stesse. Nell'ipotesi di riduzione del capitale soc. per perdite, all'assemblea deve essere sottoposta una situazione patrimoniale aggiornata, redatta secondo i criteri di cui agli artt. 2423 ss., c.c.; pertanto è invalida la deliberazione adottata sulla base di un generico richiamo al bilancio di esercizio chiuso 10 mesi prima (Trib. Roma 16-5-1986, *Soc.* 86, 1317).

### III.2. Nullità della deliberazione assembleare che ometta di utilizzare le riserve legali in sede di riduzione del capitale sociale per perdite.

**1** In sede di riduzione del capitale per perdite, ai sensi dell'art. 2446 c.c., l'omessa utilizzazione delle riserve legali determina la nullità e non la semplice annullabilità della delibera di riduzione in quanto il relativo precetto è posto a tutela di un interesse generale che trascende quello del singolo socio; in particolare, è posto a protezione dell'affidamento che i terzi abbiano fatto sulla consistenza del capitale sociale che, perciò, non può essere intaccato prima che siano state esaurite le altre voci del patrimonio stesso. La violazione del criterio di determinazione delle perdite comporta la nullità dell'intera delibera di riduzione e non già della sola frazione della delibera di riduzione avente a oggetto l'errata determinazione delle perdite; conseguentemente, in tale ipotesi, non è ammissibile un provvedimento giudiziario che, in applicazione dell'istituto della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c., dichiari la validità della delibera di riduzione del capitale nella minore misura necessaria a coprire le perdite residue (99/12347).

## IV. La relazione sulla situazione patrimoniale.

### IV.1. Natura della situazione patrimoniale.

**1** L'organo amministrativo, in ipotesi di riduzione di capitale per perdite, è tenuto a redigere, con l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 2423 ss. c.c., un vero e proprio bilancio infrannuale, che comprenda lo stato patrimoniale, il conto economico e la nota integrativa, giacché la relazione di cui all'art. 2446, 1° co., c.c. deve riflettere la situazione patrimoniale della società all'epoca in cui l'assemblea è chiamata a deliberare (Trib. Napoli 3-12-1998, *F. nap.* 99, 49 e Trib. Bologna 4-5-1998, *F. it.* 99, I, 1016). [*Questa risulta essere la tesi nettamente prevalente in dottrina, sebbene in giurisprudenza ci siano state pronunce favorevoli alla presentazione della sola situazione patrimoniale della società*].

**2** La relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, prevista dagli artt.

2446 e 2447 c.c., ha lo scopo d'informare dettagliatamente i soci sulla reale situazione patrimoniale, in modo tale da consentire all'assemblea di deliberare consapevolmente, ove ne ricorrano i presupposti, i provvedimenti previsti nelle richiamate disposizioni; essa dev'essere redatta con criteri sostanzialmente uguali a quelli prescritti per il bilancio di esercizio e deve evidenziare, ove sussistente, lo stato di crisi dell'impresa, sì da porre i soci in condizione di adottare i provvedimenti ritenuti più opportuni, dev'essere quanto più possibile aggiornata e deve esporre la situazione patrimoniale della società con i medesimi obblighi di chiarezza e precisione di cui agli artt. 2423 ss. c.c. (95/4923); e anche 94/4326 secondo cui in caso di riduzione per perdite del capitale di una s.p.a. (nella specie, trattavasi di azzeramento del capitale), gli amministratori devono sottoporre all'assemblea di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. la sola relazione patrimoniale – sia pure avente i requisiti di dettaglio, chiarezza e precisione necessari per informare i soci sulla reale situazione patrimoniale e porre l'assemblea in grado di deliberare i provvedimenti opportuni per evitare lo scioglimento della società (art. 2448 [ora 2484] c.c.) – e non un bilancio in senso tecnico, né il conto dei profitti e delle perdite, richiesto dall'art. 2423 c.c. (nel testo precedente al d.lgs. del 9 aprile 1991, n. 127) in relazione all'intero esercizio annuale. Il giudizio sull'adeguatezza in concreto della relazione patrimoniale con riferimento ai suddetti requisiti costituisce un apprezzamento di fatto, rimesso al giudice di merito (94/4326).

### IV.2. Grado di aggiornamento della relazione.

**1** In tema di riduzione del capitale sociale per perdite, la norma dell'art. 2446 c.c. – che prevede l'obbligo per gli amministratori di sottoporre senza indugio all'assemblea una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale, nonché il deposito di tali atti nella sede della società per gli otto giorni antecedenti l'assemblea – trova la sua ratio nel principio secondo cui l'assemblea, ai fini di una regolare formazione della volontà sociale, in una materia che attiene alla vita stessa della società, deve essere dettagliatamente ed adeguatamente informata sulla reale situazione patrimoniale della società. Discende da ciò che la relazione – in cui va esposta la situazione patrimoniale della società con i crismi di chiarezza, correttezza e veridicità imposti per il bilancio di esercizio dagli artt. 2423 ss. c.c. – deve essere il più possibile aggiornata; e, non avendo il legislatore inteso fissare uno specifico termine al riguardo, il grado di aggiornamento richiesto deve di volta in volta essere valutato in relazione a ciascun caso concreto, tenendo conto almeno di due possibili varianti: la dimensione della società e la conseguente complessità dei rilevamenti contabili che la riguardano, da un lato; l'esistenza di eventuali fatti sopravvenuti idonei a far fondatamente supporre che

la situazione patrimoniale, rispetto alla data di riferimento della relazione degli amministratori, possa essere mutata nel frattempo in modo significativo, dall'altro. Siffatte valutazioni sono rimesse al giudice di merito, e sono suscettibili di sindacato in sede di legittimità solo per vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, 1° co., n. 5, c.p.c. (05/23269).

