

**SULL'OPERATIVITA' DELLA COMPENSAZIONE IN SEDE DI AUMENTO
A SEGUITO DI AZZERAMENTO DEL CAPITALE SOCIALE NELLA S.R.L.**

(Nota a commento di Corte di Cassazione, sez. I civ., 19 febbraio 2018, n. 3946,

Presidente: Ambrosio. Relatore: Di Marzio)

di

Valeria Manzo

SOMMARIO: *I. Abstract. – II. La conferibilità dei crediti in sede di aumento del capitale – III. L'aumento del capitale sociale mediante compensazione alla luce delle posizioni giurisprudenziali. – IV. Conclusioni.*

I. ABSTRACT.

Con la recente sentenza in commento, la Suprema Corte di Cassazione, intervenendo in una materia non pacifica, statuisce il principio secondo il quale il socio di una S.r.l., a seguito della sottoscrizione di un aumento di capitale deliberato al fine di ricostituire il capitale azzerato a causa di perdite, ben possa eseguire il conferimento dovuto compensando il debito originato dalla sottoscrizione con il credito derivante da un finanziamento precedentemente concesso alla società.

Tale affermazione si basa sull'assioma che l'oggetto del conferimento da parte del socio non debba necessariamente identificarsi alla stregua di un bene suscettibile di espropriazione forzata, bensì di una *res* suscettibile di valutazione economica atteso che la società, acquistando un valore economico consistente nella liberazione da un corrispondente debito, rafforza quella che è l'intima funzione di garanzia svolta dal capitale sociale.

II. LA CONFERIBILITÀ DEI CREDITI IN SEDE DI AUMENTO DEL CAPITALE.

Secondo la classificazione prospettata dal nostro legislatore, e fatta propria dalla manualistica tutta¹, l'aumento di capitale è un atto di carattere straordinario che si realizza o con la modifica del patrimonio netto ovvero con la semplice imputazione di riserve o fondi di bilancio in quanto disponibili².

Nel primo caso, a fronte di nuovi conferimenti, si assisterà sia ad un aumento del capitale sociale nominale sia del patrimonio della società; diversamente, nel secondo caso, all'aumento del capitale nominale non corrisponderà alcun incremento del patrimonio in quanto le somme attraverso le quali questo viene realizzato non vengono reperite attraverso dei conferimenti, bensì imputando a capitale delle riserve e dei fondi disponibili già iscritti in bilancio.

Ai sensi dell'articolo 2481-*bis* c.c. l'aumento oneroso del capitale oneroso viene conseguito attraverso il conferimento di nuove risorse incrementative del patrimonio sociale apportate dai soci attuali ovvero da soggetti terzi i quali, così operando, acquisteranno lo *status* di socio³.

La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura giuridica di siffatto aumento di capitale mediante nuovi conferimenti⁴.

¹ Ex multis G. Ferri, *Le società*, in Tratt. Vassalli, X, 3, Torino, 1987, 914 e ss; F. Galgano, *In nuovo diritto societario*, in Trattato Galgano, Padova, 2004, 376 e ss.; G. Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2011, 539.

² G. Auletta, N. Salanitro, *Diritto commerciale*, Milano, 2003, 198.

³ Essendo numerosi gli scritti sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano tra i contributi maggiormente rilevanti: G. Grippo, *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Torino, 2002, 793.; P.G. Marchetti, *Gli aumenti di capitale*, in Aa.Vv. Il nuovo ordinamento delle società, Lezioni sulla riforma e modelli societari, Milano, 2003, 267 e ss.; G. Giannelli, *L'aumento di capitale a pagamento*, in Il nuovo diritto delle società, diretto da Abbadessa-Portale, III, Torino, 2007, 259 e ss; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, sesta edizione, Torino 2009, 503 e ss.,

⁴ C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, in Notariato e nuovo diritto societario, collana diretta da Giancarlo Laurini, vol. I, Milano, 2004.

Come osservato da un illustre autore che, ampiamente, si è occupato del tema *de quo*⁵, la norma che prevede e regola la sottoscrizione mediante nuovi conferimenti in sede di aumento del capitale sociale si viene a porre in perfetto parallelismo con la normativa che disciplina la sottoscrizione del capitale all'atto della costituzione della società dal momento che, anche in questa prima fase, è prevista come “necessaria” la sottoscrizione di questo.

Muovendo da tale considerazione è stata sostenuta l'univocità della natura giuridica della sottoscrizione delle partecipazioni tanto in sede di costituzione della società quanto in sede di aumento del capitale, con la necessaria conseguenza che ciò che riguarda il contratto di costituzione sociale è applicabile anche all'aumento oneroso. Si è, in tal modo, sostenuto che per i nuovi conferimenti debba adottarsi una disciplina del tutto analoga a quella dei conferimenti originari e che l'aumento del capitale a pagamento debba postulare l'applicazione dell'intera disciplina dei conferimenti in sede di costituzione dell'ente societario.

Ebbene, l'accostamento interpretativo appena descritto è stato oggetto di dure contestazioni da una parte della dottrina⁶ in virtù delle considerazioni che si andranno qui di seguito singolarmente ad esporre.

In primo luogo è stato riscontrato che nel momento genetico della società non sussiste alcun dubbio circa l'esistenza tra i soggetti stipulanti di un vero e proprio rapporto contrattuale.

Al contrario, sussistono notevoli incertezze in merito all'identificazione, nella fattispecie contrattuale, della sottoscrizione di nuove quote in quanto, in tal caso, ci si troverebbe in presenza di una delibera di aumento di capitale non indirizzata ad

⁵ G.F. Campobasso, *op. cit.*, 505.

⁶ P. G. Marchetti, *op. cit.*, 270.

alcun socio in particolare, bensì finalizzata al mero reperimento di nuove disponibilità economiche.

Tale manifestazione di volontà, peraltro, verrebbe emessa dalla persona giuridica - società e parrebbe totalmente svincolata dalla successiva sottoscrizione, ricostruibile in chiave di negozio/atto unilaterale, ovvero di promessa di pagamento.

La delibera assembleare di aumento del capitale sarebbe, così, un atto di regolamentazione interna dei rapporti sociali che vincolerebbe i soci in quanto tali, ossia quali naturali destinatari delle regole espresse mediante la delibera proprio perché, a norma di legge, le delibere prese secondo le maggioranze prescritte vincolano tutti i soci e, secondo tale orientamento, anche quelli assenti e dissenzienti.

Sarebbe inconcepibile, quindi, ipotizzare che la delibera di aumento del capitale rappresenti una proposta contrattuale in quanto, da un punto di vista normativo, tale delibera è vincolante per tutti i soci, qualunque siano i comportamenti tenuti da costoro a seguito di essa.

Le critiche mosse alla ricostruzione sin qui descritta, che vede nell'aumento di capitale e sue sottoscrizioni un vero e proprio contratto, non appaiono per nulla condivisibili.

Sembra consigliabile opinare che in presenza di un aumento del capitale si abbia un vero e proprio contratto attraverso il quale si aggiungono nuove partecipazioni sociali a quelle già esistenti, realizzandosi un'ipotesi di adesione di nuovi soggetti ad un contratto già in fase di esecuzione, riconducibile alla fattispecie di cui all'articolo 1332 c.c.

L'aumento del capitale sociale non sarebbe, pertanto, un mero atto della società rendendosi, viceversa, necessario l'incontro tra la volontà sociale, manifestata

attraverso la delibera di aumento, e quella dei nuovi contraenti, siano essi vecchi ovvero nuovi sottoscrittori.

Sul piano giuridico tale delibera diviene una proposta contrattuale dapprima rivolta ai soci (in quanto titolari del diritto di sottoscrizione) e successivamente al pubblico *ex* articolo 1336 c.c., mentre le sottoscrizioni vengono a coincidere con le accettazioni della proposta tendenti, peraltro, non a costituire un nuovo rapporto, bensì a modificare l'originario contratto di società.

