

Sommario

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I: L'evoluzione normativa del concordato preventivo.....	6
1.1 Il concordato preventivo all'interno delle procedure concorsuali.	6
1.2. Il d.l. n. 35/2005 conv. in l. 80/2005 (c.d. decreto competitività) e il d. lgs. n. 169/2007 (c.d. decreto correttivo).	11
1.3 Le novità introdotte dai provvedimenti successivi: il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese, o c.d. "Decreto sviluppo", conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134) e il D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "Decreto del fare", conv. In L. 9 agosto 2013, n. 98).	22
1.4. Le modifiche introdotte dal D.L. 27 giugno 2015 n. 83 (Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria) convertito in L. 6 agosto 2015, n. 132 e la proposta di riordino e riforma delle procedure concorsuali.....	27
1.5 Approfondimento: il concordato c.d. in bianco.....	32
CAPITOLO II – Le diverse funzioni del capitale sociale.....	38
2.1 Le molteplici funzioni del capitale sociale.....	38
2.2 Le teorie della garanzia.	42
2.2.1 Approfondimento: la disputa intorno la funzione di garanzia del capitale sociale.....	45
2.3 Le teorie della produttività e dell'informazione.....	48
2.4 Il capitale sociale nella S.p.a.	53
2.5 Il capitale nelle società di persone.....	61
2.6 Il capitale sociale nella S.r.l.....	62
CAPITOLO III – Le vicende del capitale sociale all'interno del concordato preventivo.	67
3.1 Funzione del capitale e crisi d'impresa.....	67
3.2 Le vicende del capitale nella crisi d'impresa. L'art. 182-sexies l. fall.	70
3.3 I criteri dell'art. 182-sexies l. fall. come nuova causa di scioglimento.....	88
3.4 La riduzione del capitale nella società in crisi: ulteriori considerazioni sull'art. 182-sexies l. fall.	92
3.5 L'aumento del capitale sociale nel concordato preventivo.	98
3.5.1 Le diverse tipologie di aumento del capitale della società in crisi.....	101

3.5.2 Aumento del capitale ed esercizio del diritto di opzione.....	104
3.5.3 Ultime considerazioni.....	106
CAPITOLO IV – Gli accordi di ristrutturazione del debito. Le operazioni straordinarie nelle more del concordato preventivo.....	109
4.1 La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce dei più recenti interventi legislativi.....	109
4.1.1 La natura giuridica degli accordi.	112
4.2 Accordi di ristrutturazione e capitale sociale.....	114
4.2.1 Accordi di ristrutturazione ed enti pubblici.....	116
4.3. La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento.	119
4.4 Le operazioni straordinarie: la trasformazione della società in crisi.....	121
4.5 La scissione della società in stato di crisi.....	130
4.5.1 La c.d. “scissione negativa”.	138
4.6 La fusione della società in stato di crisi.....	140
CONCLUSIONI	144
BIBLIOGRAFIA.....	147
GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA’.....	154
GIURISPRUDENZA DI MERITO.....	155
GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.....	155
SITOGRAFIA	156

“Non già che mancassero leggi e pene...
Le leggi anzi diluviavano; i delitti erano enumerati, e particolareggiati, con minuta
prolissità;
le pene, pazzamente esorbitanti e, se non basta, aumentabili, quasi per ogni caso, ad
arbitrio del legislatore stesso e di cento esecutori;
le procedure, studiate soltanto a liberare il giudice da ogni cosa che potesse essergli
d'impedimento a proferire una condanna...”

A. Manzoni, *I promessi Sposi*

“Uno, che portava un abito estivo giallo chiaro all’ultima moda, una cravatta rossa e un panama dalla tesa audacemente rivoltata, si distingueva fra tutti gli altri per il buon umore e per la voce gracchiante. Ma Aschenbach appena l’ebbe osservato un po’ meglio s’accorse con una specie d’orrore che era un falso giovane. Era vecchio, non si poteva dubitarne. Aveva rughe profonde intorno agli occhi e alla bocca. Il carminio opaco delle guance era belletto, la chioma bruna sotto il cappello di paglia dal nastro variopinto era una parrucca; il collo era floscio e grinzoso, i baffetti all’insù e la mosca sul mento erano tinti, la dentatura gialla e completa ch’egli scopriva nel riso era una dentiera da poco prezzo, e le sue mani con anelli stemmati ai due indici erano quelle di un vecchio. Colto da un senso di ribrezzo Aschenbach notava con stupore la sua familiarità con gli amici. Non sapevano, non vedevano quei giovani ch’egli era vecchio, che non aveva il diritto di portare quegli abiti chiassosi da bellimbusto, di comportarsi come uno di loro? Sembrava che considerassero naturale e abituale la sua compagnia, lo trattavano come un loro pari, gli restituivano senza ripugnanza i suoi scherzosi pugni sulle costole. Com’era possibile?”

T. Mann, *La morte a Venezia*

INTRODUZIONE

Gli anni che viviamo sono caratterizzati da grandi prospettive di riforma e di mutamento. I governi, mediante il ricorso sempre più sfrenato alla legislazione d'emergenza, hanno rimaneggiato più e più volte la legge fallimentare del 1942 (attualmente, e probabilmente ancora per poco, il testo di riferimento delle procedure concorsuali), tanto da aver dato vita ad una stratificazione normativa vista ben poche volte, nonostante l'abitudine tutta italiana ad una legislazione alluvionale.

Poiché i tormenti del legislatore sembrano non placarsi, si è pensato di dedicare il primo capitolo alle riforme che hanno inciso sulla procedura concordataria negli ultimi due lustri, soffermandosi, per ovvie ragioni di sintesi, alle sole innovazioni più importanti. Da ultimo, il disegno di legge della c.d. commissione Rordorf prospetta, ai naviganti delle impervie acque del diritto fallimentare, un orizzonte ricco di novità e speranze, quanto meno in termini di chiarezza normativa.

La citazione manzoniana, sebbene possa sembrare più idonea ad un lavoro di stampo penalistico, ben si adatta allo stato dell'arte: con movimenti schizofrenici, la legge n. 267/42 è stata oggetto (o vittima) di numerosissimi ritocchi e *restyling* che ne hanno mutato l'originaria sostanza per adeguarla alla cangiante realtà contemporanea. Tuttavia, poiché non è possibile coprire per sempre i segni dell'età (e il buon giurista non può, come Aschenbach, che storcere il naso davanti alle finte e reiterate modificazioni), il 28 gennaio 2015 (prima ancora dell'ultima novella, D.L. n. 83/2015) il Ministro della Giustizia ha istituito con decreto la Commissione ministeriale per l'elaborazione di una riforma dell'intera materia procedurale.

I successivi capitoli sono dedicati al tema principale della tesi: il ruolo e la funzione del capitale sociale all'interno del concordato preventivo. Si è dato spazio ad una riflessione generale sulla funzione *tout court* del capitale sociale per poi affrontare in maggior dettaglio le sue vicende durante la procedura concordataria, procedendo con le differenze con quanto accade nel fallimento, fino a trattare di quella particolare *sub specie* dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tutto questo, con la consapevolezza che il legislatore delegato ben presto potrà, approvando il disegno di legge c.d. Rordorf, stravolgere gran parte degli istituti qui affrontati. Le promesse contenute nella relazione presentata al Ministro della

Giustizia nel dicembre del 2015 fanno ben sperare: ma è noto che il navigante, per quanto esperto, può sempre incorrere nel canto delle sirene.

CAPITOLO I: L'evoluzione normativa del concordato preventivo.

1.1 Il concordato preventivo all'interno delle procedure concorsuali.

L'espressione "procedure concorsuali" comprende una serie di procedimenti nei quali, con la presenza di un'autorità pubblica, viene regolato il rapporto tra un determinato soggetto ed il complesso dei suoi creditori. Anche se tali procedure non si esauriscono nell'ambito dello statuto dell'imprenditore, nel linguaggio comune vengono indicate con questa locuzione proprio le procedure collegate alla crisi dell'imprenditore commerciale.

La libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost., in cui deve essere compresa la libertà di avviare l'attività economica, di proseguirla in piena autonomia e di cessarla, altrettanto liberamente, in base ad una determinazione spontanea dell'imprenditore, trova un limite proprio nella possibilità che questi venga sottoposto ad una procedura concorsuale¹.

Occorre tener presente fin da subito che il legislatore, nel cristallizzare le molteplici procedure *de quibus*, ha voluto far fronte all'eterogeneità delle situazioni nelle quali il titolare dell'impresa, durante la sua vita commerciale, può trovarsi. Ciascuna procedura presenta connotati peculiari, in riferimento alle finalità, agli organi, ai soggetti coinvolti. Il dato comune a tutte è costituito dalla circostanza che, al verificarsi di determinate situazioni, in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa, viene sottratta all'imprenditore la libera gestione e disponibilità dell'impresa e dei suoi beni, ovvero viene nominato un soggetto che opera un penetrante controllo sull'esercizio della sua attività.

In effetti, non è sempre facile intravedere all'interno di ogni singola procedura concorsuale una *ratio* unica e chiara; ciò è probabilmente dovuto in parte alle cangianti e multiformi esigenze dell'attività imprenditoriale, in eterno mutamento; in parte alla difficoltà del legislatore di stare dietro a tale dinamismo; problematicità resa ancor più manifesta dall'alluvionale attività di revisione del testo fondamentale, il r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

¹ M. Sandulli, *La crisi dell'impresa*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, VIII ed., 2007, p. 1120.

“Le attualità, senza ricordi e senza speranze, dominano il deserto del mondo ... il linguaggio dell'immanenza e della temporalità gravita intorno al fatto e alla capacità di produrre fatti: efficacia, effettività, efficienza ... Le procedure sono fatte per funzionare, per produrre risultati quantitativamente calcolabili ...”, ma *“il nichilismo del diritto è nell'impossibilità di stabilire la melior lex, cioè una soluzione che non provenga dalla pura volontà di scelta”*². Queste celebri parole, consacrate in uno dei più importanti testi giuridici degli ultimi anni, sembrano attagliarsi alla perfezione alle tante rivisitazioni stratificatesi nel tempo.

Tuttavia, tra innovazioni e ripensamenti, il legislatore ha saputo offrire un variegato spettro di soluzioni all'imprenditore in crisi. Funzione essenziale delle procedure concorsuali è, difatti, quella di far cessare la situazione anomala in cui si è venuta a trovare l'impresa che, in quanto investe rapporti con i terzi, crea una turbativa al sistema economico. Fine ultimo di ogni procedura, quindi, è quello di farsi carico dell'esigenza di tutela dei terzi, anche attraverso la realizzazione e l'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore³. In questo senso, lo scopo, almeno quantitativamente più diffuso, è quello esecutivo-satisfattivo, che tende a soddisfare (nei limiti dell'attivo che sarà realizzato) i creditori, attraverso la fase liquidatoria, sul complesso del patrimonio del debitore.

Tale è la finalità anche del concordato preventivo, ove è possibile, sulla base della proposta del debitore accettata da una maggioranza qualificata di creditori ed approvata dall'autorità giudiziaria, che il debitore ristrutturi i propri debiti e soddisfi i creditori, anche in una misura percentuale del dovuto, per mezzo di una vasta gamma di operazioni. A differenza del fallimento, qui manca una fase di esecuzione forzata, mentre è presente la finalità satisfattiva: il soddisfacimento dei creditori, infatti, avviene attraverso un piano che può prevedere qualsiasi forma utile (alienazione, accolti, operazioni straordinarie), ivi compreso l'intervento di un assuntore attuato sotto il controllo degli organi di procedura. Il concordato preventivo, una volta adempiuto, attua il soddisfacimento dei creditori a stralcio, cioè anche con un effetto estintivo dell'obbligazione originaria: effetto, quest'ultimo, tipico della procedura e da qualche anno esteso anche al fallimento, limitatamente ai casi in cui sia chiuso attraverso concordato fallimentare (art. 124 l. fall.) ovvero quando sia concessa

² N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 83.

³ M. Sandulli, *op. cit.*, p. 1128.

l'esdebitazione nel caso di fallimento della persona fisica (art. 142 l. fall.). Altrimenti, i creditori non pienamente soddisfatti nell'ambito della procedura conservano il diritto a conseguire il residuo spettante dal debitore tornato *in bonis*.

Il concordato preventivo rappresenta, quindi, la via interamente pubblica della regolazione della crisi attraverso un accordo con i creditori, accordo che si raggiunge nell'ambito della procedura e quindi sotto la copertura dell'ombrello protettivo aperto automaticamente con l'ammissione alla procedura medesima⁴.

A seguito del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 (convertito in legge del 14 maggio 2005, n. 80), presupposto oggettivo del concordato preventivo è lo stato di crisi (art. 160 l. fall.: "*L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere...*")⁵. Sebbene la condizione di "crisi" fosse già contenuto nell'istituzione dell'ormai abrogato decreto legge sull'amministrazione straordinaria del 1979, la nozione esatta del termine va mutuata dalla scienza aziendale, comprendendo essa indubbiamente un'ampia fascia di situazioni di difficoltà dell'imprenditore, complicazioni che possono giungere sino allo stato di insolvenza vero e proprio. Nel tentativo di raccordare i due concetti dagli astrusi confini, il legislatore, impadronito da una foga chiarificatrice, nello stesso anno (d.l. 30 dicembre 2005, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51) è intervenuto nuovamente sull'art. 160 inserendo un nuovo comma, nel quale viene precisato che "*Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*".

Parafrasando una recentissima opera di Zygmunt Bauman e inserendola all'interno del diritto fallimentare, lo stato di crisi può essere felicemente riassunto nella sfiducia verso la capacità dell'imprenditore di risolvere la situazione e individuare una via d'uscita⁶.

Alla luce di tale presupposto oggettivo, si può ritenere che il concordato preventivo e la sua *sub-specie* degli accordi di ristrutturazione assumano una funzione polivalente, da strumento di iniziativa preventiva del debitore in difficoltà fino a mezzo di

⁴ L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, IV ed., Torino, 2011, p. 12.

⁵ La previsione di questo nuovo presupposto per il concordato preventivo comporta anche una implicita modifica dell'art. 2221 c.c. che, invece, ancora oggi menziona come unico presupposto di tale procedura lo stato di insolvenza.

⁶ Z. Bauman – C. Bordini, *Lo Stato di crisi*, Einaudi, 2015.

regolamento concordato dello stato di insolvenza, con la possibilità anche di assorbire la fase della temporanea difficoltà di adempiere.

Per quanto concerne i requisiti soggettivi, la disposizione di riferimento è senza dubbio alcuno l'art. 1 della legge fallimentare, a tenore del quale tutti gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale (ad esclusione di quelli che dimostrino i cc.dd. "requisiti di piccolezza" e degli enti pubblici) sono soggetti a fallimento o a concordato preventivo. Se ve ne fosse stato bisogno, l'art. 1 pone immediatamente in chiaro il fatto che il concordato rappresenta la procedura concorsuale più rilevante insieme al fallimento; anzi, leggendo in combinato il requisito oggettivo e quello soggettivo, si percepisce immediatamente la maggiore ampiezza del concordato, capace di abbracciare non solo tutti gli imprenditori assoggettabili a fallimento, ma anche coloro che non versano ancora in un definitivo stato di insolvenza.

Giova ricordare che la procedura oggetto di questo lavoro è stata introdotta nell'ordinamento italiano con la legge 24 maggio 1903 n. 197. Il codice di commercio del 1882, infatti, conosceva solo l'istituto della moratoria fallimentare con la quale il debitore che aveva cessato i pagamenti poteva ottenere una dilazione nel caso in cui fosse stato dichiarato il fallimento (con sospensione degli effetti della sentenza), oppure evitare l'apertura della procedura qualora: giustificasse con valide prove che la cessazione dei pagamenti era la conseguenza di avvenimenti straordinari e imprevedibili; dimostrasse con documenti o con prestazioni di idonea garanzia che l'attivo del suo patrimonio superava il passivo (artt. 819 e ss. Cod. comm. 1882)⁷.

Nel 1903 l'istituto della moratoria, che non aveva dato buona prova, venne sostituito con il concordato preventivo la cui funzione doveva essere quella di consentire una sistemazione amichevole di un dissesto commerciale sostituita alla dichiarazione di fallimento. Il concordato si configurava quindi come un "beneficio" per il debitore meritevole, onesto ma sfortunato, con l'effetto di determinare una esenzione dal fallimento.

La disciplina originaria venne successivamente emendata dapprima con la legge 17 aprile 1925 n. 473, e successivamente con gli artt. 21-24 della legge 10 luglio 1930 n.

⁷ www.filodiritto.com.

995, fino a che il concordato, con ulteriori modifiche, venne inserito nella legge fallimentare di cui al r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (artt. 160-186).

In generale il legislatore italiano del 1942 diede un'impostazione netta alla materia fallimentare: garantire il supremo interesse dei creditori accentrando la gestione della procedura nelle mani dei giudici. La procedura principale era il fallimento: l'impresa decotta doveva essere eliminata dal tessuto economico, attraverso la liquidazione del patrimonio aziendale e la distribuzione ai creditori nel rispetto delle regole della *par condicio*.

Nelle previsioni della legge fallimentare, il concordato preventivo era concepito come strumento di prevenzione del fallimento, che poteva essere proposto dall'imprenditore insolvente, il quale si trovava nella condizione di poter essere dichiarato fallito anche d'ufficio. Inoltre, era necessario il ricorrere di determinati requisiti soggettivi, essenzialmente al fine di precludere ai cc.dd. professionisti del dissesto l'accesso a quello che veniva considerato un beneficio (in quanto consentiva di evitare il fallimento e di liberarsi di tutti i debiti), sempreché venisse assicurato ai creditori aventi prelazione il soddisfacimento integrale ed ai creditori chirografari il pagamento di una percentuale che non soltanto fosse conveniente, ma raggiungesse altresì il 40%⁸.

L'istituto del concordato preventivo è stato completamente ridisegnato con l'emanazione del summenzionato d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80 e con il successivo D. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 ed il "correttivo" D. lgs. 12 settembre 2007 n. 169. Successivamente e fino al 2015, il legislatore è tornato nuovamente (come si vedrà di qui a breve) sull'istituto, con interventi a volte anche massicci.

Il *leit motiv* che ha guidato l'indirizzo di fondo della riforma di una legge, quella del '42, fortemente improntata al dirigismo giudiziario può riassumersi in un solo termine: autonomia. Autonomia del debitore e dei creditori nella ricerca e nella definizione del punto di incontro tra le aspirazioni del debitore a risolvere i problemi della crisi con il minor danno possibile e gli interessi dei creditori a contenere a loro volta il pregiudizio derivante dall'inadempienza del debitore. E nel fallimento autonomia dei creditori nel concorrere a regolare le sorti della procedura assumendo

⁸ L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 319.

le decisioni sul merito della liquidazione, secondo il noto principio per il quale il patrimonio dell'impresa insolvente sarebbe ormai appartenuto ai creditori, divenuti arbitri del suo destino⁹.

Per merito di queste riforme, alla finalità del soddisfo dei creditori si è aggiunto l'obiettivo di mantenere l'impresa sul mercato, gestendone la crisi in modo pilotato e nel rispetto di un più generale interesse.

Questo orientamento ha fatto in modo che la procedura principe sia oggi non più il fallimento, che rimane una *extrema ratio*, ma il concordato preventivo, al quale si può accedere in situazione di crisi e/o di insolvenza e che si fonda sulla negoziazione debitore/creditori. Se è consentito il paragone con un altro istituto squisitamente civilistico e anch'esso negli stessi anni modificato, è possibile affermare, *rebus sic stantibus*, che il fallimento sta all'interdizione come il concordato sta all'amministrazione di sostegno.

La riforma del 2005, nello specifico, accentua la volontà del legislatore di creare procedure finalizzate alla continuità dell'impresa: pertanto, il concordato è incentrato non più sulla mera dismissione dei beni, bensì su una ristrutturazione che consenta la salvaguardia dei valori aziendali e, ove possibile, la stessa sopravvivenza dell'impresa.

Tanto premesso, si procederà ad analizzare le più significative riforme degli ultimi due lustri, prendendo le mosse proprio da quella del 2005.

1.2. Il d.l. n. 35/2005 conv. in l. 80/2005 (c.d. decreto competitività) e il d. lgs. n. 169/2007 (c.d. decreto correttivo).

Il vecchio concordato preventivo, dal contenuto elusivamente liquidatorio e contraddistinto dalla rigidità delle aliquote soddisfatorie in favore dei creditori secondo lo schema del rigoroso principio della *par condicio*, come condizionato dal giudizio di meritevolezza, a seguito della riforma in esame non esiste più, avendo preferito il legislatore introdurre, alla stregua di quanto accaduto in altri ordinamenti, una maggiore flessibilità dello strumento¹⁰. La scelta si ripercuote, *ça van sans dire*,

⁹ A. Jorio, *La parabola del concordato preventivo. Dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016, pag. 15.

¹⁰ S. Fortunato, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2005, p. 598.

sull'intero *iter* procedimentale, nonché sulle funzioni tipiche degli organi della procedura.

Rileva innanzitutto, rispetto alle scelte del legislatore del 2005, la funzione di estraneità che dovrebbe essere attribuita all'autorità giudiziaria, limitata ad un mero controllo formale della domanda e della documentazione allegata alla stessa; solo successivamente, cioè quando la proposta abbia ricevuto l'approvazione dei creditori, i poteri del giudice si riespandono per una valutazione della relazione del professionista¹¹. A quanti hanno sostenuto che la funzione del vaglio preliminare non possa estrinsecarsi, come era prima della riforma, ad un mero giudizio circa la legittimità della proposta, ma vada estesa nel merito alla veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano predisposto dal professionista¹², deve obiettarsi con il tenore letterale dell'art. 163, I co., *ante* riforma del 2007, secondo cui *“Il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo; ove siano previste diverse classi di creditori, il tribunale provvede analogamente previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle classi”*.

La norma è chiara nell'introdurre due tipologie di giudizi attribuiti al tribunale: il primo, meramente incentrato sulla legittimità della proposta, limitato alla verifica della regolarità e della completezza della documentazione richiesta; il secondo, solamente eventuale in quanto connesso alla previsione di classi diversificate di creditori, che si appunta su una valutazione di merito in ordine alla correttezza dei criteri di formazione delle stesse classi. Da tanto deriva che non si possa sottoscrivere l'interpretazione che assegna all'autorità giudiziaria, oltre al controllo sulla completezza e regolarità della documentazione, un ultroneo giudizio sulla “qualità” della crisi dell'impresa, sino ad escludere la stessa ammissibilità della procedura nella dedotta fattispecie dell'insolvenza¹³.

In sostanza, quindi, come è stato correttamente osservato, in sede di omologazione il tribunale, in mancanza di classi, non deve svolgere alcuna indagine circa la fattibilità

¹¹ G. Fauceglia, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento*, a cura di G. Fauceglia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p.13.

¹² G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fallimento*, 2005, p. 361; l'Autore sostiene che il concordato preventivo non può essere retto da un principio di autotutela, ma di eterotutela, che non può tradursi solo in un giudizio di accertamento delle maggioranze dei creditori o di valutazione della correttezza della formazione delle classi dei creditori.

¹³ G. Fauceglia, *op. cit.* p. 14.

e la convenienza del concordato, né in ordine alla soddisfazione dei dissidenti; né può, in base ad una valutazione autonoma, negare l'omologa se le maggioranze sono raggiunte, giacché il testo dell'art. 180, quarto comma, l. fall. modificato nel 2005 (ma prima di essere nuovamente ritoccato dalla novella del 2012) dispone che il tribunale, ottenute le maggioranze per l'approvazione del concordato, deve limitarsi ad approvare il concordato con decreto motivato¹⁴. Se questa conclusione vale per il giudizio di omologa, non si vede come possa essere esclusa per la semplice fase dell'ammissione.

In sintesi, il legislatore del 2005 ha deciso di affidare ai creditori che dovranno esprimersi sulla proposta concordataria il diritto di verificare se il piano dismissivo o ristrutturativo corrisponda o meno ai loro interessi.

Perplessità ha suscitato anche l'affidabilità della relazione prevista dall'art. 161 l. fall., in ordine alla veridicità dei dati aziendali e della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché della fattibilità di massima del piano: in sostanza, si tratta di verificare se un elemento ritenuto così importante per la procedura possa essere affidato completamente alla disponibilità del debitore, sia pure nella prospettiva della corresponsabilizzazione del professionista predisponente¹⁵. Detto altrimenti, ciò che è stato contestato è l'eccessiva disponibilità che l'imprenditore in crisi ha della procedura: non solamente, come visto poc'anzi, il Tribunale deve limitarsi a verificare la correttezza formale della proposta, ma anche l'attività valutativa del professionista rimane nell'alveo dell'interesse egoistico dell'imprenditore. Come è stato giustamente sostenuto, il professionista che prepara la relazione è pur sempre emanazione diretta del debitore¹⁶. D'altronde, sarebbe stata discutibile anche la scelta, mai seriamente presa in considerazione dal legislatore, di consentire all'autorità giudiziaria stessa la nomina del professionista *de quo*.

Del presupposto oggettivo si è già succintamente detto, e pertanto si rinvia alle brevi considerazioni già svolte, non ritenendosi di aggiungere altro, pena il travalicamento dei limiti imposti dal tema del presente lavoro.

¹⁴ G. Bozza, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*, in *Falimento*, 2005, p. 803.

¹⁵ G. Fauceglia, op. cit. p. 16.

¹⁶ M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Falimento*, 2005, p. 591.

Per quanto concerne le condizioni di ammissibilità, il primo comma del vecchio art. 160 l. fall. prevedeva alcune condizioni personali di ammissibilità (l'iscrizione nel registro delle imprese da almeno un biennio, la tenuta di una regolare contabilità, il mancato assoggettamento ad una procedura concorsuale nel quinquennio precedente, la mancanza di condanne penali per alcuni particolari reati). Il secondo comma del medesimo articolo contemplava due possibili contenuti del concordato: quello con c.d. garanzia, basato sul presupposto del pagamento di almeno il 40% dei crediti chirografari entro sei mesi dall'omologazione; quello con c.d. cessione dei beni ai creditori, fondato sul medesimo presupposto di soddisfacimento almeno del 40% dei chirografari.

La novella del 2005 ha eliminato i requisiti soggettivi, sebbene la rubrica dell'art. 160 abbia continuato a parlare di "condizioni per l'ammissibilità alla procedura" fino all'intervento del c.d. intervento "correttivo" del d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169 (che ha formalmente rubricato l'art. 160 "presupposti per l'ammissione alla procedura").

La scomparsa dei requisiti soggettivi (da non confondersi, ovviamente, con quelli "minimi" dettati dall'art. 1 l. fall.) ha creato un impatto di notevole importanza, aggravato dal fatto che la riforma ha eliminato, come già detto, qualsiasi filtro da parte del tribunale che non sia meramente formale.

La novella del 2005, quindi, ha inteso eliminare quanto più possibile ogni tipo di ostacolo all'accesso alla procedura. Questa scelta ha attirato su di sé non poche critiche, in quanto consente di adire al concordato preventivo anche soggetti da trascorsi torbidi, avventurieri dell'imprenditoria, bancarottieri e personaggi che ricorrono a questo istituto solamente per scaricare sui creditori le conseguenze negative delle loro disinvolute gestioni, magari sfruttando una scorretta tenuta della contabilità¹⁷. Questo perché non esistono più requisiti soggettivi di accesso, né esiste chi possa eseguire controlli suscettibili di incidere sull'ammissibilità della procedura. Stesso profilo critico è stato prospettato per ciò che riguarda le condizioni oggettive, posto che nessuno, a parte i creditori in sede di adunanza, è ora in grado di impedire che un imprenditore insolvente e non solo in crisi acceda alla procedura.

Uno dei profili di maggiore incertezza è ravvisabile nel fatto che è scomparso apparentemente anche l'obbligo, da parte del debitore, di assicurare il

¹⁷ G. Schiavon, *La riforma del concordato preventivo*, in *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento*, a cura di G. Fauceglia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 27.

soddisfacimento integrale dei crediti privilegiati, ipotecari e pignorativi, nonché del 40% dei chirografi. Poiché il debitore non ha più alcun obbligo di offrire ai creditori chirografari una percentuale minima, è sorto il dubbio che neppure esista quello di assicurare l'integrale pagamento ai prelatizi: tanto ne deriverebbe dalla nuova formulazione dell'art. 160 l. fall. Nonostante il dato letterale avrebbe fatto propendere per questa interpretazione, deve supporre riconfermato il presupposto del pagamento integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca. Una simile scelta è preferibile perché, diversamente, si sarebbe posto un grave problema di costituzionalità della norma, posto che l'art. 177, comma terzo, non attribuisce ai creditori prelatizi il voto in sede di adunanza (salva rinuncia, in tutto o in parte, della prelazione). L'incostituzionalità deriverebbe dal fatto che, in mancanza del presupposto del loro soddisfacimento nel concordato, si finirebbe per imporre a tali creditori prelatizi dei sacrifici patrimoniali contenuti in un concordato approvato da altri creditori, mediante accordi che li hanno visti estranei non solo nella fase dell'approvazione, ma anche in quella dell'opposizione. Pertanto, si deve continuare a considerare l'integrale soddisfacimento dei creditori prelatizi alla stregua di presupposto fondamentale del nuovo concordato¹⁸.

Altra relevantissima novità ha riguardato il contenuto della proposta oggetto di concordato: mentre il vecchio art. 160 l. fall. prevedeva uno specifico contenuto predeterminato, differenziato a seconda che la proposta riguardasse un concordato con garanzia ovvero con cessione dei beni, quello novellato si dimostra immediatamente più possibilista, in quanto stabilisce che l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che "può prevedere". La norma evidenzia che il concordato e il piano non hanno un contenuto minimo, quantomeno con riferimento agli adempimenti. Nocciolo della disposizione è la possibilità di prevedere un piano sostanzialmente con due possibili impostazioni: quella della ristrutturazione del passivo e quella dell'attribuzione del passivo ad un soggetto terzo (c.d. assuntore).

Come già ricordato, il d.l. n. 35/2005 ha eliminato il limite minimo di soddisfacimento dei creditori chirografari (in precedenza fissato al 40%), mentre

¹⁸ Ivi, p. 29.

doveva ritenersi perdurante quello inerente al soddisfacimento completo dei creditori prelatizi.

Il contenuto alternativo al piano è, come si è detto, quello dell'attribuzione delle varie attività ad un assuntore. La novella ha inteso veicolare all'interno del concordato preventivo una figura tipica del vecchio concordato fallimentare. Ne consegue che anche nel concordato preventivo è stata inserita una figura che, tradizionalmente, era considerata come un soggetto che si aggiungeva al debitore, accollandosene gli obblighi concordatari. Questa ricostruzione sarebbe oggi peregrina, poiché si fondava sul rilievo che l'assuntore fosse privo di una sua legittimazione a proporre il concordato e necessariamente doveva associarsi al fallito. Attualmente, invece, a tenore del nuovo art. 124 l. fall., la proposta di concordato fallimentare può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, indipendentemente dall'iniziativa del fallito. Se ne deduce chiaramente che quella considerata dall'art. 160 l. fall. è figura affatto diversa dall'assuntore previsto nel novellato art. 124 perché solamente nel primo caso non è configurabile un'iniziativa indipendente dell'assuntore rispetto al debitore, il quale resta l'unico soggetto legittimato a proporre il concordato preventivo¹⁹.

In ossequio allo spirito "liberistico" che ha permeato l'intera riforma, il ruolo dell'assuntore può essere svolto da chiunque, anche da uno o più creditori, o da società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato.

L'art. 160, lettera b), nel prevedere la figura dell'assuntore, sembra proporre una sorta di concordato mediante cessione ad un terzo, il quale, essendo un assuntore, deve accollarsi gli obblighi nascenti dal concordato in cambio dell'attribuzione dell'attività. Egli, tuttavia, non è equiparabile ad un mandatario, perché l'istituto in esame si connota per due fondamentali momenti: quello dell'accollo degli obblighi concordatari e quello traslativo della proprietà dei beni.

Stante le previsioni del c.d. decreto competitività, l'innovazione della suddivisione dei creditori in classi non assumeva un'importanza marginale, potendo essa concretamente ripercuotersi, come già precisato, solamente sulla categoria dei chirografari, gli unici che potevano non essere soddisfatti integralmente. Il fatto che

¹⁹ *Ivi*, p. 36.

il legislatore avesse previsto la formazione di classi in sede concordataria non poteva consentire al debitore di stravolgere la valutazione (operata dal legislatore) della causa dei crediti cui è stato dalla legge attribuito il privilegio, né di modificare il sistema tipizzato della regolamentazione dei conflitti fra cause di prelazione.

Solo due anni più tardi, però, il legislatore è intervenuto nuovamente con il c.d. decreto correttivo (D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169), il quale, inserendo un nuovo terzo comma all'art. 160, ha cercato di conciliare la disciplina del concordato preventivo con quella del concordato fallimentare, eliminandone le illogiche diversità ed avvalorando quanto era già stato prospettato da parte della dottrina: allo stato attuale, quindi, la proposta di concordato può prevedere la soddisfazione anche non integrale dei creditori privilegiati (alla stregua, quindi, di quelli chirografari), a condizione però che *il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita del bene su cui cade la causa di prelazione, avuto riguardo al suo valore di mercato indicato in una relazione giurata che dovrà appositamente essere redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)*. Il d. lgs. 169/2007 ha tuttavia ribadito che la suddivisione dei creditori in classi non può essere l'occasione per alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione stabilite dalla legge.

Per chiarezza espositiva v'è da dire subito che sull'art. 160 l. fall. e sul problema della suddivisione dei creditori in classi e del loro soddisfacimento è ritornato il legislatore con il d.l. 27 giugno 2015 n. 83 (convertito con modificazioni in L. 6 agosto 2015, n. 132; v. paragrafo 1.4) mediante l'aggiunta di un nuovo ultimo comma, a tenore del quale *“In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*.

Evidentemente preoccupato dell'eccessiva libertà conferita dalla novella del 2005 all'imprenditore in stato di crisi (libertà che, giova ribadirlo, si manifesta sotto i diversi profili: del piano di risanamento delle propria esposizione debitoria; del trattamento differenziato ai creditori appartenenti a diverse classi; della previsione di un diverso elemento oggettivo, più ampio e comprensivo dello stato di insolvenza;

dell'eliminazione dei vecchi requisiti soggettivi di ammissione alla procedura), il legislatore, esattamente un decennio più tardi, ha pensato di reintrodurre una soglia al di sotto della quale l'imprenditore non può spingersi, in modo da assicurare ai creditori chirografari un soddisfacimento almeno minimo.

Riassumendo quindi il disposto dell'art. 160 l. fall. alla luce degli interventi normativi stratificatisi nel tempo²⁰, è concessa facoltà all'imprenditore in stato di crisi di suddividere i suoi creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, con possibilità: che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione; che i creditori chirografari vengano soddisfatti nella misura non inferiore al 20% (rispetto alla più alta percentuale del 40% *ante* riforma del 2005).

La novella non ha risparmiato l'art. 161 l. fall., concernente la presentazione della domanda di concordato. Due le novità essenziali. La seconda parte del primo comma afferma che, per l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente, non rileva il trasferimento della sede dell'impresa se intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso. La disposizione pone una vera e propria presunzione *iuris et de iure* di frode, mutuato da un orientamento giurisprudenziale formatosi a proposito dell'art. 9 l. fall. in tema di competenza del tribunale per la dichiarazione di fallimento²¹.

La seconda innovazione concerne la relazione del professionista che deve obbligatoriamente accompagnare il piano e la documentazione al fine di attestarne la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Nell'intento del riformatore, la relazione *de qua* dovrebbe svolgere una funzione semplificatrice per la sua portata fidefaciente verso i creditori. Questo aspetto si interseca con quello, importantissimo, del ruolo meramente "notarile" assegnato al tribunale in sede di valutazione del ricorso. Da tanto emerge che al giudice sono riservate solamente le problematiche legate ai conflitti giurisdizionali ed al generico controllo circa la regolarità della procedura, affrancandolo così da compiti non propriamente consoni alla sua specifica

²⁰ Come l'antica città di Troia, al di sotto della quale gli scavi effettuati dall'archeologo tedesco Heinrich Schliemann hanno rinvenuto ben nove livelli, corrispondente ognuno ad una fase storica della città.

²¹ Cfr. *ex multis* Cass., 9 aprile 1998, n. 3673, in *Fallimento*, 1999, pp. 74 ss.

professionalità; al professionista, invece, spetta l'arduo compito di giudicare la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore²².

Sebbene gli intenti del legislatore (di scindere nettamente le valutazioni economiche da quelle squisitamente giuridiche) fossero apprezzabili, la riforma non convince *in toto*. Anche a voler tacere del ridotto ruolo affidato al giudice, unico organo che possa garantire davvero imparzialità e terzietà, il novellato art. 161 l. fall. cerca in qualche modo di reintrodurre dalla finestra ciò che è stato fatto uscire dalla porta. Ed infatti, come già ricordato, la novella del 2005 ha eliminato le condizioni soggettive di accesso alla procedura in esame prima contemplate dal primo comma dell'art. 160: tra queste, v'era anche la regolare tenuta della contabilità, quale importante strumento di verifica della correttezza della situazione patrimoniale del richiedente il concordato. L'abrogazione di tale ultima disposizione e l'introduzione della relazione del professionista ha difatti addossato a quest'ultimo la responsabilità di attestare la veridicità dei dati aziendali²³.

Oltre a ciò, il professionista è chiamato ad accertare la fattibilità del piano, cioè ad esprimere la sua valutazione circa la concreta possibilità di esecuzione del piano sottoposto ai creditori. Nel caso in cui l'imprenditore venisse ammesso alla procedura di concordato preventivo sulla base di attestazioni non corrette relative ai dati aziendali o alla fattibilità del piano, il professionista potrebbe rispondere dei danni ove il suo comportamento fosse imputabile a dolo o colpa.

Per quanto concerne la fase dell'ammissione al concordato, le modifiche apportate dal c.d. decreto competitività prevedevano che il tribunale, ricevuta la domanda nei termini di cui sopra, procedesse alla valutazione della sua ammissibilità, sentito il pubblico ministero. Verificata la completezza e la regolarità della documentazione, il giudice accoglieva la domanda e, con decreto non soggetto a reclamo, dichiarava aperta la procedura. Nel caso in cui avesse accertato l'insussistenza delle condizioni di legge, il tribunale avrebbe respinto, sempre con decreto, la proposta e dichiarato, con separata sentenza, il fallimento.

Per risolvere i numerosi problemi interpretativi sollevati dalla dottrina, il legislatore, con D. lgs. 169/2007, ha provveduto ad una totale riformulazione del contenuto dell'art. 162 l. fall. Il decreto correttivo ha previsto la possibilità del tribunale,

²² G. Schiavon, *op. cit.*, p. 44.

²³ L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 331.

qualora accerti problemi nella redazione del piano in ordine alla sussistenza dei requisiti di ammissibilità, di concedere al debitore un termine, non superiore a quindici giorni, per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Se all'esito di tale procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui al primo e al secondo comma dell'art. 160 l. fall. e che il ricorso non ha requisiti di cui all'art. 161, sentito il debitore in camera di consiglio, dichiara inammissibile la proposta di concordato con decreto non soggetto a reclamo.

Se, invece, l'indagine ha esito positivo (*i.e.*, quando non sia stata dichiarata inammissibile la proposta di concordato per carenza dei presupposti di cui agli artt. 160 e 161 l. fall.), il tribunale ammette con decreto il debitore alla procedura concordataria, nomina il giudice delegato, ordina la convocazione dei creditori entro trenta giorni, designa il commissario giudiziale e stabilisce il termine (non superiore a quindici giorni) entro cui il debitore deve depositare in cancelleria la somma che, secondo quanto prevista dal decreto correttivo, deve essere almeno pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, o alla minor somma, non inferiore al 20% di esse, determinata dal giudice delegato (art. 163 l. fall.).

Competente alla deliberazione ed approvazione della proposta di concordato è l'adunanza dei creditori, alla quale hanno diritto di intervenire tutti i creditori esistenti alla data della proposta, secondo l'elenco presentato dal debitore e verificato dal commissario, compresi anche quei creditori il cui diritto sia contestato.

Dalla votazione e dal computo delle maggioranze sono esclusi, *ex art.* 177 l. fall. i creditori prelatizi, ancorché la garanzia sia contestata, salvo che rinuncino a tale diritto. Il decreto correttivo del 2007 ha effettuato una distinzione tra creditori privilegiati, per i quali è previsto nel piano il pagamento integrale, e creditori privilegiati per i quali è previsto un pagamento parziale, posto che, come ricordato più volte nelle pagine che precedono, è stata eliminata quale condizione di ammissibilità il pagamento di essi per l'intero. I primi sono esclusi dal voto se non rinunciano in tutto o in parte alla prelazione e per la parte di credito non coperta dalla garanzia sono equiparati, ai fini del voto stesso, ai chirografari; i secondi, invece, indipendentemente dalla rinuncia della garanzia, possono comunque votare per la parte di credito che non sarà soddisfatta, in quanto per essa sono equiparati ai chirografari.

In linea con la possibilità di soddisfazione parziale dei privilegiati, il decreto correttivo ha inoltre eliminato la precedente previsione che escludeva la possibilità di rinuncia qualora riguardasse meno di un terzo del credito.

La proposta concordataria è approvata se ottiene il voto favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto (sulla regola del silenzio-assenso, v. paragrafo successivo).

Ove siano previste diverse classi di creditori, occorre distinguere. Prima dell'intervento del 2007 era previsto che il concordato fosse approvato se riportava il voto favorevole dei creditori che rappresentassero la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella medesima classe. Il tribunale, però, riscontrato in ogni caso il raggiungimento della maggioranza prevista, poteva lo stesso approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi avesse approvato la proposta di concordato e qualora ritenesse che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti potessero risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Il D. lgs. n. 169/2007 ha sottratto al tribunale il potere di valutazione dapprima concessogli ed ha equiparato l'ammissione del concordato preventivo a quanto previsto nel concordato fallimentare: infatti esso stabilisce, esclusivamente per i procedimenti iniziati dopo il 1 gennaio 2008, che, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato venga approvato quando siano presenti contestualmente due condizioni: la proposta riporti il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto (presupposto insopprimibile per ogni concordato); tale maggioranza si verifichi nel maggior numero di classi (art. 177 l. fall.). Se la proposta non è approvata, il giudice delegato ne riferisce al tribunale che deve dichiarare il fallimento qualora ricorrano le condizioni oggettive di insolvenza.