#### **IV.3. Nullità della delibera assembleare di azzeramento del capitale sociale in base ad una situazione patrimoniale non aggiornata.**

**1** Le regole dettate dagli artt. 2446 e 2447 c.c., prevedenti, ai fini della riduzione del capitale sociale, le modalità con cui le disponibilità della società possono essere intaccate e la necessità del previo deposito della situazione patrimoniale aggiornata, sono strumentali alla tutela, non solo dell'interesse dei soci, ma anche dei terzi; è pertanto **nulla la delibera** di azzeramento e di reintegrazione del capitale sociale che sia stata adottata in base ad una **situazione patrimoniale della società non aggiornata**, e assunta sulla base di una determinazione delle perdite al lordo delle riserve (in un caso nel quale la delibera era stata adottata in base all'ultimo bilancio, redatto un anno prima, senza che risultasse se fosse stata o meno depositata la relazione sulla situazione patrimoniale, la Corte ha precisato che il grado di aggiornamento della situazione va valutato in relazione a ciascun caso concreto, e che detta situazione patrimoniale può, eventualmente, essere anche surrogata dall'ultimo bilancio di esercizio, purché questo sia riferibile ad una data recente rispetto a quella di convocazione dell'assemblea, sempre che *medio tempore* non siano sopravvenuti fatti significativi) (07/8221).

#### **IV.4. Riferimento ai dati di bilancio.**

**1** La relazione degli amministratori sulla situazione della società, di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c., da depositare, con le osservazioni del collegio sindacale, nella sede sociale durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, ha la funzione di informare i soci dettagliatamente dell'impresa e deve porre in evidenza l'eventuale stato di crisi e le ragioni che lo hanno determinato, così da porre in grado i soci medesimi di adottare i provvedimenti opportuni ed evitare lo scioglimento, previsto dall'art. 2448 [ora 2484] c.c. **La idoneità della relazione a siffatti scopi non è di per sé incompatibile col riferimento fatto dagli amministratori a dati già esposti nel bilancio di esercizio e nella connessa relazione a quest'ultimo, quando la situazione patrimoniale da esso emergente sia atta ad evidenziare uno stato di crisi della società tale da imporre agli amministratori senza indugio la convocazione dell'assemblea straordinaria**, ai sensi dei citati artt. 2446 e 2447 c.c. (92/2764).

#### **IV.5. Criteri di redazione della situazione patrimoniale della società e singole poste di bilancio.**

**1** La relazione degli amministratori sulla situazione

patrimoniale della società, prevista dagli artt. 2446 e 2447 c.c., avendo lo scopo di informare dettagliatamente i soci sulla reale situazione patrimoniale, in modo tale da consentire all'assemblea di deliberare consapevolmente, ove ne ricorrano i presupposti, i provvedimenti previsti nelle richiamate disposizioni, deve essere redatta con criteri sostanzialmente uguali a quelli prescritti per il bilancio di esercizio. Di conseguenza, nella formazione della relazione trova applicazione anche l'art. 2425, 1° co., n. 1, c.c., secondo cui, tra l'altro, **gli immobili non possono essere iscritti a bilancio per un valore superiore al prezzo di costo**, da intendersi come spesa effettivamente sostenuta dalla società e come valore massimo dell'elemento attivo di cui si tratta (nella specie trattavasi di relazione stilata prima della entrata in vigore della l. 19 marzo 1983, n. 72) (95/4923).

**2** La disposizione, di chiara ispirazione prudenziale, per la quale nella redazione del bilancio di una società per azioni **non è consentito iscrivere all'attivo un valore di avviamento se non lo si sia acquistato a titolo oneroso** (art. 2426, n. 6, c.c.), trova applicazione anche nella redazione della situazione patrimoniale richiesta dall'art. 2446 c.c. in tema di riduzione del capitale per perdite (05/23269).

#### **IV.6. Termine per il deposito della relazione presso la sede sociale.**

**1** Al fine della validità della delibera assembleare di riduzione del capitale sociale per perdite, l'art. 2446 c.c., disponendo che la relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale, con le osservazioni del collegio sindacale, **deve restare depositata nella sede della società «durante gli otto giorni che precedono l'assemblea»**, impone, in difetto di previsioni che autorizzano di passare ad un calcolo ad ore, ovvero **di assegnare influenza alla frazione di giorno**, che detto deposito sia eseguito non oltre lo spirare del nono giorno anteriore a quello dell'assemblea, quale che sia l'orario della sua celebrazione, dato che solo in tale situazione il giorno dell'assemblea risulta «preceduto» da otto giorni di deposito (95/2968).

#### **V. Natura dell'accordo tra soci per il ripianamento delle perdite.**

**1** Nel caso in cui una s.r.l., pur in presenza di passività, non sanate, né seguite da una corrispondente riduzione del capitale, si trasformi in s.p.a., con aumento del capitale ed ingresso di nuovi soci, **l'accordo fra i vecchi ed i nuovi soci**, che intervenga contestualmente a detta operazione, e **che abbia ad oggetto l'impegno dei primi di assumere a proprio esclusivo carico le precedenti perdite**, in relazione all'interesse dei secondi di vedere coincidere il valore reale e quello nominale delle azioni sottoscritte, **integra un contratto costitutivo dell'obbligo dei vecchi soci di provvedere alla reintegrazione del capitale sociale**, del quale è diretta beneficiaria la società, e che, pertanto, è **qualificabi-**

le come contratto a favore di terzo, secondo la previsione dell'art. 1411 c.c., tenendo conto che, in difetto di quell'accordo, tale obbligo di reintegrazione del capitale non consegue da norme di legge (né, in particolare, dalle disposizioni degli artt. 2350, 2433, 2446, 2448 c.c.) (84/3534).

