

Nota a:

Corte Appello Bari , 06/09/2006

(1-2) L'ampliamento dell'autonomia privata in tema di scioglimento delle società di capitali

Giur. comm. 2008, 1, 128

Claudio Bolognesi

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. Mezzi "atipici" di risanamento delle perdite: novità dalla riforma? - 3. La competenza residuale del tribunale nella fase di scioglimento della società.

1. *Il caso.* - Con il provvedimento che si annota, la Corte d'Appello di Bari, riformando in parte la decisione del giudice di prime cure, si occupa direttamente della tematica dei (ridotti) poteri dell'autorità giudiziaria in materia di scioglimento delle società di capitali e di nomina dei liquidatori, e indirettamente della *vexata quaestio* dell'ammissibilità dei mezzi atipici di risanamento delle perdite del capitale sociale.

Al di là delle fondate obiezioni che possono rivolgersi alle argomentazioni della Corte d'Appello, soprattutto in merito alla seconda delle questioni menzionate, il provvedimento in esame assume rilievo per la chiarezza con la quale si recepiscono le novità in materia di scioglimento di società di capitali apportate dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

Oggetto della controversia all'esame dei giudici baresi erano il presunto verificarsi dello scioglimento di una s.r.l. per riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, in assenza degli opportuni provvedimenti assembleari di contrasto, e il potere del Tribunale, una volta accertato lo scioglimento, di nominare i liquidatori, perdurando l'inerzia dell'assemblea.

In particolare, per effetto di consistenti perdite del capitale sociale, quest'ultimo si era azzerato e gli amministratori non avevano convocato l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento ad una cifra almeno pari al minimo di legge, come prescriveva l'art. 2447 c.c., dettato per le s.p.a., e richiamato dal vecchio art. 2496 c.c. per le s.r.l. (dopo la riforma societaria, il nuovo art. 2482-ter c.c. contiene la specifica disciplina per le s.r.l.).

Due socie della medesima s.r.l. ricorrevano pertanto al Tribunale di Bari richiedendo la nomina di un liquidatore per la società, invocando l'applicazione del disposto dell'attuale art. 24872 c.c.

La società resisteva affermando l'inesistenza della causa di scioglimento in questione, giacché le passività denunciate erano state di fatto "annullate" dal versamento di una cospicua somma di denaro da parte del Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Il giudice di primo grado, dopo aver disposto una consulenza tecnica, che aveva accertato l'inidoneità del suddetto versamento a coprire le perdite in difetto sia di una formale rinuncia alla restituzione sia di una delibera di riduzione del capitale e contemporanea ricostituzione, accoglieva il ricorso, dichiarando lo scioglimento della società e nominando un liquidatore.

A seguito del reclamo della società, che asseriva di aver deliberato il ripianamento delle perdite a mezzo di finanziamenti dei soci e la ricostituzione al minimo del capitale, la Corte di Appello di Bari riforma parzialmente il decreto del Tribunale, revocando la nomina del liquidatore, ma confermando la legittimità della dichiarazione giudiziale della causa di scioglimento della società.

La decisione *de qua* si fonda sull'interpretazione di tre articoli del codice civile (2482-ter, 2485, 2487), tutti modificati dalla riforma societaria.

Sulla base del rinnovato art. 2482-ter c.c., che, ispirandosi alla disciplina dell'art. 2447 c.c. per le s.p.a., ha regolato per la prima volta in modo autonomo la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale per le s.r.l., i giudici baresi riconoscono il verificarsi di una causa di scioglimento della società, per non aver l'assemblea adottato quei provvedimenti tipici del menzionato articolo, idonei a risanare le perdite del capitale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 24852 c.c., la Corte convalida l'operato del Tribunale che, a seguito dell'omesso accertamento della causa di scioglimento ad opera degli amministratori, aveva direttamente provveduto a ciò su istanza di alcune socie.

Da ultimo però, il giudice di secondo grado, facendo leva sulla corretta interpretazione dell'art. 24872 c.c., nega il potere del Tribunale, in sede di accertamento della causa di scioglimento, di nominare direttamente i liquidatori, difendendo la competenza dell'assemblea, all'uopo convocata dagli amministratori, di scegliere se rimuovere la causa di scioglimento o se nominare i liquidatori.

Il decreto della Corte d'Appello, apprezzabile per la chiarezza espositiva del ragionamento con cui si afferma la competenza sussidiaria e residuale dell'autorità giudiziaria sia nell'accertamento delle cause di scioglimento delle società di capitali sia nell'adozione dei provvedimenti conseguenti, si espone ad alcune critiche in ordine all'eccessiva sicurezza che regge l'accertamento positivo del presupposto fattuale della riduzione del capitale al di sotto del minimo legale e della sua mancata ricostituzione.

Da queste critiche prenderà avvio il commento al presente decreto, per giungere infine alla ricognizione dell'attuale disciplina della ripartizione di compiti tra società e organo giudiziario in sede di scioglimento, allo scopo di evidenziare l'ampliamento dell'autonomia privata che ne è derivata alla prima dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 6 del 2003.

2. *Mezzi "atipici" di risanamento delle perdite: novità dalla riforma?* - Come si diceva pocanzi, desta perplessità soprattutto l'accertamento che la Corte d'Appello fa, in via incidentale e in continuità con la pregressa valutazione del Tribunale, in ordine al verificarsi della causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale.

