

TRIBUNALE DI NAPOLI

III SEZIONE CIVILE

SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

Il Giudice

sciogliendo la riserva all'udienza del 17.03.2022, assunta nel giudizio di natura cautelare ex art. 700 c.p.c. e art. 2378 c.c. tra

in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante

-Ricorrenti -

Giudiziario pro tempore, _____, nonché del Presidente del
Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante pro tempore,

OSSERVA

Con ricorso regolarmente notificato, la _____, socia della _____ perché titolare del 27,14% del capitale sociale con azioni di Categoria A munite del diritto di voto, e _____, socia della _____ perché titolare del 2,86% del capitale sociale con azioni di Categoria B prive del diritto di voto, **domandavano nelle conclusioni** al tribunale: la sospensione dell'efficacia e dell'esecuzione dell'impugnata delibera dell'Amministratore Giudiziario di _____ del 28.12.2021 nella parte in cui ha deliberato di (i) aumentare il capitale sociale di _____, in via inscindibile, a pagamento e in denaro, per Euro 600.000,00, da offrire in sottoscrizione alla pari agli azionisti di categoria A, nonché (ii) di aumentare il capitale sociale della medesima Società, in via scindibile, a pagamento e in denaro, per Euro 1.317.157,00, da offrire in sottoscrizione alla pari agli azionisti di categoria A ai sensi di legge, di (iii) assegnare il termine di 60 giorni per la dichiarazione di sottoscrizione del predetto aumento di capitale, (iv) di modificare di conseguenza il primo comma dell'articolo 6 dello statuto sociale.

Invero, le ricorrenti **al principio del ricorso individuavano nell'oggetto del medesimo** anche *la nullità/annullabilità della delibera dell'assemblea dei soci di* *del 24 febbraio 2021, con cui l'assemblea aveva conferito al Consiglio di Amministrazione, la facoltà di deliberare durante la pendenza della procedura concordataria e comunque non oltre il termine di legge di cinque anni, in una o più volte, un aumento di capitale sociale a pagamento, fino ad un ammontare massimo di Euro 1.917.157,00, da sottoscrivere in una o più tranches, con emissione di azioni di categoria A e con diritto di opzione dei soci.*

Viene quindi in rilievo, quale oggetto precipuo dell'impugnazione, la delibera dell'amministratore giudiziario (di seguito anche A.G.) del 28.12.2021 di aumento di capitale come sopra meglio individuata, mentre a monte, si evocano i vizi della delibera sociale del 24.02.2021, quale atto legittimante il CdA, che verosimilmente secondo le intenzioni del ricorrente dovrebbero incidere sul *petitum* formale del ricorso.

Con riferimento ai vizi della delibera dell'A.G. i ricorrenti hanno dedotto:

- 1) nullità derivata ex art. 2379 c.c., anche in combinato con l'art. 2388 c.c., perché assunta sulla base di una delega conferita dall'assemblea, a propria volta nulla per mancanza di indicazione dei criteri di determinazione del prezzo di emissione delle azioni;
- 2) nullità propria ex art. 2379 c.c., o in subordine l'annullabilità ex art. 2377 c.c., eventualmente in combinato disposto con l'art. 2388 c.c., perché

l'Amministratore Giudiziario aveva deliberato un aumento di capitale di euro

1.917.157,00:

2.a. in presenza di una situazione rilevante ai sensi dell'art. 2447 c.c., in cui la società presentava un patrimonio netto negativo per oltre 20 milioni di euro, con la conseguenza che il predetto aumento di capitale evidentemente non sarebbe certamente idoneo a ricostituire il capitale sociale della Società;

2.b. nel contesto di un concordato preventivo in fase di esecuzione, ormai palesemente inadempito;

2.c. espropriando l'assemblea dei soci di ogni prerogativa decisionale al riguardo, peraltro, dichiarando di voler applicare la normativa eccezionale di cui all'art. 6 del D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020, come modificato dall'art. 1, comma 266 della L. 178/2020, che nella specie non era possibile applicare, perché si essa sarebbe applicabile solo in presenza di un capitale perso per effetto di perdite "*emerse nell'esercizio in corso alla data del 31.12.2020*", mentre nella specie le perdite sarebbero emerse e comunque senza rispettare in alcun modo i requisiti e il procedimento imposto dalla stessa normativa;

2.d. agendo in forza di una delega che (oltre che nulla, per quanto detto sopra) non era certamente più attuale, perché rilasciata dall'assemblea dei soci sulla base di precisi presupposti e nell'ambito di precisi confini, quali l'esistenza di un patrimonio netto positivo e di una procedura concordataria pendente.