#### **VI. Riduzione del capitale e contestuale aumento: distinzione tra le delibere.**

**1** L'assemblea di una s.p.a. che, in presenza di una perdita di oltre un terzo del capitale sociale, provvede, ex art. 2446 c.c., alla **riduzione ed al contemporaneo aumento del capitale stesso, pone in essere due deliberazioni ontologicamente e cronologicamente distinte ed autonome fra loro**, pur se indiscutibilmente collegate sotto il profilo della subordinazione, **con la conseguente, astratta configurabilità di ragioni di nullità attinenti, rispettivamente, alla sola delibera di riduzione, ovvero alla sola delibera di ricostituzione del capitale sociale**. La prima delle due eventuali dichiarazioni di nullità (quella, cioè afferente alla riduzione del capitale) riverbera, peraltro, necessariamente i suoi effetti su quella di ricostituzione (attesone il relativo collegamento funzionale), e, conseguentemente, la travolge, sotto il profilo della nullità derivata, così che, qualora le due delibere vengano impugnate congiuntamente, le doglianze di invalidità relative a ciascuna di esse si trovano in rapporto di subordinazione e non di cumulo, e l'accoglimento di quelle relative alla delibera di riduzione non può che comportare *ipso facto* la declaratoria di nullità della delibera di aumento, con assorbimento delle relative ragioni all'uopo esposte. Da ciò consegue, ancora, che, ai fini dell'esame, da parte del giudice di secondo grado, delle ragioni di nullità relative alla seconda delibera (il cui esame era risultato ormai precluso per assorbimento in primo grado), non ne occorre la riproposizione nelle forme dell'appello incidentale, essendo sufficiente, all'uopo, un'istanza di riesame formulata (come nella specie) nella comparsa di costituzione da parte dell'appellato (99/12347).

#### **VII. Gli opportuni provvedimenti.**

**1** In tema di obbligo degli amministratori di convocazione dell'assemblea dei soci nell'ipotesi di cui all'art. 2446 c.c., quantunque la norma non specifichi quali possano essere gli opportuni provvedimenti da prendersi da parte dell'assemblea, è **indubbio che deve trattarsi di decisioni idonee se non ad eliminare, quanto meno a ridurre la diminuzione del capitale a meno di un terzo** (versamenti dei soci, riduzione del capitale ecc.); pertanto nessuna incidenza, in tale direzione, ha di per sé il semplice «rinvio a nuovo» delle perdite disposto dall'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio (e non da quella convocata *ad hoc* ex art. 2446 c.c.), tanto più in assenza della diminuzione delle perdite (C. pen. 14-3-2000).

#### **VIII. La riduzione facoltativa per perdite inferiori al terzo del capitale.**

**1** La riduzione facoltativa del capitale sociale per perdite inferiori al terzo è **un'operazione destinata per sua stessa natura ad incidere sull'assetto sociale**, e quindi ad interferire nella sfera soggettiva dei soci, in particolare sul loro diritto alla distribuzione degli utili, nonché a spiegare influenza sui diritti dei terzi, e segnatamente dei creditori sociali, le cui ragioni sono garantite proprio dal capitale sociale; essa non è contemplata specificamente né dall'art. 2445 c.c., che si riferisce alla diversa ipotesi di esuberanza [*ora riduzione volontaria*] del capitale, né dagli artt. 2446 e 2447, che prevedono la riduzione obbligatoria per perdite, ma **deve ugualmente attuarsi secondo un modello predefinito che offra adeguate garanzie di protezione ad entrambe le predette categorie di soggetti**; nel silenzio del legislatore, la sua disciplina dev'essere ricavata, ai sensi dell'art. 12, 2° co., disp. prel., c.c., dai **principi generali desumibili dall'art. 2446**, con gli adattamenti resi necessari dalla discrezionalità dell'operazione, connessa alla minore entità della perdita: **ne consegue che l'amministratore**, mentre non è tenuto a convocare senza indugio l'assemblea, **deve rendere edotti i soci dell'effettivo stato patrimoniale della società, mediante una situazione patrimoniale riferita ad una data prossima a quella dell'adunanza**; tale situazione patrimoniale può essere surrogata anche dall'ultimo bilancio di esercizio, purché sia rispettata quell'esigenza di continuità temporale, rispetto alla data di convocazione dell'assemblea, che garantisce un'idonea informazione dei soci, e non siano nel frattempo sopravvenuti fatti significativi (06/543).

#### **IX. Responsabilità in caso di inadempimento da parte di amministratori e sindaci nelle ipotesi di cui agli artt. 2446 e 2447.**

##### ***IX.1. Termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità.***

**1** È idoneo a far decorrere il *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori la pubblicazione del bilancio che riporti un risultato negativo consistente, tale da azzerare del tutto il capitale sociale e tale dunque da imporre l'adozione degli adempimenti di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. (Trib. Salerno 25-5-2010, *Not.* 10, 489).

