

## COMUNICATO ALLE SOA N. 66 del 12 luglio 2011

**Acquisizione di partecipazioni azionarie del capitale delle SOA, per effetto dell'aumento del capitale sociale, ai sensi dell'art. 66 del DPR n. 207/2010.**

### **Premessa.**

L'art. 64, comma 2, del d.P.R. 207/2010, regolamento di esecuzione e attuazione del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, di recente entrato in vigore, comporta che il requisito, relativo al capitale sociale minimo di una SOA interamente versato, passi da € 516.456,90 (equivalenti a un miliardo di vecchie lire, come previsto dall'art. 7, comma 2, del d.P.R. n. 34/2000) ad € 1.000.000,00, pena, altrimenti, la decadenza della autorizzazione ad attestare. Di conseguenza, **le SOA con capitale sociale inferiore a tale minimo, dovranno**, per potere rispettare detto requisito, **entro il 5 dicembre 2011** (e cioè entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del regolamento, come previsto dall'art. 357, comma 20, del dPR 207/2010), o **comunicare alla Autorità la delibera di un aumento gratuito del capitale sociale (fermo restando, comunque, l'invio alla Autorità della comunicazione preventiva, secondo quanto di seguito rappresentato), ovvero inoltrare un'istanza di autorizzazione preventiva alla stessa Autorità, qualora decidessero di optare per l' aumento oneroso del capitale sociale.**

### **Capitale sociale e patrimonio netto.**

Occorre, altresì, precisare che il d.P.R. n. 207/2010, innovando sul punto la vecchia disciplina contenuta nel d.P.R. n. 34/2000, dispone, all'art. 64, comma due, che: "...Il patrimonio netto, costituito dal totale lettera A del passivo dello stato patrimoniale di cui all'articolo 2424 del codice civile dell'ultimo bilancio depositato, deve essere almeno pari al capitale sociale ...". Con tale previsione si è voluto chiarire che il requisito del capitale minimo, conformemente a quanto già sostenuto dall'Autorità in precedenti deliberazioni e del resto confortato dai pareri della Commissione Consultiva - di cui all'art. 5, del d.P.R. 34/2000 - del 17 aprile 2003 e del 28 marzo 2007<sup>1</sup>, è un requisito permanente delle SOA, che, come tale, deve essere mantenuto durante la vita operativa delle stesse.

L'accertamento circa il rispetto di tale requisito (patrimonio netto pari ad € 1.000.000) andrà verificato dagli organi di gestione e di controllo della SOA al momento dell'approvazione del bilancio di esercizio.

Va, peraltro, evidenziato come la previsione richiamata introduca nell'ordinamento delle SOA una questione interpretativa di notevole impatto operativo. Va, infatti, considerato che il codice civile, diversamente dal DPR n. 207/2010, non contiene una analoga previsione, limitandosi a richiedere – per le società per azioni (e per le società in accomandita per azioni) – la sola previsione di un capitale sociale minimo, fissato in € 120.000 (cfr: art. 2327 c.c.), senza nulla prevedere per il patrimonio netto. Tuttavia, nonostante la mancanza di una norma espressa, un'interpretazione sistematica delle previsioni contenute nel codice civile ha consentito di porre in evidenza come sia sempre necessario che la società mantenga, nel corso della vita operativa, una determinata misura del patrimonio netto, seppur non necessariamente coincidente con il capitale sociale. Ciò si ricava dalle norme in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale (cfr. artt. 2446 e 2447 c.c.), le quali dispongono, all'art. 2446 c.c., che: "Quando risulta che il capitale è

diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione.....devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti....". La dottrina ha, quindi, tratto da questa norma la conclusione secondo cui la società deve mantenere una cifra di patrimonio netto almeno pari ai due terzi di quella vincolata a capitale sociale. In mancanza, infatti, la società dovrà prontamente adottare gli opportuni provvedimenti, sino alla necessaria riduzione del capitale sociale. Va, tuttavia, precisato che tali previsioni normative (cfr: artt. 2446 e 2447 c.c.), in virtù della più rigida previsione prevista dall'art. 64, comma due, del DPR n. 207/2010, trovano applicazione alle SOA solo a determinate condizioni. Per spiegare le interrelazioni tra la disciplina codicistica della riduzione obbligatoria del capitale sociale delle S.p.A., tipo sociale di riferimento per le SOA, e la disciplina dell'art. 64, comma 2, D.P.R. 207/2010, si ricorre agli esempi di seguito riportati, anche al fine di stabilire i comportamenti cui le SOA debbono attenersi.

- Si supponga che la SOA Alfa abbia un capitale sociale pari ad € 1.000.000, una riserva legale pari a € 200.000, una riserva sovrapprezzo pari a € 700.000 ed infine una riserva statutaria pari ad € 800.000. In questo caso, quindi, la SOA Alfa ha un patrimonio netto di € 2.700.000.

**capitale sociale riserva legale riserva sovrapprezzo riserva statutaria**

€ 1.000.000	€ 200.000	€ 700.000	€ 800.000
-------------	-----------	-----------	-----------

Si supponga, altresì, che la SOA subisca una perdita di esercizio e/o di bilancio pari ad € 2.100.000. A seguito della perdita accertata in sede di approvazione del bilancio di esercizio, le riserve saranno automaticamente assorbite dalla perdita secondo un meccanismo inversamente proporzionale al vincolo di indisponibilità che caratterizza la riserva stessa<sup>2</sup>. Nel nostro caso, peraltro, poiché l'ammontare della perdita supera quello delle riserve, la parte residua della perdita, pari ad € 400.000, finirà per intaccare anche la somma vincolata a capitale sociale. Si avrà pertanto la seguente rappresentazione

**capitale riserva legale riserva sovrapprezzo riserva statutaria sociale**

€ 1.000.000 - € 400.000 (perdita residua) = € 600.000	azzeramento riserva conseguente a: € 600.000 (perdita residua) - € 200.000 (riserva legale) = € 400.00 (perdita residua)	azzeramento riserva conseguente a: € 1.300.000 (perdita residua) - € 700.000 (riserva sovrapprezzo) = € 600.00 (perdita residua)	azzeramento riserva conseguente a: € 2.100.000 (perdita) - € 800.000 (riserva statutaria) = € 1.300.00 (perdita residua)
---	--	--	--

Pertanto, in tal caso, la disciplina contenuta nell'articolo 64, comma 2, del D.P.R. 207/2010 si armonizza e si coordina con quella contenuta nel codice civile e precisamente nell'art. 2447 del c.c. Infatti, in questo caso, la SOA Alfa, a seguito della perdita, ha visto intaccato per più di un terzo il proprio capitale sociale, il quale, a seguito della minusvalenza sopra raffigurata, si è ridotto al di sotto del minimo di legge previsto dall'art. 64, comma 2, del vigente regolamento. Di conseguenza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2447 c.c.<sup>3</sup>e 64, comma 2, D.P.R. 207/2010, la SOA dovrà immediatamente deliberare la riduzione del capitale sociale da € 1.000.000 a € 600.000,

attraverso la quale si ripiana la perdita residua, per poi contestualmente ed obbligatoriamente, pena l'avvio di un procedimento di decadenza dell'autorizzazione, aumentare il capitale sociale almeno sino al limite di € 1.000.000. Va peraltro precisato che il detto aumento di capitale sociale sarà per forza di cose (in assenza di un patrimonio netto eccedente il capitale sociale) riconducibile alla fattispecie dell'aumento oneroso, sottoposto, in quanto tale, come meglio di seguito riportato, al controllo preventivo della Autorità ex art. 66 del D.P.R. 207/2010. Pertanto, dovrà essere presentata alla Autorità un'istanza preventiva all'operazione di riduzione – ripianamento capitale sociale, avente ad oggetto l'autorizzazione all'acquisto delle nuove azioni da emettere a seguito dell'esecuzione dell'aumento di capitale e contenente le prescrizioni che saranno di seguito meglio riportate.

