

Capitale sociale e crisi dell'impresa

di Luca Restaino

1.Premessa 2.S.r.l. semplificate e start up innovative 3.L'art. 182 sexies 4.Aumento del capitale in presenza di perdite 5.Art. 182 sexies, sottotipi della s.r.l. e start up innovative 6.La durata della sospensione 7.Le vicende patologiche delle procedure in relazione alle quali e' disposta la sospensione 8.La fase precedente alla presentazione delle domande 9.Le modalita' applicative della sospensione 10.Considerazioni conclusive

PREMESSA

Il legislatore negli ultimi anni si è occupato in più occasioni del capitale sociale: nuove norme in tema di valutazione dei conferimenti dei beni in natura, s.r.l. semplificata e a capitale ridotto, *start up* innovative, art. 182 *sexies* legge fall.; sono solo i più importanti esempi di un coacervo normativo dietro il quale non è difficile scorgere un disegno complessivo finalizzato al ridimensionamento o se si preferisce al ripensamento del ruolo del capitale sociale nell'ambito delle società.

L'ottica dalla quale proverò ad esaminare le nuove norme è quello della crisi dell'impresa, ragion per cui tralascerò l'esame delle nuove norme in tema di valutazione dei conferimenti dei beni in natura che solo marginalmente hanno punti di contatto con la fase di crisi dell'impresa.

Inoltre, sebbene tra crisi dell'impresa e perdite del capitale non vi sia coincidenza, in quando si può avere crisi dell'impresa anche senza avere perdite e non si ha necessariamente crisi dell'impresa tutte le volte in cui si hanno perdite, nell'analisi dei dati normativi ritengo opportuno partire dall'esame delle norme che prevedono la riduzione obbligatoria del capitale sociale in presenza di perdite.

S.R.L. SEMPLIFICATE E START UP INNOVATIVE

In tema di s.r.l. semplificate, prendendo atto delle recenti ulteriori novità normative che hanno portato da un lato alla soppressione della s.r.l. a capitale ridotto e dall'altro alla possibilità che anche la s.r.l. ordinaria possa essere costituita con un capitale inferiore ad Euro 10.000, la dottrina si è interrogata sull'applicabilità o meno a società con capitale sociale minimo degli artt. 2482 *bis* e *ter* c.c..

Ci si è chiesti, cioè, se il richiamo alle disposizioni in materia di s.r.l. "in quanto compatibili" contenuto nell'art. 2463 *bis*, ultimo comma, c.c., possa essere riferito anche agli articoli ora richiamati.

L'orientamento finora minoritario propende per l'inapplicabilità delle previsioni codicistiche in caso di perdite, trattandosi di una disciplina che non sembra possa essere ritenuta "compatibile" con le peculiarità della s.r.l. semplificata e, in particolare,

con le finalità che hanno giustificato l'introduzione di essa nel nostro ordinamento. L'applicazione di quella disciplina condurrebbe, infatti, al risultato che, in un numero significativo di casi, quantomeno in quelli in cui il capitale viene fissato in 1 Euro, la società si troverebbe probabilmente, sin dal momento della sua costituzione, in una situazione patrimoniale tale da determinare la necessità dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2482 *ter c.c.*.

Altra parte della dottrina, soprattutto di segno notarile, sostiene, invece, che non si possa ritenere che la funzione del capitale nelle s.r.l. a capitalizzazione ridotta possa essere degradata a quella di mera quantificazione dei conferimenti iniziali in quanto tale conclusione è incompatibile con la responsabilità limitata dei soci.

La s.r.l. semplificata resta pur sempre società di capitali con responsabilità limitata dei soci e, quindi, non pare ammissibile il permanere di detta responsabilità limitata in una situazione di deficit del capitale sociale causata dalle perdite subite, e ciò anche se la linea di confine sia posizionata oggi ad 1 Euro, cioè ad un livello inferiore rispetto a quello della vecchie s.r.l..

In breve, come hanno sottolineato anche il Notaio Nardone, il Dr. Ruotolo, e il Prof. Cian, le s.r.l. semplificate non possono definirsi società a capitale assente.

Probabilmente, dunque, tutte le s.r.l. semplificate nascono sostanzialmente già con perdite superiori al terzo del capitale tali da ridurre lo stesso al di sotto del minimo, con conseguente applicazione della norma di cui all'art. 2486 c.c. che stabilisce il divieto per gli amministratori di intraprendere nuove operazioni, pena la loro responsabilità solidale e illimitata.

Tuttavia questo rischio non può condurre alla disapplicazione della normativa di cui agli artt. 2482 *bis* e *ter c.c.* e questo non solo perchè secondo il noto brocardo "*adducere inconueniens non est solvere argumentum*" ma perchè vi sono una serie precisa di indici sistematici che orientano verso l'applicazione degli articoli in discorso anche alla s.r.l. semplificata.