##### ***IX.2. Quantificazione del danno.***

**1** Il danno conseguente a responsabilità di amministratori e sindaci di società fallita, **per la prosecuzione dell'attività di impresa anche dopo la perdita rilevante del capitale** ai sensi dell'art. 2447 c.c., **non può essere determinato con applicazione automatica del criterio del deficit fallimentare, dovendo, viceversa essere recuperato**, una volta accertata l'impossibilità di ricostruire i dati in modo

così analitico per individuare le conseguenze dannose dei singoli atti illegittimi ad essi imputati, **con una liquidazione in via equitativa** (12/12966; v. però Trib. Vicenza 5-6-2012, *Pluris* secondo cui) l'amministratore societario che, in presenza di una diminuzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, non provveda, in ottemperanza alla previsione di cui all'art. 2447 c.c., a convocare l'assemblea per la messa in liquidazione della società, risponde del danno subito dalla massa dei creditori dalla predetta ritardata messa in liquidazione. In circostanze siffatte, **ai fini della quantificazione del danno** arrecato dall'amministratore, in ipotesi di **mancato rinvenimento di alcun bilancio** alla data di messa in liquidazione della società **e di dubbia attendibilità della contabilità, deve aversi riguardo allo sbilancio patrimoniale esistente alla data di cessazione dell'attività di impresa in misura**

**pari alla differenza tra attivo e passivo fallimentare.**

#### X. Implicazioni per le società a partecipazione pubblica.

**1** [In tema di ricapitalizzazioni di società a partecipazione pubblica incorsa in perdite reiterate, rese possibili, in via derogatoria, onde evitarne lo scioglimento ai sensi dell'art. 2484, pur a fronte del divieto generale previsto dall'art. 6, c. 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, la relativa deliberazione deve essere adeguatamente motivata in relazione alla prevalenza dei benefici sui correlati costi (v. Corte dei Conti Lombardia 5-3-2014, [www.dirittodeiservizi pubblici.it](http://www.dirittodeiservizi pubblici.it); Corte Conti Lombardia 5-11-2010, [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it))].

## 2447 **Riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale.**

*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.*

**SOMMARIO:** I. *Deroghe alla disciplina.* - II. *Rilevanza dei risultati maturati in epoca successiva all'ultimo bilancio di esercizio.* - III. *Tempestività della convocazione dell'assemblea: riferimento al termine stabilito dall'art. 2364 per l'approvazione del bilancio.* - IV. *Riduzione e aumento del capitale.* - V. *Invalidità della delibera.* - VI. *Controllo giudiziale sulla delibera sociale.* - VII. *Il ripianamento delle perdite e sue modalità.* - VII.1. *La rinuncia di un credito.* - VII.2. *Il versamento di somme di denaro da parte dei soci.* - VIII. *Dovere di controllo da parte degli amministratori.* - IX. *Legame tra la fattispecie di cui all'art. 2447 c.c. e lo stato di insolvenza della società: rilevanza dei manifestarsi della prima situazione ai fini della prescrizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte del curatore fallimentare.*

#### I. Deroghe alla disciplina.

**1** [Ai sensi dell'art. 182 sexies l. fall., l'art. in comm. non si applica dalla data del deposito della domanda di concordato preventivo e della domanda per l'omologazione di accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f. ovvero della proposta di accordo ex 6° co. di tale articolo].

**2** [Ai sensi dell'art. 26, 1° co., d.l. n. 179/2012, nelle start-up innovative l'assemblea convocata senza indugio può, in deroga all'art., rinviare ogni decisione alla chiusura dell'esercizio successivo. In base al dettato dell'art. 4, 9° co., d.l. 3/2015, tale deroga trova applicazione anche nelle PMI innovative].

#### II. Rilevanza dei risultati maturati in epoca successiva all'ultimo bilancio di esercizio.

**1** Ai fini dell'adozione dei provvedimenti richiesti dall'art. 2447 c.c., **deve tenersi conto dei risultati**, anche eventualmente positivi, di gestione enunciati nell'apposita situazione patrimoniale sottoposta dagli amministratori all'assemblea chiamata a provvedere ai sensi del citato articolo, quando tali risultati siano **maturati in epoca successiva all'ultimo bi-**

**lancio d'esercizio** nel quale le anzidette perdite erano state registrate (04/5740).

#### III. Tempestività della convocazione dell'assemblea: riferimento al termine stabilito dall'art. 2364 per l'approvazione del bilancio.

**1** In tema di riduzione del capitale sociale per perdite, **il termine stabilito dall'art. 2364 per l'approvazione del bilancio non costituisce criterio adeguato di valutazione del rispetto**, da parte degli amministratori, **dell'obbligo di agire «senza indugio»** a norma dell'art. 2447 (07/13503).

#### IV. Riduzione e aumento del capitale.

**1** Nell'ipotesi, prevista dall'art. 2447 c.c., di ricostituzione del capitale sociale ridottosi, per la perdita di oltre un terzo dello stesso, al di sotto del minimo legale, **non è imposta l'immediata** – in considerazione dell'urgenza connessa all'altrimenti automatico scioglimento della società – **sottoscrizione del capitale medesimo** (almeno nei limiti del minimo legale) contestualmente alla delibera assembleare di ricostituzione, così che il socio non possa in alcun

