

Trasformazione di s.p.a. (o s.r.l.) con perdite superiori al capitale sociale.

In caso di società di capitali con patrimonio netto negativo, è legittimo deliberare la trasformazione in società di persone senza necessità di alcun preventivo intervento sul capitale sociale (al fine di ricapitalizzare la società e ricostituire così un patrimonio netto positivo).

1) La fattispecie ed il quesito.

Le ipotesi previste dagli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. sono pacificamente applicabili anche al caso in cui la società riporti una perdita superiore all'importo del capitale sociale e quindi versi in una situazione nella quale il suo patrimonio netto ha un valore negativo.

In tale situazione la società è costretta ad assumere uno degli opportuni provvedimenti necessari a rimuovere lo stato di scioglimento, tra i quali vi sono quelli tipizzati della "riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società".

A fronte di tale estrema situazione, si pone il dubbio se sia possibile deliberare la trasformazione in società di persone senza dover necessariamente e preventivamente ricapitalizzare, almeno in parte, la società, onde dotarla di un capitale sociale che abbia effettivamente un valore "positivo".

2) La soluzione.

Si ritiene di poter dare al quesito una risposta affermativa.

Appare quindi lecito deliberare, nella situazione presupposta, la trasformazione in società di persone delle società di capitali in perdita e con patrimonio netto negativo risultante dalla situazione patrimoniale posta a base dell'operazione: ciò senza alcuna necessità di un preventivo intervento sul capitale sociale, al fine di una sua ricostituzione ad un valore almeno superiore allo zero.

Evidentemente la questione non si pone allorché le perdite siano superiori al terzo del capitale e lo riducano al di sotto del limite legale, ma non ad un valore negativo: in tal caso, la società di persone risultante dalla trasformazione sarebbe infatti dotata di un patrimonio netto "positivo" idoneo a coprire il valore imputato a capitale sociale.

3) La motivazione: il dato letterale.

Il primo ordine di considerazioni poggia sul dato letterale offerto dagli artt. 2447, 2482 *ter* e

2500 del Codice Civile.

L'interpretazione preferibile della prima norma (art. 2447 c.c.) è nel senso che la possibilità di deliberare la trasformazione della società sia prevista come provvedimento che l'assemblea può assumere in alternativa alla riduzione del capitale ed alla sua contestuale ricostituzione almeno al minimo legale. La diversa lettura, che ritiene imprescindibile la preventiva riduzione del capitale, sembra non tener conto che la disposizione lega tra loro ("ed") la riduzione e la ricostituzione, mentre le separa (disgiunzione "o" preceduta da una virgola) dalla trasformazione.

L'art. 2482 *ter c.c.*, primo comma, in materia di società a responsabilità limitata, ancor più chiaramente conduce l'interprete verso la soluzione proposta: l'assemblea deve essere convocata per deliberare la riduzione del capitale e la sua contestuale ricostituzione; solo al comma successivo è prevista, autonomamente, la possibilità di deliberare la trasformazione.

Pur nella consapevolezza delle diversità dei capi V e VII che regolano le S.P.A. e le S.R.L., si ritiene che gli interessi coinvolti e tenuti in considerazione dal legislatore nella fattispecie siano coincidenti: dunque, se per queste ultime (S.R.L.) la norma pare proporre senza dubbio l'alternatività tra i due rimedi elencati (riduzione e ricostituzione del capitale da un lato, trasformazione dall'altro), non sarebbe comprensibile perchè analoga soluzione non debba operare per le S.P.A....

L'art. 2500 c.c. detta espressamente per la trasformazione "in" società di capitali la regola dell'atto pubblico contenente le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato e per le società di capitali è previsto anche il "capitale sociale".

Anche se a tale norma si intende attribuire una "valenza generale superiore" per il tipo "società di persone" non è prevista nell'atto costitutivo alcuna indicazione circa il capitale sociale essendo queste società governate dal principio della presenza dei conferimenti (art. 2295 n. 6: i conferimenti di ciascun socio, il valore ad essi attribuito e il modo di valutazione).

Nelle società di persone commerciali vi è soltanto una peculiare nozione di capitale sociale che discende dalle norme contenute negli articoli 2303 e 2306 c.c.; in particolare l'art 2303 rileva nella fattispecie come infra precisato.

