



**TRIBUNALE DI NAPOLI**  
**SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA D'IMPRESA**  
**IL GIUDICE DESIGNATO**  
**DR. ENRICO QUARANTA**

PRESUPPOSTI noti i contenuti del ricorso e della comparsa di risposta, sentite le parti, a scioglimento della riserva assunta, ha emesso la seguente

**ORDINANZA**

SUL

**RICORSO EX ARTT. 2388 E 2378 C.C.**

presentato da

**S.R.L.** (C.F. \_\_\_\_\_), con sede in Napoli alla via Partenope n.5, PEC [pec.it](mailto:pec.it), in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. \_\_\_\_\_ presso il quale elettivamente domicilia in Napoli alla via Pergolesi n.1, giusta procura a margine dell'atto introduttivo;

**RICORRENTE**

nei confronti di

**DESIGN** - **S.P.A.** (C.F. \_\_\_\_\_ e P.Iva \_\_\_\_\_) in persona dell'amministratore con deleghe, sig. \_\_\_\_\_ i (C.F. \_\_\_\_\_), con sede legale in Napoli alla via Partenope n.5, rappresentata e difesa dall'avv. \_\_\_\_\_ ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. \_\_\_\_\_, in (NA) \_\_\_\_\_ giusta procura a margine della comparsa di risposta e costituzione;

**RESISTENTE**

**FATTO E DIRITTO**

Con atto di citazione del 27.11.2015, notificato il 05.01.2016, la \_\_\_\_\_ (di poi VEMA), conveniva in giudizio DESIGN - \_\_\_\_\_ S.P.A. (di seguito, per ivi sentire dichiarare:

*"A. accertare e dichiarare, per tutte le ragioni in premessa, l'illegittimità della conversione in azioni ordinarie, emesse dalla società \_\_\_\_\_ di n. 5.000.000 strumenti finanziari partecipativi nella titolarità del socio IMI;*

*B. per effetto di quanto sopra, accertare e dichiarare la nullità, o comunque l'annullabilità, della deliberazione del 30.07.2015 assunta dal C.d.A. della società \_\_\_\_\_ e, per l'effetto, annullare ogni effetto che costituisce la diretta o indiretta conseguenza dell'attuazione della delibera impugnata;*

*C. sempre per effetto di quanto sopra accertato e dichiarato, ordinare la modifica dello Statuto con le ricostituite quote partecipative e disporre l'esecuzione dei conseguenti adempimenti;*

*D. stante i motivi di urgenza indicati in atto, Voglia l'on. Tribunale adito sospendere, inaudita altera parte, la delibera assembleare impugnata.*

*E. con vittoria di spese, diritti ed onorario del presente giudizio."*

Nel contesto esponeva che:





