

Capitale sociale e obblighi degli amministratori dopo le recenti modifiche della Legge fallimentare

di

Paolo Preda

Munari Cavani Studio Legale
Piazza Diaz 7 - Milano
+39.02.36642500
paolo.preda@munaricavani.it

**Legal Series
n. 1/2014**

Gennaio 2014

JEL classification: K22, G33

Keywords:

Supplemento Fact&News n.1 -2014

Abstract

Le riforme della legge fallimentare che si sono susseguite incessantemente dal 2005 a oggi hanno mutato le principali coordinate del diritto italiano della crisi: abbandonata l'idea del fallimento come sanzione, oggi si preferisce considerare l'impresa come un valore da tutelare. Il fallimento, volto a dissolvere l'impresa, cede il passo alle soluzioni negoziali della crisi di impresa (in particolare gli accordi di ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall.) e alle soluzioni alternative al fallimento, volte a evitare gli effetti disgregativi tipici dello stesso (*in primis*, il concordato preventivo).

Il legislatore ha disposto vari incentivi affinché i gestori dell'impresa ricorrano a tali strumenti in modo tempestivo, alle prime avvisaglie di crisi, così da evitare ulteriori perdite di valore: *automatic stay*, esenzione da revocatoria e dai reati di bancarotta, ecc. Tra gli incentivi, nel 2012 ha fatto la sua comparsa l'art. 182-*sexies* l.fall., che sancisce la temporanea sospensione delle norme relative alla riduzione obbligatoria del capitale per perdite, al conseguente scioglimento della società e alle responsabilità dell'organo gestorio. La sospensione opera automaticamente: per godere di tale beneficio, è sufficiente che l'imprenditore depositi la domanda di concordato o di concordato in bianco, oppure l'accordo o la proposta di accordo di ristrutturazione; fino all'omologazione "uscirà" dalla disciplina del capitale e potrà lasciare sul mercato un'impresa che ha perso il proprio patrimonio. In questo modo, il capitale abbandona la propria centralità di sistema, in un'ottica di destrutturazione, o decommercializzazione, del diritto societario.

Un uso virtuoso degli strumenti di soluzione della crisi di certo ne favorirebbe una pronta emersione, quando la situazione di difficoltà è ancora reversibile e l'impresa ha ancora un valore da preservare. La disciplina, tuttavia, presenta vari aspetti critici: gli amministratori potrebbero abusare di tali istituti (ad esempio attraverso la presentazione di un piano con finalità meramente dilatorie), per rimandare un fallimento comunque ineludibile. E ciò è ancora più vero se solo si considera che l'art. 182-*sexies* opera laddove una società si autodichiari in stato di crisi: ciò basta per sospendere una disciplina altrimenti imperativa, con significativi vantaggi competitivi per l'imprenditore in crisi che ricorre a uno di tali strumenti rispetto a un altro che non ne faccia uso.

INDICE

1.	PREMESSA: L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO IN MATERIA FALLIMENTARE	3
2.	IL NUOVO ART. 182-SEXIES L.FALL.	5
3.	(SEGUE): LA SOSPENSIONE DELLE NORME IN TEMA DI RIDUZIONE OBBLIGATORIA DEL CAPITALE SOCIALE E DI SCIoglIMENTO PER PERDITE	6
4.	(SEGUE): LA SOSPENSIONE DEGLI OBBLIGHI DI GESTIONE CONSERVATIVA IN CAPO AGLI AMMINISTRATORI	9
5.	PRINCIPALI CRITICITÀ	10
6.	CONCLUSIONI	11
7.	BIBLIOGRAFIA	13

1. PREMESSA: L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO IN MATERIA FALLIMENTARE

A partire dal 2005, la legge fallimentare è stata oggetto di diversi e sempre più significativi interventi¹, che ne hanno cambiato – se non addirittura snaturato – i principali caratteri.