In particolare, non sembra di poter soprassedere qui alla carenza di argomentazioni con le quali, nel procedimento logico seguito dal giudice di secondo grado, si vorrebbe trasformare in dato acquisito un tema ancora controverso in dottrina e giurisprudenza. Ci si riferisce evidentemente alla possibilità di utilizzare versamenti dei soci per ripianare le perdite, anche al di fuori dei canali tipizzati dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c., rispettivamente per s.p.a. ed s.r.l.

Prima di affrontare (non di risolvere, vista la complessità) questo tema, pare necessaria un'esegesi della fattispecie all'esame della Corte, pur nella consapevolezza che i pochi dati testuali a disposizione non consentono di assumere una posizione incontrovertibile. Pare a chi scrive che davvero assuma un'importanza fondamentale qui la qualificazione giuridica dei flussi di denaro che dal presidente del consiglio d'amministrazione pervenivano alle casse della nostra s.r.l.

In effetti, leggendo il provvedimento giurisdizionale in esame, non è dato inferire con certezza la natura giuridica di tali "flussi", che certo agevolerebbe notevolmente la soluzione della controversia.

Il consulente tecnico che era stato nominato dal Tribunale aveva escluso l'utilizzabilità dei "finanziamenti infruttiferi erogati dai soci"(1) per ripianare le perdite, ma non aveva dato una definizione di questi ultimi.

Qualora si ipotizzasse di far rientrare questi ultimi nell'ambito dei versamenti a fondo perduto, *species del genus* più ampio degli apporti "fuori capitale"(2), non vi sarebbero ostacoli, secondo l'opinione preferibile, cui si aderisce, ad ammetterne l'utilizzabilità per la copertura delle perdite.

È noto infatti che i versamenti a fondo perduto, effettuati prima ancora della rilevazione contabile delle perdite, essendo imputati al patrimonio della società e restando definitivamente acquisiti a quest'ultimo senza obbligo di restituzione, impediscono la formazione stessa della perdita rilevante ex artt. 2446 e 2447 c.c. (2482-bis e 2482-ter c.c. per le s.r.l.)(3). Ed è altrettanto noto, invero, che, secondo la tesi dominante in dottrina(4) e in giurisprudenza(5), le perdite incidono sul capitale solo dopo aver eroso completamente le riserve facoltative, statutarie e legale.

Nel provvedimento che si annota, tuttavia, sembra doversi escludere che il finanziamento sia stato eseguito a fondo perduto, sia in virtù della stessa terminologia utilizzata(6), sia in considerazione del fatto che, nel ragionamento della Corte, proprio l'omessa adozione di una formale delibera di azzeramento e ricostituzione del capitale tramite tali versamenti avrebbe impedito il risanamento: al contrario, secondo quanto detto *supra*, la sopravvenienza attiva di finanziamenti a fondo perduto prima dell'accertamento delle perdite, avrebbe potuto escludere la necessità di tale delibera.

Ma ciò non implica la correttezza della tesi della Corte d'Appello, per i seguenti motivi.

Si potrebbe infatti ipotizzare che i suddetti finanziamenti fossero in realtà versamenti in conto capitale, cioè apporti fuori capitale che vengono iscritti in una riserva(7), acquisiti definitivamente al patrimonio della società e come tali utilizzabili per coprire perdite(8).

Peraltro, poiché, nel caso che ci occupa, pare che tali versamenti siano stati eseguiti prima dell'accertamento formale delle perdite, risulterebbe *inutiliter data* una delibera dell'assemblea straordinaria che provvedesse ex art. 2482-ter c.c. Infatti, la migliore dottrina ha evidenziato che le sopravvenienze attive che riportano il capitale al di sopra del minimo legale, fanno venir meno la causa di scioglimento, senza necessità di una deliberazione dell'assemblea straordinaria, giacché in tal caso non si dà luogo a modificazione dell'atto costitutivo(9).

La tesi pare oggi trovar ulteriore conferma nella riformata disciplina dello scioglimento delle società di capitali: ai sensi dell'art. 2484 c.c., la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale non opera come immediata causa di scioglimento non solo in presenza dei provvedimenti di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c., ma nemmeno in assenza di questi ultimi, atteso che l'efficacia *ipso iure* delle cause di scioglimento è stata sostituita da un'efficacia condizionata all'adempimento di obblighi pubblicitari a carico degli amministratori e, in caso di loro inerzia, del tribunale(10). Risulta pertanto da abbandonare la tesi secondo cui i provvedimenti degli artt. 2447 e 2482-ter c.c. servirebbero a rimuovere la causa di scioglimento rappresentata dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, costituendo piuttosto la loro omissione un presupposto (e nemmeno più sufficiente) per l'operatività di siffatta causa.

Ma la Corte d'Appello di Bari, nel provvedimento in commento, non sembra essersi adeguata a questa novità legislativa, laddove, qualificando come necessaria una delibera assembleare di azzeramento e ricostituzione del capitale, aderisce di fatto alla "vecchia" concezione della riduzione del capitale al di sotto del minimo legale come causa di scioglimento immediata sottoposta alla condizione risolutiva dell'adozione dei provvedimenti ex artt. 2447 e 2482-ter c.c.

Il ragionamento della Corte conserverebbe invece una certa validità qualora si ricostruisse la fattispecie dei flussi finanziari non come versamenti in conto capitale, bensì in conto futuro aumento di capitale(11).

