

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
SEZIONE SPECIALIZZATA
DIRITTO SOCIETARIO-TRIBUNALE CIVILE DELLE IMPRESE

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone di:

dott. Pasquale Liccardo - Presidente
dott. Giovanni Salina - Giudice
dott. Anna Maria Rossi - Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. XXX/2012 promossa da:

'A.' S.R.L., (c.f. ...omissis...), con il patrocinio dell'avv. XXX, dell'avv. XXX (c.f. ...omissis...) Via XXX, dell'avv. XXX (c.f. ...omissis...) Via XXX; elettivamente domiciliata in Strada Maggiore 24, 40123 Bologna, presso il difensore avv. XXX
ATTRICE

contro

TIZIO, persona fisica , (c.f. ...omissis...),
CAIO, persona fisica , (c.f. ...omissis...)
con il patrocinio dell'avv. XXX e dell'avv. XXX (c.f. ...omissis...); elettivamente domiciliati in Via XXX, presso il difensore avv. XXX
CONVENUTI

Con citazione notificata il 18 settembre 2012 'A.' - Azienda (omissis) S.r.l., conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Bologna TIZIO e CAIO, ed esponeva una lunga ed articolata vicenda societaria:

- in data 18 giugno 2002 la assemblea ordinaria dei soci di 'A.' aveva deliberato alla unanimità di procedere a versamenti in conto futuro aumento del capitale per un importo complessivo di Euro. 13.763.169,00, entro 15 giorni dalla stipula di un contratto di leasing immobiliare, somme destinate in via prioritaria alla soddisfazione di C.L. S.p.A. e C.L. S.p.A., da versare in proporzione alle quote da ciascun socio possedute;
- nella delibera si prevedeva che qualora l'aumento non fosse stato deliberato, entro dieci anni dalla data della assemblea, e comunque i crediti delle società di leasing fossero stati soddisfatti, i soci avrebbero avuto diritto alla restituzione di quanto versato;
- all'epoca F(omissis) B(omissis) (de cuius e dante causa dei convenuti) era titolare del diritto di usufrutto su di una quota pari al 17,47% del capitale sociale, detenuta fiduciarmente per il tramite di 'B.' F., alla quale metteva a disposizione la somma di Euro. 3.110.380,00 da corrispondere a favore della società a titolo di futuro aumento;
- il 20.11.2007 F(omissis) B(omissis) ricorreva al Presidente dell'Ordine dei Commercialisti, ai sensi dell'art.32 dello Statuto di 'A.' S.r.l., per richiedere l'accertamento del diritto alla restituzione (da parte

di 'A.' ovvero di 'B.' F.) della somma versata, per intero o quantomeno nei limiti di Euro. 2.865.000,00, somma eccedente la propria quota di partecipazione; in subordine, chiedeva di essere autorizzato a sottoscrivere una quota di piena proprietà proporzionale al versamento eseguito;

- a seguito del decesso del Cav. F(omissis) B(omissis), avvenuto nel gennaio del 2008, gli eredi TIZIO e CAIO subentravano nella controversia, facendo propria la domanda di restituzione, e rinunciando invece alla domanda di accertamento del diritto di sottoscrivere una quota proporzionale al versamento eseguito;

- il lodo emesso il 24 settembre 2008 respingeva le pretese dei signori TIZIO e CAIO, in qualità di eredi di F(omissis) B(omissis);

- in data 4 giugno 2014 la assemblea dei soci di 'A.' S.r.l. deliberava l'aumento di capitale mediante imputazione a capitale della riserva costituita dai versamenti già effettuati, da assegnare ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione, e mediante pagamento di ulteriori complessivi Euro. 84.000,00; ciononostante i resistenti con missiva 22 giugno 2012 avevano richiesto la restituzione della somma di Euro. 3.110.380,00;

la attrice assumeva che la delibera di aumento era intervenuta nel termine; che la utilizzazione della riserva per l'aumento di capitale era perfettamente coerente con la disciplina civilistica, e il principio contabile n.28 elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti;

concludeva evidenziando il proprio interesse, a fronte delle pretese esercitate dai resistenti, ad ottenere una sentenza di accertamento, che escludesse il diritto dei resistenti alla restituzione e al pagamento delle somma.

