

Società di capitali

I versamenti in conto aumento capitale. Analisi dell'istituto fra regole di bilancio e disciplina societaria

di Paolo Divizia

Il presente contributo ha l'espresso fine di analizzare l'istituto dei versamenti "in conto aumento capitale" nella distinta prospettiva giuridica e contabile. In particolare, l'attenzione si sofferma sull'utilizzabilità o meno (ed a quali condizioni) dei presenti versamenti nelle principali operazioni sul capitale. Una riflessione finale è quindi dedicata ai rapporti con l'emissione del prestito obbligazionario (semplice e convertibile) ed alla circolazione della partecipazione cui i versamenti in parola sono connessi.

Introduzione ed individuazione dell'ambito di indagine

La brevilocuente espressione "versamenti dei soci" racchiude in sé un ampio e variegato novero di fattispecie utilizzate per dotare la società delle risorse necessarie allo svolgimento della propria attività d'impresa (1).

La tematica in esame è tradizionalmente contraddistinta da una scarna disciplina civilistica e dal proliferare di variegata prassi operative, le quali nel tempo hanno generato, da un lato, una pluralità di "etichette-qualificative" dei vari apporti e, dall'altro, hanno determinato incertezza in ordine all'appostamento in bilancio degli stessi (2).

All'interno di questo ampio ambito di studio, peraltro analizzato con una certa frequenza dalla dottrina (3), il presente contributo ha l'espresso scopo di delineare i contorni della figura meno studiata dei "versamenti in conto aumento capitale", proponendo una lettura ragionata dell'istituto attraverso l'analisi congiunta dei profili giuridici e contabili.

Le presenti riflessioni devono, tuttavia, essere precedute dalla condivisione di un assunto metodologico. A mio avviso, infatti, la ricorrente ambiguità terminologica riscontrabile nell'analisi giuridica del tema

partecipativa; la problematica è affrontata da G. Minervini, *Il sistema italiano di finanziamento delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1976, 753 e P. G. Marchetti, *Piccole e medie imprese e capitale di rischio*, in AA.VV., *Il capitale di rischio delle piccole e medie società di capitali di nuova costituzione*, Milano 1981, 153 ss.

(2) Colorita ma efficace è l'espressione utilizzata in uno scritto risalente da autorevole dottrina (G. B. Portale, *Appunti in tema di "versamenti in conto futuri aumenti di capitale" eseguiti da un solo socio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, 95) nella parte in cui afferma, dopo aver evidenziato come il problema principale sia quello di stabilire la reale finalità dei finanziamenti, come "già sia stata catalogata una dozzina di denominazioni usate nella prassi!".

(3) A livello monografico si segnalano G. Tantini, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1990; M. Irrera, *I «prestiti» dei soci alla società*, Padova, 1992; L. Parrella, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2000; M. Rubino De Ritis, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, Torino, 2001; M. Maugeri, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2005. Nella dottrina di interesse notarile si segnalano, altresì, S. Landolfi, *I versamenti fuori capitale nelle società di capitali*, in *Vita not.*, 1993, 84 ss.; M. Miola, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 1***, 2004, 208 ss.; U. Tombari, *Apporti «spontanei» e prestiti dei soci nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, I, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2006, 551 ss.; G.A.M. Trimarchi, *L'aumento del capitale sociale*, Milano, 2007, 70 ss. e N. Abriani, *Versamenti effettuati da un singolo azionista per un futuro aumento di capitale e partecipazione alle perdite*, in *Riv. dir. impresa*, 2006, 361 ss.; M. L. Peri, *I versamenti dei soci in favore della società e la diversa disciplina applicabile in relazione alla loro qualificazione giuridica* (nota a Cass. 30.3.2007, n. 7980), in *Riv. not.*, 2008, 181 ss. e più di recente G. Festa Ferrante, *Natura giuridica e vicende dei versamenti collegati ad operazioni di aumento oneroso del capitale sociale*, in *Riv. Not.*, 2010, 1301 ss.

Note:

(1) Il fenomeno dei versamenti in favore della società è molto diffuso in particolare nelle società medio-piccole ed a ristretta base

dei versamenti può essere superata mutuando dalla disciplina contabile una catalogazione più lineare. Il problema classificatorio dei distinti versamenti deve essere risolto in radice, adeguando, in questa occasione, la terminologia giuridica (come detto, sovente ambigua e polisemantica) alla più rigida regolamentazione del bilancio; peraltro è la stessa Corte di Cassazione ad affermare, in un recente pronunciato, che lo stabilire in concreto la natura del versamento sia questione di interpretazione, la quale “in difetto di una chiara manifestazione di volontà, ben può essere ricavata dalla terminologia adottata nel bilancio, poiché questo è soggetto all’approvazione dei soci e le qualificazioni che i versamenti hanno ricevuto diventano determinanti per stabilire se si controverta, appunto, di un finanziamento o di un conferimento” (4).

La scelta di appostamento in bilancio da parte degli amministratori (prima) e la successiva approvazione da parte dei soci del bilancio (dopo) costituiscono la scansione procedimentale attraverso cui qualificare in termini giuridici e contabili il versamento effettuato. In altre parole, dinanzi all’assenza di un chiaro dato legislativo e preso atto dell’ambiguità interpretativa derivante dalle numerose classificazioni dottrinali proposte, ritengo opportuno che sia la sola disciplina contabile a dover fugare eventuali dubbi interpretativi in ordine alla natura di un versamento ed alla disciplina ad esso applicabile.

Ciò non vuol dire che la qualificazione offerta dal bilancio sia insormontabile. È indiscusso, infatti, che debba esser conservato adeguato spazio all’interpretazione della “volontà delle parti” (intese quali società e soggetto che effettua l’apporto) e che, nelle opportune sedi, un erroneo appostamento possa e, anzi, debba essere rettificato, muovendo dall’analisi degli eventuali patti parasociali redatti a corredo del versamento; tuttavia, ritengo che sia incongruo continuare ad evidenziare la genericità degli accordi accessori ai versamenti ovvero pretendere dagli stessi “il rigore civilistico” che può ritrovarsi nella redazione di un contratto, al fine di giustificare incondizionatamente l’applicazione dell’art. 1362 c.c. dinanzi ad una presunta vaghezza della volontà delle parti. Sarà, infatti, il successivo appostamento a bilancio della voce di ricchezza apportata dal socio a qualificare in termini chiari la natura giuridica del versamento e la successiva approvazione del bilancio, cui è chiamato lo stesso socio che ha effettuato l’apporto, costituirà definitivo riconoscimento di detta qualificazione (5). In altri termini, la prima qualificazione è fatta dagli amministratori, la conferma della corretta qualificazione è data da coloro che

hanno effettuato il versamento. Il richiamo alle norme interpretative del contratto, dunque, deve essere relegato a criterio residuale, da utilizzarsi in sede contenziosa *ex post*; in via preventiva, i soggetti coinvolti (ossia società e coloro i quali effettuano il versamento) dovranno avere cura, in primo luogo, di redigere con precisione il regolamento che disciplina il versamento e, in secondo luogo, di controllare la corretta allocazione della voce a bilancio.

Alla proposta ricostruzione “endo-societaria” è di ausilio la novellata formulazione dell’art. 2424 c.c., la quale detta una rigida distinzione delle poste che costituiscono lo stato patrimoniale, distinguendo le voci che compongono il patrimonio netto, iscritte sotto la lettera A), e le diverse classi di passività (iscritte sotto le lettere B, C, D ed E). Emerge dalla stessa lettera della legge un’avvertita esigenza di utilizzare criteri univoci ed omogenei per stabilire se un determinato accadimento interessi le voci del patrimonio netto oppure le voci figuranti tra le classi di passività individuate dal legislatore. Per quanto ivi di interesse, particolare rilevanza assume l’analisi della natura dei versamenti che i soci decidono di effettuare, anche senza procedere a formali aumenti del capitale sociale. A riguardo è significativo richiamare la distinzione operata dal Principio contabile n. 28 dell’O.I.C., in cui - dopo essersi evidenziata la distinzione fra apporti a titolo di dotazione patrimoniale ed a titolo di capitale di credito - si opera una chiara distinzione fra: a) versamenti a titolo di finanziamento; b) versamenti a fondo perduto; c) versamenti in conto futuro aumento di capitale e, quale oggetto della presente analisi, d) versamenti in conto aumento di capitale.