Alludo in primo luogo all'art. 2545 - *duodecies* c.c. dettato per le società cooperative - prive come è noto di un capitale minimo - che qualifica come causa di scioglimento "la perdita del capitale sociale", con il che appare abbastanza chiaro che anche le società senza capitale minimo non possono continuare ad esistere senza capitale.

Non si capisce, quindi, per quali ragioni, per le s.r.l. semplificate, che, è opportuno ribadire, non sono del tutto prive di un capitale minimo, non si debba ritenere applicabile l'art. 2482 *ter c.c.* che impone la ricapitalizzazione della società o, in alternativa, la sua trasformazione o ancora il suo scioglimento.

In secondo luogo la previsione oggi delle s.r.l. ordinarie con capitale sociale inferiore

ad Euro 10.000, sicuramente sottoposte all'applicazione degli artt. 2482 *bis* e *ter* c.c., comporterebbe una disparità di trattamento non facilmente giustificabile in ragione delle sole diverse regole organizzative che caratterizzano le une, s.r.l. semplificate, rispetto alle altre, s.r.l. ordinarie con capitale sociale inferiore ad Euro 10.000.

Tanto più che quando il legislatore ha ritenuto di dover prevedere una disapplicazione delle norme in tema di riduzione del capitale sociale non ha mancato di farlo.

E' quanto è accaduto con le *start up* innovative introdotte con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella Legge 17 dicembre 2012, n. 221, il cui art. 26 prevede il differimento di un esercizio degli obblighi di ricapitalizzazione nelle ipotesi di cui agli artt. 2447 e 2482 - *ter* e di un ulteriore esercizio nelle ipotesi stabilite dagli articoli 2446, comma secondo, e 2482 - *bis*, comma quarto, c.c., con conseguente inoperatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies c.c..

Sull'argomento si avrà, comunque, modo di tornare.

Per il momento preme sottolineare come l'applicabilità degli artt. 2482 *bis* e *ter* c.c. alle s.r.l. semplificate, come anche la norma che prevede la responsabilità degli amministratori che abbiano intrapreso nuove operazioni, sono soluzioni perfettamente allineate con le scelte compiute oltralpe con riferimento ai modelli societari a capitalizzazione ridotta.

In Belgio, unico paese dell'Unione dove per le società a capitalizzazione ridotta esiste anche anche l'obbligo per i soci fondatori di predisporre un "piano finanziario" nel quale deve essere giustificata l'entità del capitale della costituenda società, viene stabilito che gli stessi soci fondatori - se la società è dichiarata fallita nel triennio successivo alla costituzione - rispondono in solido con questa "in una proporzione fissata dal giudice" se il capitale sociale, al momento della costituzione, era "manifestamente insufficiente per assicurare l'esercizio normale dell'attività progettata per un periodo di almeno due anni".

La Francia. Va premesso che in questo paese non esiste un sottotipo paragonabile alla nostra s.r.l. semplificata in quanto con la *Loi 2003-721* del 1 agosto 2003 il legislatore francese ha risposto alle esigenze di avere un modello societario a ridotta capitalizzazione eliminando il requisito del capitale sociale minimo per le SARL, pari all'epoca ad Euro 7.500, senza per questo eliminare la nozione di capitale sociale, tant'è che sono rimaste in vigore, pur dopo l'eliminazione del capitale sociale minimo, tutte le regole che tutelano l'effettività del capitale sociale secondo i criteri indicati

dalla Seconda Direttiva CEE.

La novità attiene, pertanto, esclusivamente al momento genetico della società, laddove la funzione di garanzia del capitale viene sacrificata - sotto un profilo sostanziale - a favore della semplificazione del procedimento costitutivo, giacché non si richiede più ai soci fondatori un investimento minimo.

Viceversa, nel momento funzionale restano valide ed efficaci tutte le norme tradizionalmente dettate a tutela dell'integrità del capitale sociale.

In particolare, resta applicabile a tutte le SARL, anche a quelle "con capitale di un euro", la regola di cui all'art. L223-42 Cod. com., che dispone l'obbligo di ricostituire il capitale in presenza di perdite pari o superiori alla metà del medesimo, nonché la disposizione (L223-33 *Code de commerce*) che prevede la responsabilità degli amministratori nei confronti della società e dei terzi «soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion», responsabilità questa che ha portato la dottrina francese ad approfondire la figura dei «*gérants*».

Analoghe le soluzioni adottate in Germania e in Spagna.

Ne consegue, dunque, che le scelte che hanno portato il legislatore italiano all'introduzione di modelli societari a capitalizzazione ridotta non sono di per sé indice della volontà di derogare all'intero impianto normativo che disciplina il capitale sociale una volta formato quanto piuttosto manifestazione dell'esigenza di semplificare le modalità di costituzione delle società in un'ottica di concorrenza tra ordinamenti nella capacità di attrarre nuove iniziative imprenditoriali.