- con delibera del 5.5.2011 i tre soci della - IMI Fondi Chiusi SGR S.p.A. (di seguito, IMI), VEMA, ed Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa (di seguito, Invitalia) - decidevano di emettere massimo n. 5.000.000,00 "Strumenti Finanziari Partecipativi" (di seguito, SFP), convertibili in azioni ordinarie, per il valore nominale di € 1,00 ciascuno, da offrire in opzione agli azionisti e correlato aumento di capitale sociale a servizio di detti strumenti;
- gli SFP, così emessi, venivano sottoscritti solo dal socio IMI;
- con la stessa delibera del 5.5.2011 veniva modificato l'art. 7.2.4 dello Statuto, stabilendo testualmente che: *"nel caso in cui la <<Riserva apporti strumenti finanziari>> sia stata erosa da perdite al momento dell'esercizio del diritto di conversione, tale diritto potrà essere esercitato soltanto per il minore importo risultante al netto delle perdite subite"*;
- all'art. 7.2.5 dello Statuto veniva inoltre previsto che i titolari degli SFP, in qualsiasi momento dall'1.8.2011 al 31. 8.2015 (poiché dopo quella data sarebbe stata automatica) avrebbero potuto chiedere la conversione in azioni dei loro titoli;
- con lettera del 28.7.2015 il socio IMI chiedeva la conversione in azioni di tutti i 5 milioni di SFP acquistati e sottoscritti;
- con lettera del 29.7.2015, la riscontrava la pretesa dell'IMI, segnalando che, alla data della richiesta, la "riserva apporti strumenti finanziari" era stata erosa dall'esistenza di consistenti perdite;
- in data 30.7.2015 si riuniva il CdA della per discutere sulla legittimità della richiesta conversione, essendovi un dubbio interpretativo sull'art. 7.2.4 dello Statuto, tal per cui nel medesimo contesto il legale rappresentante dell'IMI (cons. dr. Fabio Borsoi) si impegnava a depositare, entro e non oltre il mese di settembre 2015, un parere *pro-veritate* al riguardo;
- cionondimeno, sebbene vi fossero ancora quei dubbi, con delibera adottata all'esito della riunione, il CdA di si limitava a prendere atto della conversione automatica dei n. 5.000.000 di SFP in azioni ordinarie in favore del socio titolare IMI;
- ne era derivata, con la ripartizione del nuovo capitale sociale, una drastica riduzione della partecipazione di essa VEMA ( sino al 33,40%, per un n. di 5.842.385 azioni ordinarie), un conseguente aumento della stessa ( sino al 60,93%, pari alla maggioranza) per il socio IMI ed una restante partecipazione ( pari al 5,66%) per il terzo ed ultimo socio Invitalia S.p.A.;
- in mancanza del deposito del parere *pro-veritate* da parte del socio IMI (entro la data prevista) il Presidente del CdA di incaricava un professionista della materia, Prof. Avv. F. Fimmanò, a sciogliere il dubbio interpretativo sull'art 7.2.4 dello Statuto e, più nello specifico, sul quesito relativo alla necessità di subordinare la conversione degli SFP in azioni alla verifica delle perdite maturate nel corso dell'esercizio e fino al giorno della conversione, per verificare l'incidenza di dette perdite sulla "Riserva apporti strumenti finanziari";
- il prof. avv. F. Fimmanò, nell'espletamento del suo incarico, con parere del 26.11.2015, affermava che *"la riserva costituita a fronte dell'apporto di capitale di rischio per il tramite di SFP è suscettibile di erosione totale a fronte di perdite subite dall'emittente"*; pertanto, che prima di procedere alla capitalizzazione dell'apporto degli SFP (con la loro conversione in azioni), era necessario assoggettare la riserva SFP all'assorbimento delle perdite della società;
- il parere del 26.11.2015 veniva tempestivamente trasmesso agli amministratori e ai sindaci;





- all'esito delle considerazioni espresse dal prof. avv. F. Fimmanò, veniva convocata d'urgenza una riunione del CdA dove veniva prodotto, di contro, altro parere commissionato dal socio IMI alla prof.ssa avv. Sabrina Bruno;

-anche in tale occasione, il prof. avv. F. Fimmanò, nell'attestare l'aderenza dell'art. 7.2.4 cit. ai principi normativi e giurisprudenziali in materia contabile, confermava che la conversione degli SFP in azioni andava "calcolata nell'applicazione quantitativa e qualitativa sulla base di un bilancio infrannuale redatto alla data dell'esercizio della conversione, che tenga conto delle regole di formazione delle perdite e/o degli utili di periodo sulla base delle regole ordinarie del bilancio di esercizio (e della composizione strutturale del documento contabile infrannuale solo in relazione alla data di riferimento) con la ovvia erosione delle riserve, secondo la graduazione ed i principi delineati nel presente parere e dalla consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità. Richiamando la lettera dello statuto dunque il <<diritto di conversione ... è stato esercitato ... soltanto per il minore importo risultante al netto delle perdite subite>>".

Ritenendo l'illegittimità della decisione assunta dall'organo gestorio, sussistere quindi il fumus dell'impugnativa proposta e inoltre - stante la natura della conversione, contraria allo statuto ed idonea ad influire sull'equilibrio azionario delle maggioranze - la ricorrenza del periculum, VEMA invocava la sospensione del deliberato nelle more della pronunzia sul merito.