Note:

(4) In questi termini si esprime Cass. 13 agosto 2008, n. 21563, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1300. Di avviso contrario è M. Rubino De Ritis, *I versamenti non titolati dei soci*, in *Giur. merito*, 2010, 1021 ss., secondo il quale “tale modalità argomentativa, tuttavia, è viziata in partenza, perché l’imputazione in bilancio è una conseguenza della qualificazione, che, a sua volta, dipende essenzialmente dalla volontà delle parti. Una volta, infatti, stabilita la «tipologia» di finanziamento sulla base di quanto finora esposto (a titolo di mutuo ovvero di «apporto di patrimonio»), va verificata la corretta imputazione della posta in bilancio. Diversamente, si rimetterebbe l’individuazione della causa dell’attribuzione patrimoniale alla sola volontà della società beneficiaria, peraltro espressa *ex post* (al momento della formazione ed approvazione del suo bilancio)”.

(5) Favorevole al ricorso alla qualificazione mediante la terminologia adottata dal bilancio è G. B. Portale, *op. cit.*, 95, in tutti i casi in cui la volontà delle parti “non sia *chiaramente espressa* (corsivo dell’Autore, il quale riporta a sostegno alla nota 1 anche App. Firenze 21 maggio 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1432). Di avviso contrario e favorevole ad un più ampio ricorso ai criteri interpretativi di matrice civilistica è M. Rubino De Ritis, *ult. op. cit.*, in particolare nei paragrafi 5 e 6.

In estrema sintesi, con la voce *sub a*) si intendono i versamenti per i quali la società ha obbligo di restituzione, trattandosi di capitali di credito che devono trovare collocazione in bilancio tra le passività e precisamente alla lettera D) punto 3) «*Debiti verso soci per finanziamenti*» (6).

Differente è la natura dei versamenti a fondo perduto, indicati *sub b*), attraverso i quali i soci decidono di sopperire al fabbisogno di capitale di rischio della società, senza tuttavia formalizzare l'intervento attraverso un'operazione sul capitale con verbale notarile. A fronte di detti apporti, difetta un obbligo di restituzione ai soci, trattandosi di una voce di ricchezza definitivamente acquisita dalla società; dal punto di vista contabile, questi versamenti si configurano alla stregua di vere e proprie riserve di capitale, da collocare in bilancio all'interno del Patrimonio netto, al punto VII «Altre riserve», in voci denominate di solito «Versamenti in conto capitale» oppure «Versamenti a copertura perdite» (se il conferimento è effettuato per coprire perdite di esercizio).

Infine, e prima di trattare separatamente la quarta tipologia, vanno considerati i cc.dd. versamenti in conto futuro aumento di capitale, i quali, a differenza dei versamenti a fondo perduto, sono destinati a coprire un aumento di capitale sociale non ancora deliberato; essi sono effettuati dai soci prima che l'aumento di capitale sia deliberato dall'assemblea o dall'organo amministrativo (a ciò delegato) ed in prospettiva di tale evento costituiscono un'esecuzione cronologicamente anticipata dell'aumento stesso e del relativo conferimento, atteso che formalmente l'aumento è destinato a perfezionarsi solo con la successiva delibera da parte della società. Senza addentrarsi nelle differenti ricostruzioni dogmatiche dell'istituto, sia sufficiente osservare come la Corte di Cassazione abbia preso posizione in ordine alla struttura dell'istituto, qualificandolo in termini di contratto atipico fra socio e società risolutivamente condizionato alla mancata adozione della delibera di aumento oneroso del capitale (configurandosi, cioè, «un collegamento casuale tra il versamento ed un prossimo aumento del capitale sociale, che condiziona risolutivamente l'acquisizione patrimoniale della società alla futura deliberazione di aumento del capitale nominale» (7)). Dal punto di vista dell'appostamento in bilancio, il principio contabile in esame precisa che si tratta di riserve di capitale aventi uno specifico vincolo di destinazione, dovendosi peraltro indicare in seno alla nota integrativa la particolare destinazione che le contraddistingue.

I versamenti in conto aumento di capitale: profili di interesse ante riforma dell'omologa

Condivisa questa premessa di ordine metodologico e chiarite le principali differenze con le sopra indicate «figure affini», venendo al tema in analisi, in prima approssimazione può osservarsi come nell'ordinamento societario vigente i versamenti in conto aumento capitale possono essere definiti come i versamenti realizzati in presenza di un aumento a pagamento del capitale sociale già deliberato, ma del quale è ancora pendente la procedura di iscrizione nel Registro delle Imprese dell'attestazione degli amministratori, ai sensi dell'art. 2444 c.c. In altre parole, dato che la variazione in aumento del capitale sociale non può essere menzionata negli atti e nella corrispondenza della società fino a quando non sia avvenuta l'iscrizione in parola, i versamenti *medio tempore* effettuati dai soci vengono rilevati in un conto transitorio acceso ad una riserva di capitale; detta riserva (che assumerà a livello contabile la denominazione di «versamenti in conto aumento di capitale») ha natura «temporanea» in quanto essa, una volta terminato l'iter procedimentale con l'adempimento di cui all'art. 2444 c.c., sarà imputata al capitale sociale.

L'istituto ivi in commento ha assunto ruoli e significati giuridici differenti prima e dopo la c.d. riforma dell'omologa.

Anche prima della soppressione del giudizio omologatorio in seguito alla L. 24 novembre 2000, n. 340 (8), la dottrina unanime riconosceva piena legitti-

Note:

(6) Con riferimento a detti finanziamenti è precisato nel principio contabile n. 28 l'assoluta irrilevanza della natura fruttifera o meno di tali debiti ovvero l'eventualità che i versamenti vengano effettuati da tutti i soci in misura proporzionale alle quote di partecipazione, atteso che l'elemento discriminante va individuato esclusivamente nel diritto dei soci alla restituzione delle somme versate. Ne consegue che per questa tipologia di versamenti il loro eventuale passaggio a capitale necessita della preventiva rinuncia dei soci al diritto alla restituzione, trasformando così il finanziamento in apporto. Ha così natura di riserva di capitale quella che viene ad essere costituita con la rinuncia al credito vantato dai soci, sia per partecipare alla copertura della perdita, sia per futuri aumenti di capitale.

(7) Cfr. Cass. 30 marzo 2007, n. 7980, in *Riv. not.*, 2008, 176 ss. In dottrina, per una completa ricostruzione dogmatica dell'istituto dei versamenti in conto futuro aumento di capitale, si veda *ex multis* G. Festa Ferrante, *op. cit.*, in particolare il paragrafo 4.

(8) Può essere utile ricordare che prima della riforma attuata con la L. 24 novembre 2000, n. 340, il procedimento di costituzione della società per azioni si articolava in tre fasi. Dopo la stipulazione in forma notarile era necessario che l'atto fosse oggetto del giudizio di omologazione da parte del Tribunale; nella pratica accadeva che il notaio, nei trenta giorni successivi al ricevimento

(segue)

mità all'istituto, ravvisandone la giustificazione operativa nell'esigenza di incrementare immediatamente il patrimonio sociale senza attendere l'esito del giudizio di omologazione, consequenziale alla delibera di aumento (9). In questo contesto storico e giuridico, le caratteristiche dei versamenti in esame erano strettamente collegate alle sorti ed all'incidenza che aveva il giudizio di omologazione sull'iter procedimentale delle modificazioni dell'atto costitutivo.