Deve, piuttosto, prendersi atto che anche negli altri ordinamenti la responsabilità degli amministratori prende il posto che prima aveva il capitale sociale per cui il vero motivo per il quale eventualmente sconsigliare la costituzione di società a capitalizzazione ridotta è che a fronte di un minore impegno economico nella fase di avvio dell'attività c'è il rischio di una maggiore responsabilità personale nell'eventualità in cui l'iniziativa imprenditoriale non abbia successo.

Le s.r.l. a capitalizzazione ridotta assomigliano più, a mio avviso, a delle società in accomandita semplice.

Come in queste la responsabilità degli accomandatari viene attivata solo in caso di preventiva e vana escussione del patrimonio sociale così gli amministratori di una s.r.l. a capitalizzazione ridotta in caso di perdita integrale del capitale vedranno attivata la loro responsabilità, solidale ed illimitata, per una gestione non conservativa ex art. 2486 c.c...

L'ART. 182 SEXIES

Veniamo alla norma più importante, l'art. 182 *sexies* della legge fallimentare.

L'introduzione nella legge fallimentare dell'art. 182 *sexies*, intervenuta ad opera dell'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella Legge 7 agosto 2012, n. 134 (cd. Decreto Sviluppo), si inserisce nell'insieme di interventi che stanno contrassegnando l'elaborazione di una legislazione speciale volta a fronteggiare e superare la crisi economica in atto.

La norma va, dunque, a giusta ragione collocata nell'ambito del "diritto societario della crisi", categoria ancora bisognosa di sistemazione teorica ma che esprime in modo evidente l'esigenza di ristabilire il collegamento, a lungo mancato, tra il diritto societario ed il diritto fallimentare, e di conciliare gli interessi protetti dei soci e dei creditori sociali, disciplinando il funzionamento delle società non solo nella fase dell'approssimarsi della crisi ma anche nel corso dello svolgimento sia del fallimento che, soprattutto, delle procedure di soluzione negoziata della crisi.

Nell'ambito di tali disposizioni legislative vanno menzionati, sul versante della dotazione del capitale di credito necessario per consentire il tentativo di risanamento e favorirne il buon esito, gli artt. 182 *quater* e *quinquies* legge fall. che delineano gli incentivi all'effettuazione di finanziamenti all'impresa in crisi ricollegabili ad una procedura di concordato preventivo o di ristrutturazione dei debiti, aggiungendo all'esonero dalla sottoposizione a revocatoria (cfr. art. 67, comma 3, lett. *d* ed *e*, legge fall.), in caso di fallimento conseguente al mancato esito della procedura di risanamento, quello della sottoposizione di tali finanziamenti al regime della prededuzione.

Dall'opposto versante della dotazione di capitale di rischio va in primo luogo ricordata la recente massima del Cons. not. di Firenze secondo la quale "*E' sempre possibile aumentare a pagamento il capitale sociale di una società sottoposta a concordato preventivo, indipendentemente dalla fase della procedura nella quale essa si trovi. Tale operazione, per le sue intrinseche caratteristiche, non richiede alcuna autorizzazione giudiziale e in nessun caso pone problemi di compatibilità con la procedura.*

Anche gli incrementi del patrimonio netto – senza intervenire sul capitale – sono sempre possibili, indipendentemente dalla fase della procedura, e non richiedono alcuna autorizzazione giudiziale; ove gli apporti siano sottoposti a condizione risolutiva (ad esempio, si tratti di versamenti in conto futuro aumento di capitale collegati al buon esito della procedura di concordato) e chi li effettua voglia garantirsi il diritto ad una restituzione in prededuzione, si applicherà quanto prescritto dall'art.

182 quinquies, commi 1°, 2° e 3°, l.f."

La norma di cui all'art. 182 *sexies* legge fall. chiude il cerchio: viene contemplata la sospensione degli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 *ter* del codice civile, e della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 *duodecies* del codice civile.

Tale sospensione opera allorché la società depositi una domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 160 legge fall., una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, primo comma, legge fall. o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, sesto comma, legge fall., che in dottrina sono state definite "domande protettive".

Gli effetti dell'art. 182 *sexies*, per disposizione espressa, operano anche in caso di domanda di concordato "con riserva" o "in bianco" che ha esaminato il Dr. Ruotolo.

In precedenza, nell'assenza di previsioni specifiche, era questione dibattuta se l'accesso al concordato preventivo, che peraltro prima aveva finalità essenzialmente liquidatorie, comportasse una deroga alle regole sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale in caso di perdite.

Risultava prevalente la tesi secondo cui l'apertura della procedura di concordato dovesse ritenersi fungere da condizione sospensiva dell'obbligo di riduzione del capitale per perdite, con la conseguenza che l'adempimento di tale obbligo sarebbe risultato differito all'esito della procedura di concordato, sempre che se ne fossero conservati (o sopravvenuti) i relativi presupposti.

Minore credito riscontrava, in questo contesto, la tesi secondo cui la reintegrazione del capitale ridotto per perdite costituiva, in mancanza di una deroga espressa da parte del legislatore, una condizione essenziale per accedere al concordato preventivo.

