

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

Capitolo 3

LA TRASFORMAZIONE OMOGENEA REGRESSIVA



Capitolo 3

LA TRASFORMAZIONE OMOGENEA REGRESSIVA

La delibera di trasformazione di società di capitali in società di persone è adottata con le maggioranze previste per le modifiche statutarie; in ogni caso è richiesto il consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata; gli amministratori devono predisporre una relazione che illustri motivazioni ed effetti dell'operazione. L'assegnazione della partecipazione nella nuova società avviene in misura proporzionale alla partecipazione originaria. I soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata rispondono anche delle obbligazioni sociali sorte anteriormente.

Sommario: 1. Trasformazione omogenea regressiva – 1.1. Nozione – 1.2. La delibera di trasformazione: *quorum* deliberativi – 1.3. (Segue) Le deroghe in aumento e in diminuzione – 2. La tutela della minoranza: problemi di coordinamento della disciplina – 3. La tutela della minoranza: il consenso dei soci illimitatamente responsabili – 3.1. Il consenso individuale dei soci – 3.2. Il momento di raccolta del consenso – 3.3. La forma del consenso – 3.4. La necessità del consenso espresso – 4. La tutela della minoranza: il diritto di recesso – 4.1. La tesi dell'efficacia immediata del recesso – 4.2. La tesi dell'efficacia differita del recesso – 4.3. Le ragioni che rendono preferibile la tesi dell'efficacia immediata del recesso – 5. La relazione degli amministratori – 5.1. Nozione – 5.2. Contenuto della relazione – 5.3. La riduzione del termine per il deposito e la rinuncia alla relazione – 6. La (non) distribuibilità degli "utili di periodo" in sede di trasformazione omogenea regressiva – 7. Trasformazione omogenea regressiva e riduzione reale del capitale sociale – 8. Trasformazione omogenea regressiva e riduzione nominale del capitale sociale. In particolare: l'utilizzabilità degli "utili di periodo" – 9. L'assegnazione delle partecipazioni.

Riferimenti normativi: artt. 2272, 2306, 2348, 2368, 2369, 2378, 2381, 2437, 2437-bis, 2445, 2446, 2447, 2460, 2468, 2473, 2479, 2479-bis, 2482-bis, 2482-ter, 2484, 2497-quarter, 2500, 2500-bis, 2500-ter, 2500-sexies, 2500-septies, 2532 c.c.; D.Lgs. n. 6/2003; art. 170 TUIR.

1. TRASFORMAZIONE OMOGENEA REGRESSIVA

1.1. Nozione

Nella pratica la trasformazione regressiva non è molto frequente ma presenta un certo rilievo nel perseguimento di finalità legate al contenimento dei costi di gestione ovvero alla riduzione degli oneri tributari; inoltre, l'operazione consente di proseguire l'attività sociale in una veste societaria per la quale è richiesto un capitale sociale inferiore (si pensi al caso di una s.p.a. il cui capitale sociale sia stato eroso da perdite che lo hanno ridotto ad una cifra inferiore al minimo legale e non vi sia la volontà/possibilità di reintegrarlo)¹.

Tra le fattispecie di trasformazione omogenea regressiva rientra la trasformazione **di società di capitali unipersonale in società di persone con un unico socio**.

Sembra infatti corretto distinguere tra "requisiti imposti per il tipo, risultante dalla trasformazione, e requisiti legati semplicemente al momento genetico di una nuova società", situazione quest'ultima che non ricorre nel caso della trasformazione, che è una vicenda meramente modificativa e che quindi "presuppone una società esistente ed operante"².

Seguendo tale criterio l'operazione deve considerarsi ammessa, con la precisazione che la modificazione del tipo importa la necessità della costituzione della pluralità dei soci entro il termine di sei mesi, in applicazione dell'art. 2272 c.c.³.

Si ritiene ammissibile la trasformazione di una società di capitali unipersonale in una società di persone con un unico socio in quanto l'atto di trasformazione non comporta l'estinzione della società preesistente e la nascita di una nuova società, ma la continuazione della stessa società in una nuova veste giuridica, alla stregua di una mera modificazione dell'atto costitutivo.

In tal caso la società trasformata sarà posta in liquidazione solo qualora, nel termine di sei mesi, non si costituisca la pluralità dei soci.

(Comitato Triveneto dei notai, Massima K.A.23, *Ammissibilità della trasformazione di una società di capitali unipersonale in una società di persone con unico socio*, 1° pubbl. 9/06 - motivato 9/11).

¹ Cfr. A. Bello, *Appunti in tema di trasformazione riformata*, cit., 948 s.

² G. Cabras, *La trasformazione delle società*, cit., 163 s.

³ Cfr. G. Cabras, *La trasformazione delle società*, cit., 162. In argomento v. anche G. Tantini, *La trasformazione e fusione delle società*, cit., 246; N. Gasperoni, *Trasformazione e fusione di società*, cit., 1040; O. Cagnasso, *sub art. 2500 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 1990, 92.

1.2. La delibera di trasformazione: *quorum* deliberativi

L'art. 2500-*sexies*, comma 1, c.c. rinvia alle maggioranze previste per le modifiche statutarie delle società di capitali.

Società a responsabilità limitata

Trovano applicazione le maggioranze stabilite dall'art. 2479-*bis*, comma 3, c.c.:

- l'assemblea delibera "con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale";
- è fatta salva la diversa disposizione dell'atto costitutivo.

Società per azioni

Vale quanto previsto dagli artt. 2368, commi 2 e 3, e 2369, commi 3 e 7, c.c.:

- in prima convocazione, il *quorum* costitutivo e quello deliberativo coincidono e sono rappresentati da "più della metà del capitale sociale" (art. 2368, comma 2, c.c.);
- in seconda (o successiva) convocazione, il *quorum* costitutivo è rappresentato da "oltre un terzo del capitale sociale", mentre il *quorum* deliberativo da "almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea" (art. 2369, comma 3, c.c.);
- "Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale" (art. 2369, comma 5, c.c.).

Società in accomandita per azioni

Si applica l'art. 2460 c.c.:

- valgono "le maggioranze prescritte per l'assemblea straordinaria delle società per azioni";
- è inoltre necessario il consenso di tutti i soci accomandatari.

1.3. (Segue) Le deroghe in aumento e in diminuzione

L'esordio dell'art. 2500-*sexies*, comma 1, c.c. fa salva una diversa disposizione statutaria.

In dottrina si discute quindi sulla derogabilità *in melius* o *in peius* dei *quorum* deliberativi previsti dalla legge, nonché sulla possibilità di richiedere che la decisione sia assunta all'unanimità⁴.

⁴ In argomento cfr. F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, in *La trasformazione delle società*, a cura di M. Maltoni-F. Tassinari, diretto da G. Laurini, Milano, 2011, 174 s.; M. Sarale, *Le trasformazioni*, cit., 348 s.

Società a responsabilità limitata

- Si ritiene che lo statuto possa prevedere **sia quorum in aumento che in diminuzione**⁵, stante la genericità del dettato normativo che fa salva la diversa disposizione dell'atto costitutivo (v. art. 2479-*bis*, comma 3, c.c.);
- si ritiene inoltre, seppure le posizioni non siano concordi, che sia possibile prevedere l'**unanimità**⁶;
- non si ravvisano ostacoli alla possibilità di **"modulare" i quorum**, ossia di prevedere quozienti diversi, nel rispetto dei limiti legali, in relazione a singoli tipi di deliberazioni modificative dello statuto o dell'atto costitutivo, ivi inclusa, quindi, l'ipotesi della trasformazione.

