

Quesiti di Diritto Societario

a cura di Roberto Mazzanti – Rag. Commercialista

S.P.A. SOTTOSCRIZIONE AUMENTO DI CAPITALE.

QUESITO:

Espongo di seguito il quesito, precisando che non ho visionato lo statuto della società:

ALFA s.p.a. era originariamente partecipata da due soci, Tizio e Caio, titolari rispettivamente di una partecipazione pari al 75% ed al 25% del capitale sociale. In data 20 aprile 2009, l'assemblea dei soci ha deliberato l'azzeramento del capitale per perdite e la sua contestuale ricostituzione ad € 200.000,00. Tizio, unico socio presente in assemblea ha sottoscritto immediatamente l'intero aumento del capitale sociale, anche per la parte di competenza di Caio, sotto la condizione risolutiva, per quanto concerne quest'ultima parte, della sottoscrizione da parte di Caio medesimo nel termine assegnato per l'esercizio dell'opzione. Caio ha poi deciso di non esercitare il diritto di opzione spettantegli.

Il 2 maggio 2010, ALFA s.p.a. è stata dichiarata fallita.

E' valida la sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte di Tizio secondo le modalità sopra descritte?

E quali effetti produce la dichiarazione di fallimento nella situazione prospettata?



RISPOSTA:

Il caso riguarda una società che ha dovuto azzerare il capitale a causa di perdite, e riaumentarlo ad un valore pari al minimo legale.

In questi casi, la legge prescrive che i soci abbiano il diritto d'opzione sull'aumento di capitale e che chi non lo esercita perda la qualità di socio.

Nello specifico, solo un socio ha sottoscritto l'aumento di capitale al minimo legale, ossia 200 mila euro; la sua sottoscrizione integrale – che lo porterebbe ad essere un unico socio – è stata integrata dalla concessione del diritto di opzione a Caio, che in precedenza godeva di una partecipazione azionaria pari al 25%. Ma c'è di più: l'opzione per il 25% è stata sottoposta a condizione risolutiva, per cui in caso di suo mancato esercizio, la sottoscrizione del 25% del capitale sociale sarebbe invalida o, meglio, INESISTENTE.

In questi casi, normalmente, se a Caio viene offerto il 25% in opzione, egli è libero di sottoscriverlo o meno; in caso negativo l'unica conseguenza sarebbe che il 100% del capitale rimane a Tizio.

Ma qui Tizio ha voluto andare oltre:

collegando l'opzione per il 25% ad una condizione risolutiva, ha voluto stabilire che se Caio non avesse sottoscritto l'aumento, il capitale che Tizio avrebbe dovuto versare sarebbe stato solo di 150.000 e non di 200.000 (oltre alle perdite).

Vediamo ora quali sono le conseguenze di quanto sopra, soprattutto tenendo conto del successivo fallimento della società (maggio 2010).

LEGITTIMITA' DELLA DELIBERAZIONE DI RIDUZIONE DELLE PERDITE

La delibera di aumento può concedere un termine per la sottoscrizione, permettendo ai soci di versare i conferimenti in un momento successivo all'assemblea, permettendo altresì agli assenti (COME NEL CASO DI CAIO) di esercitare il diritto d'opzione loro spettante.

La Cassazione ammette che uno o più soci presenti provvedano immediatamente alla sottoscrizione e al versamento dell'intero importo, comprensivo della perdita, a condizione però di offrire o di obbligarsi ad offrire in opzione agli altri soci le azioni da loro sottoscritte ad un prezzo comprensivo della corrispondente parte della perdita di esercizio; l'esercizio successivo del diritto di opzione opera come condizione risolutiva e rimuove «pro quota» e con effetto retroattivo gli effetti dell'originaria sottoscrizione (Cass. 12 luglio 2007 n. 15614; Salafia).

Un'altra tesi ritiene illegittima una tale delibera, rilevando che il diritto di opzione dev'essere rispettato dalla delibera di aumento e non da una successiva dichiarazione di volontà del socio sottoscrittore (App. Catania 30 gennaio 1991, Trib. Catania 25 ottobre 1990).