Nelle società di persone anche quando le perdite abbiano eroso interamente l'ammontare dei conferimenti ovvero il capitale sociale, non si configura ipotesi di scioglimento (arg. ex art. 2272 c.c.)

4) *Segue: il dato sistematico.*

In primo luogo deve constatarsi che oggi appare sicura la configurabilità della c.d.

"trasformazione liquidativa"¹, cui ricorre una società di capitali che versa in stato di liquidazione semplicemente per agevolare il procedimento e/o renderlo meno oneroso, senza eliminare preventivamente la causa di scioglimento (nel caso di specie senza dover ricostituire il capitale eroso per perdite almeno al minimo legale) e senza revocare la liquidazione stessa.

Cio' posto *a fortiori* ci sembra di poter affermare la legittimità della trasformazione della società, senza preventiva riduzione e ricostituzione del capitale sociale, quando il tipo sociale di destinazione sia una società di persone per la quale la perdita del capitale non costituisce neppure causa di scioglimento.

Un altro elemento determinante a favore della soluzione prospettata, è rappresentato dal fatto che la trasformazione omogenea di società di persone e/o di capitali è inquadrata oggi, pacificamente², come un evento meramente modificativo e non estintivo-costitutivo³. Essa è un fenomeno evolutivo del soggetto giuridico: se può quindi legittimamente dubitarsi della possibilità di *costituire* una società di persone con un patrimonio netto non positivo poiché in tal caso potrebbe difettare la causa del contratto di società (art. 2247 c.c.), è invece pacifico che essa possa trovarsi ad operare con un patrimonio netto negativo *durante la sua evoluzione (esistenza)*, senza per questo subire alcuna limitazione – salva la previsione dell'art. 2303, comma secondo, in relazione alla distribuzione degli utili – e che possa trovarsi in tale situazione proprio a seguito di una trasformazione da un tipo di società di persone ad un altro tipo di società di persone (da s.a.s., ad

¹ Già prima della riforma la dottrina era ampiamente favorevole a questa ipotesi: vedi, *ex multis*, O. CAGNASSO, *La trasformazione*, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1990, p. 95; G. AMADIO, *La trasformazione a fini liquidativi*, in *Riv. not.*, 1987, 263; G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 7***, Torino, 1997, p. 109, ove anche ampi riferimenti bibliografici; L. DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998, p. 162 ss.. La giurisprudenza ha lungamente dibattuto al riguardo, ma già dal 1996 le autorevoli *Massime del Tribunale di Milano in tema di omologazione*, in *Riv. soc.*, 1996, 269 ed ivi p. 272, si esprimevano positivamente.

Il legislatore della riforma ha indirettamente confermato la legittimità della soluzione, addirittura contemplando all'art. 2499 la possibilità di una trasformazione in pendenza di procedura concorsuale: vedi sul punto i commenti univoci di D. U. SANTOSUOSSO, *Art. 2499*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004, p. 2499; C. MOSCA, *Art. 2499*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, *Trasformazione, Fusione, Scissione*, Milano, 2006, p. 52 ss.; G. CESARONI, *Art. 2499*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. M. ALBERTI, volume IV, Padova, 2005, pp. 2458-2459.

² L'art. 2498 c.c. sancisce espressamente la "continuità dei rapporti giuridici", già peraltro affermata dall'art. 2498, comma terzo, ante riforma ("La società... conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione"). Già prima della riforma la conclusione era sostanzialmente condivisa da dottrina e giurisprudenza: vedi in proposito, *ex multis*, F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1989, p. 125; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, VIII, Padova, 1985, p. 187 ss.; M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996, p. 24; G. CABRAS, *op. cit.*, p. 5 ss. e 196 ss.; L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 43 ss.; in giurisprudenza Cass., 4 agosto 2000, n. 10254, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 1710, e Cass., 28 aprile 1999, n. 4270, in *Giur. comm.*, 2000, II, 580.

³ In questo equivoco cadeva la giurisprudenza che negava, nel caso di specie, la legittimità della delibera di trasformazione senza il preventivo ripianamento delle perdite e la ricostituzione del capitale ad un valore almeno positivo: così Trib. Genova, 25 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 740 e Cass., sez. V pen., 18 febbraio 1992, in *Riv. pen. economia*, 1992, 575.

esempio, in s.n.c.).