Gli artt. 2479, comma 6°, e 2479-*bis*, comma 3°, danno ampia libertà ai soci nel fissare nell'atto costitutivo il consenso necessario e sufficiente per l'adozione delle loro decisioni: siano esse prese in sede assembleare o extra assembleare. In tali ampi margini vi è posto tanto per la introduzione del principio di unanimità sia per singole decisioni, sia - in ipotesi di s.r.l. ad accentuata configurazione personalistica - per tutte le decisioni, quanto per la fissazione di *quorum* superiori o inferiori a quelli dettati in via suppletiva dalla legge.

Contro il ricorso all'unanimità - ammessa dalla maggior parte dei commentatori della riforma - non valgono le tradizionali obiezioni (a) dell'essere ciò di ostacolo all'operatività della società e (b) dell'essere il principio di maggioranza connaturato alla natura collegiale delle decisioni.

Alla prima obiezione (a) si risponde che il legislatore non si preoccupa di assicurare l'operatività e il mantenimento in vita della s.r.l. a dispetto di una diversa volontà di alcuni soci e degli accordi formalizzati nell'atto costitutivo, come invece avviene nella s.p.a.: solo in quest'ultima, e non anche nel primo tipo sociale, infatti, si impone un *quorum* inderogabile per l'assunzione delle decisioni "vitali" (nomina e revoca delle cariche sociali e approvazione del bilancio: cfr. art. 2369, comma 4°, c.c.).

Alla seconda obiezione (b) si replica:

i) che il principio di maggioranza è un elemento naturale, non già essenziale, dei procedimenti collegiali, come - almeno nella s.r.l. - dimostra la previsione legale di

⁵ V., in tema di trasformazione eterogenea, Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 54, *Derogabilità del quorum per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004].

⁶ In senso favorevole cfr. M. Pinardi, *La "nuova" trasformazione: profili applicativi*, cit., 77. V., in tema di trasformazione eterogenea, Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 54, *Derogabilità del quorum per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004]. In senso contrario cfr. A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, a cura di A. Serra-I. Demuro, Bologna, 2014, 85 ss.

delibere unanimi per la modifica (nonché, implicitamente, per la introduzione e per la soppressione) di diritti particolari del socio (art. 2468, comma 4°, c.c.);
ii) che l'obiezione potrebbe, in tesi, valere soltanto per le decisioni collegiali, e dunque non in quelle adottate per consultazione scritta e per consenso espresso per iscritto: ma allora non si comprenderebbe perché la stessa decisione, che per scelta statutaria sia da prendere all'unanimità fuori dall'assemblea, in quest'ultima non possa essere condizionata al consenso unanime;
iii) che è nota l'assoluta prevalenza, nella realtà economica, di s.r.l. composte da due/ tre soci la cui interna maggioranza, o per necessità (due soci al 50%) o per scelta di *quorum ad hoc*, è tale soltanto in apparenza, ma richiede di fatto l'unanimità.
(Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 42, *Deroga dei quorum legali per le decisioni dei soci di s.r.l. (artt. 2479 e 2479-bis c.c.)* [19 novembre 2004])

Società per azioni

- Si ritiene possibile derogare ai **quorum solo in aumento**, sia per quanto riguarda l'assemblea straordinaria in prima convocazione (art. 2368, comma 2, c.c.), sia per quanto riguarda l'assemblea straordinaria in seconda (o successiva) convocazione (art. 2369, comma 3, c.c.), sulla base di quanto previsto dalla legge⁷;
- risulta **invalida la previsione di quorum diminuiti** rispetto alla regola generale, dal momento che l'art. 2369, comma 5, c.c. richiede il voto favorevole di "almeno" un terzo del capitale sociale⁸;
- si ritiene, seppure la questione rimanga dibattuta, che anche in tal caso sia possibile spingersi fino a prevedere l'**unanimità**⁹;

⁷ V., in tema di trasformazione eterogenea, Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 54, *Derogabilità del quorum per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004]. Per l'opinione contraria cfr. M. Pinarì, *La "nuova" trasformazione: profili applicativi*, cit., 77.

⁸ V., in tema di trasformazione eterogenea, Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 54, *Derogabilità del quorum per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004].

⁹ In senso favorevole cfr. F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 179; L. De Angelis, *La trasformazione endosocietaria in società di persone*, in *Società*, 2007, 789. V., in tema di trasformazione eterogenea, Consiglio notarile di Milano, Massima 54, *Derogabilità del quorum per la trasformazione eterogenea da società di capitali (art. 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004], secondo cui "Nella trasformazione eterogenea da società di capitali la maggioranza dei due terzi degli aventi diritto fissata dall'art. 2500-septies, comma 3°, c.c. è derogabile soltanto in aumento, anche per sostituzione con la regola della unanimità" (massima). "La deroga in aumento al *quorum* dei due terzi può giungere sino alla previsione della unanimità. Nella s.r.l. tale conclusione non ha bisogno di particolare motivazione (in generale sul tema della unanimità, per scelta statutaria, delle decisioni dei soci di s.r.l. cfr. la massima n. 42). Quanto alla s.p.a., da un lato sembra superata la tesi della "sacralità", nel

- non si ravvisano ostacoli alla possibilità di **“modulare” i quorum**, ossia di prevedere quozienti diversi, nel rispetto dei limiti legali, in relazione a singoli tipi di deliberazioni modificative dello statuto o dell’atto costitutivo, ivi inclusa, quindi, l’ipotesi della trasformazione.

2. LA TUTELA DELLA MINORANZA: PROBLEMI DI COORDINAMENTO DELLA DISCIPLINA

La regola della maggioranza (ex art. 2500-*sexies*, comma 1, c.c.) risulta bilanciata, a tutela dei soci, dalla previsione di due strumenti: la facoltà di negare il proprio consenso ove la trasformazione comporti l’assunzione di responsabilità illimitata e il diritto di recesso.

Tali istituti sono considerati **“inderogabili”** da parte dell’autonomia privata, trattandosi di norme di ordine pubblico c.d. di protezione¹⁰.

Gli artt. 2500-*sexies* c.c., con riferimento alla trasformazione di società di capitali in società di persone, e 2500-*septies* c.c., a proposito della trasformazione eterogenea da società di capitali, esprimono la necessità che, ove la decisione di trasformazione sia adottata a maggioranza, vi sia “comunque” il consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata.

Le richiamate norme contemplano le ipotesi in cui è più evidente la possibilità che la trasformazione incida negativamente sulla responsabilità per i debiti dell’ente.

(...)

In realtà, anche per assicurare la razionalità del sistema normativo, quelle norme vanno considerate quale espressione di un **principio generale**, secondo cui

sensu di assoluta inderogabilità, del principio di maggioranza (salvo che nelle ipotesi di cui all’art. 2369, comma 4°, c.c.); dall’altro lato, anche chi conservi sul problema generale una posizione restrittiva non può negare ad ogni socio un potere interdittivo su di una deliberazione che stravolge completamente la causa e la struttura organizzativa del rapporto associativo: una deliberazione che in difetto di una esplicita norma autorizzativa mai avrebbe potuto lecitamente adottarsi, neanche all’unanimità, e che lo stesso legislatore riformista dichiara di ammettere per pragmatiche ragioni di economia di costi” (motivazione). Per l’opinione contraria cfr. M. Pinardi, *La “nuova” trasformazione: profili applicativi*, cit., 77; A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 85 ss.