Si costituivano in giudizio, alla prima udienza in data 28.2.2013, i resistenti, che:

- eccepivano la incompetenza del Tribunale di Bologna per essere la controversia rimessa agli arbitri, ex art.31 dello Statuto Sociale, e narravano di avere già attivato la clausola il 10.10.2012, cosicché l'arbitrato era in corso, e la stessa attrice aveva in sostanza accettato la competenza arbitrale, costituendosi in quella sede senza contestazioni relative alla competenza;

- sostenevano che la pretesa della attrice era comunque infondata, perché i convenuti, eredi di F(omissis) B(omissis), non potevano subentrare nella posizione del de cuius, socio usufruttuario, ed avevano perciò chiesto solo la restituzione delle somma, a prescindere dal fatto che la società deliberasse o meno l'aumento;

- il lodo arbitrale emesso nel 2008 aveva riconosciuto il diritto degli eredi di F(omissis) B(omissis) di ottenere in restituzione le somme sia in caso di mancata attuazione dell'aumento nel termine decennale, sia nel caso in cui la delibera fosse approvata, e tuttavia non consentisse ai terzi di partecipare all'aumento di capitale, come di fatto era avvenuto, poiché la delibera del 4 giugno 2012 prevedeva la assegnazione delle quote ai soli soci attuali;

- pertanto i signori TIZIO e CAIO avevano pieno diritto alla restituzione delle somma, atteso che la società aveva utilizzato la riserva a suo tempo versata per gli aumenti di capitale, senza conferire la possibilità ai terzi di sottoscrivere pro quota l'aumento, ed intendevano avviare il procedimento arbitrale previsto dall'art.31 dello Statuto Sociale.

Concludevano chiedendo al Tribunale, in via pregiudiziale, di dichiarare la propria incompetenza a conoscere della presente controversia, in quanto devoluta alla cognizione degli arbitri, in virtù della

clausola compromissoria di cui all'art.31 dello Statuto di 'A.' S.r.l.; in subordine, dare atto della esistenza del diritto di credito dei signori TIZIO e CAIO, e conseguentemente rigettare la domanda.

Il Giudice, su richiesta della difesa attrice, assegnava i termini di cui all'art.183 6 comma cod. proc. civ.; alla prima udienza la difesa attrice aderiva alla eccezione di incompetenza, sollevata dalla difesa convenuta, che tuttavia dichiarava di rinunciare alla propria eccezione; infine le parti precisavano le conclusioni alla udienza del 10 aprile 2014.

La eccezione di arbitrato è tardiva, ed inammissibile: la difesa dei convenuti l'ha sollevata costituendosi con comparsa depositata in prima udienza, senza rispettare il termine previsto dall'art.819 ter cod. proc. civ., che disciplina la eccezione di arbitrato - sotto il profilo della rilevanza - come una eccezione di incompetenza, (e in tal senso depone anche la pronuncia resa dalla Corte di cassazione SU n.24153 del 2013), preclusa quindi se non proposta nella comparsa di risposta; in coerenza con il complessivo ordinamento processuale, e in coordinamento con gli artt.166 e 167 cod. proc. civ., il termine indicato deve intendersi ovviamente con riferimento alla comparsa di risposta tempestivamente depositata; né ha rilievo, una volta accertata la inammissibilità della eccezione, che la controparte vi abbia poi aderito.

Nelle more del presente giudizio, i resistenti hanno anche dato corso all'arbitrato, ed è stato emesso il lodo, depositato in atti; si tratta peraltro di una circostanza processualmente irrilevante in questa sede, atteso che il rapporto tra gli arbitri privati e la giurisdizione statale è di alternatività, e di reciproca autonomia, come risulta dalla disciplina positiva dell'art.819 ter cod. proc. civ., che esclude in questo ambito la applicazione degli artt.44, 45 48, 50 e 295 cod. proc. civ.

La norma non cita, tra le esclusioni, l'art.39 cod. proc. civ., e tuttavia anche la disciplina della litispendenza deve ritenersi esclusa, atteso che la litispendenza consente di definire la contemporanea pendenza di controversie tra giudici che fanno parte di un unico ordinamento, mentre tale rapporto non si ravvisa, tra giudici ordinari e arbitri, che pur realizzando la medesima finalità, di risoluzione delle controversie, appartengono a ordini diversi.

Il Collegio deve quindi esaminare il merito, e decidere sulla domanda di accertamento negativo del credito proposta dall'attrice.