Nella sua formulazione originaria, il sistema si fondava sul principio del fallimento come sanzione: l'imprenditore che non si fosse dimostrato in grado di stare sul mercato e, con la propria insolvenza, avesse deluso la fiducia dei suoi creditori, veniva considerato come un soggetto che aveva creato un danno all'economia nazionale². Egli, pertanto, con l'assoggettamento al fallimento, sarebbe stato escluso dal mercato in quanto inefficiente (o addirittura disonesto), così da poter liquidare, liberandole, le risorse che erano state dallo stesso male utilizzate, e che sarebbero state ricollocate nel sistema tramite la distribuzione del ricavato ai creditori.

Oggi, invece, anche alla luce della crisi che ha segnato la situazione economica a livello mondiale, si privilegia un approccio completamente diverso. Si è fatta strada la concezione per cui l'impresa rappresenta un valore in sé e, in quanto tale, un bene da salvaguardare: il fallimento, o comunque la liquidazione dei beni dell'impresa, comporta la dissoluzione dell'impresa, con un conseguente danno sia per i creditori, sia per il debitore. Il valore complessivo ottenuto dalla liquidazione dei beni aziendali, destinati a soddisfare i creditori, risulterebbe inferiore a quello ottenuto attraverso una proficua ristrutturazione dell'impresa. Ed ecco che allora si favorisce il tentativo

¹ Le modifiche della legge fallimentare si sono susseguite incessantemente, con interventi nel 2005 (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80), 2006 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), 2007 (d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), 2010 (d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122), 2012 (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, «Misure urgenti per la crescita del Paese», convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 - c.d. "Decreto Sviluppo") e, da ultimo, 2013 (d.l. 21 giugno 2013, n. 69, «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 - c.d. "Decreto del Fare").

² Appare evidente come, in tale prospettiva, veniva espresso un giudizio anche morale sul fallito, il quale – nella menzionata ottica punitiva e afflittiva – veniva gravato di stringenti vincoli anche sul piano personale: dopo la sentenza di fallimento, egli veniva iscritto presso il pubblico registro dei falliti e quindi assoggettato ad alcune incapacità e limitazioni della libertà personale (non avrebbe potuto ricoprire l'incarico di curatore o tutore, amministratore e sindaco di società di capitali, arbitro, curatore fallimentare, agente di cambio, revisore dei conti; avrebbe perso l'elettorato attivo e passivo e conseguentemente non avrebbe potuto essere iscritto ad albi professionali quali quello degli avvocati, commercialisti, agenti e mediatori di assicuratore, notai, ...). Tali previsioni sono state abrogate nel 2006 (v. nota 1).

di risanamento, attraverso soluzioni negoziali della crisi d'impresa, quali tipicamente gli accordi di ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 182-bis l.fall.³

Anche il concordato preventivo, in quanto strumento alternativo al fallimento (e dunque in grado di evitare gli effetti disgregativi tipici dello stesso), vede nella sua disciplina previsioni che ne incentivano un utilizzo tempestivo alle prime avvisaglie di crisi, così da evitare ulteriori perdite di valore che andrebbero a danno soprattutto dei creditori, ma anche dello stesso debitore.

In tale ottica, volta a favorire l'utilizzo di strumenti di composizione della crisi alternativi al fallimento, agli ormai tradizionali benefici connessi al ricorso a tali istituti (esenzione da revocatoria e da responsabilità per bancarotta semplice o fraudolenta⁴), si sono negli ultimi due anni aggiunti ulteriori vantaggi, tali da renderne particolarmente proficuo l'accesso nelle primissime fasi della crisi.

Si riconosce pertanto la prededucibilità dei finanziamenti erogati in esecuzione del piano o in funzione della presentazione dello stesso; qualora tali finanziamenti siano effettuati dai soci, la prededucibilità sarà limitata all'80% del loro ammontare, a condizione che il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo o del piano⁵. E, ove autorizzati dal tribunale, il beneficio della prededucibilità è esteso anche ai finanziamenti c.d. "interinali", vale a dire i finanziamenti che vengono materialmente erogati nel corso del procedimento e prima dell'omologa⁶.

³ Accanto agli accordi di ristrutturazione, rappresentano strumenti di soluzione negoziale della crisi i piani attestati di risanamento di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l.fall. Tuttavia, essi, presentano oggi benefici sicuramente inferiori rispetto a quelli previsti per gli accordi di ristrutturazione e, come si vedrà appresso nel testo, per il concordato preventivo. Per un commento generale su questi istituti, si veda MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012.

