

**La deroga alla disciplina
delle perdite di capitale -
Novità del DL 29.12.2022 n. 198
(c.d. “Milleproroghe”)
conv. L. 24.2.2023 n. 14**

1 PREMESSA

Per effetto delle modifiche apportate dall'art. 3 co. 9 del DL 29.12.2022 n. 198¹ (c.d. "Milleproroghe"), convertito nella L. 24.2.2023 n. 14², l'art. 6 del DL 8.4.2020 n. 23³ (c.d. "Liquidità"), conv. L. 5.6.2020 n. 40⁴, stabilisce che, per le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31.12.2022:

- non si applicano gli artt. 2446 co. 2 e 3, 2447, 2482-bis co. 4, 5 e 6 e 2482-ter c.c.;
- non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 co. 1 n. 4⁵ e 2545-duodecies c.c.⁶ (co. 1).

Inoltre, il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo, ex artt. 2446 co. 2 e 2482-bis co. 4 c.c., è posticipato al quinto esercizio successivo; l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate (co. 2).

Nelle ipotesi previste dagli artt. 2447 o 2482-ter c.c., l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura del quinto esercizio successivo. L'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve procedere alle deliberazioni di cui agli artt. 2447 o 2482-ter c.c.⁷. In relazione a tale fattispecie si ribadisce che, fino alla data di tale assemblea, non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 co. 1 n. 4 e 2545-duodecies c.c. (co. 3).

Le perdite in questione devono essere distintamente indicate nella Nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio (co. 4).

Evoluzione normativa

Il testo dell'originario art. 6 del DL 8.4.2020 n. 23 (c.d. DL "Liquidità"), conv. L. 5.6.2020 n. 40, era il seguente: *"a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto [9.4.2020] e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile"*.

Questa formula è risultata particolarmente ambigua spingendo il legislatore ad una riscrittura.

A decorrere dall'1.1.2021, il co. 266 dell'art. 1 della L. 30.12.2020 n. 178⁸ (legge di bilancio 2021) ha sostituito l'art. 6 del DL 23/2020 convertito con il testo già riportato, ma facendo riferimento alle perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del "31 dicembre 2020".

¹ Pubblicato sulla G.U. 29.12.2022 n. 303 e in vigore dal 30.12.2022.

² Pubblicata sulla G.U. 27.2.2023 n. 49 e in vigore dal 28.2.2023.

³ Pubblicato sulla G.U. 8.4.2020 n. 94 e in vigore dal 9.4.2020.

⁴ Pubblicata sulla G.U. 6.6.2020 n. 143.

⁵ Ai sensi del quale, *"le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono [...] per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter; [...]"*. Sul tema si veda Dimundo F. "La «messa in quarantena» delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del «decreto liquidità», www.ilcaso.it, p. 10 - 12.

⁶ Ai sensi del quale, *"la società cooperativa si scioglie per le cause indicate ai numeri 1), 2), 3), 5), 6) e 7) dell'articolo 2484, nonché per la perdita del capitale sociale"*. Sul tema si veda Dimundo F. "La «messa in quarantena» delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del «decreto liquidità», www.ilcaso.it, p. 12 - 13.

⁷ Peraltro, osserva la circ. Assonime 25.2.2021 n. 3, § 5, essendo attribuito ai soci un periodo di moratoria di cinque esercizi, è da ritenere necessario che i soci realizzino in modo immediato ed effettivo quel rafforzamento patrimoniale idoneo a ripristinare il capitale sociale. Vale a dire che, seppure non si volesse ritenere che la sottoscrizione dell'aumento, almeno fino al minimo legale, dovrà essere contestuale all'assunzione della delibera, sarà comunque impossibile concedere ai soci un termine per l'esercizio del diritto di opzione superiore a quello minimo di legge.

⁸ Pubblicata sul S.O. n. 46 alla G.U. 30.12.2020 n. 322.

In sede di conversione in legge del DL 30.12.2021 n. 228 (c.d. “Milleproroghe” 2022), il riferimento al 31.12.2020 è stato sostituito con quello al 31.12.2021, per il tramite del co. 1-ter dell’art. 3.

Successivamente, l’art. 3 co. 9 del DL 29.12.2022 n. 198 (c.d. “Milleproroghe” 2023), convertito nella L. 24.2.2023 n. 14, ha ulteriormente sostituito il riferimento al 31.12.2021 con quello al 31.12.2022.

Quindi, anche per le perdite emerse negli esercizi *“in corso alla data del 31 dicembre 2022”*, oltre che per le perdite emerse negli esercizi in corso alla data del 31.12.2020 e del 31.12.2021, gli interventi prescritti dalle ricordate disposizioni codicistiche potranno avvenire *“entro”* l’assemblea di approvazione del bilancio relativo al quinto esercizio successivo, previa distinta indicazione in Nota integrativa al fine di tenerle separate da eventuali perdite future non *“coperte”* dalla nuova disciplina⁹.