La dottrina era sostanzialmente divisa in due grandi orientamenti. Da un lato, parte degli autori sosteneva la tesi secondo cui la delibera di aumento non fosse immediatamente efficace ed eseguibile, in quanto sottoposta alla *condicio iuris* sospensiva di efficacia del buon esito del giudizio di omologazione, di tal che anche la sottoscrizione era da considerare sottoposta alla medesima condizione (10). Ciò determinava una sostanziale assimilazione dei versamenti in esame con la similare fattispecie dei versamenti in conto futuro aumento di capitale, con la conseguenza che la mancata omologazione, vanificando l'evento dedotto in condizione, determinava il sorgere in capo ai soci del diritto di credito alla restituzione di quanto versato (somma che, tuttavia, non era mai transitata - in ragione della sospensione degli effetti - nel patrimonio della società).

In parte difforme, dal punto di vista delle conseguenze economiche, era la contrapposta ricostruzione dogmatica secondo la quale la delibera di aumento, immediatamente efficace ed eseguibile, risultava sottoposta negli effetti alla *condicio iuris* risolutiva del diniego della omologazione (11), ciò determinando che anche la sottoscrizione dell'aumento fosse nelle more del giudizio produttiva di effetti; un eventuale diniego di omologazione, avrebbe imposto alla società la restituzione delle somme versate e già acquisite, difettando *ab origine* il profilo causale del versamento e così legittimandosi le azioni dei soci per ottenere la restituzione (12).

In entrambi i casi, essendo i versamenti destinati ad uno scopo ben preciso, se la procedura di aumento non fosse giunta a perfezionamento secondo i dettami di legge, i soci avrebbero avuto diritto alla loro restituzione.

I versamenti in conto aumento capitale nel contesto societario vigente

L'art. 32 della L. 24 novembre 2000, n. 340, nell'ambito di un più ampio quadro di semplificazione di attività e procedimenti di carattere amministrativo, ha completamente eliminato la fase della omologazione giudiziale nel procedimento di costituzione

ne della società, facendo venir meno così la necessità, ai fini della iscrizione della società nel Registro delle Imprese, del previo rilascio del decreto di omologazione. Alla stregua della nuova disciplina, il controllo di legalità in sede di costituzione della società rimane affidato esclusivamente al notaio rogante, che verifica personalmente, e sotto la propria responsabilità, il rispetto delle condizioni richieste dalla legge al fine della valida costituzione. Tale im-

Note:

(continua nota 8)

dell'atto di costituzione della società, provvedeva al deposito presso la Cancelleria del Tribunale della circoscrizione nella quale aveva sede la società, facendo istanza di omologazione con domanda avente la forma del ricorso. Il Tribunale veniva chiamato ad effettuare un controllo di c.d. legalità sostanziale sull'atto, esulando dai suoi compiti e dai suoi poteri ogni sindacato nel merito (cioè sulla opportunità o meno di costituire la società); tale controllo, dunque, e il provvedimento giudiziale con il quale esso si concludeva, costituivano una fase intermedia, ancorché necessaria, fra il negozio costitutivo della società e la sua iscrizione nel Registro delle imprese ed era un controllo che l'autorità giudiziaria svolgeva in sede di volontaria giurisdizione, sfociante in un atto che, nella fattispecie costitutiva della società, si configurava come una *condicio iuris*. In dottrina sia sufficiente il rinvio ai contributi di U. Morera, *Dall'omologazione del tribunale all'omologazione del notaio. Prime riflessioni sull'art. 32, L. n. 340/2000*, in *Riv. not.*, 2001, 295 ss. e P. Reviglio, *Il contenuto del controllo notarile di iscrivibilità sugli atti societari. Prime considerazioni*, in *Riv. not.*, 2001, 303 ss.

(9) Cfr. *ex multis* G. Tantini, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, 127; M. Irrera, *op. cit.*, 100 ss. e D. Cenni, *I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali*, in *Contratto e impresa*, 1995, 1126.

(10) A sostegno della tesi in esame vi era senza dubbio il forte argomento letterale derivante da un passo della Relazione al codice civile (n. 992), nel quale era dato leggere che "l'efficacia delle deliberazioni modificative resta ... in ogni caso subordinata sia di fronte ai soci sia di fronte ai terzi all'omologazione giudiziaria". In dottrina, a sostegno di questa ricostruzione, si segnalano F. Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1975, 129; D. Corapi, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 295 ss.; G. Gabrielli, *Procedimento per le modificazioni dell'atto costitutivo delle società di capitali*, in *Vita not.*, 1982, 556 ss.; G. Ferri, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1987, 907 ss. ed in part. 909; G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6, I, Torino, 1993, 56 ss. In giurisprudenza, si vedano App. Roma 30 ottobre 1980, in *Società*, 1982, 14 ss. e Trib. Napoli 19 dicembre 1983, in *Società*, 1984, 1349 ss. e fra le decisioni di legittimità cfr. Cass. 7 giugno 1982, n. 3441, in *Dire. fall.*, 1982, II, 889 ss.

(11) Fra i sostenitori di questa tesi, cfr. *ex multis* A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 344 ss.; G. Frè, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1982, 753 ss.; D. Cenni, *L'omologazione e le delibere modificative dello statuto sociale*, in *Notariato*, 1997, 18 ss. e A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2000, 701 ss. Fra le decisioni di merito si vedano Trib. Genova 7 gennaio 1989, in *Società*, 1989, 523 ss.; Trib. Napoli 21 luglio 1986, in *Vita not.*, 1987, 349 ss. e nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. 12 giugno 1996, n. 5416, in *Notariato*, 1997, 15 ss.

(12) In questi termini si veda Trib. Milano 3 febbraio 1977, in *Giur. comm.*, 1977, II, 834.

piano normativo è stato confermato dalla riforma del 2003, ravvisandosi nel notaio l'unico soggetto responsabile di un controllo di legalità che, secondo l'orientamento dottrinale prevalente, è ad un tempo formale e sostanziale (13). In questo nuovo contesto normativo, con riferimento al tema in esame, è consequenziale che l'evento condizionante i profili di efficacia ed eseguibilità delle delibere modificative sia oggi rappresentato dall'esito positivo o negativo del controllo di legalità affidato al notaio. È del pari evidente che il venir meno del giudizio omologatorio e la conseguente riduzione dei tempi per l'iscrizione, a cura del notaio, nel Registro delle Imprese della delibera di aumento hanno in un primo momento ridimensionato l'interesse teorico ed operativo sul tema dei versamenti in conto aumento di capitale.

Un rinnovato margine di studio è stato, invece, offerto dalla riforma del diritto societario e, in particolare, dalla presa di posizione del legislatore in ordine al discusso problema dell'efficacia delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo; il quinto comma dell'art. 2436 c.c., infatti, stabilendo che la deliberazione non produce effetto "se non dopo l'iscrizione" sembra aver previsto una forma di pubblicità che eleva l'iscrizione nel Registro delle Imprese a condizione legale sospensiva di efficacia della deliberazione modificativa dell'atto costitutivo (in ciò richiamando il sopra citato orientamento dottrinale secondo cui, prima della legge di semplificazione del 2000, la *condicio iuris* era rappresentata dal buon esito del controllo giudiziale omologatorio) (14).

Data questa premessa, è consequenziale nel ragionamento osservare come una eventuale sottoscrizione ed i successivi conferimenti, in denaro o in natura, contestualmente effettuati in esecuzione dell'indicata sottoscrizione dell'aumento saranno del pari soggetti alla medesima *condicio iuris* sospensiva.

Particolare attenzione va poi riposta in ordine alle ipotesi di esecuzione anticipata dell'aumento e di sottoscrizione di *tranches* di aumento oneroso scindibile "non progressivo" (ossia privo dei correttivi indicati dalla Massima n. 96 della Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano) (15).