⁴ V. art. 217-bis l.fall., introdotto dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (v. nota 1).

⁵ Art. 182-*quater* l.fall.: "I. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.

II. Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededucazione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

III. In deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinqies* del codice civile, il primo e il secondo comma si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo (...)"

⁶ Art. 182-*quinqies* l.fall.: "I. Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può

Si garantisce inoltre il blocco delle azioni esecutive individuali nei confronti dell'imprenditore in crisi (c.d. *automatic stay*) non appena venga depositata una domanda di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione, anche in forma ancora incompleta (si tratta del noto concordato "in bianco" e della proposta di accordo di ristrutturazione).

A partire dal deposito di tali documenti e fino al provvedimento di omologazione, poi, l'art. 182-sexies l.fall., introdotto nel 2012 dal Decreto Sviluppo, prevede che *"non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile.*

Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile".

E' su tale norma che il presente lavoro intende concentrarsi.

2. IL NUOVO ART. 182-SEXIES L.FALL.

Non v'è dubbio che perdita di capitale e situazione di crisi costituiscano due fenomeni diversi, in quanto la crisi d'impresa non presuppone necessariamente una situazione di *deficit* patrimoniale (si pensi alla possibile situazione di illiquidità in cui dovesse versare una società comunque capiente). Nondimeno, la prassi dimostra come, di norma, la perdita del capitale sia un sintomo pressoché costante delle situazioni di crisi.

Ecco perché il diritto fallimentare ha sentito la necessità di intervenire in materia, sancendo la temporanea sospensione delle norme di diritto societario relative alla riduzione obbligatoria del capitale per perdite, al conseguente scioglimento e alle responsabilità dell'organo gestorio.

chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

II. L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

III. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti. (...)"

3. (SEGUE): LA SOSPENSIONE DELLE NORME IN TEMA DI RIDUZIONE OBBLIGATORIA DEL CAPITALE SOCIALE E DI SCIOGLIMENTO PER PERDITE

Come noto, in caso di perdite che incidano per oltre un terzo sul capitale sociale, gli amministratori sono tenuti a convocare senza indugio l'assemblea al fine di fornire ai soci la più completa informativa sulla situazione patrimoniale della società, e permettere così a questi ultimi di adottare gli opportuni provvedimenti (art. 2446⁷, co. 1, e 2482-*bis*⁸, commi 1, 2 e 3, c.c.). Laddove la perdita non fosse diminuita a meno di un terzo entro l'esercizio successivo, all'assemblea non resterà che ridurre in misura corrispondente il capitale (art. 2446, co. 2, e 2482-*bis*, comma 4, c.c.).

Qualora invece le perdite riducano il capitale al di sotto dei minimi di legge, gli amministratori dovranno convocare sempre l'assemblea, che questa volta sarà posta di fronte alla rigida alternativa tra ricapitalizzare la società ovvero porla in liquidazione⁹ (art. 2447¹⁰ e 2482-*ter*¹¹ c.c.).

Le norme sul capitale sociale, pertanto, rappresentano un campanello d'allarme che scatta in caso di consistenti perdite, al fine di provocare una tempestiva reazione dei soci. Esse permettono di far conoscere ai creditori il reale valore del rischio assunto dai soci in una determinata società, assicurando che il capitale indicato in bilancio e negli atti societari risulti coerente rispetto all'effettiva situazione patrimoniale della società.

Ora, al ricorrere di una crisi d'impresa, qualora l'impresa stessa sia esercitata in forma societaria, l'art. 182-*sexies* fa sì che non trovino applicazione le norme in materia di riduzione obbligatoria del capitale sociale. Si tratta di una disapplicazione selettiva, nel senso che gli amministratori – in caso di perdite superiori al terzo del capitale sociale – saranno comunque tenuti a convocare senza indugio l'assemblea per informare i soci in merito alla situazione patrimoniale; non sarà tuttavia obbligatorio ridurre il capitale per perdite, anche qualora le stesse riducano il capitale al di sotto del minimo di legge.