A tal proposito, il d.l. n. 83/2012 (sulla cui portata complessiva v. più diffusamente *infra*) ha introdotto un nuovo secondo comma all'art. 179 l. fall. che attribuisce al commissario giudiziale il dovere di informare i creditori dell'eventuale variazione delle condizioni di fattibilità del piano. Ciò consentirà ai creditori di rettificare il proprio voto in sede di omologa quando piano e condizioni mutino dopo l'espressione del voto.

Nemmeno il giudizio di omologazione è stato sottratto all'impeto riformistico del legislatore. Rispetto alla normativa previgente, il decreto competitività ha previsto una diversa funzione dell'omologa: quest'ultima, infatti, passa da strumento di valutazione anche del merito del concordato ad una verifica meramente formale del raggiungimento delle maggioranze prescritte.

Il giudizio si apre con la fissazione di un'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore e del commissario giudiziale, il quale deve depositare, ai sensi dell'art. 180, comma secondo, l. fall., il suo parere motivato sull'opportunità dell'omologazione.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possono opporsi all'omologazione, costituendosi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata. A questo punto intervengono le modifiche apportate dal c.d. decreto correttivo: se non vi sono opposizioni, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame; se invece sono presenti opposizioni, l'autorità giudiziaria assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

Il Tribunale omologa quindi il concordato con decreto motivato comunicato al debitore ed al commissario giudiziale, il quale provvede a darne notizia ai creditori.

L'omologazione deve intervenire nel termine di sei mesi dalla presentazione della proposta di concordato; il Tribunale può prorogare suddetto termine. Se il concordato viene omologato, la procedura di concordato preventivo si chiude.

1.3 Le novità introdotte dai provvedimenti successivi: il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese, o c.d. “Decreto sviluppo”, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134) e il D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. “Decreto del fare”, conv. In L. 9 agosto 2013, n. 98).

Sebbene la vera rivoluzione copernicana dell'istituto oggetto di trattazione sia rappresentata dal c.d. decreto competitività del 2005 e dal successivo decreto “correttivo” del 2007, vale la pena soffermarsi brevemente sul *restyling* cui il concordato preventivo è stato sottoposto negli anni successivi.

Con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese) convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore è intervenuto su alcuni aspetti

importanti. Per non dilungarsi troppo, qui se ne ricorderanno solamente alcuni, rimandando ai successivi capitoli ciò che concerne l'introduzione dell'art. 182-sexies l. fall.

Innanzitutto, come appena ricordato nel paragrafo che precede, è stato introdotto un nuovo secondo comma all'art. 179 l. fall. che attribuisce al commissario giudiziale il dovere di informare i creditori dell'eventuale variazione delle condizioni di fattibilità del piano al fine di permettere ai creditori di rettificare il proprio voto in sede di omologa quando piano e condizioni mutino dopo l'espressione del voto.

Il D.L. n. 83/2012 ha anche innovato la materia degli accordi di ristrutturazione dei debiti, per la cui trattazione si rinvia all'ultimo capitolo..

Per quanto qui rileva, è stato risolto il difetto di coordinamento tra l'art. 168 l. fall., e l'articolo 184 del medesimo testo, relativamente all'estensione soggettiva degli effetti del concordato. Il contrasto è stato definito prevedendo al quinto comma dell'art. 161 la pubblicazione obbligatoria e d'ufficio della domanda per concordato preventivo, compresa quella anticipata, individuando nel momento della suddetta pubblicazione il confine tra creditori concorsuali e non.

È stato altresì aggiunto un periodo all'ultimo comma dell'art. 168, che prevede l'inefficacia rispetto ai creditori concordatari delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni antecedenti al deposito della domanda di concordato, al fine di evitare che i creditori dell'imprenditore in crisi costituiscano cause di prelazione, spesso ragione del mancato raggiungimento di soluzioni negoziali di risanamento. Prima dell'intervento del decreto in esame, tale ipoteca era da considerarsi efficace nel concordato preventivo, visto che poteva essere revocata solo nel fallimento. La nuova norma, invece, dichiara l'automatica inefficacia delle ipoteche iscritte negli ultimi novanta giorni, rimuovendo così un grosso ostacolo all'utilizzo del concordato²⁴.

Ai sensi dell'art. 178, comma quarto, l. fall., i creditori che non hanno esercitato il diritto di voto nell'adunanza possono far pervenire il loro dissenso nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale; in mancanza, essi sono considerati consenzienti ai fini del computo della maggioranza. È questa una importante novità prevista dal D.L. n. 83/2012, il quale ha introdotto la regola del silenzio-assenso (successivamente

²⁴ Aa. Vv., *Diritto privato (civile e commerciale)*, Ed. Simone, 2015, Napoli, p. 239.

eliminata): l'assenza del voto da parte del creditore equivale all'assenso della proposta concordataria, ugualmente a chi non ha partecipato all'adunanza senza comunicare il proprio dissenso entro venti giorni.

Sempre con il provvedimento del 2012, il legislatore ha completato l'elencazione della documentazione da allegare alla domanda, prevedendo che il debitore debba presentare con il ricorso anche un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, in modo da rendere più certa l'esecuzione e la possibilità di inadempimento e della risoluzione del concordato. È stato precisato, inoltre, che anche nel concordato il professionista che deve attestare la fattibilità del piano debba essere scelto dal debitore e che la sua relazione è necessaria non solo quando sia presentata la domanda di concordato, ma ogni volta che si apportano alla proposta o al piano modifiche sostanziali.

Di grande rilievo è il riconoscimento della possibilità data al debitore di presentare un ricorso privo dei supporti documentali, con riserva di depositare successivamente quanto necessario all'istruttoria giudiziale (c.d. concordato in bianco, su cui, più diffusamente, *infra*). È stato previsto, infatti, attraverso la modifica dell'art. 161 l. fall., la facoltà dell'imprenditore di depositare un ricorso contenente la mera domanda di concordato preventivo, senza la necessità di produrre, contestualmente alla stessa, la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione richiesta dall'art. 161, commi secondo e terzo.

Al momento del deposito, è il giudice che assegna al debitore un termine, compreso tra 60 e 120 giorni, per integrare il ricorso. La *ratio* dell'intervento è quella di promuovere l'emersione anticipata della crisi, assicurando al debitore in crisi immediatamente, con la semplice presentazione del ricorso, quella protezione fornita dalla pendenza della domanda completa, in attesa di perfezionare la proposta e il piano impedendo, in questo modo, che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione della crisi²⁵.

Il D.l. n. 83/2012 ha introdotto *ex novo* una disciplina dei contratti in corso di esecuzione, al fine di venire incontro all'esigenza del debitore di liberarsi dei contratti gravosi ai quali è spesso addebitabile lo stato di crisi. L'art. 169-bis l. fall.,

²⁵ Il tribunale di Terni, con riferimento a quattro ricorsi di concordato in bianco depositati separatamente, ha accolto l'istanza di riunione, a causa della riconducibilità di tutte le società ad una medesima *governance*, concedendo il termine lungo di 120 giorni per il deposito del piano della proposta e della documentazione (Trib. di Terni decr. 12.10.2012, Relatore Dott.ssa Paola Vella, in www.filodiritto.com).

come modificato da ultimo dal D.l. 83/2015, prevede che il debitore, nel ricorso per essere ammesso al concordato, può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore potrà essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di 60 giorni, prorogabili una sola volta. La tutela dell'altro contraente si realizzerà mediante indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato.

La sospensione, tuttavia, non potrà essere richiesta per particolari tipologie di contratti, cc. dd. a rilevanza sociale, quali: rapporti di lavoro subordinato; contratto preliminare di vendita trascritto avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti o affini; etc.

Il c.d. decreto sviluppo, inoltre, ha introdotto una disciplina di favore per i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa, definendo espressamente che per continuità aziendale debba intendersi la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

In considerazione del fatto che il pagamento dei creditori avverrà prevalentemente con i ricavi dell'attività aziendale, è richiesto che il piano contenga, fra l'altro, un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. Si riconosce altresì al debitore la possibilità di prevedere nel piano una moratoria sino ad un anno per il pagamento dei creditori prelatizi, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

La continuità implica, inoltre, che i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso non si risolvano, nonostante l'esistenza di patti contrari.

Altra grande novità riguarda la possibilità per l'impresa in concordato con continuità di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, purché essa presenti in gara una relazione di un professionista indipendente sulle proprie capacità di adempimento e sempre che, a garanzia degli interessi dell'appaltante, il

concorrente ricorra all'istituto dell'avvalimento e, ove partecipi in ATI con altre imprese *in bonis*, non rivesta il ruolo di mandatario.

Ad arginare la portata assolutamente innovativa del concordato in continuità aziendale è nuovamente intervenuto il legislatore con D.L. n. 145/2013 convertito in L. n. 9/2014, prevedendo che, successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici debba necessariamente essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato.

Uno degli aspetti più importanti introdotti dal c.d. decreto del fare (D.L. 69/2013) è stata la modifica del recentissimo istituto del concordato in bianco, introdotto soltanto un anno prima. Al fine di impedire condotte abusive di questo strumento (cioè domande dirette solamente a rinviare il momento del fallimento, quando lo stesso non è evitabile), si dispone che l'impresa non potrà più limitarsi alla semplice domanda iniziale in bianco, ma dovrà depositare, ai fini di verifica, l'elenco nominativo dei creditori con l'ammontare dei rispettivi crediti. Il tribunale, inoltre, potrà nominare un commissario giudiziale che controllerà se l'impresa in crisi si stia effettivamente attivando per predisporre una compiuta proposta di pagamento ai creditori. In presenza di atti in frode ai creditori, infine, il tribunale potrà disporre la chiusura della procedura. Viene precisato, inoltre, che il debitore può, anche prima del provvedimento di apertura della procedura di concordato, compiere gli atti di ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione del tribunale, anche quelli di straordinaria amministrazione, con conseguente prededucibilità dei crediti dei terzi sorti a seguito del regolare compimento di tali atti. In questo modo il legislatore ha inteso spingere i terzi a contrarre con l'imprenditore in concordato, promuovendo la prosecuzione dell'attività produttiva.

V'è da sottolineare con forza l'azione ondivaga del legislatore, mossa da propositi al tempo stesso innovativi e conservatori. Si prendano i casi appena esposti del concordato in continuità aziendale e del concordato in bianco, entrambi oggetto di interventi "revisionisti" a seguito delle aperture maggiormente possibiliste manifestate inizialmente. Invero, la rivisitazione del concordato in bianco pareva opportuna fin dall'inizio poiché, se è vero che la procedura concordataria è divenuta, nell'ultimo decennio, *leader* tra le procedure concorsuali in genere, è anche vero che

il fallimento è spesso l'unico strumento valido per far fronte alla grave situazione economica in cui versano determinati imprenditori. Il fallimento, quindi, non deve essere evitato ad ogni costo: da tanto deriva il freno posto nel 2013 al neo-introdotto concordato in bianco.

1.4. Le modifiche introdotte dal D.L. 27 giugno 2015 n. 83 (Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria) convertito in L. 6 agosto 2015, n. 132 e la proposta di riordino e riforma delle procedure concorsuali

Mai domo, il legislatore ha apportato nel 2015 ulteriori modifiche alla materia concordataria. L'innovazione più rilevante è stata senza dubbio l'introduzione delle offerte concorrenti (art. 163 *bis*): si prevede che possano essere presentate offerte alternative (rispetto al piano di concordato) per l'acquisto dell'azienda o di un suo ramo o di specifici beni. Il tribunale apre, pertanto, un procedimento competitivo finalizzato alla migliore soddisfazione dei creditori concordatari. La disposizione succitata prevede che, a fronte dell'offerta per l'acquisto, si dia inizio obbligatoriamente a tale procedimento, anche quando il debitore abbia già stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni. Con il decreto di apertura del procedimento competitivo il tribunale deve disporre la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche (art. 490 c.p.c.) e fissare l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte devono prevedere.

La riforma del 2015 ha voluto rendere possibile ai creditori la presentazione di proposte di concordato alternative a quella presentata dall'imprenditore all'assemblea dei creditori. Nello specifico, l'art. 163 consente a uno o più creditori, che rappresentino almeno il 10% dei crediti, di presentare una proposta concorrente di concordato preventivo. Quest'ultima non potrà essere ammessa se la proposta di concordato del debitore assicuri comunque il pagamento, anche dilazionato, di almeno il 40% dei creditori chirografari (nel caso di concordato liquidatorio) o, nel caso di concordato in continuità aziendale, di almeno il 30%.

È stato poi modificato l'art. 165 l. fall., il quale fa obbligo al commissario giudiziale di fornire ai creditori che lo richiedano le informazioni utili per la presentazione di

proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso²⁶.

Con la modifica degli artt. 172 e 175 l. fall. è stato previsto che siano sottoposte alla votazione dei creditori tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori, seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale del loro deposito. Con la modifica dell'art. 177 riguardante la maggioranza per l'approvazione del concordato, si dispone che, quando sono poste al voto più proposte di concordato, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima. Nel caso in cui non vengano raggiunte le maggioranze imposte dalla legge, il giudice rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa.

I creditori possono far pervenire, entro venti giorni, il proprio voto (e non il proprio dissenso) in caso di rimessione al voto della sola proposta che ha raggiunto la maggioranza relativa dei crediti.

Per quanto concerne le modalità di adesione alla proposta, il D.L. n. 83/2015 ha previsto che la proposta di concordato debba soddisfare (ma non in caso di concordato con continuità aziendale) almeno il 20% dei creditori chirografari (cfr. paragrafo 1.2) e debba indicare le specifiche utilità che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore. È stato inoltre soppresso il meccanismo del silenzio-assenso introdotto dal D.L. n. 83/2012, con ritorno alla precedente regola secondo cui la proposta si ritiene approvata solamente se ottiene il voto favorevole espresso dai creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi e, in caso di loro suddivisione in classi, della maggioranza delle stesse.

La novella in esame ha inciso, seppur incidentalmente, anche sulla neo-introdotta disciplina dei contratti in corso di esecuzione, partorita dal D.L. n. 83/2012. In particolare, è stato previsto che lo scioglimento o la sospensione del contratto abbia effetto dalla data di comunicazione all'altro contraente del decreto del giudice e che il credito derivante da prestazioni eseguite dopo la presentazione della domanda di concordato sia prededucibile.

²⁶ Aa. Vv., op. cit., p. 241.

Tutto quanto appena detto in questo capitolo rischia di essere travolto da una vera e propria rivoluzione: all'orizzonte si prospetta, infatti, la riforma organica dell'intera materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali ad essa relative. È notizia recente che il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge delega per la riforma globale della disciplina della crisi d'impresa affidando al primo presidente aggiunto della Corte di Cassazione, Renato Rordorf, la presidenza della Commissione ministeriale incaricata di redigere il testo della riforma.

L'obiettivo è quello di fornire l'ordinamento italiano di una nuova legge sulla materia concorsuale, resa necessaria dopo 74 anni di continue modifiche (di cui solo alcune accennate nelle pagine precedenti) e divenuta ancor più indifferibile per le sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, ed in particolare dalla Raccomandazione n. 2014/135/UE, espressamente richiamata nel decreto istitutivo della commissione, oltre che dalla recente emanazione del novellato regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera (Regolamento UE 2015/848)²⁷.

Le linee guida del disegno di legge consistono, *in primis*, nell'abbandono della locuzione "fallimento" a favore di quella meno "afflittiva" di "liquidazione giudiziarie", al fine di evitare ogni connotazione negativa della procedura e i conseguenti effetti di stigmatizzazione sociale derivanti dalla situazione di insolvenza degli imprenditori. Sull'importanza del diverso approccio lessicale si è espresso esplicitamente il presidente Rordorf il quale, nella Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, testualmente ha riferito: *"Sempre sul piano definitorio, si propone di abbandonare la pur tradizionale espressione "fallimento" (e quelle da essa derivate), in conformità ad una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di civil law (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), per evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato"*²⁸.

²⁷ www.ilfallimentarista.it.

²⁸ Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Roma, 29 dicembre 2015, in http://www.disag.unisi.it/sites/st07/files/allegatiparagrafo/06-02-2016/relazione_rordorf.pdf.

Proseguendo con le novità di maggiore rilievo, viene proposta l'istituzione della figura del giudice specializzato per le procedure concorsuali allo scopo precipuo di garantire l'efficiente gestione delle procedure, mentre, per quel che qui davvero conta, la circoscrizione dell'istituto del concordato alle sole ipotesi di continuità aziendale viene giustificata dalla constatazione empirica degli alti costi dei concordati, troppo spesso proposti con una finalità puramente liquidatorie.

Il disegno di legge in esame rischia, quindi, di spazzar via gran parte delle procedure concorsuali così come conosciute fino ad ora. Visto il tema di questo lavoro, però, vale la pena soffermarsi brevemente soltanto sugli aspetti maggiormente inerenti al concordato preventivo.

Dal punto di vista squisitamente processuale, la nuova riforma punta ad una *reductio ad unum* della fase iniziale di ogni procedura concorsuale attualmente prevista. Pur mantenendo, dal punto di vista del diritto "sostanziale", la differenza tra stato di crisi e di insolvenza, l'obiettivo è quello di un unico procedimento di accertamento giudiziale, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, dall'elemento oggettivo, dalle finalità conservative o liquidatorie, fatta eccezione per gli enti pubblici, destinatari di disposizioni speciali. Tale soluzione dovrebbe senz'altro agevolare il coordinamento tra le diverse procedure esistenti, con particolare riferimento alla frequente sovrapposizione tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento.

La relazione prende atto della bontà delle riforme che, nell'ultimo decennio, hanno caratterizzato la disciplina del concordato preventivo, oramai divenuta la procedura maggiormente (ab)usata dagli imprenditori in crisi. Si sottolinea, tuttavia, come le strade del concordato e del fallimento siano destinate ad incrociarsi, considerato che: a) statisticamente, di gran lunga prevalente è il ricorso al concordato di tipo liquidatorio; b) dopo la riforma in esame, il fallimento non solo è destinato a cambiare denominazione, ma anche a favorire la liquidazione dei beni del debitore in modo quasi del tutto analogo a quanto già avviene nel concordato preventivo (non a caso, come detto, si parlerà di liquidazione giudiziaria). Ciò premesso, è patente l'inutilità di molteplici procedure, tutte finalizzate alla realizzazione della medesima attività²⁹. Ma v'è di più: l'iter garantito dalla nomina del curatore è senza dubbio più

²⁹ Cfr. *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 16.

snello ed economico rispetto a quello appesantito del ricorso ad una pluralità di professionisti, tipico del concordato preventivo.

Prendendo le mosse da tale considerazione, la commissione incaricata di redigere il disegno di legge che, se approvato dal Parlamento, sostituirà la vigente legge fallimentare, ha ritenuto di dover circoscrivere il concordato preventivo alle sole ipotesi di c.d. concordato in continuità, cioè quando lo stato di crisi in cui versa l'impresa può essere superato mediante un piano che preveda la prosecuzione dell'attività aziendale.

Altra importante novità concerne l'introduzione della possibilità attribuita al terzo di proporre domanda di concordato. Stante l'attuale disciplina, al terzo è conferito soltanto il potere di proporre offerte concorrenti a quelle del debitore, legittimato in via principale ed esclusiva alla domanda di ammissione al concordato. Tale facoltà, però, viene prevista solamente nel caso di imprenditore che versi in stato di insolvenza, non essendo sufficiente il mero stato di crisi. Detto altrimenti, la legittimazione del terzo trova ragion d'essere solamente in quei casi in cui la situazione economica del debitore appare seria e ai limiti della reversibilità: solamente in questi casi si giustifica l'intervento del terzo che, con la sua iniziativa, può giungere ad ottenere la sottrazione dell'azienda al suo titolare. A mali estremi, estremi rimedi, verrebbe da pensare.

Anche il recente istituto del concordato preventivo in bianco rischia di subire un notevole ridimensionamento dei propri confini. In ottemperanza a quanto contemplato dalla Raccomandazione UE n. 135/2014, la commissione ha previsto una fase preventiva di allerta, volta ad anticipare l'emersione della crisi in una fase stragiudiziale della stessa. Orbene, la riserva di successiva presentazione del piano e della proposta potrebbe risultare tautologica in presenza di un necessario tentativo stragiudiziale di composizione della crisi; tuttavia, la commissione ha ritenuto di non dover espungere il c.d. concordato preventivo in bianco dalla nuova legge, visto che la fase preventiva di allerta non dovrebbe fungere da necessaria condizione di procedibilità della procedura concorsuale stessa³⁰.

Il futuro legislatore delegato dovrà affrontare anche il problema inerente alla presenza e alle funzioni del professionista indipendente (seppur nominato

³⁰ *Ivi*, p. 18.

dall'imprenditore) chiamato a comprovare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Nei casi in cui l'accesso al concordato preventivo sia il frutto di una precedente procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, deve ritenersi del tutto superflua la funzione del professionista *de quo*, atteso che già nella procedura prodromica è prevista la presenza di un professionista di tal fatta e dalle analoghe funzioni. *Idem* dicasi per tutti quei casi, incrementatisi con il D.L. 69/2013, in cui il commissario giudiziale assorba, di fatto, le mansioni tipiche del suddetto professionista.

In tutti i casi in cui il professionista permanga, la commissione auspica che il legislatore ponga dei limiti al suo compenso: il prosperare non sempre giustificato di tale figura è stato uno degli aspetti negativi della procedura concordataria, nonché una delle principali cause ostative alle prospettive di recupero dei creditori³¹.

1.5 Approfondimento: il concordato c.d. in bianco.

Si è detto che il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto l'istituto del concordato denominato "con riserva" o "in bianco" o, ancora, "pre-concordato". Sulla falsariga di quanto già prevedeva l'art. 182-bis, comma sesto, l. fall. in relazione all'accordo di ristrutturazione dei debiti, l'imprenditore commerciale non "sotto-soglia" ora può beneficiare, per un lasso di tempo definito (compreso tra sessanta e centoventi giorni, prorogabili fino a un massimo di ulteriori sessanta), dell'usbergo fornito dall'art. 168 l. fall. a semplice richiesta e senza dover previamente assolvere all'onere della compiuta prospettazione delle modalità e dei termini della soluzione con la quale si propone di superare il proprio stato di crisi.

L'innovazione è importante e merita un momento di riflessione. Mentre prima del menzionato intervento normativo gli effetti premiali del concordato scattavano solo nel momento in cui il debitore fosse stato in grado di sottoporre al tribunale e ai propri creditori il piano e la proposta e avesse altresì ottenuto l'attestazione degli stessi da parte dell'esperto, ora l'ordinamento ammette la frattura tra la domanda (veicolata dal ricorso) e il suo contenuto (il piano e la proposta), sicché essi costituiscono elementi non solo logicamente distinti ma anche separabili dal punto di

³¹ Ivi, p. 20.

vista temporale, con la conseguenza che il dispiegamento degli effetti della prima prescinde, almeno inizialmente, dalla compiuta enucleazione del secondo³².

L'appetibilità dello strumento è evidente. Esso consente al debitore di profittare dell'*automatic stay*, stimolando la tempestiva emersione della crisi, che non dovrà necessariamente essere rinviata al momento in cui il piano e la proposta saranno stati finalmente varati; e ciò grazie alla possibilità di godere, in vista della loro compiuta predisposizione, di un congruo periodo di protezione dalle iniziative esecutive e cautelari. Tanto si evince a chiare lettere dalla relazione illustrativa al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, ove si legge che l'obiettivo è *“migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore [...] l'opzione di fondo che orienta l'intervento è quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino”*.

Proseguendo il parallelismo tracciato innanzi con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, come lo strumento *ex* 182-bis, comma sesto, l. fall. mira a tutelare l'imprenditore nella delicata fase della negoziazione volta alla stipulazione dell'accordo (scongiurando che ipotetiche e intempestive iniziative da parte di singoli possano pregiudicare una soluzione concordata), allo stesso modo la domanda di concordato con riserva permette al debitore di palesare per tempo la propria condizione, nella consapevolezza che ciò gli consentirà di avvalersi di un idoneo *spatium deliberandi* per elaborare il piano e la proposta e per consentire all'esperto di redigere la propria relazione. A ciò è doveroso aggiungere un'importante precisazione: qualora, nelle more, si prospettasse la possibilità di avvalersi, anziché del concordato, dell'accordo *ex art.* 182-bis l. fall., l'ordinamento ammette espressamente il passaggio a tale diverso istituto, non costituendo esso una

³² S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Le altre procedura concorsuali*, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, p. 72. L'Autore osserva che: “i) la “domanda” è l'istanza, rivolta al tribunale tramite il ricorso, di ammissione e omologazione del concordato; (ii) la proposta è costituita dalle modalità quantitative, qualitative e temporali di soddisfacimento dei creditori; (iii) il piano è l'insieme delle attività attraverso le quali il debitore si propone di ottenere il verificarsi delle condizioni per l'adempimento della proposta”.

procedura concorsuale (non violando così il brocardo secondo cui *electa una via non datur re cursus ad alteram*)³³.

Il nuovo concordato dovrebbe, come detto, incentivare gli imprenditori che versano in stato di crisi a ricorrere tempestivamente alla nuova procedura, consentendo così un'emersione anticipata della crisi stessa. Tuttavia, l'esperienza ha dimostrato che l'imprenditore continua a rivolgersi al tribunale anche quando la situazione di crisi ha ormai assunto gravità tale da potersi a buon diritto qualificare come vera e propria insolvenza, cosicché la presentazione, in queste situazioni, del ricorso per concordato in bianco rischia di tradursi nella mera dilatazione della durata della procedura. Ai sei mesi di cui all'art. 181 l. fall., prorogabili di ulteriori sessanta giorni e ai quali peraltro si tende ad annettere valenza ordinatoria (non essendo infrequente che tra la richiesta di ammissione e l'omologazione trascorrono ben più di otto mesi), si aggiunge infatti l'ulteriore lasso di tempo (variabile da due a sei mesi) della fase pre-concordataria.

Non è un caso dunque che dopo circa un anno dalla sua introduzione il legislatore abbia avvertito la necessità di un intervento di manutenzione volto ad evitare un utilizzo distorto (*i.e.*, meramente dilatorio) del mezzo concordatario. Il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella L. 9 agosto 2013, n. 98, ha così rafforzato il corredo documentale richiesto per la presentazione della domanda (inserendo l'obbligo di depositare l'elenco dei creditori), ha rafforzato la cogenza degli obblighi informativi periodici e ha attribuito al tribunale la facoltà, fin dal momento dell'assegnazione del termine per il deposito del piano (o, in alternativa, dell'istanza di omologazione dell'accordo), di disporre la nomina del commissario, dotato del potere di stimolare l'eventuale dichiarazione d'inammissibilità della domanda per il caso di emersione di condotte rilevanti ai sensi dell'art. 173 l. fall. Infine, si è posto un chiaro limite alla ripresentazione della domanda di concordato con riserva, prescrivendo che essa risulta ammissibile solo laddove non sia stata preceduta, nei due anni antecedenti, da analoga iniziativa che abbia sortito esito infausto.

La domanda di concordato in bianco si formula con ricorso ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall. Diversamente dal ricorso ordinario, esso non deve essere accompagnato dai documenti di cui all'art. 161, commi secondo e terzo, l. fall., bensì

³³ M. Aiello, *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. It.*, 2014, 12,

semplicemente dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione delle rispettive pretese.

Ci si è interrogati circa la rilevanza della corretta tenuta dei bilanci depositati. Il quesito non è di poco momento, atteso che non è infrequente che l'imprenditore in crisi scelga di rinviare la predisposizione del bilancio relativo all'ultimo esercizio, anche in ragione delle obiettive criticità che connotano la sua compilazione.

La dottrina prevalente ritiene che la regolare tenuta dei bilanci non costituisca indefettibile presupposto dell'*automatic stay*. A ben vedere, infatti, la funzione della produzione dei bilanci non sembra quella di illustrare la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa (demandata, invece, all'apposita relazione di cui all'art. 161, secondo comma, lett. a), l. fall., da depositarsi unitamente al piano e alla proposta), né quella di fornire al tribunale indicazioni sull'entità dell'indebitamento (assolta dall'elenco dei creditori).

Diversamente, essa sembra strumentale alla prova della sussistenza dei requisiti indispensabili per l'accesso al concordato; com'è stato osservato, infatti, sebbene *"il contenuto del ricorso si riduc[a] [...] apparentemente a ben poca cosa [...], in realtà il debitore deve pur sempre dimostrare di essere in possesso dei requisiti soggettivo ed oggettivo per l'ammissione alla procedura e dunque la propria qualità di imprenditore commerciale non sotto-soglia e l'esistenza dello stato d'insolvenza o della situazione di crisi"*³⁴.

Accedendo a tale tesi, si deve ritenere che l'onere di allegazione degli ultimi tre bilanci è sostanzialmente paragonabile a quello analogo previsto, in sede d'istruttoria pre-fallimentare, dall'art. 15, quarto comma, l. fall., il quale stabilisce che il tribunale, nel convocare il debitore, dispone che egli provveda al deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi, in modo da poter verificare se da essi si evinca il superamento dei limiti di cui all'art. 1, comma secondo, l. fall., oltre che lo stato d'insolvenza.

È lecito ritenere, *ergo*, che l'omessa redazione di uno o più bilanci relativi all'ultimo triennio e la conseguente mancata produzione degli stessi non impedisca l'assegnazione del termine, quantomeno nella misura in cui l'istante sia comunque in

³⁴ L. Panzani, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 2012, pp. 2 – 3.

grado di dimostrare, da un lato, la propria qualità d'imprenditore commerciale non "sotto-soglia"; dall'altro, la sussistenza della crisi.

Per quanto riguarda l'elenco dei creditori, la legge prevede che esso debba assumere la forma della lista nominativa, con l'indicazione, per ciascun soggetto, delle relative pretese. La normativa tace, invece, sull'accuratezza dei dati in esso contenuti.

Come si è anticipato, al fine di evitare inutili rinvii dell'apertura della procedura e di sollecitare quanto più possibile l'emersione della crisi, la presentazione del ricorso ex art. 161, comma sesto, l. fall. (*rectius*, la sua iscrizione nel registro delle imprese a cura della cancelleria) determina la neutralizzazione delle iniziative esecutive e cautelari a carico dell'imprenditore in crisi: non solo quelle in corso non possono proseguire, ma neppure possono esserne avviate di nuove, sotto pena di nullità. A ciò si aggiunga che ai creditori è fatto divieto di acquisire titoli di prelazione senza il consenso del debitore (che, ove necessario, dovrà munirsi d'idonea autorizzazione) e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti alla pubblicazione del ricorso perdono la propria efficacia nell'ambito della procedura.

Non possono peraltro passare inosservate le (poche) conseguenze nient'affatto premiali che discendono dalla presentazione della domanda. Innanzitutto, il deposito del ricorso e la successiva iscrizione nel registro delle imprese segnano l'apertura del concorso tra i creditori anteriori (quelli successivi, invece, sono collocati in prededuzione) sicché essi potranno essere soddisfatti solo a valle dell'omologazione del concordato, mentre qualsiasi pagamento in loro favore in costanza di procedura postula una specifica autorizzazione³⁵. L'art. 182-*quinquies*, quarto comma, l. fall., infatti, consente all'imprenditore che abbia presentato domanda di concordato (anche in bianco) di ottenere il consenso al pagamento di creditori anteriori, a condizione, però, che l'esperto attesti che le prestazioni siano funzionali non solo alla prosecuzione dell'attività d'impresa, ma anche al miglior soddisfacimento dei creditori³⁶.

Questo aspetto determina senz'altro delle criticità: il rilascio della certificazione, infatti, presuppone che l'imprenditore abbia già effettuato una chiara opzione per il

³⁵ M. Aiello, *op. cit.*, p. 14.

³⁶ A. Tron, *Attestazione dei piani di risanamento*, in Ambrosini-Andreani-Tron, *Crisi d'impresa e restructuring. Aspetti economico-aziendali, giuridici e fiscali alla luce delle prime applicazioni e interpretazioni delle norme introdotte dalla legge 134/2012*, Milano, 2013, p. 213 ss.

concordato (o l'accordo *ex art. 182-bis l. fall.*) con continuità aziendale e che siano disponibili previsioni finanziarie idonee a far ritenere che la prosecuzione dei rapporti con determinati fornitori sia davvero strumentale al migliore soddisfacimento dei creditori. È pertanto verosimile che, prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, secondo e terzo comma, l. fall., la norma sia destinata a restare circoscritta a ipotesi di portata limitata, quale può essere la necessità di saldare il credito pregresso di una controparte di fatto infungibile, allo scopo di ottenere il completamento di una prestazione non sostituibile (se non, ad esempio, ad un costo assai più elevato) che sortisca con ragionevole certezza un accrescimento delle risorse da distribuirsi ai creditori.

Infine, va ricordato che, in pendenza del termine di cui all'art. 161, comma sesto, l. fall., il debitore conserva il potere di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (nei quali non rientra, giova ripeterlo, il pagamento dei crediti pregressi), mentre quelli straordinari possono essere compiuti solo se urgenti e, in ogni caso, ottenuta la previa autorizzazione del tribunale, *ex art. 161, settimo comma*³⁷.

³⁷ Cfr. A. Leozappa, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

CAPITOLO II – Le diverse funzioni del capitale sociale

2.1 Le molteplici funzioni del capitale sociale.

Prima di tornare nuovamente al concordato preventivo, occorre soffermarsi brevemente sulla funzione che svolge il capitale all'interno delle società. È pacifico che per capitale sociale debba intendersi il valore in danaro dei conferimenti dei soci, quale risulta dalle valutazioni compiute nel contratto sociale³⁸. Ciò significa che i conferimenti diversi dal danaro devono essere valutati all'atto del conferimento stesso e convertiti in una espressione numerica, in modo tale che la sua cifra corrisponda alla realtà e costituisca un'entità effettiva e non “annacquata”.

La nozione appena fornita, tuttavia, racchiude solamente una parte della realtà del fenomeno in esame. Ciò che viene fissato da una cifra contrattuale, con funzione contabile e “statica”, è il mero capitale nominale, il quale resta fisso nel corso della vita sociale finché, con una modificazione dell'atto costitutivo, non se ne decida la variazione, in corrispondenza con quelle del patrimonio sociale.

Il patrimonio sociale, invece, rappresenta il complesso dei rapporti giuridici, attivi e passivi, facenti capo all'imprenditore, ovvero il complesso dei beni effettivamente esistenti³⁹: esso si configura, quindi, come una realtà dinamica, alla quale il capitale deve adeguarsi al ricorrere di mutamenti. Da tanto deriva che il capitale fa parte del patrimonio sociale.

Il capitale rappresenta il cuore pulsante di ogni società (o quasi), tanto che le sue vicende si ripercuotono non soltanto sulle successive operazioni di aumento o riduzione dello stesso (ogni qual volta capitale nominale e patrimonio divergano), ma anche sulla veste giuridica della società. Dal primo punto di vista, se è vero che patrimonio e capitale coincideranno perfettamente solamente al momento della costituzione, è altrettanto indubitabile che presto le due entità cominceranno a divergere con l'inizio dell'attività sociale, e che a fronte di specifiche riduzioni del primo sarà obbligatoria anche la diminuzione del secondo; ciò per impedire che i terzi possano essere fuorviati dall'effettiva disponibilità economica della società.

³⁸ V. Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, cit., a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, VIII ed., 2007, p. 213.

³⁹ *Ibidem*.

Il capitale sociale (*legal capital*) individua la quota di attivo indisponibile, in modo che l'impresa mantenga nel ciclo produttivo una quantità di risorse pari all'importo del capitale. Significativo, a tal proposito, è che la dottrina tedesca faccia riferimento a tale zoccolo duro denominandolo *den puffer*, vale a dire cuscinetto del capitale proprio, che non può esser ripartito tra i soci durante la vita della società, e le cui vicende in riduzione non possono essere indifferenti ai creditori ed ai terzi, con conseguente funzione vincolistica, supplementare rispetto all'indebitamento effettivo⁴⁰. Con espressione ugualmente felice, un noto giurista italiano ha parlato di vero e proprio “*sonnette d'alarme*”⁴¹. Da qui l'emersione anche di un ruolo informativo del capitale sociale, le cui perdite, peraltro, non determinano necessariamente uno stato di insolvenza.

Il capitale (o meglio, la sua consistenza) accompagna l'intera vita societaria: dal momento della sua costituzione fino alla cancellazione dal registro delle imprese. L'art. 2329 c.c. elenca quale prima ed essenziale condizione per la costituzione la sottoscrizione per intero del capitale sociale; gli artt. 2442 ss. c.c. disciplinano analiticamente le ipotesi di aumento e di riduzione del capitale, distinguendo quest'ultima ipotesi in riduzione per perdite facoltativa o obbligatoria, a seconda dell'importanza dell'erosione subita dal patrimonio sociale.

Il capitale risulta anche essere il collante che tiene uniti i soci alla società stessa: secondo la giurisprudenza di legittimità “*Ai sensi dell'art. 2446 c.c. l'assemblea è tenuta a deliberare la riduzione del capitale per perdite in proporzione delle perdite accertate: e ciò sia nel senso che non può ritenersi consentita una riduzione che superi l'ammontare di queste, potendosi altrimenti risolvere la riduzione in un'indebita espropriazione dei soci, privati del valore delle azioni corrispondenti al capitale residuo; sia nel senso che la riduzione non può essere commisurata soltanto ad una frazione delle perdite, giacché ciò ne consentirebbe il trascinarsi nel tempo ben oltre il limite temporale dell'esercizio successivo, espressamente indicato dalla menzionata disposizione del codice*”⁴².

⁴⁰ G. Racugno, *Il capitale sociale della s.r.l.*, in http://people.unica.it/gabrielracugno/files/2012/04/Il-capitale-sociale-della-s.r.l._pdf.pdf.

⁴¹ G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 80.

⁴² Cass. Civ., 17 novembre 2005, n. 23269, in R. Giovagnoli, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3009.

Il capitale è posto a tutela delle ragioni dei soci e dei creditori: sempre la Corte di Cassazione ha ricordato che *“La riduzione facoltativa del capitale sociale per perdite inferiori al terzo è un’operazione destinata per sua stessa natura ad incidere sull’assetto sociale, e quindi ad interferire nella sfera soggettiva dei soci, in particolare sul loro diritto alla distribuzione degli utili, nonché a spiegare influenza sui diritti dei terzi, e segnatamente dei creditori sociali, le cui ragioni sono garantite proprio dal capitale sociale...”*⁴³.

Ancora, gli ermellini hanno ribadito che le regole dettate dal codice in materia di riduzione del capitale sono strumentali alla tutela non solo dell’interesse dei soci, ma anche dei terzi. La Corte ha pertanto ritenuto che ricorre un’ipotesi di nullità allorché la delibera di azzeramento e reintegrazione del capitale sociale sia stata adottata in base ad una situazione patrimoniale della società non aggiornata, e assunta sulla base di una determinazione delle perdite al lordo delle riserve⁴⁴.

Anche negli ordinamenti esteri, la disciplina del capitale sociale regola tendenzialmente tre aspetti fondamentali: la distribuzione di attività sociali agli azionisti; l’investimento minimo di capitale iniziale; il livello di capitale che deve essere mantenuto durante la vita della società⁴⁵.

Per le società di persone, invece, il discorso è in parte differente⁴⁶. Essendo prive di autonomia patrimoniale perfetta, per esse valgono regole meno stringenti rispetto a quelle previste per le società di capitali. La *ratio* è molto semplice: nelle società di persone, il terzo creditore può fare affidamento non solo sul fondo sociale, ma anche su coloro che hanno agito in nome e per conto della stessa. In altre parole, nel momento in cui si relazionano con la società, essi sono a conoscenza anche di coloro (persone fisiche) che risponderanno per la società stessa; ciò non avviene, per ovvie ragioni che qui non vale la pena ricordare, nelle società di capitali.

Un punto di incontro tra le due differenti discipline sarebbe rappresentato dall’art. 2303 c.c., a tenore del quale: *“Non può farsi luogo a ripartizione di somme tra soci se non per utili realmente conseguiti. Se si verifica una perdita del capitale*

⁴³ Cass. Civ., 13 gennaio 2006, n. 543, in R. Giovagnoli, *op. cit.*

⁴⁴ Cass. Civ., 2 aprile 2007, n. 8221, in R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 3010.

⁴⁵ G. Hertig – H. Kanda, *La tutela dei creditori*, in L. Enriques (a cura di), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, p. 104.

⁴⁶ V. paragrafo 2.5.

sociale, non può farsi luogo a ripartizioni di utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente”.

La norma appena riprodotta è l'espressione, in modo meno puntuale e articolato di quanto accade nelle società per azioni (artt. 2446 e 2447 c.c.), del canone dell'intangibilità e dell'integrità del capitale sociale e della funzione di garanzia dei terzi che il capitale assolve⁴⁷.

Secondo un orientamento dottrinale, tanto basterebbe a far entrare nella disciplina delle società in nome collettivo la nozione (e la conseguente disciplina sostanziale) del capitale sociale⁴⁸, essendovi bisogno di una contabilizzazione autentica del capitale sociale al fine di rilevare gli utili fittiziamente distribuiti.

In realtà, la differenza con quanto statuito in tema di società di capitali è netta: la riduzione prevista dall'art. 2303 c.c. implica sì una modificazione dell'atto costitutivo; tuttavia, a differenza di quanto accade nelle società per azioni dove si hanno casi di riduzione obbligatoria, essa è sempre facoltativa, anche se con la conseguenza di non poter distribuire utili ove il capitale non venga reintegrato⁴⁹.

Fatto sta che nella società in nome collettivo il capitale pare svolgere una funzione molto più pregnante rispetto a quanto accada per la società semplice; esso assicura l'ordinato svolgimento dell'attività sociale e la tutela delle aspettative dei soci e dei terzi⁵⁰. D'altronde, l'avvicinamento tra le due principali tipologie societarie (di persone e di capitali) si è assottigliata sempre più col passare del tempo: si pensi alla rivoluzione apportata dal D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; all'introduzione della possibilità di conferire anche opere e servizi (art. 2346 c.c. per le società per azioni e art. 2464 c.c. per le società a responsabilità limitata), un tempo elemento di profonda differenziazione tra società di persone e società di capitali; al netto livellamento del capitale sociale minimo previsto per le S.p.a., fissato ora, a seguito del D.L. 24 giugno 2014, n. 91 (convertito in Legge 11 agosto 2014, n. 116), ad € 50.000,00; alla comparsa delle S.r.l. semplificate.