Il giudice designato (con delega presidenziale) per la trattazione del procedimento, rigettava l'istanza di sospensione *inaudita altera parte*, fissava al 2 febbraio 2016 l'udienza per la comparizione delle parti, concedendo sia termini per la notifica del ricorso e del decreto, che quelli a difesa per la società resistente.

Con comparsa depositata l'1.2.2016 si costituiva la concordando e confermando quanto *ex adverso* dedotto.

Affermava, in particolare, che la verifica sull'eventuale erosione delle riserve, tale da influire sull'entità della capitalizzazione dei titoli, doveva essere svolta al momento in cui era richiesta e/o prevista la conversione, previa redazione - in ossequio ai principi contabili vigenti - di una situazione patrimoniale infrannuale a quella data.

Alla luce di quanto sopra, a suo avviso era indubbio che la conversione dei SFP in azioni, nelle more del giudizio, avrebbe potuto determinare un assetto societario quantitativamente sbilanciato a tutto favore di un unico socio (IMI), con grave pregiudizio sulla compagine societaria e, quindi, su gli altri soci.

Concludeva, quindi, senza opposizione alla concessione della misura cautelare *ex adverso* richiesta.

All'udienza di comparizione del 2.2.2016, udite le parti il giudice riservava la decisione.

In linea preliminare va rilevato che gli atti sono stati rimessi per la presente decisione il 18 febbraio 2016, come da risultanze del fascicolo telematico.

Ciò posto, in base al dettato di cui all'art. 2388, comma 4, cc., le deliberazioni del consiglio di amministrazione di spa possono essere impugnate anche dai soci, ove siano lesive dei loro diritti.

Quanto al regime applicabile, in punto di legittimazione e termini dell'impugnativa, di tipologie di vizi dei deliberati e delle relative sanzioni, per effetto dell'espresso richiamo compiuto dalla norma citata, occorre far riferimento esclusivo alle prescrizioni di cui agli artt. 2377 e 2378 cc. ( cfr. al riguardo " *In tema di impugnazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, l'art. 2388, comma IV, c.c., richiamando gli artt. 2377 e 2378 c.c. e non l'art. 2379 c.c., ha inteso uniformare il regime di invalidità delle delibere consiliari riconoscendo quale unica causa invalidante la non conformità alla legge o allo*





*statuto e, altresì, introdurre un chiaro e netto limite temporale di novanta giorni, decorrenti dalla delibera, entro cui i soggetti legittimati possono farla valere, al fine di contemperare le esigenze di tutela degli azionisti con quelle di stabilità e certezza dell'attività gestoria"* Trib. Milano, 17/04/2014 Sito Il caso.it, 2014).

In ordine al primo aspetto ( della legittimazione), possono impugnare le delibere i soci titolari almeno del 5% del capitale delle società che non fanno ricorso al mercato del rischio ( come la                      appunto).

Nella circostanza, anche dopo l'adozione della decisione avversata, VEMA appare titolare della quota del 33,40% del capitale della convenuta, tal da essere indubbia la sua legittimazione ad agire.

Quanto ai termini, versando in ipotesi di delibera adottata il 30 luglio 2015 e di citazione introduttiva notificata alla                      il 27 novembre 2015, essi risultano rispettati, sul presupposto dell'applicazione alla fattispecie della sospensione feriale (*"Vanno compresi non solo i termini inerenti alle fasi successive all'introduzione del processo tra i termini processuali per i quali l'art. 1, L. 7 ottobre 1969, n. 742 prevede la sospensione nel periodo feriale, ma anche il termine entro il quale il processo deve essere instaurato, quando l'azione in giudizio rappresenta l'unico strumento a tutela dei diritti dell'attore concludendo quindi per l'applicabilità della sospensione anche con riferimento al termine di tre mesi previsto dall'art. 2377 c.c. per l'impugnazione della delibera dell'assemblea di una s.p.a."* Trib. Milano, Sez. III, 09/10/2008).

Del resto alcuna eccezione di tardività risulta esser stata formulata al riguardo dalla resistente.

Ciò detto, è noto che siano ritenute annullabili le delibere affette da violazione delle disposizioni statutarie.