Come noto, questi ultimi costituiscono erogazioni dei soci in vista di una programmata delibera di aumento di capitale e, non entrando a far parte del patrimonio della società, non possono essere utilizzati per la copertura delle perdite, vantando anzi i soci un diritto alla restituzione qualora la società non attui l'aumento previsto(12).

In questo senso allora si configurerebbe come necessaria una delibera assembleare con cui i soci, rimuovendo il vincolo di destinazione che caratterizza questi versamenti, ne disponessero, in sede di ricostituzione del capitale, l'imputazione al contestuale aumento di quest'ultimo(13).

Tuttavia, e veniamo al *punto dolens*, nel testo del decreto riportato si legge chiaramente che i soci avevano già rinunciato alla restituzione dei finanziamenti e che "la situazione debitoria della società è stata sostanzialmente sanata".

Dunque, a fronte di un pregresso debito della società verso i soci, pare configurarsi una sopravvenienza attiva, determinata, civilisticamente parlando, da una remissione del debito *ex art. 1236 c.c.*, che ben può essere utilizzata per coprire le perdite. Ciò infatti può avvenire sia qualora la rinuncia ai crediti dei soci verso la società avvenga prima dell'accertamento delle perdite - e anzi in tal caso basterebbe a provvedere la competenza degli amministratori(14) - sia qualora tale rinuncia avvenga contestualmente o successivamente all'accertamento, al di fuori del procedimento degli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.

A quest'ultimo proposito non si nasconde come in passato autorevole dottrina avesse negato l'ammissibilità di mezzi "atipici" di risanamento, sulla scorta di diverse argomentazioni(15), ma pare preferibile l'opinione contraria che tiene conto, oltre che della riduzione dei costi e della maggiore celerità di operazioni che non incidono sul capitale, della circostanza che nessun pericolo minaccerebbe gli interessi dei terzi. Infatti è stato opportunamente osservato che la pubblicità del bilancio di fine esercizio in cui risultino il fatto delle perdite superiori al capitale sociale e la copertura delle stesse mediante versamenti dei soci (*rectius*: rinuncia alla restituzione dei versamenti), è sufficiente a soddisfare l'esigenza di trasparenza e informazione dei terzi(16). E che quest'ultima esigenza non sia considerata "impellente" dalla legge(17) ottiene, dopo la riforma societaria, un'ulteriore conferma dalla possibilità, riconosciuta dagli artt. 23663 c.c. e 24791-*bis* c.c., rispettivamente per le s.p.a. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e per le s.r.l., di prevedere mezzi di convocazione dell'assemblea *ad personam*, diversi dalla tradizionale pubblicazione dell'avviso su quotidiani, che non assicurano ai terzi la conoscibilità dell'evento(18).

Resta ancora valida invece l'obiezione in base alla quale la presente ricostruzione, volta a consentire il risanamento senza operare sul capitale, si presterebbe ad abusi da parte anche di un socio di minoranza, economicamente influente, che potrebbe così imporre la ricapitalizzazione della società anche contro la volontà degli altri soci di deliberare la trasformazione o lo scioglimento della stessa(19). Il pericolo ovviamente non si profilerebbe nel caso di adesione unanime dei soci a tale ricapitalizzazione, circostanza che peraltro non parrebbe potersi escludere dalla lettura del provvedimento che si commenta. Ma, tra le argomentazioni della Corte d'Appello di Bari, quella che maggiormente non si condivide concerne proprio l'affermazione, in via incidentale - quasi che si trattasse di un dato acquisito - circa l'impossibilità di valersi, per il risanamento delle perdite, della remissione di debiti effettuata dai soci a favore della società al di fuori degli schemi tipici dell'art. 2482-*ter* c.c.

Malgrado una certa resistenza ancora attuale della giurisprudenza(20), pare a chi scrive che la riforma societaria, cercando di assicurare la massima "attualizzazione" della situazione patrimoniale sulla cui base l'assemblea viene convocata per gli opportuni provvedimenti(21), abbia fornito un *input* non trascurabile sulla necessità di tener conto, prima di procedere all'azzeramento del capitale e alla sua contestuale ricostituzione, degli utili prodottisi in epoca successiva all'ultimo bilancio d'esercizio e di tutti gli altri eventi migliorativi della situazione patrimoniale della società, tra i quali rientra di certo l'estinzione di debiti sociali tramite rinuncia dei creditori(22).

Dunque, allo stato attuale, negare che la remissione dei debiti alla società non consenta, in assenza di una formale delibera assembleare che ne prenda atto e dichiarì risanate le perdite, di considerare ancora *in bonis* la società medesima, sembra contrastare innanzitutto con l'obbligo di massima "attualizzazione" della situazione patrimoniale; in secondo luogo con il rinnovato art. 2484 c.c. che, subordinando lo scioglimento della società all'accertamento, ad opera degli amministratori, dell'impossibilità o della volontà dei soci di non ricostituire il capitale, legittima, *a contrario*, il convincimento per cui ogni altra manifestazione di volontà dei soci volta a eliminare le perdite, inclusa la rinuncia ai propri crediti, esclude lo scioglimento della società(23).

3. La competenza residuale del tribunale nella fase di scioglimento della società. - *Nulla quaestio*, invece, in merito alla decisione della Corte d'Appello di Bari di revocare la nomina del liquidatore della s.r.l., effettuata, in carenza di potere, dal Tribunale.