modo dolersi della mancata, prima della sottoscrizione, fissazione di un termine per l'esercizio del diritto di opzione spettantegli: infatti l'automatico scioglimento della società, ai sensi dell'art. 2448 [ora 2484], n. 4, c.c., si produce salvo il verificarsi, con efficacia retroattiva, della condizione risolutiva costituita dalla reintegrazione del capitale (o dalla trasformazione della società) ai sensi dell'art. 2447 cit., sicché non la perdita del capitale in quanto tale e la sua riduzione al di sotto del minimo legale costituiscono la causa dello scioglimento, bensì la mancata reintegrazione del capitale stesso al minimo legale (o la mancata trasformazione della società), mentre la legge non impone la predetta contestualità, limitandosi, invece, il richiamato art. 2447 a richiedere che gli amministratori provvedano a convocare senza indugio l'assemblea per le deliberazioni dallo stesso previste. È tuttavia legittima la delibera assembleare che, avvenuta in assemblea la sottoscrizione del capitale ricostituito sino alla misura del minimo legale ad opera dei soci presenti, assegni ugualmente ai soci che ne abbiano diritto un **termine per l'esercizio del diritto di opzione**, quando tale assegnazione del termine sia accompagnata dalla previsione, integrante una condizione risolutiva, che l'esercizio del diritto rimuove l'acquisto da parte dei soci originari sottoscrittori del capitale ricostituito: infatti tale delibera, per quanto non contenga la fissazione di un termine per l'esercizio del diritto di opzione dei soci (artt. 2439, 2° co. e 2441 c.c.), tuttavia non viola il predetto diritto (nel suo contenuto di diritto di prelazione, quale garanzia del mantenimento della misura della partecipazione del socio alla società), in funzione del quale soltanto è prevista la fissazione preventiva del termine per la sottoscrizione, essendo, invece, tale diritto salvaguardato mediante la previsione dell'esercizio postumo (e retroattivo) rispetto all'avvenuta integrale sottoscrizione del capitale da parte degli altri soci (05/23262).

#### **V. Invalidità della delibera.**

**1** La delibera di riduzione del capitale sociale di una s.p.a., ai sensi dell'art. 2447 c.c., può essere adottata dall'assemblea straordinaria anche sulla base di una perdita accertata mediante la situazione patrimoniale allegata al bilancio di esercizio, sempreché si tratti di una situazione aggiornata ed i soci abbiano avuto la possibilità legale di esercitare il loro diritto al controllo di gestione. Pertanto, nel caso in cui in una stessa data l'assemblea ordinaria approvi il bilancio e l'assemblea straordinaria elimini le perdite, ai sensi della citata norma, la mancata osservanza delle prescrizioni relative al tempestivo deposito delle relazioni degli amministratori e dei sindaci al bilancio comporta, con l'invalidità della deliberazione dell'assemblea ordinaria, anche quella della delibera, da parte dell'assemblea straordinaria, di riduzione del capitale, che la presuppone (93/8760).

**2** In presenza di una perdita di bilancio che riduca il capitale al di sotto del limite legale, **la delibera sociale emessa a norma dell'art. 2447 c.c., ancorché l'assemblea non sia stata convocata dall'amministratore con la sollecitudine prevista dalla legge, non è viziata**, e vale a far venire meno con effetto *ex tunc* gli effetti dello scioglimento automatico della società previsto dall'art. 2448 [ora 2484], n. 4, c.c. (94/8928).

**3** L'**illegittimità della deliberazione di riduzione del capitale della società**, perché adottata in assenza di perdite che la giustificassero, **riverbera i suoi effetti anche sulla conseguente deliberazione di ricostituzione del capitale asseritamente perduto** (04/5740).

#### **VI. Controllo giudiziale sulla delibera sociale.**

**1** Il controllo giudiziale [ora notarile, essendo venuto meno, ad eccezione dell'ipotesi prevista dall'art. 2436, 3° e 4° co., c.c. il provvedimento di omologazione] sulla deliberazione sociale, adottata dall'assemblea ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2447 c.c., è di pura legittimità, essendo circoscritto alla valutazione della conformità dell'atto alla legge ed all'atto costitutivo, esclusa ogni valutazione di convenienza e di opportunità dell'operazione deliberata ed ogni possibilità di diverso apprezzamento dei dati economici posti a base della delibera (92/2764).

#### **VII. Il ripianamento delle perdite e sue modalità.**

##### **VII.1. La rinuncia di un credito.**

**1** La rinuncia ad un credito da parte del socio vale ad incrementare il patrimonio netto ed è pertanto **astrattamente idonea a concorrere al venire meno della situazione di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale** prevista dall'art. 2447 c.c. (Trib. Milano 1-4-2011, Soc. 11, 730).

##### **VII.2. Il versamento di somme di denaro da parte dei soci.**

**1** In tema di società di capitali, **non viola il principio di limitazione di responsabilità dei soci la delibera assembleare assunta a maggioranza** che, perseguendo l'obiettivo di evitare lo scioglimento della società, **deliberi di ripianare le perdite eccedenti il capitale mediante versamento di somme di denaro da parte dei soci** (Trib. Verona 21-3-2012, Soc. 12, 582).

#### **VIII. Dovere di controllo da parte degli amministratori.**

**1** Sia prima che dopo la riforma introdotta con d.lgs. n. 5 del 2003, **gli amministratori sono gravati del dovere di accertarsi che la società operi nella costante integrità del capitale sociale**, dovendo essi, qualora tale condizione sia venuta meno, convocare l'assemblea *ex art.* 2447 c.c. per l'eventuale ricapitalizzazione ovvero porre la società in liquidazione (Trib. Milano 14-2-2011, *Pluris*).

**IX. Legame tra la fattispecie di cui all'art. 2447 c.c. e lo stato di insolvenza della società: rilevanza del manifestarsi della prima situazione ai fini della prescrizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte del curatore fallimentare.**

**1** L'azione di responsabilità proposta in caso di fallimento della società a responsabilità limitata, dal curatore del fallimento, in luogo dei creditori sociali, nei confronti degli amministratori, è soggetta al termine di prescrizione quinquennale, che inizia a decorrere dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti e può anche essere anteriore alla data dell'apertura della procedura concorsuale. L'onere di provare che l'insufficienza del patrimonio sociale si è manifestata ed è divenuta cono-

scibile prima della dichiarazione di fallimento grava sull'amministratore che eccede la prescrizione e non può essere assolto mediante la deduzione secondo cui l'insufficienza patrimoniale si sarebbe manifestata al momento della denuncia, da parte degli amministratori, di perdite d'esercizio tali da denotare una grave crisi finanziaria e imporre l'immediata adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 2447 c.c., in quanto l'incapienza, che consiste nell'eccedenza delle passività sulle attività, non corrisponde alla perdita integrale del capitale sociale, che può sussistere anche in caso di pareggio tra attivo e passivo, e neppure corrisponde allo stato d'insolvenza che legittima la dichiarazione di fallimento, trattandosi di una situazione di squilibrio patrimoniale che può anche essere anteriore o posteriore ad essa (10/17121).