L'art. 2378, commi 3 e 4, c.c., applicabile alla fattispecie, prevede che il presidente del tribunale o il giudice istruttore (quale magistrato designato per la trattazione della causa di merito), sentiti gli amministratori ed i sindaci, possano sospendere, su richiesta di chi propone l'impugnazione, l'esecuzione della deliberazione impugnata.

La norma regola quindi una misura cautelare tipica, volta a tutelare la fruttuosità dell'azione di annullamento proposta e ad evitare che l'attore possa ricevere pregiudizio durante le more del processo volto alla invalidazione della delibera.

I presupposti richiesti per la sua concessione sono il fumus (e cioè la probabilità) di un vizio invalidante ed il periculum in mora, il cui accertamento richiede, in concreto, la comparazione tra il pregiudizio che illegittimamente l'opponente potrebbe subire per effetto dell'esecuzione di una delibera invalida e quello che, legittimamente, potrebbe patire la società per effetto della sospensione di tale esecuzione: "il giudice ... provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione" (art. 2378, comma 4°, c.c.).

In definitiva, la delibera di cda di cui è stata chiesta la pronuncia dell'annullamento può essere cautelatamente sospesa, a norma dell'art. 2378, comma 3° e 4°, c.c., solo se il giudice accerta:

che effettivamente, sia pure a livello di fumus, la delibera impugnata è inficiata da vizi di legittimità che ne comporterebbero l'annullabilità ;

che l'opponente, per effetto della mancata sospensione, finirebbe per subire un danno illecito superiore a quello che legittimamente subirebbe la società ove la sospensione sia, viceversa, accordata (periculum in mora).





In ordine al primo di tali requisiti, occorre però dire che - perché si possa pervenire all'annullamento di una delibera degli amministratori ai sensi del citato art. 2388 - *"il socio impugnante deve allegare e provare anche la lesione di un diritto suo proprio, essendo necessario, ma non sufficiente, che la deliberazione sia prospettata come contra legem vel statuta. In tale ottica, la delibera consiliare che può essere efficacemente impugnata dal socio è soltanto quella che violi direttamente una sua personale posizione di diritto patrimoniale o amministrativo: detta lesione, viceversa, non può derivare dal pregiudizio che la società nel suo complesso - e, dunque, indirettamente, ciascun socio - andrebbe a subire "* ( in termini Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di imprese, 29/03/2014 Società, 2014, 8-9, 1001).

Nella circostanza la delibera assunta appare effettivamente esser stata adottata in violazione della disciplina statutaria.

Si tratta, come visto, della decisione con la quale l'organo gestorio della dichiara di aver preso atto della conversione automatica in azioni ordinarie di n. 5.000.000 di strumenti finanziari partecipativi (SFP), dal valore nominale di € 1,00 ciascuno, in favore del socio IMI e conferisce al presidente del cda i poteri relativi a tutti gli adempimenti e le formalità successive ( tra cui: 1) il deposito presso il Registro Imprese dello Statuto con le quote aggiornate; 2) l'emissione e la consegna dei nuovi certificati azionari al socio IMI; 3) le iscrizioni relative sul libro soci).

Tali SFP venivano emessi con delibera di essa del 5.5.2011 e sottoscritti solo da IMI.

Con tale delibera veniva introdotta all'art. 7 dello Statuto apposita disciplina con la quale era in particolare stabilito: (i) all'art. 7.2.4. che *" Nel caso in cui la Riserva apporti strumenti finanziari sia stata erosa da perdite al momento dell'esercizio del diritto di conversione, tale diritto potrà essere esercitato soltanto per il minore importo risultante al netto delle perdite subite"*; (ii) all'art. 7.2.5. che i titolari degli SFP avevano diritto di chiedere la conversione in azioni, in tutto od in parte, dei loro titoli, a partire dall'1 luglio 2011, con termine di conversione automatica degli stessi al 31 luglio 2015.

Ciò detto, in data 28 luglio 2015 il socio IMI chiedeva detta conversione, invitando il presidente del cda a porre in essere tutti gli adempimenti conseguenti.