E' importante segnalare che qualora i soci della SOA ricorressero all'apporto di terzi soggetti, sotto forma di versamenti in conto capitale, sarà necessario, ai fini del rispetto dei principi di indipendenza e di corretta gestione, che l'istanza contenga una descrizione analitica delle condizioni economiche dell'operazione, con l'indicazione precisa: delle generalità del soggetto che effettua l'apporto, della sua capacità patrimoniale, delle eventuali garanzie concesse da terzi, come ad esempio il rilascio di fideiussione omnibus, pegno sulle azioni della SOA, leasing sulle azioni della SOA, ecc.; con l'ulteriore precisazione che l'eventuale costituzione in pegno delle azioni dovrà essere, del pari, preventivamente autorizzata dalla Autorità, ai sensi dell'art. 66 del D.P.R. 207/2010, visto che il pegno, quale contratto reale di garanzia, presuppone lo spossessamento delle azioni e soprattutto, per quel che più conta, ai fini della gestione della SOA e del rispetto del principio di indipendenza, l'attribuzione al creditore pignoratizio del diritto di voto e degli altri diritti incorporati nelle azioni, così come disposto ai sensi dell'art. 2352 del c.c., norma da ritenersi certamente applicabile alle SOA.

Infine, qualora la sottoscrizione dell'aumento di capitale, necessario a riportare quest'ultimo al minimo di legge di € 1.000.000, avvenisse in esecuzione di un patto parasociale tra soci, anche quest'ultimo contratto dovrà necessariamente essere comunicato alla Autorità, contestualmente alla comunicazione dell'istanza preventiva di acquisto ovvero, meglio, riprodotto a corredo dell'istanza, nel caso auspicabile che questo patto sia formalizzato per iscritto.

Nel caso in cui l'operazione di ripianamento del capitale non prevedesse apporti, finanziamenti o concessioni di garanzie da parte di terzi, oppure non avvenisse in esecuzione di un patto parasociale tra soci, tali circostanze andranno comunque, seppure in negativo, comunicate alla Autorità, sotto forma di dichiarazione sostitutiva.

- Si supponga che la SOA Alfa abbia un capitale sociale pari ad € 5.000.000, una riserva legale pari a € 200.000, una riserva sovrapprezzo pari a € 700.000 ed infine una riserva statutaria pari ad € 800.000. In questo caso, quindi, la SOA Alfa ha un patrimonio netto di € 6.700.000.

#### **capitale sociale riserva legale riserva sovrapprezzo riserva statutaria**

€ 5.000.000	€ 200.000	€ 700.000	€ 800.000
-------------	-----------	-----------	-----------

Si supponga, altresì, che in sede di approvazione del bilancio sia stata accertata una perdita di esercizio pari ad € 3.400.000. A seguito della suddetta perdita, le riserve verranno automaticamente azzerate. Poiché, però, l'ammontare della perdita anche in questo caso, come nel caso sub a), supera quello delle riserve, la parte residua della perdita, nel nostro caso pari ad €

1.700.000, finirà per intaccare per più di un terzo il capitale sociale. Si avrà pertanto la seguente rappresentazione

**capitale    riserva legale    riserva sovrapprezzo    riserva statutaria    sociale**

€ 5.000.000 - € 1.700.000 (perdita residua) = € 3.400.000	azzeramento riserva conseguente a: € 1.900.000 (perdita residua) - € 200.000 (riserva legale) = € 1.700.00 (perdita residua)	azzeramento riserva conseguente a: € 2.600.000 (perdita residua) - € 700.000 (riserva sovrapprezzo) = € 1.900.00 (perdita residua)	azzeramento riserva conseguente a: € 3.400.000 (perdita) - € 800.000 (riserva statutaria) = € 2.600.00 (perdita residua)
---	---	---	---

In questo caso troverà integrale applicazione la disciplina del codice civile contenuta nell'articolo 2446 c.c. Di conseguenza, gli amministratori della società dovranno convocare, senza indugio, l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti, che non necessariamente saranno rappresentati da una riduzione immediata del capitale sociale, ben potendo l'assemblea dei soci della SOA decidere di riportare "a nuovo" la perdita residua.

Qualora, però, l'assemblea dei soci decidesse di procedere immediatamente ad un'operazione sul capitale sociale, volta a ripianare la perdita residua pari a € 1.700.000, la stessa potrà ridurre il capitale in proporzione alla perdita residua (cd. riduzione facoltativa del capitale sociale) e, quindi, da € 5.000.000 ad € 3.400.000, oppure i soci potranno decidere di effettuare versamenti "in conto capitale e/o a fondo perduto" o a "copertura perdite" attraverso i quali "azzerare" la perdita residua senza operare sul capitale sociale. Inoltre, la SOA potrà, una volta ripianata la perdita residua, mediante riduzione del capitale sociale, decidere di riportare il capitale sociale fino agli originali € 5.000.000, deliberando un aumento oneroso del capitale sociale, per il quale andrà presentata apposita istanza secondo quanto meglio di seguito riportato.

Va precisato, tuttavia, che l'aumento in oggetto rappresenta una semplice facoltà e non un obbligo per la SOA, dato che il capitale sociale risultante dalla operazione di riduzione, è comunque pari ad € 3.400.000, cifra superiore al minimo fissato dall'art. 64, comma 2, del D.P.R.

207/2010.

Nel caso in cui, come precisato, i soci spontaneamente decidessero di effettuare versamenti in favore della società a titolo di versamenti cd. "a fondo perduto" o a titolo di "ripianamento perdite", la SOA dovrà comunicare preventivamente alla Autorità una descrizione analitica delle condizioni economiche dell'operazione, con l'indicazione precisa: delle generalità del soggetto che effettua l'apporto e della sua capacità patrimoniale.

Varrà, inoltre, quanto già precisato in occasione dell'esempio a) con riferimento ad apporti di soggetti terzi, nonché l'obbligo di rilasciare dichiarazione sostitutiva in negativo, nel caso in cui l'operazione di ripianamento della perdita non prevedesse apporti, finanziamenti o concessioni di garanzie da parte di terzi, oppure non avvenisse in esecuzione di un patto parasociale tra soci.

- Si supponga che la SOA Alfa abbia un capitale sociale, sottoscritto e versato, pari ad € 1.000.000, senza alcuna riserva, e pertanto vanti un patrimonio netto coincidente con il capitale sociale.

**capitale sociale riserva legale riserva sovrapprezzo riserva statutaria**

€ 1.000.000	-	-	-
-------------	---	---	---

Si supponga, altresì, che la SOA subisca una perdita di esercizio e/o di bilancio pari ad € 10.000. A seguito della suddetta perdita, il capitale sociale, data la sua coincidenza con il patrimonio netto della società, scenderà sotto il minimo prescritto dall'art. 64, comma 2, del D.P.R. 207/2010. Si avrà pertanto la seguente rappresentazione:

<b>capitale sociale</b>	<b>riserva legale</b>	<b>riserva sovrapprezzo</b>	<b>riserva statutaria</b>
€ 1.000.000 - € 10.000 (perdita) = € 990.000	-	-	-

In questo caso, la disciplina contenuta nel regolamento 207/2010 deroga in parte alla normativa prevista dal codice civile. Di fatti, ai sensi del già citato art. 2447 del c.c., le società azionarie debbono obbligatoriamente procedere alla riduzione del capitale sociale ed al contestuale riaumento dello stesso, almeno fino al minimo di legge, quando la perdita, oltre ad aver intaccato il minimo di legge, abbia anche eroso per più di un terzo il capitale sociale. Nel caso della SOA, invece, il principio normativo della necessaria presenza di un patrimonio netto, pari ad € 1.000.000, impone alla medesima SOA un'applicazione più rigorosa del suddetto regime, del resto pienamente coerente con la funzione pubblicistica svolta dalla SOA. In tal caso, pertanto, quest'ultima, diversamente da quanto prescritto dall'art. 2447 c.c., ed in conformità all'art. 64, comma 2, del D.P.R. 207/2010, sarà tenuta tempestivamente a ridurre il capitale sociale in proporzione alla perdita subita, indipendentemente dal loro ammontare, per poi obbligatoriamente riaumentare il capitale fino al suddetto limite di € 1.000.000.

Peraltro, è importante segnalare che qualora i soci della SOA ricorressero all'apporto di terzi soggetti, sotto forma di "finanziamenti" e/o versamenti in conto capitale, varrà quanto già precisato in occasione degli esempi a) e b).