## 2481 Aumento di capitale.

*L'atto costitutivo può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale, determinandone i limiti e le modalità di esercizio; la decisione degli amministratori, che deve risultare da verbale redatto senza indugio da notaio, deve essere depositata ed iscritta a norma dell'art. 2436.*

*La decisione di aumentare il capitale sociale non può essere attuata fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti.*

**SOMMARIO:** I. *Natura della delibera assembleare di aumento del capitale e sottoscrizione da parte del socio.* - II. *Nullità della delibera di aumento del capitale per abuso di maggioranza.*

**I. Natura della delibera assembleare di aumento del capitale e sottoscrizione da parte del socio.**

**1** In materia di aumento del capitale di una società a responsabilità limitata, l'obbligo di versamento per il socio deriva non dalla deliberazione, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della quota del nuovo capitale offertagli in opzione, cioè indipendentemente dall'aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento; tale sottoscrizione è riconducibile ad un atto di natura negoziale, e precisamente da un contratto consensuale, in relazione al quale la legge non prevede l'adozione di una forma particolare. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto provata per fatti concludenti la sottoscrizione dell'aumento di capitale di una società, essendo stato dimostrato l'avvenuto versamento di tre assegni, in adempimento della

presunta sottoscrizione) (09/19813; v. però App. Campobasso 17-6-2014, *Pluris*) Sulla base dell'art. 2481 c.c. è possibile effettuare una sorta di distinguo tra la fase in cui, all'interno del Consiglio di Amministrazione venga deliberato un aumento del capitale sociale offrendo quote di emissione in opzione ai soci e proporzionalmente alla partecipazione come già detenuta, e la fase di esecuzione effettiva della suddetta deliberazione nella quale soltanto i medesimi soci manifestano la volontà di dare seguito all'atto di natura negoziale deliberato in assemblea a nulla rilevando i comportamenti materiali posti in essere dal socio successivamente alla deliberazione dell'[aumento di] capitale sociale che non si siano sostanziati nella sottoscrizione.

**II. Nullità della delibera di aumento del capitale per abuso di maggioranza.**

**1** V. sub artt. 2377 e 2379.

## 2481 bis Aumento di capitale mediante nuovi conferimenti.

*In caso di decisione di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute. L'atto costitutivo può prevedere, salvo per il caso di cui all'art. 2482 ter, che l'aumento di capitale possa essere attuato anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi; in tal caso spetta ai soci che non hanno consentito alla decisione il diritto di recesso a norma dell'art. 2473.*

La decisione di aumento di capitale prevede l'eventuale soprapprezzo e le modalità ed i termini entro i quali può essere esercitato il diritto di sottoscrizione. Tali termini non possono essere inferiori a trenta giorni dal momento in cui viene comunicato ai soci che l'aumento di capitale può essere sottoscritto. La decisione può anche consentire, disciplinandone le modalità, che la parte dell'aumento di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o da terzi.

Se l'aumento di capitale non è integralmente sottoscritto nel termine stabilito dalla decisione, il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione medesima lo abbia espressamente consentito.

Salvo quanto previsto dal secondo periodo del quarto comma e dal sesto comma dell'art. 2464, i sottoscrittori dell'aumento di capitale devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento della parte di capitale sottoscritta e, se previsto, l'intero soprapprezzo. Per i conferimenti di beni in natura o di crediti si applica quanto disposto dal quinto comma dell'art. 2464.

Se l'aumento di capitale è sottoscritto dall'unico socio, il conferimento in danaro deve essere integralmente versato all'atto della sottoscrizione.

Nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito.

**SOMMARIO:** I. *Revoca della rinuncia o del mancato esercizio del diritto di opzione.* - II. *Aumento del capitale e diritto d'opzione.* - III. *Termini e modalità di esercizio di diritto di opzione.*

### **I. Revoca della rinuncia o del mancato esercizio del diritto di opzione.**

**1** La rinuncia o il mancato esercizio del diritto di opzione relativo all'aumento di capitale di una società non è suscettibile di revoca, ai sensi dell'art. 2901, al fine di consentire al creditore di sostituirsi al debitore nell'esercizio dell'opzione stessa, perché effetto della revoca è la declaratoria di inefficacia dell'atto revocato e il conseguente assoggettamento del bene oggetto della rinuncia all'azione esecutiva. La revoca è tuttavia consentita quando l'opzione costituisce un bene in sé, dotato di autonomo valore di mercato, e in questo caso l'azione esecutiva dovrà svolgersi nel rispetto della disciplina dettata dall'art. 2471. Di conseguenza, nell'ambito della disciplina della s.r.l. la revoca è subordinata alla dimostrazione che il diritto di opzione sia suscettibile di alienazione secondo la legge di circolazione delle quote stabilita dallo statuto sociale (07/10879).