¹⁰ Così F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 178; v. anche A. Bonfante, *sub art. 2500-*sexies* c.c.*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 209; con riferimento all’istituto del consenso O. Cagnasso, *sub art. 2500-*sexies* c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, 2***, Bologna, 2004, 2268, osserva che “La previsione del consenso dei soci che diverranno illimitatamente responsabili pare una regola non derogabile dallo statuto. Invero sia ragioni letterali, sia ragioni sistematiche inducono a tale soluzione. Sotto il primo profilo, mentre la trasformabilità a maggioranza è preceduta dalla salvezza di una diversa disposizione dello statuto, la previsione del consenso dei soci che assumeranno il regime della responsabilità illimitata è introdotta dalla formula «è comunque richiesto». Sotto il secondo profilo, la tutela accordata ai soci che vedono modificato il regime di responsabilità pare rappresentare un tassello normativo non derogabile”.

qualsiasi aggravamento del regime di responsabilità per i debiti di un ente da parte di soggetti diversi dall'ente stesso richiede il consenso dei soggetti che subiscono tale aggravamento.

(...) il consenso del socio "aggravato da responsabilità" è indispensabile e non può essere reso superfluo neanche con clausola statutaria. Tuttavia esso, come si evince dall'art. 2500-sexies c.c., condiziona non l'adozione o la validità della delibera/decisione di trasformazione bensì la sua efficacia ed iscrivibilità: di tal che la deliberazione che riporta la maggioranza richiesta (ma non anche il voto di tutti i soci "aggravati", per assenza, astensione o dissenso) è suscettibile di produrre i suoi effetti in un momento successivo, quando abbia ad intervenire il necessario consenso al momento non dato.

(Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 53, *Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004]).

Il coordinamento delle norme che disciplinano l'istituto del consenso e quello del recesso comporta uno sforzo interpretativo¹¹, dal momento che il necessario consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata sembra non conciliarsi (soprattutto nel caso di trasformazione in s.n.c.), da un lato, con il principio maggioritario (di cui sembra anzi la negazione); dall'altro, con il diritto di recesso accordato ai soci dissenzienti (che pure nel caso della trasformazione in s.n.c. sembrerebbero non esserci).

Inoltre, nessuna norma di legge si preoccupa di coordinare i termini per l'iscrizione della deliberazione di trasformazione con quelli previsti per la manifestazione del consenso dei soci (non recedenti) e per l'esercizio del recesso.

Secondo una prima interpretazione, l'efficacia della trasformazione deve essere differita all'acquisizione dei consensi, successivamente alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso¹². Sul termine per l'espressione del consenso v. *infra*.

Secondo una diversa opinione, le dichiarazioni di consenso devono essere raccolte prima dell'iscrizione della deliberazione e iscritte contestualmente a quest'ultima. Dopo l'iscrizione, i dissenzienti, nel termine concesso per l'esercizio del recesso, devono dichiarare di assumere la responsabilità illimitata ovvero di recedere¹³.

¹¹ Cfr. F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 178 ss.; M. Sarale, *Le trasformazioni*, cit., 352 ss.

¹² L'opinione è espressa da C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 230 s.

¹³ Per questa soluzione cfr. A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 92 s.

Questa conclusione appare l'unica capace di conciliare il principio generale per il quale la trasformazione ha effetto dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari (art. 2500, 3° comma, c.c.) con la disciplina del recesso da un lato e, dall'altro, la disciplina della raccolta del consenso. Ed infatti nessuno può ignorare che, nelle trasformazioni regressive, gli adempimenti pubblicitari riguardano sia l'iscrizione della deliberazione sia l'iscrizione delle dichiarazioni di consenso sia (eventualmente) le dichiarazioni di recesso che - nel caso di deliberazione assunta a maggioranza - necessariamente sono successive all'adozione delle deliberazioni (almeno per il recesso). Ne consegue che gli effetti della trasformazione decorrono dall'ultimo degli adempimenti che potrà essere costituito - di volta in volta - dall'iscrizione della dichiarazione di recesso ovvero di consenso (fermo restando che qualora non dovessero essere assunti tutti i consensi dei soci che assumono responsabilità illimitata, la deliberazione sarà improduttiva di effetti).

(A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, a cura di A. Serra-I. Demuro, Bologna, 2014, 93).

3. LA TUTELA DELLA MINORANZA: IL CONSENSO DEI SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

Ci si è chiesti se il consenso sia richiesto per la trasformazione ovvero per l'adozione del regime di responsabilità illimitata.

Stando al tenore letterale della norma, si ritiene che il consenso vada **riferito alla trasformazione**, e non alla assunzione di responsabilità, con la conseguenza che la sua mancata prestazione rende inefficace l'intera deliberazione di trasformazione, e non soltanto l'assunzione di responsabilità illimitata da parte del socio¹⁴.

Mette conto osservare, quindi, che mentre la delibera assembleare (collegiale) si pone **sul piano della validità**, il consenso alla trasformazione/assunzione di responsabilità illimitata (individuale) si pone **sul piano dell'efficacia**¹⁵.

¹⁴ Cfr. F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 183, per il quale "Diversamente opinando, infatti, si finirebbe con l'ammettere che, almeno in taluni casi, il socio in questione potrebbe, scegliendo di concedere oppure di negare il proprio consenso, decidere autonomamente una nuova trasformazione della società, in palese violazione del principio maggioritario stesso. Del resto, tale veto da parte del singolo socio destinato ad assumere responsabilità illimitata, nel senso anzidetto, rappresenta proprio la specificità della scelta compiuta dal legislatore della riforma, che non si è accontentato di riconoscere al socio il solo diritto di recesso".

¹⁵ Cfr. Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 53, *Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004].

3.1. Il consenso individuale dei soci

I soci che assumono responsabilità illimitata negando il loro consenso, e quindi rendendo inefficace la delibera, possono impedire la trasformazione. Anche uno solo dei soci può così bloccare l'operazione ed impedire il recesso degli altri soci, ancorché assenti, dissenzienti o astenuti.

Ne deriva, dal punto di vista applicativo, che una deliberazione presa a maggioranza, ma senza il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata, è valida ma **non iscrivibile a registro delle imprese**.

3.2. Il momento di raccolta del consenso

Per l'opinione preferibile, trattandosi di elemento autonomo rispetto alla deliberazione, il consenso del socio che assume responsabilità illimitata può essere prestato indifferentemente **sia prima sia dopo la deliberazione di trasformazione** (purché prima dell'iscrizione¹⁶) **ed ordinariamente nella stessa sede**¹⁷.

Nel caso il **consenso sia reso in sede di deliberazione**, il voto favorevole del socio vale come consenso "dal momento che il voto costituisce a sua volta una manifestazione di volontà avente per oggetto la trasformazione come tale"¹⁸. Ma non solo. Tale soluzione è altresì suggerita dai principi generali del diritto societario che, da un lato, impongono al socio comportamenti ispirati alla correttezza; dall'altro, tutelano le esigenze di speditezza nel funzionamento delle società. Sicché sono comunque preclusi al socio comportamenti contraddittori.