A fronte di tale richiesta e, pur sussistendo dubbi sulla conversione e sulla necessità di effettuare una preventiva verifica sulle perdite d'esercizio prima di provvedervi, in attesa del parere pro-veritate che IMI si riservava di depositare, l'assemblea del cda adottava l'impugnata decisione.

Cionondimeno, stante il ritardo del socio nella produzione di quel parere, il presidente del cda ne acquisiva altro ( a firma del prof. avv. Francesco Fimmanò) dal cui tenore emergeva l'esigenza di far precedere la conversione dalla redazione di un bilancio infra-annuale, redatto alla data dell'esercizio del diritto.

Le conclusioni raggiunte in quel documento non possono che essere condivise.

Occorre ricordare, al punto, che l'art. 2346 c.c. testualmente prevede: *"Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione"*.





La norma si riferisce, pertanto, a titoli che attribuiscono diritti di natura patrimoniale, se non anche diritti di natura amministrativa (con esclusione, ad ogni buon conto, del diritto di voto nell'assemblea dei soci).

Il codice rinvia - per gli aspetti che attengono all'emissione degli SFP, all'attribuzione delle prerogative e degli obblighi dei titolari - a quanto dettato in sede statutaria.

Proprio il rinvio all'autonomia privata non può che significare dar rilievo alla causa concreta degli apporti, che potrà oscillare tra una funzione di natura tipicamente finanziaria (alla stregua di forme di partecipazione che si collocano nell'ambito del più ampio genus del capitale di debito) ed una più vicina a quella tipica dei conferimenti (il cd. capitale di rischio).

Spetta quindi alla volontà dei soci determinare le caratteristiche ed il contenuto dei titoli in questione.

Nella fattispecie le norme contenute nello Statuto stabiliscono il diritto alla conversione degli SFP, in maniera tale da trasformarli in capitale di rischio, sulla base della situazione patrimoniale al momento dell'esercizio di quel diritto o, al più tardi, allo spirare del termine ultimo per il suo automatico verificarsi.

L'art. 7.2.4 riferisce, nello specifico, dell'esistenza (nello stato patrimoniale) di una "Riserva apporti strumenti finanziari" e della necessità di verificarne la consistenza, al momento della conversione, rispetto alle eventuali perdite maturate. Testualmente esso afferma che il diritto alla conversione "potrà essere esercitato soltanto per il minore importo risultante al netto delle perdite subite".

Tal ultima disciplina - quanto ai limiti di convertibilità - risulta avere una connotazione generale, per cui essa non può non riguardare anche l'ipotesi della conversione automatica dettata dall'art. 7.2.5.

Si vuol dire, in sostanza, che la prescrizione collega la capitalizzazione degli SFP (la loro trasformazione in capitale di rischio) alla situazione del patrimonio e del capitale reale della società a quel momento.

La clausola appare del resto rispettosa della normativa codicistica.

E' utile ricordare, in merito, che la disciplina specifica degli artt. 2446 e 2447 c.c. (per le spa) ha la funzione di assicurare il rispetto del principio della corrispondenza fra capitale nominale e capitale reale; serve cioè a ricondurre il primo alla misura del secondo e, appunto per questo, esercita per sua natura (quanto meno) una duplice influenza: da un lato, nella sfera soggettiva dei soci, in specie incidendo sul loro interesse alla distribuzione degli utili; dall'altro, all'esterno della compagine sociale, influenzando sulla garanzia dei creditori sociali offerta loro dall'integrità del capitale.

Relativamente alla modalità della riduzione, vale poi il principio per cui le disponibilità delle società devono essere intaccate secondo un ordine che tenga conto del grado di facilità con cui la società potrebbe deliberarne la destinazione ai soci: che il capitale sociale ha un grado di indisponibilità maggiore di quello relativo alla riserva legale, laddove le riserve statutarie e quelle facoltative create dall'assemblea sono liberamente disponibili; e che, pertanto, devono essere utilizzate, nell'ordine, prima le riserve facoltative, poi quelle statutarie, indi quelle legali e, da ultimo, il capitale sociale.