Da quanto appena detto può prendersi l'abbrivio per un'ulteriore riflessione: l'entità del capitale sociale deve essere (almeno tendenzialmente) proporzionale agli scopi e agli obiettivi che i soci intendono perseguire mediante la costituzione della società.

⁴⁷ V. Buonocore, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁸ M.S. Spolidoro, voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2000, p. 195 ss.

⁴⁹ V. Buonocore, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁰ G. Campobasso, *Diritto commerciale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1999, p. 77.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la società, per quanto persona giuridica dotata di autonomia patrimoniale, rimane pur sempre asservita alla volontà dei suoi soci⁵¹. Se è consentita un'analogia, vale quanto detto da un noto giurista italiano in tema di Unione Europea, in risposta a coloro che criticavano la creazione di un organismo sovranazionale capace di erodere le competenze statali: i "padroni" dei Trattati rimangono pur sempre i singoli Stati, i quali volontariamente costituiscono un'entità diversa da loro, alla quale conferire parte dei poteri originariamente detenuti⁵².

Senza divagare ulteriormente, la similitudine serve a comprendere come siano i soci a stabilire, con successive integrazioni e aumenti, ovvero riduzioni, l'entità del capitale durante la vita societaria. Quello minimo, invece, è stabilito dalla legge, evidentemente in proporzione all'importanza e alle peculiarità (*in primis*, il grado di autonomia) di ciascun tipo societario⁵³. Perciò, si partirà dalle società semplici, ove non sussiste un *minimum*, passando per la S.r.l. semplificata (capitale sociale minimo pari almeno ad € 1,00 e inferiore ad € 10.000,00, ai sensi dell'art. 2463-bis c.c.), per arrivare alla S.r.l. "classica" (non inferiore ad € 10.000,00, ex art. 2463 c.c.)⁵⁴ e alla S.p.a. (almeno € 50.000,00, secondo il nuovo art. 2327 c.c.).

2.2 Le teorie della garanzia.

Sebbene l'istituto del capitale sociale sembri non prestarsi più ad una trattazione unitaria nei diversi tipi (o sottotipi) di società a base capitalistica, tali e tante essendo ormai le asimmetrie rilevabili introdotte dal legislatore, è comunque utile ai fini del presente lavoro passare brevemente in rassegna le principali funzioni che la dottrina normalmente attribuisce al capitale sociale. Si comincerà con quella che pone al centro la tutela del ceto creditorio: è possibile infatti sostenere che il capitale sociale proietti la sua funzione all'esterno della società, a mo' di egida a beneficio dei soci.

Il tema *de qua* è direttamente collegabile al principio della responsabilità patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. In particolare, detto principio

⁵¹ V'è da dire che tale strumentalità è sicuramente destinata ad affievolirsi nelle grandi società di capitali (soprattutto nelle S.p.a. quotate nei mercati regolamentati), ove l'attività societaria, per mole ed interessi, sembra staccarsi dai soci ed assumere vita propria.

⁵² M. Panebianco – A. Di Stasi, "L'Euro-G8. Contributo alla teoria dello Stato euro-globale", Giappichelli, Torino, II Ed., 2006.

⁵³ Cfr. in tal senso G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, 1, Torino, Utet, 2004, p. 28.

⁵⁴ A ciò si aggiunga la nuova s.r.l. a capitale ridotto, introdotta dal D.L. 28 giugno n. 76, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 99, da cui sono gemmati i nuovi commi quarto e quinto dell'art. 2463 c.c.

comporterebbe la predisposizione di un sistema di garanzia che, alternativo a quello incentrato sul diretto coinvolgimento dei soci, tuteli in ogni caso le pretese dei creditori⁵⁵. In effetti il capitale nominale altro non è che il valore dei conferimenti iniziali dei soci, il cui patrimonio personale viene in (minima) parte trasfuso all'interno di un'entità di più vaste dimensioni.

Il coacervo di beni costituente il capitale è oggetto dell'attenzione del legislatore fin dalla sua genesi, allorquando si preoccupa di stabilirne limite minimo e composizione. Anche in questa fase, tuttavia, un occhio di riguardo è riservato ai creditori, in quanto sono ritenuti idonei al conferimento soltanto beni realizzabili *in executivis*, ossia espropriabili e, conseguentemente, descritta in termini di garanzia per i creditori⁵⁶.

Questa sorta di asservimento funzionale del capitale non è però limitato alla sola fase costitutiva della società: la disciplina relativa alla formazione del bilancio seleziona costantemente i valori dei beni che saranno iscritti nell'attivo patrimoniale e che fanno da *pendant* al capitale nominale con criteri omogenei rispetto a quelli che presidiano la formazione del capitale stesso, sì da preservarne pressoché intatta la richiamata funzione di garanzia per i creditori⁵⁷.

Da tanto si evince un'unica nozione di capitale rilevante ai nostri fini, ossia quella di capitale reale, inteso come insieme di beni idonei (cc.dd. beni-capitale), poiché espropriabili, a garantire i creditori; da qui, la differenza qualitativa con la nozione di patrimonio. Invero, mentre il capitale sarebbe costituito da beni idonei alla garanzia, e quindi iscrivibili nell'attivo patrimoniale, il patrimonio risulterebbe, più genericamente, dall'insieme di tutti i beni posseduti dalla società ed utili all'espletamento dell'attività sociale, a prescindere dalla loro idoneità alla garanzia⁵⁸.

A favore della teoria secondo cui il legislatore abbia immaginato il capitale sociale essenzialmente come uno strumento di tutela dei creditori, milita un'altra considerazione: la disciplina delle società di capitali prevede che una parte degli utili vada sempre imputata a riserva, quindi sottratta alla distribuzione tra soci (v. art. 2430 c.c.).

⁵⁵ E. Simonetto, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Cedam, Padova, 1959, p. 22.

⁵⁶ *Ivi*, p. 41.

⁵⁷ G. Martiello, *La tutela penale del capitale sociale nella società per azioni*, 2007, Firenze University Press, p. 37.

⁵⁸ E. Simonetto, *op. cit.*, pp. 425 ss.

D'altronde, quello alla stabilità economica della società è interesse diffuso, che va dai soci ai creditori, passando per i lavoratori dipendenti della stessa e per tutti coloro che, anche momentaneamente, interagiscono con essa. Detto altrimenti, l'affidabilità economica della società (di cui il capitale è indice formidabile) crea un circolo virtuoso che le consente di agire sul mercato forte di un *feedback* positivo derivatole dall'affidabilità del suo patrimonio, con conseguenti benefici per tutti.

La crisi (o l'insolvenza) della società entra in gioco proprio quando questo meccanismo, ideato dal legislatore (oppure dai giuristi che pensano di ravvedere nelle norme codicistiche dedicate al capitale un mezzo tutto volto alla tutela dei creditori), si spezza, a causa dell'aleatorietà dell'attività imprenditoriale, ovvero di una cattiva gestione da parte degli amministratori, o ancora di obiettivi poco leciti venuti col tempo a galla.

Quello che la teoria in esame valorizza maggiormente sembrano essere gli interessi esosocietari che gravitano attorno al capitale. In effetti, se, da un lato, non si nega che il capitale svolga una funzione endosocietaria, dovendo inevitabilmente il conferimento essere utile all'esercizio dell'attività d'impresa, dall'altro è evidente lo spostamento che il baricentro funzionale dell'istituto subisce a vantaggio della tutela dei terzi creditori⁵⁹.

La funzione esterna del capitale sociale è stata valorizzata soprattutto dalla dottrina (indicata nelle note pregresse) meno recente, ancora impregnata di una concezione economica di tipo nazionalistico o collettivistico. Ciononostante, essa può essere ritenuta tuttora valida, soprattutto allorquando fa riferimento ad addentellati normativi concreti; anzi, a ben vedere, abbracciare una siffatta teoria significa uscire dagli scopi societari meramente egoistici e accettare che la società costituisce una realtà complessa, capace di travalicare i limiti statutari e di influire notevolmente sulle scelte economiche dei terzi⁶⁰.

⁵⁹ Ivi, p. 263.

⁶⁰ A *contrario*, v'è da dire che la società si caratterizza proprio per il fine egoistico dello scopo, in contrapposizione a quello morale delle associazioni: tanto si evince dalla mera lettura dell'art. 2247 c.c.

2.2.1 Approfondimento: la disputa intorno la funzione di garanzia del capitale sociale.

La teoria appena esposta è tutt'altro che pacifica. È nota la logomachia, risalente a qualche anno fa, tra due Autori i quali, *l'un contro l'altro armati*, accesero la disputa inerente alla funzione del capitale sociale. Uno di essi, in particolare, ha ritenuto oramai superato l'orientamento che attribuisce al capitale sociale una funzione di tutela creditoria, sulla scorta di alcune considerazioni⁶¹. Innanzitutto, già la giurisprudenza comunitaria, con la sentenza *Centros*⁶² nel 1999 e poi con quella *Inspire Art*⁶³ del 2003, ha assestato un duro colpo alla funzione in esame del capitale sociale, negandone l'attitudine a fungere da idoneo strumento di tutela dei creditori e dunque ritenendo inammissibile la scelta di imporne l'applicazione a società straniera. Con la prima pronuncia, infatti, la Corte di Giustizia ha escluso che possa ritenersi una restrizione conforme al diritto comunitario il rifiuto d'iscrizione di una società in ragione della sua sottocapitalizzazione rispetto al capitale minimo richiesto dal paese ospitante, mentre con la seconda ha giudicato non conforme con il Trattato una disposizione di legge olandese che imponeva alle società pseudo-straniere un capitale minimo uguale a quello richiesto alle società nazionali, nonostante che il capitale minimo e il sistema del netto che vi è collegato costituiscano uno dei capisaldi della stessa legislazione comunitaria in materia di società.

Non è un caso, poi, che il legislatore francese, evidentemente influenzato dal nuovo orientamento comunitario, abbia optato, nel 2003, per la soppressione del capitale sociale minimo per le *sociétés à responsabilité limitée*.

E in qualche modo si può ricollegare agli spazi che la giurisprudenza comunitaria ha aperto alla concorrenza tra ordinamenti anche la scelta del legislatore italiano di non adeguare i minimi legali agli effetti dell'inflazione in sede di riforma del diritto societario nonché, più in generale, di alleggerire la disciplina del capitale sociale nelle s.p.a. e, ancor più, nelle s.r.l.⁶⁴, talvolta anche oltre i limiti di quanto consentito

⁶¹ L. Enriques, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, *Giur. comm.*, fasc. 5, 2005, p. 607.

⁶² *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, 16 luglio 1998, nn. 21 e 22 v. anche Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, 9 marzo 1999, nn. 35-39 (idem).

⁶³ *Kamer van Koophandel c. Inspire Art*, causa C-167/01, 30 settembre 2003.

⁶⁴ L. De Angelis, *Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, p. 1456.

dall'ordinamento comunitario⁶⁵. Le recentissime riforme, poi, hanno addirittura abbassato ancor di più la soglia del capitale minimo della s.p.a. e della s.r.l. (quest'ultima, addirittura, fino a renderlo del tutto simbolico).

Ancora, è interessante notare che uno studio della Banca Mondiale ha identificato nel capitale minimo una delle barriere alla creazione di nuove imprese giungendo ad asserire che, essendo totalmente privo di giustificazione, dovrebbe essere eliminato per favorire lo sviluppo del settore privato, soprattutto nei paesi economicamente meno avanzati, dove il capitale minimo in rapporto al reddito *pro capite* è assai maggiore che altrove⁶⁶.

Orbene, la disputa cui si faceva riferimento fa perno sull'asserzione secondo cui la tutela dei creditori deve necessariamente passare per un intervento statale puntuale, non potendo tale forma di tutela gemmare dall'autoregolamentazione derivante dai reciproci rapporti privatistici: “[è] per lo meno dubbio che semplici contratti tra debitori e creditori possano creare un sistema di obblighi e, soprattutto di sanzioni, tale da assicurare un livello sufficiente di affidabilità”⁶⁷. Secondo questa dottrina, pertanto, la regolamentazione degli interessi, per poter funzionare, deve necessariamente provenire dall'esterno, non essendo sufficientemente efficace quella interna derivante dagli organismi di controllo ordinari.

Soltanto un sistema di regole statuali le cui violazioni siano adeguatamente sanzionate, anche penalmente, raggiungerebbe lo scopo di assicurare un assetto efficiente nei rapporti tra imprese e loro creditori⁶⁸.

La tesi non è convincente. Infatti, nell'ordinamento italiano esistono settori nei quali una sanzione tipicamente pubblicistica è correlata alla violazione di codici di autodisciplina, dunque di fonte privata: un esempio è la disposizione che impone ai promotori finanziari l'osservanza dei codici di autodisciplina relativi alla loro attività (art. 95, reg. Consob in materia di intermediari): la violazione di tali codici configura anche una violazione dell'art. 95 reg. Intermediari, come tale sanzionata (nella specie, con sanzione pecuniaria amministrativa) ai sensi dell'art. 196 t.u.i.f. Analogamente, nel campo di cui ci si occupa è possibile immaginare un regime che

⁶⁵ G. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, p. 264.

⁶⁶ World Bank, *Doing Business in 2004. Understanding Regulation*, Washington D.C., World Bank, 2004, 22 e 26.

⁶⁷ F. Denozza, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 591.

⁶⁸ *Ibidem*.

non imponga criteri per la redazione dei bilanci, ma che presti al mercato il proprio apparato sanzionatorio qualora una società scelga autonomamente di redigere e pubblicare i propri conti annuali secondo i criteri individuati da enti anche privati. E del resto, un simile regime già esiste: l'art. 185 t.u.i.f., come modificato a seguito della direttiva sugli abusi di mercato, punisce genericamente la diffusione di notizie false, e dunque anche di quelle divulgate sulla base di obblighi assunti contrattualmente (come ad esempio in base al regolamento del mercato in cui una società è quotata)⁶⁹.

L'intervento statuale, peraltro, non si limiterebbe a porre dei limiti minimi al capitale sociale o alla predisposizione di sanzioni (anche penali) alla trasgressione delle regole, dovendo anche imporre delle regole di trasparenza e degli obblighi informativi (legati essenzialmente alla predisposizione del bilancio) a tutela di quanti si relazionano con la società: *“[È] possibile, cioè, che la scelta di correre i rischi, accettata in condizioni di incertezza (assenza di informazioni), si riveli, in diverse condizioni (presenza di informazioni negative), inaccettabile. La disponibilità dell'informazione è, pertanto, in grado di accrescere anche il benessere di coloro che non sarebbero disposti a pagare”*⁷⁰.

La questione, detto in altre parole, attiene al problema se sia efficiente o meno imporre alle società di rendere pubbliche certe informazioni. Secondo la tesi avversa, imporre un determinato comportamento a chi di suo non lo farebbe ha un costo per tale soggetto. Imporre obblighi d'informazione non è irrilevante per chi vi è costretto. Ci sono i costi vivi della preparazione dei conti e della loro pubblicazione, ci sono i costi che derivano dalla messa a disposizione di terzi (ad esempio dei concorrenti) di informazioni che l'impresa preferirebbe tenere nascoste, e l'elenco potrebbe continuare. Testualmente: *“[...] a rischio di essere irrimediabilmente marchiato come filo-Chicagoan, non posso fare a meno di ricordare che, purtroppo, "there is no such thing as a free lunch": è chiaro che i creditori [...] stanno meglio se, grazie al legislatore, dispongono di informazioni maggiori di quelle che il debitore darebbe gratuitamente loro. Ma per dimostrare che in questo modo si accresce il benessere collettivo, non ci si può esimere dal dimostrare che i benefici per i*

⁶⁹ L. Enriques, *op. cit.*, p. 608; peraltro, la stessa tesi è avallata anche in G. Hertig – H. Kanda, *op. cit.*, p. 89, ove si afferma che la tutela dei creditori sociali non implica necessariamente l'intervento del diritto societario, potendo essere lasciata alla libera contrattazione delle parti.

⁷⁰ F. Denozza, *op. cit.*, p. 595.

*creditori in questione sono superiori ai costi sopportati dal debitore per dare quelle informazioni. Se poi, questo modo di argomentare viene utilizzato per sostenere non che gli obblighi di informazione sono efficienti (date le qualità di "bene pubblico" dell'informazione, si tratta di un'affermazione entro certi limiti di buon senso e, pertanto, assai persuasiva), ma che vincoli alle distribuzioni agli azionisti basati sui valori di bilancio, obblighi di ricapitalizzazione, ecc. sono anch'essi efficienti, è ancora più evidente che il discorso non può ignorare gli effetti negativi che questo genere di vincoli può avere per il debitore*⁷¹.

Dal dibattito emerge quindi netta la mancanza di concordia che esiste intorno alla regola del netto. Da un lato, v'è chi sostiene che non esistano validi argomenti che dimostrino l'efficienza di norme imperative volte ad imporre alle società di assumere iniziative in presenza di situazioni patrimoniali aventi determinate caratteristiche e desunte da dati di bilancio predisposti secondo criteri di prudenza imposti anch'essi imperativamente. Dall'altro, invece, con una scelta probabilmente più "conservatrice", viene auspicato il permanere di norme imperative che imbriglino l'imprenditore vincolandolo ad obblighi di trasparenza. Quest'ultimo orientamento, più pessimistico, non sembra però assolutamente inconciliabile con quello avverso, maggiormente liberistico. *"Un grado sia pur minimo di fiducia nel funzionamento del mercato e nella capacità di almeno alcuni operatori di elaborare informazioni sulla disciplina applicabile e sulle relative implicazioni consente infatti di ritenere che il sistema del netto possa anche convivere con un sistema alternativo meno rigido, rimettendo alle imprese la scelta del sistema cui intendono assoggettarsi. Per rendere meno traumatica la transizione da un modello imperativo a un modello che consente ai privati un margine di scelta, si può anche immaginare che il modello di default, almeno per le imprese esistenti, resti quello del sistema del netto"*⁷².

2.3 Le teorie della produttività e dell'informazione

Altra parte della dottrina sostiene che il capitale sociale abbia una funzione garantistica solamente mediata. Per demolire questa tesi, si è cercato di abbattere le

⁷¹ L. Enriques, *op. cit.*, p. 609.

⁷² *Ivi*, p. 610.

sue due colonne portanti: la conferibilità a capitale dei soli beni idonei alla garanzia dei creditori poiché espropriabili; l'iscrivibilità a bilancio dei soli beni-capitale⁷³.

Innanzitutto, dalla disciplina dell'art. 2424 c.c. risultano all'attivo patrimoniale anche beni non idonei alla garanzia dei creditori poiché non suscettibili di esecuzione forzata: si pensi, ad esempio, alle concessioni, ai diritti obbligatori di godimento, all'avviamento, ai casi di diritti in con titolarità. Inoltre, siccome il principio di chiarezza e precisione del bilancio sancito dall'art. 2423, comma secondo, c.c. impone di iscrivere nello stesso tutti i conferimenti, se ne evince che tutti i beni iscrivibili sono conferibili, di talché, una volta ammesso che in bilancio possono essere iscritti anche beni non idonei alla garanzia, sarebbe dimostrata l'insufficienza della teoria illustrata nelle prime pagine del paragrafo⁷⁴.

In realtà, ciò che si contesta non è l'idea che il capitale sociale svolga una funzione di garanzia per i creditori (tesi in effetti fuor di dubbio), ma che esso svolga questa funzione in via immediata e principale. Nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto della garanzia, ed in particolare della garanzia reale, si realizza attraverso il meccanismo della preferenza nel soddisfacimento del credito; ciò, a ben vedere, accade anche nelle società, per le quali il legislatore ha predisposto un meccanismo che, pur distinto a seconda del tipo di società (di capitali o di persone) assicura una generica prelazione dei creditori sul patrimonio sociale. Si tratta, però, pur sempre di una garanzia di tipo prelatorio e non di una garanzia relativa alla composizione del capitale⁷⁵.

La lettura combinata delle norme sui conferimenti e sul bilancio permetterebbe di asserire che l'interesse protetto dal legislatore è quello alla rilevazione dell'esatta situazione patrimoniale della società e non quello alla formazione qualitativa della garanzia patrimoniale; in tale prospettiva, di funzione di garanzia si potrebbe parlare limitatamente alla tutela dell'esigenza dei creditori (ma anche dei soci) alla certezza della situazione patrimoniale della società⁷⁶.

⁷³ Cfr. F. Di Sabato, *Capitale e responsabilità nelle società di persone*, Morano editore, Napoli, 1967; G.B. Portale, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 33, nota 1.

⁷⁴ F. Di Sabato, *op. cit.*, pp. 93 ss.

⁷⁵ G. Martiello, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁶ F. Di Sabato, *op. cit.*, pp. 141 ss.

In questo senso deporrebbe anche il disposto dell'art. 2250 c.c. il quale, al comma secondo, fa obbligo alle società di capitali di indicare, all'interno della corrispondenza, l'entità del proprio capitale.

Il contenuto informativo del capitale andrebbe incontro alle esigenze di due categorie, tra loro contrapposte: quella dei soci e quella dei creditori. Entrambe finanziano, con i loro apporti, l'attività economica della società, la quale sarà costretta a restituire (con gli interessi e con le dovute differenziazioni di modo e di tempo) quanto ricevuto. Le pretese dei creditori, ovviamente, si contrappongono a quelle dei soci: di qui la normativa volta a limitare (o eliminare) la distribuzione degli utili ai soli casi di incremento patrimoniale effettivo (cfr. art. 2433 c.c.); a porre rigorosi limiti al riconoscimento di acconti sui dividendi (art. 2433-bis c.c.); a circoscrivere l'acquisto delle azioni proprie o di quelle della società controllante nel limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili (artt. 2357 ss. e 2359-bis ss., c.c.).

Se così è, il capitale sociale si porrebbe quale strumento di informazione dei terzi circa il rischio cui la restituzione del loro credito è sottoposta in quanto concorrente con le attribuzioni patrimoniali che i soci tendono a lucrare dalla società. Per i soci, invece, tale disciplina tenderebbe ad evitare che gli amministratori della società compiano manovre che incidono sul capitale, a svantaggio delle loro pretese economiche⁷⁷.

Probabilmente ancor più aderente alla realtà dei fatti (e sicuramente più pragmatica) è la teoria secondo cui i conferimenti dei soci siano stati calibrati dal legislatore in vista della futura produttività dell'azienda: la conferibilità di un bene, quindi, prescinderebbe dall'idoneità alla garanzia dei creditori, essendo semplicemente richiesto che il suddetto bene sia utile alla produzione (e, in ossequio alla definizione di capitale sociale nominale fornita ad inizio capitolo, che a tale utilità sia possibile attribuire un valore monetario)⁷⁸.

Questo orientamento è avallato da quella dottrina che, dimostrato che non tutti i beni suscettibili di conferimento siano espropriabili, ha sostenuto come l'apporto dell'azionista non possa che essere funzionale alla produttività dell'impresa: tanto si

⁷⁷ M.S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 211 ss.; A.E. Fabiano, *Capitale fisso e capitale variabile nella disciplina delle società lucrative e delle società cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, pp. 211 ss.

⁷⁸ S. Fortunato, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1990, pp. 133 ss.

evincerebbe (seppur non direttamente) dalla fondamentale norma dell'art. 2247 c.c., allorché asserisce che i soci conferiscono beni o servizi finalizzati all'esercizio comune dell'attività economica⁷⁹. Del resto, l'appena menzionata disposizione sarebbe di per sé sufficiente a smentire anche la prima delle teorie esposte in questo paragrafo, cioè quella che vede nel capitale sociale essenzialmente uno strumento di garanzia per i creditori ed i terzi in generale.

Ulteriori addentellati normativi avvalorano quanto detto. Oltre al già menzionato art. 2327 c.c. inerente al capitale minimo, l'art. 2484, comma primo, n. 2, c.c. annovera tra le cause di scioglimento della società l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. Queste norme rivelerebbero un principio generale di necessaria congruità, rispetto allo scopo sociale, del capitale e, quindi, la conferma della sua funzione (questa volta prevalentemente endosocietaria) di tipo produttivistico⁸⁰.

Tutto quanto appena esposto potrebbe sembrare un inutile sofisma posto sul labile filo rappresentato dalla funzione del capitale sociale. Quale che sia il suo compito precipuo, le considerazioni appena svolte sono sicuramente conformi al dato reale delle disposizioni codicistiche, le quali possono essere interpretate sbilanciandosi in un senso ovvero nell'altro. Invero, sostenere la teoria c.d. realistica (cioè di garanzia) del capitale oppure quella più attenta alla trasparenza che esso deve garantire ovvero quella che fa perno sulla produttività, non intacca la sostanza concreta del capitale.

È il caso di dire che una visione in filigrana delle argomentazioni finora proposte consente di tenere in piedi tutte le funzioni attribuite dalla scienza giuridica al capitale sociale. Trasparenza dell'economia dell'impresa e produttività non sono forse strettamente collegate al tema della tutela dei creditori? In tale prospettiva, il capitale sociale non costituisce una diretta garanzia per i creditori ma si presenta come un insieme di valori di cui l'impresa societaria deve dotarsi per poter raggiungere un equilibrio economico e finanziario che giova su molteplici livelli, a favore di tutti gli operatori sul mercato.

Tirando le fila di quanto finora detto, il vaso di Pandora rappresentato dal capitale sociale racchiude in sé molteplici sfaccettature, le quali non consentono una *reductio ad unitatem*. Non può essere data prevalenza esclusiva ad una funzione a discapito

⁷⁹ G.B. Portale, *Capitale sociale e conferimenti*, cit., pp. 56 ss.

⁸⁰ *Ivi*, pp. 65 ss.; cfr. anche B. Quatraro, S. D'Amora, R. Israel, G. Quatraro, *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, volume I, II ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 14.

delle altre, se non adagiandosi ad una visione erroneamente parziale del fenomeno in questione. Il capitale sociale garantisce i diritti dei creditori e dei soci, attraverso la sua trasparente trasposizione nelle scritture contabili e nel bilancio, fornendo allo stesso tempo il carburante necessario per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale. Il capitale sociale assolve quindi a varie funzioni, ma nessuno di tali interessi sembra assumere *ex se* assorbente rilevanza rispetto agli altri sul piano della tutela, perché questa non si rivolge (almeno in via immediata) a nessuno di essi, bensì all'integrità ed effettività dell'oggetto materiale sul quale gli interessi stessi convergono⁸¹.

La lettura sistematica delle disposizioni codicistiche richiamate non fa emergere un disegno unitario del legislatore, il quale verosimilmente si è preoccupato di soddisfare ogni esigenza che potesse promanare dal fondo accumulato dalla società.

Ciononostante, coloro che cercano di far pendere l'ago della bilancia a favore della funzione garantistica del capitale si avvalgono di un ulteriore argomento: il rilievo penale di alcune condotte poste in essere dai soci o dagli amministratori. Si pensi, ad esempio, all'illegale distribuzione di utili, che sicuramente pregiudica la consistenza patrimoniale della società a beneficio dei soli soci percettori; oppure alla sopravvalutazione dei conferimenti, che può riguardare soltanto alcuni di essi (con lucro limitato soltanto ai soci che li conferiscono) ovvero indistintamente tutti gli apporti di capitale, dalla quale consegue un pregiudizio per l'affidamento dei terzi che entrano in contatto con la società, la quale si presenta all'esterno con un capitale "gonfiato"⁸². Emblematico è, poi, il reato di bancarotta fraudolenta, che punisce molteplici condotte, tra cui quelle distrattive a danno dei creditori.

È fuor di dubbio che il legislatore intervenga con sanzioni di stampo penalistico ove ravveda un pericolo per la collettività (non a caso, il diritto penale rientra nella più ampia branca del diritto pubblico, in un rapporto di *species a genus*). La tutela penale del capitale sociale, allora, non può che spostare di nuovo l'asse verso la prima delle teorie esposte. Questa è la chiave di lettura del prossimo paragrafo.

⁸¹ G. Tantini, *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 1980, p. 55.

⁸² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XI ed., Giuffrè, Milano, 1999, p. 211.

2.4 Il capitale sociale nella S.p.a.

L'autonomia patrimoniale perfetta di cui gode la s.p.a. e la mancanza di obbligati solidali da escutere in caso d'incapienza del patrimonio sociale hanno indotto il legislatore (nazionale e comunitario) ad apprestare una serie di presidi, incentrati intorno all'istituto del capitale sociale, volti a prevenire la traslazione del rischio d'impresa sui creditori sociali ed, in particolare, su quelli più deboli⁸³.

A tal fine è intervenuta la stessa Comunità Europea che, con la direttiva comunitaria in materia di società (77/91/CEE), recepita nell'ordinamento italiano con il d.P.R. n. 30/1986, ha imposto a tutte le società per azioni aventi sede in uno degli Stati membri i seguenti obblighi: costituire e mantenere un patrimonio netto non inferiore al capitale sociale minimo indicato dalla legge applicabile (ed in ogni caso mai inferiore ad € 25.000); affidare la valutazione dei conferimenti in natura a soggetti indipendenti; liberare integralmente al momento della loro sottoscrizione le azioni corrispondenti ai conferimenti in natura; escludere dal novero delle entità conferibili in questo tipo di società le prestazioni d'opera e di servizi; convocare l'assemblea dei soci ed eventualmente ridurre il capitale sociale in caso di perdite gravi; vietare la distribuzione di utili non risultanti dal bilancio d'esercizio e comunque in presenza di perdite di capitale.

Si tratta di un vero e proprio sistema normativo predisposto (anche) a tutela dei creditori della s.p.a., del quale le norme che regolano la composizione iniziale e la successiva conservazione del patrimonio della società costituiscono parte integrante ed essenziale per il perseguimento degli obiettivi indicati dal legislatore comunitario⁸⁴.

La principale funzione di tale sistema, a ben vedere, non è tanto quella di garantire in senso tecnico i creditori della società, quanto piuttosto d'impedire (o comunque di contrastare) la traslazione su di essi del rischio d'impresa attraverso quella che è stata felicemente definita come una "profilassi del dissesto". Sulla carta, infatti, il congegno del netto, *"imponendo l'arresto dell'attività quando il cuscinetto di sicurezza costituito dal capitale si assottiglia fino a livelli inferiori al limite di legge,*

⁸³ F. D'Alessandro, *"L'inutil precauzione?" (ovvero: dell'insolvenza come externalità e della funzione profilattica del capitale)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015, 3, p. 1332.

⁸⁴ Cfr. M. Lutter, *Legal capital in Europe ECFR 2006*, Berlino, 2006; dove, a proposito della funzione svolta dal capitale sociale, si afferma che *"its main function is seen to be creditor and shareholder protection"*.

*dovrebbe per definizione far sì che le perdite cessino prima di intaccare la copertura dei debiti*⁸⁵.

Un ruolo chiave all'interno del sistema del capitale sociale è svolto dal precetto, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2447 e 2486 c.c. (noto anche come “ricapitalizza o liquida”)⁸⁶, a tenore del quale la riduzione del patrimonio netto al di sotto del capitale minimo integra una causa di scioglimento della società che i soci possono evitare solo effettuando nuovi conferimenti ovvero cambiando tipo sociale⁸⁷. Non è questa, tra l'altro, l'unica disposizione volta a contrastare la traslazione del rischio d'impresa sui creditori sociali. Una recente interpretazione dell'art. 2394 c.c. ha fatto discendere da questa norma l'obbligo, in capo agli amministratori, di assicurare il mantenimento di un corretto rapporto tra mezzi propri e di terzi evitando il sovraindebitamento della società, compendiabile nel precetto “rifinanzia o liquida”⁸⁸.

Ad analoga finalità sembra inoltre ispirarsi la *ratio* dell'art. 2467 c.c. in tema di finanziamenti dei soci nella s.r.l., la cui applicabilità anche alle società azionarie chiuse appare ormai ammessa dalla giurisprudenza teorica e pratica⁸⁹.

Ugualmente, dall'art. 217, n. 4, l. fall., parte della dottrina fa derivare il dovere degli amministratori di controllare costantemente la capacità della società di soddisfare i propri creditori e di richiedere tempestivamente l'attivazione della procedura concorsuale ogni qual volta si verificano eventi in grado d'incidere irreversibilmente sull'attività aziendale⁹⁰.

Si noti come le norme appena menzionate sono tutte dirette a proteggere il ceto creditorio dall'ingiusta traslazione del rischio di impresa a loro danno, in ottemperanza a quanto dettato dalla direttiva comunitaria succitata. Non poche, però, sono state le critiche a tale sistema di protezione delle ragioni creditorie: la principale fa perno sui limiti eccessivi posti a carico dell'attività imprenditoriale, “zavorrata”

⁸⁵ F. D'Alessandro, *op. cit.*, p. 1333.

⁸⁶ G. Olivieri, *Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse*, in *Rivista delle Società*, fasc.1, 2016, p. 152.

⁸⁷ G. Strampelli, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle Società*, 2012, pp. 610 ss.

⁸⁸ M. Miola, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, pp. 620 ss.

⁸⁹ Cfr. Cass. 7 luglio 2015, n. 14056, in www.ilcaso.it; N. Abriani, *Finanziamenti dei soci e regole di corretto finanziamento della società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo - M. Cera - S. Patriarca, Torino, 2011, p. 333.

⁹⁰ G. Strampelli, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., pp. 610 ss.

dalla necessità di riservare una specifica attenzione alla solvibilità nei confronti dei creditori.

Sono state avanzate, pertanto, numerose proposte tese a sostituire la tutela fornita dal *legal capital* con tecniche alternative utilizzate in altri ordinamenti giuridici, come ad esempio quelle basate su test di liquidità o di solvibilità (cfr. *infra* il paragrafo dedicato alle s.r.l.)⁹¹.

Ciononostante, la Comunità Europea (ora solo UE) ha ritenuto di confermare quanto disposto con la direttiva del 1977, apportando soltanto qualche novità. Ne è derivato un primo intervento di revisione della normativa, realizzato con la direttiva 2006/68/UE, seguito da una riedizione completa della disciplina, che ha sostituito la direttiva 77/91/CEE con la direttiva n. 2012/30/UE. Tra le modifiche più significative introdotte dal legislatore comunitario merita di essere segnalata quella relativa alla possibilità di valutare i conferimenti in natura attraverso modalità alternative rispetto alla relazione giurata di stima prevista dall'art. 2343 c.c.; possibilità della quale il nostro legislatore (a differenza di altri) si è avvalso introducendo la disciplina che attualmente si legge nell'art. 2343-bis c.c.

Di maggiore importanza appaiono, invece, alcune novità introdotte autonomamente dal legislatore nazionale, dapprima con la riforma organica delle società di capitali nonché, più recentemente, con la disciplina introdotta dalla legge n. 221/2012 e con quella dettata per la soluzione concordata delle crisi d'impresa.

A tal proposito va innanzitutto precisato come la tutela di cui si discute non possa ravvisarsi nella fissazione di una soglia minima di capitale e nella conseguente necessità di dotare la società, attraverso i conferimenti dei soci, di un patrimonio iniziale non inferiore ad essa. Il capitale sociale minimo non serve infatti a definire la serietà dell'iniziativa economica, come da taluni sostenuto (si pensi alle s.r.l. semplificate costituite *nummo uno*)⁹², né a fornire alla società i mezzi necessari ad esercitare la sua attività d'impresa (funzione tendenzialmente comune a tutti i conferimenti in società); ma appare piuttosto funzionale alla realizzazione di quel sistema di allarme preventivo basato sul mantenimento di un *surplus* netto all'interno del patrimonio sociale come condizione per l'esercizio dell'impresa. Si tratta peraltro

⁹¹ V. il *Report of High level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruxelles, 2002.

⁹² Cfr. G. Niccolini, *Il capitale sociale minimo*, Giuffrè, Milano, 1981.

di un sistema di allerta tanto più sensibile quanto più basso è il limite minimo stabilito dal legislatore; con la conseguenza che esso appare destinato a scattare con maggior frequenza a seguito della recente riduzione del capitale sociale delle s.p.a. a € 50.000 (ed a maggior ragione nelle s.r.l.)⁹³.

In questo senso, la riduzione del capitale sociale minimo della s.r.l. ad 1 euro non esclude, di per sé, che anche in questo tipo di società il capitale continui a svolgere la sua funzione di allerta in favore dei creditori sociali, almeno finché la sua riduzione al di sotto del minimo legale configuri una causa di scioglimento della società e sia soggetta alla regola “ricapitalizza o liquida”.

È possibile sostenere che le regole dettate in materia di conferimenti nella s.p.a. concorrono alla realizzazione dell’obiettivo generale sopra descritto attraverso un controllo di tipo sia quantitativo che qualitativo. Dal primo punto di vista, rilevano le norme elencate dagli artt. 2343 ss. c.c., tese ad assicurare l’esatto valore del patrimonio iniziale della società ed a contrastare forme di sottovalutazione dei conferimenti. Sono invece da ascrivere al controllo di tipo qualitativo le norme che privilegiano alcuni tipi di apporto (ad es. il danaro) in luogo di altri (beni in natura); ovvero quelle che escludono la conferibilità di prestazioni pur astrattamente utili per la impresa e certamente ammissibili in altri tipi di società, come quelle di opera o di servizi.

Per quanto concerne lo stretto legame tra capitale e conferimenti, la riforma del 2003 ha previsto, per un verso, la possibilità che lo statuto deroghi alla regola secondo cui la misura della partecipazione del socio al capitale deve necessariamente essere proporzionale al valore del suo conferimento (art. 2346, comma quarto, c.c.); per altro verso, il precetto che lega l’ammontare del capitale sociale al valore complessivo dei conferimenti effettuati dai soci (art. 2346, comma quinto, c.c.).

Il nuovo tenore dell’art. 2346 c.c., pertanto, sembrerebbe potenzialmente in grado di modificare il rapporto di corrispondenza necessaria tra conferibilità e imputabilità a capitale, con conseguenze applicative non trascurabili soprattutto in tema di

⁹³ G. B. Portale, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con “capitale destinato, (Capitale sociale quo vadis?)*, in Riv. soc., 2010, pp. 1237-1250.; M. S. Spolidoro, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in Rivista delle società, 2013, p. 1085; M. Cian, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in Rivista delle società, 2012, p. 1101.

conferimenti “atipici”, per tali dovendosi intendere tutte quelle utilità che risultino prive dei requisiti richiesti per la loro imputazione a capitale⁹⁴.

Infatti, la copertura del capitale non deve più essere verificata in relazione alla singola partecipazione, e dunque parametrata al valore del relativo conferimento, bensì mediante un raffronto fra due grandezze globalmente considerate, cioè tra il valore complessivo dei conferimenti imputati a capitale, da una parte, e quello delle azioni emesse, dall'altro. Da tanto discende che lo statuto può consentire ad alcuni soci di effettuare conferimenti non imputabili a capitale, comunque utili all'esercizio dell'impresa comune (è il classico esempio delle prestazioni d'opera o di servizi), ferma restando l'esigenza di rispettare il vincolo di corrispondenza complessivo tra valore dei conferimenti e ammontare del capitale sociale tuttora imposto dall'art. 2346, comma quinto, c.c. La disposizione dettata dall'art. 2500-*quater*, ultimo comma, c.c. per regolare l'attribuzione delle azioni ai soci d'opera in caso di trasformazione di società di persone in società di capitali sembra confermare indirettamente la correttezza di tale conclusione⁹⁵.

Si perviene in tal modo ad un'interpretazione che, pur senza intaccare i presidi posti dall'istituto del capitale a tutela dei creditori sociali, consente di conferire in questo tipo di società qualsiasi elemento dell'attivo ritenuto utile per lo svolgimento dell'attività d'impresa e dotato di un proprio valore economico. Del resto, che i soci possano effettuare conferimenti in tutto o in parte non imputati a capitale è confermato anche da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato che, in caso di perdite che intacchino il capitale in misura rilevante (o addirittura al di sotto del minimo legale), consente ai soci di evitare l'attivazione dei meccanismi di allarme previsti dagli articoli 2446 e 2447 c.c. effettuando dei versamenti in denaro a copertura delle perdite che ripristinino la corrispondenza fra i due valori (*i.e.* patrimonio netto e capitale nominale)⁹⁶.

Si distacca, almeno in parte, dalle finalità appena enunciate la disciplina prevista per i patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-*bis* c.c.). Il maggior elemento distintivo sta nell'assenza di un limite minimo alla costituzione dello stesso, a

⁹⁴G.B. Portale, *Conferimenti in natura atipici nella s.p.a. Profili critici*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 1974, pp. 28 ss.

⁹⁵ Cfr. P. Spada, *Diritto commerciale II. Elementi*, Cedam, Padova, 2006, pp. 12 ss.; G.B. Portale, *Dal capitale assicurato alle tracking stocks*, in *Rivista delle società*, 2002, pp. 146 ss.

⁹⁶ Cfr. R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G.B. Portale, Vol. 6, Torino, 1993, pp. 293 ss.

differenza di quanto puntualmente avvenuto per ogni tipo societario (nell'ambito delle società di capitali, *ça va sans dire*).

La novella del 2003 ha però previsto condizioni di diversa natura. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 2447-bis, comma secondo, c.c., salvo quanto disposto dalle leggi speciali, i patrimoni destinati in via esclusiva ad uno specifico affare non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al 10% del patrimonio netto della società (oltre a non poter essere costituiti per l'esercizio di affari riservate in base alle leggi speciali). *In secundis*, l'art. 2447-ter c.c., alla lettera c), statuisce che la deliberazione volta a costituire un patrimonio destinato ad uno specifico affare debba riportare una valutazione di congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, nonché specificare le modalità e le regole relative al suo impiego, il risultato che intende perseguire e le eventuali garanzie offerte ai terzi.

È d'uopo sottolineare che la deliberazione *de qua* è adottata dall'organo amministrativo, giusto il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2447-ter c.c., per cui tali delicate valutazioni incomberanno interamente sugli amministratori.

Alla luce delle poche norme richiamate, sebbene non sia contemplata una soglia minima, né si rinviene un obbligo, analogo a quello che grava sugli amministratori delle società di capitali, d'interrompere l'attività allorché il patrimonio netto scenda al di sotto di un determinato ammontare⁹⁷, non è possibile sostenere che il congegno teso alla segregazione di una parte del capitale sociale complessivo possa ritenersi a priori lesivo delle pretese creditorie. Come visto, il patrimonio dedicato può erodere solo una minima parte (10%) del patrimonio netto; inoltre, è imposto un piano economico-finanziario attestante la congruità del patrimonio (sebbene sia lecito talvolta dubitare delle capacità "contabili" degli amministratori, chiamati in quest'ottica a svolgere il compito proprio di un professionista del settore).