Qualora il **consenso sia successivo alla deliberazione**, in mancanza di una espressa previsione legislativa che fissi il termine entro il quale deve essere prestato il consenso, occorre fare riferimento ai principi generali. Pertanto, il consenso può essere prestato nel termine fissato dalla deliberazione di trasformazione oppure, in assenza, nel termine fissato dal giudice, su ricorso della società (e non anche dei singoli soci). Con la conseguenza che l'inutile decorso del termine (fissato dalla delibera o dal giudice) comporta la definitiva inefficacia della deliberazione di trasformazione¹⁹.

La delibera di trasformazione dovrebbe prevedere (così da evitare comportamenti contraddittori del socio) un termine per la manifestazione del consenso non inferiore a quello previsto dalla legge per la comunicazione

¹⁶ Cfr. A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 90.

¹⁷ Cfr. A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 88.

¹⁸ Così C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 229. V. anche A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 91 s.

¹⁹ Cfr. F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 185.

del recesso ("quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima", art. 2437-*bis*, comma 1, c.c.)²⁰.

Quanto al termine entro il quale il consenso va prestato, poiché non sembra che il termine possa rimanere indefinitamente aperto, con il pericolo che il consenso mancante sia prestato quando la trasformazione fosse ormai sprovvista del suo originario significato economico, è assai opportuno che lo stato di aspettativa si mantenga in tempi accettabili e definibili in modo sicuro e che allora il termine sia fissato, al più tardi, dalla stessa delibera di trasformazione.

(Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 53, *Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004]).

3.3. La forma del consenso

Il consenso del socio che assume responsabilità illimitata rappresenta un presupposto per l'iscrivibilità della decisione di trasformazione nel registro delle imprese, pertanto deve rivestire una forma idonea a tale scopo.

Si ritiene quindi che debba essere documentato all'interno della decisione di trasformazione o, se anteriore o posteriore a questa, in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata.

Secondo una diversa opinione invece non sono richieste forme particolari, purché il consenso sia espresso (v. *infra*) e possa essere documentato ai fini dell'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese²¹.

Quanto alle modalità, esse devono essere idonee a dare certezza circa la integrazione del presupposto di efficacia, anche ai fini della decorrenza del termine per la iscrizione della delibera nel registro delle imprese: a tale scopo deve esigersi un consenso espresso o attestato in via ricognitiva in un documento notarile (atto pubblico o scrittura privata autenticata) o di equivalente affidabilità.

(Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 53, *Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004])

²⁰ Cfr. C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 229. V. anche A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 91 s.

²¹ Cfr. A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 88. Secondo F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 184, "Ne deriva così, in linea di mero fatto, l'opportunità che tale consenso risulti da apposito atto notarile oppure, se si vuole evitare l'atto notarile, ferma l'avvertenza che tali modalità dovranno comunque trovare riscontro nella relativa normativa secondaria e nella conseguente modulistica ministeriale, che sia lo stesso socio che ha prestato il consenso a sottoscrivere, unitamente al soggetto legittimato, la richiesta di iscrizione oppure, almeno, a rilasciare procura scritta a quest'ultimo per attestare in tale domanda il proprio avvenuto consenso".

3.4. La necessità del consenso espresso

La posizione dominante propende per la necessità del consenso espresso²². "Invero, un meccanismo di silenzio-assenso che prescindendo da una specifica sollecitazione da parte della società vanificherebbe, almeno in parte, la penetrante tutela delle «posizioni» dei soci perseguita dall'art. 2500-sexies, comma 1"²³.

(...) di assai dubbia legittimità sarebbe la delibera che pretendesse di dedurre la prestazione del consenso, causa della grave conseguenza dell'assunzione di responsabilità illimitata, da atteggiamenti di mera inerzia (silenzio; mancanza di opposizione o rifiuto del consenso da esprimere secondo date modalità) protratti per la durata stabilita, tanto più se non decorrenti da personale comunicazione della delibera stessa.

(Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 53, *Consenso alla trasformazione da parte di chi subisce un aggravamento della propria responsabilità (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [19 novembre 2004]).

4. LA TUTELA DELLA MINORANZA: IL DIRITTO DI RECESSO

L'articolo 2437, comma 1, lett. b), c.c. (per le s.p.a.) e l'articolo 2473, comma 1, c.c. (per le s.r.l.), nonché l'articolo 2497-*quater* c.c. (in caso di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento) accordano al socio che non abbia consentito alla decisione di trasformazione il diritto di recedere dalla società. Questione molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza è quella concernente l'efficacia del diritto di recesso nelle società di capitali²⁴. In proposito sono state elaborate due teorie principali: quella dell'efficacia immediata e quella dell'efficacia differita al momento della liquidazione della partecipazione sociale; oltre ad una serie di tesi intermedie²⁵.

²² Cfr. F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 184; C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 232.

²³ Così C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 232.

²⁴ V. *amplius* Studio CNN n. 188-2011/I, *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*.

²⁵ Cfr. Studio CNN n. 188-2011/I, *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, che da conto di alcune tesi intermedie, in particolare: la tesi che, con riferimento specifico alle s.p.a., riconduce l'efficacia del recesso al decorso del termine riconosciuto alla società (novanta giorni *ex art. 2437-bis c.c.*) per revocare la delibera che ha legittimato il diritto di recesso; la tesi (autorevole, seppure rimasta isolata) che distingue il caso in cui la società sia dotata di utili e riserve disponibili dal caso in cui la stessa ne sia sprovvista; in presenza di utili e riserve disponibili tali da consentire il rimborso della partecipazione del recedente, il recesso diventerebbe efficace al più tardi alla scadenza dei centottanta giorni dalla comunicazione del recesso; in assenza di tali utili o riserve, laddove si verificasse la riduzione del capitale sociale (entro il termine legale di centottanta giorni), il recesso diventerebbe efficace nel momento in cui la delibera diviene eseguibile a seguito della mancata opposizione dei creditori sociali; ed inoltre la tesi

L'opzione per l'una o l'altra ipotesi interpretativa presenta fondamentali ricadute pratiche concernenti *in primis* l'esercizio dei diritti sociali nelle more del procedimento di liquidazione ovvero nel periodo intercorrente tra la comunicazione del recesso e la revoca della delibera che lo legittima o lo scioglimento della società.

4.1. La tesi dell'efficacia immediata del recesso

Secondo una prima tesi il momento dello scioglimento del vincolo sociale andrebbe individuato nella ricezione da parte della società della dichiarazione di recesso.

In tal senso depongono ragioni di carattere letterale e logico.

Innanzitutto, l'art. 2437-*bis*, comma 2, c.c. prevede che le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute e devono rimanere depositate presso la sede sociale. Ciò sarebbe la prova del venir meno in capo al recedente della qualità di socio, e quindi della legittimazione ad esercitare i diritti sociali e i relativi mezzi di tutela. Sicché alla data di ricevimento della comunicazione di recesso da parte della società il socio uscente conserva solamente il diritto ad ottenere il rimborso della propria partecipazione.

L'efficacia immediata del recesso eviterebbe gli inconvenienti pratici che possono derivare dalla partecipazione alla vita sociale da parte di un soggetto che non ne ha più l'interesse. Di converso, il recedente non rimarrebbe esposto alle vicende societarie dopo la dichiarazione di recesso.