L'esecuzione di un aumento di capitale non ancora iscritto è oggi assunto condiviso dalla dottrina ed in particolare dagli orientamenti notarili in materia societaria; in particolare, va osservato come la Massima n. 7 della Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano dispunga espressamente a riguardo che "la sottoscrizione dell'aumento di capitale a pagamento (in de-

naro od in natura) può intervenire prima che la relativa delibera acquisti efficacia, ai sensi dell'articolo 2436 del codice civile, con l'iscrizione al Registro Imprese. L'esecuzione può quindi avvenire anche in corso di assemblea, facendosene menzione nel relativo verbale, cui pertanto può essere allegato il testo di statuto aggiornato con l'indicazione del nuovo capitale sociale" (16).

L'inefficacia della deliberazione di aumento fra il momento assembleare di adozione e quello formale di iscrizione nel Registro delle Imprese non costituisce impedimento giuridico alla sottoscrizione ed all'esecuzione dei necessari apporti in denaro od in natura, risultando queste due ultime fasi implicitamente subordinate negli effetti alla stessa *condicio iuris* che è prevista per la delibera, ossia l'iscrizione di quest'ultima al Registro delle Imprese. Nel commento alla Massima si osserva, altresì, che in tal caso, senza lesione di alcun principio dell'ordinamento, si realizza una semplice inversione degli elementi che di norma compongono la fattispecie complessa dell'aumento di capitale sociale a pagamento, con anticipazione dell'adesione dei soci rispetto al momento di efficacia della proposta societaria di aumento.

La particolare condizione di inefficacia della delibera, cui naturalmente si accompagna l'inefficacia complessiva dell'aumento fino all'iscrizione della delibera al Registro delle Imprese, rende opportuno che tra società (conferitaria) e soci (sottoscrittori e conferenti), all'atto della sottoscrizione, venga disciplinato il regime a cui le parti intendono assoggettare l'apporto contestualmente effettuato e destinato a liberare l'aumento stesso.

Analoga libertà operativa è riconosciuta dallo stesso Comitato interregionale dei consigli notarili delle Tre Venezie nell'orientamento H.A.9 del 2010, in base al quale "al fine di dare data certa ad una deter-

Note:

(13) Cfr. *ex multis* P. Revigliano, *op. cit.*, 305.

(14) La tematica della natura giuridica della pubblicità delle delibere modificative dell'atto costitutivo prevista dal nuovo art. 2436, comma 5, c.c. è affrontata da N. Atlante, *Gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese di delibere modificative dello statuto di società di capitali: il nuovo art. 2436, comma 5, c.c.*, *Studio n. 5759/I*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio nazionale del notariato, Milano, 2006, 1, 395 ss. e in giurisprudenza cfr. Trib. Verona 8 aprile 2005, in *Le società*, 2006, 335 ss., in cui pare propendersi per la tesi costitutiva.

(15) Il testo e la motivazione della Massima sono consultabili su AA.VV., *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2010, 327.

(16) Il testo e la motivazione della Massima sono consultabili su AA.VV., *ult. op. cit.*, 71.

minata operazione di conferimento in natura è possibile effettuare il conferimento con efficacia traslativa immediata, anteriore cioè all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di aumento di capitale sociale suo presupposto. Ovviamente tale conferimento sarà immediatamente imputato a patrimonio e potrà essere imputato anche a capitale solo dopo che la delibera di aumento avrà acquisito efficacia ex art. 2436, comma 5, c.c. È inoltre da ritenere che tali conferimenti siano sottoposti alla condizione risolutiva della mancata iscrizione della delibera di aumento loro presupposto nel registro imprese" (17).

Alla luce delle osservazioni finora sviluppate, due possono essere gli scenari contrattuali ragionevolmente prospettabili in ossequio alla volontà delle parti.

In primo luogo, le parti (ossia il socio conferente ed il legale rappresentante della società conferitaria) possono reciprocamente prendere atto che la sottoscrizione deve ritenersi subordinata alla stessa *condicio iuris* che è prevista per la delibera, al pari dell'apporto così effettuato per liberare la parte di aumento sottoscritta. Dal punto di vista contabile, con le precisazioni di seguito sviluppate, detto apporto sarà allocato in una specifica riserva, in attesa della definitiva imputazione a capitale una volta depositata l'attestazione di cui all'art. 2444 c.c.; ad ogni modo, in caso di mancato perfezionamento dell'aumento così deliberato, il socio conferente avrà diritto alla restituzione, con svuotamento ed espunzione dal bilancio stesso della riserva così creata.

Nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, in alternativa alla restituzione dell'apporto, ritengo altresì che possa espressamente precisarsi che in caso di mancato perfezionamento dell'aumento deliberato, i soci conferenti abbiano diritto a che l'apporto effettuato anzitempo in sede assembleare sia riquilificato in termini di "versamento in conto futuro aumento", così assicurando a ciascun conferente la possibilità di conservare la titolarità esclusiva della ricchezza apportata e di utilizzarla per un futuro aumento oneroso.

Diversamente ancora, le parti possono convenire che quanto versato determini comunque un incremento patrimoniale per la società, con la significativa conseguenza (che pare essere indicata anche nella parte finale della motivazione della citata Massima n. 7) che resterà condizionata all'iscrizione presso il Registro delle Imprese solamente l'allocazione a capitale sociale. In altri termini, per l'ipotesi in cui l'iter di aumento a titolo oneroso del capitale sociale non dovesse andare a buon fine, l'apporto non ver-

rebbe restituito al soggetto conferente, restando definitivamente allocato a bilancio come un ordinario "versamento in conto capitale" (18).

La distinzione così ricostruita non costituisce un sofisma accademico ma, come verrà di seguito evidenziato, rappresenta il presupposto per individuare sottili ed importanti differenze giuridiche e contabili dinanzi ad una operazione di riduzione per perdite.

La rappresentazione contabile dei versamenti in conto aumento capitale

Per quanto riguarda la rappresentazione contabile dei versamenti in oggetto, va in prima battuta osservato che generalmente il margine di incertezza derivante dal verificarsi o meno della condizione sospensiva legale (consistente, come più volte detto, nell'iscrizione della deliberazione di aumento nel Registro delle Imprese) è destinato a sciogliersi nell'arco di trenta giorni, rendendo pertanto remota la necessità che tra il tempo della delibera di aumento e il tempo della eventuale pubblicità della stessa si debba redigere il bilancio di esercizio (19) o una situazione patrimoniale *ad hoc* collegata ad una determinata operazione sul capitale, ferma restando ovviamente l'immediata registrazione nelle scritture contabili.

A questa considerazione di ordine generale, avanzata anche da una recente dottrina (20), va rilevata, tuttavia, un'eccezione di tipo strutturale: è il caso di una delibera di aumento a titolo oneroso scindibile "non progressiva", dotata di un termine di chiusura dell'aumento molto lungo, nel quale il sottoscrittore incrementa la propria partecipazione (ovvero diviene socio, se in precedenza estraneo alla compagine sociale) solo alla chiusura delle sottoscrizioni, restando tutti gli effetti *medio tempore* "congelati". Non può, tuttavia, dirsi che l'aumento scindibile pendente sottoscritto in parte sia giuridicamente e

Note:

(17) Il testo del presente orientamento è consultabile in AA.VV., *Orientamenti del comitato triveneto dei notai in materia di atti societari*, Milano, 2011, 20.

(18) Quest'ultima ipotesi deve essere oggetto di una specifica pattuizione voluta dai soci e non può mai rappresentare il frutto di una interpretazione ricostruttiva; specifiche pattuizioni sul punto possono costituire, sotto altro profilo, il veicolo per attuare - con lo schermo societario - forme di donazione indiretta, cfr. a riguardo G. Iaccarino, *Donazioni indirette e "ars stipulatoria"*, Milano, 2008, in part. 85 ss. e con ulteriori riflessioni sviluppate sul tema cfr. Id., *Liberalità indirette*, Milano, 2011, in part. 125 ss. (Cap. IV *Liberalità non donative in ambito societario*).