All'orientamento prevalente si è in sostanza ricollegato lo stesso legislatore con l'introduzione dell'art. 182 *sexies* legge fall., come emerge dalla stessa Relazione illustrativa al D.L. 83/2012 a mente della quale: "*La norma recepisce un orientamento interpretativo diffuso in tema di concordato preventivo (per la verità formatosi soprattutto con riguardo al concordato liquidatorio piuttosto che rispetto a quello con continuità aziendale) ma lo estende anche al procedimento di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, commi primo e sesto*".

La sospensione opera in tal caso non soltanto in caso di accordo già concluso e che la società sottoponga all'omologazione, ma anche in caso di accordo solamente proposto ai creditori, allorché la società, ai sensi dell'art. 182 *bis*, sesto comma, e seguenti, chieda al tribunale di proteggere il suo patrimonio in pendenza delle trattative.

L'art. 182 *sexies* lascia invece da parte i piani di risanamento attestati di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*, legge fall..

Quanto alla portata della sospensione dell'applicazione delle regole sulla riduzione del capitale sociale occorre precisare che essa non è completa.

Più precisamente, la sospensione riguarda gli artt. 2446, commi 2 e 3, c.c. per la s.p.a. e gli artt. 2482 *bis*, commi 4, 5, e 6, c.c., per la s.r.l., e, dunque, le disposizioni che prevedono l'obbligo di deliberare la riduzione del capitale se entro l'esercizio successivo alla sua rilevazione la perdita non si sia ridotta a meno di un terzo, con l'obbligo in mancanza degli amministratori, dei sindaci o del consiglio di sorveglianza di chiedere che la riduzione venga disposta dal Tribunale.

Al contrario, continuano a trovare applicazione per la s.p.a. l'art. 2446, comma 1, c.c. e per la s.r.l. l'art. 2482 *bis*, commi 1, 2, e 3, c.c., e dunque, in particolare, l'obbligo degli amministratori di convocare «senza indugio» l'assemblea per gli «opportuni provvedimenti», cui va sottoposta una situazione patrimoniale aggiornata (art. 2446, comma primo, c.c.), per la società per azioni, cui corrispondono, per la s.r.l. le analoghe disposizioni dell'art. 2482 *bis*, commi 1 - 3, c.c..

La sospensione non trova applicazione, altresì, al divieto di distribuzione di utili ai soci sino a che le perdite non siano state eliminate, posto dall'art. 2433, comma 2 (e 2478-*bis*, comma 5) c.c..

Nel caso di riduzione del capitale al disotto del minimo legale, la sospensione dell'operatività delle relative disposizioni, vale a dire gli artt. 2447 per la s.p.a. e 2482-*ter* c.c. per la s.r.l., è completa, e dunque potrebbe ritenersi che essa ricomprenda anche gli obblighi che continuano a trovare applicazione nell'ipotesi di riduzione del capitale per perdite.

Per quanto concerne la predisposizione della situazione patrimoniale aggiornata, tuttavia, tale dovere è destinato ad operare, però, anche in relazione alla riduzione del capitale ex art. 2447 c.c. e questo proprio in virtù della sua espressa conservazione, ad opera dell'art. 182-*sexies*, per la riduzione di cui all'art. 2446 c.c., la quale nel diritto societario comune funge da disciplina generale delle riduzioni di capitale .

Riguardo alla mancata conservazione dell'obbligo degli amministratori di convocare «senza indugio» l'assemblea è probabile che essa sia dovuta alla fretteolosità dell'intervento normativo, che non ha provveduto ad isolarlo all'interno dell'unitaria previsione dell'art. 2447 c.c., così come permette più agevolmente di effettuare l'art. 2446 c.c., grazie alla suddivisione delle sue previsioni in commi separati.

La norma si pone in stretta correlazione, da un lato, con l'esigenza di realizzare ulteriori incentivi all'accesso a tali procedure e, dall'altro, più specificamente, con la

scelta, di rilievo sistematico, di concentrare sul finanziamento tramite capitale di credito gli afflussi di risorse necessarie a riequilibrare la situazione finanziaria della società ai fini dell'accesso a tali procedure.

L'obbligo di procedere in ogni caso alla ricapitalizzazione della società pone, infatti, evidenti ostacoli all'avvio di un tentativo di risanamento qualora i soci attuali, in specie di minoranza, non intendano investire nuove risorse sottoscrivendo un aumento di capitale e nello stesso tempo sussiste l'esigenza di evitare, in conseguenza dell'azzeramento del capitale preesistente, il venir meno della partecipazione sociale con la conseguente perdita dei valori ancora esistenti nel patrimonio attivo, pure se non espressi dal bilancio di esercizio.

AUMENTO DEL CAPITALE IN PRESENZA DI PERDITE

Come è noto, queste esigenze hanno condotto, anche al di fuori delle situazioni di crisi, ad ipotizzare una procedura di ricapitalizzazione che non passi necessariamente attraverso la preventiva riduzione del capitale, bensì procedendo ad un diretto aumento di capitale.