Va inoltre considerato che la maggioranza può revocare la deliberazione dopo aver appurato in concreto il costo del recesso ovvero può deliberare lo scioglimento della società (artt. 2437-*bis*, comma 3, e 2473, ult. comma, c.c.). Tali previsioni non avrebbero senso se si aderisse alla tesi che collega l'efficacia del recesso al termine della procedura di liquidazione.

Infine, la tesi in parola troverebbe riscontro nell'art. 2532 c.c., dettato in tema di società cooperative, che prevede una regola precisa per individuare il *dies a quo* di efficacia del recesso, e che quindi dimostrerebbe l'intento di derogare espressamente alla regola generale dell'efficacia immediata.

Di conseguenza, la ricostruzione appena descritta comporterebbe **l'impossibilità per il socio recedente di revocare la dichiarazione di recesso** una volta giunta a conoscenza della società.

secondo cui "il socio recedente abdica alla totale pienezza dei propri diritti sociali nel momento stesso in cui manifesta la propria volontà di recedere, ma rimane comunque "socio in parte quiescente"".

Nel senso dell'efficacia immediata del recesso si è espresso anche il notariato Triveneto.

La dichiarazione di recesso ha natura di atto unilaterale recettizio, risolutivamente condizionato *ex lege* alla revoca della delibera legittimante il recesso o alla messa in liquidazione volontaria della società, pertanto produce effetti dalla data del suo ricevimento.

Da tale data i diritti sociali connessi alla partecipazione per la quale è stato esercitato il recesso sono sospesi, conservando il socio recedente la titolarità formale della partecipazione finalizzata alla liquidazione della stessa.

(Comitato Triveneto dei notai, Massima I.H.5, *Termini di efficacia del recesso*, 1° pubbl. 9/05).

4.2. La tesi dell'efficacia differita del recesso

Secondo un diverso orientamento il recesso esplicherebbe efficacia differita al momento della liquidazione della partecipazione sociale.

Innanzitutto, tale impostazione esegetica si spiegherebbe in ragione del peculiare rapporto esistente tra socio e società, che è un rapporto di durata, avente carattere organizzativo e che quindi in occasione del recesso implica una serie di attività temporalmente e giuridicamente collegate. Il recesso dalle società di capitali viene così qualificato come "fattispecie a formazione progressiva".

Ulteriore argomento a sostegno della tesi in parola viene ravvisato nello svolgimento del procedimento di liquidazione, che presupporrebbe la permanenza della titolarità della partecipazione in capo al recedente (v. il tenore letterale dell'art. 2473, comma 4, c.c.).

Si è inoltre osservato che il divieto di cessione e l'obbligo di deposito non implicherebbe, di per sé, il venir meno dei diritti sociali in capo al recedente che permarrebbero invece sino alla cessione o all'annullamento della partecipazione per la quale è stato esercitato il recesso.

Del resto, i diritti spettanti agli altri soci continuano ad essere commisurati all'ammontare del capitale sociale comprensivo della partecipazione del socio che recede.

Inoltre, non sembrerebbe ragionevole negare al recedente l'esercizio dei diritti sociali nel periodo antecedente l'eventuale revoca della delibera che ha legittimato l'*exit* ovvero lo scioglimento della società per volontà di quest'ultima o a seguito di opposizione dei creditori alla riduzione del capitale sociale. In tale eventualità il socio rimarrebbe infatti "prigioniero" di una società sulla quale non può influire in alcun modo.

Da ultimo, qualora si riconoscesse al recedente natura di creditore ancor prima che sia esaurito il procedimento di liquidazione, si pregiudicherebbe

l'interesse dei creditori nell'eventualità in cui si addivenisse allo scioglimento anticipato della società poiché vedrebbero la propria pretesa postergata rispetto a quella del socio receduto.

Conseguenza di tale orientamento sembrerebbe essere la **revocabilità della dichiarazione di recesso**.

4.3. Le ragioni che rendono preferibile la tesi dell'efficacia immediata del recesso²⁶

La tradizionale avversione all'efficacia immediata del recesso va ricondotta sostanzialmente a due esigenze: *a)* quella di tutelare il socio nel periodo intercorrente tra la comunicazione della dichiarazione di recesso e la liquidazione della propria partecipazione; *b)* quella di garantire il valore di liquidazione della partecipazione del socio recedente e l'integrità del capitale sociale.

Orbene, non si può negare che l'esercizio del diritto di recesso dia origine ad un procedimento non privo di complessità oltre che di coni d'ombra.

Ciò nondimeno, la complessità del procedimento di recesso non sembra idonea a supportare l'idea di una efficacia non immediata dell'*exit*, bensì subordinata all'effettiva liquidazione della quota; né tale opzione interpretativa sembra essere nelle corde della disciplina del recesso da società di capitali.

Innanzitutto, quando il legislatore ha voluto assegnare al recesso un'efficacia non immediata, lo ha espressamente stabilito, come nel caso delle associazioni o delle cooperative.

Va inoltre considerato che la disciplina del recesso nelle società di capitali cerca di temperare gli opposti interessi che derivano dal suo esercizio. Da un lato, infatti, il diritto di recesso mitiga l'applicazione del principio maggioritario accordando ai soci non consenzienti la possibilità di "uscire" dalla società ottenendo il rimborso del controvalore del loro investimento in azioni o quote della società. Dall'altro, l'esercizio del diritto di recesso determina al contempo l'impoverimento della società e il potenziale pericolo per i creditori sociali di non vedere soddisfatte le proprie ragioni di credito.

Ebbene, in questo contesto, non solo sfugge il rilievo dell'efficacia differita del recesso, ma soprattutto risulta del tutto inefficiente rispetto alla composizione del conflitto fra gli opposti interessi in gioco.

²⁶ Cfr. Studio CNN n. 188-2011/I, *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, che argomenta tale tesi; v. anche Comitato Triveneto dei notai, Massima I.H.5, *Termini di efficacia del recesso*, 1° pubbl. 9/05.

Al contrario, far partecipare il socio receduto alla vita sociale rischia fondatamente di aggravare il conflitto e di recare danno all'impresa, visto il disinteresse che il socio ha inequivocabilmente manifestato con la dichiarazione di recesso.

A ciò si aggiunga che nell'esperienza pratica il recesso matura generalmente in situazioni di conflitto che permangono, nella migliore delle ipotesi, fino alla liquidazione della partecipazione.

Non si ravvisano particolari problemi nella circostanza per cui, di seguito all'esercizio del diritto di recesso, le partecipazioni sociali non si estinguono e sono anzi destinate innanzitutto alla circolazione endo o extra societaria.

Del resto il nostro ordinamento conosce anche altre ipotesi di partecipazioni sociali sprovviste temporaneamente di titolare: si pensi al caso della morte del socio di s.p.a. o s.r.l., ovvero al caso del socio moroso di s.p.a. o s.r.l., o ancora al socio escluso da s.r.l.

In tali casi e in quello del recesso non viene meno la partecipazione sociale che rimane però (provvisoriamente) senza titolare. I relativi diritti rimangono pertanto "sospesi"²⁷. La rilevanza di tali partecipazioni va circoscritta unicamente al calcolo dei *quorum* costitutivi; la lettera della legge demanda agli organi sociali esclusivamente la facoltà di collocare le partecipazioni per le quali è stato esercitato il recesso sul mercato interno o esterno alla compagine sociale. Altro è ovviamente il problema se il socio recedente sia o meno legittimato ad impugnare la deliberazione assembleare che l'ha determinato a recedere.