Ora, il tema degli apporti dei soci è senz'altro variegato e complesso, ma all'esito dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale risulta dato acquisito che i versamenti "in conto capitale" o "in conto futuro aumento del capitale" si inseriscono tra i conferimenti eseguiti, al di fuori degli schemi giuridico-formali previsti dal codice civile per la originaria costituzione della società o per l'aumento del capitale sociale; si traducono in un incremento del solo patrimonio netto della società e non sono imputabili a capitale, salvo che, con apposita delibera assembleare di modifica dell'atto costitutivo, non ne venga disposto successivamente l'utilizzo per un aumento del capitale sociale.

Come ha rilevato la Suprema Corte, " ... tali conferimenti sono destinati a costituire frazioni del "capitale di rischio", ovvero "mezzi propri" della società beneficiaria. Non essendo imputabili a capitale nel senso appena chiarito, i versamenti in discorso, una volta eseguiti, vanno a costituire una riserva non di utili ma, come usa dirsi, "di capitale", soggetta, secondo la condivisibile opinione della dottrina prevalente, alla stessa disciplina della riserva da soprapprezzo, seppure, si precisa, "personalizzata" o "targata" in quanto di esclusiva pertinenza dei soci che hanno effettuato i versamenti in relazione all'entità delle somme da ciascuno erogate. L'analogia tra apporti di patrimonio e soprapprezzo è evidente. Il socio, infatti, sia che versi un soprapprezzo al momento della sottoscrizione delle azioni, sia che apporti entità patrimoniali indipendenti dall'emissione di azioni, mette durevolmente a disposizione della società mezzi economici per lo svolgimento dell'attività di

impresa in vista dei risultati cui è chiamato a partecipare. ... " (così specificamente Cass.16393 del 2007).

I versamenti operati dai soci in conto futuro aumento del capitale, quindi, pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale, hanno una causa diversa da quella del mutuo, e sono assimilabili ai conferimenti di capitale di rischio, poiché le parti hanno stabilito un chiaro collegamento tra il versamento e l'aumento futuro: si tratta, in definitiva, di una sottoscrizione anticipata del capitale, destinata a perfezionarsi con la successiva delibera di aumento. Detti versamenti, pertanto, non danno luogo a crediti esigibili, da parte dei soci che hanno operato i versamenti, ma confluiscono in una riserva, che può essere utilizzata, in seguito, per un aumento di capitale, a titolo gratuito (vedi, in tal senso, dalla risalente Cass.6315 del 1980 alle più recenti, tra cui Cass.7692 del 2006, 7980 e 16393 del 2007).

Esaminando il caso concreto, si osserva che l'assemblea di 'A.' S.r.l. nella delibera (peraltro unanime) aveva espresso con chiarezza l'intenzione di attuare la fattispecie del conferimento in conto futuro aumento di capitale, vincolando a tale destinazione i versamenti effettuati, e stabilendo con precisione che solo ove l'aumento non fosse stato deliberato nei successivi dieci anni i versamenti potevano essere restituiti; l'operazione finanziaria d'altro canto era giustificata, in coerenza con la logica sottostante ai versamenti erogati in conto futuro aumento, dalla necessità di fornire una adeguata garanzia, in vista di una importante operazione di leasing che la società andava a svolgere.

L'usufruttuario della quota non poteva trarre e non ha tratto in concreto vantaggio dal versamento a suo tempo spontaneamente effettuato, perché la disciplina di legge, e in particolare l'art.2352 cod. civ., richiamato dall'art.2471 bis cod. civ., pur attribuendo il diritto di voto all'usufruttuario, non gli consentono di sottoscrivere l'aumento di capitale, riservato invece al nudo proprietario.

La sussistenza di un indebito, tuttavia, non può essere fatta valere in questa sede nei confronti della società: la decisione unanime dell'assemblea dei soci del 2002 è valida ed efficace, non è stata nemmeno impugnata, ed è senz'altro vincolante per i soci, ex art.2377 cod. civ., richiamato dall'art.2479 ter cod. civ.; i versamenti effettuati in esecuzione della delibera erano pertanto certamente dovuti e non costituiscono indebito, per la società che ne era creditrice; le somme versate sono stati fin da subito indisponibili, e tali sono definitivamente rimaste, a seguito dell'aumento di capitale a titolo gratuito, deliberato nel termine di dieci anni, ed eseguito mediante utilizzazione della riserva costituita con i versamenti erogati anche da parte di F(omissis) B(omissis); la causa giustificativa dei versamenti si è definitivamente realizzata, e la restituzione è preclusa.