Inoltre, il rispetto del canone generale della buona fede, anche in presenza di perdite minime, rilevate in sede di approvazione del bilancio di esercizio, le quali non diano luogo per ipotesi alle operazioni obbligatorie di ripianamento del capitale sociale sopra riportate, imporrà che queste andranno comunque prontamente comunicate dall'organo di gestione (o in caso di inerzia, dall'organo di controllo) all'Autorità. Qualora, invece, l'entità della minusvalenza, in rapporto all'entità del patrimonio netto, determini la necessità di un'operazione sul capitale del tipo di quelle ipotizzate negli esempi di cui alle lettere a), b) e c) di cui sopra, andranno, altresì, comunicati i provvedimenti che la SOA intende adottare al fine di salvaguardare il possesso del requisito generale in esame.

In caso contrario, la SOA potrà essere sanzionata dall'Autorità con una pena pecuniaria ai sensi del combinato disposto degli artt. 70, 1° comma lett. a) e 73, 2° comma lett. b) del d.PR: n. 207/2010, così come esplicitato anche al punto 1.8. delle Linee guida operative, allegate alla Determinazione n. 1 del 15 marzo 2011, fermo restando che il venir meno del requisito del capitale – patrimonio netto minimo di € 1.000.000 è motivo di decadenza dell'autorizzazione, ai sensi dell'art. 73, comma 4, lett. a), del richiamato regolamento.

## **Aumento di capitale gratuito, in relazione con l'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010.**

Fatte queste doverose precisazioni, quanto alla questione più specifica dell'aumento del capitale sociale, appare opportuno un intervento dell'Autorità, non avendo quest'ultima mai formulato alcun atto di indirizzo in materia. Infatti, il comunicato n. 56/2009, nel dettare le prescrizioni cui le SOA devono attenersi, limitatamente al caso di nulla osta per il trasferimento di partecipazione azionarie, non prende in considerazione la fattispecie dell'aumento del capitale sociale, affrontando esclusivamente la tematica dell'acquisto che rinviene la sua fonte in un atto di trasferimento da parte dei soci attuali, potendo ingenerare, così, la convinzione che solo in quest'ultimo caso occorra la presentazione dell'istanza di nulla osta all'Autorità.

Con la presente, quindi, si forniscono le regole che le SOA dovranno seguire.

Al riguardo, occorre preliminarmente distinguere le diverse tipologie dell'aumento del capitale sociale previste dall'ordinamento giuridico.

L'aumento gratuito del capitale sociale, disciplinato nell'articolo 2442 c.c., è caratterizzato dalla circostanza che l'aumento viene eseguito imputando a capitale tutto o parte del netto patrimoniale e, quindi, vincolando a capitale una ricchezza che è già nella disponibilità della società. Per questo, siffatta operazione viene anche definita "nominale", con ciò volendosi rimarcare che all'aumento del capitale sociale non corrisponde un aumento del netto patrimoniale della società, che rimane per ciò invariato.

Presupposto dell'aumento gratuito del capitale sociale è, quindi, la presenza di un patrimonio netto eccedente la cifra del capitale sociale<sup>4</sup>.

La particolare caratteristica di questo tipo di aumento influisce anche sulla disciplina giuridica, come confermato dalla lettera dell'art. 2442 c.c., il quale sancisce che l'operazione in oggetto, ove si realizzi mediante assegnazione di nuove azioni<sup>5</sup>, deve avvenire proporzionalmente, al fine di evitare, data l'assenza di nuovi apporti, che vi siano alterazioni nella partecipazione al capitale sociale da parte dei soci.

Il carattere della proporzionalità, proprio di questo tipo di aumento, e, cioè, la necessità che le azioni emesse a fronte di detto aumento siano assegnate in proporzione ai soci, e, quindi, senza alterare, né la composizione della compagine sociale, né la misura di partecipazione dei soci al capitale suddetto, nonché l'assenza di nuovi apporti, data la natura gratuita dell'aumento, porta di per sé ad escludere qualunque tipo di controllo preventivo da parte dell'Autorità visto che nessuna variazione sulla compagine sociale viene realizzata con la suddetta operazione. Inoltre, l'assenza di nuovi conferimenti da parte dei soci oppure dei terzi, elimina in radice la necessità di procedere alla verifica della capacità reddituale/patrimoniale degli acquirenti delle nuove azioni, così come disposto con il Comunicato n. 56/2009.

Pertanto, qualora la SOA decidesse di aumentare il capitale sociale gratuitamente, ove sussistenti i presupposti di legge, nessuna autorizzazione preventiva andrà richiesta alla Autorità.

Tuttavia, nel caso in esame, un controllo sul merito dell'operazione da parte della Autorità, seppur ex post, è pur sempre necessario, dato che il D.P.R. 207/2010, nel richiedere il requisito del

capitale – patrimonio netto minimo, impone alla Autorità di vigilare sul rispetto, da parte delle SOA, del detto requisito. D'altra parte, alla stregua del richiamato principio, l'Autorità è anche chiamata a controllare le poste del netto patrimoniale che sono state vincolate a capitale dalle SOA. Ciò, non tanto per verificare le condizioni di legalità dell'operazione descritte dall'art. 2442 c.c., in forza del quale si possono imputare a capitale solo "... le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili", condizioni che sono soggette al controllo di legalità da parte del notaio che obbligatoriamente è chiamato, ai sensi dell'art. 2436 c.c., a verbalizzare la riunione dell'assemblea straordinaria, e che si presuppone, quindi, siano rispettate; **quanto, piuttosto, a valutare la provenienza della provvista attraverso la quale si è costituita la riserva. Ciò, in quanto la valutazione nel merito del meccanismo di formazione della riserva è funzionale al controllo, da parte della Autorità, del rispetto del principio di indipendenza e di corretta gestione di cui all'art. 64, comma 4, del D.P.R. n. 207/2010.**

Si supponga, ad esempio, che si utilizzi una "riserva" formata con apporti di terzi a fondo perduto, apporti, quindi, che in forza della loro causa non danno diritto alla restituzione di quanto versato e che sembrerebbero rappresentare il presupposto circa la presenza di un socio occulto nella SOA. Oppure, che si impieghino riserve formatesi con la rinuncia alla restituzione di finanziamenti effettuati da terzi o da soci della SOA, magari quelli di maggioranza, capaci di alterare, seppur solo di fatto, i rapporti tra soci, e quindi di incidere, seppur indirettamente, sulla corretta gestione e sul principio di indipendenza.

Per rendere effettivo tale controllo da parte della Autorità, è necessario, quindi, che la SOA comunichi preventivamente, cioè prima di procedere all'operazione di aumento gratuito del capitale sociale, le condizioni dell'operazione, indicando la provenienza del denaro utilizzato per la formazione della riserva disponibile da impiegare a capitale secondo le modalità riportate nel facsimile di comunicazione contenuto nell'allegato al presente comunicato.

**Peraltro, tale comunicazione, in quanto non integrante una istanza di autorizzazione preventiva, non preclude l'esecuzione dell'aumento gratuito di capitale, che potrà, quindi, certamente essere realizzato dalla SOA.**

Inoltre, la SOA, una volta perfezionato l'aumento gratuito del capitale sociale, dovrà inoltrare una comunicazione successiva (all'Autorità), da effettuarsi entro trenta giorni dalla data di iscrizione nel registro delle imprese competente della delibera dell'assemblea straordinaria della società. Detta comunicazione dovrà essere corredata dalla copia del corrispondente verbale notarile relativo alla delibera dell'assemblea straordinaria.

E ciò vale, ovviamente, anche nell'ipotesi in cui l'aumento gratuito del capitale sociale venga utilizzato dalle SOA per ottemperare a quanto disposto dall'art. 64, comma 2, dal D.P.R. 207/2010 in ordine al rispetto del requisito della sussistenza di un capitale sociale, almeno pari a € 1.000.000,00.

**Al riguardo, quanto contenuto nel facsimile di comunicazione preventiva di cui sopra dovrà essere comunicato alla Autorità, entro 30 giorni dalla pubblicazione del presente comunicato, da quelle SOA che avessero già provveduto ad operazioni di aumento gratuito del capitale sociale, precedentemente alla predetta pubblicazione.**

## **Aumento di capitale a pagamento, in relazione con l'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010.**

L'aumento oneroso del capitale sociale trova per le S.p.A. una compiuta disciplina negli artt. 2438 e ss. c.c.