Molto più pregnante è la disciplina offerta dal combinato disposto degli artt. 2447-*quater* e 2447-*quinquies* c.c. Secondo la prima disposizione, la costituzione del patrimonio destinato deve essere debitamente iscritta nel registro delle imprese, a norma dell'art. 2436 c.c. che si occupa delle modificazioni statutarie. Nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione della deliberazione, i creditori sociali, che vantino un

⁹⁷ G. Olivieri, *op. cit.*, p. 155.

diritto anteriore all'iscrizione stessa, posso opporsi; il loro veto è superabile soltanto se la società presta idonea garanzia.

L'art. 2447-*quinquies*, comma terzo, c.c., dopo aver statuito a chiare lettere che per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde esclusivamente nei limiti del patrimonio ad esso destinato, afferma che resta sempre salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito. Il primo comma della medesima norma, invece, asserisce che i creditori sociali non possano far valere alcun diritto sul patrimonio destinato né sui frutti o proventi, salvo che per la parte spettante alla società. Questa previsione consente l'aggressione dei creditori soltanto sul risultato dell'operazione, mai sul patrimonio che lo ha determinato⁹⁸.

Da quanto finora esposto si evince che la carica innovativa (almeno per l'ordinamento italiano) dell'istituto *de quo* sia stata parzialmente disinnescata mediante la previsione di rigidi meccanismi volti a tutelare le ragioni del ceto creditorio. Di conseguenza, la possibilità di blindare una parte del proprio patrimonio consente sì alla società di mettersi in gioco in una nuova attività imprenditoriale (se mai più rischiosa di quella ordinariamente svolta) senza correre il rischio di incorrere nello stato di insolvenza, ma non comporta un *escamotage* studiato per arrecare danno ai creditori. Non a caso, l'usbergo rappresentato dalla destinazione ad uno specifico affare viene totalmente meno nel caso di obbligazioni sorte da fatto illecito; disposizione questa che ben si sposa con quella dettata dall'art. 2447-*decies*, comma sesto, c.c. in tema di finanziamenti destinati ad uno specifico affare secondo cui, nell'eventualità di fallimento della società, che impedisca la realizzazione dell'affare, il finanziatore può insinuarsi nel passivo per il recupero del credito, cessando così di fatto ogni limitazione derivante dalla destinazione. Con questa traumatica conclusione, pertanto, viene meno la preclusione che l'obbliga a confidare soltanto sui proventi dell'affare e sui loro frutti⁹⁹.

Tirando le fila di quanto detto in merito ai patrimoni (ed ai finanziamenti) destinati, si può sostenere che, sebbene la disciplina apprestata dal legislatore rappresenti un evidente strappo alla tutela dei terzi creditori mediante il meccanismo del *legal*

⁹⁸ S. Pescatore, *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, cit., p. 339.

⁹⁹ *Ivi*, p. 340.

capital, ciò non significa che la segregazione patrimoniale rappresenti necessariamente un *vulnus* alle ragioni di questi ultimi. Gli artt. 2447-bis ss. c.c. sono appannaggio di un unico tipo societario (la s.p.a.), tradizionalmente più forte e sicuro delle altre tipologie contemplate dal codice; la destinazione può riguardare solo una parte del patrimonio netto, e la deliberazione che la determina è adottata con i crismi stabiliti per le modificazioni statutarie. Per di più, bisogna aggiungere che: le funzioni attribuite al capitale sociale sono molteplici e cangianti col tempo; la rideterminazione del capitale sociale minimo della s.p.a. (ridotto ad € 50.000,00) mette seriamente in discussione lo schema del *legal capital* così come tradizionalmente inteso, avvicinando la società per azioni alla “sorella minore” rappresentata dalla società a responsabilità limitata; la riforma del 2003, nell'introdurre l'istituto in esame, si è più volte tradita, dimostrando l'insicurezza che accompagna ormai da anni il legislatore italiano ogniqualvolta si trovi davanti a riforme dalla portata tendenzialmente epocale: si veda quanto appena detto in tema di responsabilità da atto illecito o di fallimento della società.

Restano, tuttavia, alcune aporie apparentemente insanabili. Innanzitutto, la sottrazione alle comuni regole sulla integrità del capitale poste a tutela dei creditori sociali pone dubbi di compatibilità con i precetti comunitari. Si allude alla direttiva, sopra citata, in materia di costituzione delle società per azioni e di salvaguardia del loro capitale sociale, ove si prevede, all'art. 17, che “*in caso di perdita grave del capitale sottoscritto, l'assemblea deve essere convocata nel termine previsto dalla legislazione degli Stati membri, per esaminare se sia necessario sciogliere la società o prendere altri provvedimenti*”.

Al di là del dettato comunitario e in continuità con quanto esposto nelle pagine precedenti, ci si è chiesto se, dalla complessiva disciplina societaria, è possibile ricavare un generale principio di tutela dei creditori esposti all'aleatorietà dell'attività d'impresa. Alcune disposizioni codicistiche fornirebbero l'opportuno addentellato normativo: quella, già richiamata, che in caso di perdita del capitale pone i soci di fronte all'alternativa secca del ricapitalizzare oppure liquidare; quella che impone la postergazione dei finanziamenti anomali dei soci; quella che considera penalmente rilevanti, ai sensi dell'art. 217 l. fall., le condotte dell'imprenditore che abbia “*consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o*

manifestamente imprudenti”, ovvero abbia “*aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento*”.

Dalle norme descritte si evincerebbe un principio che fa assolutamente divieto all'imprenditore (individuale o collettivo che sia) di trasferire sui creditori il rischio d'impresa mettendo scientemente a repentaglio la integrità del patrimonio sul quale essi basano la loro garanzia. Muovendo da tale assunto, si potrebbe allora affermare che, in caso di perdita del patrimonio dedicato, la sua mancata, tempestiva messa in liquidazione da parte degli amministratori della s.p.a. possa: integrare una violazione del principio sopra richiamato nella misura in cui ciò si traduca in una (indebita) traslazione del rischio d'impresa sui creditori del patrimonio destinato; determinare la responsabilità personale e illimitata degli amministratori per tutte le nuove operazioni poste in essere in nome e per conto del patrimonio destinato dopo la perdita del netto, in analogia con quanto previsto dall'art. 2485, comma primo, c.c.¹⁰⁰.

2.5 Il capitale nelle società di persone.

Si rende opportuna una breve lettura, finora consapevolmente tralasciata, delle norme dedicate alle società di persone.

L'art. 2253 c.c. obbliga il socio ad effettuare il conferimento il cui contenuto, nel silenzio dello statuto, deve essere parametrato agli scopi societari (testualmente “*...quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale*”). L'art. 2272, numero 2, c.c. prevede lo scioglimento della società nel caso di sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. Da tanto si sarebbe indotti a credere che, all'interno delle società di persone (e, segnatamente, della società semplice) il legislatore abbia “sacrificato” il fondo sociale alle sole esigenze dettate dalla produttività. Così non è. Il patrimonio sociale, infatti, non soltanto è indifeso (o quasi) dalle aggressioni dei creditori sociali (v. art. 2267 c.c.), ma anche da quelle perpetrate a suo danno dai creditori particolari dei soci. Anzi, mentre nella società in nome collettivo il creditore particolare non può chiedere la liquidazione della quota del socio debitore fintantoché dura la società (art. 2305 c.c.), nella società semplice il creditore particolare può giungere a chiedere la liquidazione della quota del suo

¹⁰⁰ G. Olivieri, *op. cit.*, p. 156.

debitore, e quindi ad intaccare direttamente la società, quando gli altri beni del debitore risultino insufficienti (art. 2270 c.c.).

Anche in questo caso, quindi, il fondo sociale è legato sia alla produttività economica della società che alla tutela dei creditori, qui ancor più pregnante stante l'assenza di autonomia patrimoniale completa tipica delle società di persone. Per questo la dottrina sostiene (v. *supra*) che nella società in nome collettivo il capitale pare svolgere, in maniera più stringente rispetto a quanto accada per la società semplice, la funzione di assicurare un ordinato svolgimento dell'attività sociale: la formazione di esso sarebbe volta a tutelare non solo l'interesse dei soci, ma anche (e soprattutto) quello dei terzi¹⁰¹.

Infine, un'ulteriore funzione può essere attribuita al capitale sociale: quella di misuratore della partecipazione di ciascun socio agli utili di esercizio ed alla quota finale di liquidazione. Si legga la norma, suppletiva, dell'art. 2263 c.c.: la disposizione pone una presunzione *iuris tantum* di proporzionalità tra i conferimenti eseguiti da ciascuno dei soci e la parte a loro spettante nei guadagni e nelle perdite. Ne segue che un rilevante apporto alla formazione del capitale della società darà luogo per il singolo socio ad un altrettanto importante riverbero patrimoniale delle sorti delle vicende economiche della società.

2.6 Il capitale sociale nella S.r.l.

Si rende opportuna, alla luce di quanto finora esposto, un'ultima riflessione circa la funzione del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata. Questo particolare tipo societario, a seguito della riforma del 2003, si pone a metà tra la disciplina delle società di persone e quella delle società di capitali, rappresentandone ora un vero e proprio crocevia per la materia. Pur avendo i connotati di queste ultime, la s.r.l. è stata fornita di peculiarità tipiche delle società di persone: si pensi solamente alla flessibilità statutaria in merito alla composizione (e all'esistenza stessa) degli organi societari. A riprova, va citata la norma dell'art. 2463 c.c., che, nel delineare il contenuto dell'atto costitutivo, al n. 7 stabilisce, con formula di inusitata ampiezza, che l'atto costitutivo contiene “*le norme relative al funzionamento della società*,”

¹⁰¹ Campobasso, *op. cit.* p.77; N. Bussolletti - E. Fazzutti, voce *Società in nome collettivo*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Utet, Torino, 1997, p. 297.

indicando quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza", facendo così apparire come suppletiva la formazione legale in tema di organizzazione della società.

Altro punto di contatto con la disciplina tipica delle società di persone è rintracciabile nell'art. 2475 c.c., che testualmente recita: *"l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2749 c.c."*; così continuando al comma terzo: *"quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere ... che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente o congiuntamente; in tali casi, si applicano gli artt. 2257 e 2258 c.c."*. Novità portentosa, considerato che: si parla di decisione e non di deliberazione (adottata quindi da un organo collegiale formalmente riunito); l'amministrazione è affidata ai soli soci, i quali possono avvalersi delle libere forme di cui agli artt. 2257 e 2258 c.c.¹⁰².

Questo ibridismo istituzionale, frutto di una novella che ha finalmente tolto la s.r.l. dall'ombra dell'ingombrante sorella maggiore costituita dalla s.p.a., rende la società *de qua* un laboratorio privilegiato di studio del fenomeno in questione. Non a caso, il legislatore ha inteso fornire la s.r.l. di ben otto articoli dedicati esclusivamente alla disciplina delle modificazioni del capitale sociale, ben più, quindi, dell'omologa disciplina prevista per la s.p.a. Nello specifico, gli artt. 2482, 2482-bis e 2482-ter sono sintomatici di una significativa connessione tra le operazioni di riduzione del capitale (sia volontarie che obbligatorie) ed il ceto creditorio.

L'art. 2463, numero 4, c.c. stabilisce in € 10.000 il capitale minimo della società. È stato giustamente evidenziato che l'entità del capitale della s.r.l. non sarebbe così ingente da fungere come seria garanzia per le pretese creditorie; questa funzione è stata ancor più svilta dalla recente introduzione della s.r.l. semplificata e della s.r.l. a capitale ridotto, evidentemente immaginate dal legislatore al fine di favorire l'attività imprenditoriale tra individui privi di importanti disponibilità economica.

Da ciò si evince che la preoccupazione maggiore che ha afflitto il riformatore non è stata quella di fornire idonee assicurazioni al ceto creditorio, bensì quello di concedere ai consociati uno strumento capace di unire la snellezza e la semplicità

¹⁰² V. Buonocore, *op. cit.*, p. 348.

(anche economica, appunto) tipiche delle società di persone all'autonomia patrimoniale propria delle società di capitali.

A tal proposito, poiché la qualità di socio deriva dall'assunzione dell'obbligo di conferimento, ed il ruolo del socio nella compagine sociale è in funzione del conferimento, cioè della misura della partecipazione al capitale sociale, ne discende anche la funzione organizzativa del capitale, posto che, normalmente (salvi i casi in cui lo statuto preveda diritti sociali non proporzionali alla partecipazione posseduta da ciascun socio, ovvero particolari attribuzioni a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili, giusto il disposto dell'art. 2468, secondo e terzo comma)¹⁰³, con conseguente attenuazione del principio plutocratico, i diritti spettanti a ciascun socio sono proporzionali alla parte del capitale sociale sottoscritto, a conferma che, nonostante la presenza di passaggi di contiguità tra le società di persone e la s.r.l., questa è comunque riconducibile al *genus* delle società di capitali¹⁰⁴.

La circostanza che il legislatore abbia disposto per la costituzione della s.r.l. un capitale minimo di € 10.000 e non abbia esplicitamente sancito alcuna correlazione tra l'entità del capitale sociale e l'oggetto sociale (garantendo, tuttavia, allo stesso tempo i mezzi per far fronte ad una sua eventuale inadeguatezza: si leggano in tal senso gli artt. 2467 e 2483 c.c., in merito ai finanziamenti dei soci¹⁰⁵ e a quelli esterni) ha indotto parte della dottrina ad una riflessione, specie alla luce dell'esperienza americana, sulla opportunità di procedere ad una radicale riforma dell'istituto *de quo*. Negli Stati Uniti le esigenze di garanzia del capitale nei confronti del mercato sono state affidate, piuttosto che un'entità fissa (*legal capital*), alla previsione di una concreta verifica di indici (*ratios*) variabili o di periodici test (in parte assimilabili agli *stress test* cui sono sottoposti gli istituti bancari)¹⁰⁶ volti a verificare la solidità finanziaria dell'impresa, nonché alla regola dell'*authorized capital* rimesso alla responsabilità degli amministratori. Il sistema del capitale

¹⁰³ G. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2012, p. 8.

¹⁰⁴ P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in G. Cian, *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, in *Quaderni Riv. Dir. Civ.*, Cedam, Padova, 2004, p. 46.

¹⁰⁵ Soggetti ad un rimborso postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, con riquilibrato del finanziamento in prestito postergato; cfr. Trib. Pistoia, 8 settembre 2008, in *Banca, borsa*, 2009, II, p. 191.

¹⁰⁶ G.B. Portale, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1237.

autorizzato è previsto nel nostro ordinamento solo in forza di un'espressa previsione dell'atto costitutivo, o di una successiva modifica, che ne determini i limiti e le modalità di esercizio (art. 2481, primo comma), potendo gli amministratori solamente sollecitare l'assemblea in ordine all'aumento del capitale sociale¹⁰⁷.

Problematico può essere attribuire una funzione precisa alla società a responsabilità limitata semplificata. Vista l'esiguità dell'importo (che va da quello meramente simbolico di € 1,00 a quello di € 10.000,00), è da scartare una *ratio* che faccia riferimento alla garanzia verso i creditori o alla produttività aziendale. Come già detto, il neointrodotta istituto mira a facilitare l'attività imprenditoriale tra quei soggetti che non hanno ingenti risorse economiche da investire; non a caso, essa può essere costituita solamente da persone fisiche.

V'è da compiere un'ulteriore precisazione. A seguito dell'introduzione della s.r.l.s., il legislatore è tornato sull'art. 2463 c.c. aggiungendo due significativi commi. Il nuovo quarto comma consente, in deroga a quanto disposto dallo stesso articolo al numero 4 e in linea al dettato nell'art. 2463-bis c.c., di prevedere un capitale di ammontare inferiore ai canonici € 10.000, purché non inferiore ad € 1,00. In tal caso i conferimenti devono farsi in danaro e devono essere versati per intero alle persone cui è affidata l'amministrazione. Il quinto comma aggiunge: *“La somma da dedurre dagli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato, per formare la riserva prevista dall'articolo 2430, deve essere pari almeno a un quinto degli stessi, fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l'ammontare di diecimila euro. La riserva così formata può essere utilizzata solo per imputazione a capitale e per coperture di eventuali perdite. Essa deve essere reintegrata a norma del presente comma se viene diminuita per qualsiasi ragione”*. Come la migliore dottrina ha sottolineato, con questa innovazione *“la capitalizzazione figurativa (1 euro) o debole (superiore a 1 e inferiore a 10.000 euro), si prospetta come una situazione consentita nella fase costitutiva e solo tollerata nel seguito”*¹⁰⁸, destinata ad una necessaria successiva capitalizzazione in forza dello speciale regime della

¹⁰⁷ G. Racugno, *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1068.

¹⁰⁸ E. Loffredo, *Sub. art. 2463 bis*, in *Codice civile commentato* a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2013.

riserva legale previsto per questo particolare tipo societario in deroga all'art. 2430, primo comma, c.c., richiamato dall'art. 2478-bis, primo comma, c.c.¹⁰⁹

Concludendo, il legislatore, nel giro di pochi anni (l'art. 2463-bis c.c. risale al 2012) ha frammentato la disciplina della s.r.l.; oggi quindi si contano: la società a responsabilità limitata "classica"; la società a responsabilità limitata a capitale ridotto (art. 2463, quarto e quinto comma, c.c.); la società a responsabilità limitata semplificata (art. 2463-bis c.c.).

È d'uopo un'ultima specificazione. Costituendo la s.r.l.s. un sottotipo dotato di autonoma disciplina (sebbene racchiusa tutta in un'unica norma) rispetto alla normale s.r.l. e a quella a capitale ridotto, non dovrebbero trovare applicazione le norme sulle riserve legali previste dall'art. 2463, ultimo comma, per le piccole s.r.l.¹¹⁰ L'aumento del capitale oltre la soglia di € 10.000,00 comporta il passaggio alla s.r.l. tradizionale, con conseguente venir meno dei vincoli imposti dalle clausole statutarie inderogabili per la s.r.l.s.

Atteso, tuttavia, che l'ultimo comma dell'art. 2463-bis stabilisce l'applicabilità alla s.r.l.s. delle disposizioni sulla disciplina della s.r.l. classica, dovranno evidentemente richiamarsi tutte le norme dettate in materia di riduzione obbligatoria del capitale sociale previste dagli artt. 2482-bis e 2482-ter, nei limiti della loro compatibilità con la peculiare disciplina organizzativa di questa figura.

¹⁰⁹ M. Cian, *op. cit.*, p. 1101.

¹¹⁰ G. Racugno, *Il capitale sociale della s.r.l.*, cit., p. 11; *contra* G. Marasà, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, pp. 1090 ss., che ritiene invece vi sia compatibilità tra la nuova disposizione sulla formazione accelerata della riserva legale e la disciplina della s.r.l. semplificata.

CAPITOLO III – Le vicende del capitale sociale all'interno del concordato preventivo.

3.1 Funzione del capitale e crisi d'impresa.

Dopo aver succintamente ripercorso, in modo parallelo, la storia recente del concordato preventivo e quella delle funzioni attribuite al capitale sociale, è possibile ora analizzare gli stretti rapporti che intercorrono tra i due fenomeni, approfondendo il funzionamento delle regole del capitale durante la crisi d'impresa.

Sebbene non si sia giunti ad un ruolo univoco svolto dal capitale all'interno della vita societaria, non è sicuramente errato sostenere che la disciplina approntata dal legislatore per il capitale sociale non sia particolarmente idonea a prevenire la crisi dell'impresa e il conseguente rischio in cui incorrono i creditori di veder frustrate le proprie ragioni. Anzi, diffuso è il convincimento che quelle stesse regole costituiscano un intralcio per la soluzione negoziata della crisi in quanto imporrebbero ai soci ed agli amministratori della società obblighi non coerenti con le finalità proprie delle procedure concorsuali¹¹¹.

In questo senso sembrano essersi mossi i recenti interventi di riforma: il riferimento, nello specifico, è al fondamentale art. 182-sexies l. fall. che impone, in presenza (o addirittura in vista della presentazione) di una domanda di concordato preventivo, la sospensione temporanea dei meccanismi di allerta basati sul capitale sociale fino alla omologazione della domanda (o del piano) da parte del Tribunale.

L'articolo in questione, approntando una sorta di clausola di *stand still*¹¹², pongono in *stand by* le regole imposte dagli artt. 2446 e 2447 c.c., con la conseguenza che nel lasso di tempo (sicuramente non breve) che intercorre fra la presentazione della domanda di concordato preventivo e la sua omologazione da parte del Tribunale la società potrà continuare a svolgere la propria attività d'impresa anche nella situazione limite in cui il patrimonio netto si sia ridotto al di sotto del limite legale.

¹¹¹ G. Olivieri, *op. cit.*, p. 157.

¹¹² Si è ben consapevoli che tale terminologia è propria del diritto amministrativo, ove per clausola c.d. di *stand still* si intende l'impedimento temporaneo alla stipula del contratto di appalto, una volta conseguita l'aggiudicazione definitiva a chiusura del procedimento selettivo delle offerte. In questo lavoro, si è voluto sottolineare l'accezione di natura dilatoria attribuita alla locuzione *de qua*, poiché la dilazione mette in pausa l'applicazione dei normali meccanismi di ricapitalizzazione.

Si noti che anche il vecchio art. 88 TCE prevedeva una clausola simile, comportante per gli Stati un obbligo di *non facere* in attesa dell'applicazione dell'accordo o della stipula di convenzioni particolari da esso previste.

A ciò si aggiunga che, secondo il disposto dell'art. 182-*quater* l. fall., nello stesso arco temporale vige il principio secondo cui i finanziamenti effettuati dai soci in favore della società vengono sottratti alla regola della postergazione usualmente dettata dall'art. 2465 c.c. per essere sottoposti al regime della rimborsabilità in prededuzione rispetto agli altri debiti della massa.

Il disegno del legislatore che, come si avrà modo di vedere, ha suscitato un acceso dibattito, è piuttosto chiaro: l'afflusso di risorse economiche e di finanziamenti (da parte di terzi e soci), al fine di favorire il superamento dello stato di crisi, viene sollecitato attraverso vistose deroghe all'impianto normativo ordinario dettato per il finanziamento della società *in bonis*. Una sorta di legislazione d'emergenza per società in crisi, in altre parole, che porta inevitabilmente ad interrogarsi sulla effettiva utilità del capitale come strumento di prevenzione dell'insolvenza o, quantomeno, della crisi. Appare infatti evidente l'intento di disattivare i meccanismi posti a tutela del capitale e dei creditori per favorire soluzioni negoziate della crisi attraverso l'afflusso di nuova finanza nelle casse della società. Le scelte operate dal legislatore non sono prive di significative conseguenze: si pensi soltanto al fatto che è stato offerto ai soci un evidente incentivo verso forme di finanziamento dell'impresa in crisi basate sul ricorso al debito anziché sul capitale di rischio; oppure al rischio concreto che l'aggravarsi del passivo, favorito dalla deroga al divieto di operare con un netto negativo, si riverberi pesantemente a danno dei creditori sociali.

Vi sono poi ulteriori questioni interpretative da affrontare. In primo luogo, occorre chiedersi se l'art. 182-*sexies* l. fall. trovi applicazione solo nei casi di crisi d'impresa (ivi incluse quelle già in stato d'insolvenza) che non abbiano ancora determinato una perdita di capitale ai sensi dell'art. 2447 c.c. In questo senso sembra deporre il riferimento, contenuto nell'ultimo capoverso della norma in esame, all'applicabilità dell'art. 2486 c.c. per il periodo anteriore al deposito delle domande¹¹³. Se così è ne consegue, da un lato, che gli amministratori saranno incentivati ad anticipare la domanda di concordato preventivo al manifestarsi dei primi sintomi della crisi, così da potersi tutelare con lo scudo offerto dalla disciplina speciale; dall'altro, che essi risponderanno ai sensi del secondo comma di tale disposizione qualora depositino la

¹¹³ F. Padovini, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2014, p. 316.

domanda di concordato dopo il verificarsi di perdite che abbiano ridotto il capitale al di sotto del minimo legale e quest'ultimo non sia stato nel frattempo ricostituito o le perdite coperte con versamenti dei soci¹¹⁴.

Altra questione concerne la ipotesi in cui la perdita si verifichi dopo la presentazione della domanda: poiché l'art. 182-sexies l. fall. menziona esplicitamente solamente i commi secondo e terzo dell'art. 2446 c.c., tutto lascia pensare che rimanga comunque fermo l'obbligo per gli amministratori di convocare l'assemblea dei soci. Il vero quesito è quello che riguarda i concreti poteri che rimangono in capo all'assemblea all'uopo convocato, atteso che l'ordinaria disciplina della riduzione del capitale risulta menomata dallo "statuto speciale" dell'imprenditore in crisi. La dottrina prevalente opta per il permanere, in capo all'organo assembleare, della facoltà di adottare tutti i provvedimenti conseguenti alla convocazione, ivi inclusa la riduzione del capitale sociale¹¹⁵. La soluzione sembra dettata da ovvi motivi di ragionevolezza: se l'assemblea venisse regolarmente convocata ma si presentasse completamente esautorata dei suoi poteri, la stessa convocazione risulterebbe del tutto inutile perché destinata ad invocare un organo paralizzato.

La dottrina appare infine concorde nel ritenere che le norme sul capitale trovino nuovamente applicazione una volta che il concordato, il piano o l'accordo siano stati omologati. Il che implicitamente presuppone che la soluzione negoziata della crisi preveda in ogni caso una ricostituzione del patrimonio netto sufficiente ad evitare l'applicazione dell'art. 2447 c.c. come condizione per il ritorno *in bonis* della società. In conclusione, sembra potersi affermare che, nonostante l'innesto nell'ordinamento di alcune significative deroghe alla regola del netto sulla quale si fonda la disciplina del capitale sociale nelle società azionarie, l'istituto continui a svolgere, nel suo insieme, una utile, ancorché affievolita, funzione di prevenzione dell'insolvenza volta a limitare la traslazione del rischio d'impresa sui creditori sociali¹¹⁶.

¹¹⁴ G. Olivieri, *op. cit.*, p. 158.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 159.

¹¹⁶ G. Olivieri, *Investimento e rischio nella riforma delle società di capitali*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, pp. 373 ss.

3.2 Le vicende del capitale nella crisi d'impresa. L'art. 182-sexies l. fall.

E' il momento di soffermarsi sul ruolo e sulle vicende del capitale sociale durante lo stato di crisi. V'è da premettere che il legame tra i due istituti si è fatto, negli ultimi anni, progressivamente più stretto: ciò è dovuto ad un'ingerenza sempre maggiore della disciplina fallimentare "speciale" all'interno di quella societaria "ordinaria".

Nello specifico, il 2006 è l'anno che apre una svolta nei reciproci rapporti, nel segno di sempre più marcate invadenze di aree e assonanze tra norme societarie e norme concorsuali: la legge fallimentare, per la prima volta interviene, ad esempio, sugli assetti organizzativi e sulla rete delle competenze decisionali propri degli organi societari: in tal senso depone il nuovo art. 152 l. fall. Ma, prima ancora, è la legge fallimentare, nel perseguire ossessivamente la strada finalizzata a promuovere soluzioni concordate ed extra fallimentari della crisi dell'impresa, a imporre al diritto societario di accordare e approntare assetti organizzativi e, soprattutto, paradigmi operativi sempre più orientati verso un'emersione e una gestione, tempestive e non dissipative, della crisi¹¹⁷. E dunque, a spingersi (si intende le società) *"in una navigazione sempre più condotta, in prossimità di una insolvenza, nei non agevoli e spesso non definiti orizzonti del crepuscolo dell'impresa o della ricerca, per quest'ultima, di una nuova alba"*¹¹⁸.

L'emersione dell'insolvenza corrisponde al crepuscolo dell'attività imprenditoriale, cioè a quel momento in cui si sono già chiaramente mostrati i segnali della crisi, non ancora sfociata in una situazione tale da meritare la procedura fallimentare. Le regole che costituiscono l'*emerging insolvency*, insomma, sono deputate alla salvaguardia della produttività della società in crisi¹¹⁹.

Un processo di invadenza, come ricordato, che non si è arrestato, ma anzi è progredito, con le riforme del 2012 (cfr. capitolo I). Un anno, quest'ultimo, nel quale l'intervento del diritto della crisi sulla disciplina delle società diviene sempre più marcato: si pensi soltanto, sempre nell'ottica di una risoluzione negoziata della crisi a discapito dell'ormai residuale procedura fallimentare, all'introduzione di quei

¹¹⁷ P.P. Ferraro, *Gli interessi dei soci nel fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2015, pp. 113 ss.

¹¹⁸ P. Benazzo, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Rivista delle società*, fasc. 02-03, 2016, p. 241.

¹¹⁹ A. Zoppini, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in *www.juscivile.it*, 2014, 2, p. 54.

formidabili strumenti rappresentati dal concordato preventivo c.d. in bianco e dal concordato in continuità aziendale (che, a quanto pare, sarà l'unico a sopravvivere alla riforma Rordorf).

Dello stesso anno sono le deroghe più vistose alla disciplina societaria standard: basti infatti pensare all'art. 182-*quater* l. fall., là ove parzialmente disapplica la postergazione di cui agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* c.c., ovvero all'art. 182-*sexies* l.fall., che, a propria volta, sterilizza gli obblighi di ricapitalizzazione altrimenti imposti dagli articoli 2446 e 2447 c.c.

Le vistose deroghe che il momento "patologico" pone alla disciplina societaria sono giustificate dalla volontà del legislatore di liberare l'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza dai laccioli rappresentati dalla procedura standard. L'eliminazione di quelli che possono sembrare inutili orpelli, però, comporta degli inevitabili effetti collaterali, che non riguardano soltanto il traumatico mutamento di alcuni istituti "storici" del libro V del codice civile, ma anche la messa in discussione delle funzioni che normalmente vengono attribuite al capitale sociale, *in primis* quella garantistica.

Il riformatore, intervento con gli strumenti della legislazione di emergenza, ha in parte snaturato il diritto commerciale a favore di un'estensione dell'area della crisi, capace di insinuarsi negli istituti giuridici e travisarne l'originario significato. Sta accadendo nel diritto commerciale quello che è già avvenuto nel diritto processuale penale, ove l'intervento emergenziale continuo ha sbilanciato a tal punto alcuni strumenti (si pensi al caso emblematico delle misure cautelari custodiali) da aver costretto poi il Giudice delle leggi a riportare ordine¹²⁰.

La recentissima novella del 2015 novella (D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132) ha spinto ancor più il piede sull'acceleratore rappresentato dall'uniformità delle due aree normative. Si pensi all'art. 163, comma sesto, l. fall., che, a proposito della nuova ipotesi di offerte concorrenti, parrebbe addirittura consentire la configurabilità di un aumento di capitale (a condizione che il debitore in crisi abbia la forma di società per azioni o a responsabilità limitata) con esclusione o limitazione del diritto di opzione in palese deroga del dettato di cui all'art. 2441 c.c.

¹²⁰ Si allude, evidentemente, alle svariati modificazioni subite dall'art. 275 c.p.p., ed, in particolare, alla presunzione di gravità di alcuni reati, per i quali era quindi sufficiente solamente dimostrare la sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. Il ritorno alla normalità è avvenuto grazie a diverse pronunce di incostituzionalità pronunciate dalla Consulta, a partire dalla sentenza n. 265/2010.

Ancora, si consideri l'art. 185, quinto e sesto comma, l. fall., che prefigura: la denuncia al tribunale e il conferimento al commissario giudiziale dei poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento di atti (in realtà non ben definiti dalla riforma) richiesti al debitore non solerte nel dare esecuzione alla proposta di concordato concorrente (che ben potrebbe abbracciare quelle diverse forme di cui all'art. 160, l. fall.) presentata da uno o più creditori; la denuncia al tribunale, su istanza (anche e solo) di un soggetto esterno alla società qual è appunto il creditore che abbia presentato la proposta concorrente, finalizzata nuovamente all'attribuzione in capo al commissario giudiziale dei poteri necessari a provvedere in luogo del debitore inadempiente; sino a giungere, addirittura, sempre su iniziativa di soggetti esterni al debitore (i creditori sociali), alla revoca dell'organo amministrativo e alla nomina dell'amministratore giudiziario, attribuendo a quest'ultimo il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta concorrente, *“ivi incluso, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale”* e comprensivo, altresì, dell'esercizio del voto nella stessa. Un esercizio del voto che potrebbe avvenire rispetto a un'alterazione incrementativa del capitale sociale anche con integrale esclusione del diritto di opzione altrimenti spettante *ex lege* ai soci originari del debitore in crisi¹²¹.

A ben vedere, dunque, almeno stando al dato letterale, lo scenario che verrebbe a delinearsi consisterebbe in una significativa sottrazione dei diritti tipici e tradizionalmente connaturati alla proprietà societaria, che va dall'esclusione (o limitazione) del diritto di opzione senza alcuna misura compensativa, passando per l'espropriazione del potere di indirizzo e sostituzione dell'organo amministrativo con la possibilità di una revoca ad opera dell'autorità giudiziaria su iniziativa di soggetti estranei all'organizzazione sociale medesima, fino ad arrivare all'esercizio del diritto di voto relativamente a un aumento di capitale con una possibile etero allocazione dei diritti di proprietà sociali in capo a soggetti diversi dai soci originari¹²².

Gli esempi appena riportati corroborano la bontà delle affermazioni sostenute poc'anzi: il legislatore ha inteso fornire l'imprenditore collettivo di un vero e proprio

¹²¹ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 242.

¹²² Cfr. A. Paciello, *La governance delle società fallite*, in *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, diretto da N. Abriani J. M. Embid Irujo, Granada, 2013, p. 111 ss.

armamentario parallelo, capace di salvarlo dalle sabbie mobili della crisi, favorendone al contempo una soluzione concordata.

È in questo quadro che si inserisce la fondamentale norma dell'art. 182-*sexies* l. fall., partorita dalla novella del 2012 in ossequio al *favor* accordato al principio della continuità aziendale durante lo stato di crisi. La disposizione prevede (come già ricordato) che dalla data di deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o ancora della proposta di accordo formulata ai sensi del sesto comma dell'art. 182-*bis* l. fall. (data che, a propria volta, può anche ora retroagire a una fase molto precoce, coincidente con il mero deposito del ricorso *ex art.* 161, sesto comma, l. fall.) e sino alla omologazione, non trovano applicazione gli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447 c.c., 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma e 2482-*ter*, c.c.; per lo stesso periodo, inoltre, non opera, per tutte le società di capitali e per le cooperative, la causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies*, c.c. Il secondo comma dell'articolo in esame si preoccupa di fare salva l'applicazione dell'art. 2486 c.c., *i.e.* il dovere degli amministratori (al verificarsi di una causa di scioglimento) di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, quanto meno per il periodo anteriore al deposito delle domande e delle proposte anzidette.

Sul fenomenale colpo inferto dalla neointrodotta disposizione al sistema del *legal capital* si è già ampiamente detto; si cercherà, pertanto, di analizzare il nuovo ruolo che la novella del 2012 ha deciso di destinare al capitale all'interno della crisi societaria.

L'art. 182-*sexies* l. fall. rappresenta soltanto una tessera del più ampio mosaico immaginato dal legislatore (e che, con ogni probabilità, sarà ben presto interamente superato dalla nuova riforma organica della materia concorsuale) per favorire il superamento della crisi sociale. Le altre componenti sono state *supra* elencate: in particolare, l'art. 163 l. fall. inserisce una nuova e aggiuntiva ipotesi di aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, allorché disciplina la nuova figura delle proposte di concordato concorrenti, su iniziativa dei creditori e in competizione con quella avanzata dal debitore medesimo e, in quel contesto,

prevede espressamente che dette proposte possano prefigurare aumenti di capitale in s.p.a. e in s.r.l. con esclusione o limitazione del diritto di opzione¹²³.

Si pensi ancora alla previsione di nomina di amministratore giudiziario, alternativa a quella di cui all'art. 2409 c.c., in quanto comune a s.p.a. e s.r.l., accompagnata dalla sola revoca dell'organo amministrativo e non anche del collegio sindacale, funzionalmente incardinata in capo alla competenza del tribunale fallimentare e adottabile, infine, su iniziativa (non più dei soci ma) dei creditori (che hanno presentato la proposta di concordato preventivo concorrente).

L'art. 182-sexies l. fall., dunque, neutralizza temporaneamente la regola del "RoL"¹²⁴, nonché quella volta alla emersione e alla gestione tempestive della crisi, che si potrebbe individuare con l'acronimo "RefoL", cioè "Ristabilisci l'equilibrio finanziario o liquida"¹²⁵.

La disposizione in esame introduce una nuova prospettiva all'interno del dibattito sulla funzione del capitale sociale; ciò non significa, però, che il capitale perda inevitabilmente quella funzione garantistica nei confronti dei debitori di cui si è già ampiamente parlato. Secondo parte della dottrina, infatti, non si sarebbe in presenza di un declino, quanto invece di una nuova allocazione (o rivisitazione) di funzioni tradizionalmente assegnate al capitale sociale e alle regole del netto, in ragione di un contesto normativo ora chiaramente chiamato alla preservazione e continuazione dell'impresa, anche a costo di violare la *par condicio creditorum* e di diminuire la salvaguardia dei creditori, addivenendo così alla traslazione del rischio d'impresa in capo ai creditori medesimi (specie di quelli anteriori)¹²⁶.

Non a caso è stato correttamente ricordato che il sommarsi della disapplicazione della disciplina della riduzione obbligatoria del capitale per perdite con la possibilità ex art. 182-quinquies l. fall. di contrarre ulteriori finanziamenti legittima l'aggravamento dello squilibrio patrimoniale della società con l'effetto essenziale di far gravare principalmente sui creditori sociali (soprattutto su quelli antecedenti alla domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo di

¹²³ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 245.

¹²⁴ Oltre agli autori citati nel II capitolo, si veda L. Stanghellini, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze* diretto da P. Benazzo M. Cera S. Patriarca, Torino, 2011, p. 733 ss.

¹²⁵ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 651.

¹²⁶ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 246.

ristrutturazione dei debiti) il rischio dell'eventuale insuccesso del tentativo di risanamento¹²⁷.

Non bisogna tuttavia pensare che lo “statuto” della società in crisi, che ha il proprio baricentro nell’art. 182-*sexies* l. fall., sia in grado di rilevare lo stato di crisi: al contrario, esso presuppone che lo stesso si sia già realizzato. È chiaro infatti che l’obiettivo che le norme intendono perseguire è quello di rimuovere quanti più ostacoli possibile al tempestivo superamento della crisi. Ciò può avvenire soltanto fornendo un porto sicuro all’impresa e ai suoi organi sociali, in cui poter discutere e definire la riallocazione e la ristrutturazione migliori delle risorse e delle grandezze economiche e finanziarie impiegate nell’attività d’impresa, con la finalità ultima di preservarne e promuoverne la continuazione; il tutto facilitato, oggi, anche dalla possibilità di ricorrere al concordato c.d. in bianco.

Alla luce di quanto appena detto, può ritenersi condivisibile la considerazione secondo cui l’art. 182-*sexies* l. fall. interviene sì in modo deciso sulla disciplina ordinaria dello statuto societario, ma modificando un criterio (quello del *legal capital*) assolutamente formale e, per certi versi, inadeguato, poiché poggiato su elementi quasi esclusivamente patrimoniali, mentre la crisi è quasi sempre legata a elementi finanziari; su una situazione statica, a fronte di una situazione (quella della crisi e, prima ancora, della stessa operatività d’impresa) ontologicamente dinamica; su un fattore per sua natura imprevedibile (patrimonio netto inferiore al minimo legale)¹²⁸.

Ciò precisato, è possibile affrontare con maggior consapevolezza il problema della (apparentemente) difficile convivenza dell’articolo oggetto di disamina con le regole del netto. L’analisi deve necessariamente principiare dal dato letterale, per cui non viene esclusa espressamente la rilevanza della perdita del capitale: l’art. 182-*sexies* l. fall., come appena detto, semplicemente ne sterilizza l’operatività per un periodo temporalmente limitato, riaffermando al contempo il ripristino di un patrimonio netto positivo quale condizione necessaria affinché la società possa superare la crisi e riprendere, o meglio proseguire, l’attività di impresa.

Detto altrimenti, la temporaneità della sospensione delle regole del capitale confluisce nella condizione essenziale, che la proposta di concordato preventivo o di

¹²⁷ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 660 ss.

¹²⁸ L. Stanghellini, *op. cit.*, p. 748.

accordo di ristrutturazione dei debiti (le due vie assunte al privilegio *ex art. 182-sexies l. fall.* della sospensione dell'operatività della causa di scioglimento) debba tener conto della necessità di ricostituire, a crisi superata, proprio il capitale.

È pur vero che il *legal capital system* possa rappresentare un ostacolo alla gestione rapida e tempestiva della crisi laddove si dovesse imporre una ricostituzione del capitale e del netto quale condizione preliminare per l'accesso alla stessa pianificazione di una possibile ristrutturazione. Da diverso angolo prospettico, però, la presenza delle regole del netto può svolgere, nel corso della procedura, un compito di sollecitazione del processo medesimo.

È fuor di dubbio che il capitale sociale continui a conservare una fondamentale importanza anche alla luce delle “sottrazioni” operate dal legislatore mediante l'art. 182-*sexies l. fall.* In un quadro siffatto, appare ragionevole avanzare la tesi secondo la quale una prima ed essenziale funzione del capitale che verrebbe recuperata e rivalorizzata è quella informativa (cfr. capitolo II; paragrafo 2.2). L'emersione contabile dello squilibrio (oltre il limite di allerta del terzo sancito dall'art. 2446 c.c.) tra l'attivo e il passivo patrimoniali e dunque l'attivazione delle regole del netto ha la capacità di svolgere una funzione segnaletica in chiave di verosimile, prossima ovvero già intervenuta compromissione dell'equilibrio economico. La perdita del capitale opera dunque quale sintomo del venir meno della continuità aziendale e della sostenibilità dell'indebitamento assunto dalla società.

Questo indice rivelatore assume un ruolo di precipua importanza, se si considera che esso non solo avverte i soci e i terzi creditori dello stato in cui versa la società, ma incide anche sulla capacità produttiva dell'impresa stessa; come si ricorderà, la produttività è uno degli scopi a cui il capitale è imprescindibilmente legato. Il superamento della fatidica soglia, quindi, comporta un generale ripensamento dell'intero investimento nell'attività d'impresa, riflessione che coinvolge trasversalmente una molteplicità di soggetti e che induce ad una seria riflessione sul prosieguo della stessa¹²⁹.