D'altro canto la scelta dell'usufruttuario di effettuare il versamento delle somme spontaneamente, senza attendere che il socio gliene fornisse la provvista, come indica l'art.2352 cod. civ. 2 comma, ovvero senza rivalersi sul socio in seguito, non possono essere addebitate alla società, estranea ai rapporti tra usufruttuario e nudo proprietario.

L'usufrutto, diritto reale su cosa di proprietà altrui, comporta la compresenza di due signorie, e la quiescenza di molte delle facoltà del proprietario, (definito appunto "nudo", perché privato di poteri); senza dilungarci in questa sede sulle ragioni storiche che hanno consentito il sorgere dell'istituto, ed esaminandone solo la attuale conformazione, si richiama l'art.981 cod. civ., che consente all'usufruttuario di godere della cosa e trarne ogni utilità, esercitando una signoria piena, seppure limitata nel tempo per una durata normalmente coincidente con la vita del suo titolare, e nel rispetto della destinazione economica impressa al bene.

L'art.2352 cod. civ. (richiamato dall'art.2471 bis cod. civ., norma inserita dal D.Lgs. n. 6 del 2003, che ha previsto espressamente la possibilità di costituire l'usufrutto anche sulle quote di S.r.l.,

codificando un principio già affermatosi in dottrina e giurisprudenza sotto la previgente disciplina - vedi Cass.7614 del 1996) intende disciplinare appunto la ripartizione dei poteri e delle facoltà dell'usufruttuario e del nudo proprietario, nel caso di partecipazioni sociali.

Le sue articolate previsioni attribuiscono in effetti solo all'usufruttuario il diritto di voto, nella assemblea sociale, salvo convenzione contraria, e l'obbligo di provvedere ai versamenti necessari sulle azioni (o quote) oggetto dell'usufrutto, pur riservando solo al nudo proprietario il diritto di opzione, e la titolarità delle azioni di nuova emissione.

Si tratta di una ripartizione di poteri derogabile e nel contempo coerente con la natura del diritto, reale e di godimento, dell'usufrutto, dovendosi trasporre il concetto di godimento e fruizione contenuto all'art.981 cod. civ. alla ipotesi in cui il bene oggetto del diritto sia "non già una res suscettibile di fruizione ed utilizzo naturali ed immediati, bensì una posizione giuridica rappresentata dalla partecipazione in società", in cui "agli accennati poteri di utilizzare, possedere, custodire ed amministrare debba in questo caso corrispondere il potere di esercitare i diritti amministrativi inerenti alla partecipazione" come ha affermato la richiamata e condivisibile Cass.7614 del 1996, che trae la conseguenza della attribuzione del diritto di voto all'usufruttuario, e della legittimità della delibera approvata con il suo voto, affermando la rilevanza meramente interna dei rapporti tra usufruttuario e nudo proprietario, derivati dalla esecuzione spontanea della delibera.

E' certamente infatti a carico del nudo proprietario nella previsione dell'art.2352 cod. civ., l'obbligo di rimborsare l'usufruttuario, per i versamenti effettuati sulle azioni (o le quote): è quindi coerente con la previsione normativa ritenere che l'usufruttuario che vota il versamento, e lo esegue spontaneamente, abbia titolo per rivalersi nei confronti del nudo proprietario, nei termini ivi indicati.

Il tema dell'indebito, quindi, seppure si pone, non può essere fatto valere nei confronti della società, atteso che nell'ottica sociale il versamento era dovuto, in esecuzione della delibera approvata con il voto dell'usufruttuario.

La domanda di parte attrice deve quindi essere accolta, con condanna dei convenuti alle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

-accerta la insussistenza del diritto di credito vantato da TIZIO e CAIO nei confronti di 'A.' S.r.l. a titolo di ripetizione di indebito, per il versamento di Euro.3.110.380,00 a suo tempo effettuato in conto futuro aumento del capitale dal Cav. F(omissis) B(omissis)

-condanna i convenuti TIZIO e CAIO, in solido, a rimborsare alla attrice le spese della lite, che si liquidano in Euro 12.000,00 per compensi, Euro.1.200,00 per esborsi, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a.

Bologna, così decisa nella Camera di Consiglio del 5 novembre 2014.

Depositata in Cancelleria il 23 dicembre 2014.