Per quanto riguarda le sue possibili interrelazioni con l'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010, occorre segnalare come da un punto di vista letterale, la norma da ultimo citata (cfr. 3° comma) sembrerebbe senz'altro ricomprendere anche l'acquisto di azioni realizzato in forza di un aumento oneroso di capitale sociale.

La norma prevede, infatti, la necessità del rilascio del nulla osta da parte dell'Autorità in caso di **acquisto a qualsiasi titolo** di una o più partecipazioni azionarie.

In riferimento alla fattispecie, la lettera della legge appare rafforzata dalla necessità di sottoporre al controllo preventivo dell'Autorità non solo e non tanto i trasferimenti delle azioni ma principalmente **ogni variazione della compagine sociale delle SOA** a prescindere dal titolo o fonte giuridica di tale variazione.

La funzione pubblicistica svolta da queste ultime società nell'ambito del settore della qualificazione, impone, infatti, da parte delle SOA, il rispetto di taluni requisiti e principi che sono funzionali a salvaguardare la detta funzione (pubblicistica).

Si allude, in primo luogo, al rispetto del principio di indipendenza ed imparzialità che opera anche per la compagine sociale, come confermato, sul piano normativo, dall'art. 64, 4° comma del D.P.R. 207/2010.

E, in secondo luogo, al rispetto dei requisiti generali che il regolamento richiede anche per i soci, secondo il dettato dell'art. 64, 6° comma, lett. d), e), f) e g).

E' chiaro come questi principi potrebbero risultare compromessi o disattesi qualora l'Autorità indirizzasse il controllo esclusivamente in riguardo ai trasferimenti operati dal socio nell'ambito di un'attività di vendita e/o comunque di cessione, ed escludesse, all'opposto, la diversa ipotesi dell'aumento oneroso di capitale sociale, che può dar luogo ad una variazione della misura delle partecipazioni azionarie, oppure ad un ingresso di terzi nella compagine sociale.

E' necessario, pertanto, premettere i principi che governano la fattispecie dell'aumento del capitale sociale a pagamento. L'aumento oneroso, si caratterizza per la necessaria presenza di nuovi apporti di capitale sociale che possono essere richiesti ai soci, oppure ai terzi, a seconda della concreta articolazione che l'aumento del capitale sociale può presentare.

In tal caso, alla delibera dell'assemblea deve seguire necessariamente la conclusione di un apposito contratto (c.d. negozio di sottoscrizione) in forza del quale i soci (o in loro vece i terzi) si obbligano ad effettuare gli apporti in denaro (o di altri beni) in favore della società, ed, in corrispettivo, ricevono le azioni emesse secondo il programma contrattuale meglio specificato nella relativa delibera.

Nell'ambito di questo procedimento, la delibera ha il valore e la natura di una vera e propria proposta contrattuale. Tuttavia, neppure la conclusione dei suddetti contratti di sottoscrizione che

si vengono a “saldare” con la delibera, è sufficiente per il perfezionarsi del procedimento di aumento del capitale sociale.

Dispone, infatti, la legge che occorre un ulteriore atto degli amministratori con il quale si attesta che l'aumento di capitale sociale è stato eseguito, atto che deve, poi, essere iscritto nel registro delle imprese. Solo a seguito di questo ultimo adempimento, l'aumento di capitale sociale può essere menzionato negli atti della società<sup>6</sup>.

Inoltre, si deve tener conto di alcune varianti che il procedimento di aumento del capitale sociale può presentare. Va, infatti, considerato che le azioni offerte in sottoscrizione non necessariamente vengono sottoscritte integralmente dai destinatari della proposta.

Questi ultimi potrebbero anche decidere di non sottoscrivere o decidere di sottoscrivere solo in parte. Si ricollega a questa possibilità, la distinzione tra aumento inscindibile ed aumento scindibile. La prima ipotesi - aumento inscindibile - si riferisce a quella situazione in cui l'aumento, per essere efficace, deve essere integralmente sottoscritto. E' questa, l'ipotesi disciplinata dall'art. 2439, 2° comma, c.c., come ipotesi legale.

Tuttavia l'assemblea, derogando alla detta previsione, può disporre la c.d. scindibilità e, cioè, la possibilità che l'aumento possa dirsi eseguito ed acquistare efficacia anche se sottoscritto solo in parte<sup>7</sup>.

I destinatari dell'offerta di aumento di capitale sociale: il diritto di opzione e il diritto di prelazione.

Al fine di salvaguardare i diritti patrimoniali ed amministrativi dei soci, che sono strettamente correlati alla misura della partecipazione al capitale sociale da ciascun socio detenuta, l'ordinamento riconosce loro il diritto di opzione e, cioè, il diritto (potestativo) di sottoscrivere parte dell'aumento di capitale sociale.

Inoltre, il disposto dell'art. 2441, comma 3, c.c. riconosce ai soci il diritto di prelazione sulle azioni non optate dagli altri soci, a condizione che abbiano esercitato il diritto di opzione loro spettante.

Quest'ultimo diritto, che viene considerato autonomo, seppur accessorio, rispetto al diritto di opzione, ha come contenuto il diritto di sottoscrivere le azioni offerte in opzione agli altri soci che sono rimaste inoptate e, cioè, che non sono state sottoscritte dai soci mediante esercizio del diritto di opzione.

L'atteggiarsi degli atti di esercizio di questi diritti (diritto di opzione e di prelazione) da parte dei soci, può in concreto determinare profonde variazioni nella misura di partecipazione al capitale sociale. Se ad esempio **soltanto** alcuni dei soci esercitano il diritto di opzione, è facile comprendere come la parziale sottoscrizione dell'aumento (nel caso di aumento scindibile) finisca per incidere sugli equilibri azionari, determinando un innalzamento della quota di capitale sociale detenuta dal socio che ha esercitato il proprio diritto di opzione, a scapito del o dei soci che, invece, non avendo esercitato i loro diritti, vedono diminuirsi la propria quota di capitale sociale.

E lo stesso può avvenire per il caso dell'esercizio del diritto di prelazione.

E' indubitabile che tali variazioni in aumento della partecipazione al capitale da parte di alcuni soci (a scapito degli altri), potrebbe in concreto determinare la compromissione del principio di indipendenza a seguito del superamento di una determinata soglia di capitale sociale detenuto da detti soci.

La stessa alterazione della misura di partecipazione al capitale da parte dei soci può avvenire, in sede di aumento oneroso di capitale sociale, anche nel caso di **assegnazione di azioni non proporzionale alla sottoscrizione**, così come disposto a seguito della riforma organica delle società di capitali, dall'art. 2346, comma 4, ultima parte, c.c., istituto ritenuto applicabile anche al caso dell'aumento oneroso del capitale sociale. Si tratta di una innovazione che introduce l'elemento della contrattualizzazione tra soci nella sottoscrizione di azioni, consentendo, altresì, che le azioni siano sottoscritte e liberate in tutto o in parte da un socio ma siano assegnate ad altri soci, che risultano quindi "beneficiari" di tale acquisto.

Come la dottrina ha chiarito, la sottoscrizione non proporzionale di azioni può essere sorretta da diverse cause, che vanno di volta in volta, in concreto, accertate. Ciò che rileva, in tema di SOA, è che tale strumento, di per sé pienamente lecito, può rappresentare la prova dell'esistenza di soggetti che vantino un peso nella SOA maggiore di quello che le intestazioni formali delle azioni potrebbero far pensare. Si pensi, ad esempio, al caso di un socio che, in forza delle sue conoscenze nel settore dei lavori pubblici, sia in grado di assicurare alla SOA maggiori contatti con le imprese da attestare, senza però rivestire la funzione di promotore commerciale. Ebbene, egli potrebbe, proprio in forza di tale "know how", ottenere l'assegnazione di azioni liberate dagli altri soci. Si tratta, quindi, di un istituto che può incidere nel concreto sul profilo della corretta gestione e del rispetto del principio di indipendenza. Per questo, l'assegnazione non proporzionale di azioni, in sede di aumento del capitale sociale, deve essere sempre comunicata, anche in negativo, al momento della presentazione dell'istanza di nulla osta alla Autorità.