Nel provvedimento che si commenta emerge chiaramente la presa d'atto, da parte della Corte, dell'ampliamento dello *spatium deliberandi* dell'assemblea(24), convocata contestualmente (o in seguito) all'accertamento della causa di scioglimento, in ordine alla possibilità di nominare i liquidatori o di disporre la continuazione della società, previa eliminazione della suddetta causa.

Il legislatore della riforma ha preso posizione sulla questione dell'efficacia delle cause di scioglimento delle società di capitali, subordinandola all'attuazione di una pubblicità costitutiva (*id est* l'iscrizione nel registro delle imprese), allo scopo di eliminare le incertezze che in passato derivavano dall'efficacia *ipso iure* delle cause stesse(25).

Nonostante le critiche sollevate da autorevole dottrina in merito all'opportunità di un sistema che finisce per far dipendere da un adempimento degli amministratori la decorrenza dello scioglimento della società(26), non c'è dubbio che la scelta di rimettere all'organo gestorio e, in sua inerzia, al Tribunale, il compito di accertare se effettivamente si è verificata una causa di scioglimento (il che peraltro presuppone la possibilità di un preventivo e tempestivo intervento "sanante" degli organi sociali), da un lato conferma l'insussistenza in capo ai creditori sociali del potere di chiedere lo scioglimento e la liquidazione della società(27), dall'altro tende a "privatizzare" la fase finale della vita societaria, rendendo residuale l'intervento giudiziario(28).

Di ciò se ne è avveduta la Corte d'Appello di Bari laddove ha riconosciuto che null'altro il Tribunale poteva fare se non, adito dai soci a causa dell'inerzia degli amministratori, dichiarare soltanto la sussistenza o meno della causa di scioglimento con procedimento in camera di consiglio ai sensi degli artt. 30 ss., d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

La forte riduzione dei poteri dell'autorità giudiziaria consiste proprio in ciò: mentre il combinato disposto dei previgenti artt. 2449 e 2450 c.c. consentivano al Presidente del Tribunale di accertare lo scioglimento per impossibilità di funzionamento o per continuata inattività dell'assemblea e di nominare, nel caso ora descritto così come nel caso di mancato raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'assemblea straordinaria, i liquidatori della società, oggi invece l'intervento del Tribunale, allargato a tutte le ipotesi di

scioglimento, ma declassato al livello "sostitutivo", non può spingersi oltre ad una formale verifica.

Non può pertanto il Tribunale, dopo aver accertato la causa di scioglimento, nominare i liquidatori, ma nemmeno convocare direttamente l'assemblea perché vi provveda: soltanto in caso di inerzia degli amministratori, la convocazione da parte del Tribunale può avvenire su istanza di singoli soci, amministratori o dei sindaci (art. 24872 c.c.). E soltanto dopo che l'assemblea non si sia costituita o non abbia deliberato la nomina dei liquidatori o l'eliminazione della causa di scioglimento, il Tribunale, regolarmente adito, potrà effettuare la nomina.

Tale complesso sistema, che configura un triplice intervento dell'organo giudiziario a fini diversi (accertamento dello scioglimento, convocazione dell'assemblea, nomina dei liquidatori), è stato criticato da autorevole dottrina(29) per la sua eccessiva lentezza che sembrerebbe contrastare, *prima facie*, con l'obiettivo di accelerazione e semplificazione del procedimento liquidativo, dichiarato nella Relazione governativa al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

Eppure, a parte la consueta replica che si suole fare in ordine alla minaccia della responsabilità personale gravante sugli amministratori inadempienti(30), non si può non riconoscere una certa coerenza al legislatore della riforma che, se da un lato ha lasciato aperto la possibilità di un intervento salvifico dell'assemblea anche dopo il verificarsi di alcune delle cause di scioglimento, dall'altro non avrebbe potuto sensatamente negare quello stesso *spatium deliberandi*, consentendo al Tribunale di nominare direttamente i liquidatori.

A conferma del fatto che l'intervento del Tribunale ha un carattere "surrogatorio", depone anche la tesi, cui si aderisce, che circoscrive il potere dell'autorità giudiziaria alla sola nomina del o dei liquidatori e, nel secondo caso, all'indicazione di quale tra essi ha la rappresentanza della società(31).

Oltre ad essere "surrogatoria", la competenza del Tribunale può definirsi "concorrente", giacché i soci non vengono esautorati della possibilità di revocare il liquidatore di nomina giudiziale, sostituendolo con altro da loro scelto, o addirittura di revocare la liquidazione (32). Ciò è ribadito dalla natura di provvedimento di volontaria giurisdizione, a carattere non decisorio, del decreto di nomina dei liquidatori, che lascia intatta la possibilità degli interessati di richiedere, tramite giudizio ordinario, l'accertamento dell'insussistenza della causa di scioglimento e la conseguente rimozione del decreto stesso(33).

A ben vedere, il *modus operandi* del legislatore della riforma nel ridisegnare l'istituto in questione non si discosta da quello adottato in altri settori della disciplina societaria: esso appare ispirato cioè a massimizzare l'autonomia privata, favorendo l'impiego di mezzi endosocietari "a scapito" delle ingerenze della pubblica autorità nella regolamentazione di vicende, anche patologiche, dell'ente(34).