Si costituivano i resistenti chiedendo il rigetto integrale del ricorso, deducendo diffusamente in replica alle allegazioni degli istanti, in particolare

soffermandosi sulle ragioni della presenza dell'a.g. e sulla natura del potere da questi esercitato con la delibera del 28 dicembre 2021.

Il ricorso è infondato per le ragioni appresso spiegate.

Dapprima deve affermarsi, per fugare ogni dubbio pure aleggiato dai ricorrenti, la validità ed efficacia della delibera del 24.02.2021, che peraltro potrebbe rilevare in questa sede solo per i vizi di cui all'art. 2379 c.c., in ragione del tempo elasso dalla sua iscrizione ex art. 2436 c.c.

Ebbene, nella delibera richiamata i soci all'unanimità, quindi anche con il voto del ricorrente _____, al capo I del deliberato, hanno ritenuto di modificare lo statuto per gli effetti dell'art. 2443, 2° comma c.c., prevedendo la possibilità di delegare all'organo di gestione la facoltà di aumentare il capitale sociale nei limiti, termini e modalità di cui all'art. 2443 c.c. medesimo, con facoltà per gli amministratori di prevedere limitazioni o esclusioni al diritto di opzione, al fine di conseguire l'effettività dell'aumento di capitale.

È evidente che la delibera per questa parte è assolutamente valida ed efficace perché si riferisce ad un'ipotesi tipica di legge di modifica statutaria.

Sempre nella stessa delibera del 24.02.2021, si legge anche, al capo IV del deliberato, che la delega era effettivamente esercitata dall'assemblea dei soci, sempre all'unanimità, prevedendo l'aumento di capitale per euro 1.917.157,00, anche eventualmente offerto a terzi, in caso di mancato esercizio del diritto di opzione.

A tal proposito, è giusto osservare che la necessità di tale aumento di capitale sopraggiungeva dagli obblighi concordatari assunti dalla stessa società resistente con l'omologazione del concordato preventivo, per cui sotto questo profilo la deliberazione si presentava necessaria al fine di non venire meno agli stessi obblighi assunti in sede di richiesta del beneficio concordatario.

Anche in questo caso, quindi, la delibera si presenta immune da censure, poiché, secondo quanto si legge dal provvedimento di questo tribunale, VII sezione civile del 17.11.2021, nel procedimento c.p. 1/2020, l'aumento di capitale era necessario per iniziare i primi pagamenti in esecuzione del concordato omologato.

Non rileva, ai fini del decidere, la circostanza che nel capo in cui si quantificava la misura dell'aumento del capitale l'assemblea non fissava il prezzo di emissione delle azioni, art. 2441, comma 5°, per due ordini di ragioni.

La prima è che tale vizio sarebbe stato, quale violazione di legge, un vizio di annullabilità ex art. 2377 c.c., che si è visto in principio essere inammissibile per decorso del termine di impugnazione (e per approvazione della delibera del socio impugnante con diritto di voto).

La seconda è che, a tutto concedere, nel merito, neanche si sarebbe posto il problema di diritto perché la delibera prevede che l'aumento di capitale prima fosse rivolto ai titolari del diritto di opzione, per il quale il prezzo viene stabilito per relationem secondo il capitale e il numero di azioni già esistente, e solo in subordine rivolto a terzi, per cui non avrebbe comunque operato la

limitazione di legge ex art. 2441, comma 5°, che disciplina l'ipotesi in cui manca qualsiasi riferimento del prezzo di emissione delle nuove azioni verso terzi, con esclusione, o limitazione, del diritto di opzione.

Così procedendo, intrecciando la ricostruzione storica con l'esame in diritto delle censure, al fine di dare seguito alla delibera del 24.02.2021, si perviene alla nomina dell'a.g. del 17.11.2021.

Infatti, è accaduto che sulla scorta delle relazioni del commissario giudiziale della procedura concordataria della società resistente, il tribunale sia intervenuto ai sensi dell'art. 185, VI comma, r.d. 267/1942, per supplire all'inerzia del debitore concordatario nel procedere all'aumento di capitale sopra già citato, utilizzando il nuovo strumento introdotto con d.l. 83 del 27 giugno 2015.

Tale istituto, ossia la nomina dell'a.g. in surroga dell'amministratore, è stato previsto proprio per superare le fasi inerziali delle procedure concordatarie, anche espropriando d'ufficio la società debitrice delle facoltà gestorie, in analogia a quanto avviene con il procedimento ex art. 2409 c.c., con la previsione di un potere pubblicistico fino a quel momento ignoto per il tribunale fallimentare, a dimostrazione del sempre maggiore interesse pubblicistico alla gestione della crisi di impresa, seppure orientato al fuoco della ristrutturazione aziendale.