La partecipazione al capitale sociale mediante nuovi conferimenti è, dunque, un contratto sia nella fase di costituzione della società sia in quella successiva di aumento ed, anzi, alla luce dell'interpretazione anzidetta alla quale si ritiene di poter aderire, è agevole sostenere che trattasi di una fattispecie ad essa strettamente connessa in quanto la sottoscrizione di nuove quote importa un ulteriore contratto che si viene ad innestare nell'originario contratto di società, in corso di esecuzione, e che lo modifica.

Tale stretta interdipendenza avvalora la considerazione sopra ricordata che tutte le problematiche riguardanti l'aumento del capitale debbano essere esaminate alla luce della normativa sui conferimenti in sede di costituzione.

Ciò vale indipendentemente dalla diversa finalità dei due contratti, il primo dei quali tendente alla costituzione della società ed il secondo teso, prevalentemente e nella maggior parte dei casi, ad uno scopo di finanziamento, ed indipendentemente, anche, dalla circostanza, che mentre il contratto di società intercorre tra i futuri soci, quello di aumento del capitale si perfeziona tra la società ed un soggetto che non è ben individuato sino all'accettazione della proposta contrattuale.

Tuttavia, il fatto che la proposta provenga dalla società non sembra legittimare l'ulteriore affermazione che mentre il contratto costitutivo di società sarebbe caratterizzato, sotto il profilo causale, dalla coesistenza della comunanza di scopo

(tipica dei contratti associativi) con la sinallagmaticità (tipica dei contratti di scambio) tra conferimento e partecipazioni, l'aumento di capitale (essendo già venuto in essere il nuovo soggetto giuridico, ossia la società) avrebbe quali parti la società ed i nuovi sottoscrittori e sarebbe caratterizzato, sotto il profilo causale, unicamente dallo scambio delle opposte prestazioni, tramontato, ormai, lo scopo associativo.

Viceversa, è difficile negare che lo scopo che anima più profondamente i soci al momento dell'assunzione della delibera di aumento ed i sottoscrittori al momento della sottoscrizione in sede di costituzione sia quello di reperire per i primi e conferire per i secondi nuovi beni per l'esercizio in comune dell'attività economica. In sostanza, in entrambe le fasi, il profilo della corrispettività rileverebbe, ma pur sempre in via subordinata rispetto al profilo della comunanza di scopo.

Quindi, anche l'apporto di chi entra in società in occasione di un aumento di capitale è un vero e proprio conferimento e non una vendita (o comunque un affare di scambio).

In virtù di quanto sin qui affermato e partendo dalla tesi del Busi⁷, che riconduce il contratto di società allo schema del contratto aperto disciplinato dall'articolo 1332 c.c., si può agevolmente concludere che la proposta contrattuale di sottoscrizione in sede di aumento del capitale non è della società bensì dei soci i quali offrirebbero non le partecipazioni sociali ancora inesistenti ma la possibilità di partecipare ad un contratto (e conseguentemente al soggetto strumentale quale la società - organizzazione che con esso è stato costituito) avente quale scopo tipico quello di conferire beni o servizi per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne

⁷ C. A. Busi, *Spa-Srl – operazioni sul capitale: il nuovo ordinamento dopo il D. lgs. 6/2003 e il correttivo D. lgs. 37/04*, Milano, 2004, 211 e ss.

gli utili, riconoscendosi alla società il più modesto ruolo di organo per l'attuazione del contratto cui fa riferimento l'articolo 1332 c.c.

In materia societaria per “conferimenti” devono intendersi tutti quei contributi cui sono tenuti i soci per entrar a far parte della compagine sociale e dotare la società di un capitale di rischio tale che le consenta lo svolgimento dell'attività produttiva per la quale è stata costituita⁸.

Per quanto riguarda l'oggetto del conferimento, il legislatore, sancendo l'essenzialità del conferimento, ne ha adottato una formula quanto mai generica senza fornire alcun criterio in base al quale individuare la conferibilità di un bene qualora esso sia diverso dal danaro⁹.

Ciò ha portato a dover distinguere, a causa della diversa funzione svolta dai conferimenti, tra le società di persone e le società di capitali

Nelle prime, data la funzione svolta dal capitale tesa a procurare gli strumenti atti all'esercizio dell'attività prescelta, si è giunti a concludere che qualunque bene o servizio può essere oggetto di conferimento, nel rispetto del limite legislativo dell'effettiva utilità per la società¹⁰.

Nelle seconde, diversamente, la dottrina prevalente¹¹, sul presupposto che in esse il ruolo prevalente del capitale è quello della produttività, perviene ad ammettere che può essere conferito tutto ciò che venga ritenuto vantaggioso per lo svolgimento dell'attività economica e che sia “suscettibile di valutazione economica”, proprio come stabilito dall'articolo 1174 c.c.

⁸ F. Ferrara - F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 222.

⁹ M. Miola, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata*, in Riv. soc., 2004, 697.

¹⁰ G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2009, p. 72.

¹¹ In tal senso si esprimono F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 164 e G. Ferri, *op. cit.*, 420 e ss.

Ciò premesso, e passando ad una disamina più approfondita dell'oggetto dei conferimenti, bisogna tener bene a mente che prima della riforma del 2003 la disciplina dei conferimenti nelle società a responsabilità limitata era plasmata su quella dettata in materia di società per azioni, stante il rinvio posto dall'articolo 2476 c.c. alle disposizioni di cui agli articoli 2342 e 2343 c.c.

Con il D.lgs. n. 6 del 2003 sono state apportate delle innovazioni estreme in materia di società a responsabilità limitata in quanto si è proceduto a disciplinare i conferimenti in maniera del tutto autonoma rispetto alle società per azioni, ampliando notevolmente il novero delle entità conferibili e fornendo largo spazio all'autonomia privata, ma pur sempre nel limite del rispetto del principio di corretta formazione del capitale sociale a tutela dei terzi creditori¹².

Nell'agire in tal modo il legislatore della riforma recepì il principio già contenuto nell'articolo 7 della Seconda Direttiva CEE n. 77/91 del 13 dicembre 1976, attuata con il D.P.R. n. 30 del 10 febbraio 1986, nella parte in cui disponeva che *“il capitale sottoscritto può essere costituito unicamente da elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica”*.

Nella specie, il secondo comma dell'articolo 2464 c.c., recita che *“possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica”*; si è, in tal modo, chiarito che, a differenza di quanto accade nelle società per azioni, nelle società a responsabilità limitata è possibile conferire qualunque entità suscettibile di valutazione economica che possa risultare utile ai fini dello svolgimento dell'attività d'impresa¹³.

¹² D. U. Santosuosso, *La riforma del diritto societario, Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 e 6*, Milano, 2003, 196 e ss.

¹³ O. Cagnasso, *Della società a responsabilità limitata*, Introduzione, in *Il nuovo diritto societario*, artt. 2409 bis-2483 c.c., Bologna, 2004, 1708.

L'importanza di una siffatta fonte di liquidità per la società, avente carattere meramente dispositivo, si comprende meglio leggendo il terzo comma dell'articolo di cui in analisi il quale subordina la necessità che il conferimento debba effettuarsi in danaro (bene generico e fungibile per eccellenza) all'assenza di una diversa disposizione dell'atto costitutivo¹⁴.

Il dettato codicistico costituisce, quindi, il presupposto logico-giuridico per il riconoscimento dell'ammissibilità del conferimento di entità quali i beni altrui ed i beni futuri, le prestazioni d'opera e servizi (come previsto dall'articolo 2464, comma 6, c.c.), i contratti non ancora eseguiti in tutto o in parte¹⁵, le entità patrimoniali rappresentate da un *facere* o da un *dare* non immediato, l'obbligo di garantire in tutto o in parte le obbligazioni della società conferitaria o talune di esse (ad esempio solo quelle verso particolari creditori), l'obbligo di astenersi dallo svolgimento di attività concorrente, il nome commerciale, ogni tipo di *know-how*, il diritto commerciale d'autore ed il conferimento di beni in natura e di crediti (come espressamente previsto dall'articolo 2464, comma 5, c.c.).¹⁶

Ai fini del nostro lavoro incentriamo l'attenzione sulla conferibilità in società dei crediti.