Piuttosto, le incertezze che potrebbero sorgere, qui come in altre parti della novellata disciplina delle società di capitali, riguardano i tempi che regolano l'avvicinarsi delle competenze degli organi assembleare e giudiziario.

In effetti, già l'espressione "senza indugio"(35) di cui all'art. 24851 c.c. non fornisce alcuna certezza in ordine alla verifica dell'omissione o del ritardo degli amministratori che legittima l'intervento del Tribunale, potendosi ipotizzare soltanto che la legge imponga un termine breve, ma non quantificato né quantificabile, per l'adempimento pubblicitario in oggetto(36).

Non credo in realtà che, per risolvere il problema, possa invocarsi l'applicazione di termini previsti per altri istituti, ma ritengo piuttosto che il sistema lascerà ai giudici il potere discrezionale se e quando considerare ricevibile l'istanza presentata dai soggetti legittimati in caso di omissione o di ritardo (che, a ben vedere, sarebbe già un'omissione qualora fosse stabilito un termine preciso) degli amministratori(37). E non può sfuggire che la discrezionalità lasciata in tal senso al giudice rappresenta anche una correzione dell'ampiezza di quello *spatium deliberandi* che, se lasciato privo di confini, potrebbe ingenerare un'insopportabile incertezza giuridica per i terzi.

Ancor più stretto poi dovrebbe essere il termine a disposizione degli amministratori, una volta accertato lo scioglimento, per la convocazione dell'assemblea per la nomina dei liquidatori(38).

Tuttavia, non pare che l'avverbio "contestualmente", utilizzato dall'art. 24871 c.c., in riferimento al rapporto tra accertamento della causa di scioglimento e convocazione assembleare, debba esser interpretato letteralmente, dovendosi ammettere uno spazio temporale non codificato, certamente breve (più breve di quello, a sua volta non codificato, dell'art. 24851 c.c.) entro il quale gli amministratori non incorrono nella responsabilità *ex art. 2630 c.c.*(39).

Sembra cioè che il termine "contestualmente" sia stato utilizzato come sinonimo di "senza indugio" piuttosto che nel senso di "simultaneamente", il quale ultimo meglio di attaglia a descrivere due o più attività contestuali che vengono svolte con un unico atto (40).

Di conseguenza, vale quanto detto sopra in merito alle difficoltà di individuare il momento a partire dal quale, risultando omessa una convocazione assembleare "contestuale" (nel senso di "immediata"), appare legittimo l'intervento del Tribunale al medesimo fine.

Peraltro, l'assenza di riferimenti temporali continua una volta che, convocata giudizialmente l'assemblea, questa non si costituisca o non deliberi, legittimandosi una nuova istanza(41) al Tribunale per la nomina dei liquidatori.

Verrebbe da chiedersi quali siano i confini di questo *spatium deliberandi* invocato anche dalla Corte d'Appello di Bari, *in limine* tra le opposte esigenze di rispetto dell'autonomia decisionale della società e di rapida soluzione alla crisi di funzionamento della stessa: *quid iuris*, in presenza di una clausola statutaria che preveda, *ex art. 2369, 6° comma, c.c.*, ulteriori convocazioni dell'assemblea, nel caso di mancato raggiungimento dei *quorum* sia in prima che in seconda convocazione? Dovranno i soggetti legittimati attendere gli esiti di tutte le successive convocazioni assembleari, o potranno subito (*rectius*: dopo la seconda convocazione) ricorrere al giudice per la nomina autoritativa dei liquidatori?

A ben vedere, la risposta non può non dipendere, ancora una volta, dalla prevalente considerazione degli interessi privatistici a una gestione "interna" della fase finale della

vita societaria o, all'opposto, di quelli pubblicitici ad un'ordinata e celere definizione di quest'ultima.