2 ESERCIZI A CAVALLO

Ai sensi dell’art. 6 co. 1 del DL 23/2020 convertito, le perdite da considerare sono quelle emerse *“nell’esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2022”*.

L’arco temporale preso in considerazione dalla norma, quindi, per quanto coincidente per tutte le società con un unico esercizio sociale, non è uguale per ciascuna di esse, ma dipende dalle scelte statutarie individuali sulla data di chiusura dell’esercizio (massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.2).

Sono, di conseguenza, da considerare non solo gli esercizi che hanno chiuso al 31.12.2022, ma anche quelli a cavallo d’anno che comprendano la suddetta data (*in primis* 1.7.2022 - 30.6.2023); *“laddove, nella previgente [originaria] stesura, la previsione di un rigido terminus ad quem ... non avrebbe consentito, in alcun caso, di tenere in considerazione esercizi la cui durata proseguisse oltre di esso”*¹⁰.

Quindi:

- per le società il cui esercizio sociale coincide con l’anno solare le perdite *“sterilizzate”* sono quelle emerse nel periodo 1.1.2022 - 31.12.2022;
- per le società che chiudono gli esercizi il 30 giugno di ogni anno le perdite *“sterilizzate”* sono quelle emerse nel periodo 1.7.2022 - 30.6.2023;
- per le società che chiudono l’esercizio il 30 aprile le perdite *“sterilizzate”* sono quelle emerse nel periodo 1.5.2022 - 30.4.2023, e così via (massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.2).

3 PERDITE STERILIZZATE

L’art. 6 del DL 23/2020 convertito non appare in grado di chiarire definitivamente la concreta delimitazione delle perdite oggetto di *“sterilizzazione”*.

La lettera della norma, infatti, ha comunque determinato il formarsi di differenti ricostruzioni che inducono a suggerire agli amministratori estrema prudenza nelle scelte da adottare, anche alla luce delle possibili conseguenze in termini di responsabilità che potrebbero conseguirne¹¹.

4 FACOLTATIVITÀ DELLA STERILIZZAZIONE

⁹ Cfr. Ferrari M.P. *“«Sterilizzazione» delle perdite: conta l’esercizio di emersione”*, *Il Quotidiano Giuridico*, 6.6.2022; Meoli M. *“Sterilizzate anche le perdite 2022”*, *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 3.1.2023; Valcarengi G., Pellino R. *“Nuova opportunità sul fronte perdite: la responsabilità è d’obbligo”*, *Italia Oggi* 7, 30.1.2023, p. 21.

¹⁰ Cfr. studio Consiglio nazionale del Notariato 88-2021/I (§ 2).

¹¹ Sul tema ci si limita a rinviare a Meoli M. *“Perdite di capitale nella fase dell’emergenza”*, *Schede di aggiornamento on line*, 1, 2022.

La disciplina in esame consente, ma non impone, alle società la disapplicazione delle previsioni dettate in materia di perdita del capitale sociale. In presenza dei presupposti, di conseguenza, si potrebbe comunque decidere di rispettarle¹².

5 PERMANENZA DELL'OBBLIGO DI CONVOCAZIONE DELL'ASSEMBLEA

Resta fermo, peraltro, l'obbligo di convocazione, senza indugio, dell'assemblea, sia nei casi contemplati dagli artt. 2446 e 2482-*bis* c.c., per dar conto ai soci della perdita di oltre un terzo del capitale (sottoponendo loro una Relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del Collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione¹³), che nei casi previsti dagli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c., per il rinvio della decisione di ricapitalizzazione immediata della società o, in alternativa, della sua trasformazione o scioglimento (anche in tal caso, sottoponendo ai soci una Relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del Collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione)¹⁴.

La mancata disattivazione dell'obbligo di convocazione dell'assemblea si giustifica, oltre che per la sua fonte europea relativamente alle società per azioni (art. 58 della direttiva 2017/1132/UE), in ragione della necessità di mantenere la corretta rilevazione della situazione dell'impresa e l'informativa dovuta dagli amministratori ai soci in un momento di elevata fragilità dell'impresa stessa, provocata da un evento straordinario e imprevedibile, quale la diffusione dell'epidemia e, allo stato attuale, anche dall'incertezza economica determinata dal perdurante conflitto tra Russia e Ucraina.