Stante l'ammissibilità del conferimento di siffatte entità in sede di costituzione della società, è proprio da questa asserzione che deve muoversi per verificare la plausibilità di un simile conferimento in sede di aumento del capitale sociale e rapportare ciò all'istituto della compensazione.

¹⁴ V. Kustermann, *Delle società*, in Commentario IPSOA, VII edizione, 1989, 229 e ss.

¹⁵ D. U. Santosuosso, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

¹⁶ M. Tassinari, *I conferimenti e le partecipazioni sociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese, Firenze, 16 novembre 2002, 7.

Il conferimento di crediti genericamente inteso consiste nella cessione della titolarità di un credito a liberazione del capitale sottoscritto¹⁷; la fattispecie è, dunque, caratterizzata da un rapporto bilaterale tra il socio, nella duplice figura di cedente e di creditore, e la società quale cessionaria e debitrice¹⁸.

Dall'approfondimento dell'articolo 2481-*bis*, comma quarto, seconda parte, c.c., si ricava l'esplicito riconoscimento dell'ammissibilità in sede di aumento, al pari di quanto accade nella fase costitutiva, del conferimento dei crediti.

Disciplina e problematiche hanno, quindi, carattere unitario e rientrano entrambe nell'alveo del *genus* dei conferimenti in natura.

È essenziale operare una scissione tra l'ipotesi di conferimento del credito vantato dal socio o dall'aspirante socio verso un terzo e quella di conferimento del credito vantato dal socio nei confronti della società.

Nel primo caso il socio conferente risponderà dell'insolvenza del debitore nei limiti di cui all'articolo 1267 c.c. per il caso di assunzione convenzionale della garanzia.

Nel caso di conferimento in società è, invece, discusso se il socio debba garantire la sola esistenza del credito (c.d. *nomen verum*) ovvero anche la solvibilità del debitore ceduto (c.d. *nomen bonum*).

Secondo una tesi la garanzia in ordine alla solvibilità sussisterebbe solo quando il conferente sia espressamente obbligato in tal senso¹⁹.

Secondo la prevalente dottrina, al contrario, il socio che conferisce un credito è tenuto, in funzione del principio dell'integrità e dell'effettività del capitale, a

¹⁷ A. Ferrucci - C. Ferrentino, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, Milano, 2005, 225.

¹⁸ D. Testi, *Sul conferimento di crediti in società*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1972, I, 359.

¹⁹ V. Salafia, *I conferimenti nella società di capitali*, in *Società*, 1996, 8.

garantire sia l'esistenza del credito sia la solvibilità del debitore ceduto in quanto l'obbligo della garanzia è un elemento naturale del conferimento di crediti²⁰.

In caso di conferimento di crediti il comma primo dell'articolo 2465 c.c., nel prevedere uno specifico procedimento di valutazione delle entità patrimoniali conferite, stabilisce che *“chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un revisore legale o di una società di revisione legali iscritti nell'apposito registro.*

La relazione, che deve contenere la descrizione dei beni o crediti conferiti, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sopraprezzo, deve essere allegata all'atto costitutivo”.

Il legislatore, dunque, adeguando la normativa alle nuove caratteristiche del tipo societario, ha operato uno snellimento del procedimento di valutazione, non richiedendo, a differenza di quanto accade nelle società per azioni, la redazione della stima ad opera di un esperto designato dal Tribunale.

All'uopo si osserva come l'ampliamento delle entità conferibili avrebbe dovuto suggerire il mantenimento della valutazione di stima da parte di un esperto designato dal Tribunale e non già scelto dallo stesso conferente.

Tuttavia, la minore affidabilità del procedimento viene compensata dal richiamo contenuto nel terzo comma dell'articolo in esame al secondo comma dell'articolo 2343 c.c. ed al quarto e quinto comma dell'articolo 2343-bis c.c., con la conseguenza che l'esperto risponderà sul piano civile e penale come se avesse svolto l'incarico in qualità di ausiliario del giudice²¹.

È fonte di dubbi l'ammissibilità di un conferimento avente ad oggetto crediti non ancora scaduti.

²⁰ D. Testi, *op. cit.*, 359; G. B. Portale, *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale sociale nella società per azioni*, in Riv. Soc., 1998, 6.

²¹ A. Ferrucci - C. Ferrentino, *op. cit.*, 1360.

Secondo parte della giurisprudenza di merito²² sarebbero conferibili in società solo i crediti certi, liquidi ed esigibili e non anche quelli non ancora scaduti.

In contrario²³, come espresso anche dalla recentissima Massima n. 125 del Consiglio Notarile di Milano²⁴, si può osservare come la circostanza che il credito sia inesigibile non ne impedisca, *de plano*, il conferimento.

Si legge nella prima parte della Massima sopra citata che *“L’obbligo di conferimento di denaro in esecuzione di un aumento di capitale di s.p.a. o s.r.l. può essere estinto mediante compensazione di un credito vantato dal sottoscrittore verso la società, anche in mancanza di espressa disposizione della deliberazione di aumento. Tale compensazione, qualora sia legale e abbia quindi a oggetto debiti certi, liquidi ed esigibili ai sensi dell’art. 1243 c.c., non richiede il consenso della società, nemmeno nel momento in cui viene eseguita la sottoscrizione. Qualora il sottoscrittore intenda invece avvalersi, a tali fini, di un credito certo e liquido, ma non esigibile, la compensazione richiede il consenso della società ai sensi dell’art. 1252 c.c.”*

Se ne deduce, quindi, che qualora il debito della società non presenti il carattere dell’esigibilità, la compensazione non opererà in via legale, ai sensi dell’articolo 1243 c.c., bensì in via volontaria per effetto del consenso della società, secondo quanto espressamente previsto dall’articolo 1252 c.c.

In tal caso è quanto meno opportuno che nel verbale assembleare venga data menzione del consenso rilasciato dall’organo amministrativo e non necessariamente della rendicontazione delle motivazioni sottese all’operazione, in quanto trattasi di

²² In questi termini si esprime il Tribunale di Bari del 9 febbraio 1984, in Vita not., 1985, 1312; conforme F. Zabban, *Aumento di capitale e compensazione di crediti*, relazione del 24 gennaio 2013 durante i Cicli d’incontri in materia societaria tenuti dai componenti della Commissione per l’elaborazione di principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano.

²³ C.A. Busi, *op. cit.*, 219.

²⁴ Massima del Consiglio Notarile di Milano n. 125 – in data 5 marzo 2013 “Aumento di capitale e compensazione di crediti” consultabile sul sito <http://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/125.aspx>.

un atto gestorio riferibile agli amministratori e, pertanto, non di competenza assembleare.

Tuttavia il notaio, suggerisce ancora la Massima, potrà sensibilizzare la società sulla sussistenza di un effettivo interesse di quest'ultima, che potrà essere soddisfatto, ad esempio, da forme di attualizzazione del debito o, semplicemente, dalla sua conversione in patrimonio netto.

Sarà prudente, infine, valutare il profilo della parità di trattamento dei soci.

III. L'AUMENTO DEL CAPITALE SOCIALE MEDIANTE COMPENSAZIONE ALLA LUCE DELLE POSIZIONI GIURISPRUDENZIALI.

Intimamente connesso al conferimento di crediti è la questione circa l'utilizzo dello strumento della compensazione tra il debito del socio scaturente dalla sottoscrizione dell'aumento ed il credito dallo stesso vantato nei confronti della società ad altro titolo.

Il tema del se sia ammissibile nell'ambito delle società di capitali e, nella specie, in sede di aumento del capitale sociale un conferimento attuato mediante l'utilizzazione di un credito vantato dal conferente nei confronti della società, ha dato luogo a notevoli incertezze in dottrina ed in giurisprudenza.

È possibile per il socio in sede di aumento del capitale conferire, facendo così operare la compensazione, un proprio credito liquido ed esigibile proveniente da un precedente e distinto rapporto con la società?