NOTE

- (1) Sono le parole della Corte, dalle quali peraltro non si evince se la terminologia di "finanziamenti infruttiferi" sia stata coniata dalla stessa o se fosse invece stata già utilizzata dal consulente del Tribunale
- (2) Davvero completa la letteratura sull'argomento, tra cui: PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Padova, CEDAM, 1990; TANTINI, *I "versamenti in conto capitale", tra conferimenti e prestiti*, Milano, Giuffrè, 1990; IRRERA, *I "prestiti" dei soci alla società*, Padova, CEDAM, 1992; CENNI, *I "versamenti fuori capitale" dei soci e la tutela dei creditori sociali*, in *Contr. imp.*, 1995, 1152 ss.; DE RITIS, *Gli apporti "spontanei" in società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2001. Dopo la riforma, per una sintetica classificazione dei mezzi di finanziamento delle società, v. FICO, *Il finanziamento delle società di capitali*, Milano, Ipsoa, 2005, 89 ss. Per altri approfondimenti, v. PORTALE, *"Migrazione" dei versamenti spontanei dei soci dal passivo (debiti) al patrimonio netto (riserve) nel bilancio d'esercizio*, in questa *Rivista*, 2003, II, 694 ss.; SPALTRO, *Natura dei versamenti in denaro effettuati dai soci in favore della società*, in *Società*, 2004, 484 ss.; SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina, Ibbia, Racugno, Serra, Milano, Giuffrè, 2004, 377 ss.; PORTALE, *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 666 ss.; TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, UTET, I, 2004, 745 ss. Per una lettura diversa, in senso "aziendalistico", dei finanziamenti, v. TASSINARI, *Il finanziamento della società a responsabilità limitata mediante mezzi diversi dal conferimento*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, supplemento n. 1 del 2004, a cura del Consiglio Nazionale del notariato, Milano, Giuffrè, 2004, 188 ss.; GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in questa *Rivista*, 2002, I, 653 ss
- (3) In questo senso, FICO, (nt. 2), 103; BRODASCA, *Copertura di perdite tramite versamenti in conto capitale*, in *Società*, 2003, 624
- (4) COLOMBO, *Il bilancio e le operazioni sul capitale*, in questa *Rivista*, 1984, I, 865 ss.; QUATRARO-D'AMORA, *Le operazioni sul capitale*, Milano, Giuffrè, 1994, 326; NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, in *Trattato Colombo-Portale*, 6, 1, Torino, UTET, 2004, 287; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, UTET, 1995, 689; MONTAGNANI, *Note in tema di riduzione del capitale*, in *Riv. not.*, 1991, 775; DEZZANI, *Le perdite erodono prima le riserve e poi il capitale*, in *Fisco*, 2000, 2146; BUSI, *Questioni in tema di riduzione del capitale per perdite e per esuberanza*, in *Vita not.*, 2001, 1568 ss. Si segnala tuttavia l'opposta tesi secondo cui la perdita rilevante andrebbe calcolata facendo riferimento soltanto al capitale nominale, senza tener conto dell'esistenza di riserve: RORDORF, *"La riduzione del capitale sociale in misura superiore ad un terzo"*, in *Società*, 1983, 738 ss. In giurisprudenza, a favore di quest'ultima opinione: Trib. Trieste, 22 dicembre 1984, in *Società*, 1984, 971
- (5) Cass., 6 novembre 1999, n. 12347, in *Notariato*, 2001, 22; Cass., 13 febbraio 1969, n. 484, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 628; Trib. Roma, 17 marzo 2000, in *Dir. prat. comm.*, 2000, n. 17, 89; Trib. Roma, 12 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, II, 1241; Trib. Napoli, 1 aprile 1997, in *Riv. not.*, 1998, 527; Trib. Bassano del Grappa, 20 settembre 1996, in *Società*, 1997, 209; Trib. Udine, 17 gennaio 1995, in *Società*, 1995, 676; Trib. Napoli, 20 febbraio 1991, in *Riv. not.*, 1991, 769; Trib. Verona, 9 novembre 1990, in *Società*, 1991, 232; Trib. Roma, 16 maggio 1986, in *Società*, 1986, 1317; Trib. Genova, 2 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 880
- (6) Si parla, ivi, di versamenti "anche in conto di futuri aumenti di capitale" e di "finanziamenti gratuiti in conto capitale"
- (7) Sul punto, v. anche LANDOLFI, *I versamenti fuori capitale nelle società di capitale*, in *Vita not.*, 1993, 86; PORTALE, *Appunti in tema di "versamenti in conto futuri aumenti di capitale" eseguiti da un solo socio*, in *Vita not.*, 1994, 589
- (8) V., per tutti, TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, (nt. 2), 764 ss
- (9) Così TANTINI, *I "versamenti in conto capitale"*, (nt. 2), 109 ss.; CARBONETTI, *I versamenti dei soci a copertura di perdite*, in *Riv. soc.*, 1979, 612 ss.; IRRERA, (nt. 2), 192 ss.; SALAFIA, *Perdite di esercizio e ricostituzione del capitale*, in *Società*, 1990, 1023 ss.; BRODASCA, (nt. 3), 620; COLOMBO, *Pretesa inammissibilità di copertura di perdite senza "operare sul capitale"*, in *Società*, 1999, 339 ss. A favore di questa tesi in giurisprudenza, Trib. Frosinone, 8 marzo 1974, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 110; ; Trib. Verona, 9 novembre 1990, cit.; Trib. Genova, 18 marzo 1991, in *Società*, 1991, 1384. *Contra*, in dottrina, nel senso che la causa di scioglimento costituirebbe una modificazione dell'atto costitutivo, tale da richiedere la competenza dell'assemblea straordinaria, SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in questa *Rivista*, 1978, I, 36 ss.; BUSI, (nt. 4), 1575 ss.; in giurisprudenza, App. Bari, 24 maggio 1961, in *Dir. fall.*, 1961, II, 516
- (10) Prima della riforma, si dibatteva circa la decorrenza dello scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. A favore della tesi dello scioglimento immediato, salvo l'adozione dei provvedimenti ex art. 2447 c.c., quali condizione risolutiva, Cass., 29 ottobre 1994, n. 8928, in *Società*, 1995, 359; Cass., 5 giugno 1995, n. 4923, in questa *Rivista*, 1995, II, 2038; in dottrina, BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, IV, Torino, UTET, 1999, 323; QUATRARO-D'AMORA-ISRAEL-QUATRARO, *Trattato teorico pratico delle operazioni sul capitale*, Milano, Giuffrè, 2001, 823. Nel senso invece che la causa di scioglimento si perfezionerebbe solo in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, Cass., 28 giugno 1980, n. 4089, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1745; Trib. Torino, 13 luglio 1959, in *Giust. civ.*, 1960, I, 644; in dottrina, DI SABATO, *Manuale delle società*, (nt. 4), 381; FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario*

Scialoja-Branca, 1982, 850; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Zanichelli, 2003, 399