(19) Si pensi all'ipotesi in cui la data di chiusura del bilancio sia fissata al 31 dicembre e l'aumento oneroso in parola sia deliberato nei trenta giorni precedenti.

(20) Cfr. G. Festa Ferrante, *op. cit.*, in part. il paragrafo 3.

contabilmente irrilevante; a ben vedere, infatti, con le precisazioni esposte nel paragrafo precedente, le somme versate sono già stabilmente entrate a far parte del patrimonio della società e contabilizzate come “versamenti in conto aumento capitale”. Posto che l’aumento non è menzionabile negli atti della società fino a quando non avviene la suddetta iscrizione (la quale avverrà a chiusura del termine dell’aumento stesso), i versamenti già effettuati dai soci vengono transitoriamente collocati in un conto acceso ad una riserva di capitale; in questa specifica ipotesi si tratta di una riserva non solo temporanea ma anche “targata”, ossia riconducibile solo a colui che ha contribuito a formarla.

Valga la seguente ipotesi esemplificativa. *Esempio n. 1*: Alfa spa costituita in data 1° giugno 2009 con capitale sociale pari ad Euro 180 mila integralmente sottoscritto e versato, diviso in parti uguali fra i soci Primo e Secondo; la società delibera in data 1° maggio 2010 un aumento di capitale a pagamento scindibile non progressivo di altri 180 mila Euro, con termine di chiusura fissato in nove mesi. L’aumento viene sottoscritto e versato dal solo Primo per la quota di spettanza (90 mila Euro). Al momento di chiusura del bilancio, in data 31 dicembre 2010 (con il termine di chiusura dell’aumento ancora pendente e fissato al 1° febbraio 2011), la società Alfa spa esporrà un capitale sociale pari ad Euro 180 mila versati integralmente ed una riserva “versamento in conto aumento capitale”, pari ad Euro 90 mila, riconducibile al solo Primo (21).

Il trattamento contabile dei versamenti in conto aumento capitale è oggetto di specifica previsione da parte del soprammenzionato principio contabile n. 28. In particolare, in esso è dato leggere che, fino a quando l’attestazione dell’eseguito aumento ex art. 2444 c.c. non sia iscritta nel Registro delle Imprese, al fine di accogliere gli importi di capitale sottoscritti dai soci, si presenta la necessità di ricorrere ad un conto diverso dal «Capitale sociale»; come già accennato, gli importi sottoscritti e versati dovranno essere accreditati al conto «Versamenti in conto aumento del capitale sociale» che costituisce una riserva di capitale con un preciso vincolo di destinazione e di ciò occorrerà farsi menzione nella nota integrativa. Solo successivamente alla iscrizione nel Registro delle Imprese dell’attestazione di cui all’art. 2444 c.c., da parte degli amministratori “si provvederà a girare tale riserva al conto «Capitale sociale»”.

Palmare è la differenza rispetto ad una ordinaria ipotesi di aumento inscindibile in cui gli importi sottoscritti dovranno essere accreditati ad un conto di de-

bito verso i sottoscrittori denominato «Azioni sottoscritte per aumento di capitale» e qualora l’importo complessivamente sottoscritto risulterà inferiore a quello deliberato dall’assemblea, i conferimenti dovranno essere restituiti ai sottoscrittori.

Operazioni sul capitale ed utilizzabilità dei versamenti in conto aumento capitale. Una lettura “equitativa” del complesso normativo

Definiti i profili giuridici e contabili dell’istituto nei termini sopra descritti, occorre valutarne l’incidenza nelle principali operazioni sul capitale.

In primo luogo, va esclusa l’utilizzabilità dei versamenti in esame nell’ipotesi di aumento oneroso del capitale sociale. Come visto, infatti, essi possono essere definiti come i versamenti realizzati in presenza di un aumento oneroso già deliberato, ma tuttora pendente; essi quindi sono già funzionalmente inseriti nell’*iter* procedimentale di un determinato aumento a pagamento e non possono essere utilizzati a copertura di un secondo. È evidente la differenza rispetto ai versamenti fatti dai soci in conto futuro aumento, i quali sono destinati a coprire un aumento di capitale sociale futuro e non ancora deliberato, costituendo un’esecuzione temporalmente anticipata dell’aumento stesso, il quale è destinato a perfezionarsi solo con la successiva delibera da parte della società.

Sia consentito riprendere l’esempio numerico sopra effettuato. *Esempio n. 2*: si ipotizzi che dal bilancio della Alfa spa emerge un capitale sociale pari ad Euro 180 mila versati integralmente ed una riserva “versamento in conto aumento capitale”, pari ad Euro 90 mila, riconducibile al solo Primo, costituita in occasione della sottoscrizione di un precedente aumento oneroso scindibile. Qualora la società deliberasse un secondo e nuovo aumento a titolo oneroso (avuto peraltro riguardo al limite di cui all’art. 2438 c.c.), detta voce “versamento in conto aumento capitale” non potrebbe essere utilizzata proprio perché connessa al precedente aumento di capitale e di lì a breve destinata ad essere contabilmente imputata a capitale (che si innalzerà da 180 a 270 mila Euro); evidente è, quindi, la differenza rispetto alla

Nota:

(21) A riguardo, il principio contabile n. 28, con riferimento al versamento in conto aumento effettuato da un socio, precisa che “è una riserva di capitale, con un preciso vincolo di destinazione, che accoglie gli importi di capitale sottoscritti dai soci, in ipotesi di aumento di capitale scindibile, quando la procedura di legge per l’aumento del capitale sia ancora in corso alla data di chiusura del bilancio”.

voce contabile “versamenti in conto futuro aumento di capitale”.

Soluzione negativa deve del pari esser data in ordine alla possibilità di utilizzare i versamenti in conto aumento capitale nell'ipotesi di aumento gratuito per due ordini di ragioni. In primo luogo, come appena visto, perché essi sono già funzionalmente inseriti nell'*iter* procedimentale di un determinato aumento oneroso e, al buon esito dello stesso, destinati ad essere imputati a capitale sociale. In secondo luogo, perché la voce “versamenti in conto aumento capitale” è contabilmente una riserva di capitale temporanea, riconducibile solo a colui che ha contribuito a formarla e contraddistinta da un preciso vincolo di destinazione (ossia l'imputazione a capitale una volta depositata l'attestazione ai sensi dell'art. 2444 c.c.); essa, quindi, difetta del carattere della “disponibilità” richiesta dall'art. 2442 c.c. per il passaggio delle riserve e fondi a capitale.

Nessuna interferenza dal punto di vista giuridico e strutturale si registra fra un'operazione di riduzione reale del capitale sociale ed i versamenti in conto aumento di capitale; la riduzione reale, infatti, incide direttamente sul capitale sociale esistente e contabilmente esposto negli atti sociali, attuandosi una contestuale riduzione del patrimonio sociale con rimborso parziale ai soci dei conferimenti già effettuati oppure a mezzo di liberazione dai versamenti ancora dovuti oppure, ancora, mediante riservizzazione.

Più complesso, invece, è il discorso relativo alla riduzione nominale del capitale sociale in presenza di versamenti in conto aumento di capitale; il problema sarà analizzato avuto riguardo alla pendenza di un aumento oneroso scindibile non progressivo, in cui - come visto - per tutta la durata del termine di sottoscrizione dell'aumento può essere appostata a bilancio una voce “versamenti in conto aumento capitale”, relativamente alle somme già versate dai soci che con maggiore solerzia hanno già sottoscritto (vedi *Esempio n. 1*).

In questo caso, le somme versate dal socio sottoscrittore dell'aumento scindibile sono già stabilmente entrate a far parte del patrimonio della società e, come sopra analizzato, transitoriamente collocate in un conto acceso ad una riserva di capitale («versamenti in conto aumento capitale») che successivamente, a chiusura dell'aumento, verrà imputata al capitale sociale. Ove si condivida questa ricostruzione in termini contabili, si deve anche riconoscere che dette poste possono subire il rischio di erosione da parte di una perdita che *medio tempore* colpisca la società.