### **II. Aumento del capitale e diritto d'opzione.**

**1** Deliberato da una s.r.l. l'aumento del cap. sociale,

il diritto di opzione sulle quote può formare oggetto di rinuncia e, quando sia stato esercitato, di risoluzione consensuale, intervenuta la quale l'aumento in questione resta fermo ove le quote siano sottoscritte da altri soci (o da terzi se consentito), mentre in caso contrario opera l'art. 2439, 2° co. [ora 2481 bis, 3° co.], c.c., sull'obbligatorietà del vincolo dei sottoscrittori, salva, se l'aumento stesso non sia possibile, la modifica dell'atto cost., con il sistema di pubblicità di cui all'art. 2436 c.c. (richiamato dall'art. 2494 [ora 2480] c.c.) a tutela dei terzi (84/3945).

### **III. Termini e modalità di esercizio del diritto di opzione.**

**1** L'art. 2481 bis c.c. va interpretato nel senso che anche quando il socio è presente in assemblea devono essere previsti modalità e termini di esercizio del suo diritto di opzione che non vanifichino nei fatti il diritto medesimo, rendendolo una mera enunciazione teorica (Trib. Milano 13-5-2011, Soc. 11, 856).

## **2481 ter** Passaggio di riserve a capitale.

La società può aumentare il capitale imputando ad esso le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili.

In questo caso la quota di partecipazione di ciascun socio resta immutata.

## **2482** Riduzione del capitale sociale.

La riduzione del capitale sociale può avere luogo, nei limiti previsti dal numero 4) dell'art. 2463, mediante rimborso ai soci delle quote pagate o mediante liberazione di essi dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti.

La decisione dei soci di ridurre il capitale sociale può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese della decisione medesima, purché en-

*tro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.*

*Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato un'ideona garanzia, dispone che l'esecuzione abbia luogo nonostante l'opposizione.*

### **I. Opposizione dei creditori.**

**1** La legittimazione dei creditori sociali anteriori all'iscrizione nel Registro delle imprese della delibera di riduzione del capitale sociale, a proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 2482 c.c., non richiede il carattere incontestato del credito «presupposto», essendo sufficiente che la pretesa «presupposta» risulti fondata su rapporti sorti anteriormente alla deliberazione opposta e non appaia pretestuosa (Trib. Milano 12-3-2015, *Pluris*).

**2** L'istituto di credito in cui favore sia stata prestata garanzia da parte della controllante di una società debitrice del primo è legittimato a proporre opposizione ai sensi dell'art. 2482, 2° co., c.c., avverso la delibera di riduzione del capitale sociale della società garante (Trib. Verona 28-3-2013, *Il caso*).

**3** L'art. 2482, 2° co., c.c., richiede, quale presupposto per l'accoglimento della opposizione alla riduzione del capitale sociale, non già che l'operazione abbia effettivamente recato pregiudizio all'opponente ma che sia idonea a provocare tale effetto e la relativa valutazione deve essere necessariamente effettuata secondo un criterio prognostico. Tenuto conto di tale parametro di giudizio possono considerarsi univocamente indicativi del carattere pregiudizievole per le ragioni di credito dell'attrice, della operazione di riduzione di capitale l'entità delle riduzioni di capitale operate sia dalla società debitrice che dalla garante di questa, ancor più quando esse siano state tali da richiedere la loro trasformazione in s.r.l., senza obbligo di collegio sindacale (Trib. Verona 28-3-2013, *Il caso*).

**4** Se è vero che la riduzione del capitale sociale mediante accantonamento in riserve disponibili non comporta la diminuzione del patrimonio sociale e non arreca, quindi, un immediato pregiudizio ai

creditori della società, è anche vero che le attività costituenti la contropartita delle riserve disponibili iscritte in un luogo del capitale possono essere poi distribuite ai soci, senza alcun controllo da parte dei creditori; deve, pertanto, essere consentito ai creditori, ai sensi dell'art. 2482, 2° co., c.c., di opporsi alla delibera di riduzione del capitale adottata con le citate modalità, in quanto idonea a recar loro pregiudizio (Trib. Ravenna 23-8-2013, *Il caso*).

**5** Sebbene l'art. 2482 c.c. non individui il rito applicabile, l'opposizione del creditore ivi contemplata va necessariamente proposta con atto di citazione, in quanto è diretta ad ottenere una pronuncia che dichiari l'inefficacia della delibera di riduzione del capitale sociale, con la precisazione che il presupposto per il suo accoglimento, ossia il «pericolo di pregiudizio per i creditori opponenti», è tipico di un procedimento cautelare (Trib. Verona 15-5-2013, *Soc.* 13, 859; Trib. Verona 28-3-2013, *Pluris*).

**6** Nel corso del giudizio di opposizione alla operazione di riduzione del capitale sociale di una società a responsabilità limitata può aprirsi, su iniziativa della società, la fase incidentale di cui al 3° co. dell'art. 2482 c.c., nella quale essa, pur a fronte dell'opposizione dei creditori, può ottenere, in via sommaria, di eseguire la delibera di riduzione, facendo constatare l'inesistenza del «pericolo di pregiudizio per i creditori» ovvero prestando idonea cauzione. Da tale disciplina si ricava che l'efficacia della delibera è sospensivamente condizionata alla mancanza di opposizioni, da proporsi nel termine di novanta giorni dall'iscrizione della delibera stessa nel registro delle imprese (Trib. Verona 28-3-2013, *Il caso*).