La regolare violazione del vecchio art. 2449 c.c. (che sanciva il divieto di nuove operazioni a scioglimento intervenuto) o degli attuali artt. 2485 c.c. (che impone l'obbligo del tempestivo deposito presso il registro delle imprese dell'attestazione di

¹²⁹ E. Ginevra, *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)*, in *Banca borsa*, 2013, I, pp. 169 ss.

intervenuto scioglimento della società) e 2486 c.c. (che circoscrive il potere gestorio, a scioglimento occorso, entro i limiti di un agire meramente conservativo), testimonia che il segnale rappresentato dalla perdita del capitale viene frequentemente occultato e “disattivato” il più a lungo possibile, anche ben oltre la soglia della crisi cui si è fatto riferimento e sino a quando la situazione è davvero ormai irrimediabilmente compromessa. A proposito dell’art. 2486 c.c., un autore ha detto: *“Lo scioglimento diviene, in questo caso, un rimedio idoneo a prevenire ulteriori distruzioni di valore che conducano all’insolvenza ed a consentire, viceversa, la conservazione dei valori residui dell’attivo, salvaguardando al contempo la realizzazione dei diritti dei creditori, sia attraverso l’informazione, sia mediante l’imposizione di cautele gestionali”*¹³⁰.

Da questo punto di vista, l’art. 182-sexies l. fall., disponendo il temporaneo arresto dell’indice rivelatore di cui si è detto in presenza di soluzioni concordate della crisi, altro non fa se non indurre e sollecitare l’emersione di quella situazione di squilibrio economico patrimoniale di cui la perdita del capitale è sintomo, fungendo allo stesso tempo da pungolo per l’attivazione dell’organo amministrativo e di quello di vigilanza¹³¹. Il sistema predisposto dalla norma, infatti, favorisce l’affioramento anticipato (o meglio, tempestivo) della crisi, poiché essa viene volontariamente annunciata al mercato mediante il deposito della domanda di concordato preventivo (anche in bianco) o di accordo di ristrutturazione.

Gli effetti sono rilevanti anche sul piano dei rapporti tra i soggetti destinati a recepire il segnale di cui all’art. 2446, primo comma, c.c.: si pensi, sotto il profilo endosocietario, alla funzione di riequilibrio informativo svolto dall’art. 182-sexies l. fall. nelle società cc. dd. aperte, quelle cioè che, facendo ricorso al mercato del capitale di rischio, frammentano il proprio capitale a favore di un azionariato diffuso. Dal punto di vista esosocietario, invece, nonostante i tanti meccanismi predisposti dal diritto “ordinario” delle società, è ancor più facile immaginare la difficoltà dei terzi (creditori, fornitori, dipendenti) di poter conoscere la reale situazione finanziaria della società con la quale intessono rapporti.

¹³⁰ M. Miola, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Rivista delle società*, 2012, p. 309.

¹³¹ Con riferimento alle norme deontologiche cui è tenuto l’organo di vigilanza si veda V. Ruggiero, *La responsabilità del collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle «Norme di comportamento» del consiglio nazionale dei dottori commercialisti*, in *Dir. fall.*, 2015, I, pp. 424 ss.

In questo senso depone, per quanto riguarda i rapporti interni, la circostanza che l'art. 182-*sexies* l. fall. non include nella sfera di disapplicazione delle norme relative alle regole sulla perdita del capitale il comma primo dell'art. 2446 e i commi primo, secondo e terzo dell'art. 2482-*bis* c.c. Di conseguenza, rimane intatta l'applicazione della regola (riguardante anche l'ipotesi di perdita che porti il capitale al di sotto del minimo legale, al suo azzeramento se non anche quella di patrimonio netto negativo) che pone a carico degli amministratori e, in caso di loro inerzia, del collegio sindacale, il dovere di convocare senza indugio l'assemblea dei soci, alla quale deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, deve essere dato conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione medesima e alla quale, infine, compete la decisione in ordine agli opportuni provvedimenti da assumere¹³².

Similmente, per quanto riguarda i rapporti esterni, intatto è il precetto di cui all'art. 2485 c.c.: pertanto, resta fermo l'obbligo pubblicitario ivi previsto a carico degli amministratori per effetto del richiamo all'art. 2484, comma terzo, c.c., pubblicità quindi che dovrà essere effettuata senza alcun indugio, anche in prossimità o in presenza dell'accesso alla procedura concordata, e che di fatto rappresenta la esternalizzazione ufficiale della intervenuta causa di scioglimento della società.

Se è vero che il meccanismo introdotto dall'articolo oggetto di disamina neutralizza le fondamentali regole poste alla base del *legal capital system*, è altrettanto vero che la tutela dei soci e dei creditori viene perseguita indirettamente attraverso una funzione propulsiva del sistema così approntato. Ciò è la logica conseguenza di quanto appena detto: l'emersione consapevole dello stato di crisi non può che indurre gli organi sociali ad agire nel senso di scongiurare la completa ed irreversibile insolvenza, evitando alla società di precipitare nel buco nero del fallimento. L'immediata ed ufficiale presa di coscienza ed enunciazione del disequilibrio, al di là della soglia di tolleranza legalmente fissata, tra l'attivo e il passivo patrimoniali, consente infatti che la crisi possa essere affrontata senza ritardo alcuno, quando ancora la situazione non sia irrimediabilmente pregiudicata e sussistano margini per un efficiente recupero della continuità (nella conservazione altresì dell'unitarietà del complesso aziendale) dell'impresa e del suo equilibrio economico e patrimoniale. La

¹³² G. Strampelli, *op. cit.*, p. 654.

maggior consapevolezza a cui induce inevitabilmente il disposto dell'art. 182-sexies l. fall., quindi, fa sì che il rimanente capitale sociale sia preservato al fine della continuazione dell'attività aziendale

Questo punto è importante: nel disegno del legislatore del 2012 (portato coerentemente avanti nelle riforme successive), la continuità aziendale rappresenta un punto cruciale all'interno dell'ampio quadro rappresentato dal superamento concordato della crisi. L'applicabilità dell'art. 182-sexies l. fall., pertanto, secondo parte della dottrina, va circoscritta alle sole ipotesi di concordati preventivi con continuità aziendale (art. 186-bis l. fall.), ovvero di accordi di ristrutturazione dei debiti anch'essi con conservazione del complesso produttivo¹³³.

Va immediatamente detto che tale interpretazione restrittiva contrasta con il dato letterale della norma, che sul punto nulla dice ma che, in ossequio all'antico brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, andrebbe sicuramente intesa nel senso più ampio, cioè di inclusione di ogni tipo di concordato preventivo. A ciò si aggiunge un'ulteriore valutazione, inerente esclusivamente al concordato c.d. in bianco: il mero deposito del ricorso ex art. 161, sesto comma, l. fall., renderebbe formalmente impossibile precludere a priori la sterilizzazione anche a concordati che si declinassero poi in forma liquidatoria. Detto in altre parole, il concordato in bianco si presenta come un concordato "al buio", capace di celare i suoi ulteriori sviluppi. Per contro, però, si potrebbe argomentare, per un verso, che solo una continuità recuperata attraverso operazioni di riorganizzazione aziendale nell'ambito del piano imporrebbe di sanare e renderebbe di per sé riassorbibile la perdita patrimoniale; per altro verso, si potrebbe così dedurre che l'accesso a una soluzione concordataria, con sterilizzazione della regola del RoL, che dovesse poi evolvere *tout court* verso una liquidazione, non arrecherebbe alcun *vulnus* ai terzi creditori stante la preventiva ufficializzazione dello stato di crisi dell'impresa¹³⁴.

Chi avalla la tesi restrittiva, cioè quella per cui la prescrizione dell'art. 182-sexies l. fall. si applicherebbe solamente ai concordati preventivi in continuità aziendale e agli accordi di ristrutturazione del medesimo tipo, poggia le sue conclusioni sulle

¹³³ L. Mandrioli, *Le responsabilità e gli obblighi di comportamento degli organi della società in concordato preventivo o in accordo di ristrutturazione dei debiti che prosegue l'attività d'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 12, pp. 5 ss.; *contra* v. G. Bozza, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 2014, p. 1108.

¹³⁴ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 259.

seguenti considerazioni: in primo luogo, così depone la rubrica della disposizione che ha introdotto la novella (l'art. 33, primo comma, lett. f), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, allocato sotto la rubrica "*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*")¹³⁵; in *secundis*, tanto si dedurrebbe dalla finalità stessa della disposizione, la quale, sterilizzando la regola del "ricapitalizza o liquida" e imponendo la ricostituzione del capitale nel quadro di una procedura concordata di composizione della crisi (e, perciò, solamente ad omologazione intervenuta), non avrebbe senso operare all'interno e in funzione di un piano concordatario o di un accordo di ristrutturazione di tipo squisitamente liquidatorio. Vero è infatti che, in tale ipotesi, non vi sarebbe utilità alcuna per l'inibizione della regola del RoL, proprio perché il procedimento di liquidazione dello "statuto ordinario" delle società e la liquidazione concordataria speciale dello "statuto della crisi" ben potrebbero coniugarsi e coordinarsi. Vero è altresì che, sempre all'interno di un processo di tipo prettamente liquidatorio non vi sarebbe, per definizione, possibilità alcuna a che i valori emergenti per effetto della soluzione concordata siano in grado di ripristinare *ex se* i valori dell'attivo in assenza della necessità di nuove iniezioni di finanza, ad opera dei soci attuali o potenziali.

A far propendere verso una funzione propulsiva del sistema così delineato concorre anche un'ulteriore circostanza. L'art. 182-*sexies* l. fall. troverebbe applicazione, come detto, nelle sole ipotesi di soluzioni concordate della crisi in forma di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione, con esclusione, quindi, dei piani di risanamento previsti dall'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall. La suddetta limitazione dovrebbe trovare la propria ragion d'essere nella natura interamente volontaria della procedura, sottratta pertanto a qualsiasi vaglio dell'autorità giudiziaria¹³⁶.

V'è altro. L'articolo appena menzionato opera su un piano diverso rispetto a quello oggetto dell'art. 182-*sexies* l. fall., poiché si riferisce al risanamento dell'esposizione debitoria e mira ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della società che non si trovi ancora in stato di crisi, né tantomeno in stato di insolvenza. L'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall., pertanto, si colloca in una posizione prodromica, in

¹³⁵ L. Mandrioli, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁶ A. Dimundo, *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 1167.

quanto il piano di risanamento è destinato a gestire situazioni non ancora capaci di incidere realmente sugli interessi e sui diritti di soci e creditori. Per esser ancora più chiari, il piano *de quo* interviene in una situazione non ancora drammatica, tendendo per l'appunto ad evitare lo scenario della crisi.

Ricapitolando quanto sinora detto, si può sostenere che con l'art. 182-*sexies* l. fall. il legislatore abbia inteso segnare una sorta di demarcazione nell'ampia area della crisi dell'impresa, tracciando così un confine tra la prossimità alla crisi (c.d. *twilight zone*) e il vero e proprio ingresso nella stessa: l'art. 67 l. fall. sarebbe così lo strumento di gestione della prossimità alla crisi; gli artt. 160 e 182-*bis* l. fall., invece, sarebbero i mezzi di gestione della crisi in atto¹³⁷. Tutto ciò, chiaramente, tacendo sulla difficilissima definibilità del concetto stesso di stato di crisi, nozione lasciata volutamente in una zona grigia per farvi agevolmente ricomprendere le manifestazioni più disparate di un dissesto in atto non ancora sfociato nel vero e proprio stato di insolvenza¹³⁸.

Quanto appena detto si riverbera innanzitutto sui doveri degli organi sociali, i quali si troverebbero a dover scegliere tra uno spettro variegato di soluzioni, tutte finalizzate a fronteggiare ovvero ad evitare l'insorgere della crisi. In quest'ultimo caso, nello specifico, la responsabilità degli organi sociali si estenderebbe anche alle ipotesi di scarsa previsione dell'incombente nube rappresentata dallo stato di crisi, incapacità resa manifesta in tutti quei casi in cui non si è tempestivamente esperito lo strumento del piano di risanamento.

Rileva ancora una volta l'importantissima funzione "segnaletica" delle regole del netto e delle relative perdite del capitale, questa volta capaci di ingenerare responsabilità giuridicamente rilevante nei riguardi di coloro che avevano il dovere (v. art. 2485 c.c.) di prevenire (essendo l'arte divinatoria preclusa ai più) l'incorrere nella crisi sapendo leggere correttamente i dati forniti dal capitale sociale. Gli amministratori *in primis*, pertanto, sono tenuti a scrutare attentamente le acque dell'attività d'impresa, segnalando tempestivamente l'avvicinarsi della burrasca finanziaria, così come la ciurma del *Pequod* fece quando intravide il capodoglio bianco.

¹³⁷ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 250.

¹³⁸ Sulla nozione di stato di crisi cfr., *ex multis*,: S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IX, I, Padova, 2008, pp. 20 ss.

Per inciso, poi, giova ricordare quella dottrina che intravede già nello statuto ordinario della società (v. art. 2381 c.c.) le regole che impongono agli amministratori di adottare un sistema di controllo interno idoneo a favorire la tempestiva rivelazione di circostanze che mettano a repentaglio la serena continuazione dell'attività d'impresa¹³⁹.

La funzione propulsiva è strettamente legata a quella segnaletica, visto che la società è chiamata ad intervenire immediatamente con gli strumenti messi a sua disposizione, in particolare gestendo l'impresa senza interventi strutturali e straordinari, garantendo la continuità dell'impresa.

È possibile rinvenire un'ulteriore funzione svolta dalle regole del capitale combinate con quelle dell'art. 182-sexies l. fall.: quella di conservare (almeno temporaneamente) inalterata, pur in presenza della crisi, la misura e l'entità della partecipazione societaria di ciascun socio, altrimenti destinata ad essere annullata per effetto della riduzione del capitale intervenuta in ragione delle perdite accumulate¹⁴⁰. Da questo punto di vista, quindi, viene consentito il mantenimento della proporzione che si instaura inizialmente tra conferimento e partecipazione, mediante un congelamento del capitale teso al superamento della crisi.

Si ricordi che, ordinariamente, la perdita del capitale provoca (per l'effetto dell'art. 2484 n. 4 c.c.) lo scioglimento della società, rimedio apprestato al fine di evitare l'ulteriore distruzione di valore; l'articolo in esame sterilizza lo scioglimento (l'art. 2484, n. 4, c.c. è, infatti, espressamente richiamato), ma non neutralizza gli obblighi e le finalità di evitare ulteriore distruzione di valore.

Si è detto che la mancata tempestiva segnalazione della crisi farebbe incorrere gli amministratori in responsabilità nei confronti della società tutta. Il ruolo svolto da questi ultimi, però, non è l'unico a rilevare in questa delicata fase: lo stato di crisi contribuisce, infatti, a delineare con maggior chiarezza i ruoli svolti dagli organi sociali, attribuendo loro competenze precise e definendone i compiti. Ciò che si vuole dire è che la decisione in ordine al *quantum* di risorse finanziarie da investire nell'impresa rimane nell'esclusiva competenza decisionale dei soci. Perfino nella patologia dell'impresa verrebbe riaffermata, dunque, la funzione fisiologica del capitale sociale come momento di negoziazione (o meglio, di rinegoziazione) delle

¹³⁹ A. Zoppini, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁰ L. Mandrioli, *op. cit.*, p. 4.

condizioni di “affidamento fiduciario” delle risorse finanziarie¹⁴¹. Una rinegoziazione che, anche nel momento patologico della vita dell’impresa, non può che avvenire nell’ideale confronto tra i soci e il mercato. L’articolazione concreta della rinegoziazione, quindi, non spetta agli amministratori, i quali sono semplicemente tenuti a vigilare durante la fase di esordio della crisi ed a sollecitare l’elaborazione del piano a sostegno della soluzione concordata della crisi, in quanto resta fermo l’obbligo di immediata convocazione dell’assemblea, favorendo così la discussione tra i soci (artt. 2446, primo comma; 2482-*bis*, commi primo, secondo e terzo, c.c.).

Pertanto, solo ai soci spetta la scelta in ordine al grado di investimento che intendono destinare alla società e ai quali, stando al dettato normativo testé citato, apparterrebbe altresì la legittimazione a confrontarsi con il mercato. Confronto quest’ultimo che dovrà comunque passare il vaglio dell’autorità giudiziaria, una volta che la procedura concordata sia entrata nel vivo (*i.e.* nella fase dell’omologazione). L’intermediazione dell’autorità pubblica garantisce una maggior tutela specialmente ai creditori più deboli, così da evitare accordi tra soci e creditori più forti (ad es. le banche) che possano sfavorire i rimanenti.

La responsabilità degli amministratori, come già più volte ricordato, è forte nel momento iniziale della scelta degli strumenti necessari ad affrontare la crisi, spettando poi ai soci il momento della ricomposizione. Il bivio fondamentale consiste nell’optare per una soluzione della crisi endogena ovvero esogena. Nel primo caso, il superamento della crisi avverrà mediante la ricapitalizzazione della società ad opera dei soci. Nel secondo caso, invece, la risoluzione passerà attraverso una sorta di “cogestione” con il ceto creditorio, chiamato oggi a dover subire alternativamente una significativa aggressione alle proprie ragioni ovvero un coinvolgimento nelle sorti stesse dell’impresa, in ossequio all’obiettivo fondamentale (e caratterizzante delle riforme succedutesi dal 2012) della conservazione e della perpetuazione dell’attività e del complesso aziendale. La soluzione esogena impone il rispetto della priorità accordata a questi ultimi, divenuti veri e propri *stakeholder* nella gestione della crisi¹⁴².

¹⁴¹ E. Ginevra, *op. cit.*, p. 173.

¹⁴² L. Stanghellini, *op. cit.*, p. 40 ss.

Sul punto, cioè sull'intervento di terzi creditori nel momento della crisi, giova riportare le parole di un autore, il quale mostra non poche perplessità a riguardo di siffatta operazione: *“ammettere la possibilità di richiedere l'accesso alle soluzioni concordate della crisi di impresa da parte di società versanti in condizioni di squilibrio patrimoniale esonerando i soci dagli obblighi di ricapitalizzazione e consentendo (...) altresì alla società di contrarre ulteriore indebitamento, con un conseguente aggravamento del disavanzo patrimoniale, legittima una situazione di sottocapitalizzazione reale (che potrebbe definirsi “in senso forte”) ed accentua il rischio gravante sui creditori preesistenti in caso di insuccesso del tentativo di risanamento, essendo, già al momento della presentazione della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, l'attivo patrimoniale, di regola, insufficiente a “coprire” l'esposizione debitoria della società”*¹⁴³.

Tale rischio, tuttavia, dovrebbe essere temperato da una serie di accorgimenti: la parità e la tempestività informativa; l'intermediazione del tribunale; la responsabilizzazione di un soggetto esterno e indipendente (il professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma terzo, lettera d); la responsabilità dell'organo amministrativo; la compartecipazione sul piano gestorio quanto anche organizzativo dei creditori sociali; la prevalenza infine dell'interesse e della potestà dei creditori rispetto agli assetti e alle partecipazioni degli azionisti¹⁴⁴.

La compartecipazione appena illustrata comporta delle conseguenze: innanzitutto, la gestione degli amministratori dovrà conformarsi al piano posto alla base della proposta di concordato o di accordo di ristrutturazione; nel caso di concordato preventivo, sull'elaborazione ed esecuzione del piano saranno chiamati a vigilare i commissari nominati dall'Autorità giudiziaria; ai sensi dell'art. 161, comma settimo, l. fall., è necessaria l'autorizzazione del tribunale per il compimento di atti urgenti eccedenti quelli riconducibili all'ordinaria amministrazione; infine, il fondamentale art. 182-*quinquies* l. fall. consente allo stesso ceto creditorio di procedere (con conseguente compartecipazione al rischio di impresa) al finanziamento della società in crisi).

¹⁴³ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 661 ss.

¹⁴⁴ P. Benazzo, *op. cit.*, pp. 260-261.

Grazie alla novella del 2015, l'ingerenza dei terzi nella soluzione concordataria si è spinta fino ad arrivare alla proposta concordataria concorrente, da elaborarsi ad iniziativa dei creditori medesimi, la cui esecuzione, tra l'altro, potrebbe essere addirittura sottratta all'imprenditore per essere viceversa affidata ad un amministratore giudiziario ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 185 l. fall., con un effetto di spossessamento del tutto simile a quello caratteristico della procedura fallimentare.

Con l'ulteriore effetto collaterale costituito dalla possibilità di un aumento di capitale che sortisca i suoi effetti ben oltre la gestione della crisi, potendosi ripercuotere addirittura sulla partecipazione dei singoli soci laddove il suddetto aumento avvenga in deroga al diritto di opzione disegnato dall'art. 2441 c.c. per volontà dei soli creditori sociali (la cui maggioranza abbia approvato la proposta concordataria concorrente) o di un soggetto terzo indirettamente nominato dai creditori sociali medesimi (il commissario giudiziario di cui all'art. 185 l. fall.).

Non è un caso che sempre l'art. 182-*sexies* l. fall. abbia cura di precisare che l'art. 2486 c.c. non cessi di trovare applicazione sino alla data di presentazione dell'atto di formale ingresso in una delle procedure negoziate. Dal combinato disposto delle due norme si evince, pertanto, che gli amministratori, al verificarsi di una causa di scioglimento, conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, conservando altresì la responsabilità nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi per i danni loro arrecati. Una volta attivato il meccanismo dello statuto speciale della crisi, gli amministratori, fino a quel momento limitati ad una gestione statica e conservativa, vedono riespandersi il loro potere in virtù dell'opzione tra uno dei due modelli di gestione della crisi (interno o partecipativo)¹⁴⁵.

Importanti le differenze che sorgono a seguito della scelta dell'uno o dell'altro modello. Nel caso di risoluzione endogena, l'interesse dei creditori retrocederà nuovamente a limite negativo rispetto all'operato dell'organo come avviene nelle società non in crisi (art. 2394 c.c.); nel secondo caso, invece, l'interesse dei creditori dovrà assurgere a limite positivo nel paradigma operativo dell'organo: si pensi solamente che l'ingresso alla soluzione concordata della crisi è pur sempre

¹⁴⁵ L. Mandrioli, *op. cit.*, p. 20 ss.

finalizzato alla miglior soddisfazione dei creditori, parametro ultimo rispetto al quale si legittima la continuazione nell'esercizio dell'attività di impresa nonché il compimento di atti di straordinaria amministrazione e rispetto al quale la stessa legge fallimentare consente operazioni che altrimenti richiederebbero l'intervento assembleare (art. 2487, primo comma, lett. c)¹⁴⁶. Ovvero, anche là ove il dettato legale parrebbe confermare la necessità dell'intervento dei soci, alleggerendo la serie di guarentigie che il diritto societario normalmente richiede affinché i soci possano legittimamente esprimersi: il riferimento è alla recente riforma del 2015 là ove, per un verso, aggiunge, in sede di proposte di concordato concorrenti, una nuova ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di opzione accanto a quelle ordinarie già previste dagli artt. 2441 e 2481-*bis* c.c. (art. 163, quinto comma, l. fall.)¹⁴⁷ e, per un altro verso, non richiede le condizioni e i presupposti che il codice civile per contro postula ogni qual volta venga in gioco una possibile alterazione negli assetti proprietari e di governo per il tramite di un aumento oneroso del capitale sociale.

Da quanto appena detto si trae l'abbrivio per un'ulteriore considerazione: lo statuto della società in crisi induce ad ipotizzare una nuova e diversa conformazione, dell'assetto delle competenze decisorie in tema di struttura proprietaria. Sicché, come sostenuto da parte della dottrina, davanti al fine ultimo del superamento della crisi dovrebbe addirittura cedere la stessa proprietà del capitale, rispetto alla quale, dunque, il provvedimento di omologazione del piano potrebbe anche acquisire valenza di atto organizzativo e riallocativo di diritti proprietari nell'intento di un'operazione di riorganizzazione del capitale proprio, in ossequio al disposto degli artt. 124, secondo comma, n. 2, lett. c) e 160, primo comma, lett. a), l. fall.

Una soluzione quest'ultima che, se avallata, non si porrebbe certo in contraddizione con quanto sopra ipotizzato relativamente alla posizione e alla legittimazione dei soci che tanto il diritto societario (artt. 2446 e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma, c.c.), quanto il diritto della crisi (art. 182-*sexies* l. fall.), riaffermano nella fase di esordio della proclamazione e della ufficializzazione della crisi.

¹⁴⁶ L. Stanghellini, *op. cit.*, p. 747 ss.

¹⁴⁷ La parificazione delle due norme deriva direttamente dalla lettura dell'art. 163 l. fall., secondo cui *“la proposta può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione”*.

Il dato normativo appena citato attesta infatti la necessità che i soci siano edotti dello stato di crisi, ovvero interpellati sulla posizione che intendono assumere nel processo di gestione e di soluzione della medesima (le norme societarie parlano di “opportuni provvedimenti” da adottare). Ma lo stesso dato normativo non preclude poi che, nel caso di inerzia dei soci medesimi, che non dovessero quindi confermare la propria disponibilità a nuovi investimenti a capitale nella società (sia pure nei modi, negli importi e nei termini da definirsi e delinearsi nel piano a servizio del superamento della crisi) gli amministratori si possano allontanare. Cosicché, sempre l’organo amministrativo sarebbe in questo modo autorizzato a procedere ad una negoziazione con soggetti terzi (creditori), nonché ad una definizione con gli stessi di una nuova allocazione negli assetti proprietari: un’allocazione che, stando alle indicazioni della dottrina cui si è fatto testé cenno, potrebbe essere in ultima istanza sottratta alla competenza decisionale dell’assemblea dei soci (ancora solo formalmente tali) ed essere viceversa affidata interamente al piano di ristrutturazione, rispetto al quale il provvedimento finale di omologazione verrebbe ad assumere anche una valenza organizzativa, alternativa a quella tipicamente propria, nel diritto societario della deliberazione assembleare.

Se così fosse, si potrebbe addirittura ipotizzare che, con l’art. 182-sexies l. fall., nel contesto di un diritto della crisi evidentemente indirizzato ad una gestione e a un superamento non disgregativi dei valori aziendali, si sarebbe declinata una vera propria *governance* del ceto creditorio. Un assetto dunque nel quale il coinvolgimento, purché tempestivo e trasparente, dei creditori, rispetto al quale i soci potrebbero sottrarsi solo con un intervento autonomo e diretto di ricapitalizzazione, nella elaborazione dell’intervento di ristrutturazione, nella definizione del piano di superamento della crisi e quindi anche nella determinazione della nuova struttura economica e finanziaria dell’impresa, diviene l’elemento predominante della soluzione concordata della crisi. Un approdo questo che diviene ancora più certo e incisivo con l’ultimo intervento normativo in materia, che indubbiamente affida in capo ai creditori una nuova e importante voce nella gestione e nella soluzione della crisi d’impresa, decidendo la concessione di nuova finanza, sottoscrivendo accordi di moratoria o di ristrutturazione “a maggioranza” ma con efficacia reale e, in ipotesi concordatarie, elaborando proposte concorrenti capaci anche di addivenire ad

allocazioni espropriative della proprietà dell'impresa societaria. Così testualmente due autori: *“nella presa d'atto che l'enorme massa di crediti bancari deteriorati necessita di essere gestita con criteri più dinamici, il decreto legge 83/2015 sposta decisamente sui creditori l'asse delle decisioni sulla crisi d'impresa”*¹⁴⁸.

3.3 I criteri dell'art. 182-sexies l. fall. come nuova causa di scioglimento.

Nel paragrafo appena conclusosi si è dato ampio spazio al rapporto intercorrente tra lo statuto ordinario della società (ed in particolare il c.d. *legal capital system*) e quanto previsto dall'art. 182-sexies l. fall. Si è verificato che, lungi dal compromettere la tenuta delle norme previste per la fase fisiologica della vita societaria, l'apparato normativo predisposto dal legislatore per la risoluzione concordata della crisi mette a disposizione del debitore una gamma di strumenti finalizzati a sollecitare il momento dell'emersione della crisi medesima e a favorire l'adozione di misure che consentano alla società di proseguire la sua attività e, al contempo, di superare la criticità. La continuità aziendale, quindi, rappresenta uno dei *fil rouge* dell'argomento trattato.

Altro punto importante, anzi fondamentale, è la possibilità che il risanamento provenga direttamente da quegli stessi creditori che pure la procedura deve proteggere (per la precisione, le procedure concorsuali sorgono proprio per offrire tutela al ceto creditorio). Dopo la novella del 2015, non solo i creditori possono fornire fondamentali apporti finanziari, ma possono addirittura incidere mediante offerte concorrenti.

L'importanza rappresentata dall'innesto nel diritto societario della sterilizzazione di cui all'articolo menzionato ha legittimato parte della dottrina ad interrogarsi sull'estensione della sua portata anche a casi sganciati dalla mera lesione del capitale sociale. Nello specifico, poiché la semplice applicazione del criterio statico del netto (artt. 2446, 2447 e 2482-ter c.c.) è spesso insufficiente a fungere da tempestivo campanello di allarme per la rivelazione della crisi, si è ipotizzata l'applicazione a tutto campo dei criteri dinamici introdotti nel 2012, legati in modo dinamico alla situazione di effettivo disequilibrio finanziario.

¹⁴⁸ L. Stanghellini e I. Donati, *Accordo di moratoria per superare la crisi*, su *IlSole 24 Ore* del 9 luglio 2015.

Infatti, benché la misurazione del patrimonio netto avvenga su valori contabili e dunque con potenziale idoneità ad attivarsi quando ancora le condizioni patrimoniali nonché le prospettive della società non sono ancora del tutto compromesse¹⁴⁹, rimane la questione che la fotografia che il capitale nominale restituisce non è in grado di cogliere anche l'aspetto più importante, cioè quello finanziario; “... con la conseguenza”, così ha giustamente commentato un autore “che la presenza di un patrimonio netto anche largamente superiore al capitale sociale può convivere con l'esistenza di una grave crisi finanziaria, mentre la riduzione del capitale al di sotto del minimo non è necessariamente sintomatica dell'esistenza di uno squilibrio finanziario tale da impedire la continuazione dell'attività”¹⁵⁰.

Ergo, l'adeguatezza organizzativa e la tempestiva programmazione finanziaria diventano due fondamentali canoni da seguire, veri e propri pilastri su cui poggiare la stabilità societaria e parametrare l'assolvimento dei doveri di amministrazione¹⁵¹. Tali nuovi indici, per giunta, oltre ad assurgere a paradigmi operativi per gli organi sociali, dovrebbero divenire vera e propria condizione essenziale per la prosecuzione dell'attività d'impresa in tutte le forme di società di capitali con beneficio della responsabilità limitata¹⁵².

Dalla lettura congiunta e teleologica di alcune norme fondamentali dello statuto dell'imprenditore (artt. 2082, 2467, 2497-*quinquies* e, soprattutto, 2247-*ter* c.c. ove, per la creazione di patrimoni destinati a uno specifico affare, si richiede un piano economico finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, le modalità e le regole relative al suo impiego, il risultato che si intende perseguire e le eventuali garanzie offerte ai terzi), si è giunti a teorizzare l'esistenza (accanto e in aggiunta alle regole del netto e alla “RoL”) del principio “Ristabilisci l'equilibrio finanziario o liquida” (“RefoL”)¹⁵³.

Da tale ricostruzione dottrinale deriva coerentemente un'altra conseguenza, cioè che la perdita dell'equilibrio finanziario, e dunque della capacità dell'impresa di preservare la continuità aziendale, essendo condizione necessaria per il prosieguo

¹⁴⁹ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 614 ss.

¹⁵⁰ V. Calandra Buonauro, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso V. Cariello V. Di Cataldo F. Guerrera A. Sciarone Alibrandi, Torino, 3, 2014, p. 2599 ss.

¹⁵¹ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 617 ss.

¹⁵² M. Miola, *op. cit.*, p. 313 ss.

¹⁵³ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 657 ss.

stesso dell'attività economica, configuri un'ipotesi di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484 c.c. (posto che sia ammissibile un'interpretazione estensiva delle cause ivi previste: si può immaginare una collocazione nell'alveo del numero 2, ove si fa riferimento all'impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale¹⁵⁴, ovvero in quello del numero 7, quando lo statuto preveda qualcosa in merito), con la conseguente applicazione dei doveri (e delle correlate responsabilità) di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c.¹⁵⁵.

La tesi appena esposta, seppur ardita, può essere condivisa, a patto di compiere alcune precisazioni. Innanzitutto, come in parte anticipato, sarebbe necessario trovare uno "spazio" per questa nuova causa di scioglimento all'interno del collaudato impianto codicistico, in modo tale da legittimarne la portata. Nello specifico, la causa di scioglimento nella quella annoverare l'ipotesi in parola potrebbe essere non solo e non tanto il n. 2 dell'art. 2484 c.c., quanto invece quella del n. 4 della medesima disposizione, per la perdita (anche prospettica) di continuità aziendale: nell'uno come nell'altro caso infatti ci si troverebbe di fronte all'obiettivo emersione di una situazione nella quale la prosecuzione dell'attività d'impresa avverrebbe in condizioni di manifesto pericolo di traslazione del rischio verso l'esterno. Tale soluzione sarebbe opportuna sotto il profilo funzionale perché ambedue le ipotesi sono collegate alla espressione di un deficit, in un caso (quello del capitale) di tipo quantitativo e, nell'altro (quello dell'equilibrio finanziario), di tipo qualitativo del patrimonio, non sufficientemente liquido¹⁵⁶.

Perciò, in ultima analisi, in condizioni per le quali al (tendenziale) azzeramento del rischio per i soci si imporrebbe anche quella ablazione del potere gestorio e quella apertura a una cogestione partecipativa del rischio medesimo con gli altri portatori esterni (*id est* i creditori) che proprio l'art. 182-sexies l. fall. si sforza di promuovere.

Del resto, come ampiamente visto nel capitolo secondo del presente lavoro, è lo stesso legislatore ad aver decisamente imboccato la via di una sistema senza capitale sociale fisso (si pensi all'art. 2467, o alla s.r.l. con capitale di un euro, o ancora alla

¹⁵⁴ G. Racugno, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 1208 ss.

¹⁵⁵ G. Strampelli, *op. cit.*, p. 627 ss.

¹⁵⁶ D. Galletti, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27 settembre 2012, p. 12 ss.

s.r.l. *start up* innovativa). Con la precisazione però che rinunciare al capitale sociale, come è stato giustamente osservato, “*non significa immaginare una società senza investimento di rischio (il che sarebbe contraddittorio) ma ipotizzare di fare a meno di una programmazione stabile delle risorse finanziarie della società, affidando l’ottica della continuità d’impresa al dialogo fra operatori del mercato del credito e soci*”¹⁵⁷.

A ben vedere, in realtà, la possibilità di individuare nelle regole dettate dall’art. 182-sexies l. fall. una nuova ipotesi di scioglimento prescinde dal loro concreto inserimento all’interno di quelle già annoverate dall’art. 2484 c.c. Si badi, infatti, che il comma secondo di quest’ultima disposizione asserisce a chiare lettere che la società si scioglie anche per tutte le altre cause previste dalla legge; tra queste ultime, ben potrebbe comparire anche l’art. 182-sexies l. fall.

Ad avallare ulteriormente quanto detto si consideri che parte della dottrina non ha mancato di rilevare come, svalutando il tenore dell’articolo in commento, e quindi diversamente opinando, “*le finalità sottostanti all’introduzione del nuovo art. 182-sexies l. fall. risulterebbero parzialmente (ma significativamente) compromesse, considerata l’assoluta frequenza di una situazione di (forte) disequilibrio finanziario per una società che si avvicina a una gestione negoziale della crisi o una procedura concorsuale*”¹⁵⁸.

Allo stesso tempo, però, non bisogna trascurare gli effetti collaterali di una siffatta impostazione: sarebbe affatto probabile che la rigida applicazione delle due regole, RoL e RefoL, comporti il rischio che l’obbligatorietà di un’alternativa, tanto immediata quanto secca, tra conferimento di nuove risorse da parte dei soci alla società al momento dell’esordio della crisi, potrebbe tradursi in un inefficiente fattore di dispersione di valori, diversamente tutelabili tramite un tempestivo ricorso a procedure di risanamento a gestione partecipata con il mercato. Una soluzione quest’ultima, che potrebbe essere accessibile proprio attraverso l’attivazione immediata e tempestiva della regola inibitoria di cui all’art. 182-sexies l. fall.

Del resto, se può essere vera l’affermazione che lo strumento che il diritto della crisi ha inteso approntare con l’articolo in esame possa essere una valida sollecitazione

¹⁵⁷ E. Ginevra, *op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁸ U. Tombari, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1160.

ad una emersione e gestione tempestiva ed efficiente della crisi d'impresa in un'ottica di preservazione e continuità del complesso produttivo aziendale, al di là della distonia che altrimenti permarrebbe tra un diritto societario "statico" e un diritto della crisi "dinamico", correrebbe anche il rischio di non riuscire a rimuovere l'ostacolo ad una emersione sollecita della crisi in realtà imprenditoriali che, seppur non ordinate secondo codici organizzativi equivalenti alle società di capitali, rivestono (in egual modo e più talvolta in misura maggiore) una rilevanza economica non certo di secondaria importanza, quali, ad esempio, le fondazioni. Queste ultime, nella fattispecie, fanno anch'esse ricorso alle soluzioni concordate della crisi, segnatamente attraverso il concordato preventivo e, addirittura, almeno in un caso, anche con continuità diretta *ex art. 186-bis l. fall.*¹⁵⁹. Realtà queste ultime per le quali le regole del netto non trovano *ex lege* applicazione diretta ed esplicita, ma per le quali il disequilibrio finanziario potrebbe essere un fattore di impedimento alla prosecuzione nell'attività d'impresa che si svolga in assenza di una traslazione del rischio d'impresa verso l'esterno.

3.4 La riduzione del capitale nella società in crisi: ulteriori considerazioni sull'art. 182-sexies l. fall.

L'art. 182-sexies l. fall. sancisce la sospensione degli obblighi di riduzione e di reintegrazione del capitale per perdite, sia con riferimento alle s.p.a. (artt. 2446 e 2447 c.c.) che alle s.r.l. (artt. 2482-bis e 2482-ter c.c.), nonché l'inoperatività delle cause di scioglimento di cui agli artt. 2484, n. 4 (riduzione del capitale al di sotto del minimo legale) e 2545-duodecies c.c. (perdita integrale del capitale) per le società cooperative. Tale disciplina speciale, come ampiamente ricordato, deriva dalla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di una mera proposta di accordo.

Giunti a questo punto, si rendono opportune alcune precisazioni. Innanzitutto, l'articolo in commento sospende l'obbligo di ridurre il capitale nell'ipotesi di perdite che superino un terzo del medesimo e di reintegrare lo stesso quando le perdite siano tali da far scendere il capitale al di sotto del minimo legale; tuttavia, ciò non

¹⁵⁹ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 262.

impedirebbe alla società, ove lo giudichi opportuno, di intervenire sul capitale, nei modi previsti dalla normativa civilistica, in pendenza del procedimento già aperto.

In secundis, la sterilizzazione tipica dell'art. 182-*sexies* l. fall. fa seguito, in modo immediato ed automatico, alla presentazione di una delle domande che la legge contempla. Da tanto consegue che la sospensione e l'inoperatività delle norme *de quibus* cessano istantaneamente al momento del passaggio in giudicato del decreto di omologazione del concordato o dell'accordo, con la conseguenza che esse sono direttamente e strettamente funzionali alla definizione della soluzione concordata della crisi, non alla sua successiva attuazione operativa. Ciò significa, detto in parole più chiare, che lo "strappo" alle regole ordinarie contenute nel libro V del codice civile è limitato nel tempo, proporzionato al risultato da ottenere e commisurato, quanto a durata, solamente a quest'ultimo. Per evitare di infliggere un grave ed irreversibile *vulnus* a quello che più volte è stato definito nelle pagine precedenti come lo statuto "ordinario" (o fisiologico) dell'imprenditore, il legislatore ha ben pensato di perimetrare in modo netto la portata della sterilizzazione in commento.

Parte della dottrina, tra l'altro, al fine di imitare ancor più il raggio d'azione dell'art. 182-*sexies* l. fall., paventandone possibili abusi, ha sostenuto che questi effetti si produrrebbero solo se il concordato o l'accordo siano concretamente idonei a far superare la crisi patrimoniale della società¹⁶⁰. Questa interpretazione è difficilmente sostenibile, in quanto non confortata dal dato letterale che, invece, giunge ad includere perfino il concordato c.d. in bianco.

Ad onor del vero, è opportuno ricordare che in tempi non recenti parte della dottrina aveva auspicato la sospensione momentanea dell'applicabilità degli artt. 2446, 2447 e 2448 c.c. (quest'ultimo dedicato, allora, allo scioglimento della s.p.a.) in ragione dell'ammissione alla procedura concordataria¹⁶¹. Tale soluzione veniva giustificata facendo leva sull'inesigibilità dei crediti per titolo o causa anteriore alla domanda di ammissione al concordato, la quale, se non elimina le perdite, ne sospende in certo senso gli effetti, in attesa della decurtazione del passivo, che in prospettiva è destinata a modificare sensibilmente la situazione patrimoniale della società.

¹⁶⁰ M. Miola, *op. cit.*

¹⁶¹ Così rileva, citando Maisano, Nobili, Spolidoro e Guerrera, A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, Relazione al Convegno su "*Le operazioni straordinarie nella crisi d'impresa*", tenuto a Roma il 29 novembre 2013, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it.

L'art. 182-*sexies* l. fall., dunque, non ha fatto altro che recepire questo orientamento non isolato. Proprio per questo, appare errato collegare tale disposizione alla recente tendenza volta a svalutare la funzione del capitale sociale all'interno della crisi. La scelta operata con l'articolo appena menzionato sembra, per i motivi anzidetti, molto più radicata di quanto non possa *ictu oculi* apparire; a differenza dei neointrodotti istituti della s.r.l. a capitale ridotto o con capitale *nummo uno*, i quali non hanno precedenti a riguardo.

L'art. 182-*sexies* l. fall. estende la sua portata anche al procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione: tale operazione è il frutto dell'idea di una sostanziale equivalenza fra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione. Tale conclusione, però, oscura colpevolmente l'effettiva diversità di situazioni in cui il debitore ed i creditori si vengono a trovare per effetto della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo o, invece, di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione (tra l'altro, anche sul piano dell'inesigibilità dei crediti).

Qualche ulteriore osservazione è d'uopo. Si è detto che la neutralizzazione degli obblighi in materia di riduzione/reintegrazione del capitale e la disattivazione della causa di scioglimento hanno carattere temporaneo, contingentato al periodo necessario all'omologazione del concordato o dell'accordo. Orbene, tale soluzione dovrà inevitabilmente riversarsi sul percorso necessario ad arrivare alla soluzione compositiva della crisi¹⁶².