Risulta pacifico in dottrina²⁵ ed in giurisprudenza²⁶ che una risposta affermativa non può darsi in sede di costituzione della società con riferimento ai versamenti

²⁵ P.G. Marchetti, *Commentario alla Riforma delle società*, art. 2464, 125 e ss.

²⁶ Cass. 5 febbraio 1996 n. 936, in *Notariato* 1996, 309 e ss.

iniziali, pena la violazione del disposto di cui all'articolo 1246, n. 5, c.c. volto ad assicurare la piena corrispondenza tra il valore nominale del capitale ed il patrimonio²⁷.

Circa la possibilità di utilizzare tale strumento in fase di aumento del capitale, invece, si registrano orientamenti diametralmente opposti in dottrina ed in giurisprudenza.

In relazione alla possibilità di compensare, sia volontariamente che legalmente, il debito da conferimento ed il credito vantato dal socio verso la società medesima in sede di aumento del capitale sociale, risulta un tendenziale atteggiamento di disfavore²⁸, anche da parte della giurisprudenza²⁹ avallato da tre distinte argomentazioni: in *prima facie* si afferma che la compensabilità non sarebbe ammessa in quanto lederebbe il principio imposto alle società di capitali della piena corrispondenza tra il capitale nominale e quello reale; subordinatamente il rapporto sociale che si verrebbe a creare si porrebbe su di un piano diverso rispetto al rapporto obbligatorio, nel quale il soggetto non interviene in quanto socio, bensì in quanto terzo creditore ed, infine, attraverso la compensazione il socio non porrebbe in essere un'operazione qualificabile come conferimento, nel senso di operazione capace d'incrementare positivamente la garanzia dei creditori, ma si limiterebbe solo a liberare la società da una posta passiva del patrimonio.

²⁷ N. Atlante, *Compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione*, in *Le società*, 1995, 48 e ss.

²⁸ E. Simonetto, *Prestazione del socio e compensazione*, in *Riv. Dir. Comm.* 1955; A. Montesano, *Illegittimità del c.d. conferimento in compensazione*, in *Soc.*, 1995, 1194 e ss.

²⁹ In tal senso si sono espresse le sentenze della Corte d'Appello di Napoli del 7 marzo 1953, del Tribunale di Napoli del 9 luglio 1962, del Tribunale di Treviso del 4 marzo 1983, della Corte di Cassazione del 10 dicembre 1992 n. 13095, della Corte d'Appello di Venezia del 30 marzo 1994 e del 17 giugno 1994 e del Tribunale di Casale Monferrato del 20 febbraio 1995.

Portavoce dell’atteggiamento volto a rinnegare l’operatività della compensazione in sede di aumento del capitale è la sentenza emessa dal Tribunale di Napoli in data 8 novembre 2006³⁰.

Il Collegio giudicante asserisce come, in tema di aumento del capitale, debba ritenersi inammissibile il ricorso allo strumento della compensazione in quanto esso, riguardando finanziamenti c.d. postergati, inciderebbe invalidamente sui diritti dei terzi creditori, il cui soddisfacimento risulta, invece, prioritario rispetto ai soci per espressa indicazione contenuta nell’articolo 2427, primo comma, n. 19-*bis*, c.c.

La questione sottoposta al vaglio del Tribunale partenopeo verteva sulla liceità di un’operazione di ripianamento perdite mediante azzeramento e ricostituzione del capitale sociale.

A seguito della mancata sottoscrizione dell’aumento da parte di un socio, cui conseguiva la diretta e personale estromissione dalla compagine sociale, costui impugnava la delibera lamentando, tra l’altro, l’invalidità della modalità di sottoscrizione.

L’assemblea, nello specifico, aveva proceduto a liberare l’aumento mediante compensazione dei “presunti” crediti vantati dai soci nei confronti della società a titolo di finanziamento in violazione del disposto di cui all’articolo 2427, comma 1, n. 19-*bis*, c.c., che considera i finanziamenti dei soci postergati rispetto agli altri creditori.

Il giudice di merito così statui: *“posto che la compensazione del debito verso dei soci verso la società, per la sottoscrizione del capitale, con il loro credito per i finanziamenti effettuati, coinvolge direttamente interessi dei terzi creditori e non dei singoli soci, la deliberazione con cui si è consentito ai soci sottoscrittori dell’aumento di capitale di compensare, seppur parzialmente, il*

³⁰ Tribunale di Napoli, sez. VII, dell’8 novembre 2006, in Notariato, 2008, fascicolo 5, 519 e ss.

capitale sottoscritto con i presunti crediti da essi vantati nei confronti della società a titolo di finanziamenti, è nulla per lesione dei diritti dei terzi creditori”.

Si permettano talune brevi osservazioni in merito alle partecipazioni sociali nelle società di capitali.

Attraverso esse il socio viene messo in condizione di destinare le sue risorse patrimoniali a favore di un progetto imprenditoriale senza assumere direttamente il rischio d'impresa; ciò spiega perché tra le condizioni per la valida costituzione della società e la sua iscrizione presso il competente Registro delle Imprese s'imponga la dotazione di un capitale sociale minimo.

Quando la società svolge la propria attività tramite risorse finanziarie imputabili ai soci non come apporti vincolati a capitale di rischio, bensì come prestiti alla società si assiste a quel fenomeno che viene identificato come *sottocapitalizzazione nominale*³¹.

Qualora un socio voglia apportare in società risorse finanziarie sue proprie non vincolandole a capitale, potrà farlo attraverso lo strumento giuridico dei finanziamenti.

Il socio finanziatore, così agendo, vedrà riunita in sé non solo la posizione di socio ma anche quella di creditore della società, avendo la possibilità di scegliere quale delle due condizioni privilegiare a seconda del successo o meno dell'attività sociale³².

Con il novellato articolo 2467 c.c. è stata dettata una disciplina alquanto compiuta delle sorti di tali finanziamenti in favore della società in quanto il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale se da un lato può fungere da mezzo per mantenere in vita con iniezioni finanziarie le piccole e medie imprese, dall'altro può risultare

³¹ In tal senso si esprimono L. De Angelis – C. Feriozzi, *S.r.l. A rischio i finanziamenti dei soci*, in Italia Oggi del 18 settembre 2003, 34 e ss.

³² G.E. Colombo e G.B. Portale, *I versamenti dei soci alla società in Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, 754 e ss.

scomodo per un sistema qual è quello delle società di capitali basato sulla centralità del capitale di rischio³³.

La materia è stata, così, regolamentata tenendo ben presente il problema circa l'individuazione dei criteri atti a distinguere tale forma di apporto rispetto ai rapporti finanziari tra soci e società che non meritano di essere distinti da quelli con un qualsiasi terzo.

La soluzione indicata dal secondo comma dell'articolo *de quo* è stata proprio quella di un approccio tipologico evitando, in tal modo, che la sottocapitalizzazione possa causare sempre e comunque la “qualificazione forzata” dei prestiti di capitale di rischio senza possibilità per il socio investitore di valutare il rischio economico assunto in ragione della sua partecipazione al capitale.

Affinché il credito derivante da un finanziamento effettuato dai soci sia postergato nel rimborso a quello di creditori terzi, devono ricorrere due precise condizioni ovvero sia un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, calcolato con riferimento al limite quantitativo di emissione di prestito obbligazionario di cui all'articolo 2412 c.c. e la presenza di una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

In assenza delle specifiche condizioni sopra descritte non troverà, dunque, applicazione l'articolo 2467 c.c.³⁴

Senza dilungarci oltremodo sull'argomento in generale, che necessiterebbe di propri approfondimenti non concepibili in questa sede, torniamo alla decisione del giudice di Napoli per riflettere sulla fondatezza della motivazione nella parte in cui viene disposto che “*la deliberazione con cui si è consentito ai soci sottoscrittori dell'aumento di capitale di compensare, seppur parzialmente, il capitale sottoscritto con i presunti crediti da essi*

³³ G. A. M. Trimarchi, *op. cit.*, 6 e ss.

³⁴ A. Postiglione, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.*, in *Le società*, 2007, 936 e ss.

vantati nei confronti della società a titolo di finanziamenti, è nulla per lesione dei diritti dei terzi creditori”.