Alludo alla Massima 122 della Commissione istituita presso il Consiglio notarile di Milano, Aumento di capitale in presenza di perdite, per la quale "La presenza di perdite superiori al terzo del capitale, anche tali da ridurre il capitale ad un importo inferiore al minimo legale previsto per le s.p.a. e le s.r.l., non impedisce l'assunzione di una deliberazione di aumento del capitale che sia in grado di ridurre le perdite ad un ammontare inferiore al terzo del capitale e di ricondurre il capitale stesso, se del caso, a un ammontare superiore al minimo legale."

Nel caso di procedure di soluzione della crisi il legislatore va addirittura oltre, giungendo a sospendere sul piano legislativo l'operatività della disciplina sulla riduzione del capitale per perdite alla ricorrenza di date condizioni ed entro un ambito temporale delimitato.

ART. 182 SEXIES, SOTTOTIPI DELLA S.R.L. E START UP INNOVATIVE

Le sospensioni previste dall'art. 182 *sexies* sono destinate a trovare applicazione anche ai sottotipi di s.r.l. di recente introduzione nel nostro ordinamento, che contemplano la possibilità di costituzione della società con un capitale anche di solo 1 Euro, e precisamente la società a responsabilità limitata semplificata e quella ordinaria con capitale inferiore a Euro 10.000.

Più complessa la questione del coordinamento dell'art. 182 *sexies* con l'art. 26 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella Legge 17 dicembre 2012, n. 221, in tema di *start up* innovative.

La deroga alla disciplina del capitale sociale presenta nelle *start up* innovative portata

più ampia ed è destinata a trovare applicazione anche al di fuori del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione.

Si pone allora la questione se i criteri di sospensione dettati dall'art. 182 *sexies* siano destinati a prevalere sulla disciplina in questione o viceversa.

In realtà le due deroghe operano secondo criteri differenti, uno di tipo temporale rigido, l'altro di durata ricavabile per *relationem*, in quanto collegata all'apertura di procedure di soluzione concordata della crisi ed alla durata delle procedure stesse.

Dunque, la sospensione ai sensi dell'art. 182 *sexies* è destinata ad operare anche qualora non siano ancora trascorsi i termini, come si è detto allungati di un anno rispetto al diritto comune, affinché nelle *start up* scattino gli obblighi di riduzione, e se necessario anche di ricapitalizzazione.

Una prevalenza della disciplina delle *start up* innovative potrà invece prospettarsi qualora, nella fase di esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione, si ripresenti l'esigenza di affrontare le perdite di capitale non ripianate dalla procedura adottata e dalle modalità predisposte nel piano.

LA DURATA DELLA SOSPENSIONE

Una questione importante è se la sospensione dell'applicazione delle norme sulla conservazione del capitale sociale abbia portata definitiva.

In questo senso si ritiene che, intervenuta l'omologazione e conclusa la procedura, cessi implicitamente la funzione della sospensione.

Terminata la procedura con l'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, cessa il periodo di sospensione disposto dall'art. 182 *sexies*, riprende ad operare la causa di scioglimento e più in generale la disciplina sulle perdite di capitale, e con ciò il dovere degli amministratori di adottare nell'intervallo intercorrente tra l'omologazione e la fine dell'esecuzione del concordato - laddove persistano le condizioni previste dagli artt. 2446 e 2447 (nonché 2482-*bis* e *ter*) c.c., - gli opportuni rimedi previsti dal diritto societario.

In tal senso anche il Consiglio Notarile di Firenze che ha affermato come "*con l'omologazione del concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis quarto comma l. fall., riprendono pieno vigore gli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. (se si tratti di s.p.a.) e degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. (se si tratti di s.r.l.). Ne consegue che gli amministratori devono a quella data, anche alla luce della ristrutturazione finanziaria prodotta dal concordato o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, accertare l'eventuale sussistenza di perdite rilevanti ai sensi di detti articoli e adottare i provvedimenti conseguenti a tale accertamento*".

Questo non esclude che gli organi sociali potrebbero, in via facoltativa, decidere di

procedere alla riduzione e se del caso anche alla ricapitalizzazione in qualsiasi momento, sia nella fase dell'esecuzione, sia anche nel corso della procedura in cui opera la sospensione dell'art. 182 - *sexies*, dato che tale previsione, come è stato correttamente osservato, non sopprime del tutto la facoltà di procedere comunque alla sua effettuazione.

Tuttavia, l'esigenza di tali operazioni è da valutare nell'ambito del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione: la ristrutturazione dei debiti, con loro parziale remissione, o l'incremento contabile dell'attivo netto conseguente in particolare alla conversione dei crediti in capitale di rischio o alla liquidazione dell'attivo sono vicende, configurabili alla stregua di sopravvenienze patrimoniali attive, in grado di ridurre o di eliminare del tutto le perdite.

Dalla situazione patrimoniale aggiornata ad epoca successiva all'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, e da presentare all'assemblea chiamata ad intervenire sul capitale sociale, potrebbe pertanto emergere l'insussistenza sopravvenuta delle perdite, eliminando così alla radice l'esigenza di tali misure.