(11) In tal senso milita la locuzione "anche in conto di futuri aumenti di capitale" utilizzata dalla Corte con riguardo alle somme di denaro provenienti dal presidente del consiglio d'amministrazione

(12) Sul punto la dottrina è pressochè unanime: BUSI, (nt. 4), 1571; FICO, (nt. 2), 102; IRRERA, (nt. 2), 102; TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, (nt. 2), 759; GINEVRA, *Sulla qualificazione dei "finanziamenti" dei soci alla società partecipata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 728

(13) Così anche lo Studio n. 3658 dell'11 dicembre 2001 approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, reperibile sul sito www.notarlex.it

(14) TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, (nt. 2), 766; Cass., 6 ottobre 1976, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 258; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8928, (nt. 10)

(15) Sulla base del fatto che il mancato rispetto dell'art. 2447 c.c. potesse ledere l'interesse dei terzi alla conoscenza dell'esatta entità del capitale sociale: SPADA, (nt. 9), 41; BUSI, *Azzeramento e ricostituzione del capitale nelle s.p.a.*, Padova, 1998, 30 ss.; BUSI, (nt. 4), 1575; App. Bari, 24 maggio 1961, (nt. 9)

(16) BRODASCA, (nt. 3), 623

(17) Così si esprime opportunamente COLOMBO, (nt. 9), 341

(18) BOLOGNESI, *Ripianamento perdite nelle società di capitali: risultati di periodo e mezzi atipici di risanamento*, in *Impresa*, 2005, 665

(19) BUSI, (nt. 4), 1582

(20) Emblematico, al riguardo, il decreto del Consiglio di Stato del 18 marzo 2004, n. 1414, in *Impresa*, 2005, 659 ss., che continua a sostenere l'infungibilità del procedimento ex art. 2447 c.c. (e oggi anche ex art. 2482-ter c.c.) con rimedi atipici come la rinuncia a crediti verso la società. Ciò peraltro in palese contrasto con quanto affermato da Cass., 23 marzo 2004, n. 5740, in *Impresa*, 2005, 661 ss., in merito all'utilizzabilità, per la copertura delle perdite, di utili di periodo non ancora risultanti nel bilancio d'esercizio, tra i quali la rinuncia a crediti verso la società

(21) Tale obbligo di attualizzazione grava sugli amministratori per esplicita previsione degli artt. 24461 e 24822-bis c.c. (adempimento estensibile, secondo prevalente dottrina e giurisprudenza, alle fattispecie più gravi degli artt. 2447 e 2482-ter c.c.): BUSI, *Le novità in materia di aumento e di riduzione del capitale previsto nella riforma*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, supplemento n. 1/2004, a cura del Consiglio Nazionale del notariato, Milano, Giuffrè, 2004, 456; BOLOGNESI, (nt. 18); CARLINO, *La riduzione del capitale sociale dopo la riforma*, in *Gazzetta notarile*, 2005, 5

(22) Così anche Cass., 23 marzo 2004, cit. In dottrina, oltre a BOLOGNESI, (nt. 18) e BUSI, (nt. 21), v. CAVANNA, *Commento agli artt. 2445-2447 c.c.*, in *Commentario Cottino*, II, Bologna, Zanichelli, 2004, 1617

(23) BOLOGNESI, (nt. 18), 666; v. anche DIMUNDO, *Commento sub art. 2484 c.c.*, in *Trattato Lo Cascio*, IX, Milano, Giuffrè, 2003, 29, ove si sostiene l'idoneità a neutralizzare le perdite anche di operazioni non previste dalla legge, come versamenti a fondo perduto e rinunce di crediti verso la società

(24) L'unico appunto che può essere mosso al giudice concerne l'errato riferimento all'assemblea "straordinaria" in merito alla competenza a decidere sulla nomina dei liquidatori, senza distinguere tra s.p.a. ed s.r.l., per le quali ultime, come noto, non si parla più di assemblea "ordinaria" e "straordinaria"; si tratta comunque di un errore "veniale" che non può ingenerare confusione, visto che l'art. 2487 c.c. richiede "le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto". Sulla possibilità che nelle s.r.l. gli argomenti di cui all'art. 24871 c.c. siano riservati a decisioni adottate tramite consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, ROSSI, *Commento sub art. 2487 c.c.*, in *Commentario Maffei Alberti*, II, Padova, CEDAM, 2005, 2195

(25) GALGANO, (nt. 9), 412; NAZZICONE, *Commento sub art. 2485 c.c.*, in AA.VV., *Codice commentato delle nuove società*, Milano, Ipsoa, 2004, 1150; NICCOLINI, *Commento sub art. 2485 c.c.*, in *Commentario Niccolini Stagno D'Alcontres*, II, Napoli, Jovene, 2004, 1725 ss.; DIMUNDO, (nt. 23), 45 ss. Peraltro, secondo la tesi preferibile, il semplice accertamento del verificarsi delle cause di scioglimento non determina ancora l'inizio dello stato di liquidazione, occorrendo all'uopo l'iscrizione della nomina dei liquidatori nel registro delle imprese: PIRAS, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, Monduzzi editore, 2004, 325

(26) NICCOLINI, (nt. 25), 1726; DIMUNDO, (nt. 23), 49, ove tuttavia si replica che gli amministratori non restano arbitri di tale accertamento, essendo esposti a una responsabilità per ogni ritardo od omissione