**In conclusione, sulla base di quanto sopra riportato, appare indispensabile che, in presenza di una fattispecie di aumento oneroso del capitale sociale, i soci e la SOA forniscano all'Autorità, successivamente all'avvenuta pubblicazione nel Registro delle Imprese dell'offerta di opzione (art. 2441, comma due c.c.), una volta scaduto il termine per l'esercizio del relativo diritto, le decisioni dei soci in ordine all'esercizio del diritto di opzione e, ciò, al fine di consentire all'Autorità la valutazione delle variazioni che subirà la compagine sociale.**

Inoltre, va rilevato che il diritto di opzione può essere ceduto dai soci a terzi oppure ad altri soci. Del resto il diritto di opzione è un diritto potestativo avente ad oggetto il potere di sottoscrivere un certo numero di nuove azioni. Si tratta, quindi, di un diritto a contenuto patrimoniale e, come tale, cedibile. Tuttavia va ricordato che a livello normativo la cessione del diritto di opzione è testualmente prevista solo per le società quotate (cfr. art. 2441, 3° comma ultima parte ).

Questo silenzio non ha, però, impedito alla dottrina ed alla giurisprudenza di ammettere, sulla base dei principi che regolano l'autonomia **negoziale** dei privati, la possibilità della suddetta cessione anche per le società non quotate.

Di conseguenza, con riferimento all'aumento di capitale di una SOA, si potrebbe verificare l'ipotesi della cessione, da parte di uno o più soci, del diritto di opzione ad essi spettante a favore di un terzo estraneo alla compagine sociale.

In questo ultimo caso, però, il terzo dovrà presentare alla SOA e, per il tramite di questa, all'Autorità, l'istanza, corredata della relativa documentazione di seguito riportata, per l'acquisto delle azioni che saranno emesse nel corso dell'aumento del capitale sociale, che egli ha diritto di sottoscrivere proprio in forza del diritto di opzione, nel frattempo acquistato. Tuttavia, l'istanza, in questo caso, dovrà anche indicare, al fine di consentire l'accertamento del requisito patrimoniale reddituale in capo al terzo che acquista le azioni, il prezzo di acquisto del diritto di opzione, con l'indicazione analitica delle modalità di pagamento dello stesso.

Inoltre, per evidenti ragioni sistematiche, la disciplina richiamata, in ordine alla necessità dell'autorizzazione preventiva relativa all'acquisto delle azioni emesse, deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui i soci oppure i terzi acquistino le azioni del socio receduto dalla società, secondo il procedimento di liquidazione delineato dall'art. 2437 quater c.c.

La delibera dell'assemblea dei soci di aumento del capitale, sia esso scindibile o inscindibile, deve prevedere un termine finale di sottoscrizione (cfr. art. 2439, 2° comma, c.c.) entro il quale i soci, oppure i terzi, devono accettare la proposta contenuta nella stessa delibera. La legge non fornisce nessuna indicazione sulla durata di questo termine se si eccettua la necessità che esso rispetti quello per l'esercizio del diritto di opzione<sup>8</sup>.

Questi termini (quello per l'esercizio del diritto di opzione e quello per l'esercizio del diritto finale di sottoscrizione), devono essere coordinati con quello previsto dall'art. 66, 4° comma del D.P.R. n. 207/2010, il quale individua il termine di sessanta giorni, entro il quale l'Autorità può vietare il trasferimento della partecipazione azionaria.

Al riguardo, l'art. 66 del D.P.R. n. 207/2010 si sovrappone, in quanto norma speciale, ai termini previsti dalla normativa codicistica. Di conseguenza, di seguito alla deliberazione in ordine all'aumento di capitale sociale, decorrerà, a far tempo dalla ricezione dell'istanza di nulla osta preventivo da parte della Autorità, il termine di sessanta giorni entro il quale l'Autorità potrà autorizzare o vietare l'acquisto delle azioni, termine durante il quale – al fine di rispettare il disposto dell'art. 66 del vigente regolamento che prescrive il rilascio di un nulla osta preventivo – non potrà essere data esecuzione alla relativa delibera. Inoltre, il termine finale di sottoscrizione, che deve essere previsto nella delibera dell'aumento di capitale, comincerà a decorrere dalla comunicazione dell'avvenuto rilascio del nulla osta.

Di conseguenza, la necessità di integrare con l'art. 66 del vigente regolamento sulla qualificazione il procedimento in tema del capitale sociale, determina l'impossibilità di procedere ad una sottoscrizione contestuale alla data di assunzione della delibera assembleare, dato che tale sottoscrizione verrebbe a contraddire il carattere preventivo della autorizzazione da parte dell'Autorità.

Pertanto, solo una volta ottenuta l'autorizzazione all'operazione, la SOA potrà procedere all'esecuzione della relativa delibera, e quindi alla sottoscrizione delle azioni.

Appare doveroso, inoltre, precisare che il procedimento di aumento del capitale, che si compone come detto - della delibera / proposta di aumento del capitale sociale, dell'offerta di opzione ai soci delle nuove azioni, del negozio di sottoscrizione, della previsione della scindibilità / inscindibilità dell'aumento, della fissazione del termine finale di sottoscrizione ed infine, del

deposito, presso il registro delle imprese, dell'attestazione di avvenuta esecuzione dell'aumento del capitale sociale – può subire, nella pratica, un'inversione cronologica dei vari momenti del procedimento. Ciò avviene quando i soci, prima che venga deliberato l'aumento oneroso del capitale, effettuano versamenti in denaro nella previsione che la società deliberi in futuro un aumento di capitale, denominati "versamenti in conto futuro aumento di capitale". La dottrina e la giurisprudenza hanno affermato come la causa di detti versamenti è rappresentata dalla partecipazione ad un futuro aumento oneroso del capitale sociale. Al riguardo, sotto il profilo dell'appostamento contabile, si è precisato come si sia in presenza di poste non definitivamente acquisite al patrimonio della società, essendo la definitiva acquisizione di tali poste subordinata alla condizione della delibera di aumento oneroso del capitale sociale. In questo caso, quindi, diversamente dall'ipotesi "ordinaria", si avrebbe un'inversione dei momenti del procedimento, nel senso che il detto versamento da parte dei soci, che nel procedimento ordinario ha il valore di esecuzione dell'accettazione della proposta contenuta nella delibera di aumento, vale come proposta alla società per un aumento del capitale sociale, laddove la delibera di aumento assume il valore di accettazione di tale proposta, consentendo così alla società l'incameramento definitivo di quelle poste. Anche in questo caso, e sempre per assicurare il rispetto del requisito reddituale – patrimoniale, deve essere comunicato alla Autorità, in modo analitico, il meccanismo di formazione di detta "riserva", con l'indicazione precisa delle generalità del soggetto che effettua l'apporto, della sua capacità patrimoniale, delle eventuali garanzie concesse da terzi, ove l'apporto trovi ragione in un finanziamento concesso da terzi soggetti, come ad esempio il rilascio di fideiussione omnibus, pegno sulle azioni della SOA, leasing sulle azioni della SOA, ecc.

Infine, quanto precisato in ordine all'aumento oneroso del capitale sociale vale anche nel caso in cui tale aumento sia posto a servizio di un prestito obbligazionario convertibile, così come disposto dall'art. 2420 bis, comma 2, c.c.

#### **Esclusione o limitazione del diritto di opzione:**

Il diritto di opzione ed il diritto di prelazione possono essere esclusi dalla delibera di aumento del capitale sociale solo nei casi previsti dall'art. 2441, comma 4, (in presenza di un conferimento in natura), comma 5 (quando l'interesse della società lo esige) e ultimo comma, c.c. (nel caso dell'offerta in sottoscrizione di azioni ai dipendenti).

La prima ipotesi (conferimenti in natura) si spiega nell'ottica di assecondare l'interesse della società ad acquisire un determinato bene infungibile (si pensi ad es. ad uno stabilimento o ad un immobile da adibire a sede sociale) che è di proprietà di un soggetto estraneo alla compagine sociale o che è di proprietà di uno dei soci.