5. LA RELAZIONE DEGLI AMMINISTRATORI

5.1. Nozione

Il secondo comma dell'art. 2500-*sexies* c.c. richiede agli amministratori di predisporre una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione.

La prescrizione è stata introdotta affinché "i soci possano avere piena contezza dell'operazione, anche nelle sue ragioni tecniche, in modo da poter deliberare con maggiore ponderazione ed eventualmente decidere di recedere" (Relazione al D.Lgs. n. 6/2003, § 14).

²⁷ Cfr. Comitato Triveneto dei notai, Massima I.H.5, *Termini di efficacia del recesso*, 1° pubbl. 9/05.

La norma dell'art. 2500-*sexies* c.c. benché sia intitolata "Trasformazione di società di capitali" in realtà **si riferisce alle sole trasformazioni di società di capitali in società di persone**, non anche alle trasformazioni di società di capitali in altre società di capitali, come si può ricavare dalle disposizioni dei commi primo e quarto. Pertanto la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 2500-*sexies* c.c. che prescrive l'obbligo della relazione dell'organo amministrativo, non si applica in caso di trasformazione nell'ambito delle società di capitali (ad esempio nel caso di trasformazione di una s.r.l. nella forma di s.p.a. o di una s.p.a. nella forma di s.r.l.). Resta in ogni caso **salvo il disposto dell'art. 2500-*septies*, comma 2, c.c.**, per le ipotesi di trasformazione ivi previste.
(Comitato Triveneto dei notai, Massima K.A.4, *Ambito di applicazione dell'art. 2500-*sexies* c.c.*, 1° pubbl. 9/05).

Si ritiene che la relazione in esame sia sottratta alla possibilità di delega a singoli amministratori o al comitato esecutivo, al pari di quanto espressamente previsto per la redazione dei progetti di fusione e di scissione (v. art. 2381, comma 4, c.c.)²⁸.

Copia della relazione deve rimanere depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione; i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia²⁹.

La mancata redazione della relazione determina l'annullabilità della deliberazione di trasformazione per un vizio di procedura³⁰.

5.2. Contenuto della relazione

La norma citata non precisa il contenuto della relazione. Gli interpreti hanno chiarito tale aspetto prendendo spunto dall'analoga relazione illustrativa richiesta agli amministratori a corredo del progetto di fusione e di scissione, nonché dalla relazione prevista dalla disciplina comunitaria in caso di trasformazione che abbia come modello di arrivo la società europea³¹.

²⁸ L'opinione è ampiamente condivisa in dottrina, v. per tutti O. Cagnasso, *sub art. 2500-*sexies* c.c.*, cit., 2269; A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 94.

²⁹ O. Cagnasso, *sub art. 2500-*sexies* c.c.*, cit., 2270, ritiene che la relazione rappresenti un documento che correda la deliberazione di trasformazione e come tale sia soggetto alla medesima pubblicità nel registro delle imprese. Diversamente, secondo A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 95, la relazione, pur avendo una certa rilevanza nel procedimento deliberativo della trasformazione, rimane un documento destinato esclusivamente all'informazione dei soci, che non deve essere allegato al verbale dell'assemblea, né tanto meno depositato unitamente a questo nel registro delle imprese.

³⁰ Cfr. O. Cagnasso, *sub art. 2500-*sexies* c.c.*, cit., 2270; A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 94.

³¹ Cfr. O. Cagnasso, *sub art. 2500-*sexies* c.c.*, cit., 2269 s.; A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 94.

Con riguardo alle **motivazioni** della proposta di trasformazione, per l'opinione preferibile, deve trattarsi degli aspetti giuridici ed economici che suggeriscono l'adozione di un diverso tipo di società, nonché delle motivazioni che rendendo opportuna, se non obbligata, la trasformazione.

Dal secondo punto di vista vengono in rilievo le situazioni in cui:

- la trasformazione in una società di persone rappresenta l'unico rimedio percorribile in alternativa allo scioglimento, in caso di riduzione del capitale sociale per perdite al di sotto del limite legale (art. 2447 c.c.);
- l'adozione del modello delle società personali rappresenta una soluzione ragionevole nella prospettiva di risparmio dei costi (p.e. costi per la redazione e pubblicazione dei bilanci, costi degli organi di controllo, ecc.);
- la scelta di adottare il modello previsto per le società di persone deriva da una riorganizzazione aziendale (p.e. cessione dell'azienda, scorporo, scissione, ecc.).

In relazione agli **effetti** dell'operazione da illustrare nella relazione, vanno rappresentate ai soci le variazioni più significative prodotte dalla trasformazione, riguardanti ad esempio:

- il regime di responsabilità dei soci;
- le modalità di funzionamento della società, in particolare con riferimento alla gestione e al controllo;
- le modalità di assegnazione della quota di partecipazione nella società di persone;
- il diritto di voto e il diritto agli utili nella società risultante dall'operazione³².

(C. Mosca, sub art. 2500-sexies c.c., vol. *Trasformazione-Fusione-Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2006, 236).

5.3. La riduzione del termine per il deposito e la rinuncia alla relazione

La norma mira a garantire il **diritto di informazione dei soci**³³, affinché possano assumere una decisione consapevole e ponderata.

Considerato inoltre che la relazione è destinata soltanto ai soci si ritiene che è in facoltà degli stessi:

- ridurre il termine di 30 giorni previsto per il deposito presso la sede sociale;
- rinunciare al deposito presso la sede sociale;
- rinunciare del tutto alla relazione³⁴.

³² V. anche M. Sarale, *Le trasformazioni*, cit., 355.

³³ Cfr. A. Bonfante, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 216.

³⁴ Cfr. C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 235; F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 197; M. Sarale, *Le trasformazioni*, cit., 355; A. Serra,

In questi termini si è espressa anche la dottrina notarile.

La Relazione al D.Lgs. n. 6/2003 precisa che la prescrizione è stata introdotta affinché "i soci possano avere piena contezza dell'operazione, anche nelle sue ragioni tecniche, in modo da poter deliberare con maggiore ponderazione ed eventualmente decidere di recedere"; sembra inoltre evidente che l'obbligo si connetta alla presa di posizione del legislatore della riforma sulla dibattuta questione dell'adottabilità a maggioranza della delibera di trasformazione regressiva, questione risolta esplicitamente dall'art. 2500-*sexies* c.c. in senso positivo, fermo restando il diritto di recesso per coloro che non abbiano consentito alla delibera stessa.

L'interesse tutelato dall'ordinamento attraverso l'introduzione dell'obbligo di redazione e deposito della relazione illustrativa dell'operazione di trasformazione è quindi esclusivamente quello dei singoli soci in quanto coinvolti in un procedimento che si pone in controtendenza rispetto alla direzione evolutiva, dal tipo più semplice al tipo più complesso, favorita dalla legge, come dimostrato dal fatto che nessuna relazione è imposta nel caso di trasformazione di società di persone in società di capitali.

La conferma che l'interesse tutelato sia esclusivamente quello dei soci rinviene sia dal contenuto della relazione sia dagli obblighi pubblicitari connessi. Dal primo punto di vista, la norma fa riferimento a "motivazioni" ed "effetti" della trasformazione regressiva, elementi di evidente interesse per i soci, implicando la trasformazione un radicale mutamento del regime di responsabilità ed organizzativo della società. Dal secondo punto di vista, l'accesso alla relazione è consentito esclusivamente ai soci attraverso le classiche forme di pubblicità interna (deposito presso la sede sociale e diritto di visionare e ricevere copia del documento) mentre non è prevista nessuna forma di conoscibilità all'esterno.