In particolare, sottolinea la massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.4, all'assemblea dovrà essere sottoposto un documento contabile (situazione patrimoniale, bilancio di esercizio ovvero un bilancio infrannuale), accompagnato dalla Relazione del Collegio sindacale o dell'organo di controllo eventualmente nominato, in cui dette perdite siano formalmente evidenziate. Non si ritiene possibile, invece, *“prescindere dalla rilevazione formale delle perdite emerse nell'esercizio che comprende il 31 dicembre [2022] attraverso la redazione di uno specifico documento contabile adducendo a giustificazione di tale omissione la loro irrilevanza fissata per legge”*.

6 OPERATIVITÀ DELLA STERILIZZAZIONE

Quanto alla concreta operatività della sterilizzazione, la lettera dell'art. 6 del DL 23/2020 convertito fa emergere una differenza tra le ipotesi di cui ai co. 2 e 3.

¹² Del pari, si è reputata un'alternativa praticabile lo scioglimento volontario della società ex art. 2484 co. 1 n. 6 c.c. Cfr. Strampelli G. *“La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti «Liquidità» e «Rilancio»*”, *Rivista delle Società*, 2 - 3, 2020, p. 384.

¹³ La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione (art. 2446 co. 1 c.c.). Ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 2482-*bis* c.c., inoltre, *“all'assemblea deve essere sottoposta una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni nei casi previsti dall'articolo 2477 del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, copia della relazione e delle osservazioni deve essere depositata nella sede della società almeno otto giorni prima dell'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione prevista nel precedente comma”*.

¹⁴ Cfr. massima Consiglio Notarile di Milano 196/2021, sostitutiva della massima 191/2020.

6.1 PERDITA CHE NON INCIDE SUL MINIMO LEGALE

Come precisato dalla massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.6, il differimento al quinto esercizio successivo previsto dall'art. 6 co. 2 del DL 23/2020 convertito opera di diritto, ora in relazione alle perdite emerse nel 2022, senza necessità di una espressa decisione dei soci in tal senso.

Esso, cioè, appare derivare dalla semplice circostanza che i soci non abbiano adottato diversi provvedimenti nell'assemblea comunque da convocare, anche in conseguenza della diserzione della stessa, di stallo decisionale o del mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo.

È, peraltro, sempre consentito ai soci di non avvalersi di tale differimento, riducendo il capitale sociale anche prima dello spirare dell'ultimo termine concesso dalla legge per operare la riduzione.

In tale ipotesi, osservano i notai del Triveneto sempre nella massima T.A.6, non vi è l'obbligo dell'unanimità, in quanto deve escludersi che la nuova disposizione attribuisca al singolo socio un diritto "*uti singuli*" ad avvalersi del differimento della copertura delle perdite.

Si ritiene, inoltre, che, fino allo spirare del quinto esercizio successivo a quello 2022, la riduzione del capitale a copertura delle perdite emerse in quest'ultimo esercizio possa essere volta a coprirle anche solo parzialmente (essendo le stesse sospese in virtù di norma speciale che deroga ai principi generali).

6.2 PERDITA CHE INCIDE SUL MINIMO LEGALE

Il co. 3 dell'art. 6 del DL 23/2020 convertito stabilisce che, nelle ipotesi previste dagli artt. 2447 o 2482-*ter* c.c., "*l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa alla immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio di cui al comma due*".

Tale disposizione, dunque, al contrario di quella contenuta nel precedente comma 2, rimette all'assemblea dei soci e non alla volontà del legislatore il differimento al quinto esercizio successivo della decisione sugli "opportuni provvedimenti" da adottare in seguito alla riduzione del capitale sotto il minimo legale per perdite eccedenti il terzo.

A fronte di tale dato letterale, la massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.7 osserva come, verificandosi perdite nell'esercizio che comprende il 31.12.2022¹⁵ tali da eccedere, da sole o sommate a quelle emerse in altri esercizi, il terzo del capitale sociale riducendolo al di sotto del limite legale, gli amministratori debbano, in ogni caso e senza indugio, convocare l'assemblea per adottare gli opportuni provvedimenti, sottoponendo ai soci i relativi documenti contabili.

L'assemblea, alternativamente, potrà deliberare:

- di rinviare la decisione sulla copertura delle perdite alla chiusura dell'esercizio 2027 (in questo caso non opererà la causa di scioglimento della società di cui all'art. 2484 co. 1 n. 4 c.c.);
- la riduzione del capitale a ripianamento integrale delle perdite ed il contemporaneo suo aumento a una cifra non inferiore al minimo di legge;
- la trasformazione della società o la sua messa in liquidazione;
- una copertura "parziale" delle perdite, sia procedendo alla sola riduzione parziale del capitale sia anche procedendo ad una parziale ricapitalizzazione della società (senza peraltro che sia indispensabile ricondurre il Patrimonio netto ad un'entità superiore al minimo di legge del capitale sociale), rinviando la decisione sulla copertura delle perdite residue alla chiusura dell'esercizio 2027.