⁷ Tale norma disciplina la riduzione del capitale per perdite in caso di S.p.A. e S.a.p.A.

⁸ Tale norma disciplina la riduzione del capitale per perdite in caso di S.r.l.

⁹ In effetti, ulteriore alternativa per l'assemblea sarebbe quella di trasformare la società in un tipo che non preveda minimi di capitale quali, in particolare, la s.n.c. o la s.a.s. Ciò implicherebbe però l'evidente inconveniente di far venire meno il beneficio della responsabilità limitata di tutti o parte dei soci.

¹⁰ Tale norma disciplina la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale in caso di S.p.A. e S.a.p.A.

¹¹ Tale norma disciplina la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale in caso di S.r.l.

Coerentemente, non troverà applicazione neppure la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale¹².

La disciplina del capitale sociale, dunque, al ricorrere di una crisi di impresa, viene (se pur momentaneamente) congelata.

Parte della dottrina¹³ riteneva che, con riferimento al concordato preventivo, il principio espresso dall'art. 182-*sexies* trovasse invero già applicazione, dal momento che la tutela dei creditori sarebbe stata garantita non dalle disposizioni in tema di riduzione del capitale – invero poco utili nel momento in cui la tutela dei creditori si affida al diverso strumento delle procedure preventive o alternative al fallimento – ma piuttosto dai controlli del giudice e del commissario, nonché dalle norme della legge fallimentare in tema di pagamento dei creditori (*par condicio creditorum*). E in effetti, all'esito della ristrutturazione aziendale, frequentemente si verifica uno stralcio delle posizioni debitorie che comporta un sostanziale miglioramento della posizione patrimoniale, che spesso rimuove le stesse perdite, o quanto meno le riduce al di sotto del limite del terzo del capitale, così che la disciplina codicistica sembra non necessaria.

Quanto agli accordi di ristrutturazione, la novità dell'art. 182-*sexies* è innegabile: mancando in tal caso un effettivo potere di vigilanza e controllo da parte del tribunale sulla gestione della società in crisi, non sarebbe stato possibile arrivare in via interpretativa agli effetti oggi garantiti dalla norma in esame.

L'intervento del legislatore si inserisce in quella tendenza che vuole sempre più sminuito il ruolo del capitale sociale, anche nell'odierno panorama legislativo internazionale: sulla scia degli interventi in Francia a partire dal 2003¹⁴, in Germania

¹² L'art. 2484 c.c. prevede che le società di capitali si sciolgono: "4) per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli artt. 2447 e 2482-ter". Lo scioglimento, pertanto, ha di norma luogo qualora, al verificarsi della perdita, l'assemblea non adotti nessuno dei provvedimenti "salvifici" di cui agli artt. 2447 o 2482-ter c.c. (come visto, ricapitalizzazione o trasformazione). L'art. 182-*sexies* esclude espressamente l'operatività di tale causa di scioglimento.

¹³ V. per tutti NOBILI - SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto Colombo e Portale, vol. 6*, Torino, 1993, 329.

Al contrario UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE, C.N.D.C.E.C., ASSONIME, *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2010, <http://www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=964763c5-559c-40a9-a319-34a548820423>, 21 ritiene che, in presenza di perdite "il piano può essere messo in esecuzione solo se il capitale sociale è stato riportato al minimo richiesto dalla legge".

¹⁴ L'art. L.223-2 *code comm.* (come modificato dalla legge 2003-271 del 1° agosto 2003) ha abolito *tout court* l'obbligo di capitale minimo per le s.r.l.; quindi l'art. L.227-1 *code comm.* (come modificato dalla legge 2008-776 del 4 agosto 2008) ha esteso tale beneficio anche alle *sociétés par actions simplifiées*.

nel 2008¹⁵ e in Belgio nel 2010¹⁶, il legislatore italiano ha dapprima inserito nell'ordinamento la S.r.l. semplificata, che deve avere un capitale sociale pari ad almeno un euro e comunque non superiore a 10.000 euro¹⁷; quindi, ha previsto che anche la s.r.l. "ordinaria" possa avere un capitale inferiore a 10.000 euro (ma pari a non meno di un euro), fermo restando che dagli utili netti di bilancio sarà trattenuta una somma pari a non meno di un quinto degli stessi a titolo di riserva, fino a che questa riserva raggiunga l'ammontare di 10.000 euro (art. 2463 c.c., commi 4° e 5°)¹⁸. Si dà in questo modo vita a una sorta di formazione progressiva del capitale sociale.