Evidente è la differenza rispetto ad una ordinaria ipotesi di aumento inscindibile in cui, come visto, gli importi sottoscritti dovranno essere accreditati ad un conto di debito verso i sottoscrittori; dette somme ivi accantonate sono insuscettibili di essere erose da una perdita eventualmente registrata nelle more dell'*iter* di aumento oneroso in quanto non ancora stabilmente acquisite dalla società fino a quando l'aumento non è chiuso, restando soggette al “rischio di restituzione” ove l'importo complessivamente sottoscritto risultasse alla fine inferiore a quello deliberato dall'assemblea. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento ai versamenti in conto futuro aumento di capitale, ossia destinati a coprire un aumento di capitale sociale non ancora deliberato. La loro acquisizione è instabile e, come osservato dalla citata giurisprudenza di legittimità, risolutivamente condizionata alla mancata adozione della delibera di aumento oneroso del capitale; fino a detto momento grava sulla società un potenziale obbligo di restituzione al soggetto conferente che inibisce l'utilizzabilità della voce a copertura perdite.

Sul tema in esame intendo proporre una rilettura in chiave “equitativa” del complesso normativo. Se si condivide la ricostruzione contabile dei versamenti in conto aumento di capitale come riserva di capitale temporanea, riconducibile solo a colui che ha contribuito a formarla e contraddistinta da un preciso vincolo di destinazione, diventa consequenziale osservare che, in termini economici, una eventuale perdita registrata sarà “soportata” in misura più che proporzionale dal socio cui la riserva in parola è riconducibile. Può essere utile un esempio numerico. *Esempio n. 3*: Alfa spa, costituita in data 1° giugno 2009 con capitale sociale pari ad Euro 180 mila integralmente sottoscritto e versato e diviso in parti uguali fra i soci Primo e Secondo, delibera in data 1° gennaio 2010 un aumento di capitale a pagamento scindibile ordinario di altri 180 mila Euro che viene sottoscritto ed integralmente liberato dal solo Primo per la quota di spettanza (90mila). La situazione al 1° giugno 2010 (con termine di chiusura ancora pendente) è la seguente: Alfa spa espone un capitale sociale pari ad Euro 180 mila integralmente versati e un versamento in conto aumento capitale pari ad euro 90 mila, riconducibile al solo Primo. Se tuttavia *medio tempore* si verifica un evento tale da determinare una perdita rilevante, ai sensi dell'art. 2447 c.c., pari ad Euro 120 mila, la perdita sarà assorbita dapprima utilizzando la voce versamento in conto aumento di capitale formata dal solo Primo, pari a 90 mila Euro, e, solo successivamente, abbat-

tendo il capitale per Euro 30 mila, determinandone una discesa da 180 a 150 mila. In termini economici, la perdita di 120 mila Euro sarà stata sopportata per 105 mila Euro da Primo (90+15) e per 15 mila Euro da Secondo.

Seppur formalmente corretta, la ricostruzione presenta profili di iniquità sostanziale evidenti, in quanto penalizza maggiormente proprio il socio che tempestivamente ha sottoscritto l'aumento scindibile (incentivando, dunque, sottoscrizioni dell'aumento solo a ridosso della scadenza del termine di chiusura dell'aumento).

A riguardo ritengo indispensabile procedere ad una interpretazione di tipo correttivo della rigida classificazione contabile, finalizzata ad equiparare, sul piano del rischio economico, le posizioni dei soci in pendenza del termine dell'aumento oneroso scindibile non progressivo. Una soluzione prospettabile è quella di creare un correttivo pattizio nell'ordine di aggrasso delle voci di riserva presenti in bilancio; in altre parole, la voce "versamenti in conto aumento capitale" dovrebbe essere postergata nell'ordine di erosione alla stessa riserva legale, dovendosi così ridurre in proporzione allo stesso capitale sociale. Detta operazione, che nella sostanza equipara il "versamento in conto aumento capitale" al "capitale sociale" dinanzi all'incidenza della perdita, appare pienamente legittima, né si pone in contrasto con il principio, più volte affermato dalla Corte di Cassazione, secondo cui l'ordine da seguire "nell'imputazione delle perdite è inderogabile, non essendo consentito ai soci di fare gravare le perdite su parti del netto maggiormente vincolate rispetto a quelle meno vincolate o non vincolate affatto" (22). Nel caso in esame, infatti, sotto il profilo del "grado di vincolo" le voci "versamenti in conto aumento capitale" e "capitale sociale" sono del tutto equipollenti, in quanto la prima voce - come più volte detto - ha carattere transitorio e temporaneo ed è destinata in un ragionevole lasso di tempo a confluire nel capitale sociale stesso.

L'operazione così strutturata non costituisce pericolo o nocumento per i terzi, dinanzi ai quali l'equiparazione dei versamenti in conto aumento al capitale resta neutra; essa, infatti, ha solo rilievo "interno" costituendo una misura perequativa fra i soci che, in tempi diversi, hanno partecipato all'aumento di capitale pendente (23).

Non può quindi parlarsi di alterazione dell'ordine di erosione delle riserve e delle voci disponibili. In conclusione, ritengo quindi opportuno che la riserva di capitale "versamenti in conto aumento capitale", una volta registrata una perdita, debba essere ridotta in misura proporzionale al capitale sociale.

Sia consentito richiamare ancora una esemplificazione numerica che tenga conto di questa lettura correttiva tendente all'equiparazione dei versamenti in conto aumento al capitale sociale in termini di regime di vincolatività. *Esempio n. 4*: Alfa spa, costituita in data 1° giugno 2009 con capitale sociale pari ad Euro 180 mila integralmente sottoscritto e versato e diviso in parti uguali fra i soci Primo e Secondo, delibera in data 1° gennaio 2010 un aumento di capitale a pagamento scindibile ordinario di altri Euro 180 mila che viene sottoscritto ed integralmente liberato dal solo Primo per la quota di spettanza (90 mila Euro). La situazione al 1° giugno 2010 (con termine di chiusura dell'aumento ancora pendente) è la seguente: Alfa spa espone un capitale sociale pari ad Euro 180 mila integralmente versati e un versamento in conto aumento capitale pari ad euro 90 mila Euro riconducibile al solo Primo. *Medio tempore* si verifica un evento tale da determinare una perdita rilevante, ai sensi dell'art. 2447 c.c., pari ad Euro 120 mila. Al fine di evitare gli effetti manifestamente iniqui di cui all'*Esempio n. 3*, si può procedere ad una riduzione proporzionale della voce "versamenti in conto futuro aumento capitale" rispetto al "capitale sociale". Sotto il profilo numerico, la registrata perdita può essere assorbita integralmente, riducendo la voce "versamenti in conto aumento capitale" da Euro 90 mila ad Euro 50 mila (per complessivi Euro 40 mila, cioè pari ad 1/3 della registrata perdita) e la voce "capitale sociale" da Euro 180 mila ad Euro 100 mila (per complessivi Euro 80 mila, cioè pari a 2/3 della registrata perdita). Post riduzione, quindi, il capitale scende ad Euro 100 mila, suddiviso in parti uguali fra Primo e Secondo, e il versamento in conto aumento, riconducibile al solo Primo, scende ad Euro 50 mila; una volta che quest'ultimo sarà imputato a capitale, i soci saranno in un rapporto di partecipazione 2/3 Primo ed 1/3 Secondo. In questo modo, la proporzione fra i soci in termini di sopportazione del "peso economico" della perdita è rispettata; a riprova della bontà della soluzione prospettata, si pensi al fatto che se la perdita avesse attaccato il capitale già aumentato a 270 mila Euro (e ripartito 180 mila Euro a Primo e 90 mila Euro a Secondo), essa avrebbe abbattuto il capitale

Note:

(22) In questi termini si esprime Cass. 6 novembre 1999, n. 12347, in *Notariato*, 2001, 22 ss.