¹⁵ La massima citata fa riferimento, letteralmente, alle perdite verificatesi nell'esercizio che comprende il 31.12.2020. Il discorso, tuttavia, appare pienamente riferibile anche alle perdite verificatesi nell'esercizio che comprende il 31.12.2022.

Il differimento al quinto esercizio successivo previsto dall'art. 6 co. 3 del DL 23/2020 convertito, allora, non opera di diritto, in relazione alle perdite emerse nell'esercizio in corso al 31.12.2022, ma richiede una espressa delibera dell'assemblea dei soci in tal senso, la quale, per espressa previsione di legge, non "deve" ma "può" deliberare di rinviare tali decisioni (massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.8).

Scioglimento della società per perdita del capitale

Sempre in relazione all'ipotesi di cui all'art. 6 co. 3 del DL 23/2020 convertito, la massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.9 ritiene che, ove l'assemblea non deliberi il rinvio delle decisioni sulle perdite (né la trasformazione della società), venga ad operare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 co. 1 n. 4 c.c., con conseguente obbligo degli amministratori di accertarla e di iscriverla nel Registro delle imprese.

Se, invece, l'assemblea assume la delibera di rinvio, tale causa non opera e non è possibile, nemmeno volontariamente, per gli amministratori accertare lo scioglimento della società (è, peraltro, sempre possibile, una volta assunta la decisione di rinvio, sciogliere la società per volontà dei soci ex art. 2484 co. 1 n. 6 c.c.).

7 INFORMATIVA IN NOTA INTEGRATIVA

Le perdite in questione – come già evidenziato – devono essere distintamente indicate nella Nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio (art. 6 co. 4 del DL 23/2020 convertito).

Per le perdite emerse negli esercizi "*in corso alla data del 31 dicembre 2022*", quindi, gli interventi prescritti dalle ricordate disposizioni codicistiche potranno avvenire "entro" l'assemblea di approvazione del bilancio 2027, previa distinta indicazione in Nota integrativa al fine di tenerle separate da eventuali perdite future non "coperte" dalla nuova disciplina.

Si tratta dell'estensione dell'obbligo già previsto dall'art. 2427 co. 1 n. 7-bis c.c., che impone l'indicazione, in appositi prospetti, delle voci del Patrimonio netto con specificazione dell'origine, della possibilità di utilizzazione e distribuitività e dell'avvenuta utilizzazione nei precedenti esercizi: pertanto, le perdite relative all'esercizio 2022 saranno "isolate" rispetto alle altre per le quali non opera il differimento.

In particolare, dalla richiesta specificazione dell'"origine" conseguirebbe che delle perdite "sterilizzate" dovrebbe precisarsi quantomeno il momento della loro emersione, salvo verificarsi se non debbano essere indicate anche le cause della loro maturazione¹⁶. È stato, d'altro canto, sostenuto che, più sinteticamente, si potrebbe ritenere sufficiente esporre una posta che richiami in modo esplicito la disciplina in esame, in modo da evocare, con un solo cenno, tutta la complicata tematica di riferimento.

La norma tace riguardo alle società non obbligate alla redazione della Nota integrativa (come le micro imprese). Si ritiene, peraltro, che il precetto valga anche per queste che, o redigeranno una Nota integrativa al solo scopo di adempiere all'incombente in esame, o, almeno, dovranno esporre gli obblighi informativi previsti in calce allo Stato patrimoniale¹⁷.

Tali informazioni – da fornire nella situazione patrimoniale sottoposta all'assemblea convocata in presenza di perdite significative (che si tratti del bilancio d'esercizio o di una situazione patrimoniale infrannuale) – dovranno esistere anche nei bilanci relativi agli esercizi che si succedono durante il quinquennio di moratoria, nei quali presenteranno rilevanza ancor maggiore, dovendo evidenziare anche l'evoluzione della situazione (così circ. Assonime 25.2.2021 n. 3, § 6).

¹⁶ Così Ferri G. Jr "La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale per perdite tra passato prossimo e futuro remoto", *Rivista del Notariato*, 1, 2021, p. 18.

¹⁷ Così Valcarengi G., Pellino R. "Attenzione ai dettagli in nota integrativa", *Italia Oggi* 7, 10.1.2022, p. 21.

8 PERDITE 2023 E SUCCESSIVE

L'art. 6 del DL 23/2020 convertito non appare riferibile anche alle perdite relative al 2023¹⁸ (e agli anni successivi), con conseguente applicazione della disciplina civilistica.