In questi casi la società potrebbe acquisire il bene, o per il tramite di un contratto di compravendita e, quindi, pagandone il prezzo, o potrebbe decidere di emettere un numero di azioni di valore corrispondente al valore dell'immobile da conferire quindi in società. Qualora la SOA optasse per l'aumento di capitale, la stessa dovrà offrire le azioni esclusivamente al proprietario dell'immobile il quale, come corrispettivo, conferirà in proprietà il bene stesso.

La seconda ipotesi, invece, è più generica in quanto giustifica l'esclusione (o la limitazione del diritto di opzione) in presenza di un interesse della società (nel nostro caso della SOA) che non

risulta predeterminato per legge e che, quindi, è rimesso alla valutazione dell'organo di gestione dell'ente.

In tali due ipotesi il procedimento di aumento del capitale sociale si arricchisce di ulteriori fasi che si giustificano nell'ottica di tutelare i soci attuali che subiscono, proprio a seguito della compromissione del diritto di opzione, l'ingresso nella compagine sociale di un terzo estraneo. Nell'ottica di tutela dei soci è, tra l'altro previsto, un particolare meccanismo di determinazione del prezzo delle azioni che devono essere emesse con sovrapprezzo (cfr. art. 2441, 6° comma, c.c.), al fine di salvaguardare i diritti patrimoniali dei soci.

Questa ipotesi (aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione) produce sulla compagine societaria conseguenze ancor più rilevanti di quella esaminata in precedenza, in quanto da luogo all'ingresso di soggetti estranei alla compagine sociale, con la conseguente necessità di un controllo preventivo da parte dell'Autorità, sulla base di quanto previsto dal più volte citato art. 66 del regolamento.

In tali casi la SOA dovrà preventivamente comunicare la delibera assembleare di aumento con esclusione del diritto di opzione. Al riguardo, si ricorda che la delibera di esclusione del diritto di opzione deve prevedere le ragioni dell'esclusione di tale diritto, ragioni che devono, quindi, essere portate all'attenzione dell'Autorità. Inoltre, dovrà comunicarsi all'Autorità il nominativo del soggetto che intende sottoscrivere l'aumento di capitale sociale, indicando il numero di azioni che vengono a lui offerte con il relativo prezzo di acquisto, con l'indicazione analitica di quanto prescritto dall'allegato al presente comunicato.

In ultimo, si tralascia l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 2441 c.c., in quanto essa appare riferibile a realtà imprenditoriali diverse da quelle delle SOA.

### **Conferimenti a patrimonio nell'ambito della problematica dei cd. conferimenti atipici e principio di indipendenza delle SOA.**

A completamento delle problematiche relative al principio del capitale sociale - patrimonio netto minimo, va ricordato come tale disciplina si intersechi, in maniera spesso indissolubile, come del resto in parte già anticipato sopra quando si è accennato al tema dei versamenti in conto futuro aumento di capitale, in conto capitale o a fondo perduto e/o a titolo di ripianamento perdite, con la tematica dei conferimenti a patrimonio, meglio noti con il termine di "conferimenti atipici".

Si tratta di apporti di denaro o di altri beni che possono essere effettuati da soci oppure da terzi che sono caratterizzati dall'essere "imputati" direttamente a patrimonio, al di fuori cioè delle rigide regole previste per i conferimenti in senso tecnico che sono invece destinati direttamente ad incidere, elevandolo, sul capitale sociale.

Di norma, questi conferimenti a patrimonio, che prendono anche il nome di "finanziamenti in senso aziendalistico", sono tradizionalmente distinti dai "finanziamenti in senso tecnico" che i soci oppure i terzi possono decidere di effettuare in favore delle società sottocapitalizzate.

La distinzione tra questi tipi di apporti trova il fondamento nell'assenza (versamenti a patrimonio) o nella presenza (finanziamenti in senso tecnico) del diritto alla restituzione di quanto apportato

alla società. Questa distinzione ha, tra l'altro, trovato un importante referente normativo, a seguito della riforma organica delle società di capitali, nell'articolo 2424 c.c. il quale, per la prima volta, prevede una disciplina relativa all'appostamento contabile dei finanziamenti in senso tecnico effettuati dai soci alla società, prevedendo, alla lettera D) (voce debiti) n. 3) del passivo dello stato patrimoniale, la voce "debiti verso soci per finanziamenti". Questa previsione normativa, oltre a fornire un elemento di chiarezza in una materia totalmente dominata dalla prassi, ha per la prima volta consentito di distinguere, sotto il profilo contabile, i finanziamenti in senso tecnico dai versamenti o conferimenti a patrimonio effettuati dai soci.

Del resto, la tematica degli apporti fuori capitale è stata ulteriormente disciplinata dall'art. 2467 c.c., norma che, nonostante la sua collocazione nella disciplina delle società a responsabilità limitata, è ritenuta applicabile per analogia anche alle società per azioni.

Peraltro, in relazione al tema specifico degli apporti a patrimonio, la prassi ha evidenziato come gli stessi non abbiano una causa "costante", essendo talvolta predisposti per rendere possibile un aumento oneroso del capitale sociale (cd. versamenti in conto futuro aumento di capitale), oppure trovino ragione nella necessità di capitalizzare la società in caso di sottocapitalizzazione nominale della stessa (versamenti a fondo perduto, versamenti in conto capitale sociale), ovvero ancora nella volontà di ripianare perdite di esercizio e/o di bilancio della società (cd. versamenti a copertura perdite).

Ebbene, appare indubitabile come i principi di indipendenza e di corretta gestione propri delle SOA, nonché la necessità di assicurare comunque il rispetto del requisito reddituale e/o patrimoniale, così come disposto dal Comunicato n. 56/2009, impongano una valutazione da parte della Autorità e richiedano, quindi, alle SOA una comunicazione di tali apporti, con indicazione analitica dei soggetti che li hanno effettuati, ivi compresi quelli di finanziamento in senso tecnico che, pur assicurando al soggetto che li ha effettuati un diritto alla restituzione, possono rappresentare, nel concreto, un forte condizionamento della compagine sociale e della struttura organizzativa della SOA, come l'esperienza della prassi dimostra, seppur limitatamente alle società azionarie ordinarie, oltre a nascondere il pericolo di soci occulti della SOA.

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2011

#### **ALLEGATO AL COMUNICATO N. 66 DEL 12 luglio 2011**

##### **DOCUMENTAZIONE DA PRESENTARE IN CASO DI ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE ALL'ACQUISIZIONE DI AZIONI PER EFFETTO DELL'AUMENTO ONEROSO DI CAPITALE SOCIALE**

L'istanza del soggetto che intenda esercitare il diritto di opzione e di prelazione, o che intenda acquisire partecipazioni azionarie di una SOA, deve essere comunicata all'Autorità, tramite la SOA previa valutazione da parte di quest'ultima dei presupposti di legittimità dell'operazione, corredata dalle seguenti indicazioni e documentazione: • Nel caso di acquirente delle azioni, già socio:

- l'istanza dovrà contenere le indicazioni sulle modalità di esercizio dei diritti di opzione e di prelazione.

In particolare, con riguardo al diritto di opzione, il socio deve dichiarare se intende esercitare il diritto per la totalità delle azioni offerte, oppure solo per una parte, ovvero che non intende esercitarlo. Deve, inoltre, indicare se intende cedere il diritto di opzione, precisandone il prezzo ed il destinatario dell'offerta.

Deve poi dichiarare se intende esercitare anche il diritto di prelazione<sup>9</sup>. L'istanza deve essere presentata contestualmente da tutti i soci e/o dai terzi acquirenti delle azioni al fine di consentire all'Autorità una valutazione complessiva degli atti di esercizio relativi ai suddetti diritti. Se è vero, infatti, che i negozi di sottoscrizione sono autonomi, in quanto vi sono tanti negozi quanti sono i soci (oppure i terzi) che sottoscrivono l'aumento, è altrettanto vero che l'Autorità ha l'esigenza di valutare complessivamente l'operazione di aumento del capitale sociale, in quanto il rispetto del principio di indipendenza può essere valutato compiutamente solo verificando l'operazione in modo complessivo. L'istanza presentata solo da alcuni soci e/o da alcuni acquirenti (in caso di più acquirenti delle azioni) sarà dichiarata improcedibile.