Il capitale, che un tempo era considerato come uno dei capisaldi del diritto societario, vero e proprio contraltare della limitazione di responsabilità nelle società di capitali¹⁹, dunque, viene oggi posto in secondo piano, in un'ottica di destrutturazione, o decommercializzazione, del diritto societario stesso²⁰.

Come visto, però, il legislatore italiano, a differenza di altri, non ha limitato il proprio intervento al diritto societario, ma si è spinto fino a coinvolgere nel generale ripensamento del ruolo del capitale anche il diritto fallimentare. E proprio l'art. 182-sexies l.fall. rappresenta una sorta di ponte tra diritto fallimentare e diritto societario²¹: in presenza di una situazione di crisi, il debitore potrà ricapitalizzare la società, oppure utilizzare gli strumenti di soluzione della crisi che prevedono una sospensione (momentanea) dell'obbligo di ricapitalizzazione.

¹⁵ La l. 23 ottobre 2008 ha introdotto la *Unternehmergeellschaft* (con una libera traduzione: "società per piccole imprese": PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, 1240).

¹⁶ *Société privée à responsabilité limitée starter*, introdotta dalla L. 12 gennaio 2010, MB 26 janvier 2010.

¹⁷ Art. 2463-bis c.c., inserito dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

Secondo i dati raccolti nello Studio Statistico dell'Associazione sindacale dei notai della Lombardia, al 31 maggio 2013 erano state costituite poco meno di 13.000 S.r.l. semplificate, il 60% delle quali, però a quella data, risultava inattivo.

¹⁸ D.l. 28 giugno 2013, n. 76, «Primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti», convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 99 (c.d. "Decreto Lavoro").

¹⁹ SPOLIDORO, *Capitale sociale*, in *Enc. Dir.*, IV Aggiornamento, Milano, 2000, 217; MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 1311.

²⁰ MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Torino, 2013, *passim*.

²¹ Anche ASSONIME, *Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Circolare n. 4/2013 del 7 febbraio 2013, in *Riv. soc.*, 2013, 574, definisce l'art. 182-sexies l.fall. quale "norma di raccordo tra diritto societario e diritto fallimentare".

4. (SEGUE): LA SOSPENSIONE DEGLI OBBLIGHI DI GESTIONE CONSERVATIVA IN CAPO AGLI AMMINISTRATORI

Per lo stesso periodo (vale a dire, dal deposito di una domanda di concordato, preconcordato, accordo di ristrutturazione o proposta di accordo, e fino al provvedimento di omologazione), sarà altresì sospesa l'applicazione delle norme relative all'obbligo di gestione conservativa del patrimonio aziendale, altrimenti sussistente in capo agli amministratori.

Il principio è espresso in modo indiretto: per il periodo anteriore al deposito continuerà a trovare applicazione l'art. 2486 c.c., che prevede che, al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori sono tenuti a gestire la società "ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale", pena la loro personale e solidale responsabilità per i danni arrecati a società, soci, creditori sociali e terzi²².

Una volta depositata la domanda, essendo sospesa la causa di scioglimento, gli amministratori torneranno ad avere la possibilità di gestire la società non più in chiave meramente conservativa, ma in ossequio al generale principio della *business judgement rule*.

A chi gestisce l'impresa si chiede dunque di affrontare tempestivamente la crisi²³, anche attraverso il ricorso agli istituti di soluzione negoziale visti nei precedenti paragrafi. Al fine di incentivare tale strada, viene assicurata una pregnante tutela all'organo gestorio, attraverso la disapplicazione dell'art. 2486 c.c.