I finanziamenti erogati dal socio sono stati considerati ricadenti nella fattispecie di cui all'articolo 2467 c.c. senza alcuna indicazione né del parametro interpretativo, né del requisito temporale necessario per ritenerli tali³⁵.

La questione su cui interrogarci per analizzare la fondatezza di quanto sentenziato è se attraverso l'istituto della compensazione i creditori possano essere in qualche modo danneggiati.

Mediante la compensazione tra un credito del socio verso la società con il proprio debito da sottoscrizione, cui consegue una riduzione dell'indebitamento della società e l'appostamento della relativa posta attiva a capitale sociale, i soci sottoscrittori l'aumento possono considerarsi soddisfatti con priorità rispetto ai creditori terzi?

Se affrontassimo il problema in maniera semplicistica aderiremmo alla tesi cui è giunto il Tribunale in esame; se, diversamente, partiamo dalla considerazione che il socio sottoscrittore, in quanto contraente il debito da sottoscrizione, è comunque obbligato al versamento del relativo importo giungiamo ad una soluzione diametralmente antitetica.

È opportuno precisare che il socio finanziatore è tenuto, in ogni caso, all'adempimento del debito da sottoscrizione, a prescindere dalla circostanza di essere titolare di un credito da finanziamento che continuerebbe a permanere in stato di postergazione rispetto ai creditori non soci.

La diretta conseguenza per la società e per i creditori non soci sarebbe, quindi, un'iniezione di risorse patrimoniali vincolate a capitale, senza che il finanziamento

³⁵ Così si è pronunciato il Tribunale di Milano con la sentenza del 24 aprile 2007, in Banca, borsa e titoli di credito, II, 610 e ss.

possa in qualche modo sterilizzare l'apporto patrimoniale che dovrebbe pervenire da un aumento di capitale.

Aderendo ad una tale ricostruzione è difficile coordinare il dettato dell'articolo 2467 c.c. con la considerazione che attraverso il procedimento della compensazione i soci impieghino determinate somme che saranno, poi, oggetto di restituzione da parte della società, vincolandole a capitale.

Si potrebbe riflettere se, attraverso un tale meccanismo, sorgerebbe in seno al socio l'eventualità di arricchirsi con un'ulteriore partecipazione rispetto ai creditori non soci.

Se ciò corrispondesse al vero dovremmo mettere in dubbio la liceità di operazioni in cui le riserve imputate a capitale vengano originate da rinunce alla restituzione di finanziamenti operate dagli stessi soci³⁶.

Ci si domanda se, anche in questo caso, vedendo i soci aumentata solo nominalmente la propria partecipazione debbano considerarsi preferiti rispetto ai creditori.

Data la preoccupazione che emerge dalla sentenza circa la conseguenza che attraverso l'utilizzazione dello strumento della compensazione i soci possano soddisfarsi rispetto ai creditori terzi, si dovrebbe desumere che in ipotesi d'indebitamento della società in misura rilevante ai sensi di legge anche la rinuncia *sic et simpliciter* alla restituzione del finanziamento, con eventuale conseguente ritorno *in bonis*, potrebbe in qualche modo favorire i soci che, in caso di messa in liquidazione, vedrebbero, comunque, il rimborso dei loro finanziamenti postergato rispetto ai creditori³⁷.

³⁶ M. Cera, *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano, 1988, 148 e ss.

³⁷ V. Salafia, *Remissione dei debiti sociali e perdita del capitale*, in *Le società*, 1999, 32 e ss.

Al contrario, la *ratio* dell'articolo 2467 c.c. dev'essere intesa parallelamente al disposto di cui all'articolo 2445 c.c.

In entrambi i casi, infatti, il legislatore si preoccupa di evitare che la società possa distrarre risorse patrimoniali a danno di terzi, nell'un caso attraverso la restituzione ai soci dei loro crediti in danno ai creditori e nell'altro attraverso l'eliminazione del vincolo a capitale di talune risorse patrimoniali.

È il caso qui di accennare, dedicandovi tra breve ampia indagine, come la Suprema Corte, con una sentenza non molto remota, abbia, invece, evidenziato come la compensazione *“dal punto di vista economico è un conferimento effettivo che aumenta la consistenza del capitale di rischio”* con cui le somme erogate a titolo di finanziamento vengono vincolate a capitale in maniera stabile e definitiva; ed è proprio questo lo scopo che sembra essersi voluto conseguire con l'articolo di cui in esame.³⁸

Veniamo, dunque, all'approfondimento della teoria affermatrice.

Ad esito di un tormentato percorso dottrinario e giurisprudenziale, il ricorso all'espedito della compensazione viene, oramai, ammesso prevalendo tanto in giurisprudenza³⁹, quanto in dottrina⁴⁰, un atteggiamento propenso al suo impiego nella fase di sottoscrizione di aumento a pagamento del capitale sociale.

³⁸ Tribunale di Milano del 25 ottobre 2005, in *Le società*, 2006, 1268 e ss., con nota di G. Spaltro.

³⁹ Assumono particolare rilievo le decisioni del Tribunale di Latina del 27 marzo 1958, in *Foro it.*, 1959, I, 1364 e ss., della Corte d'Appello di Napoli del 26 giugno 1965, in *Foro it.*, 1965, I, 1530 e ss., del Tribunale di Roma del 18 febbraio 1975, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 397, del Tribunale di Novara del 5 luglio 1986, in *Riv. Not.*, 1986, 972 e ss. e della Corte di Cassazione, sez. I, del 5 febbraio 1996 n. 936, in *Riv. Not.*, 618 e ss.

⁴⁰ *Ex multis* G. Giordano, *Note sulla compensabilità del debito da conferimento*, in *Riv. Soc.*, 1996, 736 e ss.; F. Colucci, *Un parziale revirement della Cassazione: ammessa la compensabilità del debito di conferimento del socio sorto in sede di aumento del capitale*, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 26; J.C. Gonzalez Vasquez, *Il cd. aumento di capitale mediante compensazione: natura giuridica e disciplina applicabile*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 275 e ss.; P. Guida, *Conferimento mediante compensazione. Spunti per una riflessione*, in *Rivista del Notariato*, 1992, I, 1500 e ss.; G. Campobasso, op. ult. cit., 194 e ss.; V. Salafia, *L'aumento di capitale e conferimento di crediti*, in *Società*, 1988, 225 e ss.; F. Martorano, *Debito per conferimento in società e compensazione*, in *Foro it.*, 1958, I, 831 e ss.; S. Landolfi, *L'aumento del capitale sociale*, in

La predetta teoria ritiene ammissibile l'istituto di cui trattasi, principalmente, per l'assenza di un espresso divieto ordinamentale in sede di aumento.

In relazione alla possibilità di procedere con un aumento mediante compensazione del credito vantato nei confronti della società anche laddove il capitale si sia azzerato, con la sentenza n. 3946 del 19 febbraio 2018, la S.C. respinge, in quanto non argomentato, il motivo di ricorso con il quale si sosteneva che detto aumento andasse equiparato al conferimento iniziale in sede di costituzione della società (vietato) richiamando, nel senso dell'ammissibilità, quanto si esplicherà dettagliatamente in prosieguo.

Sull'annosa *quaestio* circa l'ammissibilità della compensazione tra credito del socio derivante dalla sottoscrizione di una quota del capitale sociale e debito della società nei suoi confronti, inizialmente la Cassazione, in linea con l'insegnamento della prevalente dottrina, si espresse in senso ostile con la sentenza n. 13095 del 10 dicembre 1992⁴¹ riconoscendone l'assoluta illegittimità sulla base del principio dell'effettività del capitale sociale quale frazione ideale del patrimonio sociale composto dai conferimenti dei soci.

Nel 1996, però, si assistette ad un radicale mutamento dell'orientamento originariamente assunto.