Appare, peraltro, opportuno distinguere a seconda che esse siano "autonomamente" rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina civilistica, ex artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c., ovvero se lo divengano solo se sommate con quelle inferiori ad un terzo registrate nel 2022. Il che equivale a chiedersi se anche tali ultime perdite (ovvero quelle inferiori ad un terzo registrate nel 2022) siano o meno oggetto di sterilizzazione.

8.1 PERDITE 2023 (E SUCCESSIVE) AUTONOMAMENTE RILEVANTI

La nuova disciplina non dovrebbe riguardare le perdite che matureranno nel 2023 (e negli esercizi successivi), con la conseguenza che, in assenza di un nuovo intervento del legislatore, le perdite che matureranno nel 2023 e che "autonomamente" porteranno il capitale sotto il minimo, dovrebbero essere ripianate "senza indugio", mentre quelle che non intacchino il capitale sociale avrebbero il 2024 come anno di grazia, con obbligo di ripianamento nel 2025¹⁹.

Ciò sarebbe desumibile anche dall'ultimo comma dell'art. 6 del DL 23/2020 convertito, che intende tenere distinte le perdite che godono della temporanea sospensione quinquennale dalle altre perdite, eventualmente accertate nel corso del quinquennio di sospensione, che non rientrano nello stesso regime. In altri termini, mentre le perdite emerse nei bilanci degli esercizi in corso al 31.12.2022 non determinano l'obbligo di ridurre il capitale, ex artt. 2446 e 2482-bis c.c., o di ricapitalizzazione o liquidazione, ex artt. 2447 e 2482-ter c.c., eventuali perdite conseguite in successivi esercizi, se rilevanti autonomamente, dovrebbero seguire le regole ordinarie²⁰; con i conseguenti obblighi di riduzione ed eventualmente di ricapitalizzazione (o trasformazione, o scioglimento), al superamento delle soglie rilevanti al netto dell'ammontare di perdite "sterilizzate"²¹.

In dottrina si ritiene che sussista una certa discrezionalità nella destinazione di eventuali utili che dovessero emergere "medio tempore", consentendo che essi incidano prioritariamente sulle perdite non oggetto di "sospensione"²².

In conclusione, secondo tale tesi, quando si verifica una nuova perdita di oltre un terzo del capitale, trova applicazione integrale il regime degli artt. 2446 e 2447 c.c., per le spa, e degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c., per le srl²³.

8.2 PERDITE 2023 (E SUCCESSIVE) RILEVANTI SOLO SE SOMMATE A QUELLE 2022 INFERIORI A UN TERZO

Escludendo l'estensione della disciplina di cui all'art. 6 del DL 23/2020 convertito alle perdite relative al 2023 e agli anni successivi, peraltro, si pone il problema di stabilire se la nozione di cui all'art. 6 del DL 23/2020 convertito sterilizzi tutte le perdite emerse nel 2022 ovvero solo quelle che riducono di oltre un terzo il capitale, per stabilire se le perdite inferiori ad un terzo del capitale siano o meno da sommare a quelle maturate nel 2023 o negli anni successivi al fine di attivare le previsioni del codice civile.

¹⁸ Salvo che attengano ad esercizi a cavallo che comprendano la data del 31.12.2022.

¹⁹ Cfr. la massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.7. Cfr. anche Busi A. "Questioni in tema di «perdite Covid» e applicazione dell'art. 6 del DL 23/2020 emendato dalla legge di bilancio 2021", *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, Eutekne, 3, 2021, p. 26.

²⁰ Cfr. la massima Consiglio Notarile di Milano 196/2021.

²¹ Così lo studio Consiglio nazionale del Notariato 88-2021/I, § 6 e la massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.5.

²² Così lo studio Consiglio nazionale del Notariato 88-2021/I, § 6.

²³ Cfr. Meoli M. "Sterilizzazione delle perdite con il dubbio 2021", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 2.10.2021.

Il caso Assonime 6/2021²⁴ osserva come, senza dubbio, la finalità “specifica” dell’art. 6 del DL 23/2020 convertito sia quella di impedire l’applicazione degli obblighi di riduzione e ricapitalizzazione previsti dal codice civile per le perdite emerse nel 2022; in quest’ottica, quindi, si rivolge alle perdite “qualificate” dal fatto di incidere in modo significativo sul capitale sociale.

Peraltro, Assonime evidenzia come sussistano argomentazioni in grado di supportare una ricostruzione omnicomprensiva delle perdite 2022 da considerare rispetto a quelle verificatesi negli esercizi successivi, senza che rilevi, quindi, l’eventuale incidenza sul capitale sociale.