(23) In termini generali, sulla discussa tematica della modificabilità dell'ordine di erosione delle poste in bilancio, si segnala la posizione di apertura di C.A. Busi, *Riduzione del capitale nelle s.p.a. e s.r.l.*, Milano, 2010, 96-98, ferma restando la necessaria tutela delle ragioni dei terzi (in particolare, i creditori sociali).

da 270 a 180 mila Euro, ma in termini economici sarebbe stata ugualmente ripartita per 2/3 in capo a Primo e per 1/3 a Secondo, ossia proporzionalmente alle quote di capitale (24).

Incidenza sui limiti del prestito obbligazionario. Proposta di un correttivo pattizio all'art. 2441, primo comma, c.c.

La presenza in bilancio di versamenti in conto aumento capitale pone, sotto un diverso profilo, dei problemi in ordine al calcolo dei limiti di emissione del prestito obbligazionario semplice e convertibile. Come noto, il limite all'emissione di obbligazioni ordinarie è fissato dall'art. 2412 c.c., la cui novellata formulazione consente di prendere in considerazione il capitale sottoscritto anche se non integralmente liberato (in questo caso non ci sono limiti alla adozione della delibera, ma solo criteri per la determinazione dell'ammontare del prestito). Il limite dell'art. 2412 c.c. vale anche per l'emissione del prestito obbligazionario convertibile, trattandosi di norma avente portata generale; l'art. 2420-bis c.c. preclude, tuttavia, l'adozione della delibera in presenza di "un capitale sociale non interamente versato" (impedimento che opera *ab origine*, a nulla rilevando l'estensione dei limiti di cui all'art. 2412 c.c.) (25).

Fin d'ora si precisa che le esemplificazioni sviluppate di seguito saranno riferite all'emissione di un prestito obbligazionario convertibile, dando per presupposti i requisiti di legge.

Con riferimento alla tematica in esame, è necessario chiedersi se quanto sottoscritto e versato *medio tempore* dell'aumento scindibile non progressivo contribuisca o meno all'elevazione del limite di cui all'art. 2412 c.c. di emissione del prestito. Alla luce delle considerazioni sviluppate in ordine alla qualificazione contabile dei "versamenti in conto aumento capitale" ed alla sostanziale equiparazione al capitale sociale in termini di "regime di vincolatività" non può che darsi risposta positiva al presente quesito.

Esempio n. 5: la situazione al 1° giugno 2010 (con termine di chiusura dell'aumento ancora pendente) è la seguente: Alfa spa espone un capitale sociale pari ad Euro 180 mila integralmente versati ed un versamento in conto aumento capitale pari ad Euro 90 mila riconducibile al solo Primo. Alla luce di detta situazione contabile, il limite massimo di emissione del prestito obbligazionario, ai sensi dell'art. 2412 c.c., è pari ad Euro 540 mila, ossia il doppio delle voci "capitale sociale" (pari ad Euro 180 mila) e "versamenti in conto aumento capitale" (pari ad Euro 90 mila).

Ultimo profilo, di gran lunga più complicato, è quello relativo alla individuazione dei soggetti cui offrire la sottoscrizione del prestito obbligazionario convertibile e la misura quantitativa di detta offerta.

Una prima lettura "formale" del problema potrebbe portare a ritenere che i soggetti destinatari dell'offerta di sottoscrizione siano i soci nelle proporzioni originarie, senza tener conto di chi ha sottoscritto l'aumento scindibile e di quanto è stato versato nelle more. Il ragionamento, formalmente impeccabile, incontra però degli evidenti limiti di ordine logico ed economico che, ad avviso di chi scrive, non possono essere ignorati.

Ai fini del presente ragionamento teorico, ritengo indispensabile tenere in debita considerazione due importanti profili: da un lato, il fatto che colui che ha sottoscritto l'aumento scindibile pendente contribuisce ad elevare il limite di emissione con un apporto che di fatto incrementa, in termini assoluti, il diritto di opzione degli altri soci sul prestito obbligazionario convertibile emesso; dall'altro, il motivo che colui che ha sottoscritto l'aumento scindibile, a meno di non ricorrere al "correttivo redazionale" proposto nel paragrafo precedente, si accolla integralmente i rischi derivanti da eventuali perdite *medio tempore* occorrenti, non godendo di alcun vantaggio in termini patrimoniali (maggiorazione nel percepimento degli utili) o amministrativi (maggior peso decisionale in assemblea). Ritengo, quindi, opportuno in via equitativa che l'offerta di sottoscrizione del prestito possa essere maggiorata per colui che ha sottoscritto l'aumento scindibile nella misura di quanto già versato; peraltro, detto correttivo non ha alcun riflesso su diritti di soggetti terzi rispetto alla compagine sociale e, a mio avviso, può trovare adeguata collo-

Note:

(24) Il correttivo da me ipotizzato incontra, tuttavia, un limite oggettivo nelle ipotesi in cui la perdita registrata è tale da azzerare sia la voce "versamenti in conto aumento" sia la voce "capitale sociale"; in tale frangente di estrema patologia, cui farà seguito una ricapitalizzazione da zero, in alternativa a scioglimento o trasformazione regressiva, il prospettato intento perequativo delle posizioni fra i soci non pare più perseguibile.

(25) Ante riforma del diritto societario, con riferimento ai limiti di emissione del prestito si rinvia *ex multis* ai contributi di P. Ferro-Luzzi, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di limiti all'emissione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 217 ss.; G. Niccolini, *Il prestito obbligazionario delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 431 ss. e R. Cavallo Borgia, *Società per azioni. Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, 30 ss. Post riforma si vedano R. Cavallo Borgia, *Società per azioni. Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, 94 ss. e A. Giannelli, *Art. 2412 c.c., Obbligazioni e bilancio*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di M. Notari e L. A. Bianchi, Milano, 2006, 86 ss.

cazione in seno al regolamento di emissione del prestito (26).

Sia consentito anche in questo caso ricorrere ad un esempio numerico. *Esempio n. 6*: Alfa spa, costituita in data 1° giugno 2009 con capitale sociale pari ad Euro 120 mila Euro integralmente sottoscritto e versato e diviso in parti uguali fra i soci Primo e Secondo, delibera in data 1° gennaio 2010 un aumento di capitale a pagamento scindibile ordinario di altri 120 mila che viene sottoscritto e liberato dal solo Primo per la quota di spettanza (60 mila Euro). La situazione al 1° giugno 2010 (con termine di chiusura dell'aumento ancora pendente) è la seguente: Alfa spa espone un capitale sociale pari ad Euro 120 mila integralmente versati e un versamento in conto aumento capitale pari ad Euro 60 mila riconducibile al solo Primo. L'emissione di un prestito obbligazionario convertibile deliberata il 1° giugno 2010 può avere come tetto massimo 360 mila Euro (120 mila più 60 mila). La sottoscrizione del prestito seguirà allora nel rispetto di queste modalità: a Primo per 2/3 (cioè 240 mila) ed a Secondo per 1/3 (cioè 120 mila); senza l'utilizzo di detto correttivo, il diritto di sottoscrizione dovrebbe essere ripartito sulla base delle proporzioni originarie, ossia metà a Primo e metà a Secondo, per complessivi 180 mila Euro ciascuno. In altre parole, Primo, sottoscrivendo da solo l'aumento scindibile, avrebbe "procurato" a Secondo un'opzione maggiorata di 60 mila Euro sulla sottoscrizione del prestito obbligazionario convertibile (27).

Cessione della partecipazione sociale e versamenti in conto aumento capitale

Alcune riflessioni finali meritano di essere spese in ordine alla possibilità che il socio autore del versamento in conto aumento capitale decida di trasferire, in tutto o in parte, la propria partecipazione sociale in favore di terzi.