Da questo panorama giurisprudenziale si può ricavare che la deliberazione, che dev'essere assunta con i quorum previsti per l'assemblea straordinaria, potrebbe essere legittima, se avesse espressamente concesso un termine al sottoscrittore Tizio per versare il capitale dovuto, collegandolo all'esercizio del diritto di opzione di Caio.

In assenza di questo termine, Tizio avrebbe dovuto versare immediatamente 200 mila euro oltre alla perdita. Caio avrebbe poi dovuto acquistare da Tizio le azioni corrispondenti al 25% del capitale + valore perdite. Retroattivamente il capitale sarebbe risultato posseduto al 75% da Tizio ed al 25% da Caio.

E' perciò possibile che la deliberazione sia stata assunta in modo legittimo; dal quesito non è dato saperlo, perché non sono state specificate le modalità di convocazione, le maggioranze richieste dallo Statuto e così via. Tuttavia credo che la

legittimità non sia praticamente in discussione, tenendo conto dell'art.2368 del Codice Civile, il quale fissa un quorum costitutivo e deliberativo del 50 +1% o del 75% a seconda che la società non faccia o faccia ricorso al mercato dei capitali di rischio.

Ma quello è che invece è in dubbio, a mio parere, è il fondamento da attribuire alla condizione risolutiva imposta da Tizio in assemblea, in cui peraltro non c'erano altri presenti, secondo cui il mancato esercizio del diritto di opzione di Caio, non solo gli avrebbe fatto perdere la qualità di socio, ma avrebbe fatto cadere la validità della sottoscrizione del 25% del capitale in capo a Tizio, riducendo di fatto la sottoscrizione a 150.000 euro; cifra al di sotto di quanto consentito dalla legge.

CONCLUSIONI

Se la clausola imposta da Tizio a Caio, in sua assenza, fosse ritenuta valida (a mio parere non lo è, perché contraria a norma imperativa) la società – fin dal 20 aprile 2009 sarebbe in stato di scioglimento e di liquidazione ex art.2484 n.4, c.c.. A Tizio, però, in questo caso il Curatore fallimentare non potrebbe richiedere il versamento degli ulteriori 50.000 euro di competenza teorica di Caio. Tuttavia il fallimento potrebbe avviare un'azione di responsabilità verso gli amministratori, per non aver proceduto alla liquidazione della società con tutti i crismi di legge, specie se da questo è derivato un aggravamento del dissesto.

Se invece, come io penso, la clausola risolutiva non fosse ritenuta valida, la società avrebbe avuto una sottoscrizione piena ed un capitale pari al minimo legale, Tizio sarebbe un unico socio che però probabilmente non ha versato quanto dovuto, ossia 50 mila euro almeno, e non ha forse adempiuto agli obblighi pubblicitari conseguenti all'unipersonalità (art.2325, secondo comma, c.c.). La spa però non sarebbe stata in liquidazione al momento del fallimento.

Ne deriverebbe che:

✘ Il Curatore potrebbe richiedere a Tizio i versamenti mancanti, in base alle sottoscrizioni effettuate, per il 100% del capitale;

✘ Tizio potrebbe rispondere personalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sorte nel periodo in cui è stato unico socio, se non ha rispettato le condizioni imposte nel caso di unipersonalità sopravvenuta.

E questa – a mio personalissimo parere – è la prospettiva più probabile per Tizio.

Esisterebbe pure una terza ipotesi, **a mio avviso più improbabile**, secondo cui l'intera deliberazione del 20 aprile 2009 potrebbe ritenersi inesistente, per via della particolare clausola risolutiva, contraria alla legge. In questo caso la spa sarebbe in scioglimento e liquidazione fin dal 20.04.2009, con conseguente responsabilità degli amministratori per non aver accertato la causa di scioglimento né aver correttamente rispettato le prescrizioni in materia di azzeramento del capitale per perdite. Il Curatore non potrebbe richiedere i versamenti ai soci ma potrebbe solo avviare un'eventuale azione di responsabilità verso gli amministratori, per quanto detto.

29 dicembre 2011
Roberto Mazzanti