Dal punto di vista letterale, innanzitutto, il primo comma dell’art. 6 del DL 23/2020 convertito potrebbe essere scisso in una parte generale (nel suo riferimento alle “*perdite emerse nell’esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2022*”), attinente a tutte le perdite, e in un’altra parte che enuncia una regola speciale di non applicazione del regime dell’obbligo legale di riduzione del capitale, ricapitalizzazione o scioglimento.

Al di là di tale profilo, comunque, ad apparire determinante è una adeguata considerazione della “*ratio*” della disciplina. Se, infatti, questa è da ricondurre, in senso generale, all’intento di evitare che l’applicazione di rigide regole societarie conducano alla liquidazione di imprese sane a causa di perdite straordinarie derivanti dagli effetti economici della pandemia, la sterilizzazione delle perdite, al fine di verificare il presupposto degli obblighi negli esercizi successivi al 2022, dovrebbe riguardare tutte le perdite accertate dal Conto economico e non solo quelle che incidono in modo significativo sul capitale sociale. Che questa sia la soluzione preferibile, d’altra parte, deriverebbe anche dalla considerazione che, diversamente ragionando, in presenza di perdite di identico ammontare si finirebbe per avvantaggiare società meno capitalizzate rispetto a realtà dotate di riserve in grado di coprire le perdite in questione.

Questa soluzione è condivisa anche dalla massima Comitato Trivento dei Notai T.A.13. In essa, infatti, si afferma che le perdite emerse nell’esercizio in corso al 31.12.2020 (poi al 31.12.2021 e ora al 31.12.2022) sono sottoposte al regime di “sterilizzazione” previsto dalle disposizioni contenute nell’art. 6 del DL 23/2020 convertito fino all’approvazione del bilancio relativo al quinto esercizio successivo, prescindendo dalla circostanza che tali perdite abbiano ridotto di oltre un terzo il capitale sociale nell’esercizio in corso al 31.12.2022 o in quelli successivi.

Conseguentemente:

- se nel corso dei cinque esercizi successivi a quello che comprende il 31.12.2022 risulta che la società abbia accumulato perdite che senza tener conto di quelle emerse in tale ultimo esercizio (ossia quelle “sterilizzate”) riducono il capitale di oltre un terzo, troveranno immediata applicazione le disposizioni dettate dagli artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.;
- se, invece, nel corso di detti cinque esercizi risulta che la società abbia accumulato perdite che solo se sommate a quelle emerse nell’esercizio che comprende il 31.12.2022 (ossia quelle “sterilizzate”) riducono il capitale di oltre un terzo, troveranno applicazione le disposizioni recate dall’art. 6 del DL. 23/2020 convertito, fermo restando il limite temporale finale coincidente con l’esercizio che comprende il 31.12.2027.

9 SOSPENSIONE DELLA CAUSA DI SCIOGLIMENTO

Come evidenziato, l’ultima parte dell’originario art. 6 del DL 23/2020 convertito disponeva che per il periodo ivi contemplato – 9.4.2020 - 31.12.2020 – non avrebbe operato “*la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile*”.

Identica prescrizione si ritrova nel vigente co. 1 dell’art. 6 del DL 23/2020 convertito, come sostituito dall’art. 1 co. 266 della L. 178/2020 e modificato, prima in sede di conversione in legge del DL 228/2021, per il tramite

²⁴ Che letteralmente si riferisce alle perdite emerse nell’esercizio in corso al 31.12.2020, ma le cui considerazioni sono estendibili anche alle perdite verificatesi nell’esercizio in corso al 31.12.2022.

del co. 1-ter dell'art. 3 e da ultimo dall'art. 3 co. 9 del DL 198/2022 convertito (*“per le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2022 ... non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile”*).

Essendosi deciso di sospendere gli obblighi correlati alla perdita del capitale sociale, infatti, la non operatività della causa di scioglimento per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale non può che seguirne di conseguenza, non essendo ipotizzabile uno scioglimento della società per la mancata adozione delle deliberazioni previste dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c., in presenza di una norma di legge che disattiva l'obbligo di adottare queste ultime delibere.

Analogamente a quanto già previsto negli artt. 182-sexies del RD 267/42 e 26 co. 1 del DL 179/2012 conv. L. 221/2012, quindi, una volta che si sia optato per la sterilizzazione delle perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31.12.2022, è escluso lo scioglimento di società di capitali e cooperative per la riduzione del capitale sotto il minimo legale²⁵.

Possibili conseguenze sulle responsabilità

La disapplicazione della causa di scioglimento sembra escludere anche i doveri specifici degli amministratori correlati a tale evenienza, ovvero la necessità di adottare una gestione conservativa (ex art. 2486 c.c.²⁶) e le conseguenti responsabilità da prosecuzione dell'attività d'impresa in regime “non conservativo”.