- Nel caso di terzo acquirente delle azioni non socio (in caso di esclusione del diritto di opzione o di acquisto del diritto di opzione dal socio): l'istanza dovrà contenere il numero delle azioni che si intendono acquistare, nonché il prezzo delle stesse.

In ordine alle modalità temporali delle sottoscrizioni: l'istanza dovrà essere presentata successivamente all'adozione dell'adunanza assembleare che ha deciso l'aumento del capitale sociale, ma prima della fase della sottoscrizione delle azioni, con la precisazione che il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 66, comma 4, del DPR n. 207/2010 decorrerà dalla data di ricezione dell'istanza al Protocollo generale dell'Autorità.

L'istanza che venisse presentata successivamente alla sottoscrizione delle azioni emesse con l'aumento del capitale sociale, sarà considerata illegittima per violazione dell'art. 66 del regolamento sulla qualificazione.

Per entrambi i suddetti casi di cui alle precedenti lett. a) e b), dovrà essere fornita - dal soggetto che intende esercitare il diritto di opzione e di prelazione, o che intende acquisire le partecipazioni azionarie della SOA - la seguente ulteriore documentazione:

- il CV aggiornato, alla data di presentazione dell'istanza, e completo [limitatamente al vecchio socio" di cui alla lett. a), rispetto a quello già presentato per l'acquisto delle vecchie azioni] dal quale si evincano, oltre ai dati anagrafici, in modo **analitico**, tutte le situazioni occupazionali e le esperienze lavorative nel frattempo esercitate, con dichiarazione sostitutiva di atto notorio che quanto riportato nel CV è ricomprensivo della totalità delle esperienze professionali fino ad allora maturate.
- stato civile: se coniugato, dovrà essere fornito l'estratto per riassunto dell'atto di matrimonio<sup>10</sup> da cui si evinca non solo lo stato (eventuale) di coniugio, ma anche il relativo regime patrimoniale<sup>11</sup>; se convivente, una dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, con la quale l'istante comunica le generalità complete del soggetto

- convivente; se non coniugato, tale status dovrà essere comprovato mediante consegna del certificato di stato libero rilasciato dai competenti uffici dello stato civile;
- stato di famiglia: dovrà essere fornito l'apposito documento rilasciato dagli uffici competenti ed, inoltre, il certificato, rilasciato sempre dagli uffici competenti, da cui si evincano i componenti del nucleo familiare "storico" dell'istante (padre, madre, eventuali fratelli e sorelle);
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti il prezzo di acquisto e le modalità ed i tempi di pagamento delle azioni e/o diritto di opzione;
- copia conforme delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni, che attesti la capacità reddituale e/o documentazione esaustiva che dimostri la capacità patrimoniale per il sostentamento dell'investimento; relativamente a questo requisito si deve tener conto che il prezzo di emissione delle azioni offerte in opzione e il prezzo per quelle offerte in prelazione non è detto che sia coincidente<sup>1\_\_2</sup> ;

Tenuto conto di ciò, l'istanza per l'acquisto delle azioni in prelazione dovrà essere prodotta allorquando sia stato già determinato il prezzo di emissione per le azioni non optate, al fine di consentire una valutazione della congruità da parte della Autorità del requisito reddituale e/o patrimoniale anche in riferimento alle azioni non optate;

- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti che nei suoi confronti non è pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n.1423 o non sussista una delle cause ostative di cui all'art. 10 della legge n. 575/1965, ovvero che nei suoi confronti non è stato emanato un provvedimento da cui derivi il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti che nei suoi confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per qualsiasi reato che incida sulla affidabilità morale o professionale, o per delitti finanziari<sup>13</sup> ;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti di non essersi reso responsabile di errore professionale grave formalmente accertato<sup>1\_\_4</sup> ;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti di non avere reso false dichiarazioni o fornito falsa documentazione in merito alle informazioni richieste o all'assenza di situazioni idonee a pregiudicare il requisito dell'indipendenza, o di non avere utilizzato con dolo o colpa grave documentazione dell'impresa, di cui agli articoli 78 e 79, non veritiera.
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell' art. 47 del DPR 445/2000, che attesti: la sussistenza di prestiti da soci in essere o deliberati, anticipazioni, apporti in natura. La dichiarazione dovrà relazionare le eventuali modifiche che l'ingresso come azionista potrà comportare alla composizione del Consiglio di amministrazione e degli altri organi societari, nonché alla *governance* della SOA stessa;
- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000, che attesti l'inesistenza di situazioni che possano pregiudicare il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori;

- dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell' art. 47 del DPR 445/2000, che attesti il rispetto delle condizioni previste dall'art. 66, comma 4, del D.P.R. 207/2010;
- nel caso di istanza presentata da una società o altra persona giuridica o ente non riconosciuto: a corredo dell'istanza dovrà essere fornito, nel caso di società, l'elenco soci aggiornato alla data dell'istanza (per le sole società azionarie) o la copia autentica del contratto costitutivo della società (per il caso di società di persone). Per gli enti diversi dalle società, dovrà essere fornita idonea documentazione comprovante i nominativi dei partecipanti all'ente ed eventualmente gli estremi di iscrizione dell'ente nel registro delle persone giuridiche;
- la descrizione delle azioni acquistate, la natura delle stesse e l'elenco degli eventuali specifici diritti societari e/o opzioni ad esse connessi.

**La SOA deve, inoltre, presentare un'istanza a cui allegare:**

copia della delibera dell'assemblea straordinaria avente ad oggetto l'aumento del capitale sociale, con indicazione necessaria:

1. del numero di azioni e del loro valore nominale, se espresso, che vengono emesse a seguito dell'aumento del capitale sociale;
2. della natura scindibile o inscindibile del capitale sociale;
3. del termine di esercizio del diritto di opzione e del termine di sottoscrizione dell'aumento;
4. dell'eventuale esclusione o limitazione del diritto di opzione;
5. dei criteri di determinazione del prezzo di emissione delle azioni offerte in opzione e di quelle offerte in prelazione, nonché del criterio di determinazione del prezzo delle azioni offerte ai terzi in caso di esclusione del diritto di opzione e/o di prelazione;

Dichiarazione sostitutiva del rappresentante legale della SOA, ai sensi dell' art. 47 del DPR 445/2000, che attesti:

1. che non sussistono ragioni che configurino che l'operazione societaria possa implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito della indipendenza per l'operato della SOA;
2. Il sussistere o meno delle conseguenze della operazione societaria in termini di stabilità, sostenibilità, sistema di governance ed efficienza gestionale della SOA.;
3. gli accertamenti, anche tramite visure camerali e acquisizione del certificato del casellario giudiziale, effettuati dalla SOA, in ordine a:
  - tutte le attività e gli incarichi ricoperti dall'acquirente delle azioni in enti, associazioni e società;
  - tutte le partecipazioni detenute dall'acquirente delle azioni, direttamente o indirettamente, nel capitale di enti, associazioni e società;
  - rispetto dei requisiti generali che il regolamento richiede anche per i soci, secondo il dettato dell'art. 64, 6° comma, lett. d), e), f) e g), del d.P.R. n. 207/2010;
4. in relazione a ciascun eventuale partecipazione anche indiretta, in modo adeguato ed oggettivo, con particolare riferimento all'oggetto sociale di ogni ente, i motivi per cui gli stessi non

contrastino con i principi di indipendenza, di imparzialità e non discriminazione, anche tenendo conto di situazioni di controllo e/o di collegamento con altri enti.

La SOA dovrà, inoltre, fornire il Piano triennale vigente (ove esistente) o altro documento programmatico analogo, evidenziando le eventuali conseguenze che gli amministratori della SOA prevedono su di esso nel caso di nulla osta al prospettato aumento di capitale. In relazione alle eventuali modifiche del Piano triennale, la SOA dovrà dimostrare come esse non influenzino l'indipendenza e la sostenibilità economica e finanziaria e la non discriminazione del suo operato.

La documentazione suindicata non pregiudica la possibilità per questa Autorità di chiedere ulteriori integrazioni o chiarimenti in ragione di specifiche esigenze inerenti l'istruttoria.