Ragion per cui un'esigenza di procedere alla formale riduzione del capitale ed alla sua eventuale ricapitalizzazione, si porrà solo, oltre che come modalità di esecuzione del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, allorché all'esito del concordato la perdita non risulti essere stata diversamente ripianata.

LE VICENDE PATOLOGICHE DELLE PROCEDURE IN RELAZIONE ALLE QUALI E' DISPOSTA LA SOSPENSIONE

Resta da esaminare la questione delle conseguenze che possono scaturire dalle vicende patologiche inerenti le procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione: la proposta di concordato può essere dichiarata inammissibile (art. 162 legge fall.); il decreto di ammissione alla procedura può essere successivamente revocato (art. 173 legge fall.); possono non essere raggiunte le maggioranze richieste (art. 179 legge fall.); può mancare l'omologazione con conseguente dichiarazione di fallimento (art. 180, comma 7, legge fall.).

Tali vicende producono l'effetto di fare cessare la sospensione delle norme sul capitale sociale prevista dall'art. 182 *sexies*.

Altro aspetto da esaminare è se da questa cessazione discenda in via retroattiva la decadenza dal beneficio della sospensione disposto dall'art. 182 *sexies*, con conseguenze in particolare sul piano della responsabilità *ex art. 2486 c.c.*, la quale pertanto sarebbe sottoposta a reviviscenza colpendo tutti gli atti di gestione posti in essere con finalità non meramente conservative, ma ricollegabili all'esecuzione del piano poi non pervenuto a buon fine.

Proprio considerando la simmetria tra esiti fisiologici e patologici della procedura sembra da escludere l'applicazione della retroattività, ed è preferibile ritenere che il rischio di abusi non trovi rimedio attraverso la reviviscenza dell'art. 2486 c.c. bensì mediante il sistema dei controlli dell'autorità giudiziaria e degli altri organi della procedura.

LA FASE PRECEDENTE ALLA PRESENTAZIONE DELLE DOMANDE

Per quanto riguarda la fase precedente alla presentazione della domanda di concordato preventivo o della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, ovvero della proposta di accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, comma 2, il secondo comma della norma in commento si limita a stabilire che "resta fermo, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile".

Ad una prima lettura potrebbe ritenersi che essa non faccia altro che precisare quello che dovrebbe essere già scontato.

Tuttavia, interpretata in tal senso, non si comprende perché il legislatore abbia sentito la necessità di riaffermare l'applicazione di una specifica norma e non anche delle altre per le quali ugualmente scaturisce automaticamente l'applicazione sino a che non opera la sospensione.

Tant'è che, sotto questo aspetto, vi è chi ha sostenuto che la norma risulterebbe, ove interpretata in questo senso, come sostanzialmente superflua, perché finirebbe per affermare quanto è già di per sé ricavabile *a contrario* dal primo comma.

Vediamo se sia proponibile una chiave di lettura della norma diversa.

Un lettura, a mio avviso, affascinante della norma viene proposta da Miola in un recente commento dell'art. 182 *sexies* destinato ad essere pubblicato in un commentario sulla legge fallimentare diretto dal Prof. Michele Sandulli al quale devo la possibilità della lettura anticipata.

In particolare, si sostiene che l'espressa menzione dell'applicazione dei soli doveri di gestione conservativa fissati dall'art. 2486 c.c. potrebbe fare ipotizzare l'intenzione del legislatore di svincolare l'applicazione di tale norma dalla ricorrenza delle condizioni alle quali essa è di regola legata, consentendone l'applicazione in via autonoma ed in qualche modo preventiva.

La soluzione potrebbe essere cioè quella di operare una netta distinzione tra il suddetto obbligo di gestione conservativa, scaturente dall'art. 2486 c.c., di cui l'art. 182 *sexies*, comma 2, intende confermare l'applicazione, e le condizioni da cui di regola nel diritto societario tale applicazione dipende, vale a dire il verificarsi di una causa di scioglimento ed in specifico di una riduzione del capitale sociale al di sotto del

minimo legale.

In questo senso, potrebbe emergere una lettura dei doveri di gestione conservativa fissati dall'art 2486 c.c., suggerita dal legislatore, come categoria più ampia e non necessariamente collegata al verificarsi di una causa di scioglimento, ed in particolare di una riduzione di capitale al di sotto del minimo legale, bensì riferibile più in generale alle situazioni di prossimità della crisi, e come tale destinata a delineare i doveri degli amministratori in tali circostanze in modo più preciso.

Lo stesso Miola, pur proponendo una simile interpretazione, ritiene in realtà preferibile ritenere che con la previsione concernente la salvezza dell'applicazione dell'art. 2486 c.c. il legislatore intenda ribadire che gli obblighi gestori previsti in capo agli amministratori hanno una portata più estesa rispetto alle vicende che concernono il capitale sociale e pertanto si riferiscono, più precisamente, al verificarsi di altre cause di scioglimento che possono venire in considerazione nell'approssimarsi della crisi senza che ne risulti coinvolto il capitale sociale, quale in particolare il ricorrere della sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c..