(27) Così anche NICCOLINI, *Commento sub art. 2484 c.c.*, (nt. 25), 1712

(28) Già prima della riforma, si ammetteva la possibilità per l'assemblea di rimuovere le cause di scioglimento, non reputandosi queste ultime ineluttabili: FRÈ, (nt. 9), 839

(29) NICCOLINI, (nt. 25), 1732; COTTINO-WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Trattato Cottino*, III, Padova, CEDAM, 2004, 322. V. tuttavia ROSSI, (nt. 24), 2202, secondo il quale il Tribunale, in sede di accertamento di scioglimento per impossibilità di funzionamento o per continuata inattività dell'assemblea, potrebbe, se richiesto, nominare direttamente i liquidatori

(30) Anche per la Corte d'Appello di Bari "il sistema, che può apparire macchinoso, è presidiato da una notevole garanzia di fondo: la responsabilità personale degli amministratori...". Scettici al riguardo: NICCOLINI, (nt. 25), 1726; DIMUNDO, (nt. 23), 60

(31) NICCOLINI, *Commento sub art. 2487 c.c.*, (nt. 25), 1747, sul presupposto che il contenuto minimo della delibera assembleare ex art. 2487 c.c. sia soltanto la designazione del o dei liquidatori e l'indicazione di quali tra di essi sono investiti del potere di rappresentanza; conf. PIRAS, (nt. 25), 330; ROSSI, (nt. 24), 2202, pronostica che nel futuro il Tribunale, nel nominare i liquidatori, li munirà del potere di compiere "tutti gli atti utili per la liquidazione"

(32) DIMUNDO, *Commento sub art. 2487 c.c.*, (nt. 23), 82; NICCOLINI, (nt. 31), 1748; PIRAS, (nt. 25), 330; PARRELLA, *Commento all'art. 2487 c.c.*, in *Commentario Sandulli*

Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, 260; ROSSI, (nt. 24), 2203; GALGANO, (nt. 9), 414 (33) Cass., 25 giugno 2002, n. 9231, in *Società*, 2002, 1229 con commento di Spaltro; v. anche DIMUNDO, (nt. 32), 86

(34) L'esempio manifesto di tale orientamento legislativo appare proprio la nuova formulazione di quell'art. 2409 c.c. che pure taluno, v. NICCOLINI (nt. 31), 1747, nota 33, ha indicato, in parte correttamente, come "testimonianza di segno opposto, giacché attribuisce al giudice il potere di incidere nella vita della società nominando un amministratore giudiziario ...": tuttavia qui, non solo il potere in oggetto ha natura transitoria ed eccezionale, ma non può sfuggire altresì il ridimensionamento dell'intervento delle pubbliche autorità, ben evidente nella limitazione dell'iniziativa del pubblico ministero alle s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e nella posposizione dell'intervento del Tribunale al rimedio endosocietario della sostituzione degli amministratori e sindaci rivelatisi inadeguati

(35) Per una panoramica degli altri casi in cui viene utilizzata questa espressione, v. NICCOLI, (nt. 25), 1730, nota 17

(36) DIMUNDO, (nt. 32), 60; NICCOLI, (nt. 25), 1731, il quale propone di prendere a riferimento il termine di trenta giorni imposto al notaio per la pubblicazione della delibera di scioglimento anticipato della società

(37) Sarà cioè compito della giurisprudenza stabilire quando un ritardo sia incolpevole e tollerabile: SANTUS-DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Riunioni di studio sulla riforma delle società (novembre 2002-marzo 2003)*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, in *www.notarlex.it*. Secondo NAZZICONE, (nt. 25), 1149, la mancata quantificazione normativa del ritardo dovrebbe suggerire cautela nella proposizione dell'istanza quando gli amministratori siano in procinto di eseguire gli adempimenti pubblicitari

(38) Vero è che l'eliminazione del termine di trenta giorni dall'accertamento della causa di scioglimento, che il previgente art. 24992 c.c. assegnava agli amministratori per convocare l'assemblea, intende accelerare la fase liquidativa: CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 300

(39) *Contra*, nel senso che sembrerebbe escludere qualsiasi minimo arco temporale, NAZZICONE, (nt. 25), 1148. Secondo NICCOLINI, (nt. 31), 1743, nota 13, "l'amministratore che accertata la causa di scioglimento non indicasse subito l'assemblea, sarebbe dunque per ciò solo inadempiente"

(40) Un esempio dell'utilizzo appropriato dell'avverbio "contestualmente" lo ritroviamo nell'art. 23303 c.c. a proposito dell'obbligo del notaio di richiedere l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese simultaneamente al suo deposito. Nel caso dell'art. 2487 c.c., invece, le attività degli amministratori che dovrebbero essere, secondo l'inappropriato uso del termine, "contestuali" non possono essere fatte con un unico atto, sia perché rivolte a soggetti diversi (la dichiarazione dell'accertamento dello scioglimento è rivolta in generale ai terzi, mentre la convocazione dell'assemblea solo ai soci e ai legittimati ad intervenire), sia perché esse richiedono modalità concrete differenti

(41) Nonostante l'assenza di una esplicita previsione nell'art. 24872 c.c., sembra scontata la necessità di un nuovo ricorso inoltrato dai singoli soci o amministratori o dai sindaci: PIRAS, (nt. 25), 330; GALGANO, (nt. 9), 414; NICCOLINI, (nt. 31), 1744; DIMUNDO, (nt. 32), 83