Si legge nella sentenza della Corte di Cassazione n. 936 del 5 febbraio 1996 che *“Il credito del socio di una società di capitali nei confronti della società è compensabile con il debito relativo alla sottoscrizione di azioni emesse in sede di aumento del capitale sociale, non essendo ravvisabile un divieto implicito, desumibile da principi inderogabili del diritto di societario, che impedisca in tal caso l'operatività della compensazione ex art. 1246 n. 5 c.c. Mentre la compensazione tra debito di conferimento e credito verso la società non può avvenire in relazione al*

Società, 1983, 1253; P. G. Marchetti, *Aspetti societari della legge sul risanamento finanziario delle imprese*, in Riv. soc., 1979, 1214 e ss.

⁴¹ Cass. 10 dicembre 1992 n. 13095, in Fallimento, 1993, 595 e ss.

capitale originario - né per il versamento dei decimi prescritti dall'art. 2329 c.c., perché la società ancora non esiste, né per i versamenti successivi, perché i conferimenti iniziali possono essere costituiti solo da beni idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale - l'aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un debito del socio non è contrario all'interesse della società o dei terzi, comportando, in concreto, un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto dalla trasformazione del credito (certo, liquido ed esigibile) del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio".

Oggetto di contestazione era la validità di una deliberazione assembleare adottata senza la partecipazione di un soggetto il quale, a parziale liberazione della quota di capitale sociale da lui precedentemente sottoscritta in sede di aumento, aveva invocato la compensazione legale del proprio debito da conferimento con un credito di cui era titolare nei confronti della società.

Pregiudiziale alle sorti della delibera era, appunto, la questione circa l'ammissibilità della compensazione, in quanto solo se risolta positivamente il terzo sottoscrittore avrebbe potuto arrogarsi la qualifica di socio e, di conseguenza, pretendere di esercitare i diritti riconducibili a tale *status*.

Pur negata, in relazione alla fattispecie sottoposta al suo esame, l'operatività della compensazione legale per mancanza del requisito dell'esigibilità del credito vantato dal socio, la Suprema Corte ne riconobbe l'astratta ammissibilità nei casi in cui il debito da conferimento del socio derivava dalla sottoscrizione di un precedente aumento di capitale.

La soluzione della questione venne resa in relazione all'individuazione di limiti che potevano impedire l'operatività dell'istituto compensativo.

Nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma che impedisca, in via generale, l'operare della compensazione legale tra crediti reciproci, certi, liquidi ed esigibili di

una società di capitali e dei suoi soci, quindi, di regola, essa va considerata operante secondo la normativa di cui agli articoli 1241 c.c. e ss., salvo che, in relazione ad ipotesi particolari, possa ravvisarsi un divieto implicito *ex* articolo 1246, n. 5, c.c.

Non può, pertanto, considerarsi un'inversione di tendenza una recente sentenza del Tribunale di Genova⁴² secondo la quale per il caso in cui una società abbia deliberato che l'aumento di capitale debba avvenire con versamento di denaro contante, la compensazione appaia preclusa.

Ci si deve domandare, quindi, se dalla disciplina del diritto societario si possa desumere un principio inderogabile di avvalersi della compensazione in sede di sottoscrizione di aumento di capitale correlato alla tutela d'interessi sociali prevalenti rispetto a quelli del socio *uti singulus*.

A tal proposito deve considerarsi che il capitale sociale è costituito, inizialmente, da una cifra il cui ammontare, stabilito nell'atto costitutivo della società ed espresso in danaro, rappresenta i conferimenti iniziali effettuati dai soci.

Tale ammontare è il risultato della somma del valore nominale di ciascuna azione emessa e non muta con il variare quantitativo e qualitativo dei beni che costituiscono il patrimonio sociale.

Data la funzione di garanzia del patrimonio sociale e della disciplina dei conferimenti iniziali si desume che oggetto dei conferimenti iniziali possono essere solo beni idonei a formare oggetto di garanzia; dunque una eventuale compensazione tra debito da conferimento e credito verso la società non potrà mai avvenire in sede di sottoscrizione del capitale originario, come sancito dall'articolo 1246, n. 5, c.c., applicabile in via analogica alla disciplina delle società a responsabilità limitata.

⁴² Tribunale di Genova del 14 giugno 2005, in *Le società*, 2005, 1000 e ss. con nota di L. Vittone.

Diversamente, in sede di aumento del capitale sociale, non vi è alcun esplicito divieto in tal senso desumibile dal sistema del diritto societario o da norme specifiche.

In tale caso non ci troviamo in presenza di un interesse sociale o dei terzi contrario ad ammettere il ricorso alla compensazione ma, anzi, ad un interesse generale economico quale la conversione dei crediti verso la società in capitale di rischio.

Il ragionamento su cui si basa la Corte individua il conferimento tramite compensazione non come un bene di per sé idoneo a formare oggetto di garanzia patrimoniale, bensì come una modalità attraverso la quale si aumenta la garanzia patrimoniale generica.

Comportando la compensazione un incremento del patrimonio sociale è consequenziale affermare che siffatta operazione, non contravvenendo ad alcuna regola o principio del sistema societario, deve ritenersi perfettamente e pienamente ammissibile in quanto si risolve in un conferimento effettivo e di per sé idoneo ad aumentare la consistenza del capitale di rischio.

Ciò esposto, deve desumersi che nessun pregiudizio può derivare ai creditori sociali a seguito di un aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un debito del socio, comportando ciò, in concreto, non una diminuzione, bensì un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto dalla “trasformazione” del credito del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio⁴³.

Volendo riassumere le argomentazioni a sostegno dell'inesistenza di un divieto di compensazione in sede di aumento del capitale sociale si giunge a ritenere che un'operazione di compensazione non pregiudica l'effettività del conferimento del

⁴³ C. Grippa, *Legittimità della compensazione in sede di aumento del capitale sociale: difficoltà d'inquadramento del fenomeno*, in Giur. Comm., 1998, 4, 512 e ss.

socio giacché, a fronte dell'estinzione del proprio credito, la società acquisisce il valore economico della liberazione del proprio debito.

Tale operazione non deve, infatti, erroneamente considerarsi come uno svuotamento del capitale in quanto essa non opera sul capitale, bensì sul patrimonio eliminando una posta passiva (debito nei confronti del socio) ed una posta attiva (credito per il conferimento).

La funzione di garanzia delle ragioni creditorie è svolta dal patrimonio e non già dal capitale sociale ed, infine, proprio perché la compensazione non preclude l'effettività del conferimento, l'esposizione al rischio d'impresa del socio che effettua la compensazione è identica a quella di tutti gli altri soci e, quanto alla possibilità che la compensazione pregiudichi la *par condicio creditorum*, una siffatta eventualità è già stata accertata dal legislatore con l'espresso riconoscimento dell'ammissibilità della compensazione in sede fallimentare.

Secondo il Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato⁴⁴: *“E' sempre possibile liberare l'aumento di capitale sottoscritto mediante compensazione con un credito del socio da finanziamento, anche nel caso in cui il termine per il rimborso non sia ancora scaduto. Non osta a tale operazione neppure il fatto che ricorrano le condizioni per la postergazione dei crediti dei soci stabilite dall'articolo 2467 codice civile, posto che la conversione del credito da finanziamento in capitale di rischio concorre alla protezione degli interessi dei creditori terzi tutelati da tale disposizione. L'assemblea non deve obbligatoriamente deliberare sulla compensabilità del debito da sottoscrizione, se non per escluderla richiedendo la liberazione dell'aumento mediante versamento in denaro”*.

Il versamento da utilizzare in compensazione viene identificato alla stregua di un finanziamento contabilizzato indicabile in bilancio tra le voci del passivo, ritiene

⁴⁴ La Massima del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato titolata “Aumento di capitale mediante compensazione e crediti postergati nella s.r.l” del 21/09/2011 è consultabile sul sito www.consiglionotariledifirenze.it.

pacificamente ammissibile un aumento di capitale sottoscritto mediante la contestuale estinzione per compensazione del credito distinguendo, però, l'ipotesi in cui il finanziamento da utilizzare sia ormai scaduto con conseguente diritto del socio alla sua restituzione da quella in cui ricorrano le condizioni per la postergazione del credito da compensare.