LE MODALITA' APPLICATIVE DELLA SOSPENSIONE

Nello stesso tempo, emerge l'esigenza di ricostruire dei percorsi predeterminati e pertanto «protetti» in favore degli organi gestori, in modo che le decisioni, ed in particolare le misure di risanamento adottate, non risultino completamente affidate alla loro discrezionalità.

A questo obiettivo possono ricollegarsi le massime elaborate dal Consiglio Notarile di Firenze su «*Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*», con cui si è intesa precisare l'applicazione dell'articolo in discorso in relazione alla possibili «scansioni temporali» delle decisioni degli amministratori e delle decisioni dei soci nell'ambito degli adempimenti prescritti dagli artt. 2446 e 2447 (e artt. 182-*bis* e *ter* c.c.) in rapporto alla presentazione delle domande e proposta di cui all'art. 182-*sexies*, ed alla non operatività della causa di scioglimento per perdite che riducano il patrimonio netto sotto il minimo legale.

In particolare si è affermato che:

- a) gli amministratori possono presentare una delle tre tipologie di "domande protettive" anche prima della riunione dell'assemblea, che deve comunque essere convocata senza indugio;
- b) gli amministratori possono altresì depositare una delle tre tipologie di "domande protettive" dopo che l'assemblea convocata per la ricapitalizzazione non abbia deliberato in tal senso, né abbia adottato uno degli "opportuni provvedimenti";

c) gli amministratori possono infine depositare una delle tre tipologie di "domande protettive" dopo che sia spirato il termine per la conclusione della ricapitalizzazione.

In questi ultimi due casi la causa di scioglimento si sarebbe già verificata ma essa non può operare in quanto il diritto fallimentare "congela" temporaneamente le regole societarie (secondo periodo del primo comma dell'art. 182-sexies).

Si ritiene infine che gli amministratori possono legittimamente depositare una delle tre domande "esonervative" nonostante che l'assemblea abbia deliberato la ricapitalizzazione della società, quando essi ritengano che tale ricapitalizzazione non abbia concrete possibilità di esecuzione o abbia tempi di esecuzione non compatibili con la necessità di conservare l'integrità o il valore del patrimonio sociale.

Un tema che presenta profili di interesse anche notarile è quello dell'ordine del giorno dell'assemblea convocata in occasione della crisi.

Poiché gli amministratori, salva l'ipotesi di cui all'art. 152 legge fall., sono competenti alla presentazione della domanda di concordato, l'assemblea convocata ai sensi dell'art. 2446 o dell'art. 2482-bis c.c. non deve deliberare sul punto, potendo limitarsi, se del caso, a prendere atto della avvenuta presentazione della domanda di concordato o della intenzione degli amministratori di presentarla.

In tal caso il problema dell'ordine del giorno non si pone.

La questione è più complessa perchè, come accennato, l'art. 152 l. fall. consente che i soci si riservino nello statuto la decisione circa la presentazione della domanda di concordato.

In tal caso:

a) gli amministratori non possono (legittimamente) presentare una domanda di concordato prima della riunione dell'assemblea;

b) è dubbio se la decisione di presentare una domanda di concordato preventivo possa essere considerata uno degli "opportuni provvedimenti" di cui agli artt. 2447 e 2482-ter, con il che sembra da escludere che l'assemblea genericamente convocata ai sensi delle suddette norme possa legittimamente deliberare in tal senso in assenza di un'espressa previsione di tale materia nell'ordine del giorno.

Le constatazioni che precedono suggeriscono particolare cautela nell'introduzione di una clausola di riserva ai soci della decisione sulla presentazione della domanda di concordato.

Tale riserva, infatti, può rendere più difficile ottenere la protezione del patrimonio sociale in casi di urgenza.

In relazione all'intervento richiestogli, ai sensi dell'art. 152 l. fall., in caso di presentazione di una domanda di concordato, si deve notare che il notaio non deve

vagliare l' idoneità dello strumento al superamento della crisi e/o alla ricostituzione del capitale.

Ciò a differenza di quanto gli è richiesto di fare in caso di ricapitalizzazione.

Ciò per due autonomi motivi:

a) in primo luogo, il piano di concordato potrebbe ancora non essere stato redatto, se si tratti di domanda "con riserva" ai sensi dell'art. 161 comma 6°);

b) in secondo luogo, e soprattutto, in quanto a differenza della ricapitalizzazione il notaio si limita a dare assistenza all'avvio di un percorso lungo e complesso, che prevede una serie di sbarramenti e controlli che danno sufficienti garanzie ai soci e ai terzi.

La sospensione dell'applicazione della disciplina in tema di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale deve essere posta in rapporto con il verificarsi della corrispondente causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c., vale a dire per «la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli artt. 2447 e 2482-ter» e dall'art. 2545-*duodecies* per le società cooperative, norma di cui l'art. 182-*sexies* a sua volta dispone la sospensione.