**7** V. anche *sub art.* 2445.

## **2482 bis** Riduzione del capitale per perdite.

*Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti.*

*All'assemblea deve essere sottoposta una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni nei casi previsti dall'art. 2477 del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, copia della relazione e delle osservazioni deve essere depositata nella sede della società almeno otto giorni prima dell'assemblea, perché i soci possano prenderne visione.*

*Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione prevista nel precedente comma.*

*Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il soggetto incaricato di effettuare la revisione dei conti nominati ai sensi dell'art. 2477 devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.*

*Il tribunale, anche su istanza di qualsiasi interessato, provvede con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.*

*Si applica, in quanto compatibile, l'ultimo comma dell'art. 2446.*

**SOMMARIO:** I. *Deroghe alla disciplina.* - II. *L'informazione dei soci.* - III. *La relazione sulla situazione patrimoniale.* - IV. *Nozione di perdita rilevante.* - V. *Perdita di capitale e ripianamento da parte dei soci: deliberazione a maggioranza.*

### **I. Deroghe alla disciplina.**

**1** [Ai sensi dell'art. 182 sexies l. fall., il 4°, 5° e 6° co. non si applicano dalla data del deposito della domanda di concordato preventivo e della domanda per l'omologazione di accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f. ovvero della proposta di accordo ex 6° co. di tale articolo].

**2** [Ai sensi dell'art. 26, 2° co., d.l. n. 179 del 2012, nelle start-up innovative il termine di cui al 4° co. è posticipato al secondo esercizio successivo. In base al dettato dell'art. 4, 9° co., d.l. n. 3 del 2015, tale deroga trova applicazione anche nelle PMI innovative].

### **II. L'informazione dei soci.**

**1** L'art. 2482 bis, 2° co., non consente una clausola statutaria che escluda ogni forma di previa informazione dei soci riguardo alla relazione sulla situazione patrimoniale (Trib. Napoli 28-12-2004, Soc. 05, 375).

### **III. La relazione sulla situazione patrimoniale.**

**1** In ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, l'approvazione da parte dell'assemblea dello stato patrimoniale presentato da un solo membro del c.d.a., che non sia frutto di un'attività collegiale del c.d.a., non soddisfa i requisiti richiesti dalla legge, ricavabili anche dall'art. 2482 bis, 2° co., disposizione nella quale, in

ipotesi simile a quella considerata (riduzione del capitale sociale per perdite), è specificamente previsto che debba essere sottoposta all'assemblea una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, la quale non può essere certamente frutto dell'attività autonoma di singoli consiglieri, non collegialmente condivisa (Trib. Milano 21-10-2004, Corr. mer. 05, 37).

**2** V. anche *sub art.* 2446.

### **IV. Nozione di perdita rilevante.**

**1** È legittimo utilizzare il versamento spontaneo di un socio per la copertura di perdite in sostituzione, a seconda dell'incidenza delle perdite sul capitale, dei provvedimenti previsti dagli artt. 2482 bis o 2482 *ter* (Trib. Milano 21-12-2005, Soc. 06, 1514).

**2** V. anche *sub art.* 2446.

### **V. Perdita di capitale e ripianamento da parte dei soci: deliberazione a maggioranza.**

**1** In tema di società di capitali, non viola il principio di limitazione di responsabilità dei soci la delibera assembleare assunta a maggioranza che, perseguendo l'obiettivo di evitare lo scioglimento della società, deliberi di ripianare le perdite eccedenti il capitale mediante versamento di somme di denaro da parte dei soci (Trib. Verona 21-3-2012, Soc. 12, 582).

## **2482 *ter* Riduzione del capitale al disotto del minimo legale.**

*Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'art. 2463, gli amministratori 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.*

*È fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione della società.*

**SOMMARIO:** I. *Deroghe alla disciplina.* - II. *Invalidità della delibera di aumento e riduzione del capitale conseguente alla invalidità della delibera di approvazione del bilancio evidenziante le perdite di capitale.* - III. *Limitazioni o esclusioni del diritto di sottoscrizione del socio.*

### **I. Deroghe alla disciplina.**

**1** [Ai sensi dell'art. 182 sexies l. fall., l'art. in comm. non si applica dalla data del deposito della domanda di concordato preventivo e della domanda per l'omologazione di accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall. ovvero della proposta di accordo ex 6° co. di tale articolo].

**2** [Nelle start-up innovative l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore

re al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo. Fino alla chiusura di tale esercizio non opera la causa di scioglimento della soc. per riduzione o perdita del cap. soc. ex art. 2484, n. 4. Se entro l'esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo legale, l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve deliberare ex art. in comm. (art. 26 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221). Tale deroga trova applicazione anche nelle PMI innovative in base al dettato

dall'art. 4, 9° co., d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 convertito in l. 24 marzo 2015, n. 33].

**II. Invalidità della delibera di aumento e riduzione del capitale conseguente alla invalidità della delibera di approvazione del bilancio evidenziante le perdite di capitale.**

**1** In applicazione dei principi generali in tema di collegamento negoziale, l'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio determina l'invalidità della conseguente deliberazione di aumento e riduzione del capitale adottata ai sensi dell'art. 2482 *ter* c.c., allorquando la prima deliberazione esponga perdite di esercizio superiori a quelle reali (Trib. Catania 23-6-2011, *Vita not.* 11, 1603).

**III. Limitazioni o esclusioni del diritto di sottoscrizione del socio.**

**1** Nel caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, ogni limitazione o esclusione del diritto di sottoscrizione del socio va esclusa alla luce della espressa salvezza dell'art. 2482 *ter* c.c. fatta da parte dell'art. 2481 *bis* c.c. In questo senso, **deve considerarsi illegittima la delibera assembleare che imponga al socio assente di sottoscrivere in sede di aumento del capitale conseguente alla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, l'intera misura della sua partecipazione sociale** (Trib. Verona 21-3-2012, *Soc.* 12, 58).

## 2482 *quater* Riduzione del capitale per perdite e diritti dei soci.

*In tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci.*