Nel primo caso non è riscontrabile alcun pregiudizio per i creditori sociali, nel secondo caso ci si chiede se possa ostare all'operazione di aumento la circostanza che il rimborso dei finanziamenti dei soci possa essere postergato rispetto agli altri creditori, ai sensi dell'articolo 2467 c.c.

Il rimedio della postergazione risulta essere strumentale alla conservazione del patrimonio sociale quale mezzo di garanzia per i creditori e di mantenimento del rischio d'impresa⁴⁵ ed è, dunque, da ciò che si evince come l'aumento mediante compensazione, seppur in presenza di una postergazione, non possa ritenersi, in alcun caso, in contrasto con lo spirito della norma, in quanto ne è una naturale conseguenza.

Secondo la Commissione Studi societari del Comitato Notarile della Regione Campania⁴⁶ *“è legittima l'esecuzione di una delibera di aumento di capitale sociale mediante compensazione di un credito vantato dal socio nei confronti della società con il debito assunto dal medesimo in seguito alla sottoscrizione del predetto aumento. Si ritiene che tale meccanismo di compensazione tra credito verso la società e debito da conferimento possa costituire modalità esecutiva di ogni ipotesi di aumento oneroso di capitale, ivi compresi quelli di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c. c. (in caso di riduzione del capitale al disotto del suo minimo legale o azzerato). La compensazione non risulta inibita da alcun divieto di legge, non è contraria all'interesse della società o dei terzi creditori.*

⁴⁵ G. Balp, *Articolo 2467*, in Commentario alla riforma delle società, Milano, 2008, 236 e ss.

⁴⁶ Massima notarile in materia societaria n. 4 elaborata dalla Commissione Studi Societari del Comitato Notarile Campano, IPSOA, 2011, 7.

Non osta alla predetta operazione neanche il disposto dell'art. 2467 c.c., di cui - anzi - l'operazione rappresenta attuazione realizzando la "conversione" in capitale di rischio di un capitale (originario) da finanziamento”.

Si reputa, dunque, legittima l'esecuzione di una delibera di aumento di capitale mediante compensazione del debito da conferimento del socio sottoscrittore con un suo credito derivante da finanziamento c.d. postergato, in quanto, trattandosi di una operazione *causa societatis*, alla stessa non è applicabile neppure il disposto dell'art. 2467 c.c. se non considerando che la compensazione realizza proprio la *ratio* della norma stessa.

Anche il Comitato Notarile Campano ammette *de plano* un'operazione compensativa in sede di aumento del capitale, stante la preesistenza del credito al debito da conferimento sulla base di quattro incisi: innanzitutto perché una siffatta operazione non incontra alcun divieto di legge e non è contraria all'interesse della società e/o dei terzi, né contravviene al principio dell'effettività del capitale sociale non causando asimmetria alcuna tra nominalismo e sostanza del capitale; in subordine non viola i principi che regolano la natura delle entità conferibili ed, anzi, rappresenta una modalità esaustiva di conferimento in ogni ipotesi di aumento a pagamento del capitale sociale ed, infine, non pregiudica in alcun modo gli interessi creditori.

Da ultimo, secondo la Massima n. 125 elaborata dal Consiglio Notarile di Milano in data 5 marzo 2013⁴⁷: *“La compensazione tra il debito per il conferimento in denaro e un credito vantato dal sottoscrittore nei confronti della società può avere luogo, secondo quanto sopra esposto, anche qualora tale credito sia sorto da una prestazione di natura non finanziaria (ad esempio, la vendita di un bene alla società). In tal caso - allorché ricorra sostanziale contestualità e*

⁴⁷ Consultabile sul sito internet: <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/125.aspx>

corrispondenza tra la prestazione eseguita a favore della società e l'aumento di capitale sottoscritto dal creditore, ovvero quando risulti che le due operazioni sono tra loro preordinate - si reputa che la sussistenza di una relazione di stima eseguita nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 2343, 2343-ter o 2465 c.c. costituisca elemento idoneo ad assicurare l'osservanza dei principi che presiedono alla corretta formazione del capitale sociale.”

Consentito, in via generale, il ricorso in sede di aumento allo strumento compensativo, il Consiglio si sofferma sull'ipotesi di una possibile compensazione in caso di debito originato da operazioni non finanziarie ammettendone la legittimità, ma consigliando di considerare prudentemente le circostanze in cui essa avviene onde evitare l'aggiramento delle norme in tema di effettività del capitale.

Si pensi, a titolo di esempio, al caso in cui un socio proceda alla vendita di beni alla società ad un prezzo superiore a quello di mercato, e che in sede di aumento del capitale sociale chieda di compensare tale credito con il debito relativo all'importo di aumento del capitale sociale che ha sottoscritto.

All'uopo dev'essere opportunamente valutata l'esistenza di un nesso temporale o funzionale tra la delibera di aumento e l'operazione da cui il debito da compensare origina, che possa far sospettare la preordinazione dell'operazione al fine di eludere le norme in materia di acquisti potenzialmente pericolosi.

Laddove possano sorgere dubbi in tal senso la Massima consiglia il ricorso ad una perizia di stima, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2465 c.c., al fine di tutelare l'integrità del capitale sociale a presidio di interessi non dissimili da quelli protetti dalle disposizioni sugli acquisti pericolosi e sulla corretta formazione del capitale sociale.

E', difatti, evidente che laddove non vi fosse alcun filtro all'operazione si rischierebbe di vedersi riconosciuto un importo di capitale sociale in capo al socio non coperto ad un effettivo valore del conferimento, ragion per cui appare corretto

ritenere obbligatoria la presentazione di una perizia di stima secondo le citate disposizioni normative, così da evitare annacquamenti del capitale sociale.

IV. CONCLUSIONI.

Ammessa la possibilità di ricorrere allo strumento della compensazione in sede di aumento del capitale sociale, anche a seguito di azzeramento dello stesso, sorge il problema se il credito del socio nei confronti della società debba risultare da apposita relazione giurata di stima ai sensi dell'articolo 2465 c.c.⁴⁸

La sentenza della Suprema Corte in commento non prende alcuna posizione in merito limitandosi a riconoscere come il c.d. *“conferimento tramite compensazione”* costituisce un'operazione radicalmente diversa dal conferimento di diritti di credito per il fatto che quest'ultimo presuppone necessariamente un rapporto trilaterale che coinvolge il creditore cedente, la società cessionaria ed il debitore ceduto.

Per risolvere la questione della necessità o meno della perizia giurata di stima in sede di compensazione deve verificarsi la sussistenza dei presupposti per una sua estensione in via analogica.

Si fa presente, da subito, che le opinioni espresse a riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono manifestamente discordanti tra loro.

⁴⁸ La norma, al primo comma, testualmente recita: “Chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un revisore legale o di una società di revisione legali iscritti nell'apposito registro. La relazione, che deve contenere la descrizione dei beni o crediti conferiti, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo, deve essere allegata all'atto costitutivo”.

La dottrina⁴⁹ affermando che in tutti i casi di conferimenti diversi dal danaro, ed in particolare di crediti, il codice richiede una relazione giurata di stima da parte di un esperto iscritto nel registro dei revisori contabili ovvero di una società di revisione iscritta all'albo speciale che contenga la descrizione dei beni o crediti conferiti, spiega la necessità di una simile relazione con la volontà legislativa tesa a garantire l'affidamento dei terzi circa l'effettiva corrispondenza tra il capitale nominale ed il capitale reale⁵⁰.

La giurisprudenza prevalente⁵¹, al contrario, non ritiene necessaria la relazione *de quo* argomentando che essendo il debito della società verso il socio già iscritto in bilancio, esso è stato valutato a suo tempo nei modi di legge e non abbisogna di ulteriore stima e che determinando la compensazione un'estinzione del debito della società in misura equivalente al credito conferito deve ritenersi che essa abbia valenza unicamente contabile⁵².