Del resto, l'intervento normativo che ci occupa, nella sua ampiezza, fa parte di un rinnovato modello di diritto positivo di ristrutturazione aziendale che prevede e favorisce la possibilità di una continuità aziendale su ricorso della

società, ma che può tradursi, per realizzare il fine, anche in una sottrazione dell'azienda alla stessa società mediante il meccanismo della proposta c.d. ostile di cui all'art. 163, IV comma, e dell'offerta concorrente di cui all'art. 163 bis, r.d. 267/1942, ovvero, come è il caso di specie, mediante la revoca dell'organo gestorio e l'attribuzione d'ufficio di determinati poteri da parte del tribunale ad un amministratore giudiziario, con una pervasività del potere del tribunale, si ripete, che non trova figure affini nel diritto commerciale.

Nei fatti di causa è proprio accaduto che il tribunale dell'insolvenza abbia inteso proprio avvalersi della facoltà di cui all'art. 185, VI comma, nominando un amministratore giudiziario, in revoca dei precedenti inerti, per dare attuazione al deliberato aumento di capitale, se del caso anche sostituendosi all'assemblea dei soci, ove necessario, nei limiti del potere conferito dal tribunale medesimo.

Deve pertanto osservarsi che, per questo profilo, la delibera dell'amministratore giudiziario del 28.12.2021 è assolutamente legittima, nel merito, circa l'an ed il quantum, nella parte in cui essa è direttamente esecutiva e conforme agli obblighi concordatari, rimasti inevasi, e legittimanti, appunto, l'intervento officioso del tribunale ex art. 185 VI comma.

Tanto è ancor più vero se si osserva che l'amministratore giudiziario ha dovuto esercitare tutti i poteri conferiti dalla disposizione normativa, là dove si legge nella delibera impugnata che egli ha dovuto revocare l'inopportuna delibera sociale del 27.10.2021 con la quale i soci provavano ad evitare

l'intervento del tribunale, deliberando un aumento di capitale riottoso degli obblighi concordatari, perché recante un aumento di capitale in tranches e condizionato alla mancata risoluzione del concordato e non espressivo di un aumento puro e semplice, necessario per dare provvista finanziaria alla società mediante un'operazione sul capitale.

Rimane pertanto da valutare il suggestivo riferimento che i ricorrenti fanno circa l'illegittimità propria della delibera dell'a.g. nella parte in cui procedeva all'aumento di capitale, pure in presenza del verificarsi delle condizioni che avrebbero dovuto determinare gli interventi di cui agli artt. 2446-2447 c.c.

Ora, è pacifico che le condizioni riferite si siano verificate dopo il concordato e che esse gravino sull'esercizio 2021, ma anche sull'esercizio corrente che sarà poi cristallizzato nel bilancio.

Ciò in cui i ricorrenti errano è ritenere che nel caso di specie non operino le deroghe di legge agli artt. 2446, 2° comma, 2447 e 2482 bis, disposte dall'art. 6 del d.l. 23 del 8 aprile 2020, come peraltro in vigore dal 01.03.2022, per effetto del d.l. 228 del 30 dicembre 2021, per le perdite emerse negli esercizi del 2020 e 2021, poiché tali norme, invero, disciplinano proprio i fatti che ci occupano e vanno lette, per la comprensione della *ratio legis*, unitamente all'inibitoria di risoluzione del concordato preventivo prevista per d.l. 118/2021 sino al 31.12.2021.

Infatti, il legislatore ha chiaramente voluto neutralizzare, meglio ancora, sterilizzare, gli effetti negativi della pandemia da Covid-19 sulla determinazione dei patrimoni sociali, escludendo gli effetti pregiudizievole

connessi in termini di doverosità di operazioni straordinarie sul capitale in caso di avveramento di perdita del capitale sociale oltre i limiti di legge e ciò al fine di non imporre alle società ricapitalizzazioni ed operazioni forzose di finanziamento in un periodo di evidente contrazione dei flussi finanziari, a causa degli effetti della pandemia sulla congiuntura economica.

In questo senso è chiaro che, secondo il dato normativo, la deroga in questione rileva nella misura in cui si riverbera sull'esercizio che dovrebbe poi determinare l'attivazione delle procedure di cui agli art. 2446-2447 c.c., per cui il termine di riferimento è l'anno di esercizio e non quando si è verificato il fatto costitutivo della perdita.

Così come è chiaro che l'attivazione dei rimedi doverosi di legge sono postposti nel tempo secondo le scadenze dettate dai commi 2 e 3 dell'art. 6 del d.l. 23 del 08 aprile 2020.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

- rigetta il ricorso;
- condanna i ricorrenti al pagamento in solido di euro 7.500,00 in favore della società resistente.

In Napoli, 02.04.2022

Il Giudice

Dott. Mario Fucito