Se quanto appena affermato è corretto, allora non è dato fornire diverso trattamento quando la società di persone origina da trasformazione regressiva; in altre parole non si capisce per quale ragione la stessa soluzione non possa ammettersi se la società di persone è la risultante della trasformazione di una società di capitali con patrimonio netto negativo⁴.

Il capitale nelle società di persone, del resto, assume un ruolo diverso rispetto a quello svolto nelle società di capitali dove le norme in materia di formazione, conferimenti ed effettività nel tempo del dato nominale si giustificano a fronte della limitazione di responsabilità di cui godono i soci. Laddove invece soccorra una responsabilità illimitata di questi ultimi, il capitale perde talune funzioni ed assume principalmente un ruolo organizzativo interno alla struttura societaria, destinato a regolare i rapporti economici e amministrativi tra i soci e tra questi e la società: ne discende la sufficienza del riferimento al dato nominale, ancorché esso non sia materialmente esistente.

Ciò è confermato anche dalla disciplina della costituzione delle società di persone, allorché la stima dei conferimenti non in denaro – art. 2295, primo comma, n. 6 – è rimessa alla valutazione discrezionale dei soci; e da quella delle fasi successive, poiché nessun obbligo è imposto dal legislatore né per la verifica della valutazione dei conferimenti in natura in caso di aumento del capitale, né nel caso di perdite che lo abbiano assorbito, anche interamente.

5) *Segue: gli interessi coinvolti e la lettura riduttiva delle norme in esame.*

Anche secondo questo approccio, si ritiene che la soluzione proposta non danneggi alcuno – ed anzi protegga maggiormente taluni – degli interessi coinvolti, pur se la trasformazione è deliberata a maggioranza.

Dal punto di vista dei creditori sociali, infatti, l'effetto sarà quello di aggiungere alla responsabilità della società ante-trasformazione quella, illimitata, dei soci, salvo l'eccezione dei futuri accomandanti.

⁴ In questo senso, correttamente, Trib. Verona, 11 marzo 1999, in *Società*, 1999, 1102, con nota di ALBANESE e in *Notariato*, 2000, 333, con nota favorevole di FRANCO, *Trasformazione di s.r.l. in s.a.s. in presenza di perdita totale del capitale sociale*; Trib. Latina 11 maggio 2000, in *Giur. romana*, 2000, 377; Trib. Milano 5 ottobre 1998, in *Notariato*, 1999, 286 ed ivi 287; Trib. Alba 22 aprile 1998, in *Società*, 1998, 1438 con commento di DELUCCHI; Trib. Verona 27 settembre 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 2051 con nota di MORERA e in *Giur. merito*, 1987, I, 339 con nota contraria di PAZZAGLIA, *Perdita del capitale sociale e trasformazione da s.r.l. a s.n.c.*; App. Venezia 18 dicembre 1985, in *Giur. merito*, 1987, I, 339.

Un'autorevole dottrina R. NOBILI e M. S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 6*, Torino, 1993, pp. 325 e 389, sembra esprimere parere contrario, ma in entrambi gli accenni alla problematica (p. 325: "sembra però più corretto ritenere che il capitale della società debba essere integralmente coperto al momento in cui essa *inizia* la propria attività"; e p. 389: "se il patrimonio netto è uguale a zero o è addirittura negativo... la trasformazione in società di persone è consentita soltanto se si ammette che le società di persone possano essere *costituite* anche senza capitale") muove da una ormai superata assimilazione del fenomeno trasformazione a quello costituzione.

Dal punto di vista dei soci, invece, la delibera di trasformazione richiede il consenso di coloro che sono destinati ad assumere tale responsabilità (art. 2500 *sexies*, primo comma); al socio che non "ha concorso" alla deliberazione e che non assume una responsabilità illimitata è offerta invece la possibilità di recedere (artt. 2437, comma primo, lettera b), e 2473).

Infine, ad avvalorare la soluzione proposta, concorre un'ulteriore considerazione di "sistema". Infatti, scegliere di imporre la preventiva riduzione del capitale sociale per perdite anche quando essa non sia propedeutica alla sua contestuale ricostituzione renderebbe, di fatto, impraticabile la trasformazione in società di persone della società di capitali con patrimonio netto negativo: coerentemente, si dovrebbe allora affermare che gli artt. 2447 e 2482 *ter* non sono integralmente applicabili alle ipotesi di società che hanno interamente perduto il capitale sociale.