Ricordato che oggi il fallimento non è più causa di scioglimento della società dobbiamo rilevare, quanto meno sul piano formale, un difetto di formulazione della norma, posto che, mentre per le società di capitali viene richiamata specificamente la sola causa di scioglimento concernente la perdita di capitale, per quanto riguarda le società cooperative viene richiamato l'intero art. 2545-*duodecies*, che recita «la società cooperativa si scioglie per le cause indicate ai nn. 1, 2, 3, 5, 6, e 7 dell'art. 2484, nonché per la perdita del capitale sociale», esponendosi alla possibilità che per tali società la sospensione possa valere per tutte le cause di scioglimento indicate dalla norma richiamata.

Quando si è in presenza di una causa di scioglimento già intervenuta e che è stata iscritta nel registro delle imprese è necessario chiarire fino a che punto questa sospensione possa estendersi in rapporto allo stadio in cui è pervenuto il procedimento di liquidazione, il quale a rigore prende l'avvio proprio dall'iscrizione nel registro delle imprese.

Nulla esclude, dunque, che l'apertura della liquidazione della società preceda la domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e che si sia già provveduto alla nomina dei liquidatori.

La sospensione del procedimento di liquidazione, per effetto delle domande o della proposta di cui all'art. 182-*sexies*, potrà avvenire in qualsiasi stadio esso sia pervenuto senza con questo che debba procedersi alla revoca della liquidazione e

dunque sia che la nomina dei liquidatori sia intervenuta, sia, viceversa, che non sia ancora intervenuta.

Nel primo caso, è da ritenere che rientri nei poteri di costoro quello di proporre una domanda di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione.

Semmai, solo successivamente alla chiusura della procedura si porrà la questione della necessità di procedere ad una revoca della liquidazione.

Nel secondo caso, viceversa, spetterà agli amministratori procedere all'iscrizione della causa di scioglimento, diversa da quella di cui all'art. 2484, n. 4, c.c., nel registro delle imprese e nello stesso tempo di gestire la società secondo i criteri di cui all'art. 2486 c.c., ed in questo contesto, presentare le domande o la proposta di cui all'art. 182-sexies, mentre può dubitarsi se essi debbano convocare l'assemblea per la nomina dei liquidatori.

Infatti, in questo caso è da ritenere che presenti carattere assorbente l'avvio della procedura di soluzione concordata della crisi, rispetto alla quale risulta quindi superflua la nomina dei liquidatori, conservandosi peraltro in capo agli amministratori il potere di gestire l'impresa ai sensi dell'art. 167 l. fall., entro i limiti dei poteri di autorizzazione degli organi della procedura e salve le responsabilità conseguenti alla violazione dell'art. 2486 c.c..

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Giunti al termine dell'analisi delle principali norme relative al capitale sociale nella fase della crisi dell'impresa sia consentita qualche considerazione di carattere sistematico.

L'introduzione di società a capitalizzazione ridotta in uno alla sospensione e/o differimento degli obblighi di ricapitalizzazione in presenza di perdite testimoniano, a mio avviso, come il legislatore abbia inteso risolvere il problema della sottocapitalizzazione delle società italiane segnalato dal Prof. Portale con la loro "de-capitalizzazione", cioè eliminando se non il capitale quanto meno il ruolo che il capitale sociale svolgeva fino ad oggi.

Il legislatore ad oggi non ha ancora compiuto l'ulteriore passo di introdurre accanto alle azioni senza valore nominale le società senza valore capitale, cioè senza capitale sociale, ma il ridimensionamento del ruolo del capitale è foriero di alcune conseguenze indotte forse sottovalutate dallo stesso legislatore.

Sebbene si ritenga, infatti, che il capitale sociale non sia una garanzia diretta per i creditori sociali ma solo una garanzia indiretta non può tralasciarsi la considerazione che l'abbassamento della soglia di capitalizzazione e la sospensione o il differimento degli obblighi di ricapitalizzazione in caso di perdite porteranno, presumibilmente, al ricorso significativo alle garanzie personali in occasione del finanziamento della

società.

Si sarebbe allora dovuta introdurre anche una riforma delle garanzie mobiliari al fine di agevolare la diffusione della concessione di garanzie sul c.d. capitale circolante dell'impresa.

La sola introduzione di società a capitalizzazione ridotta in uno con la sospensione e/o differimento degli obblighi di ricapitalizzazione non farà altro che aumentare, o in forma diretta o in forma indiretta, la responsabilità personale e solidale dei gestori dell'impresa, un risultato che appare in netta controtendenza rispetto ai desiderata del legislatore.

Inoltre il legislatore della crisi dell'impresa discorre ancora di partecipazione al capitale di credito e al capitale di rischio laddove a livello dottrinale si è sostanzialmente affermata la neutralità tra versamento a titolo di finanziamento e versamento in conto capitale in assenza di ulteriori indici.

LUCA RESTAINO