Si tratta di una modalità inderogabile, in quanto la sua ratio risiede nella circostanza che i diversi strati del netto, poiché sono progressivamente più vincolati a garanzia dei creditori, possono e devono subire le decisioni dei soci di intaccarli nell'ordine sopra indicato, restando preclusa ai soci la possibilità di far gravare le perdite sul netto meno vincolato, sino a quando esistono parti di netto meno vincolate o non vincolate, tant'è che non si potrebbe neppure parlare correttamente di "perdite di capitale" se non nella





misura in cui tali perdite eccedano l'ammontare delle riserve che sono destinate a costituire un presidio avanzato del capitale medesimo ( così Cass. civ., Sez. I, 02/04/2007, n. 8221 M.P.G.M. C. Fallimento della Impresa Mereu I.ME. S.p.A., Notariato, 2007, 4, 378, Obbl. e Contr., 2007, 6, 486, RUBINO, Mass. Giur. It., 2007, CED Cassazione, 2007).

Si dice, in proposito, nella giurisprudenza di merito, che *"poiché il capitale sociale ha un grado di indisponibilità maggiore di quello relativo alla riserva legale, mentre le riserve statutarie e quelle facoltative sono liberamente disponibili, in sede di riduzione per perdite devono essere utilizzate, nell'ordine, prima le riserve facoltative, poi quelle statutarie, indi quelle legali e, da ultimo, il capitale sociale. Si tratta di una regola inderogabile, in quanto la sua ratio risiede nella circostanza che le diverse voci del patrimonio netto, poiché sono progressivamente più vincolate a garanzia dei creditori, possono e devono subire le decisioni dei soci di intaccarle nell'ordine sopra indicato, restando preclusa la possibilità di far gravare le perdite sul netto più vincolato, sino a quando esistono parti del patrimonio meno vincolate o non vincolate, tanto che si è posto in evidenza come non si potrebbe neppure parlare correttamente di perdite di capitale, se non nella misura in cui tali perdite eccedano l'ammontare delle riserve, che sono destinate a costituire un presidio avanzato del capitale"* (App. Napoli, Sez. I, 19/06/2008 Gu.Lu. C. Se. S.p.A.).

I principi e le norme che precedono stanno quindi a significare che, a fronte di perdite oltre il terzo o che riducano il capitale al di sotto del minimo legale, l'organo gestorio ( o, in mancanza, quello di controllo) devono convocare l'assemblea dei soci senza indugio, per adottare le delibere conseguenti.

Ai fini dell'assorbimento di quelle perdite e dell'individuazione del capitale reale, la riduzione deve poi avvenire secondo i criteri inderogabili indicati ut supra.

A ciò consegue che, proprio al fine di salvaguardare l'esigenza della corrispondenza del capitale reale a quello nominale, la conversione ( capitalizzazione) degli SFP non potrebbe mai avvenire al lordo delle perdite subite dalla società.

La previsione statutaria dell'art. 7.2.4. appare coerente con la superiore ricostruzione, laddove ( come detto) subordina detta conversione alla verifica della consistenza della riserva ( statutaria) degli strumenti partecipativi.

La verifica non può che essere, poi, quella compiuta in base ad una situazione patrimoniale redatta al momento dell'esercizio del diritto da parte dei titolari degli apporti.

Giova rilevare, in proposito, che è pacifico che le perdite risultanti da una situazione patrimoniale infrannuale rilevino e che se esse siano superiori a quelle che emergevano dall'ultimo bilancio d'esercizio, il capitale vada ridotto in misura tale da coprire tutte le perdite: sia quelle precedenti, sia quelle relative al periodo successivo.

Semmai il dubbio riguardava la sorte e la valutazione, ai fini, degli utili non individuati dal bilancio d'esercizio.

Per giustificare la tesi della loro irrilevanza ( in sede infrannuale), anche al fine di compensare le perdite maturate, nella giurisprudenza risalente si ricorreva al riferimento all'art. 2433, il quale prescrive la realtà degli utili al fine del pagamento del dividendo (cfr. Trib. Roma, 8 novembre 1999, cit. Sostanzialmente nello stesso senso cfr. App. Napoli, 4 giugno 1999, in Giur. Nap., 2000, 81; Id. Roma, 3 luglio 1998, in Riv. Notar., 1998, 1260).