Circostanza non espressamente specificata, ma che appare emergere dalla Relazione illustrativa dell'originario art. 6 del DL 23/2020 convertito, in cui si afferma che *“la previsione intende evitare che la perdita del capitale dovuta all'emergenza epidemiologica da COVID-19, e verificatasi nel corso degli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, ponga gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell'alternativa – palesemente abnorme – tra l'immediata messa in liquidazione, con perdita della prospettiva della continuità per imprese anche performanti, ed il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486 codice civile. La sospensione degli obblighi previsti dal codice civile in tema di perdita del capitale sociale, per contro, tiene conto della necessità di fronteggiare le difficoltà dell'emergenza COVID-19 con una chiara rappresentazione della realtà, non deformata da una situazione contingente ed eccezionale”*.

In ogni caso, pur ravvisandosi nella nuova disciplina i tratti per escludere la necessità di adottare una gestione conservativa, si osserva come il dovere di diligenza non possa che tenere conto della situazione effettiva, considerando ciò che accadrà al momento della reviviscenza del regime normale. Pur non suggerendosi una

²⁵ Si tenga presente, inoltre, che, ai sensi dell'art. 20 del DLgs. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) – dettato nell'ambito della procedura di Composizione negoziata – *“con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successivamente presentata con le modalità di cui all'articolo 17, comma 1, l'imprenditore può dichiarare che, sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applicano nei suoi confronti gli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile e non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile. A tal fine, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e gli effetti di cui al primo periodo decorrono dalla pubblicazione.*

Se l'imprenditore ha chiesto anche l'applicazione di misure protettive del patrimonio ai sensi degli articoli 18 e 19, la sospensione degli obblighi e delle cause di scioglimento prevista nel comma 1 cessa a partire dalla pubblicazione nel registro delle imprese del provvedimento con il quale il tribunale dichiara l'inefficacia delle misure richieste, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, o ne dispone la revoca”.

²⁶ Ai sensi dei primi due commi dell'art. 2486 c.c., *“al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.*

Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma”.

gestione meramente conservativa, quindi, appare indubbio che i rischi possano aumentare e che azioni successive potrebbero mettere in discussione la diligenza di quegli amministratori che abbiano aggravato o non risolto il dissesto.

Pertanto, sottolinea Assonime sia nella circ. 28.7.2020 n. 16, § 2.4, che nella circ. 25.2.2021 n. 3, § 7, gli amministratori possono compiere tutti gli atti che costituiscono una fisiologica attuazione dell'oggetto sociale, valutando anche nuove operazioni funzionali a reintegrare il valore del Patrimonio netto. Ma occorre, comunque, ponderare attentamente se da tali atti possano discendere conseguenze pregiudizievoli per i creditori, evitando condotte che rischino di aggravare ulteriormente la situazione economico-patrimoniale dell'impresa e valutando, se necessario, il ricorso agli strumenti previsti per gestire la crisi d'impresa²⁷.

Anche altra dottrina²⁸ osserva come, dal momento che la perdita è già intervenuta e non eliminata, ma solo "congelata" nei suoi effetti, concretandosi comunque uno stato di crisi, l'operato degli amministratori, pur non rinunciando a finalità speculative (come imporrebbe l'art. 2486 c.c.), dovrà essere orientato a salvaguardare non solo l'interesse primario dei soci alla conservazione dei valori attivi del patrimonio sociale, ma anche l'aspettativa dei creditori sociali a vedere integralmente soddisfatte le loro pretese. Occorre, quindi, seguire con particolare cura la regola di condotta tracciata dagli artt. 2394 e 2403 c.c., che sussiste già a prescindere dallo stato (di crisi o meno) in cui versi la società, comportando l'obbligo di tenere conto (anche) della posizione dei creditori in misura proporzionalmente crescente all'aggravarsi della condizione sociale, stante la maggiore facilità che, in tal caso, il patrimonio divenga incapiente.

10 PREVISIONI NORMATIVE DA CONSIDERARE

A fronte della previsione temporanea che deroga l'intervento a copertura delle perdite, restano ferme le altre previsioni normative in qualche modo correlate al fatto che esse, comunque, sono intervenute.

Ci si riferisce:

- al divieto di distribuire dividendi (artt. 2433 co. 3 e 2478-bis co. 5 c.c.);
- al limite all'acquisto di azioni proprie (art. 2357 co. 3 c.c.);
- alla possibile incidenza sul limite massimo all'emissione di obbligazioni nelle spa (art. 2412 co. 1 c.c.)²⁹.