La trasformazione di società di capitali, cit., 95; M.S. Spolidoro, *La semplificazione del procedimento di trasformazione*, Atti del convegno "La nuova disciplina delle operazioni straordinarie", Milano, 11 marzo 2004, 14; G. Ferri jr., *Le trasformazioni omogenee*, in *Studi e Materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2004, 542; M. Vaira, *sub art. 2500-bis c.c.*, cit., 2244 s.; O. Cagnasso, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 2270; L.A. Miseroocchi, *La trasformazione*, in Aa.Vv., *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 360; A. Donato, *La trasformazione delle società di persone, delle società di capitali. L'atto e la sua pubblicità. La trasformazione eterogenea*, in Aa.Vv., *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004, 527; M. Pinaridi, *La «nuova» trasformazione: profili applicativi*, in *Notariato*, 2005, 78; E. Civerra, *Le operazioni di trasformazione*, cit., 123; M. Cavanna, *La trasformazione delle società*, cit., 248; G. Cesaroni, *sub art. 2500-sexies c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, IV, Padova, 2005, 2493. Si vedano anche Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 81, *Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [22 novembre 2005]; Comitato Triveneto dei notai, Massima K.A.13, *Rinunciabilità alla relazione sulla trasformazione ex art. 2500-sexies, comma 2, c.c.*, 1° pubbl. 9/06 - motivato 9/11; Quesito CNN n. 168-2008/1, *Trasformazione e rinuncia alla relazione di cui al comma 2 dell'art. 2500-sexies c.c.* In senso contrario cfr. L. De Angelis, *La trasformazione endosocietaria in società di persone*, cit., 793.

Tenuto conto di ciò, e cioè del fatto che l'interesse tutelato è esclusivamente quello dei soci, è legittimo che tutti i soci (ovvero, più esattamente, tutti gli aventi diritto al voto) rinuncino a ricevere l'informativa imposta dalla norma citata, esonerando gli amministratori dall'obbligo di redigere la relazione illustrativa, ovvero rinuncino al termine di deposito che la legge impone a loro favore per l'esame della relazione. La rinuncia è implicita qualora la delibera venga adottata all'unanimità col voto favorevole di tutti gli aventi diritto al voto.

(Consiglio notarile di Milano, motivazione Massima 81, *Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-sexies e 2500-septies c.c.)* [22 novembre 2005]).

La relazione degli amministratori che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione ex art. 2500-sexies, comma 2, c.c., è volta a tutelare unicamente gli interessi dei soci, pertanto è da questi rinunciabile all'unanimità.

La rinuncia può avvenire anche con riguardo al solo preventivo deposito.

(Comitato Triveneto dei notai, Massima K.A.13, *Rinunciabilità alla relazione sulla trasformazione ex art. 2500-sexies, comma 2, c.c., 1° pubbl. 9/06 - motivato 9/11*; v. anche Quesito CNN n. 168-2008/1, *Trasformazione e rinuncia alla relazione di cui al comma 2 dell'art. 2500-sexies c.c.*).

6. LA (NON) DISTRIBUIBILITÀ DEGLI “UTILI DI PERIODO” IN SEDE DI TRASFORMAZIONE OMOGENEA REGRESSIVA³⁵

Come per la trasformazione omogenea progressiva, anche nell'ipotesi di trasformazione omogenea regressiva gli utili di periodo si considerano indistribuibili (v. gli argomenti svolti in tema di trasformazione omogenea progressiva).

D'altronde, l'art. 2500-sexies c.c. non prevede, diversamente dall'art. 2500-ter c.c. per la trasformazione da società di persone in società di capitali, la necessità di redigere una relazione di stima, dal momento che non sussistono le medesime esigenze di salvaguardia dell'integrità e dell'effettività del capitale sociale.

Resta fermo l'obbligo di redigere un apposito conto economico ai sensi dell'art. 170 TUIR; tuttavia, l'adempimento in parola ha natura prettamente fiscale e non può costituire valido fondamento per consentire la distribuzione di eventuali utili di periodo a favore dei soci.

³⁵ Cfr. G. Bevilacqua, *Trasformazione di società di persone: disponibilità degli “utili di periodo”*, cit., 17.

7. TRASFORMAZIONE OMOGENEA REGRESSIVA E RIDUZIONE REALE DEL CAPITALE SOCIALE

Nel caso di trasformazione omogenea regressiva si ritiene possibile procedere ad una contestuale riduzione reale del capitale sociale, ai sensi degli artt. 2445 e 2484 c.c., nel rispetto del termine di opposizione concesso ai creditori sociali³⁶.

Un primo argomento a sostegno di tale tesi deriva dalla ritenuta ammissibilità della trasformazione di società di capitali che riporti una perdita superiore alla cifra del capitale sociale in società di persone (v. quanto esposto in tema di trasformazione liquidativa e il paragrafo successivo).

Va inoltre considerato che nelle società di persone il capitale sociale ha una funzione organizzativa e non presenta le medesime esigenze di tutela della sua integrità che vengono in rilievo nella disciplina delle società di capitali (artt. 2446 e 2447 c.c. per le società per azioni e artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. per le società a responsabilità limitata). Di conseguenza, la società di persone può continuare ad operare anche in presenza di perdite che riducono il capitale sociale al di sotto del minimo legale. E non si vede per quale motivo la stessa situazione non possa ricorrere anche a seguito di trasformazione.

Infine, la disciplina della trasformazione prevede norme di tutela degli interessi coinvolti. I creditori sociali vedono infatti aggiungere alla responsabilità della società che si trasforma quella dei soci illimitatamente responsabili (ad esclusione dei futuri accomandanti). I soci destinati ad assumere responsabilità illimitata sono invece chiamati ad esprimere il loro consenso ex art. 2500-*sexies*, comma 1, c.c.; inoltre, qualora non abbiano concorso con il loro voto all'adozione della delibera, possono esercitare il diritto di recesso³⁷.

Ritenuta ammissibile l'operazione in parola, va chiarito che ad essa si applica la disciplina di cui all'art. 2306 c.c.; in particolare, la deliberazione di riduzione del capitale può essere eseguita soltanto dopo tre mesi dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

³⁶ In questi termini si è espresso il Comitato Triveneto dei notai, Massima K.A.36, *Trasformazione regressiva con riduzione reale del capitale*, 1° pubbl. 9/13 - motivato 9/13.

³⁷ V. in tema di tutela degli interessi coinvolti dalla trasformazione Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, motivazione Massima d.d. 4.6.2008, *Trasformazione di s.p.a. (o s.r.l.) con perdite superiori al capitale sociale*.

8. TRASFORMAZIONE OMOGENEA REGRESSIVA E RIDUZIONE NOMINALE DEL CAPITALE SOCIALE. IN PARTICOLARE: L'UTILIZZABILITÀ DEGLI "UTILI DI PERIODO"³⁸

Come già evidenziato, si ritiene legittima la trasformazione di società di capitali, senza preventiva riduzione e ricostituzione del capitale sociale eroso per perdite, quando il tipo sociale di destinazione sia una società di persone³⁹, per la quale la perdita del capitale non costituisce neppure causa di scioglimento.