Le conseguenze della disciplina in commento variano a seconda che si dia avvio a una procedura di concordato oppure di accordo di ristrutturazione. Nel primo caso, i criteri di gestione dell'impresa in crisi si incardineranno all'interno delle precise regole della procedura, fortemente tutelanti per i creditori²⁴. Lo spazio di manovra degli

²² Al ricorrere di una crisi, la società non potrà più essere gestita nell'esclusivo interesse dei soci; piuttosto, le scelte dell'organo amministrativo dovranno essere volte alla tutela di terzi e creditori: un'impresa non può essere esercitata a danno di questi ultimi (MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 10-11 novembre 2006, Milano, 2007, 535 ss.). In caso contrario, infatti, si avrebbe un'irragionevole traslazione del rischio di impresa su soggetti estranei alla compagine societaria.

²³ V. per tutti D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 333.

²⁴ Si pensi in particolare alle novità introdotte dal Decreto del Fare (v. nota 1), quali la possibilità per il tribunale di nominare un commissario giudiziale a partire dalla presentazione della domanda di preconcordato, nonché gli stringenti obblighi di costante informativa posti in capo al debitore.

amministratori, pertanto, sarà alquanto limitato e vi sarà un costante controllo da parte degli organi della procedura.

Viceversa, in presenza di un accordo *ex art. 182-bis*, manca una disciplina di legge che regolamenti in modo precipuo le varie fasi della procedura e, soprattutto, è assente ogni controllo degli organi sulla gestione della società. Gli amministratori dovranno dunque attenersi ai generici doveri di diligenza, senza che però il loro agire sia inquadrato in modo rigido; essi dovranno operare anche nell'interesse dei creditori, e nel quadro del piano posto a fondamento dell'accordo stesso, che tuttavia potrebbe prevedere delle operazioni da intraprendersi in un'ottica a tutti gli effetti "imprenditoriale", e non più meramente conservativa²⁵. Ciò può potenzialmente significare l'insorgere di ulteriori perdite che, stante la già avvenuta dissoluzione del capitale sociale, saranno pressoché integralmente traslate sui creditori.

Particolari problematiche, poi, sorgeranno laddove l'accordo non fosse omologato: gli amministratori non incorreranno in alcuna responsabilità se hanno gestito la società in conformità con le previsioni del piano. Tuttavia, vi è chi ritiene che il piano stesso debba essere non solo attuabile secondo il giudizio di ragionevolezza formulato dall'esperto, ma anche predisposto nel miglior interesse dei creditori sociali²⁶. E capire quale sia questo *migliore* interesse non è affatto agevole, soprattutto in presenza di un ceto creditorio particolarmente frammentario e variegato²⁷.

5. PRINCIPALI CRITICITÀ

La disciplina esposta non sembra esente da significative criticità.

Sotto un primo profilo, gli amministratori potrebbero presentare un piano con finalità meramente dilatorie, o comunque abusare degli strumenti di soluzione della crisi. Così facendo violerebbero lo *standard* di corretta gestione della società e potrebbero essere tenuti responsabili per i danni cagionati alla società e terzi. Tuttavia, resterebbe il problema di dimostrare il nesso di causalità tra la condotta degli

L'intervento legislativo è andato a sanzionare quelle condotte abusive rappresentate dal ricorso a procedure (di norma attraverso il deposito di domande di concordato in bianco) in caso di manifesta impossibilità di risanamento, cioè quando il deposito delle domande era finalizzato esclusivamente a guadagnare tempo prima di giungere a un ineludibile fallimento.

²⁵ CONSIGLIO NOTARILE DI FIRENZE, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, massima del 27 novembre 2012, reperibile su www.consiglionotarilefirenze.it/home/Archivio.aspx, 5.

²⁶ MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *RDS*, 2011, 824 ss.

²⁷ Tipicamente composto da istituti di credito, fornitori, ma anche dipendenti, consulenti, ecc.

amministratori e il danno subito dalla società, nonché la quantificazione del danno stesso²⁸; prove non sempre agevoli da raggiungere.