Qualora l'autore del versamento in conto aumento capitale intenda alienare a terzi la propria partecipazione, può osservarsi come l'oggetto della vendita abbia carattere complesso: da un lato, vi è la partecipazione al capitale sociale, già esistente ed esposta negli atti sociali e, dall'altro, vi sono i diritti derivanti dalla sottoscrizione e dal versamento in conto aumento, i quali - destinati a tramutarsi in capitale sociale a seguito del deposito dell'attestazione ex art. 2444 c.c. - possono in termini civilistici essere considerati alla stregua di un bene futuro.

Accettata detta premessa ricostruttiva, è quindi ragionevole condividere quell'orientamento dottrinale che ricorre all'istituto della vendita di cosa futura,

di cui al combinato disposto degli artt. 1348 e 1472 c.c. (28), con la positiva conseguenza giuridica che il cessionario della partecipazione sociale potrà diventare automaticamente proprietario della *res futura* non appena questa verrà ad esistenza. La "futura" nel caso in esame è rappresentata dal fatto che le azioni o quote in vendita non sono ancora formalmente state emesse all'atto di stipula del negozio traslativo e quindi sono ancora inesistenti nel mondo giuridico. È stato, peraltro, osservato che il vigente art. 2331, ultimo comma, c.c., richiamato per le società a responsabilità limitata dall'art. 2463, ultimo comma, c.c., non ha riprodotto il divieto di vendita delle azioni prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese, prescritto dal medesimo articolo nella formulazione precedente e sanzionato con la nullità del contratto (divieto, in verità, circoscritto alla sola fase costitutiva della società). La mancata riproduzione, nell'attuale disciplina, del divieto di vendita delle azioni non solo rende legittimamente configurabile come compravendita di bene futuro la compravendita di partecipazioni sociali relative ad un aumento di capitale deliberato e sottoscritto ma

Note:

(26) A ben pensare, infatti, in difetto anche di questo correttivo, dinanzi ad un termine di sottoscrizione dell'aumento scindibile non progressivo molto lungo, *de facto* nessun socio sarebbe ragionevolmente portato ad una sottoscrizione tempestiva dello stesso frustrandosi così la finalità ultima dell'aumento scindibile, ossia la raccolta a scaglioni da parte delle società di nuove voci di ricchezza; in altri termini, il socio non avrebbe motivo di disinvestire somme liquide per procedere ad una celere sottoscrizione e liberazione dell'aumento di capitale, atteso che, da un lato, perderebbe l'ordinaria remunerazione del denaro (si pensi al tasso di interesse accordato da un istituto di credito) e, dall'altro, non avrebbe alcun vantaggio patrimoniale nell'assetto societario.

(27) Lo stesso risultato, peraltro, in modo più macchinoso, potrebbe essere raggiunto operando sul coordinamento dei termini di sottoscrizione dell'aumento e del prestito obbligazionario. Al fine di superare il dato letterale del primo comma dell'art. 2441 c.c. (secondo cui le obbligazioni convertibili di nuova emissione devono essere offerte in proporzione al numero delle azioni possedute) sarebbe, infatti, sufficiente in tale particolare ipotesi fissare il termine di sottoscrizione del prestito obbligazionario oltre il termine di chiusura dell'aumento; in tal modo, decorso questo ultimo termine, colui che ha *medio tempore* sottoscritto riceverà le nuove azioni e quindi potrà esercitare un diritto di sottoscrizione maggiorato sul prestito convertibile (tecnicamente il diritto di opzione sul prestito obbligazionario convertibile spetta nominalmente a coloro che già sono soci alla data di emissione del prestito obbligazionario, ma nella quantità maggiorata conseguente all'incremento ottenuto della partecipazione).

(28) Cfr. G. Festa Ferrante, *op. cit.*, 1301 ss. ed in particolare il paragrafo 7, il quale a sostegno richiama altresì quanto affermato da F. Magliulo, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, 2010, 570. Non condivisibile, invece, è la ricostruzione del problema in termini di cessione del contratto, cfr. a riguardo le condivisibili osservazioni critiche di G. Festa Ferrante, *op. cit.*, 1301 ss. e D. Cenni, *op. cit.*, 1155 ss.

non ancora efficace, bensì sembra, più in generale, legittimare l'utilizzazione dell'istituto di cui all'art. 1472 c.c.

Dal punto di vista tecnico, nell'ipotesi in cui il socio intenda dismettere l'intera partecipazione sociale, ivi compresi i diritti in commento sull'aumento scindibile *medio tempore* sottoscritto, ritengo che si configuri non già un'unica vendita, ma due distinti negozi di vendita: il primo avente ad oggetto la partecipazione "esistente" ed il secondo avente ad oggetto i diritti inerenti al versamento in conto aumento di capitale (29). È ragionevole ipotizzare che le due compravendite siano funzionalmente collegate, dovendosi di ciò tener conto sia a livello redazionale, sia nella pattuizione del prezzo complessivo (la parte acquirente, ad esempio, può manifestare l'intenzione di voler acquistare solo l'*unicum* dei diritti indicati ovvero di accettare eventualmente anche la sola partecipazione esistente, a fronte di una predefinita riduzione del prezzo).

In alternativa il socio può limitarsi a cedere tutta o parte della quota di partecipazione detenuta esistente, con espressa riserva per sé (e conseguente esclusione dall'oggetto della vendita) delle azioni o della quota che saranno eventualmente emesse al buon esito dell'aumento del capitale già deliberato e sottoscritto, seppur ancora inefficace; in tal caso, si tratterà di un ordinario contratto di compravendita avente ad oggetto diritti esistenti. Il cedente, in ipotesi di cessione integrale, perderà temporaneamente lo *status* di socio, in attesa di riacquistare tale veste ove la deliberazione di aumento vada a buon fine con l'iscrizione di cui all'art. 2444 c.c.

Nota:

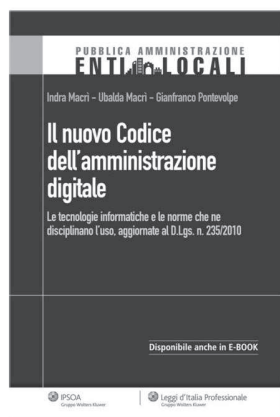
(29) I negozi giuridici sono dunque due: il primo è immediatamente efficace ed ha ad oggetto la quota o le azioni già detenute in portafoglio dal socio alienante; il secondo, avente ad oggetto la quota o i titoli azionari relativi alla frazione dell'aumento di capitale scindibile non progressivo, ha effetto differito.

LIBRI

Il nuovo Codice dell'amministrazione digitale

Le tecnologie informatiche e le norme che ne disciplinano l'uso, aggiornate al D.Lgs. n. 235/2010

Di Indra Macrì, Ubalda Macrì, Gianfranco Pontevolpe



Obiettivo dell'opera è fornire un **quadro sistematico**, aggiornato e dettagliato delle norme che regolano l'informatica in Italia, con particolare riguardo al Codice dell'amministrazione digitale. Il volume costituisce per gli operatori una **guida ragionata**, teorico-pratica, per orientarsi nell'uso delle **tecnologie informatiche**, firma digitale, posta elettronica certificata, i siti web della pubblica amministrazione ed il sistema pubblico di connettività. L'opera ha un **taglio interdisciplinare** e coniuga in modo molto dettagliato e preciso concetti giuridici e concetti informatici. Indispensabile, quindi, per l'applicazione dell'**information technology** nella pubblica amministrazione.

Completa l'opera l'appendice con l'elenco dei riferimenti normativi specifici. Il volume è disponibile anche nella **versione e-book**.

Ipsosa, 2011, pagg. 448, € 43,00
Codice: 116653
ISBN: 978-88-217-3646-8

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente di zona**
- **On line: www.shopwki.it**