Tutto ciò significa che il piano posto a base del concordato o dell'accordo dovrà prendere in considerazione e risolvere non solo il problema del superamento della crisi, ma anche quello della riduzione del capitale per perdite, essendo sterilizzati gli artt. 2446 e 2447 c.c.; per di più, di questi fondamentali aspetti dovranno occuparsi sia il professionista attestatore nel verificare la fattibilità del piano, sia il tribunale in sede di omologazione.

Quanto detto è corroborato da un recente arresto del Tribunale di Ancona, riguardante un caso antecedente alla riforma del 2012, il quale ha ritenuto onere dell'Autorità giudiziaria verificare, in sede di omologazione, l'idoneità del piano concordatario a realizzare la ristrutturazione anche sotto il profilo del corretto

¹⁶² A. Nigro, *op. cit.*, p. 5.

mantenimento o della ricostituzione del capitale all'esito del concordato (si trattava, infatti, di una società il cui capitale era stato completamente eroso)¹⁶³.

La sterilizzazione operata dall'art. 182-*sexies* l. fall., pertanto, non accantona del tutto le norme inerenti alla riduzione e ricapitalizzazione della società, poiché esse ritornano prepotentemente sulla scena al momento della concreta efficacia della procedura concorsuale, veicolate per mezzo della contrattazione fra società debitrice e suoi creditori che innerva il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione. Il concordato preventivo non potrà, quindi, ignorare la situazione patrimoniale della società, essendo necessario, al fine del superamento della crisi, prendere coscienza ed affrontare anche le vicende del capitale sociale, momentaneamente poste in *stand by* dalla disciplina speciale.

Gli interventi *de quibus*, se non previsti all'interno della contrattazione, dovranno tutt'al più essere presenti al momento dell'esecuzione del concordato o dell'accordo. Ciò che pare certo, comunque, è che i meccanismi civilistici ordinari di tutela del capitale dovranno essere assorbiti all'interno dei meccanismi compositivi delle crisi, vuoi al momento della contrattazione, vuoi in quello della mera esecuzione. È allora chiaro che la regola posta dall'art. 182-*sexies* l. fall. non comporta necessariamente una svalutazione del ruolo del capitale sociale, ma semplicemente ne disegna un diverso *modus operandi*, spostato in avanti nel tempo¹⁶⁴.

La disposizione oggetto di disamina, tuttavia, presenta incertezze applicative di non poco conto. A tutte quelle già evidenziate nelle pagine precedenti di questo capitolo, occorre sottolinearne altre. Rileva prima di tutto l'ipotesi, non sporadica, che il procedimento di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo non riesca ad ottenere l'omologazione medesima (per revoca dell'ammissione al concordato, per diniego di omologazione, etc.). In questo caso, pare fuor di dubbio la reviviscenza delle norme ordinarie, con conseguente obbligo di ridurre e reintegrare il capitale e nuova operatività della causa di scioglimento di cui al n. 4 dell'art. 2484 o all'art. 2545-*duodecies* c.c. Questa conclusione sembra obbligata, nonostante il dato letterale taccia sul punto.

La disposizione è silente anche riguardo l'obbligo, posto a carico degli amministratori, di informare l'assemblea. In realtà, poiché il richiamo non si estende

¹⁶³ Tribunale di Ancona, decreto 12.4.2012, in *Fallimento*, 2013, p. 110.

¹⁶⁴ A. Nigro, *op. cit.*, p. 5.

anche al primo comma dell'art. 2446 c.c., deve pacificamente ritenersi che suddetto dovere permanga intatto.

Sempre in merito agli obblighi dell'organo di gestione, il combinato disposto delle norme dello statuto ordinario con quelle dello statuto "patologico" consente agli amministratori di poter scegliere, davanti a perdite che intacchino il minimo legale, tra due strade: accertare la causa di scioglimento ex art. 2485 c.c. e, quindi, aprire la fase di liquidazione; presentare una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di proposta di accordo.

Parte della dottrina, però, ritiene possibile la sottoposizione contemporanea all'assemblea straordinaria di una vasta gamma di azioni, incluse quelle contemplate dall'art. 2447 e quella della presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di proposta di accordo¹⁶⁵. Vero è che la decisione in ordine alla presentazione di una domanda di concordato preventivo e di omologazione di un accordo di ristrutturazione, salva diversa previsione dello statuto, rientra nella competenza propria degli amministratori; tuttavia, una scelta compartecipata, pur rimanendo immutata la responsabilità in capo agli amministratori, sarebbe auspicabile, anche alla luce della portata essenzialmente derogatoria del diritto della crisi.

Va però mantenuta ferma una preclusione: una volta accertata la causa di scioglimento ed aperta la liquidazione, non è data la possibilità di tornare indietro, beneficiando delle possibilità offerte dall'art. 182-sexies l. fall., in ossequio all'antico brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*. Per tornare al punto di partenza occorrerebbe la revoca della liquidazione, che a sua volta necessita dell'eliminazione della causa di scioglimento. Al fine di compiere quest'ultima operazione, non basterebbe la presentazione della domanda o della proposta di cui al comma primo dell'art. 182-sexies l. fall., poiché la sterilizzazione ivi contemplata (e che coinvolge anche la causa di scioglimento di cui al numero 4 dell'art. 2484 c.c.) non potrebbe valere rispetto ad una causa che, a tutti gli effetti, ha già operato. Detto altrimenti, non è possibile utilizzare *ex post* lo strumento fornito dall'art. 182-sexies l. fall. una volta che gli effetti tipici dello statuto ordinario si siano già promanati. L'unico modo di recuperare, *i.e.* di porre nel nulla l'effetto dissolutivo già prodotto,

¹⁶⁵ Ivi, p. 7.

sarebbe proprio quello di adottare uno dei rimedi previsti dall'art 2447 c.c., cioè dalla norma che si vorrebbe sospendere¹⁶⁶.

Un'ultima riflessione sul secondo comma dell'art. 182-*sexies* l. fall., finora trascurato. La norma in questione sancisce, in maniera apparentemente superflua, che, nell'arco di tempo intercorrente tra il verificarsi della causa di scioglimento e il deposito della domanda o della proposta, resta ferma l'applicazione dell'art. 2486 c.c., cioè quella inerente ai poteri di gestione ordinaria degli amministratori. L'importanza della disposizione si ottiene solamente leggendola *a contrario*: la neutralizzazione dell'art. 182-*sexies* l. fall. opera anche nei riguardi dell'art. 2486 c.c., poiché la sua efficacia è stata limitata al breve periodo intercorrente tra l'emersione della crisi e la sua "ufficializzazione". Avvenuta questa, gli amministratori beneficiano di una riespansione dei propri poteri, in linea con la procedura immaginata dal legislatore del 2012: ed infatti, il senso dell'ultimo articolo citato è strettamente collegato alla liquidazione della società, in vista della quale esclusivamente gli amministratori devono operare, conservando poteri ridotti e limitati all'ordinaria gestione (che sarà, quindi, di tipo conservativo). La prospettiva cambia radicalmente, invece, una volta adita la procedura concordataria, finalizzata contemporaneamente al soddisfacimento dei creditori ed alla continuità aziendale, raggiungendo il primo risultato per mezzo del secondo.

Collegata al secondo comma dell'art. 186-*sexies* l. fall. è un'ulteriore questione: poiché tale disposizione non richiama l'art. 2485 c.c., se ne dedurrebbe che, al verificarsi della causa di scioglimento data dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, gli amministratori sarebbero obbligati ad accertare formalmente tale causa con una dichiarazione da pubblicare nel registro delle imprese. A ben vedere, però, questa conclusione non è pacificamente sostenibile: l'obbligo dell'accertamento non scatta immediatamente ma solo al verificarsi di certe condizioni, costituite dalla mancata adozione delle soluzioni previste dagli art. 2447 e 2482-*ter* c.c., sullo stesso piano delle quali oggi si pongono le domande o proposte di cui al primo comma dell'art. 186-*sexies* l. fall.

In conclusione, è possibile chiedersi se la disposizione oggetto di lunga disamina in questo capitolo possa trovare applicazione anche al di fuori delle procedure della

¹⁶⁶ *Ibidem*.

legge fallimentare e, specificamente, in relazione al procedimento di accordo per la composizione delle crisi di sovraindebitamento. Secondo parte della dottrina, la risposta non potrebbe che essere positiva: anche nel procedimento di accordo, infatti, i crediti anteriori alla presentazione della proposta da parte del debitore divengono inesigibili fino al momento in cui divenga definitivo il provvedimento di omologazione (art. 10, co. 2, lett. c) l. 27 gennaio 2012, n. 3)¹⁶⁷. La vicinanza degli istituti, pertanto, giustificerebbe un'estensione analogica nei termini predetti.

3.5 L'aumento del capitale sociale nel concordato preventivo.

In ragione dell'art. 182-*sexies* l. fall., durante la procedura concorsuale e nei limiti sopra analizzati, non si applica la disciplina sulla riduzione del capitale sociale per perdite. Tutto questo non ostacola, però, la ricapitalizzazione della società, alla quale quest'ultima potrebbe essere interessata perché ciò le consentirebbe di pianificare la ripresa dell'attività di impresa, dopo la chiusura della procedura, o la continuazione della stessa, in corso di procedura. La prospettiva, poi, è resa ancor più allettante se si considera che la presentazione di un piano concordatario potrebbe essere meglio delineata se i soci fossero disposti ad apportare altri mezzi propri. Non si dimentichi, inoltre, che la continuità aziendale è divenuta, grazie alle riforme che si sono succedute dal 2012 in poi, un vero e proprio obiettivo primario della procedura concordataria.

Il primo passo verso la ricapitalizzazione parte dalla corretta quantificazione della perdita di esercizio da coprire prima di poter ricostituire il capitale sociale. Infatti, la riduzione del capitale per perdite altro non è che una delibera presupposta e collegata alla deliberazione di aumento del capitale sociale, la quale, a sua volta, potrà assumere diverse configurazioni, in linea con l'operazione di raccolta alle esigenze sottese al piano concordatario.

La ricapitalizzazione della società in crisi (ma, si noti, stesso discorso varrebbe per la società che si trovi in stato di insolvenza), dunque, necessita quale presupposto che si cominci da una situazione patrimoniale reale, aggiornata al tempo di presentazione della domanda di concordato preventivo, ossia dall'elaborazione di una situazione patrimoniale o, come sarebbe più opportuno, di un bilancio infrannuale, redatto

¹⁶⁷ A. Nigro, *op. cit.*, p. 9.

secondo criteri contabili adeguati alle prospettive di ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato¹⁶⁸.

Corollario di quanto appena detto è che chi predispone il bilancio sia in possesso di dati contabili attendibili ed aggiornati; operazione che, in concreto, non è sempre semplice, soprattutto durante il fallimento, ove gli amministratori non sono obbligati all'aggiornamento delle scritture contabili.

La preparazione di una corretta situazione patrimoniale necessita, inoltre, che si individuino dei criteri di valutazione che tengano conto della particolare situazione alla quale il bilancio si riferisce. I criteri di valutazione, infatti, dovranno necessariamente essere improntati alla massima prudenza e tener conto della perdita del patrimonio sociale e dell'eventuale interruzione dell'attività produttiva, ma anche delle concrete potenzialità che l'impresa mantiene una volta conclusa la procedura¹⁶⁹. Il piano collegato alla proposta di concordato potrà prevedere, infatti, la continuazione dell'impresa, la dismissione di taluni cespiti o rami d'azienda in funzione del suo risanamento o anche la totale cessazione dell'attività, in un'ottica squisitamente liquidatoria; donde l'applicazione, per la valutazione delle attività, del criterio di continuità dei valori di bilancio ovvero del valore di mercato, rispetto ad una più opportuna valutazione che tenga conto della natura tendenzialmente liquidatoria della procedura.

È importante sottolineare, poi, che, al fine della puntuale quantificazione delle perdite, le insussistenze del passivo derivanti dallo stralcio del debito possono essere registrate solo successivamente all'omologazione definitiva della procedura. L'esdebitazione parziale, che di norma scaturisce dal concordato, infatti, non può essere computata nella situazione patrimoniale della società, se non dopo l'omologazione definitiva, quando cioè le sopravvenienze derivanti dalla riduzione del debito si siano consolidate a favore della società e dunque possano ragionevolmente ritenersi acquisite. Sino ad allora, si tratta di un ricavo solo potenziale, la cui realizzazione non dipende dalla sola volontà del debitore, ma anche dall'andamento della procedura.

¹⁶⁸ Cfr. A. Varetto, *La riforma del diritto societario consente l'effettuazione di operazioni straordinarie anche alle società in procedura concorsuale ponendo problemi di bilancio*, in *Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali*, a cura di Menchini, Torino, 2005, p. 193 ss.

¹⁶⁹ A. Postiglione, *L'aumento del capitale sociale nel concordato preventivo*, in *Corriere Tributario*, 48/2013, p. 3832.

Come è stato opportunamente sottolineato, però, quanto si è appena detto “*non significa che gli amministratori non possano dar conto di tale prospettiva nella loro relazione, al pari degli altri eventi futuri ai quali possono fare riferimento quando, per elementi già noti e per la complessiva articolazione del piano, possano ritenersi probabili. È chiaro, però, che una cosa è riferire della probabile riduzione della posizione debitoria della società, quale conseguenza dell’omologazione di un concordato preventivo che, per le trattative già intercorse con i creditori, per l’ammontare dei pagamenti offerti e per la composizione delle classi dei creditori, si ritiene possa essere ottenuta, altro è registrare il ricavo straordinario legato all’esdebitazione*”¹⁷⁰.

Come è stato ricordato nelle pagine precedenti, competente a disporre la riduzione del capitale sociale per perdite e la ricostituzione dello stesso è l’assemblea, anche ove abbia già presentato domanda di concordato preventivo.

In ragione degli artt. 2443 e 2481 c.c., se la modifica dell’atto costitutivo comportasse solamente l’aumento del capitale sociale, la competenza potrebbe essere eccezionalmente delegata agli amministratori (che, per inciso, sono anche competenti a redigere la proposta di concordato) mediante apposita previsione statutaria; tuttavia, la prodromica delibera di riduzione del capitale non rende delegabile l’intera procedura.

Diverso sarebbe, invece, se la società seguisse un altro percorso, consistente nella deliberazione, in un primo momento, della sola riduzione del capitale al minimo legale (sempre che la perdita non abbia intaccato anche quest’ultimo) e, in un secondo momento, dell’aumento del capitale ad un valore non inferiore al minimo. In realtà, a ben vedere, si tratterebbe di un’ipotesi poco verosimile stante la sterilizzazione degli artt. 2446 e 2447 c.c. operata dall’art. 182-sexies l. fall., per cui raramente si procede ad una riduzione non finalizzata alla ricapitalizzazione e difficilmente in una situazione di crisi così importante la perdita non incide sul capitale sociale sino al minimo legale. Più spesso può accadere, invece, che l’operazione di riduzione al minimo legale venga effettuata quando la società è ancora *in bonis* e l’aumento del capitale sia deliberato successivamente per proporre il concordato preventivo o per agevolare la chiusura della procedura concorsuale.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

È importante sottolineare un aspetto: l'aumento del capitale nella società in stato di crisi può atteggiarsi secondo diverse modalità, ma tutte saranno accomunate dell'interesse dei soci e degli eventuali terzi sottoscrittori che concorressero all'operazione di far dipendere l'onere della ricapitalizzazione della società dalla sua esdebitazione, almeno parziale, idonea ad agevolare il risanamento dell'impresa o, comunque, a rendere conveniente la soluzione negoziale della crisi o dell'insolvenza¹⁷¹.

3.5.1 Le diverse tipologie di aumento del capitale della società in crisi.

La società che decida di avvalersi del concordato preventivo e opti per l'aumento del capitale può scegliere tra diverse soluzioni. Innanzitutto, l'aumento di capitale sociale può assumere la forma di mera promessa di assumere nel futuro una delibera di aumento e come impegno alla sottoscrizione del capitale da parte degli stessi soci (ed, eventualmente, di terzi); impegno contenuto in un apposito documento o, più raramente, in seno alla proposta di concordato, rinviando l'effettiva operazione sul capitale alla fase esecutiva del concordato, successiva all'omologazione definitiva.

Questo schema operativo, sebbene sia meno garantistico per i creditori sociali, i quali dispongono solo dell'impegno di chi ha sottoscritto la promessa, e talvolta della previsione di una penale da parte dei soci in caso di inadempimento, potrebbe risultare preferibile in presenza di un patrimonio netto negativo, quando non vi siano immediate disponibilità per l'integrale copertura delle perdite di bilancio o, comunque, non si voglia affrontare il rischio di effettuare versamenti rischiosi.

Così procedendo, e solo qualora i creditori si fidassero della promessa ed accettassero la proposta di concordato, si potrebbe infatti conteggiare legittimamente la sopravvenienza attiva che deriva dalla parziale esdebitazione della società a seguito dell'omologazione del concordato preventivo allo scopo di riassorbire in tutto o in parte la perdita, prima di deliberare sull'aumento di capitale, evitando anche di incidere sull'assetto proprietario con l'annullamento delle partecipazioni

¹⁷¹ *Ivi*, p. 3833.

che consegue alla riduzione del capitale per perdite alla quale non faccia seguito il contestuale aumento¹⁷².

Oltre alla promessa di assumere una delibera di aumento del capitale, l'operazione *de qua* può altresì concretizzarsi come deliberazione ordinaria di aumento, ma con la previsione di una fase esecutiva prolungata e strutturata in modo articolato, con la previsione, cioè, da parte degli oblati, di una sottoscrizione differita e condizionata allo stesso evento.

In tal caso la deliberazione viene assunta immediatamente ma non si perfeziona nell'ipotesi in cui, non avverandosi la condizione dell'omologazione del concordato preventivo, i soci o anche i terzi non sottoscrivano l'aumento.

Una terza ipotesi consisterebbe nella deliberazione immediata di aumento del capitale, con previsione di un termine finale di esecuzione (risultante dalla delibera di aumento, con eventuale indicazione della natura scindibile dell'aumento di capitale, ai sensi degli artt. 2439, secondo comma, e 2481-bis, terzo comma, c.c.) abbastanza lungo da assicurare l'esaurimento del giudizio di homologazione del concordato, o comunque condizionato sospensivamente all'avverarsi di questo evento¹⁷³. La deliberazione di aumento, cioè, dovrebbe essere accompagnata dalla dichiarazione contestuale di sottoscrizione dell'aumento da parte degli oblati, sebbene differita e condizionata all'evento (l'omologazione definitiva) dal quale dipende poi l'esdebitazione della società in crisi. Tale articolazione consente di raccogliere subito le sottoscrizioni degli interessati sotto forma di vera e propria adesione all'offerta e non già di promessa irrevocabile; tuttavia, essendo sospesi gli effetti del contratto di sottoscrizione delle quote o delle azioni, l'obbligo di versare l'intero sovrapprezzo, il 25% dell'importo del capitale sottoscritto o l'intero eventualmente richiamato dagli amministratori o richiesto nella medesima delibera di aumento, sorgerebbe soltanto con il verificarsi della condizione sospensiva.

Quindi, il ricorso alla deliberazione condizionata comporta che la decisione produrrà

¹⁷² Cfr. P. Marchetti, *Aumenti di capitale ad esecuzione differita: warrant, opzione indiretta*, in *Riv. not.*, 1993, p. 223.

¹⁷³ F. Guerrera, *Commento agli artt. 2438-2439 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, diretto da Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, p. 1154 ss.

l'effetto modificativo del capitale sociale solamente ad omologazione del concordato avvenuta e, in caso di opposizione, dal momento in cui il decreto diviene definitivo, non con la sua iscrizione nel registro delle imprese¹⁷⁴.

In questo specifico caso, poi, si pone il problema di rendere edotti i terzi dell'avvenuta apposizione della condizione, nonché, all'uopo, del suo avveramento: a tale onere pubblicitario si potrà sopperire mediante le opportune iscrizioni nel registro delle imprese.

La delibera di aumento dovrà prevedere fin da subito modalità attuative coerenti con il contenuto del piano economico-finanziario della proposta di concordato, con riguardo ai tempi della sottoscrizione da parte degli oblati, alla misura dei versamenti e al termine finale dell'operazione, e la regolare esecuzione del concordato (art. 185 l. fall.) resterà, a sua volta, subordinata al perfezionamento effettivo dell'aumento del capitale.

Come già ricordato, inoltre, l'aumento del capitale sociale potrà essere anche scindibile, consentendo che la parziale sottoscrizione sia sufficiente alla realizzazione degli effetti sperati. V'è da considerare, ancora, l'ipotesi in cui la società non imponga ai soci l'integrale liberazione dei conferimenti in denaro, al fine di assicurare immediata liquidità alla società (considerato l'*humus* che ha indotto all'operazione): in questo caso è possibile che il versamento possa essere sostituito dalla compensazione del debito da conferimento con i crediti eventualmente vantati dai soci.

La differenza fra l'aumento condizionato e le altre, molteplici ipotesi di aumento effettuabili, ad esempio, attraverso emissione di obbligazioni convertibili o di *warrants*, sta nel fatto che la formazione effettiva del capitale non resta subordinata alla decisione dei possessori dei titoli in ordine all'esercizio dei loro diritti d'opzione o all'andamento del mercato finanziario, che ne influenza pesantemente la scelta, bensì alla conclusione di un procedimento incerto nei tempi e nell'esito, quale è quello dell'approvazione del concordato e della sua omologazione¹⁷⁵.

In astratto, le diverse tipologie di aumento del capitale evidenziate in questo paragrafo non sono lesive dei diritti dei creditori; tuttavia, i soci potrebbero agevolare

¹⁷⁴ Cfr. F. Guerrero, *I warrants azionari nelle operazioni di aumento di capitale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 123 ss.

¹⁷⁵ A. Postiglione, *op. cit.*, p. 3835.

l'accettazione della proposta di concordato e delle concrete modalità operative dell'intera operazione impegnandosi personalmente a perfezionare l'aumento di capitale sociale, ed eventualmente a liberare immediatamente tutti i conferimenti, non appena si verifichi la condizione.

A tutto ciò si aggiunga che i creditori ricevono protezione indiretta dagli organi della procedura concorsuale, i quali vigilano costantemente sull'esecuzione del concordato (si veda il primo comma dell'art. 185 l. fall.: *“Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Egli deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori”*), al cui verificarsi l'operazione sul capitale resta essenzialmente finalizzata.

Il legame biunivoco che unisce ricapitalizzazione e concordato preventivo rischia, però, di fungere da intralcio per la piena realizzazione dell'operazione sì concertata. Quale che sia lo schema operativo concretamente scelto, cioè, non è da escludere un arresto del procedimento di ricapitalizzazione in sede concordataria, per ragioni inerenti sia all'operazione societaria, sia alla vicenda concorsuale; ciò deriva, ovviamente, dalla più complessa strutturazione della procedura concordataria. A tale rischio è comunque possibile far fronte mediante una più accurata informazione dei creditori e una più attenta sorveglianza da parte degli organi della procedura sulla condotta della società proponente e su quella degli investitori, già soci o futuri soci che siano, in funzione della salvaguardia degli interessi coinvolti.

3.5.2 Aumento del capitale ed esercizio del diritto di opzione.

L'aumento del capitale operato nelle particolari circostanze di cui *supra* non pregiudica ai soci il corretto esercizio del diritto di opzione, secondo le modalità indicate dall'art. 2441 c.c. La delibera di aumento del capitale collegata ad una proposta di concordato potrebbe prevedere, secondo il piano di risanamento o di riorganizzazione sottostante e in ossequio al citato art. 2441, quinto comma, c.c., l'esclusione totale o parziale del diritto di opzione dei soci o la sua rinuncia a favore di terzi chiamati ad apportare nuovi capitali.

La formulazione della norma appena richiamata è piuttosto vaga (*“Quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato*

con la deliberazione di aumento del capitale”), pertanto potrà facilmente essere utilizzata per venire incontro alle esigenze particolari della società in stato di crisi, tanto più se si pensa che la proposta di concordato rientra a pieno diritto nell’alveo dell’“interesse della società” che la disposizione richiede quale condizione derogatoria del diritto d’opzione. Ciò non deve significare, però, che ogni proposta di concordato sia sufficiente a consentire agli amministratori di escludere legittimamente il diritto di opzione: quest’ultimo, infatti, è posto a baluardo dell’interesse dei soci a mantenere invariato il proprio ruolo all’interno della società, potendo perciò definirlo come un vero e proprio diritto fondamentale del socio e, pertanto, comprimibile solo ove vi siano giustificate ragioni.

L’effettiva esclusione dell’opzione passerà allora per l’attenta valutazione della proposta di concordato che verrà presentata dalla società, dalla prova del nesso tra la limitazione del diritto e la fattibilità del concordato, ed infine, dal fatto che l’interesse della società sia rappresentato dalla presentazione di una domanda di concordato preventivo che, nella sua esecuzione, comporti l’esclusione del diritto di opzione dei soci.

Diverso è il caso in cui la delibera di aumento del capitale individui i creditori concorsuali come assegnatari delle azioni o quote in conversione forzata dei crediti vantati verso la società in crisi o insolvente, in ossequio al disposto dell’art. 160, primo comma, lett. a), l. fall.: in questo caso la copertura del nuovo capitale discende dall’omologazione stessa del concordato, a prescindere da qualsiasi dichiarazione di volontà e dall’esecuzione di nuovi apporti finanziari da parte dei destinatari.

Anche per realizzare questa forma di ricapitalizzazione occorre, ovviamente, una deliberazione societaria di modifica dell’atto costitutivo collegata alla proposta di concordato, l’unica in grado di giustificare l’ingresso di creditori nella società e l’eventuale modifica delle quote di partecipazione quale conseguenza dell’esclusione o della rinuncia del diritto d’opzione dei soci. In questo caso, i creditori ai quali l’aumento di capitale è riservato dovrebbero considerarsi alla stregua di sottoscrittori *ex lege*, in virtù dell’efficacia vincolante del concordato, ai sensi dell’art. 184 l. fall.

L’operazione appena descritta necessita di una delibera condizionata, poiché solamente in forza del meccanismo di approvazione ed homologazione la società

proponente potrà incidere sulla posizione dei creditori dissenzienti, prescrivendo la trasformazione dei loro crediti in partecipazioni sociali in base ad un determinato rapporto di cambio¹⁷⁶.

3.5.3 Ultime considerazioni.

Nelle more dell'omologa del concordato e nonostante l'effetto sospensivo di cui all'art. 182-sexies l. fall., è frequente l'ipotesi per cui la società abbia bisogno di liquidità immediata, soprattutto alla luce della nuova normativa che favorisce la continuità aziendale dell'impresa che versi in stato di crisi.

I versamenti di cui la società necessita, se effettuati anticipatamente dai destinatari dell'aumento di capitale deliberato sotto condizione, cioè prima della sottoscrizione, ovvero dai sottoscrittori dell'aumento ancora in pendenza della condizione, cioè prima dell'omologazione, essendo specificamente finalizzati a una data operazione sul capitale, devono essere assoggettati al regime dei versamenti in conto futuro aumento di capitale¹⁷⁷. *Ergo*, se l'aumento di capitale deliberato non dovesse perfezionarsi, le somme versate dovrebbero essere restituite ai sottoscrittori¹⁷⁸.

Altro discorso, invece, per i finanziamenti dei soci a titolo di prestito o per i versamenti non finalizzati a una specifica operazione sul capitale: in questi casi si applicherebbe, sia nelle s.r.l. che nelle s.p.a., l'art. 2467 c.c., con conseguente postergazione del rimborso.

In conclusione, va segnalata la possibilità di emettere strumenti partecipativi. Questa manovra può atteggiarsi diversamente a seconda delle scelte societarie; in particolare qui rileva l'emissione di strumenti partecipativi differenziati da parte della società sottoposta a concordato e l'emissione da parte di altra società che voglia affiancare la società sottoposta alla procedura concorsuale.

Nella prima ipotesi, nettamente più frequente, la società in crisi per acquisire finanziamenti emette strumenti finanziari su titoli opzionali da destinare ai nuovi investitori, ai creditori (in aggiunta o in alternativa alle azioni risultanti dalla conversione forzata dei loro crediti) o ai soci che non partecipino all'aumento o che

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 3836.

¹⁷⁷ Cfr., *ex multis*, G.B. Portale, *Appunti in tema di versamenti in conto futuri aumenti di capitale eseguiti da un solo socio*, in *Vita not.*, 1994, p. 587 ss; G. Tantini, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, I, t. 3, Torino, 2004, p. 743 ss.

¹⁷⁸ Cfr. F. Guerrera, *I warrants azionari*, cit., p. 85 ss.

vi partecipino in misura marginale, al preciso scopo di soddisfarne l'aspettativa ad acquisire o a mantenere una partecipazione nella società ristrutturata.

Questa operazione, connotata dall'emissione di azioni di categoria speciali, di strumenti finanziari partecipativi, di obbligazioni con specifiche e differenziate caratteristiche, consente di rivedere la struttura finanziaria della società ristrutturanda ovvero a rimodulare la partecipazione al capitale di credito o di rischio della stessa, subordinando l'efficacia della deliberazione o la sottoscrizione dei titoli all'omologazione del concordato preventivo.

L'emissione di strumenti finanziari diversificati, quindi, assolve alla stessa funzione di cui si parlava sopra a proposito dei versamenti, *i.e.* a quella di ricapitalizzare la società per far fronte al fabbisogno concordatario, soprattutto in vista della continuità aziendale. Giova precisare, infine, che anche l'emissione di strumenti finanziari partecipativi, su è soggetta alla disciplina del diritto di opzione di cui all'art. 2441 c.c.¹⁷⁹.

Nella seconda ipotesi elencata, è una società diversa da quella in crisi a decidere nel senso dell'emissione di strumenti partecipativi diversificati: tale operazione rappresenta una possibilità da non sottovalutare per la società che partecipi dall'esterno alla riorganizzazione della società in crisi.

Si potrà prevedere, infatti, da parte della società terza oltre che un aumento di capitale in ragione dell'operazione straordinaria, l'emissione di titoli diversi dalle obbligazioni e dalle azioni ordinarie, destinati al soddisfacimento di quei creditori che, a fronte di un rendimento potenzialmente più elevato, siano disposti ad accettare una più lunga durata del prestito o un maggior rischio sull'effettivo rendimento o sulla restituzione del capitale o alla remunerazione dei soci che non si vogliano coinvolgere in modo incondizionato nell'alea della ristrutturazione.

Comunque, sia che l'emissione coinvolga direttamente la società in stato di crisi ovvero quella che partecipi esternamente al concordato preventivo, le azioni (ordinarie o di categorie speciali) e gli strumenti finanziari sottoscritti a seguito dell'aumento di capitale ovvero i titoli obbligazionari o atipici emessi della società

¹⁷⁹ F. Chiappetta, *Finanziamento della società per azioni e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 682.

insolvente o terza dovranno essere sempre attribuiti agli assegnatari individuati secondo il piano sotteso alla proposta di concordato¹⁸⁰.

A tale piano, avente in primo luogo funzione di autoregolazione della crisi (e per questo soggetto all'approvazione dei creditori e al controllo degli organi della procedura) le deliberazioni e gli atti societari conseguenti dovranno evidentemente adattarsi sotto il profilo delle modalità decisionali ed esecutive dell'operazione, ove i proponenti intendano, appunto, avvalersi dell'effetto esdebitativo tipico del concordato e finalizzare l'operazione alle esigenze della procedura concorsuale.

¹⁸⁰ A. Postiglione, *op. cit.*, p. 3838.

CAPITOLO IV – Gli accordi di ristrutturazione del debito. Le operazioni straordinarie nelle more del concordato preventivo.

4.1 La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce dei più recenti interventi legislativi.

Nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, il D.l. n. 35/2005 (conv. in L. n. 80/2005) ha introdotto la possibilità del debitore di stipulare con i creditori un accordo stragiudiziale di ristrutturazione dei debiti che gli consenta di far fronte alla crisi dell'impresa attraverso un piano concordato con la maggioranza dei creditori (art. 182-bis l. fall., da ultimo modificato dal D.l. n. 83/2012). Così l'art. 160, lettera a), l. fall.: *“L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma...”*.

Perché abbia efficacia, l'accordo deve essere sottoscritto dai creditori che rappresentino almeno il 60% del passivo del debitore e deve garantire l'integrale e tempestivo pagamento dei creditori che non hanno partecipato alla stipulazione. Il presupposto oggettivo della procedura è il medesimo del concordato preventivo: l'accordo può essere presentato solamente dall'imprenditore che si trova in stato di crisi, non ancora pervenuto, quindi, alla più grave situazione dell'insolvenza. Al fine dell'ottenimento della sua omologazione, l'accordo deve essere depositato in Tribunale unitamente alla documentazione prevista dall'art. 161 l. fall. (la medesima del concordato preventivo) e alla relazione redatta da un esperto circa l'attuabilità di esso¹⁸¹.

Gli accordi di ristrutturazione rappresentano un istituto di nuovo conio, ideato dal legislatore per deflazionare il ricorso alle procedure concorsuali tradizionali e favorire il raggiungimento di una soluzione stragiudiziale della crisi. Infatti, mentre nel concordato preventivo non è configurabile alcun accordo con i creditori, i quali possono approvare o disapprovare la proposta del debitore ed il piano di risanamento sulla base di una maggioranza presunta che vincola anche i dissenzienti, nell'accordo

¹⁸¹ Aa. Vv., *Diritto privato (civile e commerciale)*, cit., p. 243.

di ristrutturazione non è prevista la redazione di un piano, ma si richiede un'intesa preventiva con una percentuale dei creditori, oltre alla relazione di un esperto che attesti l'attuabilità dell'accordo medesimo soprattutto in riferimento alla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori non aderenti. Tale piano, peraltro, è anche sottratto all'azione revocatoria fallimentare, giusto il disposto di cui all'art. 67, secondo comma, lettera d), per il quale sono esenti dalla predetta azione *“gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria...”*.

Nella pratica, l'accordo di ristrutturazione dei debiti è riconducibile ad un'iniziativa del debitore che intraprende una trattativa con un gruppo di creditori sino al perfezionamento di una pattuizione che deve raggiungere la soglia percentuale minima prefissata. Il debitore, ovviamente, tenderà ad instaurare un'intesa con uno o più creditori forti, i quali hanno un concreto interesse ad addivenire ad una rapida soluzione della crisi imprenditoriale in quanto esposti al rischio di una liquidazione concorsuale dalla quale potrebbe derivare un pregiudizio maggiore del costo che dovrebbe essere sopportato con il raggiungimento dell'accordo. Raggiunta una prima e parziale intesa, si aggiungono normalmente gli accordi i creditori residuali.

L'aspetto fondamentale dell'accordo di ristrutturazione è dato dal suo perfezionamento anteriore al deposito, di modo che esso non sia soggetto ad alcuna indagine, vaglio o votazione da parte dei creditori¹⁸².

Il contenuto degli accordi *de quibus* può concretarsi in qualsiasi operazione che riduca la massa creditoria oppure ne modifichi la scadenza, ovvero produca un effetto estintivo totale o parziale: si pensi, ad esempio, alla dilazione di pagamento, alla rinuncia di una causa di prelazione o degli interessi, all'emissione di titoli di debito, alla conclusione di un *pactum de non petendo*, alla transazione, alla remissione dei debiti, alla vendita di beni aziendali. Sul versante del debitore, invece, è possibile prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso o l'affidamento a terzi, mediante affitto o cessione dell'azienda o dei singoli rami produttivi.

¹⁸² G. Lo Cascio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento*, cit., p. 70.

A seguito del D.l. n. 83/2012, la relazione redatta dall'esperto non deve solamente certificare l'attuabilità del piano, ma anche la veridicità dei dati aziendali, a tutela delle ragioni dei creditori. Inoltre, l'attuabilità deve riguardare anche l'idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento degli estranei all'accordo. Nello specifico, questi ultimi dovranno essere soddisfatti non oltre 120 giorni dall'avvenuta omologazione, in caso di crediti già scaduti, ovvero non oltre 120 giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

L'accordo è poi pubblicato nel registro delle imprese, momento a partire dal quale acquista efficacia e i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione nel termine di 30 giorni. Il Tribunale, decise le opposizioni, con decreto motivato, procede in camera di consiglio all'omologazione; in caso di esito negativo, invece, rigetta la domanda o la dichiara inammissibile. Comunque, il decreto del Tribunale deve essere pubblicato nel registro delle imprese ed è sempre reclamabile dinanzi alla Corte di Appello entro quindici giorni dalla sua pubblicazione, giustamente disposto dall'art. 183 l. fall.

Il decreto correttivo del 2007, inoltre, ha introdotto una disposizione volta a tutelare in modo automatico il patrimonio dell'imprenditore da eventuali iniziative cautelari ed esecutive proposte da terzi estranei all'accordo: per 60 giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono intraprendere o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore (art. 182-bis, comma terzo, l. fall.)¹⁸³. Con questa norma si è voluto fornire all'accordo raggiunto con la maggioranza dei creditori un ombrello protettivo nei confronti delle possibili azioni che i creditori non aderenti allo stesso possano intraprendere contro i cespiti necessari all'esecuzione dell'accordo medesimo.

Nel 2010, con la legge n. 122 del 30 luglio, il legislatore è tornato sulla medesima disposizione consentendo all'imprenditore in crisi di richiedere al tribunale, anche nel corso delle trattative (e quindi prima della formalizzazione dell'accordo) un divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive per i crediti pregressi. La richiesta deve essere corredata dalla documentazione prevista dall'art. 161, commi primo e secondo, l. fall.; da una proposta di accordo; da una dichiarazione

¹⁸³ Aa. Vv., *Diritto privato (civile e commerciale)*, cit., p. 243.

dell'imprenditore attestante le trattative in corso con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti; da una dichiarazione di un professionista circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei (art. 182-bis, comma sesto, l. fall.). L'istanza va pubblicata nel registro delle imprese, producendo l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati.

Sulla richiesta si pronuncia il tribunale in apposita udienza, ad esito della quale, se accoglie l'istanza, assegna un termine non superiore a 60 giorni per il deposito dell'accordo (art. 182-bis, comma settimo, l. fall.).

La stessa legge n. 122/2010 ha introdotto l'art. 182-quater l. fall., il quale oggi afferma che *"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"*. La disposizione appena citata è stata introdotta allo scopo di vincere le remore alla concessione di credito nella fase di formazione dell'accordo (cc. dd. finanziamenti ponte) e all'erogazione di finanziamenti programmati nella fase di esecuzione dopo l'omologazione (cc. dd. finanziamenti alla ristrutturazione)¹⁸⁴.

La norma, poi, ben si sposa con l'art. 67, comma terzo, lettera e), l. fall., il quale prevede l'esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie esecutivi dell'accordo omologato, fornendo pertanto una tutela a tutto tondo.

Sempre l'art. 182-quater l. fall., al terzo comma, favorisce i finanziamenti da parte dei soci, prevedendo la prededucibilità nella misura dell'80% dei crediti dei soci per finanziamenti sostitutivi di apporti di capitali in esecuzione dell'accordo, sottraendoli in tal modo alla disciplina degli artt. 2467 e 2497-*quinqüies* c.c. (che prevedono, invece, la postergazione).

4.1.1 La natura giuridica degli accordi.

Prima di addentrarsi nel merito dell'istituto in esame è opportuno soffermarsi brevemente sulla sua natura giuridica. In particolare, ci si è chiesto in dottrina se gli accordi abbiano natura unitaria e, in particolare, se si vengano a configurare un

¹⁸⁴ L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 348.

numero indeterminato di pattuizione che l'imprenditore stipula con ciascun creditore e che solo successivamente affluiscono in un'unica convenzione¹⁸⁵.

La rubrica dell'art. 182-bis l. fall. ("*accordi di ristrutturazione dei debiti*") lascerebbe pensare ad una pluralità di accordi; tuttavia, la disposizione fa riferimento all'"*omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti*". Orbene, se è vero che *rubrica legis non est lex*, si deve ritenere che essa abbia un valore meramente indicativo, nel senso che essa attribuisce al debitore la possibilità di stipulare tanti accordi quanti siano i creditori, mentre il deposito dell'atto con cui si chiede la risoluzione della situazione di indebitamento riguarda un unico negozio.

La tesi "unitaria" è avallata anche dal tenore delle successive norme, ove si stabilisce, ad esempio, che la dichiarazione e la documentazione devono essere accompagnate da una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo (e non degli accordi) e che l'accordo è pubblicato nel registro delle imprese, acquistando efficacia da tale istante.

Queste considerazioni, d'altronde, sono state utilizzate in passato anche in riferimento alla natura giuridica degli accordi stragiudiziali, del *pactum de non petendo* e delle convenzioni bancarie, al fine di pervenire alla conclusione dell'unicità dei patti.

Un altro quesito è quello inerente alla necessità che ogni intesa raggiunta con il singolo creditore debba essere sottoposta alla condizione dell'omologazione, oppure se, una volta manifestato il consenso delle parti, l'intesa assuma carattere definitivo, sia che il titolo obbligatorio formatosi sia quello originario, sia che risulti novato a seguito dell'accordo raggiunto con l'imprenditore.

A ben vedere, sembra improbabile che i creditori acconsentano ad una novazione del titolo obbligatorio originariamente vantato, specialmente prima dell'intervenuta homologazione. In ogni caso, se di effetto novativo si può parlare, esso deve essere ricondotto ad una specifica volontà del creditore, più che ad un effetto derivante dall'omologazione o dalla pubblicazione nel registro delle imprese¹⁸⁶.

La ricostruzione dogmatica della procedura degli accordi di ristrutturazione è resa difficile anche dalla scarsa disciplina ad essa dedicata. Secondo parte della dottrina,

¹⁸⁵ G. Fauceglia, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 605.

¹⁸⁶ G. Lo Cascio, op. cit., p. 75.

nell'istituto de quo può ravvisarsi un orientamento giurisprudenziale in voga negli anni '90 secondo il quale *“il pactum de non petendo o ut minus solvatur (...) assume rilevanza ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza dell'imprenditore nella misura in cui può attuare il ripristino del necessario equilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e, se non vi abbiano prestato adesione tutti i creditori, quando risulti ugualmente idoneo a rimuovere lo stato di capacità di adempiere, tenuto conto delle posizioni creditorie residue estranee all'accordo”*¹⁸⁷.