Ancora, la sospensione delle regole sulla riduzione obbligatoria del capitale darebbe vita a un'evidente disparità di trattamento tra un'impresa societaria ed un'altra²⁹, per il solo fatto che una di esse autodichiari di essere in crisi, depositando una domanda di concordato o una proposta di accordo. La conseguenza pratica suscita perplessità: una disciplina altrimenti imperativa (quella sulle perdite di capitale) resta sospesa per una specifica società sulla base di una autodichiarazione di crisi³⁰, così falsando il gioco della concorrenza. Le società che non usufruiscono dei benefici dell'art. 182-sexies, infatti, sono sempre tenute al rispetto delle regole sul capitale, con i conseguenti obblighi visti nei precedenti paragrafi (che possono avere un costo quantomeno in termini finanziari).

La disciplina in commento, poi, potrebbe permettere agli amministratori (espressione del gruppo di controllo) di favorire i soci di maggioranza, evitando che gli stessi siano (almeno momentaneamente) posti dinanzi alla rigida alternativa tra ricapitalizzare o liquidare, guadagnando tempo in modo indebito a discapito dei soci di minoranza e dei creditori.

6. CONCLUSIONI

La finalità della riforma del 2012 è quella di incoraggiare il tempestivo ricorso a strumenti negoziali di superamento delle situazioni di crisi, così preservando il valore dell'impresa.

L'art. 182-sexies l.fall. è finalizzato al raggiungimento di tale obiettivo. La sospensione delle norme in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale, di scioglimento della società e di responsabilità degli amministratori vuole favorire tale

²⁸ Chi intende agire nei confronti degli amministratori per il risarcimento dei danni da essi provocati avrà l'onere di dimostrare, oltre al danno, anche il nesso di causalità tra la condotta illegittima degli amministratori e tale danno: RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Società*, 2008, 1199 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 4 aprile 2011, n. 7606, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 4, 537; Cass., 11 novembre 2010, n. 22911, in *Foro it.*, 1686; Cass., 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 10, 1534; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3774, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 2.

²⁹ Sul tema della disparità di trattamento si veda BUONOCORE, *Diritto commerciale e diritto dell'impresa*, Napoli, 2008, 142 ss.

³⁰ MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, cit., 133.

Lo "stato di crisi" potrebbe non avere necessariamente una manifestazione esterna percepibile per i creditori, facilitando un indebito ricorso agli strumenti di soluzione della crisi (RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi*, Milano, 2012, 356 ss.).

finalità e, al contempo, permettere agli amministratori una gestione che esca da un'ottica meramente conservativa.

Un uso virtuoso della disciplina favorirebbe la pronta emersione della crisi, quando la situazione di difficoltà è ancora reversibile e, verosimilmente, il ricorso allo strumento negoziale potrebbe avere esiti positivi. Tuttavia, è concreto il rischio di abuso del diritto, soprattutto in caso di accordi di ristrutturazione, nei quali manca ogni controllo da parte di terzi. Ciò può comportare anche significativi vantaggi competitivi a favore dell'imprenditore in crisi che ricorre a uno di tali strumenti.

7. BIBLIOGRAFIA

BUONOCORE, *Diritto commerciale e diritto dell'impresa*, Napoli, 2008.

D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 329.

MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del convegno internazionale di studi. Venezia, 10-11 novembre 2006, Milano, 2007, 511.

MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 1199.

MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *RDS*, 2011, 820.

MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012.

MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Torino, 2013.

NOBILI - SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto Colombo e Portale, vol. 6*, Torino, 1993, 197.

PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, 1237.

RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi*, Milano, 2012.

RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Società*, 2008, 1193.

SPOLIDORO, *Capitale sociale*, in *Enc. Dir.*, IV Aggiornamento, Milano, 2000, 195.

DOCUMENTI

ADAMO (a cura di), *Le nuove tipologie di srl. Un bilancio ad un anno dalla loro introduzione: luci ed ombre*, Studio commissionato dall'associazione sindacale dei notai della Lombardia, in <http://www.assonotailombardia.it>.

ASSONIME, *Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Circolare n. 4/2013 del 7 febbraio 2013, in *Riv. soc.*, 2013, 541.

CONSIGLIO NOTARILE DI FIRENZE, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, 27 novembre 2012, in www.consiglionotarilefirenze.it/home/Archivio.aspx.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE, C.N.D.C.E.C., ASSONIME, *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2010, <http://www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=964763c5-559c-40a9-a319-34a548820423>.