---

<sup>1</sup> Nel parere del 28 marzo 2007 la Commissione Consultiva osservò quanto segue:

“... quanto alla violazione della regola sul capitale sociale minimo, la Commissione ribadisce che tale regola vale non solo nel momento della costituzione della Soa, ma anche successivamente, tant'è che la diminuzione del capitale sociale al di sotto del minimo è motivo di revoca dell'autorizzazione (art. 7, comma 2, e art. 10, comma 5, del D.P.R. 34/2000). La Commissione, al riguardo, richiama un suo precedente parere del 17 aprile 2003, in cui si osservò: «la perdita di capitale con riduzione del patrimonio netto al di sotto della citata soglia del miliardo di lire, se non costituisce di per sé causa “tipica” di scioglimento della SOA ai sensi dell'art. 2448, n. 4, cod. civ., rappresenta una causa di revoca dell'autorizzazione ad operare come SOA ex art. 10, comma 5, del D.P.R. 34/2000 e, conseguentemente, una causa di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2448, n. 2, cod. civ.»”.

<sup>2</sup> Al riguardo, va precisato che le riserve statutarie, oltre ad essere distinte per la fonte da cui si origina la riserva stessa, distinguendosi così tra riserve legali, statutarie e facoltative, a seconda che la riserva sia prevista da un'espressa previsione normativa (ad esempio, riserva legale e riserva sovrapprezzo), oppure da una previsione statutaria (riserva statutaria) ovvero dalla assemblea ordinaria dei soci (riserva facoltativa), si distinguono ulteriormente sotto il profilo della concreta disciplina per il profilo della indisponibilità o disponibilità del netto patrimoniale destinato a riserva. Così, ad esempio, la riserva legale è una riserva indisponibile dalla legge (cfr. art. 2430 c.c. nella parte in cui si dice: “Dagli utili netti annuali deve essere dedotta una somma corrispondente almeno alla ventesima parte di essi per costituire una riserva, fino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale.”), così come, seppure a certe condizioni, la riserva sovrapprezzo. Le riserve statutarie, salva l'ipotesi in cui sia espressamente previsto un vincolo di destinazione, sono all'opposto disponibili attraverso però una apposita delibera dell'assemblea straordinaria dei soci, così come, del resto, le riserve facoltative. Ebbene, a giudizio della Cassazione, la disciplina delle riserve, sotto il profilo della disponibilità – indisponibilità, rileva nell'ambito della disciplina della riduzione obbligatoria del capitale sociale nel senso che le riserve che, come è noto, data la loro funzione di protezione del capitale sociale, sono le voci del netto patrimoniale che vengono per prime assorbite dalle perdite, secondo, tuttavia, un meccanismo che azzerà prima le riserve disponibili e solo successivamente, qualora le perdite non siano state integralmente riassorbite, le riserve indisponibili. Così, ad esempio, nel caso appena prospettato, qualora la SOA avesse subito perdite di bilancio e/o di esercizio per €

900.000, secondo il meccanismo appena delineato, tali perdite verranno assorbite in primo luogo dalla riserva statutaria che viene conseguentemente azzerata, e poi, la perdita residua di € 100.000 andrà ad intaccare necessariamente la riserva sovrapprezzo azioni, la quale, per effetto di tale meccanismo di ripianamento perdite, si riduce ad € 600.000.

- <sup>3</sup> Si ricorda che l'art. 2447 c.c. ricollega la riduzione obbligatoria del capitale sociale ed il contemporaneo aumento dello stesso ad una cifra non inferiore al minimo di legge alla ricorrenza del duplice presupposto di una perdita che abbia intaccato più di un terzo del capitale sociale oltre che alla discesa di quest'ultimo, proprio per effetto di tale perdita, al di sotto del minimo legale. Infatti l'art. 2447 c.c., in riferimento a tale ultimo presupposto, rinvia all'art. 2327 c.c. che, come ricordato, fissa il capitale sociale della S.p.A. in € 120.000. Ebbene, appare doveroso sottolineare che, relativamente alle SOA, il riferimento al capitale minimo deve essere riferito, più che all'art. 2327 c.c., all'art. 64, comma 2, del D.P.R. 207/2010.
- <sup>4</sup> La nozione di patrimonio netto non risulta di fatti del tutto coincidente con quella del capitale sociale, come può desumersi dall'art. 2424 c.c., lettera A) della voce "passivo". Giova, infatti, ricordare che detta voce (patrimonio netto), oltre ad essere formata dal capitale sociale, risulta composta anche da altre voci, quali la riserva legale, la riserva sovrapprezzo, la riserva da rivalutazione, le riserve statutarie, la riserva azioni proprie, altre riserve, utili o perdite portati a nuovo, utili o perdite di esercizio.
- <sup>5</sup> Si ricorda che, diversamente dall'aumento oneroso, l'aumento gratuito del capitale sociale può avvenire anche senza l'emissione di nuove azioni: dispone, infatti, l'art. 2442, 3° comma c.c. che: "L'aumento di capitale sociale può attuarsi anche mediante **aumento del valore nominale** delle azioni in circolazione".
- <sup>6</sup> Cfr: art. 2444 c.c.: "Nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato conseguito. Fino a che l'iscrizione nel registro non sia avvenuta, l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società".
- <sup>7</sup> Ovviamente, ciò non vale per il caso dell'aumento del capitale sociale di una SOA, necessario per adeguare lo stesso al minimo legale di un milione di euro. Se, per ipotesi, la SOA, che ha un capitale pari ad € 516.000, delibera di aumentare il capitale ad € 1.000.000, in tale ipotesi, stante il limite legale, l'aumento non potrà che essere inscindibile e ciò dovrà essere espressamente indicato nell'istanza da inoltrare alla Autorità.
- <sup>8</sup> Per il quale l'art. 2441, 2° comma c.c. prevede un termine minimo di trenta giorni. Dispone, tale norma, testualmente: "L'offerta di opzione deve essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese. Salvo..... deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dalla pubblicazione dell'offerta".
- <sup>9</sup> Si ricorda che il disposto dell'art. 2441 c. c. 3° comma stabilisce che: "Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni..." .

- <sup>10</sup> Che deve essere richiesto all'Ufficio degli atti di stato civile competente e, cioè, quello del luogo in cui i coniugi hanno contratto il matrimonio.
- <sup>11</sup> Si ricorda infatti, che per la giurisprudenza della Cassazione e per la dottrina assolutamente prevalente l'acquisto delle azioni da parte di un coniuge in regime di comunione legale, anche quando operato a seguito di un aumento del capitale sociale, cade in comunione legale e, quindi, viene acquistato anche dall'altro coniuge ex lege ai sensi dell'art. 177 lettera a) c.c., ponendosi, così, la necessità di verificare anche nei riguardi di questo soggetto i requisiti di indipendenza e di moralità richiesti dalla legge.
- <sup>12</sup> E', infatti, possibile che il prezzo delle azioni offerte in prelazione non sia indicato in sede di deliberazione assembleare che, invece, deve obbligatoriamente prevedere il prezzo di emissione di quella offerte in opzione. Accade, infatti, di frequente che la deliberazione assembleare deleghi l'organo amministrativo affinché quest'ultimo proceda a stabilire il prezzo di emissione in un momento successivo a quello della delibera stessa. Questa prassi è giudicata del tutto legittima dalla Cassazione (Cfr. Cass. 28.03.1996, n. 2850: ..."La prelazione disciplinata dall'art. 2441, terzo comma, configura una fattispecie di prelazione in senso proprio caratterizzata dal diritto dei soci di essere preferiti ai terzi nelle sottoscrizione delle azioni rimaste inoperte, solo in caso di parità di condizioni. Atteso che l'interesse tutelato dall'art. 2441, terzo comma codice civile, è quello concernente esclusivamente l'accrescimento della quota di partecipazione da parte di coloro che hanno già esercitato il diritto di opzione. La società può legittimamente fissare per il collocamento delle azioni rimaste inoperte un prezzo diverso ( e maggiore) di quello stabilito per l'Opzione.")
- <sup>13</sup> Nel caso di sussistenza di sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il dichiarante dovrà precisare perché il relativo reato non incide sul possesso del requisito di cui all'art. 64, comma 6, lett. e), del d.P.R. n. 207/2010.
- <sup>14</sup> Nel caso di sussistenza di errore professionale, il dichiarante dovrà precisare perché non si è in presenza di fattispecie grave, formalmente accertata.