Con queste parole si voleva dire che era possibile evitare la dichiarazione di fallimento tramite un regolamento stragiudiziale che coinvolgesse anche una sola parte del ceto creditorio¹⁸⁸.

La disciplina introdotta dal legislatore si colloca a metà strada tra l'accordo meramente privatistico e la procedura pubblica tipica del concordato preventivo, in quanto se è vero che l'accordo viene raggiunto liberamente tra le parti, è altrettanto vero che tale intesa necessita del benestare dell'autorità giudiziaria, rappresentato dall'omologazione del Tribunale.

4.2 Accordi di ristrutturazione e capitale sociale.

Si è detto che la procedura rappresentata dagli accordi di ristrutturazione dei debiti consente all'imprenditore di superare lo stato di crisi in cui versa mediante accordi di natura privatistica che necessitano, tuttavia, dell'omologazione giurisdizionale. Nonostante l'istituto di cui all'art. 182-bis l. fall. sia essenzialmente finalizzato alla salvaguardia del complesso produttivo e della continuità aziendale, esso può assumere, come il concordato preventivo, diverse configurazioni, a seconda che l'obiettivo sia il completo risanamento dell'impresa ovvero la liquidazione della stessa. Di conseguenza, si potranno avere accordi di ristrutturazione con recupero totale dell'impresa; accordi con recupero parziale dell'impresa e liquidazione del rimanente; accordi meramente liquidatori.

I vantaggi della procedura *de qua* sono numerosi; poiché sono già stati esposti, qui si potranno sintetizzare così: l'accordo costituisce uno strumento rapido e poco costoso, piuttosto libero nel contenuto; è esente dalla revocatoria, dalla regola della *par*

¹⁸⁷ L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 345, citando Cass., 9 maggio 1992, n. 5525.

¹⁸⁸ Cfr. anche Cass., 20 maggio 1993, n. 5736, in *Il fallimento*, 1993.

condicio creditorum e dalla c.d. *absolute priority rule*; può beneficiare del blocco delle azioni esecutive, nonché della prededucibilità dei finanziamenti. A questi vantaggi si contrappongono alcune difficoltà, derivanti essenzialmente: dalla necessità dell'omologazione finale da parte del tribunale; dall'obbligatorietà di raggiungere un accordo con un numero non sempre contenuto di creditori; dall'obbligo di soddisfare integralmente i creditori estranei allo stesso.

Si è detto che, al fine di incentivare il ricorso al metodo di risoluzione della crisi in rassegna, l'ordinamento ha previsto alcune regole destinate a favorire il finanziamento degli accordi, sia durante la loro formazione che nella successiva fase esecutiva. La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, però, va completata richiamando l'art. 182-*sexies* l. fall., la cui portata si estende anche alla procedura in esame. La nuova disciplina prevede la sterilizzazione degli obblighi di capitalizzazione, i quali restano sospesi nel periodo intercorrente tra la data del deposito della domanda di ammissione alla procedura (concordataria o di ristrutturazione) e quello della sua homologazione. Tale regola vale anche nel caso in cui la proposta di accordo sia stata inoltrata ai sensi del sesto comma dell'art. 182-*bis* l. fall., cioè durante le trattative che precedono la formalizzazione dell'accordo, equiparando così la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella del concordato preventivo c.d. prenotativo o in bianco di cui all'art. 161, comma sesto, l. fall.

Il tenore letterale dell'art. 182-*sexies* l. fall. avalla la tesi secondo la quale la procedura di cui ci si sta occupando altro non è che una sottocategoria del più ampio *genus* rappresentato dal concordato preventivo. Si ripropone, pertanto, anche in questa sede, la questione dell'effettiva portata dell'articolo appena menzionato, ovvero se le regole della sterilizzazione debbano applicarsi ad ogni tipo di accordo di ristrutturazione (conservativo, liquidatorio, conservativo-liquidatorio) oppure soltanto a quello avente finalità precipuamente conservativa del complesso produttivo.

Invero, poiché l'art. 182-*sexies* l. fall. fa esplicitamente riferimento agli art. 161, comma sesto, e 182-*bis*, comma sesto, l. fall., cioè ad accordi solamente *in fieri* il cui contenuto non è ancora definitivo, sarebbe formalmente impossibile precluderne a priori l'applicazione anche agli accordi che si svelassero poi liquidatori.

Questa conclusione, tuttavia, contrasterebbe con gli scopi apertamente perseguiti dal legislatore con le riforme che si sono succedute dal 2012 in poi; inoltre, la deroga alle norme ordinarie sulla ricapitalizzazione sarebbe veramente giustificata soltanto in vista della continuità aziendale.

In ossequio ad un'interpretazione teleologica della norma ed a ragioni di coordinamento con quanto detto a proposito del concordato preventivo, sebbene il dato testuale appaia declinarsi in senso più ampio, la tesi restrittiva, cioè quella che coniuga l'isterilimento delle regole del netto con la soluzione concordata della crisi con continuità d'impresa, appare preferibile. Oltre alle ragioni già addotte nel capitolo terzo, qui bisogna sottolineare che non vi sarebbe alcuna utilità per la neutralizzazione della regola del "RoL" perché il procedimento di liquidazione "ordinario" e quello concordato proprio del diritto della crisi ben potrebbero funzionalmente convivere.

V'è di più. L'art. 182-sexies l. fall. trova applicazione nelle sole ipotesi di soluzioni concordate della crisi in forma di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione, con esclusione dei piani di risanamento ex art. 67, terzo comma, lett. d). A tal riguardo, invero, si potrebbe anche pensare che la limitazione debba trovare il proprio fondamento in ragioni differenti e, segnatamente, nella natura interamente volontaria e sottratta a qualsiasi vaglio ad opera dell'autorità giudiziaria dell'intervento di risanamento di cui alla norma da ultimo citata¹⁸⁹. Elementi in assenza dei quali, dunque, non opererebbero quei presidi (consistenti *in primis* nell'intermediazione da parte dell'autorità giudiziaria, la sola capace di assicurare una compartecipazione virtuosa nella gestione del rischio in una impresa in crisi conclamata) indispensabili per una salvaguardia effettiva dei creditori sociali¹⁹⁰.

4.2.1 Accordi di ristrutturazione ed enti pubblici.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresentano una *species* del più ampio *genus* rappresentato dal concordato preventivo. Tanto si evince non solo dalla collocazione sistematica dell'art. 182-bis l. fall. all'interno del capo dedicato all'omologazione e all'esecuzione del concordato, ma anche dal tenore stesso

¹⁸⁹ M. Miola, *Sub Art. 182-sexies in Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro M. Sandulli V. Santoro, Torino, 2014, p. 480 ss.

¹⁹⁰ P. Benazzo, *op. cit.*, p. 10.

dell'appena citata disposizione, secondo cui, nella formulazione *post* d. lgs. 169/2007, l'accordo deve essere presentato dall'imprenditore che si trova in stato di crisi unitamente alla documentazione prevista dall'art. 161 l. fall. relativa, per l'appunto, alla proposta di concordato preventivo. L'accesso a questa *sub*-procedura, quindi, richiede gli stessi requisiti, oggettivi e soggettivi, previsti per il concordato preventivo.

Quest'impostazione, d'altronde, era sostanzialmente pacifica già in epoca antecedente all'emanazione del c.d. decreto correttivo, atteso che il principale effetto derivante dall'omologazione dell'accordo consiste nell'esenzione dalla revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione del negozio stesso. Non solo tale beneficio è stabilito da una norma (l'art. 67, comma terzo, lett. e, l. fall.) che equipara *quoad effectum* l'accordo al concordato, ma esso presuppone, per la propria stessa operatività, la possibilità del successivo fallimento del debitore, sicché quest'ultimo deve necessariamente essere sussumibile nella categoria dell'imprenditore commerciale non sottosoglia diverso dall'ente pubblico.

Tanto premesso, giova segnalare una pronuncia che si è discostata dall'orientamento dominante appena esposto. Il Tribunale di La Spezia, con arresto del 21 marzo 2013, dopo aver concesso a cinque società in stato di crisi il termine *ex art.* 161, comma sesto, l. fall. per il deposito del piano e della proposta di concordato, con successivo provvedimento ha negato la propria autorizzazione al compimento di un'operazione straordinaria (consistente nel conferimento delle aziende delle debitrice in una società in nome collettivo di nuova costituzione, affinché la stessa presentasse a propria volta autonoma domanda *ex artt.* 160 ss. l. fall.), sul presupposto che alcune delle istanti, società partecipate da enti locali rese affidatarie di servizi *in house*, fossero sprovviste dei requisiti per l'accesso alla procedura di concordato preventivo (alla quale sola si attaglia la disciplina dell'autorizzazione al compimento di operazioni straordinarie), potendo invece richiedere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182-bis l. fall.¹⁹¹.

Secondo il giudice di merito, sebbene le debitrice fossero escluse dall'area della fallibilità, esse avrebbero correttamente beneficiato del concordato c.d. in bianco, atteso che lo stesso può costituire una semplice tappa intermedia del percorso che

¹⁹¹ Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1575.

conduce alla stipulazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, il quale, diversamente dal concordato, non sarebbe precluso agli enti pubblici. Tuttavia, come riportato ad inizio paragrafo, l'orientamento maggioritario (sia in dottrina che in giurisprudenza) è nel senso che i requisiti soggettivi cui è subordinata la valida stipulazione dell'intesa di cui all'art. 182-bis l. fall. siano i medesimi stabiliti per l'accesso al concordato preventivo, con la conseguenza che, chi può legittimamente avvalersi dell'accordo di ristrutturazione, deve altresì poter utilmente proporre la domanda ex artt. 160 ss. l. fall.

Di qui la conclusione che la nozione d'imprenditore rilevante ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. coincide con quella utile ai fini dell'accesso al concordato preventivo¹⁹². Anche la giurisprudenza considera legittimato alla richiesta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione esclusivamente *“l'imprenditore [esercente] attività commerciale, estraneo all'operatività dell'art. 1, secondo comma, l. fall.”*¹⁹³.

Secondo la tesi prevalente, disattesa dalla pronuncia del Tribunale di La Spezia, l'accordo di ristrutturazione dei debiti è precluso agli insolventi civili, agli esercenti le professioni intellettuali, agli imprenditori “sottosoglia” e agli enti pubblici, essendo, al contrario, riservato ai soggetti ricompresi nell'area della fallibilità, con l'unica eccezione dell'imprenditore agricolo.

Corretto, invece, è stato l'iter logico che ha condotto il Tribunale di La Spezia ad equiparare le società affidatarie di servizi *in house* a quelle pubbliche, le quali sono sottratte al controllo dell'autorità giudiziaria per evitare un'intollerabile interferenza con la sovranità tipica dell'ente e dei suoi organi. Testualmente: *“Esattamente le medesime ragioni conducono però a valutare l'incompatibilità della procedura concorsuale (non importa qui distinguere tra concordato preventivo, fallimento o amministrazione straordinaria ex D.Lvo. 270/1999) con l'attività di quelle società che - pur formalmente regolate dal diritto comune - costituite e partecipate dagli enti locali perseguendo il modello della gestione cosiddetta in house, svolgano, in concreto e nell'attualità, un servizio pubblico avente carattere esclusivo, perché*

¹⁹² Nello stesso senso, *ex multis*, A. Pezzano, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: un'occasione da non perdere*, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 684; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. Jorio, Bologna, 2007, p. 2543; F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"*, in *Fall.*, 2007, p. 703.

¹⁹³ Trib. Milano, 15 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 457; nello stesso senso Trib. Palermo, 27 marzo 2009, in *Dir. Banc.*, 2009, 1, 455; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. Fall.*, 2011, II, 352.

attualmente esercitato in questo ambito territoriale in totale assenza di concorrenza, nonché essenziale e necessario, perché non suscettibile di interruzione alcuna in quanto destinato al soddisfacimento di bisogni primari di una collettività. I predetti criteri dell'esclusività e dell'attualità del servizio erogato dalla società in mano pubblica danno conto di come non sia il mero dato relativo alla appartenenza totalitaria della società all'ente pubblico ad escluderla dal fallimento, e del pari di come non vi sarebbe ragione alcuna di impedire la dichiarazione di fallimento di tale tipo di società ove l'esercizio del servizio pubblico non fosse più in atto (cfr.: Appello Napoli 15 luglio 2009, Il Fallimento, 2010, 670): l'essenzialità del servizio svolto dalla società in house mancherebbe nel caso di società che agisca nel libero mercato in presenza di imprese terze in grado di subentrare prontamente alla società fallita; tale essenzialità verrebbe meno nel caso di servizio non più in atto, ormai verosimilmente affidato ad altra società. Allorché invece il servizio necessario sia in atto e sia svolto esclusivamente dalla società attraverso la quale l'ente locale assolve al proprio compito istituzionale di assicurare il soddisfacimento di un bisogno essenziale della collettività, e dunque non vi sia alcun altro soggetto (non importa se pubblico o privato) avente titolo giuridico e mezzi finanziari per esercitarlo, appare del tutto evidente che la sostituzione degli organi della procedura concorsuale nella gestione della società equivarrebbe non soltanto alla totale privazione di ogni sovranità dell'ente locale in merito alle scelte ed agli indirizzi di tipo politico amministrativo che dovrebbero presiedere all'attività che l'ordinamento ad esso riserva, ma anche all'attribuzione di una posizione di prevalenza degli interessi privati dei creditori in pregiudizio degli interessi della collettività alla corretta e regolare erogazione del servizio pubblico”¹⁹⁴.

4.3. La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Un breve cenno merita la procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, introdotta dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 e dedicata alle famiglie e alle piccole imprese, cioè a quei soggetti cui non si applicano le altre procedure concorsuali. A questi soggetti “non fallibili” è offerta la possibilità di concordare con

¹⁹⁴ Trib. La Spezia, cit.

i creditori un piano di ristrutturazione dei debiti che determina la finale esdebitazione del soggetto in crisi, in alternativa alle ordinarie procedure esecutive.

Per sovraindebitamento deve intendersi la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempierle regolarmente (condizione, quest'ultima, chiaramente riconducibile all'insolvenza tipica del fallimento).

Il procedimento si sviluppa sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, la quale si limiterà all'omologazione dell'accordo raggiunto tra il debitore e i creditori. Ruolo fondamentale è svolto dall'organismo (di nuovo conio) di composizione della crisi, composto da professionisti, a cui è affidato il delicato compito di gestire nel merito la procedura¹⁹⁵.

L'appetito normativo del legislatore peninsulare, però, è notoriamente pantagruelico. Pertanto, per non smentire la propria fama, nello stesso anno è tornato nuovamente sull'istituto *de quo* con il D.L. n. 179/2012 (conv. in L. n. 221/2012) apportando fondamentalmente due innovazioni. La prima riguarda la procedura specificamente destinata al consumatore: quest'ultimo può proporre un piano di risanamento in assenza di adesione da parte dei suoi creditori; sul piano, infatti, si esprimerà direttamente l'autorità giudiziaria mediante una valutazione inerente alla fattibilità della proposta e alla meritevolezza della condotta d'indebitamento adottata dal consumatore. La seconda novità, invece, concerne l'accostamento sempre più marcato dalla procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento a quella meramente concordataria, prevedendo che i creditori non aderenti alla proposta non siano definibili quali creditori estranei, pertanto titolari del diritto di essere integralmente soddisfatti, ma restino vincolati ugualmente all'accordo.

La logorrea del legislatore è proseguita nel 2015 quando, con il D.L. n. 83/2015 (conv. in L. n. 132/2015), è stato previsto che i creditori possano essere pagati anche mediante cessione di crediti, ovvero facendo ricorso alla garanzia di terzi nei casi in cui i beni o i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano. Inoltre, con lo stesso provvedimento è stato consentito anche ai consorzi fidi

¹⁹⁵ A.a. Vv., *op. cit.*, p. 245.

(cc. dd. “confidi”) e agli intermediari finanziari di prestare le garanzie richieste in sede di presentazione della proposta di accordo o di piano del consumatore¹⁹⁶.

4.4 Le operazioni straordinarie: la trasformazione della società in crisi.

Nelle pagine che hanno costituito il terzo capitolo si è cercato di fornire una disamina quanto più possibile dettagliata del capitale sociale e delle sue vicende durante il “periodo concordatario”. Si è visto come la disposizione di cui all’art. 182-*sexies* della legge fallimentare in vigore imponga una particolare disciplina dedicata alla società in crisi, disciplina derogatoria di quella ordinaria ma non per questo meno efficace. La dottrina è divisa sull’effettiva utilità della norma citata, dividendosi gli autori tra coloro che ritengono che la stessa rappresenti una terribile “autorete” commessa dal legislatore nell’intento di fornire agli organi sociali una più agevole via di uscita dallo stato di crisi e coloro, invece, che plaudono all’intervento “sterilizzatore” rappresentato dall’art. 182-*sexies* l. fall.

Detto ciò, rimane da analizzare una delle vicende straordinarie più importanti per la vita societaria, quella della trasformazione, alla quale faranno seguito la scissione e la fusione. Una premessa si rende però necessaria: cosa si intende per operazioni straordinarie? Secondo la dottrina maggioritaria, pur non essendo possibile fornirne una definizione univoca, con tale locuzione si intendono tutte quelle operazioni societarie che non possono essere compiute dagli amministratori senza il preventivo vaglio dell’azionariato¹⁹⁷.

Nello specifico, il diritto societario introduce limiti ai poteri gestori quando un’operazione presenta almeno uno dei seguenti caratteri: che si tratti di operazione di notevole dimensione rispetto al valore dell’impresa; che l’operazione richieda una valutazione di carattere non squisitamente specialistico, tale da poter essere affrontata dai soci; che tale operazione possa almeno potenzialmente dar luogo ad un conflitto di interessi degli amministratori¹⁹⁸. E difatti, la ratifica degli azionisti è il

¹⁹⁶ *Ivi*, p. 246.

¹⁹⁷ E. Rock – H. Kanda – R. Kraakman, *Operazioni straordinarie*, in L. Enriques (a cura di), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, p. 166.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

riverbero del rischio di atteggiamenti opportunistici da parte dei *manager* in occasione delle operazioni *de quibus*.

Detto ciò, la trasformazione rientra senz'altro nel novero delle operazioni straordinarie. Essa ha subito una profonda revisione ad opera della riforma societaria avutasi con il d. lgs. n. 6/2003: dalle tre sole disposizioni dedicate al fenomeno in esame si è passati ad undici articoli, i quali si preoccupano di fornire una disciplina quanto più completa possibile. Ma non è solo la quantità ad essere stata modificata. Se il concetto di trasformazione è, infatti, rimasto lo stesso (dovendosi intendere per essa il cambiamento del tipo sociale, ovvero, per essere più precisi, il mutamento da un tipo di società ad un altro), la novella del 2003 ha esplicitamente introdotto la nozione di trasformazione eterogenea (artt. 2500-septies e 2500-octies c.c.) riferendola a quella che interviene tra società ed enti causalmente diversi come associazioni, fondazioni, comunioni d'azienda, società consortili e viceversa¹⁹⁹. Il d. lgs. n. 6/2003, inoltre, ha risolto positivamente anche il problema della trasformazione dei vari tipi di società in società semplice, sulla cui ammissibilità, vigendo la vecchia disciplina, v'erano non pochi dubbi.

La trasformazione tra società rappresenta soprattutto l'adozione di un diverso modello di organizzazione dell'impresa da parte di chi la esercita collettivamente. Essa si attua attraverso una modificazione dell'atto costitutivo adottata secondo le regole proprie dell'impresa che intende trasformarsi. Questo è un punto importante, che non va sottovalutato neanche in chiave procedurale e che forse rappresenta proprio la soluzione al quesito se sia possibile la trasformazione della società in stato di crisi. Attraverso la modificazione dell'atto costitutivo, infatti, si produce solo il mutamento del modello organizzativo dell'impresa, ma non quello del soggetto collettivo, nel senso che non si estingue la società che si trasforma e non si crea una nuova società: il soggetto resta il medesimo, mutando solo il profilo organizzativo dell'impresa societaria²⁰⁰. In questo senso anche la giurisprudenza prevalente: *“La trasformazione di una società di capitali in una società di persone non si traduce nell'estinzione di un soggetto giuridico e nella creazione di uno diverso, ma integra una mera mutazione formale di organizzazione, che sopravvive alla vicenda della trasformazione senza soluzione di continuità e poiché l'atto di trasformazione, non*

¹⁹⁹ V. Buonocore, *op. cit.*, p. 456.

²⁰⁰ *Ibidem*.

*comportando il trasferimento del diritto immobiliare da un soggetto ad un altro non è, come tale, soggetto a trascrizione, ne consegue che la società di persone risultante dalla trasformazione non può rivendicare la qualità di terzo acquirente ai fini di quanto previsto dall'art. 2652, n. 6, c.c., in tema di salvezza dei diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale*²⁰¹; *“La trasformazione di una società da uno ad altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di un altro, in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale non incide sui rapporti (sostanziali e processuali) che ad esso fanno capo*”²⁰².

Questa conclusione e, più specificamente, l'inquadramento della trasformazione nell'ambito delle modificazioni dell'atto costitutivo sono confermate dal rinnovato art. 2498 c.c., il quale sancisce a chiare lettere che con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi, con prosecuzione di tutti i rapporti, anche processuali, che appartenevano all'ente “trasformante”.

Tanto premesso, la risposta al quesito anzidetto sembra provenire chiaramente dall'art. 2499 c.c., a tenore del quale *“Può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa”*. Il giudizio di compatibilità intorno al quale ruota la possibilità di compiere la trasformazione incombe sugli organi della procedura, concretamente individuati in ragione dello stato della procedura. Nello specifico, se la trasformazione è stata deliberata dopo il deposito della domanda di concordato (anche in bianco), ma prima del decreto di ammissione al concordato, dovrà essere autorizzata dal tribunale ai sensi dell'art. 161, settimo comma, l. fall.; se, invece, è stata assunta dopo il decreto di ammissione alla procedura e prima del decreto di omologazione della proposta di concordato, sarà autorizzata dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167, comma secondo, l. fall.

Qualora la delibera di trasformazione sia stata adottata dopo il decreto di omologazione, essa non necessiterà di alcuna autorizzazione in quanto l'art. 2499 c.c. contempla esclusivamente l'ipotesi della procedura concorsuale perdurante,

²⁰¹ Cass. Civ., sez. II, 27 ottobre 2010, n. 21961 in R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 3079.

²⁰² Cass. Civ., sez. lav., 10 febbraio 2009, n. 3269, in R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 3079.

permanendo solamente l'obbligo di adempiere alla proposta concordataria omologata, sulla quale vigilano gli organi della procedura ai sensi dell'art. 185 l. fall. L'art. 2499 c.c., dunque, lascia quasi invariata la possibilità di ricorrere alle procedure concorsuali e, quindi, anche al concordato preventivo. La trasformazione, come detto, non comporta alcuna circolazione della ricchezza e perciò non rappresenta di per sé un pericolo per il ceto creditorio. Tuttavia, la disposizione appena menzionata richiede un'analisi concreta caso per caso, da effettuarsi su un duplice piano: quello degli obbiettivi ai quali tende la procedura concorsuale ("le finalità" di cui parla l'articolo) e, in considerazione degli scopi raggiunti fino a quel momento, quello del risultato utile cui la trasformazione può condurre ("lo stato"). L'utilità della trasformazione di una società in concordato preventivo è astrattamente perseguibile sia nell'ambito di una procedura liquidativa che in quella volta a salvaguardare la continuità azienda, potendo in entrambi i casi la trasformazione portare qualche vantaggio per l'impresa stessa.

Un prima finalità raggiungibile con la trasformazione di società in concordato preventivo si rinviene all'interno della stessa relazione al decreto di riforma del diritto societario, ove si prende in considerazione l'ipotesi di trasformazione omogenea di s.p.a. in s.r.l. al fine di ridurre gli oneri della procedura: tali minori oneri sarebbero individuabili nella riduzione dei costi per gli organi sociali che si realizza con l'eliminazione dei soggetti incaricati del controllo contabile, nonché nelle inferiori spese di convocazione dell'assemblea e di adozione delle delibere assembleari soprattutto nel caso in cui ci si avvalga dei sistemi alternativi al metodo assembleare quali quelli della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto²⁰³. È nota, difatti, la maggiore snellezza organizzativa della società a responsabilità limitata rispetto alla società per azioni, come si è avuto modo di ricordare anche nel capitolo secondo.

L'interesse a ridurre i costi di gestione si ritiene possa sussistere in concreto sia nell'ipotesi di procedura liquidativa dove potrebbe residuare un riparto attivo da distribuire tra i soci, sia nell'ipotesi di procedura volta al risanamento dell'impresa, in cui l'interesse dei soci al risparmio è mosso anche da interessi egoistici nell'ottica

²⁰³ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *Le operazioni straordinarie. La trasformazione. Profili civilistici, contabili, fiscali*, Ipsoa, Milano, 2015, p. 400, consultabile online anche all'indirizzo <http://www.consiglionotarilefirenze.it/index.php/orientamenti/crisi-impresa-e-op-straordinarie/116-concordato-preventivo-e-trasformazione-di-societa-34-2013.html>.

della prosecuzione dell'attività. In tal senso anche la giurisprudenza di merito: *“La possibilità di trasformazione societaria in fase di liquidazione trova un sostrato normativo nell’art. 2499 c.c. che ammette la trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale ponendo, quale unico limite, la valutazione concreta e contingente della incompatibilità della trasformazione con le esigenze della liquidazione. Tale incompatibilità non si ravvisa quando la trasformazione consente più agili e spedite modalità di liquidazione del patrimonio sociale e di superare eventuali anomalie dell’assetto societario”*²⁰⁴.

Rilevante per l'indagine *de qua* è pure l'ipotesi della trasformazione omogenea di società di persone o di s.r.l. in s.p.a. laddove si consideri che il piano sulla base del quale è richiesto dall'imprenditore in crisi il concordato preventivo può essere perseguito *“anche mediante la cessione di beni, accollo o altre operazioni straordinarie ivi compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate di azioni, quote, obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari o titoli di debito”* (art. 160 l. fall.): in quest'ottica la trasformazione potrebbe condurre ad un tipo di arrivo in grado di emettere strumenti finanziari da attribuire ai creditori, laddove tale emissione fosse inibita nel tipo di partenza.

Non è da escludere nemmeno l'ipotesi di una trasformazione “regressiva” di società di capitali in società di persone sebbene essa può apparire in concreto improbabile, atteso che comporta l'assunzione, da parte dei soci di una società in conclamato stato di crisi, della responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni sociali, anche quelle sorte prima della trasformazione (cfr. art. 2500-sexies, comma quarto, c.c.). L'utilità di siffatta operazione è tuttavia ravvisabile quando il sacrificio del socio nel mettere a disposizione dei creditori dell'impresa i suoi beni personali, sia bilanciato dal fatto che l'accesso al concordato gli offra la prospettiva di una almeno parziale esdebitazione.

Si è detto che l'art. 2499 c.c. impone una valutazione di tipo casistico. Il giudizio di compatibilità non spetta al notaio rogante ma agli organi della procedura i quali,

²⁰⁴ App. Torino, sez. I, 20 gennaio 2010, Riv. Notariato 2011, 4, 2, 907; però *contra* Trib. Verona, sez. IV, 29 novembre 2006, Giur. Merito 2007, 10, 2636, per cui *“... è d'impedimento l'esistenza di una procedura fallimentare, in quanto la trasformazione in esame è possibile solo in pendenza di procedure concorsuali aventi una finalità di conservazione dell'impresa, quali sono l'amministrazione controllata e l'amministrazione straordinaria, e non quelle aventi una finalità solamente liquidatoria”*.

come anticipato, vanno concretamente individuati a seconda della fase della procedura nel corso della quale la delibera è assunta. Che detta valutazione spetti al notaio lo si evince dal tipo di controllo che la legge gli rimette sia in sede di atto costitutivo (art. 2330 c.c.) che in sede di delibere modificative dello stesso (art. 2436 c.c.): l'attività notarile deve limitarsi alla valutazione della conformità della delibera (e dell'atto costitutivo) alla legge, verificando che la struttura organizzativa programmata dai privati sia compatibile con il modello organizzativo prefigurato dal legislatore. Detto altrimenti, trattasi di controllo di legalità formale e sostanziale, ma mai di merito, in quanto il pubblico ufficiale non può mai sindacare l'opportunità dell'operazione che si intende effettuare²⁰⁵.

Al contrario, la valutazione imposta dall'art. 2499 c.c. presuppone la piena ed effettiva conoscenza dei meccanismi societari interni e della situazione finanziaria dell'ente stesso, conoscenza che solamente organi nominati *ad hoc* possono possedere. Poiché, però, presupposto indefettibile della trasformazione è la delibera, anche in quest'ultima dovrà essere espresso il positivo vaglio di compatibilità effettuato dagli organi della procedura, anche mediante il richiamo o allegazione del provvedimento autorizzativo rilasciato.

A tal proposito, sebbene il laconico dettato dell'art. 2499 c.c. non intacchi in alcun modo il potere deliberativo dell'assemblea o quello degli altri organi sociali ordinari, lasciando intatta la disciplina societaria "fisiologica", è pur vero che un vaglio di compatibilità sulla delibera che autorizza la trasformazione debba esservi, e debba essere assegnato agli organi della procedura.

È bene precisare, poi, che detta autorizzazione da parte degli organi della procedura (di volta in volta individuati a seconda della fase della procedura) concerne l'adozione di una delibera di trasformazione immediatamente efficace secondo le regole ordinarie di cui all'art. 2500 c.c., commi secondo e terzo. A differenza della fusione e della scissione, il cui procedimento formativo è articolato in due momenti distinti (quello della delibera che decide l'operazione e quello, successivo, dell'atto di esecuzione della prima), la trasformazione si perfeziona istantaneamente, *hic et nunc*, per effetto della sola delibera e nell'unico contesto assembleare. Pertanto, per questa operazione straordinaria non è immaginabile, a differenza delle altre,

²⁰⁵ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *op. cit.*, p. 403.

un'articolazione della sua adozione che ne comporti l'assunzione prima dell'omologa del concordato e l'esecuzione a omologa avvenuta.

Ciò significa che la decisione di trasformazione, fino a che la procedura non sia chiusa con l'emissione del decreto di omologazione, deve essere preventivamente autorizzata, in quanto, come si è detto, operazione destinata a dispiegare, una volta assunta, i propri effetti²⁰⁶.

Si rende necessaria un'ulteriore specificazione. L'autorizzazione *ad hoc* non ha ragion d'essere nel caso in cui la delibera di trasformazione sia assunta dopo il deposito della domanda di concordato e prima dell'omologa della proposta, laddove essa sia indicata nel piano *ex art. 161, comma secondo, lett. e)*, l. fall. quale modalità attuativa del concordato e la sua efficacia sia condizionata all'omologazione del concordato stesso. La praticabilità di questa strada dipende evidentemente da una valutazione positiva, a monte, circa la legittimità delle delibere condizionate (v. *supra*).

L'emissione del decreto di omologazione del concordato segna il naturale limite temporale oltre il quale l'autorizzazione degli organi della procedura si rende superflua: ai sensi dell'art. 181 l. fall., infatti, la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione della proposta *ex art. 180 l. fall.* Occorre però distinguere tra concordato in continuità aziendale e concordato con cessione di beni.

Nel primo caso, il debitore riacquista il pieno potere di amministrare i propri beni, seppur finalizzato all'adempimento degli impegni assunti con la proposta di concordato: ciò significa che la società sarà libera anche di deliberare un'operazione di trasformazione, senza dover richiedere alcuna autorizzazione, ma con il limite che, laddove detta operazione non sia stata prevista nel piano e comporti costi a carico della società non preventivati, la sua adozione potrebbe dar luogo alla risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l. fall.

Nella seconda ipotesi, invece, seppur la società sia legittimata a deliberare una trasformazione, conservando gli organi sociali la propria operatività, laddove l'operazione comporti costi a carico della società, sarà necessario chiamare in causa

²⁰⁶ *Ivi*, p. 404.

il liquidatore che, per sostenere l'esborso, dovrà essere debitamente autorizzato ai sensi di legge²⁰⁷.

La trasformazione omogenea c.d. regressiva della s.p.a. in s.r.l. è ammissibile anche nel caso in cui il capitale della società si sia azzerato e non sia stato ricostituito, essendo operante la sterilizzazione contemplata dal già analizzato art. 182-sexies l. fall. (sebbene nulla escluda una riduzione del capitale sociale tramite copertura delle perdite, ma in questo caso si tratterebbe di riduzione facoltativa).

Infine, un accenno merita il problema inerente al diritto di recesso spettante ai soci che non acconsentono alla delibera, in ossequio a quanto disposto dall'art. 2437, lettera b), c.c. Com'è noto, la disciplina del diritto di recesso ha subito radicali modificazioni a seguito della novella del 2003. Ad oggi, le situazioni in cui il socio può esercitare la prerogativa in oggetto sono molteplici e variegate, in numero di gran lunga maggiore rispetto a quelle contemplate nel testo *ante* riforma. L'art. 2437 c.c. detta una disciplina dettagliata a riguardo, prevedendo esplicitamente la facoltà di recedere in capo al socio in caso di trasformazione della società: secondo il disegno del legislatore, infatti, l'azionista, al momento dell'ingresso, ha confidato nelle peculiarità essenziali dell'ente, che, modificate, ne giustificano l'uscita dallo stesso.

In caso di trasformazione, il valore della partecipazione sarà determinato sulla scorta di quanto disposto dall'art. 2437-ter c.c. (art. 2473 c.c. per le s.r.l.). Poiché la concreta valutazione della partecipazione sarà effettuata al momento della dichiarazione di recesso (v. art. 2473, comma terzo, c.c.) e, perciò, nelle more dell'omologazione del concordato, suddetta stima non potrà tener conto degli effetti benefici della falcidia concordataria.

Se, ad esito della valutazione, dovesse risultare un valore positivo della quota del recedente, la liquidazione in pendenza della procedura potrà avvenire solo ad opera degli altri soci o di terzi, ma non avvalendosi di mezzi propri della società; quest'ultima modalità dovrà essere differita alla fase successiva all'omologazione del concordato.

Induce in tal senso la previsione dell'art. 161, comma settimo, l. fall. che ammette la possibilità per la società, alle condizioni ivi previste, di contrarre debiti ulteriori, ma

²⁰⁷ Ivi, p. 405.

solo nei confronti dei terzi (non dei soci) ed in funzione dell'amministrazione del patrimonio: qualità, queste ultime, che non appartengono sotto il profilo soggettivo al socio, che è investitore e non terzo, e sotto il profilo oggettivo al suo diritto di credito, riconosciuto in funzione di tutela dell'investimento individuale e non inerente all'amministrazione del patrimonio.

La conclusione della inesigibilità dell'eventuale credito del socio recedente è del resto coerente con il principio generale, da molti ritenuto immanente nell'ordinamento societario, della postergazione delle pretese dei soci rispetto a quelle dei creditori (cfr. artt. 2358, 2433-*bis*, 2467 c.c.), secondo cui i soci non possono ricevere utilità dalla società se questa non sia in condizione di mantenere la solvibilità per un congruo periodo di tempo. Il suddetto principio osta a qualsiasi distribuzione a favore dei soci effettuata in una situazione in cui, per definizione, stante la pendenza della procedura di concordato preventivo, ai creditori è chiesto un sacrificio, probabilmente in termini quantitativi e certamente in termini di esigibilità del credito²⁰⁸.

Da tutto ciò deriva che: l'esistenza dell'eventuale credito del socio conseguente al recesso dovrà essere chiaramente esposta nel piano di concordato, sì che i creditori possano valutare se approvare o meno la proposta di concordato in una situazione in cui alcuni dei soci concorrerebbero con loro sul patrimonio della società debitrice; in caso di successivo fallimento in cui la procedura di concordato dovesse sfociare, può fondatamente dubitarsi che il credito del socio possa qualificarsi come prededucibile ai sensi dell'art. 111 l. fall., essendo sostenibile che esso non solo non è sorto "in funzione del concordato preventivo", ma nemmeno è sorto "in occasione" del medesimo, mancando un titolo che, in conformità delle regole del concordato, consenta di far gravare sul patrimonio del debitore il debito del socio, né potendo l'occasionalità che giustifica la prededuzione del debito nel fallimento essere intesa in senso di coincidenza meramente cronologica rispetto alla procedura di concordato²⁰⁹.

²⁰⁸ *Ivi*, p. 406.

²⁰⁹ *Ivi*, p. 407.

4.5 La scissione della società in stato di crisi.

Dopo aver analizzato la trasformazione della società che fa ricorso alla procedura concordataria, occorre soffermarsi sull'operazione straordinaria costituita dalla scissione in vista dell'attuazione di un concordato preventivo.

Com'è noto, l'istituto giuridico *de quo* si caratterizza per la scorporazione delle attività patrimoniali sociali, le quali vanno a costituire l'attivo patrimoniale di altra società, già esistente o di nuova costituzione, con conseguente riduzione del capitale dell'ente scisso²¹⁰. A tal proposito, significativo è il dettato dell'art. 2506-*quater*, comma terzo, c.c., secondo cui *“Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico”*. Secondo la giurisprudenza prevalente, la ragion d'essere della norma appena citata *“deve rinvenirsi per un verso nella tutela della latitudine della garanzia patrimoniale generica stabilita dall'art. 2740 c.c., comma primo, c.c. in favore dei creditori e, per altro verso, nel principio generale che il debitore non può con un suo atto unilaterale, qual è la scissione rispetto ai creditori, diminuire la garanzia patrimoniale di cui essi godono. Ciascun creditore della società originaria può dunque rivolgersi non solo al suo debitore – cioè la società (scissa o beneficiaria) cui il debito è stato assegnato in base al progetto di scissione, che risponderà illimitatamente – ma anche a tutte le altre società coinvolte nella scissione, che risponderanno nei limiti del patrimonio rimasto o assegnato. Pertanto, a garanzia del creditore ante scissione rimane a disposizione – nel caso di scissione parziale attuata mediante costituzione di nuove società – una sommatoria di patrimoni netti che, nel suo totale, è almeno pari all'ammontare di quello della società ante scissione”*²¹¹.

Il comma quarto dell'art. 2506 c.c. sancisce l'unico limite legale dell'operazione: la partecipazione alla scissione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la liquidazione dell'attivo. Per quanto concerne il procedimento, si rinvia alla lettura delle norme codicistiche, le quali richiamano essenzialmente il processo di fusione (di cui *infra*). Come rilevato nel paragrafo dedicato alla trasformazione, la

²¹¹ Trib. Milano, sez. VIII, 19 febbraio 2013, in *Giur. Merito*, 2013, 4, p. 818.

scissione (come la fusione) si caratterizza per un *iter* più lungo e articolato, che deve necessariamente passare per la redazione di un progetto di scissione (il quale deve contenere tutti gli elementi che l'art. 2501-ter c.c. prevede per il progetto di fusione, oltre a “l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie” e “dell'eventuale conguaglio in danaro”, i criteri di distribuzione delle azioni e quote delle società beneficiarie); la redazione della situazione patrimoniale, della relazione degli amministratori e della relazione degli esperti; la stipulazione dell'atto di scissione, con successivo deposito presso il registro delle imprese²¹².

Va precisato, poi, che la redazione dei tre documenti appena indicati (situazione patrimoniale, relazione degli amministratori e degli esperti) può essere omessa in presenza del consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che conferiscono il diritto di voto nelle società partecipanti la scissione.

Venendo alla questione che qui interessa, la legittimità della scissione nelle more del concordato preventivo sembra suffragata da una pluralità di dati normativi: innanzitutto, dal dettato dell'art. 2506 c.c., che, letteralmente, non preclude più la possibilità di scindere una società sottoposta a procedura concorsuale, a differenza di quanto disposto nel testo anteriore alla riforma del 2003; in secondo luogo, dall'art.160, primo comma, l. fall., che consente espressamente la possibilità di promuovere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, anche mediante (...) operazioni straordinarie”; infine, dall'art.186-bis l. fall., la cui *ratio* è quella della tutela della continuità aziendale, a cui è normativamente funzionale la scissione (cfr. art. 2506, primo e terzo comma, c.c.), capace altresì di conseguire gli obiettivi economici delle fattispecie elencate in modo espresso nel medesimo art.186-bis l. fall.

In quest'ottica, la scissione costituisce modalità di conservazione della continuità aziendale, in piena sintonia con il tenore dell'art. 186-bis l. fall., oltre che come operazione *lato sensu* di trasferimento d'azienda in esercizio, anche in modo diretto quale processo di riorganizzazione per la continuazione dell'attività da parte del debitore²¹³.

²¹² V. Buonocore, *op. cit.*, p. 471.

²¹³ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *op. cit.*, p. 424 (Massima n. 37 del Consiglio notarile di Firenze, p. 2, in www.consigionotarilefirenze.it).

Si potrebbe porre, poi, il problema del raccordo tra le disposizioni appena citate e l'art. 2499 c.c. nel momento in cui quest'ultimo articolo dovesse intendersi quale principio generale valido non solo per la trasformazione, ma anche per le altre operazioni straordinarie. Tale esegesi estensiva, tuttavia, non convince, poiché è la stessa rubrica dell'art. 2499 c.c. a riferirsi esclusivamente alla trasformazione; inoltre, l'articolo succitato è posizionato all'interno della sezione dedicata alla trasformazione, non potendo pertanto fungere da preambolo all'intero capo X (che riguarda anche fusione e scissione).

Da tanto discende l'inapplicabilità delle condizioni previste dall'art. 2499 c.c. per dar luogo all'operazione di scissione (stesso dicasi per la fusione), la quale potrà realizzarsi anche in assenza dei requisiti di compatibilità con le finalità o lo stato della procedura concorsuale in atto.

Occorre ora illustrare brevemente le diverse modulazioni che può assumere la scissione nell'ambito (o in vista) dell'ammissione al concordato preventivo. *In primis*, la scissione può essere prevista nel piano, ai sensi dell'art. 161, comma secondo, lett. e), l. fall., ma la sua attuazione può essere interamente rimandata alla fase esecutiva successiva all'omologa del concordato. Avvenuta questa, la procedura concorsuale termina e, fatta eccezione per il caso in cui il piano abbia previsto l'affidamento ad un terzo della liquidazione dei beni sociali, il debitore riacquista il pieno potere di amministrazione dei suoi beni, seppur finalizzato all'adempimento della proposta concordataria omologata e sotto la vigilanza del commissario giudiziale (art. 185 l. fall.).