Sul punto rileva la posizione assunta dalla Suprema Corte nel 1998⁵³ la quale confermando i contenuti della sentenza n. 936 del 5 febbraio 1996 e ribaltando le conclusioni della sentenza n. 13095 del 10 dicembre 1992, nell'affermare l'ammissibilità della compensazione del debito di conferimento con il credito vantato dal socio verso la società, sancì la non occorrenza della relazione giurata di stima, richiesta dalla legge unicamente per i conferimenti in natura ed i crediti, data l'assenza di un'esigenza volta a valutare la solvibilità del debitore ceduto.

⁴⁹ N. Atlante, *Compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione*, in Notariato, 1995, 46 e ss.; Cass. 10 dicembre 1992 n. 13095, in Fallimento, 1993, 600 e ss.; Tribunale di Monza del 10 giugno 1997 in Le società, 1997, 1443.

⁵⁰ J.C. Gonzalez Vasquez, *op. cit.*, 286 e ss.

⁵¹ In tal senso si sono espressi il Tribunale di Trieste con la sentenza dell'8 giugno 1994, in Notariato, 1995, 45 e ss., il Tribunale di Cassino con la sentenza del 2 febbraio 1990, in Le società, 1990, vol. 9, fascicolo 8, 1098 e ss. ed il Tribunale di Verona con la sentenza del 9 novembre 1990, in Giur. it., 1991, I, 2, 427.

⁵² A. Pisani Massamormile, *Conferimenti in S.p.A. e formazione del capitale*, Napoli, 1992, 270 e ss.

⁵³ Cass. 24 aprile 1998 n. 4236, in Giust. Civ., 1998, I, 2819.

Si legge chiaramente nella massima che *“In tema di società di capitali, nell’ipotesi di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, l’oggetto del conferimento, da parte del socio, non deve, necessariamente, identificarsi ... in una res dotata di consistenza economica. Ne consegue la legittimità del conferimento attuato mediante compensazione tra il debito del socio verso la società ed un credito vantato dal medesimo nei confronti dell’ente, atteso che la società stessa, pur perdendo formalmente il suo credito al conferimento, acquista concretamente un “valore” economico, consistente nella liberazione da un corrispondente debito.*

Nessun pregiudizio per i creditori sociali è, pertanto, ravvisabile (diversamente che nella ipotesi di conferimenti iniziali) in un aumento di capitale sottoscritto mercé la contestuale estinzione per compensazione di un credito del socio sottoscrittore (scaturendo, invece, da tale operazione un aumento della generica garanzia patrimoniale, poiché dalla trasformazione del credito del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito medesimo), mentre, sul piano economico-patrimoniale, nessun vantaggio deriverebbe ai creditori stessi dall’imposizione, alla società, dell’obbligo di pagare il proprio debito nei confronti del socio sottoscrittore e di incassare, contestualmente, la stessa somma da lui dovuta”.

Del pari, assume rilievo la sentenza della Corte d’Appello di Roma del 3 settembre 2002⁵⁴ secondo la quale *“è legittimo il conferimento mediante compensazione con un controcredito del socio, senza bisogno di stima, anche se esso consiste nel corrispettivo di un appalto riconosciuto dalla società committente in via anticipata rispetto all’esecuzione dell’opera una volta escluso il carattere simulato del contratto e senza che l’oggetto del conferimento sia assimilabile ad una prestazione d’opera”.*

Deve, tuttavia, avvertirsi che il ritenere non necessaria la relazione giurata di stima può valere nel sol caso in cui le condizioni patrimoniali della società nel periodo intercorrente tra la redazione del bilancio e la data alla quale la compensazione

⁵⁴La sentenza della Corte d’Appello di Roma del 3 settembre 2002 è consultabile sul sito <http://eius.it/giurisprudenza/2002/2,02,095,0.asp>.

viene invocata non siano peggiorate al punto da rilevare una perdita d'importo superiore al valore del patrimonio netto

Data la possibilità che il meccanismo della compensazione si presti ad operazioni di elusione della normativa che disciplina i conferimenti in natura, ad esempio qualora il socio e l'amministratore si accordino affinché il primo venda un bene alla società, che non ne paga il prezzo, per poi consentire la compensazione del credito con il debito derivante dalla sottoscrizione dell'aumento di capitale⁵⁵, è quanto meno opportuno che vi sia una preventiva dichiarazione degli amministratori che attesti la persistente attualità delle risultanze del bilancio e l'insussistenza di perdite tali da compromettere la validità dell'operazione.

Riguardo al rischio di elusione delle disposizioni inderogabilmente fissate in materia di conferimenti in natura si rammenti la decisione della Corte d'Appello di Milano del 15 dicembre 2000⁵⁶ che configurò la fattispecie del “conferimento in natura mascherato” nel collegamento tra sottoscrizione in denaro e vendita del bene in

⁵⁵ App. Campobasso del 7 aprile 1993 sull'inammissibilità della compensazione in caso di crediti successivamente alla delibera di aumento del capitale sociale e Tribunale di Monza del 10 giugno 1997 sull'inammissibilità della compensazione nell'ipotesi in cui il credito del socio fosse stato appositamente precostituito.

⁵⁶ Si riporta qui di seguito la massima della Corte d'Appello di Milano del 15 dicembre 2000: “Allorché singoli accordi siano fra loro collegati da un programma unitario, di cui essi appaiano come momenti di realizzazione, tendente a garantire che, a fronte di finanziamenti destinati alla ricapitalizzazione di una società per azioni, la società stessa acquisti per un prezzo predeterminato beni in natura messi a disposizione del finanziatore, si configura un conferimento in natura mascherato. Gli accordi che risultano espressione del programma di conferimento in natura mascherato sono nulli per violazione delle disposizioni inderogabilmente fissate dagli articoli 2342, 2343 e 2440 c.c. Sono nulli i patti parasociali, stipulati tra i soci e gli stessi amministratori di una s.p.a., determinati dal motivo illecito di impedire una valutazione degli organi amministrativi della s.p.a. circa le scelte di ricapitalizzazione e di destinazione delle risorse finanziarie derivanti dalla ricapitalizzazione”.

natura dal socio alla società, ergendosi a precedente, data la presenza di sole tesi dottrinarie⁵⁷ al riguardo.

Dichiarare la nullità del negozio di scambio collegato con l'aumento di capitale non comporta dichiarare, altresì, la nullità dell'aumento stesso in quanto se così si opinasse si perverrebbe ad un esito opposto rispetto a quello sotteso alla *ratio* dell'istituto del conferimento mascherato di per sé volto alla tutela della valoristicamente esatta formazione del capitale sociale⁵⁸.

Concludendo, da quanto sin qui esposto e rifacendoci all'insegnamento di chi ha spiegato come la tematica della compensazione attenga ad un conferimento in denaro e non in natura data l'incidenza sulla fase della “mera” esecuzione del conferimento già effettuato⁵⁹, se ne deve concludere per l'inapplicabilità delle norme in materia di conferimento in natura, dal momento che queste incidono sul valore del cespite indicato quale oggetto del conferimento laddove la compensazione, quale vicenda estintiva del rapporto obbligatorio, al contrario, la presuppone⁶⁰.

Inoltre, essendo la compensazione una tecnica estranea al conferimento proprio del credito, dato che per suo effetto si verifica l'estinzione della posizione debitoria della società, emerge la necessità di uno specifico vaglio, caso per caso, circa l'idoneità di essa quale possibile strumento di attuazione dell'aumento del capitale sociale rilevando non già come bene economico, bensì come entità numeraria⁶¹.

⁵⁷ V. De Stasio, *Formazione del capitale sociale in collegamento con operazioni di scambio tra società e soci*, in Riv. soc., 1999, 399.

⁵⁸ G.B. Portale, *I conferimenti in natura <<atipici>> nelle s.p.a.*, Torino, 2004, 9.

⁵⁹ P.G. Marchetti, *op.cit.*

⁶⁰ G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*

⁶¹ G.A.M. Trimarchi, *L'aumento del capitale sociale*, in Notariato e Nuovo diritto societario, Collana diretta da G. Laurini, IPSOA, 2007, 288 e ss.