Tale tesi non ha convinto la Cassazione, sul presupposto che essa confonde utile reale ed utile distribuibile.





Pertanto gli utili, anche se non distribuibili, sono realmente esistenti e sono destinati ad assorbire le perdite prima che queste intacchino il capitale.

La perdita va pertanto determinata al netto di tutte le riserve ed infine al netto degli utili di periodo.

È questo il principio affermato dai giudici di legittimità (Cass. civ. Sez. I, 23-03-2004, n. 5740 Teleditori s.r.l. già s.p.a. c. Fallimento Canard Advertising s.p.a. per cui *"I risultati di gestione positivi e negativi della frazione di esercizio successivi all'ultimo bilancio ma precedenti alla delibera di cui all'art. 2447 devono essere considerati ai fini della correttezza e completezza della riduzione del capitale sociale per perdite"* Impresa, 2005, 659 nota di BOLOGNESI) che riprende un orientamento di parte della giurisprudenza di merito (App. Milano, 19 settembre 2000, in Giur. It., 2001, 1202, con nota di Iozzo; Trib. Roma, 20 febbraio 2001, in Società, 2001, 969; Id. Roma, 4 febbraio 2000, in Riv. Giur. Impr., 2000, 611; Id. Napoli, 27 aprile 2000, in Notariato, 2000, 560; App. Milano, 19 gennaio 1999, in Società, 2000, 724, ove nota di Salafia; Trib. Roma, 2 giugno 1998, in Notariato, 1998, 1259).

Le operazioni di riduzione del capitale devono quindi aver luogo avendo riguardo al rapporto tra l'entità del capitale sociale e l'ammontare del patrimonio della società, quale risulta dalla situazione patrimoniale riferita alla data più prossima possibile, con la necessità di tener conto anche degli effetti prodotti sul patrimonio dell'ente, sino a tale data, dai risultati della gestione infrannuale dell'impresa (secondo il criterio di competenza), siano essi di segno positivo o negativo.

Se così è, pare evidente che - onde preservare la regola che impone di condurre il capitale reale a coincidere con quello reale - ogni operazione che lo riguardi non possa prescindere da una verifica sulla situazione patrimoniale redatta (anche infrannualmente) al momento in cui essa avviene.

Detta verifica potrà evidenziare perdite (non solo di bilancio, né di esercizio) che dovranno essere assorbite secondo i criteri inderogabili esaminati.

Nella circostanza lo Statuto prevede, in coerenza, che la conversione (recte: la capitalizzazione) degli SFP non potrà prescindere dall'accertamento della consistenza della riserva (statutaria) apposita.

La delibera impugnata risulta contrastare con tale previsione, nonostante il cda avesse avvertito IMI dell'esistenza (appunto) di perdite erosive del patrimonio della società. Ed essa appare inoltre lesiva della sfera patrimoniale della ricorrente, che ha visto verificarsi un annacquamento della sua partecipazione.

Sussiste, pertanto, il fumus della cautela.

D'altra parte, è parimenti evidente la sussistenza del periculum (nell'accezione richiesta); infatti, ove non venisse sospesa la decisione avversata, la si troverebbe ad avere un capitale reale difforme da quello nominale, oltre che un assetto societario effettivamente ed indebitamente sbilanciato a favore del socio IMI; con danno per la società, gli altri soci ed i terzi.

La domanda cautelare va quindi accolta. Le spese di lite sono rimesse al giudizio di merito.

### PQM

Il Tribunale di Napoli, pronunciando sul ricorso proposto da **S.R.L.** nei confronti di **DESIGN S.P.A.**, così provvede:

accoglie il ricorso e, per l'effetto, sospende l'esecuzione della deliberazione del 30.07.2015 assunta dal C.d.A. della società





spese al merito;

si comunichi.

Napoli, 24 febbraio 2016

**IL GIUDICE DESIGNATO**  
**(DOTT. ENRICO QUARANTA)**

IL CASO.it