Da ciò deriva che la scissione, avendo ad oggetto una società tornata *in bonis*, verrà attuata secondo le ordinarie regole procedurali (anche in punto di legittimazione alla sottoscrizione del progetto e dell'atto di scissione) e senza necessità di alcuna autorizzazione preventiva, se non quelle che siano state eventualmente previste in modo espresso dal decreto di omologazione²¹⁴.

In assenza di quest'ultima ipotesi, al commissario giudiziale spetterà la verifica di conformità del progetto di scissione agli accordi concordatari omologati; un suo giudizio negativo non può peraltro ripercuotersi sulla legittimità del procedimento di scissione e quindi sulla validità della delibera di approvazione del progetto, che sarà

²¹⁴ Ivi, p. 425.

iscrivibile nel registro delle imprese, poiché l'eventuale difformità delle modalità attuative della scissione rispetto a quanto previsto nel concordato rappresenta certamente inadempimento di quest'ultimo, ma non delle condizioni stabilite dalla legge ai sensi dell'art. 2436 c.c.

Verificandosi tale situazione, la tutela del ceto creditorio è affidata non solo al rimedio della risoluzione del concordato ai sensi all'art. 186 l. fall., qualora ne ricorrano le condizioni, ma anche al diritto di opposizione ai sensi dell'art. 2503 c.c., che si deve ritenere spettante a tutti i creditori sociali qualora la scissione non sia rispettosa del concordato (a differenza di quanto si può ammettere in caso di conformità della scissione al concordato omologato)²¹⁵.

L'opzione volta a dare concreta attuazione alla scissione solamente durante la fase esecutiva del concordato potrebbe risultare indigesta ai creditori, *in primis* a causa della discrasia fra la competenza a presentare la proposta di concordato preventivo e quella a decidere la scissione. Infatti, mentre la prima spetta, salvo diversa previsione statutaria, all'organo amministrativo (art. 161, comma quarto, l. fall., che richiama l'art. 152 l. fall.), l'approvazione del progetto di scissione è normalmente di competenza dei soci (salve le eccezioni di cui agli artt. 2505 e 2505-bis c.c., richiamati dall'art. 2506-ter c.c.).

La distonia, apparentemente solo formale, diventa concreta allorché l'organo di gestione esprima un orientamento difforme da quello assembleare, con il rischio di ripercussioni sul programma di ristrutturazione aziendale e di compromissione degli accordi raggiunti con il ceto creditorio. Onde evitare ciò, il procedimento di scissione in funzione concordataria potrebbe essere avviato prima della presentazione davanti all'autorità giudiziaria della domanda di ammissione alla procedura *ex art.* 161, comma secondo, l. fall., per essere poi incluso nel piano oggetto di approvazione da parte dei creditori ai sensi dell'art. 177 l. fall.

Per formalizzare il legame che unisce la scissione all'attuazione del concordato, è possibile seguire due strade: la prima consiste nel condizionare l'esecuzione della deliberazione di approvazione del progetto di scissione, autorizzando la stipula dell'atto definitivo di scissione soltanto all'avvenuta omologa del concordato; la

²¹⁵ *Ibidem*.

seconda è quella di apporre la condizione sospensiva direttamente all'atto finale (art. 2506-*quater* c.c.).

La prima soluzione sembra preferibile, in quanto consente di procedere alla stipula dell'atto di scissione soltanto ad omologazione avvenuta (*i.e.*, in sede di esecuzione del concordato), così da ridurre il rischio di incertezze e di sopravvenienze sul piano dei rapporti fra procedura concorsuale e operazione straordinaria, conseguendo il duplice risultato di vincolare la maggioranza assembleare all'esito positivo del procedimento di approvazione della proposta di concordato, tutelando per di più l'affidamento dei terzi. La mancata stipulazione della scissione, infatti, rappresenterebbe causa di risoluzione del concordato.

Detto altrimenti, modulando in tale maniera i rapporti tra l'operazione straordinaria e la procedura concordataria si ottiene di "inserire" la prima nella seconda, legandole così a doppio filo e garantendo le ragioni dei creditori²¹⁶.

La complessità di una siffatta operazione comporta la necessità per cui il progetto di scissione (art. 2506-*bis* c.c.) debba contenere un preciso riferimento alla strumentalità dell'operazione rispetto al concordato della società in crisi e agli obiettivi imprenditoriali delle società partecipanti. L'illustrazione del programma concordatario, del ruolo che in esso gioca la scissione e della giustificazione di questa risultano particolarmente necessari per i soci dell'ente in crisi, se si tiene conto che la competenza ad approvare la proposta di concordato è rimessa (salvo diversa disposizione statutaria) all'organo amministrativo. Infatti, tenuto conto della formulazione dell'art. 152, comma secondo, l. fall., i soci della società in crisi potrebbero apprendere direttamente dal progetto di scissione della peculiare operazione concordataria programmata²¹⁷.

Il progetto di scissione, oltre che ad assolvere ad una funzione programmatica ed informativa, svolge il fondamentale compito di individuare le componenti attive e passive della frazione di patrimonio che la società scissa assegnerà alle beneficiarie (così testualmente l'art. 2506-*bis* c.c. in merito al progetto: *"L'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione redige un progetto dal quale devono risultare i dati indicati nel primo comma dell'articolo 2501-ter ed inoltre l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società"*

²¹⁶ Per completezza, si noti che in tale fase la disciplina della scissione è quella ordinaria.

²¹⁷ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *op. cit.*, p. 426.

beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in danaro”), individuazione che dovrà poi trovare riscontro nella proposta di concordato omologata²¹⁸.

È infatti possibile che durante l’*iter* concordatario emerga l’esigenza di modificare alcune delle componenti attive o passive già descritte nel progetto di scissione (essendo la proposta di concordato modificabile fino all’inizio delle operazioni di voto, ai sensi dell’art. 175, comma secondo, l. fall., a differenza del progetto di scissione, imm modificabile almeno nei riguardi dei terzi²¹⁹); se tale modifica non fosse già stata puntualmente prevista come possibilità esecutiva della scissione nel progetto medesimo, sarebbe necessario ricominciare integralmente il procedimento di scissione, essendo già stato approvato il progetto da modificare. Una volta omologato il concordato, potrà essere stipulato l’atto di scissione.

Atteso che il raccordo tra scissione e procedura concordataria può avvenire mediante apposizione di condizione, è possibile che il procedimento di scissione cominci quando la domanda di ammissione, anche “in bianco” (art. 161, comma sesto, l. fall.), sia già stata depositata, subordinandone pur sempre l’attuazione all’omologazione.

Bisogna ricordare che, depositata la domanda, il compimento degli atti di straordinaria amministrazione è soggetto ad autorizzazione giudiziale, rispettivamente del Tribunale, allorché non sia stato ancora emanato il decreto di ammissione al concordato preventivo; del Giudice Delegato, successivamente a tale momento²²⁰.

Orbene, l’operazione di scissione è senza dubbio riconducibile nell’alveo degli atti di straordinaria amministrazione, atteso il risultato disgregativo del patrimonio sociale da essa generato. Nel caso, però, in cui gli effetti della scissione (che si verificano, si ripete, solamente al momento dell’iscrizione dell’atto definitivo) siano condizionati all’omologazione del concordato, la conclusione appena resa va rimeditata.

²¹⁸ Anche se “*In tema di scissione di società, l’omessa o insufficiente descrizione specifica, da parte degli amministratori, degli elementi patrimoniali da trasferire a ciascuna delle società beneficiarie ai sensi dell’art. 2504-octies, primo comma, c.c., non è di ostacolo alla ricerca della volontà desumibile dal progetto di scissione*”, Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 2003, n. 6526, in R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 3095.

²¹⁹ “*Il principio di imm modificabilità del progetto di scissione vale nei confronti dei terzi, i quali, potendo opporsi alla scissione che pregiudichi i loro legittimi interessi, devono poter basare le loro valutazioni sul progetto depositato; esso, pertanto, non può essere invocato nei rapporti interni tra la società scissa e quella beneficiaria, che sono regolati dall’atto di scissione*”; Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 2003, n. 6526, cit., in R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 3096.

²²⁰ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *op. cit.*, p. 427.

Infatti, la pubblicazione nel registro delle imprese (o nel sito internet della società) del progetto di scissione e l'assunzione della delibera di approvazione dei soci, pur se indispensabili sul piano procedimentale, sono incapaci, di per sé, di generare qualsivoglia effetto patrimoniale od organizzativo.

Per tale motivo, qualora l'operazione sia strutturata in maniera tale da rendere l'atto di scissione necessariamente conseguente all'omologazione del concordato preventivo alla cui attuazione è funzionale, e della stessa scissione si dia conto nel piano presentato ai sensi dell'art. 161 l. fall., non ricorrono i presupposti che giustificano la preventiva autorizzazione giudiziale (del Tribunale o del Giudice Delegato), di cui non ci si dovrà munire nemmeno per pubblicizzare il progetto di scissione.

Dunque, la delibera di approvazione del progetto di scissione ad esecuzione "condizionata" all'omologazione del concordato preventivo potrà essere iscritta nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2436 c.c., anche in assenza di autorizzazione resa dal Tribunale ai sensi dell'art. 161, comma settimo, l. fall., o dal Giudice Delegato ai sensi dell'art. 167, comma secondo, l. fall.

Si è detto finora della possibilità di legare scissione e procedura concordataria, in modo tale da realizzare la prima senza effetti traumatici per i creditori e, in generale, per il concordato. Resta ferma, tuttavia, l'ipotesi che prevede la stipula dell'atto di scissione ad efficacia svincolata (*i.e.* non condizionata) dall'omologazione: in questo caso, ipotizzando sia stata già depositata la domanda di concordato, è necessaria l'autorizzazione del tribunale *ex art.* 161, comma settimo, l. fall. o del giudice delegato *ex art.* 167 l. fall. a seconda che detta stipulazione debba intervenire prima o dopo l'ammissione della società scindenda alla procedura. L'effetto disgregativo proprio della scissione, infatti, è sicuramente ascrivibile nel novero degli atti di straordinaria amministrazione. Inoltre, gli effetti benefici derivanti dalla falcidia concordataria dei debiti sociali non potranno essere tenuti in conto, poiché il concordato non è stato ancora omologato²²¹.

L'art. 2506-ter c.c. richiama, tra le norme applicabili anche alla scissione, l'art. 2503 c.c. inerente all'opposizione dei creditori. Nella fattispecie, rileva il coordinamento tra la succitata disposizione e l'art. 177, comma primo, l. fall., secondo cui "il

²²¹ *Ivi*, p. 428.

concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi”.

Orbene, nel caso di scissione contemplata come modalità attuativa di una proposta di concordato, verrebbero a rilevare due tipologie di vaglio: quello contemplato dall'art. 177 l. fall. e quello (manifestato mediante opposizione) dell'art. 2503 c.c. Le due disposizioni, però, sono inconciliabili, in quanto non sarebbe corretto, ottenuto il consenso con riguardo alla proposta di concordato (successivamente omologata), subordinare l'efficacia dell'intera operazione al diritto di opposizione ex art. 2503 c.c.

Sembra pertanto coerente concludere nel senso che, qualora la scissione sia inserita nella procedura concordataria, i creditori di cui all'art. 184 l. fall.²²² della società scissa sono privati del diritto di opposizione ex art. 2503 c.c., dovendo tutt'al più ricorrere all'opposizione di cui all'art. 180, comma secondo, l. fall., da considerarsi assorbente rispetto ad ogni altra tutela²²³.

La soluzione appena prospettata sarebbe avallata anche da un'esegesi sistematica: l'art. 2503-bis c.c. esclude che i singoli obbligazionisti possano proporre opposizione, se la scissione è stata approvata a maggioranza dalla loro assemblea, cioè dall'organo rappresentativo degli interessi dell'intera categoria. Specularmente deve ritenersi che la sola pubblicazione della domanda di concordato preventivo, nel registro delle imprese genera, fra l'altro, la conseguenza di: imporre ai creditori una comunanza di interessi, giacché nessuno di loro può aggredire individualmente il patrimonio sociale; creare un'organizzazione per la soluzione dei conflitti di interesse che possono sorgere fra di essi, stante l'eterogeneità di posizioni di cui sono portatori.

Si potrebbe quindi sostenere ragionevolmente che, se la scissione è prevista come parte integrante della proposta di concordato, i creditori di cui all'art. 184 l. fall. non possono avvalersi dello strumento loro offerto dall'art. 2503 c.c., ma soltanto opporsi all'omologazione del concordato stesso, ricorrendone le condizioni.

²²² “Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili”.

²²³ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *op. cit.*, p. 429.

Laddove, invece, il procedimento di scissione risultasse indipendente da quello concordatario, cioè fosse scevro dalla condizione dell'omologazione del concordato, l'opposizione ex art. 2503 c.c. dei singoli creditori resterebbe intatto. Inoltre, resta in ogni caso inalterato il diritto di opposizione individuale dei creditori diversi da quelli indicati nell'art. 184 l. fall., sempreché, ovviamente, le loro ragioni di credito siano sorte anteriormente all'iscrizione del progetto di scissione nel registro delle imprese²²⁴.

Infine, impregiudicati resterebbero pure i diritti dei creditori delle eventuali società partecipanti come beneficiarie, i cui diritti non possono certamente essere ridotti o compromessi dall'applicazione della disciplina fallimentare; costoro resterebbero liberi di opporsi individualmente, incidendo profondamente sull'esito della stessa procedura.

Il rischio di opposizione individuale potrebbe essere attenuato tramite la scelta di avviare il procedimento di scissione prima della presentazione della domanda di concordato, anche "in bianco", o subito dopo, secondo gli schemi in precedenza ipotizzati, condizionandone l'attuazione all'omologazione del concordato stesso.

4.5.1 La c.d. "scissione negativa".

Si è detto che la società (o le società) beneficiaria della scissione può preesistere all'operazione oppure essere di nuovo conio, cioè gemmare dalla scissione stessa. Per quanto concerne i limiti all'operazione straordinaria *de qua*, è stato riportato il quarto comma dell'art. 2506 c.c., il quale pone quale unico paletto quello della società in liquidazione che abbia principiato la distribuzione dell'attivo.

Sebbene quello indicato sembri essere l'unico limite imposto dal legislatore (al quale dovrebbe aggiungersi quello inerente alle società mutualistiche, ogniqualvolta la modifica statutaria comporti una violazione dello scopo sociale), un recente arresto giurisprudenziale sembra averne rinvenuto un altro: quello della c.d. scissione "negativa", ovverosia della scorporazione che trasferisca alla beneficiaria un assetto patrimoniale pari a zero o addirittura negativo²²⁵.

²²⁴ *Ivi*, p. 430.

²²⁵ Cass. Civ., I Sezione, 20 novembre 2013, n. 2604, in *Giur. It.*, 2014, 6, p. 1415 ss.

In realtà, anche la dottrina è sul punto divisa: all'orientamento più permissivo, secondo cui sarebbero consentite le operazioni di risistemazione aziendale anche a fronte di un saldo contabile tra elementi dell'attivo e del passivo patrimoniale oggetto di assegnazione a titolo di scissione nullo o inferiore a zero²²⁶, si contrappone quello più rigoroso il quale, sfruttando il tenore letterale di alcune norme, ritengono al contrario che l'operazione sia inammissibile²²⁷.

È interessante, ai fini del presente lavoro, notare come a sostegno del primo orientamento (quello maggiormente permissivo) militi un'importante considerazione: il codice civile consente l'accesso alla scissione (e anche alla fusione) anche alle società che versino in stato di liquidazione (a condizione, come detto, che non abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo), laddove la fase dissolutiva avrebbe potuto essere introdotta proprio a seguito del mancato ripianamento di pregresse perdite rilevanti, tali da azzerare il patrimonio netto. Tutto ciò troverebbe conferma nella riformata disciplina delle procedure concorsuali, in particolare del nuovo concordato preventivo e della ristrutturazione dei debiti, che legittimano l'impiego delle operazioni straordinarie per gestire il superamento di situazioni di dissesto e crisi: il che presuppone possibili assegnazioni, anche a titolo di scissione, di *assets* aziendali aventi valore inferiore a zero²²⁸.

L'orientamento più rigoroso troverebbe, invece, più di un riscontro sul piano testuale: a partire dal rilievo che le società cui è riservato, in tutto in parte, il patrimonio della scissa vengono *expressis verbis* definite "beneficiarie", il che parrebbe presupporre assegnazioni patrimoniali aventi valore positivo; passando per le regole che impongono di indicare nel progetto il valore del patrimonio netto trasferito e commisurano a tale importo la responsabilità solidale delle beneficiarie per i debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui essi fanno carico secondo il progetto di scissione; fino alla problematica determinazione di un rapporto di cambio, che riprende una argomentazione già sviluppata, anteriormente alla riforma del D. Lgs. n. 22/1991, con riguardo alla fusione.

²²⁶ *Ex multis*, G. Laurini, *La scissione di società*, in *Riv. Dir. Impresa*, 1992, p. 23.

²²⁷ Cfr. E. Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Comm. C.C.* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 248 ss.

²²⁸ M. Cavanna, *La scissione: un'operazione intangibile?*, nota a Cass. Civ., 2604/2013, in *Giur. It.*, 2014, 6, p. 1415 ss.

Quello che qui interessa sottolineare, però, è che ancora una volta il largo raggio d'azione assegnato dal legislatore al concordato preventivo consente a quest'ultimo di incidere trasversalmente su più istituti giuridici, tanto da ampliare portata e finalità anche di essi. La spinta verso la continuità aziendale e la risoluzione concordata della crisi ha indotto indirettamente altri istituti a seguire la stessa scia tracciata dal legislatore, soprattutto a partire dal 2012 in poi.

Nel caso giurisprudenziale riportato, sebbene la Suprema Corte si sia orientata verso la soluzione negativa, fondamentalmente sul rilievo per cui il trasferimento di mere passività, poiché non permette alcun rapporto di cambio, non consentirebbe la scissione, ha suscitato la reazione di quanti ritengono invece ugualmente possibile l'operazione, anche alla luce della novellata disciplina del concordato preventivo. Ennesima riprova, quest'ultima, di come l'impronta data alle procedure concorsuali esorbits dal proprio campo di competenza, per involgere anche le regole degli istituti limitrofi.

4.6 La fusione della società in stato di crisi.

La fusione rappresenta il fenomeno opposto e contrario a quello della scissione: essa rappresenta la vicenda giuridica per la quale ad una pluralità di società se ne costituisce una sola; se questa è una delle società preesistenti si avrà una fusione per incorporazione (in quanto una società preesistente ne fagocita altre), mentre se dall'operazione nasce una società nuova, diversa dalle altre, si avrà una fusione in senso stretto.

Secondo la dottrina tradizionale, la natura giuridica della fusione è da rinvenire nel fenomeno di successione *inter vivos* a titolo universale²²⁹; quella più moderna, invece, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 2504-bis c.c. (secondo cui “La

²²⁹ In tal senso depone anche larga parte della giurisprudenza di legittimità chiamata ad esprimersi su situazioni anteriori all'entrata in vigore della riforma del 2003: “*In tema di fusione di una società per incorporazione, l'estinzione che ne deriva ai sensi dell'art. 2504-bis c.c. (nel testo ratione temporis vigente) è equiparata alla morte della persona fisica, ai fini della successione nel processo, senza che tuttavia trovino applicazione anche tutte le correlative norme dettate per l'interruzione del processo*” (Cass. Civ., sez. I, 10 dicembre 2008, n. 28989 in R. Giovagnoli, op. cit., p. 3083); “*A seguito di fusione mediante incorporazione prima della riforma del diritto societario di cui al d. lgs. n. 6 del 2003 ed all'introduzione dell'art. 2504-bis c.c., che realizza una situazione giuridica corrispondente a quella della successione universale, la società incorporante legittimamente può costituirsi nel giudizio di cassazione...*” (Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27183, *ibidem*); “*L'art. 2504-bis c.c., come introdotto dal d. lgs. n. 6/03, ha natura innovativa e non retroattiva: pertanto, la fusione di società perfezionatasi in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disposizione dà luogo a un fenomeno successorio, e non modificativo dell'organizzazione sociale*” (Cass., S.U., 17 settembre 2010, n. 19698, *ivi*, p. 3091).

società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”) suole intravedere nell’istituto in esame semplicemente una modificazione dell’organizzazione sociale²³⁰.

Anche la più recente giurisprudenza di merito avalla questo orientamento: *“In caso di fusione di società (...) va applicato il nuovo art. 2504-bis c.c. che ha affermato il principio secondo cui la fusione tra società costituisce una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo. Si tratta di norma dettata dalla peculiare esigenza dell’ordinamento di privilegiare la continuità dei rapporti giuridici facenti capo alle società partecipanti alla fusione e di garantire l’adempimento degli obblighi e l’esercizio dei diritti facenti capo alle stesse”*²³¹.

Ad avvalorare questa tesi v’è anche un fatto incontestabile: la fusione, normalmente, consegue ad una pregressa collaborazione o alla preesistenza di accordi economici tra le società fondende, ovvero a situazioni di collegamento o di controllo fra queste.

La riforma del 2003 ha modificato marginalmente la previgente disciplina. Oggi, la fusione può avvenire sia tra società perseguiti il medesimo scopo istituzionale (lucrativo, mutualistico o consortile) che tra società perseguiti scopi istituzionali diversi: in quest’ultima eventualità si parlerà di fusione c.d. eterogenea che, però, a differenza di quanto fatto per la trasformazione, il legislatore del 2003 non ha contemplato espressamente²³².

Per quanto concerne il procedimento, vale quanto detto in tema di scissione: quest’ultima, infatti, si rifà quasi completamente alla disciplina dettata per la fusione, pertanto appare superfluo ripetere qui quanto già illustrato nel paragrafo precedente; anche per quanto concerne il rapporto tra procedura concordataria e operazione straordinaria, si rinvia alle pagine precedenti, essendo questa la sede per compiere solamente alcune considerazioni.

La possibilità che l’istituto in esame possa adeguarsi al concordato è avvalorata da diverse disposizioni: innanzitutto, dalla soppressione del divieto originariamente contenuto nell’art. 2501, comma secondo, c.c.; *in secundis*, dal già richiamato art.

²³⁰ V. Buonocore, *op. cit.*, p. 462.

²³¹ App. Firenze, sez. I, 28 novembre 2011, n. 1530, in www.dejure.giuffre.it.

²³² V. Buonocore, *op. cit.*, p. 463.

160, comma primo, l. fall., nella parte in cui consente di promuovere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, anche mediante ... operazioni straordinarie”; ancora, dalla lettura in combinato disposto degli artt. 186-bis l. fall. e 2504-bis c.c., da cui si desume che entrambi gli istituti si ispirano al principio di continuità aziendale. Emblematica in tal senso è (oltre a quella già citata) la giurisprudenza di legittimità in tema di interruzione del processo: “Dopo l’entrata in vigore del novellato art. 2504-bis c.c., la fusione di società, in pendenza di una causa della quale sia parte la società fusa o incorporata, non determina l’interruzione del processo, né quindi la necessità di riassumerlo poi nei confronti della società incorporante o risultante dalla fusione”²³³.

Ciò premesso, la proposta di concordato contenente l’operazione straordinaria *de qua* deve essere sottoposta al vaglio del ceto creditorio. Valgono le considerazioni esposte per la scissione, con alcune precisazioni. Innanzitutto, la fusione determina l’unificazione di patrimoni inizialmente distinti tra loro, di modo che sussiste il pericolo che i creditori della società *in bonis* debbano concorrere con quella in stato di crisi o d’insolvenza (e viceversa) sull’unico patrimonio formatosi dopo l’operazione. Il pregiudizio appena illustrato sorge solo a seguito della stipulazione dell’atto di fusione e della sua pubblicità nel registro delle imprese (art. 2504-bis, comma secondo, c.c.), non essendo sufficiente la semplice pubblicazione del progetto di fusione ad opera dell’organo amministrativo della società in concordato preventivo né la sua approvazione da parte dell’organo competente (assemblea dei soci o organo amministrativo, in ragione del modello di fusione progettato e delle scelte statutarie)

Essendo la fusione un’operazione di straordinaria amministrazione, dalla data di presentazione del ricorso con cui si domanda l’ammissione alla procedura di concordato preventivo (anche “in bianco”) e fino al decreto non soggetto a reclamo con cui viene dichiarata aperta la procedura concordataria, il suo compimento necessiterà dell’autorizzazione del tribunale, ai sensi dell’art. 161, comma settimo, l. fall.; successivamente al decreto di ammissione di cui all’art. 163 l. fall., l’operazione dovrà invece essere autorizzata dal giudice delegato, giusto il disposto dell’art. 167 l. fall.; dopo l’omologazione del concordato preventivo *ex art.* 180 l. fall., sebbene la

²³³ Cass. Civ., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10653, in R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 3091.

procedura si chiuda (art. 181 l. fall.) e l'organo amministrativo veda riespandersi i suoi potersi, permane il potere di vigilanza del commissario giudiziale, istituzionalmente deputato alla verifica dell'adempimento dei patti e delle obbligazioni concordatarie²³⁴.

La lettura combinata di queste norme non può che condurre ad un'unica *ratio*, consistente nella maggior tutela possibile dei creditori.

²³⁴ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *op. cit.*, p. 415.

CONCLUSIONI

Il concordato preventivo probabilmente rappresenta oggi, a seguito delle numerose novelle succedutesi nel tempo, la principale procedura concorsuale tra quelle contemplate nell'ordinamento italiano. Pur rivestendo al momento della sua introduzione un ruolo di nicchia, essa è ben presto uscita dall'ombra grazie all'elasticità e all'ampiezza della sua portata. Il concordato preventivo ha poi fatto da apripista ad ulteriori procedure (gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento), tutte caratterizzate dalla soluzione stragiudiziale della crisi (attesa l'importanza dell'istituto, però, resta fermo il controllo giudiziale rappresentato dall'omologazione).

Il *favor* dimostrato dall'ordinamento nei confronti della soluzione negoziata della crisi non si evince solamente dalla procedura di composizione della crisi appena citata, ma anche (e soprattutto) dall'ampliamento dei pregressi istituti in direzione di una deriva pattizia: è ciò che è accaduto agli accordi di ristrutturazioni dei debiti dopo le modifiche apportate nel 2012, ovvero allo stesso concordato preventivo, nelle forme del concordato in continuità aziendale e del c.d. concordato in bianco.

D'altronde, l'omnicomprensività della procedura si evince già dalla lettura dell'art.160 l. fall., ove si afferma a chiare lettere che l'imprenditore in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere, oltre alla ristrutturazione dei debiti, la soddisfazione dei crediti attraverso "qualsiasi forma".

Tutto quanto appena detto trova la più lampante conferma nel progetto "Rordorf", ove il concordato preventivo svolgerà un ruolo peculiare in quanto concepito solamente nella forma della continuità aziendale. Questo progetto contiene molte novità importanti, contemplando finalmente alcune (ma probabilmente ancora troppo blande) misure di prevenzione e di allerta. La ragione di questa scelta sta nell'evitare un sovraccarico di lavoro ai giudici i quali, in aggiunta, sarebbero chiamati ad un compito che esulerebbe dalle loro competenze.

Secondo parte della dottrina si tratterebbe però di motivazioni pretestuose: *"Se le misure di prevenzione e di allerta debbono funzionare occorre che si abbandonino, almeno in parte, il mito delle misure premiali; l'imprenditore che si è mostrato sordo*

*ai rilievi degli organismi di controllo interno dell'impresa (societaria) deve essere messo di fronte alle proprie responsabilità, soprattutto di natura penale, da un soggetto autorevole, e questo soggetto deve essere il magistrato*²³⁵.

Il progetto contiene altri profili meritevoli di condivisione: rende generale l'efficacia degli accordi di ristrutturazione dei debiti se approvati da una consistente maggioranza; richiede rigore formale per i piani di risanamento; abolisce il termine fallimento sostituendolo opportunamente con quello di liquidazione giudiziale; consente la presentazione di una proposta di concordato preventivo anche da parte di terzi in presenza dell'insolvenza e quindi sostanzialmente sempre (ma non prevede che il terzo o i creditori possano proporre una domanda di preconcordato), ammette l'assenza del comitato dei creditori nelle procedure (e saranno la maggioranza) meno complesse, propone la decorrenza del periodo sospetto dall'istanza di fallimento, introduce il mercato telematico unitario per le vendite fallimentari, disciplina la liquidazione e il concordato di gruppo, propone limitazioni all'applicazione dell'amministrazione straordinaria, propone soluzioni alle crisi non gravi assistite da "facilitatori" (sull'esempio dei modelli francesi).

Il punto cruciale (almeno ai fini di questo lavoro che si avvia alla conclusione) è la sostanziale abolizione del concordato preventivo esclusivamente liquidatorio, ammesso solo se supportato da congrui apporti di risorse esterne al patrimonio dell'imprenditore che aumentino, in misura apprezzabile, la soddisfazione dei creditori. Analoga previsione è contenuta per il concordato fallimentare, per il quale, mentre si intendono incentivare le proposte di creditori e di terzi si richiede, nei confronti del fallito, l'apporto di ulteriori risorse idonee, anche qui, ad aumentare in modo apprezzabile l'attivo (penalizzando in sostanza il fallito per non essere tempestivamente ricorso alla procedura di concordato preventivo). Si limita così ai creditori la scelta sulla convenienza, erodendo uno dei cardini della riforma ed attribuendo al giudice il potere di stabilire, a seconda delle circostanze, la congruità delle risorse aggiuntive²³⁶.

Per quanto attiene alle modalità di espressione della volontà dei creditori il progetto, nel prevedere la soppressione dell'adunanza dei creditori nel concordato preventivo, fa ripetutamente riferimento al voto, e per quanto attiene al concordato fallimentare,

²³⁵ A. Jorio, *op. cit.*, p. 15.

²³⁶ *Ivi*, p. 18.

mentre una precedente versione rinviava a quanto previsto per il concordato preventivo, e quindi ora, con le nuove norme, alla necessità del voto e non più al ricorso alla regola del silenzio assenso, la versione ufficiale (e ridotta) del progetto evita di pronunciarsi espressamente, ma l'impostazione non appare mutata: il consenso dei creditori sarà espresso con il voto.

La linea direttrice del progetto è quindi in sostanziale sintonia con la legge di conversione del decreto 83/2015. Il nostro legislatore, presente e futuro, è determinato a porre un freno ai concordati, preventivo e fallimentare, e certamente non ha sentito l'esigenza di favorire il mercato delle imprese in crisi. Si assiste così alla parabola dell'autonomia delle parti private, quell'autonomia che è stata il *fil rouge* che ha improntato le prime riforme del 2005 e del 2006, intaccando l'indirizzo di fondo della legge del 1942, fortemente improntata al dirigismo giudiziario. Autonomia del debitore e dei creditori nella ricerca e nella definizione del punto di incontro tra le aspirazioni del primo a risolvere i problemi della crisi con il minor danno possibile e gli interessi dei secondi a contenere a loro volta il pregiudizio derivante dall'inadempienza del debitore.

Il tempo darà le giuste risposte, ammesso che il lavoro della commissione Rordorf non venga dimenticato in un cassetto, come avvenne per la proposta di una nuova legge fallimentare redatta dalla commissione Trevisanato *bis* istituita nel 2004.

Oltre a ciò, quello che si evince chiaramente dalle più recenti riforme è la volontà di consentire un'emersione quanto più rapida possibile dello stato di crisi. "Prevenire è meglio che curare" sembra essere il motto che ha guidato il legislatore dal 2012 in poi. Lo scopo è quello di restringere sempre più lo stato di incubazione della crisi per renderla visibile già al presentarsi dei primi, significativi sintomi. Le regole dell'*emerging insolvency* impongono agli amministratori un dovere preventivo di azione, finalizzato alla tutela di soci e creditori mediante la continuazione dell'attività d'impresa, in contrapposizione alle regole "ordinarie" del *deepening insolvency*, le quali puntano al recupero e alla reintegrazione della massa creditoria attraverso lo strumento, da esercitarsi *ex post*, dell'azione revocatoria²³⁷.

²³⁷ A. Zoppini, op. cit., p. 62.

BIBLIOGRAFIA

- ❖ M. Aiello, *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. It.*, 2014.
- ❖ S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di Jorio, Bologna, 2007.
- ❖ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IX, I, Padova, 2008.
- ❖ N. Abriani, *Finanziamenti dei soci e regole di corretto finanziamento della società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo - M. Cera - S. Patriarca, Torino, 2011.
- ❖ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Le altre procedure concorsuali*, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014.
- ❖ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XI ed., Giuffrè, Milano, 1999.
- ❖ Aa. Vv., *Diritto privato (civile e commerciale)*, Ed. Simone, 2015, Napoli.
- ❖ Z. Bauman – C. Bordoni, *Lo Stato di crisi*, Einaudi, 2015.
- ❖ P. Benazzo, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Rivista delle società*, fasc. 02-03, 2016.
- ❖ G. Bevilacqua – G. Cristofori, *Le operazioni straordinarie. La trasformazione. Profili civilistici, contabili, fiscali*, Ipsoa, Milano, 2015.
- ❖ G. Bozza, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*, in *Falimento*, 2005.
- ❖ G. Bozza, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 2014
- ❖ V. Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, VIII ed., 2007.
- ❖ N. Bussoletti - E. Fazzutti, voce *Società in nome collettivo*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Utet, Torino, 1997.

- ❖ V. Calandra Buonauro, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso V. Cariello V. Di Cataldo F. Guerrera A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 3, 2014.
- ❖ G. Campobasso, *Diritto commerciale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1999.
- ❖ G. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2012.
- ❖ M. Cavanna, *La scissione: un'operazione intangibile?*, nota a Cass. Civ., 2604/2013, in *Giur. It.*, 2014.
- ❖ F. Chiappetta, *Finanziamento della società per azioni e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2006.
- ❖ M. Cian, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Rivista delle società*, 2012.
- ❖ F. D'Alessandro, *"L'inutile precauzione?" (ovvero: dell'insolvenza come esternalità e della funzione profilattica del capitale)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015.
- ❖ L. De Angelis, *Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002.
- ❖ F. Denozza, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. Comm.*, 2002, I.
- ❖ F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"*, in *Fall.*, 2007.
- ❖ F. Dimundo, *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, in *Fallimento*, 2013.
- ❖ F. Di Sabato, *Capitale e responsabilità nelle società di persone*, Morano editore, Napoli, 1967.
- ❖ L. Enriques, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, *Giur. comm.*, fasc. 5, 2005.

- ❖ A.E. Fabiano, *Capitale fisso e capitale variabile nella disciplina delle società lucrative e delle società cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2005.
- ❖ G. Fauceglia, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento*, a cura di G. Fauceglia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.
- ❖ G. Fauceglia, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2005.
- ❖ P.P. Ferraro, *Gli interessi dei soci nel fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2015.
- ❖ M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005.
- ❖ S. Fortunato, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2005.
- ❖ S. Fortunato, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1990.
- ❖ D. Galletti, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27 settembre 2012.
- ❖ E. Ginevra, *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)*, in *Banca borsa*, 2013.
- ❖ R. Giovagnoli, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2013.
- ❖ F. Guerrera, *I warrants azionari nelle operazioni di aumento di capitale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- ❖ F. Guerrera, *Commento agli artt. 2438-2439 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, diretto da Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004.
- ❖ L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, IV ed., Torino.
- ❖ G. Hertig – H. Kanda, , *La tutela dei creditori*, in L. Enriques (a cura di), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006.
- ❖ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- ❖ A. Jorio, *La parabola del concordato preventivo. Dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2016.

- ❖ G. Laurini, *La scissione di società*, in *Riv. Dir. Impresa*, 1992.
- ❖ A. Leozappa, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.
- ❖ G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fallimento*, 2005.
- ❖ E. Loffredo, *Sub. art. 2463 bis*, in *Codice civile commentato* a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2013.
- ❖ M. Lutter, *Legal capital in Europe ECFR 2006*, Berlino, 2006.
- ❖ L. Mandrioli, *Le responsabilità e gli obblighi di comportamento degli organi della società in concordato preventivo o in accordo di ristrutturazione dei debiti che prosegue l'attività d'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2014.
- ❖ P. Marchetti, *Aumenti di capitale ad esecuzione differita: warrant, opzione indiretta*, in *Riv. not.*, 1993.
- ❖ G. Marasà, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013.
- ❖ G. Martiello, *La tutela penale del capitale sociale nella società per azioni*, 2007, Firenze University Press.
- ❖ M. Miola, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011.
- ❖ M. Miola, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Rivista delle società*, 2012.
- ❖ M. Miola, *Sub Art. 182-sexies in Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro M. Sandulli V. Santoro, Torino, 2014.
- ❖ G. Niccolini, *Il capitale sociale minimo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- ❖ A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, Relazione al Convegno su “*Le operazioni straordinarie nella crisi d'impresa*”, tenuto a Roma il 29 novembre 2013. in *Diritto della banca e del mercato finanziario*.
- ❖ R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G.B. Portale, Vol. 6, Torino, 1993.

- ❖ G. Olivieri, *Investimento e rischio nella riforma delle società di capitali*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011.
- ❖ G. Olivieri, *Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse*, in *Rivista delle Società*, fasc.1, 2016.
- ❖ A. Paciello, *La governance delle società fallite*, in *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, diretto da N. Abriani J. M. Embid Irujo, Granada, 2013.
- ❖ F. Padovini, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2014
- ❖ M. Panebianco – A. Di Stasi, “*L’Euro-G8. Contributo alla teoria dello Stato euro-globale*”, Giappichelli, Torino, II Ed., 2006.
- ❖ L. Panzani, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.
- ❖ S. Pescatore, *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, p. 339.
- ❖ A. Pezzano, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: un'occasione da non perdere*, in *Dir. Fall.*, 2006.
- ❖ G.B. Portale, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970.
- ❖ G.B. Portale, *Conferimenti in natura atipici nella s.p.a. Profili critici*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 1974.
- ❖ G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991.
- ❖ G.B. Portale, *Appunti in tema di versamenti in conto futuri aumenti di capitale eseguiti da un solo socio*, in *Vita not.*, 1994.
- ❖ G.B. Portale, *Dal capitale assicurato alle tracking stocks*, in *Rivista delle società*, 2002.
- ❖ G. B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003.
- ❖ G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, 1, Torino, Utet, 2004.
- ❖ G. B. Portale, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con “capitale destinato”. (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2010.

- ❖ A. Postiglione, *L'aumento del capitale sociale nel concordato preventivo*, in *Corriere Tributario*, 48/2013.
- ❖ B. Quatraro, S. D'Amora, R. Israel, G. Quatraro, *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, volume I, II ed., Giuffrè, Milano, 2001.
- ❖ G. Racugno, *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990.
- ❖ G. Racugno, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010.
- ❖ G. Racugno, *Il capitale sociale della s.r.l.*, in <http://people.unica.it>.
- ❖ E. Rock – H. Kanda – R. Kraakman, *Operazioni straordinarie*, in L. Enriques (a cura di), *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006.
- ❖ V. Ruggiero, *La responsabilità del collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle «Norme di comportamento» del consiglio nazionale dei dottori commercialisti*, in *Dir. fall.*, 2015.
- ❖ M. Sandulli, *La crisi dell'impresa*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, VIII ed., 2007.
- ❖ E. Simonetto, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Cedam, Padova, 1959.
- ❖ G. Schiavon, *La riforma del concordato preventivo*, in *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento*, a cura di G. Fauceglia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.
- ❖ E. Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Comm. C.C.* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976.
- ❖ P. Spada, *Diritto commerciale II. Elementi*, Cedam, Padova, 2006.
- ❖ P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in G. Cian, *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, in *Quaderni Riv. Dir. Civ.*, Cedam, Padova, 2004.
- ❖ M.S. Spolidoro, voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Giuffrè, Milano, 2000.
- ❖ M. S. Spolidoro, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Rivista delle società*, 2013.

- ❖ L. Stanghellini, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze* diretto da P. Benazzo M. Cera S. Patriarca, Torino, 2011.
- ❖ L. Stanghellini e I. Donati, *Accordo di moratoria per superare la crisi*, su *IlSole 24 Ore* del 9 luglio 2015.
- ❖ G. Strampelli, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle Società*, 2012.
- ❖ G. Tantini, *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 1980.
- ❖ G. Tantini, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, I, t. 3, Torino, 2004.
- ❖ U. Tombari, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Rivista delle società*, 2013.
- ❖ A. Tron, *Attestazione dei piani di risanamento*, in Ambrosini – Andreani - Tron, *Crisi d'impresa e restructuring. Aspetti economico-aziendali, giuridici e fiscali alla luce delle prime applicazioni e interpretazioni delle norme introdotte dalla legge 134/2012*, Milano, 2013.
- ❖ A. Varetti, *La riforma del diritto societario consente l'effettuazione di operazioni straordinarie anche alle società in procedura concorsuale ponendo problemi di bilancio*, in *Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali*, a cura di Menchini, Torino, 2005.
- ❖ A. Zoppini, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in www.juscivile.it, 2014.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

Cass., 20 maggio 1993, n. 5736.

Cass., 9 aprile 1998, n. 3673.

Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 2003, n. 6526.

Cass. Civ., 17 novembre 2005, n. 23269.

Cass. Civ., 13 gennaio 2006, n. 543.

Cass. Civ., 2 aprile 2007, n. 8221.

Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27183.

Cass. Civ., sez. I, 10 dicembre 2008, n. 28989.

Cass. Civ., sez. lav., 10 febbraio 2009, n. 3269.

Cass. Civ., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10653.

Cass., S.U., 17 settembre 2010, n. 19698.

Cass. Civ., sez. II, 27 ottobre 2010, n. 21961.

Cass. Civ., I Sezione, 20 novembre 2013, n. 2604.

Cass. 7 luglio 2015, n. 14056.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Trib. Verona, sez. IV, 29 novembre 2006.

Trib. Pistoia, 8 settembre 2008.

Trib. Palermo, 27 marzo 2009.

App. Torino, sez. I, 20 gennaio 2010.

Trib. Roma, 20 maggio 2010.

Trib. Milano, 15 novembre 2011.

App. Firenze, sez. I, 28 novembre 2011, n. 1530

Tribunale di Ancona, decreto 12.4.2012.

Trib. di Terni decr. 12.10.2012.

Trib. Milano, sez. VIII, 19 febbraio 2013.

Trib. La Spezia, 21 marzo 2013.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

CGCE, *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, 16 luglio 1998.

CGCE, *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, 9 marzo 1999.

CGCE, *Kamer van Koophandel c. Inspire Art*, causa C-167/01, 30 settembre 2003.

SITOGRAFIA

www.consiglio notarile firenze.it

www.disag.unisi.it

www.filodiritto.com

www.ilcaso.it

www.ilfallimentarista.it

www.iusexplorer.it

<http://people.unica.it>