Allo stesso modo restano applicabili gli obblighi di ridurre il capitale sociale correlato a norme differenti (si pensi, ad esempio, all'art. 2437-*quater* co. 4 c.c., nel caso di recesso)³⁰.

Inoltre, osserva lo studio Consiglio Nazionale del Notariato 88-2021/I, § 6, l'effettiva consistenza del capitale, al netto di tutte le perdite accertate, rileva ai fini dell'art. 2250 co. 2 c.c., che impone alle società di capitali di indicare,

²⁷ In particolare, nella circ. 25.2.2021 n. 3, § 7, Assonime afferma: *“Durante il quinquennio di moratoria, gli amministratori, al fine di rispettare criteri di corretta gestione, dovranno tener conto del quadro giuridico complessivo che comprende non solo gli obblighi di natura societaria eventualmente sospesi, ma anche la disciplina sulla crisi d'impresa. Essi sono tenuti a fronteggiare gli effetti delle perdite significative sulla base di tre passaggi tra loro concatenati: i) la diagnosi della situazione aziendale; ii) la pianificazione degli interventi e delle operazioni necessarie a ripristinare le condizioni di equilibrio economico e finanziario; iii) l'attuazione dei rimedi pianificati... Se [poi], alla luce della diagnosi della situazione dell'impresa, dovesse emergere che i flussi di cassa prospettici non consentano il recupero della continuità aziendale e il superamento della straordinaria situazione di crisi, occorrerà considerare l'opportunità di ricorrere agli strumenti della legge fallimentare”*.

²⁸ Cfr. Dimundo F. *“La «messa in quarantena» delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del «decreto liquidità»*”, *www.ilcaso.it*, p. 9 - 10.

²⁹ Cfr. Assonime circ. 25.2.2021 n. 3 (§ 5) e 28.7.2020 n. 16; Dimundo F. *“La «messa in quarantena» delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del «decreto liquidità»*”, *www.ilcaso.it*, p. 26; massima Comitato Triveneto dei Notai T.A.12.

³⁰ Cfr. Busani A. *“Il 2020 come anno «di grazia» per le perdite da COVID-19”*, *Le Società*, 5, 2020, p. 539; Busani A. *“Quinquennio di grazia per le perdite emerse nel 2020”*, *Le Società*, 2, 2021, p. 206.

negli atti e nella corrispondenza, il capitale “secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall’ultimo bilancio”, assicurando così piena trasparenza sul punto.

11 POSSIBILI CONSEGUENZE DELLA FACOLTATIVITÀ DELLA RIDUZIONE DEL CAPITALE SOCIALE

Come evidenziato, la disciplina in esame consente, ma non impone, alle società la disapplicazione delle previsioni dettate in materia di perdita del capitale sociale.

In presenza dei presupposti, di conseguenza, si potrebbe comunque decidere di provvedervi.

Si è osservato, inoltre, come, ove il socio di maggioranza, in contrasto con l’intenzione esplicitata da quello di minoranza, decidesse di avvalersi della deroga di cui all’art. 6 del DL 23/2020 convertito, non potrebbe certo ravvisarsi un abuso, trattandosi comunque di una prerogativa riconosciuta dalla legge³¹.

Più problematica, invece, si presenta l’ipotesi in cui il socio di maggioranza dovesse decidere di ricapitalizzare a fronte della richiesta di quello di minoranza di utilizzare la sospensione riconosciuta dalla disciplina in esame.

Il rischio è che i soci di minoranza che si sono astenuti o che hanno votato contro l’aumento impugnino la delibera con maggiori possibilità di successo rispetto al passato, proprio in ragione di tale disciplina. La minoranza, infatti, potrebbe motivare l’impugnativa evidenziando che l’aumento, non più richiesto dalla legge in tempi immediati, potrebbe essere effettuato dalla maggioranza al solo scopo di diluire la quota di minoranza impossibilitata a ricapitalizzare, marginalizzando sempre più, immotivatamente, la partecipazione della stessa alla società. In considerazione di ciò, probabilmente ancor più che in passato, l’aumento di capitale per copertura perdite dovrebbe essere suffragato da idonee motivazioni aziendali, organizzative o finanziarie. Tali motivazioni, evidenziate dal *management* in consiglio di amministrazione e riportate in delibera assembleare paiono infatti fondamentali per scongiurare (o almeno mitigare) i rischi di impugnativa³².

³¹ Allo stesso modo dovrebbe ragionarsi nel caso in cui il socio di maggioranza dovesse optare per lo scioglimento della società. Così Busani A. “Il 2020 come anno «di grazia» per le perdite da COVID-19”, *Le Società*, 5, 2020, p. 542.

³² Cfr. De Angelis L. “Aumenti di capitale thrilling”, *Italia Oggi*, 15.1.2021, p. 34.