Ciò posto, ci si è chiesti se in presenza di utili in corso di formazione questi siano utilizzabili ai fini del ripianamento delle perdite registrate dalla società. Allo stato attuale sono isolabili due orientamenti.

Secondo una prima impostazione, la copertura delle perdite dovrebbe necessariamente essere attuata utilizzando le riserve e il capitale sociale, senza tener conto degli utili di periodo.

In quest'ottica, gli utili di periodo non potrebbero assumere immediato valore giuridico, atteso che essi non costituiscono il risultato di un bilancio di esercizio come definito dal codice civile. Gli utili di periodo rappresentano infatti un dato contabile, provvisorio e temporaneo, per sua natura soggetto ad oscillazioni di valore continue, come tali non costituenti un risultato definitivamente acquisito⁴⁰.

Secondo una diversa e preferibile impostazione⁴¹, sarebbe invece possibile utilizzare gli utili di periodo a parziale copertura delle perdite.

Più precisamente, si è osservato che la riduzione del capitale sociale deve avvenire nei limiti del capitale sociale "effettivamente" perduto al momento

³⁸ Cfr. G. Bevilacqua, *Trasformazione di società di persone: disponibilità degli "utili di periodo"*, cit., 19 ss.

³⁹ Cfr. Quesito CNN n. 110-2007/I, *Trasformazione di s.r.l. con capitale interamente eroso dalle perdite in società di persone*; nonché Quesito CNN n. 614-2014/I, *Trasformazione regressiva di società con capitale eroso dalle perdite e attualità della situazione patrimoniale*, che, ammessa la trasformazione regressiva di s.r.l. con capitale interamente eroso dalle perdite in s.n.c., esclude che i soci possano rinunciare all'unanimità alla redazione della situazione patrimoniale ex art. 2482-bis, comma 2, c.c. basandosi sull'ultimo bilancio approvato. Si osserva infatti che la delibera di trasformazione si innesta nel procedimento di cui all'art. 2482-ter c.c. come alternativa alla reintegrazione del capitale, sicché vanno comunque rispettare le cautele previste dalla disciplina sulla riduzione per perdite (artt. 2446 e 2482-bis c.c.) tra cui la redazione di una situazione patrimoniale aggiornata, che la giurisprudenza prevalente riferisce ad una data non anteriore a quattro mesi, da sottoporre ai soci.

⁴⁰ In tal senso v. Trib. Milano, 2 novembre 1998, secondo cui l'utile di periodo evidenziato da una situazione patrimoniale non rappresenta un risultato economico consolidato nell'esercizio, né corrisponde ad una somma liberamente disponibile dai soci, pertanto non può essere utilizzato per l'operazione di ripianamento delle perdite. In senso conforme v. Trib. Roma, 8 novembre 1999.

⁴¹ In giurisprudenza v. Cass., 23 marzo 2004, n. 5740. V. inoltre Consiglio notarile di Milano, Massima 68, *Copertura delle perdite e rilevanza degli "utili di periodo"* (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.) [22 novembre 2005]; Comitato Triveneto dei notai, Massima H.G.9, *Copertura perdite e utile di periodo*, 1° pubbl. 9/05 - motivato 9/11.

della deliberazione di riduzione; pertanto, si dovrebbe tener conto, ai fini del ripianamento delle perdite, non solo degli utili maturati e non distribuiti, scaturenti dal bilancio di esercizio annuale, ma anche degli utili di periodo, scaturenti da bilanci infrannuali.

Una conferma deriverebbe dall'art. 2446 c.c. che, nell'ambito dell'operazione di calcolo e di ripianamento delle perdite operata dalla società, impone di redigere una situazione patrimoniale aggiornata (per l'opinione consolidata, un vero e proprio bilancio, comprensivo dello stato patrimoniale e del conto economico⁴²) e quindi fa chiaramente intendere che si debba tenere conto non solo delle perdite di periodo, ma anche delle componenti patrimoniali attive rappresentate nel caso specifico dagli utili provvisori.

Se dunque ai fini del ripianamento delle perdite si deve tenere conto delle perdite che si sono verificate nel periodo che è intercorso dalla chiusura dell'esercizio, risulta logicamente necessario considerare anche i risultati positivi, dal momento che si tratta di due entità espressive della stessa posta contabile appostata in bilancio.

Del resto non sarebbe agevole capire come un'assemblea possa deliberare la riduzione del capitale sociale in presenza di una posta che, sebbene di periodo, costituisce pur sempre una voce contabile attiva presente ed accertata in un documento redatto con i criteri del bilancio di esercizio⁴³.

9. L'ASSEGNAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI

L'art. 2500-*sexies*, comma 3, c.c. stabilisce che "Ciascun socio ha diritto all'assegnazione di una **partecipazione proporzionale** al valore della sua quota o delle sue azioni".

Secondo parte della dottrina, la regola dell'assegnazione proporzionale può essere derogata mediante una decisione separata dei soci, da assumere all'unanimità⁴⁴.

Per l'opinione prevalente, invece, il precetto dell'art. 2500-*sexies*, comma 3, c.c. deve ritenersi **inderogabile**, anche da parte dell'unanimità dei soci, dal momento che la trasformazione non costituisce per sua natura strumento tecnico idoneo a determinare una modificazione della posizione del socio⁴⁵.

⁴² Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 514.

⁴³ G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 514. In giurisprudenza v. App. Milano, 10 gennaio 1999.

⁴⁴ Cfr. C. Mosca, *sub art. 2500-sexies c.c.*, cit., 239 s.; A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 97 ss.; M. Cavanna, *La trasformazione delle società*, cit., 249.

⁴⁵ In questi termini F. Tassinari, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, cit., 199; nello stesso senso A. Cetra, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, cit., 170; F. Guerrera, *La trasformazione omogenea in società di persone*, in *Quaderni della Fondazione del Notariato*, Milano, 2007, 169.

Questa seconda opzione interpretativa si lascia preferire anche alla luce del principio di "neutralità" che regola l'operazione di trasformazione; quest'ultima rappresenta infatti lo strumento per modificare il codice organizzativo di un'impresa e non per realizzare indirettamente trasferimenti di ricchezza tra i soci ovvero per comporre loro interessi.

La regola della proporzionalità va garantita, in alcuni casi particolari, mediante l'inserimento di **specifiche clausole**, come in presenza di:

- categorie di azioni fornite di diritti diversi (art. 2348, comma 2, c.c.);
- attribuzione a singoli soci di s.r.l. di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (art. 2468, comma 3, c.c.)⁴⁶;
- socio d'opera di s.r.l.⁴⁷.

⁴⁶ A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 99 ss., con riferimento al caso della trasformazione di una società per azioni che abbia emesso azioni che conferiscono diritti speciali, non ritiene che l'operazione debba essere approvata anche dall'assemblea speciale dei titolari di tali azioni ex art. 2378 c.c. Osserva infatti l'Autore che la trasformazione rappresenta una vicenda modificativa e deve pertanto garantire la continuità dei rapporti giuridici preesistenti. Nello specifico, i diritti speciali attribuiti alla categoria di azioni devono trovare adeguato riconoscimento nel nuovo assetto organizzativo della società di persone trasformata. I soci titolari di tali categorie di azioni non subiscono quindi, in linea di principio, alcun pregiudizio per effetto della trasformazione, sicché non è necessaria l'approvazione dell'assemblea speciale.

⁴⁷ In argomento cfr. A. Serra, *La trasformazione di società di capitali*, cit., 102 s.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX