

C O M M E N T I

MASSIMO MIOLA

Prof. ord. dell'Università di Napoli « Federico II »

RIDUZIONE E PERDITA DEL CAPITALE DI SOCIETÀ IN CRISI: L'ART. 182 *SEXIES* L. FALL.

PARTE PRIMA (*)

La sospensione delle regole sulla riduzione del capitale sociale

SOMMARIO. 1. Introduzione: il contenuto e le finalità dell'art. 182 *sexies* l. fall. — 2. Le soluzioni adottate precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 182 *sexies* l. fall. — 3. Le regole la cui applicazione è sospesa dall'art. 182 *sexies* l. fall.: a) la riduzione del capitale sociale per perdite ai sensi degli artt. 2446 e 2447 (e 2482 *bis* e *ter*) c.c. — 4. *Segue*: b) la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale ai sensi degli artt. 2484, n. 4 e 2545 *duodecies* c.c. — 5. Il termine finale di applicazione dell'art. 182 *sexies*: la fase di esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione.

1. — 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 l. 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. Decreto Sviluppo), si inserisce nell'insieme di interventi che, con sempre maggiore frequenza ed intensità contrassegnano non solo nel nostro ordinamento ⁽¹⁾ l'elaborazione, peraltro ancora in corso, di una legislazione speciale volta a fronteggiare e superare la crisi economica in atto attraverso misure che in particolare, affrontano, uno degli snodi fondamentali in cui essa si esprime, quale è quella della crisi di impresa.

La norma va a giusta ragione collocata nell'ambito del « diritto societario della crisi » ⁽²⁾, categoria carente di una adeguata sistemazione teorica ma

(*) La Parte seconda comparirà nel prossimo fascicolo (II, 2014)

(1) V. *infra*, Parte seconda.

(2) Per l'impiego di tale terminologia, cfr. TOMBARI, *I finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo dopo il decreto sviluppo: preveducibilità o postergazione? Prime considerazioni di diritto societario della crisi*, in *ifallimentarista.it*, p. 2 ss.; e con maggiori approfondimenti, *Id.*, *Principi e problemi di « diritto societario della crisi »*, in *R. soc.*, 2013, p. 1138 ss., ove anche la ricognizione delle varie aree riconducibili a tale settore dell'ordinamento, il quale (*ivi*, p. 1146 ss.), richiamandosi alla tematica di vertice concernente il rapporto tra diritto privato comune e diritto dell'impresa ed escludendo ogni configurazione del diritto societario della crisi come « diritto speciale autonomo », propugna un « sistema tendenzialmente autonomo », con la conseguenza che le lacune dovranno essere colmate facendo riferimento in primo luogo alla disciplina e/o ai principi generali propri di tale sistema. In effetti, è diffusa la riflessione sull'esigenza di superare le antitesi tra diritto socie-

che esprime in modo evidente l'esigenza di ristabilire continuità e coerenza, a lungo mancate — si pensi alla lacunosa regolamentazione dei profili specifici attinenti al fallimento delle società e dei gruppi — tra le filosofie di fondo accolte dal diritto societario e dal diritto fallimentare nelle rispettive regolamentazioni⁽³⁾, eliminando e colmando le lacune ed i possibili conflitti. E questo al fine di meglio conciliare la protezione degli interessi dei soci e dei creditori sociali⁽⁴⁾, disciplinando le specifiche esigenze che si pongono nel funzionamento dell'organismo societario non solo nella fase dell'approssimarsi della crisi, ma anche nel corso dello svolgimento sia del fallimento, sia, soprattutto, delle procedure di soluzione negoziata della crisi: si pensi, per tutti, alla delicata tematica dei poteri attribuiti agli organi sociali in tali circostanze, in rap-

tario e fallimentare, realizzando dei contemperamenti (cfr. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *RDS*, 2011, p. 820 ss.), e problematiche del genere sono state sollevate nel dibattito scientifico sorto proprio in relazione al ruolo del capitale sociale ai fini della tutela dei creditori, in rapporto ad altri rimedi utilizzabili in specie in occasione della crisi di impresa (in proposito, ci si permette di rinviare a MIOLA, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di Balzarini-Carcano-Venturuzzo, Milano 2007, p. 373 ss.); l'elaborazione di un'ulteriore ed autonoma segmentazione normativa è, tuttavia, destinata a suscitare perplessità, legate all'opportunità di ricondurre questi profili nel quadro dei più ampi principi del diritto privato delle imprese (cfr. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *R. soc.*, 2008, p. 1 ss., e già, *Id.*, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa, in 1882-1982: cento anni del codice di commercio*, Milano 1984, p. 228 ss.), e dunque, in sostanza, a manifestazioni di « ricommercializzazione » che altri (MUNARI, *Impresa capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Torino 2013, p. 130 ss.), sia pure in forme più enfatiche definisce, proprio argomentando dalle implicazioni poste dall'art. 182 *sexies* sul piano della disciplina societaria, in termini di « ricommercializzazione del diritto fallimentare », cui si accompagnano spinte alla « decommercializzazione del diritto societario ». La ricostruzione di un diritto societario della crisi, grazie all'allentamento delle contrapposizioni tra diritto societario e fallimentare, contribuisce a sancire l'irrilevanza del testo normativo in cui la norma è collocata, ed in particolare se nel codice civile o nella legge fallimentare, ai fini della sua qualificazione, consentendo di superare anche le tecniche di « ricaratterizzazione » emerse in tempi recenti in specie in Germania, sia pure con il differente scopo del contenimento degli effetti prodotti dalle spinte al fenomeno del *forum shopping* (in proposito, v. ancora MIOLA, *Capitale sociale*, cit., p. 371 s. e nt. 17).

⁽³⁾ È infatti criticato lo scarso contributo fornito dalla riforma del diritto societario, nonostante tale coordinamento fosse richiesto dalla legge delega — « la riforma ... realizzerà il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti, ivi comprese quelle in tema di crisi dell'impresa » (art. 1, comma 2°, l. n. 366/2001) — e da quella del diritto fallimentare, nel fornire una disciplina delle società di capitali rivolta anche alla prevenzione ed alla soluzione delle crisi di impresa, pur non mancando interventi già di per sé riconducibili ad un embrionale diritto societario della crisi: cfr. Nicro, *Nuovo diritto societario e disciplina delle crisi delle imprese*, in *La riforma del diritto societario*, Roma 2003, p. 882 ss.; *Id.*, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *La riforma del diritto societario*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, vol. 1, Torino 2006, p. 177 ss.

⁽⁴⁾ In generale, su tale questione, si rinvia a MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *R. soc.*, 2012, p. 291 ss.

porto alle competenze degli organi della procedura ed alle relative regole ⁽⁵⁾.

Nell'ambito delle disposizioni legislative che, nel loro insieme, tendono a realizzare una migliore efficienza delle procedure negoziate di risanamento dell'impresa, spingendo gli organi gestori a fare emergere e ad affrontare tempestivamente la crisi e parallelamente ad eliminare ogni possibile disincentivo o ostacolo alla loro adozione ⁽⁶⁾, non potevano essere tralasciate le questioni attinenti alla situazione finanziaria dell'impresa in crisi, tenuto conto che le decisioni relative alla ricostruzione dell'equilibrio finanziario finiscono per rientrare tra i contenuti fondamentali, pure se non esclusivi, richiesti nell'elaborazione dei piani di risanamento relativi alle varie procedure a tale fine offerte dall'ordinamento.

In primo luogo, questo obiettivo è stato affrontato dal versante della provvista di capitale di credito destinata ad esperire un tentativo di risanamento ed a favorirne il buon esito. In questo senso, gli artt. 182 *quater* e *quinquies*, commi 1°-3°, l. fall., hanno completato il quadro degli incentivi offerti all'effettuazione di finanziamenti all'impresa in crisi qualora essi siano ricollegabili a vario titolo ad una procedura di concordato preventivo o di ristrutturazione dei debiti, aggiungendo all'esonero dalla sottoposizione a revocatoria (cfr artt. 67, comma 3°, lett. e, l. fall.), nel caso del fallimento conseguente al mancato esito della procedura di risanamento, ed all'esonero dai reati di bancarotta semplice e preferenziale introdotta con l'art. 217 *bis* l. fall., quello, non meno significativo anzi a tutti gli effetti decisivo, della loro sottoposizione al regime della prededuzione ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ La questione si pone con riferimento, in particolare, ai diritti dei soci ed all'incidenza su di essi delle operazioni di ristrutturazione, in specie sul piano finanziario, ma anche organizzativo, poste in essere nell'ambito di tali procedure, ma riguarda più in generale l'individuazione, propria delle ripercussioni dello « stato di crisi » sul diritto societario comune, dei rapporti tra gli organi sociali e l'autorità giudiziaria e gli altri organi della procedura, ai fini del loro svolgimento: v., con posizioni non coincidenti, BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi: ricostruzione di una disciplina*, Milano 2007, p. 289 ss.; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di « riorganizzazione »*, in *R. soc.*, 2008, p. 17 ss.; GIANNELLI, *Competenze gestorie del comitato dei creditori e competenze residuali degli organi sociali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Fortunato-Giannelli-Guerrera-Perrino, Milano 2011, p. 122 ss.; FERRI jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, 2012, p. 477 ss.; GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale delle crisi*, in *R. soc.*, 2013, p. 1114 ss.

⁽⁶⁾ Per una panoramica dei fattori disincentivanti, emersi nella prassi applicativa, v. DIMUNDO, *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 1169 s. Sulle spinte dell'ordinamento a favorire il risanamento dell'impresa in crisi, accompagnata da una riflessione in termini critici su questi obiettivi, v. ora RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi*, Milano 2013, spec. p. 356 ss., ove ampi rif.

⁽⁷⁾ Su tali norme, si rinvia per tutti, tra i contributi più recenti, a BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *G. comm.*, 2011, I, p. 42 ss.; AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *D. fall.*, 2012, I, p. 469 ss.; DIDONE, *La prede-*

La norma che qui si commenta può ritenersi che, dall'opposto versante della dotazione di capitale di rischio, chiuda per così dire il cerchio, sia pure allo stato, delle misure volte a regolamentare la struttura finanziaria delle società sottoposte alle procedure di soluzione negoziata della crisi. L'art. 182 *sexies* affronta, infatti, il rapporto tra la disciplina del capitale sociale ed il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti — lasciando tuttavia da parte i piani di risanamento attestati di cui all'art. 67, comma 3°, lett. *d*, l. fall., probabilmente per l'assenza negli stessi di strumenti di vigilanza da parte dell'Autorità giudiziaria e la loro pubblicazione solo eventuale nel registro delle imprese — finendo per operare una sorta di neutralizzazione di tale istituto, qualora lo stato di crisi sia contraddistinto anche da perdite del capitale sociale. Il che avviene sotto forma di temporanea e parziale sospensione dell'applicazione delle regole sul capitale sociale dettate dagli artt. 2446 e 2482 *bis* c.c., per il caso di sua riduzione obbligatoria, e dagli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., per quello di riduzione al di sotto del minimo legale, queste ultime anche note come regola « ricapitalizza o liquida », a cui si affianca la sospensione dell'operatività della relativa causa di scioglimento della società, dettata dall'art. 2448, n. 4, c.c. (e dall'art. 2545 *duodecies* c.c. per le cooperative), in presenza di talune precise condizioni, costituite dalla presentazione di una domanda per l'ammissione al concordato preventivo, ovvero di una domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l. fall., o ancora della proposta « anticipatoria » di accordo a norma del comma 6° di tale articolo (di seguito, per comodità, menzionate come « domande o proposta ai sensi dell'art. 182 *sexies* ») ⁽⁸⁾.

La norma si pone in stretta correlazione, da un lato, con l'obiettivo di realizzare ulteriori incentivi all'adozione di tali procedure e, dall'altro e più specificamente, con la scelta di rilievo sistematico — in quanto si collega all'ampio dibattito in ordine all'efficacia del capitale sociale, ed in particolare della regola « ricapitalizza o liquida », quale strumento di tutela dei creditori ed alla sua idoneità a prevenire e ad affrontare le crisi di impresa ⁽⁹⁾ — di favorire, facen-

duzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione « ai sensi » e preduzione « ai sensi ed agli effetti »), in Fallimento, 2013, p. 913 ss.; NIEDDU ARRICA, Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi, in G. comm., 2013, I, p. 803 ss.; BRIZZI, Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in D. fall., 2013, I, p. 803 ss., nei quali ult. rif.

⁽⁸⁾ L'art. 182 *sexies* non risulta destinato a trovare applicazione alle società di persone, stante l'assenza in esse di un capitale minimo, salvo la possibilità che alle vicende del capitale sociale possa essere ricollegata la causa di scioglimento per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, ai sensi dell'art. 2272, n. 2, c.c. (cfr. DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1166, ed *infra*, § 10).

⁽⁹⁾ Le principali critiche si trovano espone in ENRIQUES-MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *R. soc.*, 2002, p. 78 ss.; per la completa ricostruzione del dibattito e delle attuali tendenze, cfr. per tutti, PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con « capitale destinato » (capitale sociale quo vadis?)*, in *R. soc.*, 2010, p.

do leva soprattutto sul finanziamento tramite capitale di credito, l'afflusso delle risorse necessarie a riequilibrare la situazione finanziaria della società ai fini dell'accesso a tali procedure e soprattutto del loro favorevole esito.

Tutto ciò sulla base dell'esigenza, emergente in situazioni di congiuntura economica come quella in corso e del rischio di repentine e transitorie svalutazioni di talune componenti dell'attivo, di attenuare la portata degli obblighi di conservazione del capitale sociale, in particolare per quanto riguarda le conseguenze della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale. In quest'ultima circostanza, infatti, l'obbligo di procedere in ogni caso alla ricapitalizzazione della società anche in mancanza di una situazione di squilibrio finanziario in atto, o quanto meno l'incertezza sull'operatività di tale obbligo, pone evidenti ostacoli all'avvio di un tentativo di risanamento, qualora l'alternativa all'effettuazione di nuovi conferimenti dovesse consistere esclusivamente nella messa in liquidazione della società. In particolare, la gravità di questo epilogo si evidenzia 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, l'estinguersi della partecipazione sociale e la conseguente perdita da parte dei soci dei valori ancora esistenti nel patrimonio attivo, pure se non espressi dal bilancio di esercizio ⁽¹⁰⁾.

Come è noto, queste istanze hanno condotto, anche al di fuori delle situazioni di crisi, ad ipotizzare l'adozione di una procedura di ricapitalizzazione che non sia condizionata dalla preventiva riduzione del capitale, bensì si realizzi attraverso un diretto aumento di capitale che riporti le perdite al di sotto della soglia di riduzione obbligatoria e così permetta di salvaguardare, benché ovviamente diluite, le partecipazioni dei soci originari che non intendono partecipare all'aumento ⁽¹¹⁾.

1237 ss.; MIOLA, *La tutela dei creditori*, cit., p. 237 ss.; STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *R. soc.*, 2012, p. 609 ss., nei quali ampi rif.; per un riepilogo della questione, v. anche MUNARI, *Crisi di impresa*, cit., p. 84 ss.

⁽¹⁰⁾ V. la Relazione governativa al d.l. n. 83/2012, in cui, tra « *i più gravi disincentivi* » al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo e di omologazione degli accordi di ristrutturazione viene ricompresa « *l'operatività della causa di scioglimento per perdita del capitale e degli obblighi di capitalizzazione anche nel corso del procedimento per l'omologazione del concordato preventivo non finalizzato alla liquidazione e, soprattutto, del procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti* »; ed a tale riguardo, si precisa che « *si introduce un importante incentivo alla risoluzione delle situazioni di crisi di impresa, rappresentato dalla non operatività in costanza dei procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione degli obblighi di capitalizzazione della società in perdita e, soprattutto, della causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale* ».

⁽¹¹⁾ Cfr. la Massima n. 122 del Consiglio Notarile di Milano, *Aumento di capitale in presenza di perdite*, a mente della 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*

Nel caso delle procedure di soluzione negoziata della crisi il legislatore intende andare addirittura oltre, evitando di lasciare spazio all'adozione di tecniche alternative di copertura delle perdite talora di dubbia conformità al dato normativo, e pervenendo piuttosto direttamente a sospendere sul piano legislativo l'operatività della disciplina sulla riduzione del capitale per perdite alla ricorrenza di talune condizioni ed entro un ambito temporale delimitato, pure se solamente *per relationem*, anche a prescindere dal ricorso alla ricapitalizzazione.

L'ulteriore spinta alla sospensione di questa disciplina è costituito proprio dallo sviluppo e dall'ampliamento dei contenuti delle procedure di soluzione negoziata della crisi, caratterizzate dal passaggio dalla mera liquidazione concordataria del patrimonio attivo del debitore alle varie modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei creditori delineate dal rinnovato art. 160 l. fall., oltre che alle ulteriori alternative offerte dagli accordi di ristrutturazione dei debiti — lasciando come si è detto al di fuori della specifica prospettiva qui esaminata i piani di risanamento — che trovano il loro culmine nella figura, di introduzione coeva alla norma in commento ma che rappresenta a ben vedere solo il punto di arrivo di una diffusa tendenza, del concordato « con continuità aziendale », con il quale si risponde alle corrispondenti esigenze di meglio disciplinare l'ipotesi della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa in pendenza della procedura e nella fase dell'esecuzione del concordato.

Le finalità in questo modo perseguite, non più identificabili con quelle proprie del concordato liquidatorio, e la varietà delle tecniche attraverso cui si mira a realizzare il riequilibrio finanziario sembrerebbero male conciliarsi, da un lato, con le situazioni caratterizzate da perdite anche integrali intervenute nel capitale sociale e con i vincoli normativi che ne scaturiscono; dall'altro, con gli obblighi di gestione « ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale » e dunque in senso lato « conservativa », che scaturiscono a carico degli amministratori ai sensi dell'art. 2486 c.c. al verificarsi della causa di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: anzi, occorre evitare che tali finalità risultino in queste circostanze addirittura compromesse.

È evidente come, soprattutto in questa prospettiva, sia emersa l'esigenza di stabilire in modo certo ed inequivocabile, e pertanto senza che sia lasciato dipendere da prassi interpretative sia pure consolidate, l'ambito di compatibi-

ricondere il capitale stesso, se del caso, a un ammontare superiore al minimo legale ». Per la valutazione circa l'applicazione di tale tecnica di ripianamento delle perdite nell'ambito delle operazioni di risanamento dell'impresa in crisi, ed in specie nei gruppi di società, v. ABRIANI, *Le responsabilità nella crisi dei gruppi*, in *Nuovo d. soc.*, 2012, n. 11, p. 106. In termini ancora più radicali, si è proposto di applicare il regime dell'art. 2446 c.c., anziché quello dell'art. 2447 c.c., anche alle ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, onde evitare la sottoposizione all'obbligo di ricapitalizzazione (cfr. ENRIQUES, *La corporate governance delle società quotate italiane: sfide ed opportunità*, in *G. comm.*, 2013, I, p. 496 ss.).

lità tra le modalità attraverso cui si svolgono le soluzioni concordate della crisi ed il verificarsi di una riduzione del capitale sociale ed, ancora più, di una riduzione al di sotto del capitale minimo legale con la conseguente causa di scioglimento della società; e come, in questo quadro, discenda la necessità di consentire l'esecuzione del concordato anche attraverso operazioni non riconducibili alla gestione con finalità conservative richiesta dall'art. 2486 c.c. ⁽¹²⁾.

In ultima analisi, il *favor* per l'adozione di misure di risanamento dell'impresa in stato di crisi persino nell'ipotesi in cui quest'ultimo, come lo stesso legislatore precisa (art. 160, comma 3°, l. fall.), consista in un vero e proprio stato di insolvenza, impone di superare gli ostacoli provocati da circostanze estrinseche — quali quelle rappresentate dalla consistenza del capitale sociale e dall'operatività o meno delle norme di cui l'art. 182 *sexies* dispone la sospensione — evitando, finanche in presenza di un patrimonio netto negativo, che la necessità della preventiva ricapitalizzazione e le condotte ostative o quanto meno ostruzionistiche tenute sotto questo aspetto dai soci costituiscano un ostacolo all'adozione di un piano che, considerato autonomamente, risulterebbe pienamente fattibile e soprattutto vantaggioso per i creditori: tutto ciò a costo di consentire ai soci di conservare la propria partecipazione nella società non intaccata dalle perdite e di accrescere la responsabilità degli amministratori per il mancato riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria della società ⁽¹³⁾. E questo a maggior ragione, allorché alla crisi genera-

⁽¹²⁾ In questo senso, v. già, ASSONIME, *Rapporto sull'attuazione della riforma delle legge fallimentare e sulle più recenti modifiche. Note e studi*, n. 2012/4, p. 58, in cui si trovano enunciate le proposte, destinate ad essere recepite alquanto fedelmente dal legislatore, del concordato « in bianco » e del concordato « con continuità aziendale », ed in cui si auspica, in particolare, « una sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione previsti dal codice civile in caso di perdite del capitale sociale, a condizione che gli amministratori della società si attivino tempestivamente a tutela dei creditori e che al termine del concordato la società risulti nuovamente dotata del capitale minimo legale ». Peraltro, anche nell'art. 22 del progetto Trevisanato di riforma della legge fallimentare era prevista l'ineroperatività delle cause di riduzione obbligatoria del capitale sociale, ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c., in pendenza della procedura di composizione concordata della crisi, antesignana dell'attuale concordato preventivo, con l'obiettivo di non incidere in tale fase sulla situazione patrimoniale della società.

⁽¹³⁾ Cfr. ARIANI, *Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 116; NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *G. comm.*, 2013, I, p. 816 s., che ricostruisce sotto quest'aspetto un principio, pure se limitato temporalmente, fondato sull'alternativa « ricapitalizza o risana ». Si pensi, per quanto riguarda gli ostacoli ai tentativi di risanamento, all'ipotesi di rapporti contrattuali per i quali lo stato di liquidazione di una delle parti costituisca causa di risoluzione di fonte legale o convenzionale (cfr. D'ATTORRE, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale*, in *www.ilfallimentarista.it*, p. 3). Problema che, tuttavia, è destinato a persistere per le altre cause di scioglimento (v. *infra*, § 7).

Più ardua, anche se suggestiva, risulta l'opinione secondo cui l'indifferenza del legislatore per le vicende del capitale sociale, ai fini del ricorso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione, consentirebbe di tracciare due soluzioni alternative alla crisi di

ta dalla perdita del capitale sociale non si accompagni una situazione di squilibrio finanziario tale da comportare lo stato di insolvenza ⁽¹⁴⁾.

Nello stesso tempo, emerge l'esigenza di ricostruire dei percorsi predeterminati e pertanto « protetti » ed incentivati in favore degli organi gestori, in modo che le decisioni, ed in particolare le misure di risanamento adottate, da

impresa caratterizzata (anche) da perdite di capitale: quella societaria, da realizzare mediante l'aumento di capitale, e quella concorsuale, rappresentata appunto dal ricorso al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione, entrambe rivolte ad evitare (*rectius*, sospendere) l'apertura della liquidazione della società (D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 3). Pure sussistendo analogie tra i due rimedi in termini di tutela dei creditori, non può ammettersi una piena parificazione tra gli stessi nell'affrontare le cause della crisi, sul piano dei doveri e della responsabilità degli amministratori: questo in quanto il superamento della crisi, attraverso la mera copertura delle perdite e la ricostituzione del capitale minimo, pure se condivisa dai soci, potrebbe risultare solo temporaneo ed apparente, ove ad essa si accompagni l'esigenza a tale fine di un ulteriore fabbisogno finanziario, nella prospettiva del riequilibrio finanziario e della continuità aziendale (cfr. diffusamente, STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 646 ss.).

⁽¹⁴⁾ Cfr. STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., 654. Su di un piano più propriamente sistematico, può anche ritenersi che l'art. 182 *sexies* l. fall. trovi la sua giustificazione nella circostanza che, una volta sopraggiunta la crisi, cessa la funzione preventiva e di allarme svolta dalle regole sulla riduzione del capitale, nel quadro della funzione produttivistica, e dunque propulsiva dell'attività d'impresa, propria del capitale sociale, stante il porsi a rischio, o addirittura la cessazione, di quella continuità aziendale — e della corrispondente posizione dei soci che hanno immobilizzato le risorse necessarie a tale scopo quantificandone anche l'ammontare — in funzione della quale il capitale è destinato ad operare, ma la cui prospettiva esso non è più in grado di garantire, con il conseguente passaggio dalla regola « ricapitalizza o liquida » ad interventi affidati al « dialogo » tra soci e creditori, con il corollario della responsabilità degli amministratori (cfr. GINEVRA, *Il capitale sociale nella crisi*, relazione al Convegno « *Il diritto societario nell'era della crisi* », Napoli, 11-12 ottobre 2013, inedita, una sintesi della quale è stata consultata per la cortesia dell'A.). Riguardo questa impostazione, qui esposta sinteticamente (ma v., almeno, ID., *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 169 ss.), ed in via di principio condivisibile, si può osservare che, anche alla luce di quanto esposto in seguito, non si può ricavare un'alternativa secca alla regola « ricapitalizza o liquida », o addirittura un generalizzato superamento in queste circostanze del sistema del capitale sociale, bensì spetti agli amministratori di verificare, sotto la propria responsabilità, se avvalersi della sospensione offerta dall'art. 182 *sexies*, in presenza di fondate prospettive di risanamento, ovvero di indirizzarsi tempestivamente verso la liquidazione della società, come la regola suddetta pone loro in condizione di fare. In termini più generali, deve ritenersi che l'interpretazione ora esposta della valenza sistematica dell'art. 182 *sexies* non adduca argomenti a favore della tesi (per una critica della quale v. MIOLA, *Tutela dei creditori*, cit., p. 243 nt. 19), secondo cui la funzione del capitale sociale fuoriesce dalla tutela — da distinguere dalla più restrittiva e superata funzione di garanzia in senso stretto — dei creditori sociali: infatti, non possono essere equiparate le modalità della tutela, realizzata in tale sistema attraverso il ruolo dei soci nella immobilizzazione *ex ante* di risorse da destinare all'attività di impresa, con i doveri e la conseguente responsabilizzazione degli amministratori quali scaturiscono negli ordinamenti che accolgono i *solvency tests*, come è dimostrato dal potere di interlocuzione accordato ai creditori nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione cui è destinata ad accedere la sospensione prevista dall'art. 182 *sexies*, allorché emerge l'esigenza di meglio realizzare e calibrare la tutela offerta comunque *ex ante* dal capitale sociale.

un lato, non risultino completamente affidate alle loro scelte discrezionali, bensì siano sindacabili sotto il profilo della « fattibilità » e « veridicità » (art. 161, comma 3°, l. fall.) e della « attuabilità » (art. 182 *bis* l. fall.), che a loro volta presuppongono l'utilizzo anche a tale fine di adeguati assetti organizzativi; dall'altro, sia consentito, una volta rispettate queste formalità, di individuare l'operatività a loro favore di aree di *safe harbour* svincolate dagli schemi del diritto societario comune ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ V. *infra*, § 10. A questo obiettivo possono ricollegarsi le massime predisposte dal Consiglio Notarile dei Distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* » (su cui, v. ABBIANI, *Le responsabilità*, cit., p. 112), con cui, sulla scia di quanto previsto dall'art. 182 *sexies*, si è inteso precisare la sua applicazione in relazione alle possibili « scansioni temporali » delle decisioni degli amministratori e delle decisioni dei soci, nell'ambito degli adempimenti prescritti dagli artt. 2446 e 2447 (e artt. 2482 *bis* e *ter* c.c.), in rapporto alla presentazione delle domande e della proposta di cui all'art. 182 *sexies*, ed alla non operatività della causa di scioglimento per perdite che riducano il patrimonio netto sotto il capitale minimo legale. Più precisamente, le massime prevedono che:

« (1) *La causa di scioglimento della s.p.a. e della s.r.l. di cui all'art. 2484, n. 4), c.c. non opera allorché, in presenza di perdite che riducano il patrimonio netto al di sotto del limite minimo legale:*

a) *gli amministratori presentino, anche prima della riunione dell'assemblea la cui convocazione è comunque dovuta senza indugio ai sensi degli 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.), una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis comma 6°;*

b) *gli amministratori convochino senza indugio l'assemblea ai sensi degli 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.), e qualora questa non adotti uno dei provvedimenti rispettivamente previsti dagli artt. 2447 e 2482 ter, presentino una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis, comma 6°;*

c) *trascorso senza esito il termine di sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2447 e 2482 ter, gli amministratori presentino una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis, comma 6°.*

(2) *Qualora lo statuto richieda per la presentazione della domanda di concordato preventivo la previa deliberazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 152, comma 2°, l. fall., tale deliberazione non può essere adottata dall'assemblea genericamente convocata per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2447 e 2482 ter, né può essere adottata, se non è oggetto di un apposito punto all'ordine del giorno, dall'assemblea che deliberi l'aumento di capitale ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2447 e 2482 ter, per l'ipotesi che il termine di sottoscrizione decorra senza esito.*

(3) *Con l'omologazione del concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis, comma 4°, 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 ».*

2. — Per comprendere la portata della previsione dell'art. 182 *sexies*, bisogna tenere conto che in precedenza, nell'assenza di previsioni specifiche derogatorie della disciplina di diritto comune ⁽¹⁶⁾, erano dibattute le interferenze intercorrenti tra la disciplina societaria sulle perdite del capitale sociale ed il procedimento di concordato preventivo. E questo sebbene le opinioni allora formatesi non tenessero conto dell'ampliamento e della flessibilità dei contenuti della proposta di concordato emersi a partire dalla riforma del diritto fallimentare ad opera del rinnovato art. 160. l. fall., mediante la facoltà di procedere alla ristrutturazione dei debiti ed al soddisfacimento dei creditori « in qualsiasi forma » ed in particolare anche attraverso operazioni di riorganizzazione societaria. Viceversa, la procedura di concordato era configurata come avente carattere essenzialmente liquidatorio, anche se tale risultato poteva essere raggiunto attraverso il trasferimento di azienda e comunque secondo le modalità offerte al debitore dall'omologazione del concordato onde pervenire al risanamento dell'impresa, ragione per cui si sarebbe potuto escludere in astratto ogni esigenza di operazioni sul capitale della società, le quali avrebbero potuto risultare quanto meno inutili, se non addirittura controproducenti ⁽¹⁷⁾.

In particolare, si poneva la questione se ai fini dell'accesso al concordato

⁽¹⁶⁾ Con la sola eccezione di talune procedure singolari introdotte dal legislatore a cavallo degli anni '80 per affrontare la crisi di taluni importanti gruppi industriali pubblici, nelle quali, nel quadro delle previsioni sulla continuazione dell'attività d'impresa nel corso della procedura, il legislatore aveva ritenuto di volta in volta di dettare regole speciali per l'ipotesi di perdite del capitale sociale: è il caso dell'art. 4 del d.l. 877/1976, con il quale, nel disciplinare la procedura per il dissesto del gruppo EGAM, si era previsto, con formula molto più equivoca di quella in esame, che « è sospesa fino al 14 febbraio 1977 nei confronti degli amministratori delle società e delle aziende del gruppo EGAM l'applicazione dell'art. 2447 del codice civile » (cfr. in proposito le vivaci critiche di G. Rossi, *La sospensione dell'art. 2447 cod. civ.: la vista del legislatore e gli affari del giurista*, in *R. soc.*, 1976, p. 1178 ss., e di COLOMBO, *Singolarità del legislatore (ovvero jus singulare)*, *ivi*, p. 550); e della disciplina per la liquidazione del gruppo EFIM (l. 33/1993), con cui era stata disposta la sospensione dell'applicazione degli artt. 2446 e 2447 c.c. alle società controllate del gruppo sino all'attuazione del programma di risanamento previsto da quella stessa legge (v. CORSI, *Soppressione dell'EFIM: la sorte delle società controllate*, in *G. comm.*, 1993, I, p. 661; per la ricostruzione della vicenda, v. anche NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Tratt. Bessone*, vol. XXV, Torino 2012, p. 135 ss.; per ult. rif., v. ARIANI, *Disciplina*, *cit.*, p. 113 s. nt. 10).

⁽¹⁷⁾ Cfr. PLATANIA, *Le operazioni sul capitale sociale nelle società in concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, p. 487, il quale significativamente aggiunge, con evidente riferimento al concordato con carattere meramente liquidatorio ed anche ai sensi dell'attuale disciplina, che gli amministratori possono ugualmente « operare anche dopo l'omologazione della proposta, esercitando i soli poteri attribuiti loro dall'art. 2486 c.c. ed eventualmente dal provvedimento di omologazione del tribunale ». Questo non aveva impedito, anche prima dell'introduzione dell'art. 182 *sexies*, di ritenere ammissibile il concordato che prevedesse la continuazione dell'attività di impresa nonostante il verificarsi della causa di scioglimento attinente al capitale sociale (cfr. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in *Crisi di impresa: casi e materiali*, a cura di Bonelli, Milano 2011, p. 137 ss.).

preventivo, anche con finalità meramente liquidatorie, potesse configurarsi una deroga alle regole sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite e sulla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale ed al corrispondente verificarsi di una causa di scioglimento della società⁽¹⁸⁾.

Risultava del tutto prevalente, al riguardo, la tesi secondo cui l'apertura del concordato preventivo dovesse configurarsi quale condizione sospensiva dell'obbligo di riduzione di capitale per perdite e, se del caso, del dovere di procedere, accanto alla riduzione, alla reintegrazione del capitale per un importo pari al minimo legale ovvero alla trasformazione della società; e dunque essa costituiva un'alternativa allo stesso verificarsi di una causa di scioglimento della società, con la conseguenza che l'adempimento di tali obblighi sarebbe risultato differito all'esito della procedura di concordato, sempre che se ne fossero conservati (o fossero sopravvenuti) nel corso della procedura i relativi presupposti⁽¹⁹⁾.

La principale argomentazione in tale senso riposava sulla circostanza che la tutela dei creditori realizzata attraverso la disciplina della riduzione e perdite del capitale e la stessa previsione di una causa di scioglimento della società sarebbero state adeguatamente sostituite, in pendenza del concordato, dalla vigilanza esercitata dall'autorità giudiziaria — in specie per quanto riguarda il regime di autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione

⁽¹⁸⁾ In sostanza, il dibattito poteva dirsi concentrato, in passato, essenzialmente intorno all'ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale ed alla conseguente causa di scioglimento, non ritenendosi che la mancata riduzione del capitale, pure se obbligatoria, potesse incidere sull'esito della procedura di concordato e, prima ancora, potesse precludere l'apertura della procedura.

⁽¹⁹⁾ Cfr. NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 9**, Torino 1993, p. 337; NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, *ivi*, vol. 6*, Torino 1993, p. 329 s.; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 64; BOGGIO, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010, p. 865; in giur., di recente, Trib. Ancona 12 aprile 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 110, ove rif.; v. anche, per ulteriori rif., ARIANI, *Disciplina*, cit., 114 nt. 12 e 13. In concreto, ogni ostacolo all'apertura del concordato era sotto questo profilo superabile, già allora, ricorrendosi ad un aumento di capitale destinato ad essere sottoscritto all'esito dell'omologazione, o addirittura dell'esecuzione del concordato, e dunque sospensivamente condizionato a tali eventi (v. anche *infra*, nt. 96). Impostazione opposta era, invece, accolta con riguardo alla allora vigente procedura di amministrazione controllata, ritenendosi la mancata ricapitalizzazione della società ed il verificarsi di una causa di scioglimento, con la conseguente messa in liquidazione della società (v. *infra*, § 4), incompatibile con l'accesso della società a tale procedura e con lo svolgimento delle operazioni di risanamento incompatibile a cui essa tendeva (in questo senso, v. Trib. Lucca 26 luglio 1979, in *Società*, 1980, p. 724; Trib. Latina 28 ottobre 1982, in *D. fall.*, 1983, II, p. 460).

A questo orientamento si è in sostanza ricollegato lo stesso legislatore, con l'introduzione dell'art. 182 *sexies*, 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 ».

concernenti l'impresa o i beni sociali, rispettivamente ad opera del tribunale fallimentare e del giudice delegato a seconda che intervengano direttamente a seguito della presentazione della domanda o successivamente al decreto di ammissione alla procedura, ai sensi degli attuali artt. 161, comma 7°, 167 e 182 *quinquies* l. fall. — e dal commissario giudiziale ⁽²⁰⁾.

Minore attendibilità presenta, invece, l'ulteriore argomento sostenuto in passato, secondo cui la consistenza del capitale sociale ed eventualmente anche la sua totale perdita sarebbero risultate irrilevanti, configurandosi anzi queste come un indice dell'insolvenza che la società sarebbe stata tutt'altro che tenuta ad eliminare, onde ottenere l'ammissione alla procedura ⁽²¹⁾: infatti, il più ampio presupposto dello stato di crisi, richiesto attualmente per la sottoposizione al concordato preventivo, appare destinato a rinsaldare i legami con la perdita del capitale sociale, pure senza potersi ravvisare una piena coincidenza tra le due situazioni ⁽²²⁾.

A questo si aggiunge che nella sua stessa essenza il concordato, già secondo le modalità « remissorie » o « dilatorie » meno sofisticate quali erano quelle previste precedentemente alla riforma, comporterebbe la ristrutturazione dell'indebitamento ed il conseguente riequilibrio della situazione patrimoniale, a cui si aggiungono l'inesigibilità dei crediti nei confronti della società aventi causa o titolo anteriore alla domanda di ammissione al concordato e le eventuali sopravvenienze attive che possono condurre al riassorbimento in tutto o in parte delle perdite che hanno intaccato il capitale sociale ⁽²³⁾. In questa prospettiva, una riduzione del capitale ed una sua successiva reintegrazione, che fossero effettuate prima dell'omologazione del concordato e della realizzazione degli effetti scaturenti dal piano — e dunque senza tenere

⁽²⁰⁾ Cfr. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 329, ripreso ora da VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino 2012, p. 322; TOMBARI, *Principi e problemi*, cit., p. 1157. Argomentazione questa, tuttavia, non replicabile integralmente a seguito della riforma del diritto fallimentare e dell'introduzione degli ulteriori istituti per il risanamento dell'impresa in crisi, primi tra tutti gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* — ed *a fortiori* i piani attestati di risanamento, questi ultimi esclusi comunque dall'ambito di applicazione dell'art. 182 *sexies*, stante l'assenza in questi casi di poteri di controllo, ad opera dell'autorità giudiziaria o di altri organi a ciò deputati, sulla prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore e quindi anche sulle scelte gestorie da costui operate (cfr. D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 2).

⁽²¹⁾ Cfr. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 329, sulla scia corretta-mente della non assoluta coincidenza tra stato di insolvenza e perdita del capitale sociale.

⁽²²⁾ Sul punto, v. *infra* nt. 62.

⁽²³⁾ Infatti, tale inesigibilità, se non è certo tale da eliminare di per sé la perdita, che dipende dall'esito del concordato, « né sospende in certo senso gli effetti »; cfr. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano 1980, p. 69 nt. 57; v. anche NIGRO, *La società per azioni*, cit., p. 337, ed ora, NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, app. di agg., Bologna 2013, p. 37, ove si ravvisa nell'art. 182 *sexies* il riconoscimento della fondatezza dell'inesigibilità dei crediti, per effetto della sospensione da esso disposta; GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali*, cit., p. 1126; v. anche *infra*, § 5.

conto dell'effetto esdebitativo che da esso scaturisce e della conseguente riduzione delle perdite, oltre che della misura del fabbisogno finanziario risultante dal piano — oltre a non essere necessarie, avrebbero rischiato addirittura di risultare intempestive ⁽²⁴⁾.

Più in generale, inoltre, deve tenersi conto della funzione informativa nei confronti dei soci, ed all'esterno verso i creditori, che pure in mancanza della riduzione del capitale è svolta dall'iscrizione nel registro delle imprese cui sono sottoposte le domande e l'istanza contemplate dall'art. 182 *sexies* (artt. 161, commi 1° e 6°; 182 *bis*, commi 3° e 6°, l. fall.) e del decreto che dispone l'ammissione al concordato (art. 166 l. fall.): anche se questo argomento, che presentava portata assorbente per il passato, risulta ora rafforzato dalle cautele di cui il legislatore ha comunque inteso circondare la prevista sospensione degli obblighi di riduzione ⁽²⁵⁾. Così come la portata della deroga può essere più compiutamente valutata, tenendo conto degli interessi dei soci e dei terzi protetti attraverso la riduzione del capitale ⁽²⁶⁾.

Ridotto credito riscontrava, in questo contesto, la tesi secondo cui la reintegrazione del capitale, ricorrendo la situazione prevista dall'art. 2448, comma 1°, n. 4, c.c., e la conseguente rimozione della relativa causa di scioglimento costituivano, in mancanza di una deroga espressa da parte del legislatore, una *condicio sine qua non* per accedere al concordato preventivo a carattere meramente liquidatorio — ed a maggiore ragione ciò vale attualmente per quello con continuazione dell'attività di impresa —, dovendosi altrimenti seguire l'unica procedura prevista dal legislatore in queste circostanze al fine di eliminare la crisi, vale a dire la liquidazione della società ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr. ora PLATANIA, *Le operazioni sul capitale sociale*, cit., p. 489; ARIANI, *La disciplina*, cit., p. 113; TOMBARI, *Principi e problemi*, cit., p. 1157; A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, Paper presentato al Convegno di Orizzonti del Diritto Commerciale su « *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi* », Roma 21-22 febbraio 2014, p. 2 del datt. E ciò al punto da potersi configurare una responsabilità degli amministratori verso i soci, *ex art.* 2395 c.c., qualora essi procedano ad una ricapitalizzazione che si dimostri insufficiente a scongiurare la crisi sulla base di informazioni (e previsioni) incomplete o inesatte fornite dai primi (cfr. lo spunto in tale senso di GINEVRA, *Il capitale sociale*, cit.).

⁽²⁵⁾ V. *infra*, § 3. Un contemperamento a queste costruzioni, tuttavia, era realizzabile già in passato attraverso l'onere, posto in capo al Tribunale, di verificare l'idoneità del piano a realizzare la ristrutturazione anche « sotto il profilo del corretto mantenimento o sostituzione del capitale sociale all'esito del concordato », quale condizione per l'omologazione del concordato (cfr. Trib. Ancona 12 aprile 2012, cit.).

⁽²⁶⁾ Per alcuni spunti, v. *infra*, § 3.

⁽²⁷⁾ Da qui l'inidoneità della domanda di concordato a precludere di per sé la necessità dell'adozione di una delibera di riduzione di capitale e di contestuale reintegrazione, anche se da eseguire successivamente; e fermo rimanendo l'esigenza dell'individuazione delle competenze previste per tali operazioni all'interno della procedura di concordato e dunque, in particolare, di stabilire se si richiedesse comunque la delibera assembleare, ovvero fosse sufficiente a tale fine l'omologazione del concordato che prevedesse tale riduzione: cfr. MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano 1989, p. 150 ss.

3. — L'estensione della sospensione dell'applicazione delle regole sulla riduzione del capitale sociale, disposta dall'art. 182 *sexies*, non è totale. Più precisamente, la sospensione riguarda le previsioni degli artt. 2446, commi 2° e 3°, c.c. per la s.p.a. e degli 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 rilevare le perdite⁽²⁸⁾ e di convocare « senza indugio » l'assemblea per gli « opportuni provvedimenti », cui va sottoposta una situazione patrimoniale aggiornata con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione (art. 2446, comma 1°, c.c.), da depositare entro gli otto giorni precedenti alla data di convocazione dell'assemblea, per la società per azioni, cui corrispondono, per la s.r.l. le analoghe disposizioni dell'art. 2482 *bis*, commi 1°-3°, c.c.⁽²⁹⁾.

Non restano, dunque, sospesi gli obblighi informativi scaturenti al verificarsi di perdite del capitale superiori ad un terzo⁽³⁰⁾, e che sono rivolti a tu-

Con il che trovava conferma, anche in relazione all'ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, l'interdipendenza ipotizzabile tra liquidazione volontaria della società e concordato preventivo (v. *infra*, § 4), nel senso che la sottoposizione a concordato preventivo non avrebbe impedito la successiva messa in liquidazione della società per il verificarsi della suddetta causa di scioglimento, né d'altro canto era da escludere che, nel corso del procedimento di liquidazione, potesse presentarsi una proposta di concordato preventivo, ma questo avrebbe richiesto la formale rimozione della suddetta causa di scioglimento attraverso la reintegrazione del capitale sociale.

(28) Il quale può essere configurato tra gli indici della sussistenza di un dovere previsionale degli amministratori volto a consentire il tempestivo accertamento dell'approssimarsi, ed *a fortiori* del verificarsi, di una crisi (RORDORF, *Doveri e responsabilità di amministratori di società in crisi*, in *Società*, 2013, p. 672; sui doveri previsionali degli amministratori, v. MIOLA, *La tutela*, cit., p. 275 ss.).

(29) Cfr. DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1161 s.; RANALLI, *Art. 182 sexies*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano 2013, p. 2246 ss.; da ult., VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale sociale. Artt. 2445-2447*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2013, p. 88 ss., nei quali ult. rif. alle norme qui richiamate; GUERRERA, *Le competenze*, cit., p. 1126; e con specifico riguardo al procedimento di ricapitalizzazione di società in crisi o insolventi, v. GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 63 ss.

(30) Sulla funzione informativa svolta dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2446, comma 1° (e 2482 *bis*, comma 2°), c.c., pure se configurando come suoi diretti destinatari i soci, v. SFAMENI, *Perdita del capitale sociale e bilancio straordinario. Funzione informativa e organizzativa*, Milano 2004, p. 62 ss.; e con riguardo al rischio corso dall'operazione di investimento dei soci, per effetto di un patrimonio inidoneo al tipo organizzativo prescelto, v. FERRI jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *R. not.*, 2008, p. 778 ss. Una funzione informativa è svolta anche dall'obbligo di convocazione dell'assemblea, ove ricondotto agli obblighi del mandatario *ex art.* 1710 c.c.: v. CASTELLANO,

tela non solo dei soci ⁽³¹⁾, ma soprattutto dei creditori sociali, svolgendo la ben nota funzione di « segnale di allarme » dell'approssimarsi di una crisi ⁽³²⁾, pure se ritenuta dai critici dell'istituto del capitale sociale inadeguata e per lo più intempestiva ⁽³³⁾.

Riserve ed organizzazione patrimoniale nelle s.p.a., Milano 2000, p. 94 s.; DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti: un'analisi comparatistica*, in questa *Rivista*, 2010, II, p. 595 ss. e p. 562 ss.; *Id.*, *Le riduzioni del capitale sociale*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di Bione-Guidotti-Pederzini, *Tratt. Galgano*, Padova 2012, p. 517 ss.; per una panoramica aggiornata, v. TRIMARCHI, *La riduzione del capitale sociale*, Milano 2010, p. 234 ss.; VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale sociale*, cit., 50 ss.

⁽³¹⁾ La tesi favorevole al valore puramente organizzativo della disciplina delle perdite del capitale sociale e pertanto avulsa, anche sul piano meramente informativo, dalle conseguenze suscettibili di prodursi nei confronti dei creditori, viene argomentata in particolare dal carattere facoltativo dello scioglimento della società scaturente dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, che può essere sostituito dalla trasformazione in altro tipo di società e quindi, in sostanza, da una riduzione delle « soglie di protezione offerta dal capitale sociale ai creditori, a fronte di un permanente accentuato rischio di insolvenza »: cfr. FERRI jr., *Struttura finanziaria*, cit., p. 754 ss.; v. tuttavia i rilievi di MIOLA, *La tutela dei creditori*, cit., p. 300, nt. 177.

⁽³²⁾ Sulla funzione segnaletica per i creditori, realizzata in particolare attraverso gli adempimenti pubblicitari richiesti agli amministratori dall'art. 2484, n. 4, c.c., al verificarsi dello scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, che altrimenti mancherebbe, cfr. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano 2000, p. 220 ss.; più in generale, sulla funzione svolta dal capitale sociale, di parametro certo da cui fare dipendere il sorgere di doveri qualificati degli amministratori, ci si permette di rinviare a MIOLA, *La tutela*, cit., 291 ss.; *Id.*, *Capitale sociale*, cit., p. 421 ss.

⁽³³⁾ Questo stante l'inattitudine del capitale sociale a segnalare tempestivamente situazioni di squilibrio finanziario in grado di provocare lo stato di insolvenza, anche se ancora non incidenti sulla consistenza patrimoniale della società; ed al contrario, il rischio di imporre ai soci operazioni di ricapitalizzazione, evitando la traslazione del rischio di impresa sui creditori, anche quando la capacità di adempiere della società non sia ancora compromessa (v. già G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 1**, 2004, p. 107 ss.; CASTELLANO, *Riserve*, cit., p. 78 ss., nei quali rif. storici e comparatistici; v. ora STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 609 ss., ove ampi rif.). Tuttavia, la sospensione è da ritenersi che non venga meno, qualora gli obblighi informativi siano stati già adempiuti prima del *dies a quo* previsto per la sua operatività; diversamente, v. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in *G. comm.*, 2013, I, p. 755 e p. 766, che sembrerebbe in questo caso ricavare anche l'inutilità della sospensione disposta dall'art. 182 *sexies*, atteso che la chiusura della procedura di regola è destinata ad intervenire (cfr. art. 181 l. fall.), prima del decorrere del termine — riferibile alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio dell'esercizio sociale successivo a quello in cui sono state accertate le perdite — da cui è destinato a scattare l'obbligo di riduzione del capitale ai sensi degli artt. 2446, comma 2° e 2482 *bis*, comma 4°, c.c. In effetti, in questi casi potrebbe ritenersi che nulla cambierebbe qualora i soci, a tale fine convocati, pure discutendo ed autorizzando un piano di concordato che preveda necessariamente interventi sul capitale sociale, non adottino alcuna decisione in relazione a quest'ultimo, riservandosi di decidere in proposito all'esito del concordato, e comunque entro i termini loro consentiti dalle norme ora citate (così, MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., 101 s.). Diversa è la questione, ed emerge pertanto l'utilità della sospensione, allorché la domanda di concordato venga presentata diverso tempo dopo che si sia verificata la perdita di oltre un terzo del capitale, o addirittura a ridosso dell'assemblea

Dalle norme la cui applicazione è conservata dall'art. 182 *sexies* emerge in particolare il potere attribuito all'assemblea, che come si è detto deve essere convocata « senza indugio » dagli amministratori, di adottare tempestivamente gli « opportuni provvedimenti », vale a dire le misure correttive volte ad evitare il peggioramento della situazione e che secondo la prevalente opinione presentano il contenuto più vario, oscillante tra le delibere in materia gestoria e la cessazione dell'attività di impresa⁽³⁴⁾, in dipendenza anche dal loro intervenire precedentemente o successivamente alla presentazione della domanda di concordato o di omologazione di accordo di ristrutturazione⁽³⁵⁾.

In questo contesto di ineludibile cautela gestionale indotto dallo stato di crisi⁽³⁶⁾, che comprende il dovere degli amministratori di verificare l'oppo-

chiamata questa volta necessariamente a deliberare la riduzione. Secondo la soluzione accolta, il meccanismo della sospensione si lascia sotto altro aspetto apprezzare proprio ove si consideri che i termini sopra indicati per procedere alla riduzione sono destinati a ricongiungersi ed a sommarsi, una volta chiusa la procedura, con il periodo intercorso precedentemente al *dies a quo* della sospensione.

(³⁴) I poteri attribuiti all'assemblea dall'art. 2446, comma 1° (e 2482 *bis*, comma 1°), c.c., anche quando riguardanti decisioni in tema di ristrutturazione della società, costituirebbero in questo caso una deroga all'esclusività della competenza gestoria degli amministratori nella s.p.a., quale risultante dagli artt. 2364, n. 5 e 2380 *bis* c.c., e questo in considerazione di uno spostamento delle competenze gestorie non scritte in situazioni di crisi, in favore dei soci, che attribuirebbe a costoro il potere non solo di decidere sulle proposte degli amministratori, ma anche di un'autonoma iniziativa in ordine alle misure per fare fronte alla crisi (cfr. NOBILI, *La riduzione di capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. 3, Torino 2007, p. 332 s.; PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, ivi, vol. 2, Torino 2006, p. 27 s.; DE LUCA, *Riduzione del capitale*, cit., p. 595 s.; *Id.*, *Le riduzioni del capitale*, cit., p. 522 ss.; VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., 69 ss.; in termini più ampi, per la loro riconduzione esclusivamente nel novero delle decisioni di natura gestoria, v. TETI, *Capitale nominale ed ordinamento delle società azionarie*, Napoli 1986, p. 17 ss.; a favore, invece, quanto meno di una competenza concorrente tra assemblea ed amministratori, v. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, cit., p. 352 s.; e per l'inquadramento tra le autorizzazioni previste dall'art. 2364, comma 1°, n. 5, c.c., svalutando la loro riconduzione alla competenza gestorie non scritte, v. GUERRERA, *sub art. 2446-2447*, in *Società di Capitali*, *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli 2004, p. 1203.

(³⁵) Nel caso in cui l'assemblea, convocata ai sensi dell'art. 2446, comma 1° (e 2482 *bis*) c.c. si svolga successivamente alla presentazione della domanda di concordato preventivo, è da ritenere che gli « opportuni provvedimenti » consistano nel recepire i contenuti del piano concordatario che siano riconducibili alla competenza dei soci (cfr. VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 89; GUERRERA, *Le competenze*, cit., p. 1126 s.), con specifico riferimento alle eventuali operazioni di ricapitalizzazione in esso previste (su cui v. *infra*, nt. 76).

(³⁶) È discusso se la presenza di perdite del capitale sociale tali da comportare la sua riduzione al di sotto del minimo legale, *ex art. 2447 c.c.*, faccia scattare di per sé obblighi di « cautela gestionale » a carico degli amministratori, consistenti in particolare nel monitorare costantemente la situazione finanziaria della società e nel divieto di compiere operazioni rischiose al fine di non aggravare le perdite, anche a prescindere dall'adempimento dei doveri previsti dallo stesso art. 2486, comma 1°, c.c., e dunque dal verificarsi di una causa di scioglimento della società (in senso positivo, v. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per*

tunità di procedere ad un risanamento ⁽³⁷⁾, si inseriscono, anche precedentemente all'introduzione della norma in commento, le domande di concordato preventivo anche « con riserva » o di omologazione di accordo di ristrutturazione, ovvero la proposta di accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, comma 6°, l. fall. Sotto questo aspetto, può ritenersi che l'art. 182 *sexies* recepisca l'orientamento prevalente nell'interpretazione delle norme in questione e dunque non comporti, a rigore, un loro stravolgimento, specie tenuto conto che nella normalità delle ipotesi l'omologazione del concordato, che contiene il piano finanziario attraverso cui porre rimedio alle suddette perdite, è destinata ad intervenire entro l'ambito temporale in cui è consentito, come dispongono gli artt. 2446, comma 1°, e 2482, comma 4°, c.c., di riportare « a nuovo » le perdite.

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. La ragione della mancata sospensione di questa disposizione è comprensibile, posto che la funzione vincolistica da essa svolta tende a tutelare i creditori sociali, e che la sopravvenuta possibilità di riattivare la distribuzione, laddove ai soci fosse consentito di procedere alla riduzione del capitale — pure se a condizione della definitiva sopportazione delle perdite verificatesi, sotto forma di ridotto valore della propria partecipazione — potrebbe aggravare la situazione finanziaria della società ⁽³⁸⁾. Per questo, qualora una delibera di distribuzione del dividendo

scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., p. 841; STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 610; v. anche App. Bologna 12 gennaio 2004, in *Società*, 2005, p. 37), e questioni analoghe si pongono a questo punto anche per le ipotesi di riduzione obbligatoria del capitale sociale. Sulla questione del sorgere di doveri qualificati degli amministratori, anticipatamente ed a prescindere dal verificarsi di una causa di scioglimento, v. *infra*, § 10.

⁽³⁷⁾ Sulla complessiva tematica dei doveri degli amministratori in prossimità della crisi, v. *infra*, § 10.

⁽³⁸⁾ Cfr. STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 657, il quale, anzi, non ravvisa nell'esigenza di evitare distribuzioni ai soci una valida giustificazione per disporre la sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale, nelle ipotesi di riduzione del capitale per perdite che non giungano al di sotto del minimo legale e nella quale dunque non sia richiesta la ricapitalizzazione, atteso il valore informativo che l'adeguamento della cifra del capitale nominale a quella del capitale « reale », per effetto della riduzione, presenterebbe per i creditori; v. anche Rossi, *La governance*, cit., p. 3. Ed in effetti, per l'opinione secondo cui la riduzione del capitale per perdite, inclusa quella obbligatoria, sia finalizzata esclusivamente a consentire ai soci di ripristinare la distribuzione di utili attraverso l'eliminazione delle perdite, cfr. FENGLI, *La riduzione del capitale. Premesse ad una ricerca sul capitale nelle società per azioni*, Milano 1974, p. 66 ss. Tuttavia, è preferibile ritenere che la ripristinata facoltà di distribuzione degli utili costituisca un effetto, e non la causa della riduzione stessa del capitale (cfr. DE LUCA, *Riduzione del capitale*, cit., p. 598 ss.; *Id.*, *Le riduzioni di capitale*, cit., p. 529 ss.): per cui, ferma rimanendo la funzione di tutela preventiva realizzata dal vincolo di indisponibilità degli utili (cfr. 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 *G. comm.*, 2002, I, p. 598), deve ritenersi che prevalga in queste circo-

fosse stata già adottata dall'assemblea, anche a seguito di una riduzione del capitale sociale, prima dell'operatività della sospensione disposta dall'art. 182 *sexies*, è da ritenere che spetti agli amministratori di evitare che si proceda ad una tale distribuzione, in considerazione del loro dovere di non pregiudicare la situazione della società in vista del tentativo di soluzione concordata della crisi ⁽³⁹⁾.

Altra questione concerne il ruolo rivestito dall'assemblea, convocata ai sensi dell'art. 2446, comma 1° (e dell'art. 2482 *bis*, comma 2°), c.c., in presenza di perdite del capitale sociale, ai fini della presentazione di una domanda di concordato preventivo (o di omologazione di accordo di ristrutturazione), tenuto conto che, a rigore, tale decisione non può ritenersi compresa tra gli « opportuni provvedimenti » che essa è chiamata ad adottare: in effetti, una risposta positiva in tale senso può provenire sicuramente in presenza di una clausola statutaria che — in deroga all'espressa attribuzione di tale competenza agli amministratori operata dall'art. 152, comma 2°, richiamato dall'art. 161, comma 4°, l. fall. — preveda il potere dell'assemblea di deliberare la proposta di concordato preventivo ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia, pure in mancanza di tale clausola può continuare a ritenersi, come sostenuto precedentemente alla modifica ora esposta ⁽⁴¹⁾, che spetti agli amministratori, ferma rimanendo la competenza loro assegnata dalle norme

stanze l'obiettivo di concentrare la tutela dei creditori secondo le modalità offerte dalle procedure di soluzione negoziata della crisi che si intende (anche) in questo modo incentivare.

⁽³⁹⁾ Cfr. ancora STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 657, ma per argomentare la non necessità di disporre della riduzione del capitale sociale in presenza di perdite di ammontare superiore ad un terzo.

⁽⁴⁰⁾ A favore di una previsione statutaria in tale senso, con specifico riferimento alla s.r.l., onde realizzare un coordinamento con la competenza assegnata ai soci dall'art. 2479, n. 5, c.c., v. GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 36 s.; GUERRERA, *Le competenze*, cit., p. 1129 s., seguiti da ARIANI, *Disciplina*, cit., p. 116, nt. 22; altrimenti, le competenze assembleari risulterebbero limitate: ed infatti, precedentemente alla riforma, v. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 387, ove si richiede l'inserimento all'o.d.g. della dizione « provvedimenti ex art. 2446 ». In questi casi, infatti, da un lato, gli amministratori potrebbero presentare autonomamente la domanda di concordato prima della delibera assembleare; dall'altro, l'assemblea, convocata genericamente ai sensi delle norme sulla riduzione del capitale per perdite, non potrebbe legittimamente deliberare sulla proposizione di tale domanda, in mancanza di uno specifico o.d.g., trattandosi di deliberazioni autonome rispetto a quella di ricapitalizzazione che poi in concreto non venga adottata. La previsione all'o.d.g. di una tale domanda potrebbe avere, inoltre, la finalità di prevenire le responsabilità degli amministratori, altrimenti scaturenti dall'art. 2385 c.c. (ma lo stesso vale per l'art. 2486 c.c.): cfr. il commento alle massime su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* », cit., § 4.

⁽⁴¹⁾ Sulla riconduzione agli « opportuni provvedimenti », di cui agli artt. 2446, comma 1° e 2482 *bis*, comma 1°, c.c., delle decisioni sui programmi di risanamento dell'impresa, ivi compresa la domanda di concordato preventivo, che addirittura gli amministratori non potrebbero porre in essere se « non abbiano ricevuto il preventivo consenso dei soci », v. ABBADESSA, *L'assemblea: competenze*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 3*, Torino 1994, 9 nt. 15.

ora menzionate ed anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 2364, n. 5, c.c. e dalla previsione in statuto di poteri di autorizzazione, di informare e di consultare preventivamente i soci in assemblea, sottoponendo alle loro valutazioni, anche se non vincolanti, le iniziative che essi intendono assumere ai fini del superamento della crisi e del risanamento della società, in specie quando risultino coinvolti i diritti di partecipazione in conseguenza della riduzione del capitale, in particolare per quanto riguarda la decisione ed i contenuti della domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione che è loro intenzione di presentare ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze*, cit., p. 320; GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., 36 s.; GUERRERA, *Le competenze*, cit., p. 1127 ss., nel quadro della non assoluta « autonomia » e « prevalenza » della disciplina concorsuale — *rectius*, di diritto societario della crisi — rispetto al diritto societario comune, e con specifico riferimento alle conseguenze, in termini di impugnabilità della delibera consiliare e di responsabilità degli amministratori, in caso di violazione del dovere di coinvolgimento dei soci; sulla questione, anche se ad altro titolo, ci si permette di rinviare a MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale ed autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 275 ss. Per una specifica argomentazione in questo senso, fondata sulla disciplina delle circostanze sopravvenute che possono determinare revoca o modificazione del mandato (art. 1710, comma 2°, c.c.), cfr. DE LUCA, *Riduzione del capitale*, cit., 567 e 596 nt. 117.; v. anche BOCCIO, *Gli accordi*, cit., p. 279 ss.; nonché, per osservazioni critiche e possibili correttivi circa lo spostamento a favore degli amministratori della competenza per la presentazione della domanda di concordato, con riferimento non solo alla s.r.l., ma anche alla s.p.a., v. GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 35 ss.; e con specifico riferimento alla « scissione » tra presentazione della domanda prenotativa e successiva proposta, nel concordato « con riserva », v. GUERRERA, *Le competenze*, cit., p. 1124 ss.; DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile riequilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccesso di formalismo)*, in *R. soc.*, 2013, spec. 1204 ss.). In effetti, possono essere ricomprese tra le materie c.d. di interesse primordiale dei soci le decisioni che attengono alla riorganizzazione dell'impresa in crisi, in quanto sono in grado di incidere sugli assetti proprietari e sulla posizione dei soci: cfr., per tutti, PORTALE, *Rapporti*, cit., p. 5 ss.; ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *R. soc.*, 2010, p. 269 ss., ove ampi rif.; e sulla questione specifica, v. STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 628 s., ove ult. rif.; e più in generale, sul rapporto tra l'assemblea e gli amministratori, v. anche MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *R. soc.*, 2013, p. 336 ss., spec. p. 398. È privo di dubbi, inoltre, che nel caso in cui il piano contempli operazioni di ricapitalizzazione (v. *infra*, nt. 76), così come più in generale operazioni a carattere riorganizzativo sul piano patrimoniale e finanziario e comunque destinate ad incidere sugli stessi assetti imprenditoriali, peraltro di regola preventivamente concordate con i soci, esse, se collegate alla decisione di accedere alla procedure di risanamento di competenza degli amministratori, dovranno essere realizzate previa apposita delibera assembleare, in quanto comportanti una modifica statutaria (cfr. DE LUCA, *Mantenimento del capitale nelle s.r.l. semplificate e in quelle in crisi*, in *Società*, 2013, p. 1188; ed ampiamente, GUERRERA, *Le competenze*, cit., p. 1128 ss.). Tuttavia, è da escludere che, al di fuori di tali ipotesi, le deliberazioni dell'assemblea in ordine alla presentazione delle domande *ex art.* 182 *sexies* possano ritenersi vincolanti: e ciò, da un lato, in considerazione dell'esigenza degli amministratori di esonerarsi dalla responsabilità di cui all'art. 2486 c.c., nel caso in cui sussistano fondate prospettive di risanamento; dall'altro, in caso contrario, stante l'opportunità di non ritardare la dichiarazione di fallimento sottoponendosi alla relativa responsabilità.

Resta inoltre fermo il dovere degli amministratori di presentare una domanda per le procedure sopraindicate anche qualora l'assemblea, a tale fine convocata, non abbia ancora provveduto, anche per effetto di condotte ostruzionistiche, a deliberare la riduzione del capitale, limitandosi a riportarle « a nuovo », ovvero abbia adottato una delibera di riduzione (e di reintegrazione) ritenuta da essi, tuttavia, insufficiente a scongiurare la crisi o il suo peggioramento, in quanto va ricondotto ai loro doveri qualificati il prevenire l'insorgere o l'aggravarsi della crisi ⁽⁴³⁾.

Nel caso di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, la sospensione è riferita in termini generali all'operatività delle disposizioni degli artt. 2447 c.c. per la s.p.a. e 2482 *ter* c.c. per la s.r.l.: pertanto, deve ritenersi che sia sospesa l'adozione dei provvedimenti previsti in tali norme come alternativi al verificarsi della causa di scioglimento e, più precisamente, di procedere alla riduzione del capitale nella misura necessaria per coprire le perdite ed il suo successivo aumento sino ad una cifra corrispondente al capitale minimo obbligatorio, ovvero alla trasformazione della società.

Più difficile è, tuttavia, ritenere che la sospensione ricomprenda anche gli obblighi informativi, che viceversa continuano a trovare applicazione nell'ipotesi di riduzione del capitale per perdite. Per quanto concerne la predisposizione di una situazione patrimoniale aggiornata, infatti, tale dovere è destinato ad operare anche in relazione alla riduzione del capitale *ex* artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., e questo proprio in virtù della sua espressa conservazione, ad opera dell'art. 182 *sexies*, in riferimento alla riduzione di cui agli artt. 2446 e 2482 *bis* c.c., i quali nel diritto societario comune fungono da disciplina generale delle riduzioni di capitale rispettivamente nella s.p.a. e nella s.r.l. ⁽⁴⁴⁾.

Riguardo alla mancata salvezza dell'obbligo degli amministratori di con-

⁽⁴³⁾ Questa circostanza dovrebbe servire a scongiurare la più complessa questione, concernente se, qualora l'assemblea convocata ai sensi dell'art. 2446 (e 2482 *bis*) c.c., oltre a non deliberare sulla riduzione (e l'eventuale reintegrazione) del capitale sociale, rigetti le altre misure ricomprese nella proposta di concordato già presentata dagli amministratori, costoro siano obbligati a ritirare tale domanda, con conseguente cessazione della sospensione disposta dall'art. 182 *sexies* (VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 90). In collegamento con quanto indicato nel testo, ed in specie in presenza di comportamenti ostruzionistici, per scongiurare i quali a ben vedere è stata attribuita loro la competenza a presentare la domanda di concordato, deve ritenersi che gli amministratori non siano esonerati dal verificare differenti soluzioni, e dall'integrare la proposta già presentata, al fine di adempiere il loro dovere sino a che non si maturino i presupposti addirittura per la presentazione di una domanda di fallimento. Sul tema dei doveri degli amministratori, v. *infra*, § 10.

⁽⁴⁴⁾ Per tale soluzione, fondata in via di principio sulla configurazione dell'art. 2447 c.c. come norma speciale rispetto all'art. 2446 c.c., onde l'applicazione delle sue prescrizioni ove non espressamente derogate, oltre che sulla maggiore importanza rivestita in questo caso dall'informazione da fornire ai soci, stante la gravità delle decisioni da adottare, v. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, cit., p. 376 e p. 387, ove ult. rif.; v. ora VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 100 s.; MONTAGNANI, *Disciplina*, cit., p. 756.

vocare « senza indugio » l'assemblea per adottare i provvedimenti previsti da tali norme, il che deve avvenire entro i trenta giorni fissati e sanzionati penalmente dall'art. 2631 c.c. o nel termine minore previsto in statuto, è probabile che essa sia dovuta esclusivamente alla frettevolezza dell'intervento normativo, che non ha provveduto ad isolare tale regola all'interno dell'unitaria statuizione dell'art. 2447 c.c., così come, invece, permette più agevolmente di effettuare l'art. 2446 c.c., grazie alla sua suddivisione in commi ⁽⁴⁵⁾.

Complessivamente può rilevarsi che, a fronte della sospensione dell'operatività degli artt. 2446 e 2447 (e 2482 *bis* e *ter*) c.c., non si rinvengono deroghe agli ordinari doveri gestori degli amministratori anche in ordine alla « conservazione dell'integrità del patrimonio sociale » (cfr. art. 2394 c.c.), ed ai conseguenti interventi miranti al recupero della situazione patrimoniale e finanziaria della società a tutela dei creditori: pertanto, sempre che non si siano ancora verificate le condizioni per l'operatività, e la corrispondente sospensione, dei doveri di gestione conservativa di cui all'art. 2486 c.c., si assiste piuttosto all'individuazione da parte del legislatore di ulteriori modalità, quali la presentazione delle domande o della proposta di cui all'art. 182 *sexies* ⁽⁴⁶⁾, attraverso cui, in alternativa o in correttivo degli interventi sul capitale sociale adottati dai soci, viene offerto agli amministratori di adempiere a tali doveri ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ In ogni caso, nel senso della sopravvivenza di tale dovere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 182 *sexies*, anche rispetto all'ipotesi di riduzione del capitale ai sensi degli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., v. la massima n. 1 su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* », cit.; v. anche STRAMPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 654; VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 134 s.; MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 101; in senso contrario, sembrerebbe, GUERRIERI, *Art. 182 sexies*, in *Comm. Maffei Alberti*^o, Padova 2013, p. 1295, che la ritiene non necessaria, anche qualora l'assemblea sia stata già convocata per la riduzione di capitale per perdite di oltre un terzo; cfr. anche Rossi, *La governance*, cit., p. 7, che argomenta dalla circostanza che le delibere di reintegrazione del capitale o di trasformazione della società, previste dagli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., non potrebbero essere adottate, stante la sospensione disposta dall'art. 182 *sexies*. In effetti, nulla esclude la facoltà dei soci di procedere in qualsiasi momento all'effettuazione delle operazioni sul capitale richieste dalla situazione, in specie ove ciò sia contemplato nel piano di concordato.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. il commento alle massime su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* », cit., § 1, che in questa prospettiva unifica le tre tipologie di situazioni, che sono contemplate dall'art. 182 *sexies* come produttive di effetti sospensivi, sotto l'etichetta di « domande protettive ».

⁽⁴⁷⁾ In particolare, si deve riconoscere la facoltà degli amministratori, in adempimento di tali doveri, di presentare le domande e la proposta di cui all'art. 182 *sexies*, ed in particolare una domanda di concordato preventivo o una domanda « protettiva » di omologazione di accordo di ristrutturazione, ricorrendo le fattispecie di cui agli artt. 2446-2447 (e 2482 *bis* e *ter*) c.c., ed al fine di ottenere la sospensione della causa di scioglimento, anche prima della riunione dell'assemblea convocata ai sensi di tali norme e senza quindi ottenere il coinvolgimento dei soci, oltre che successivamente, qualora essa non adotti gli « opportuni provvedimenti »; ed infine, qualora sia trascorso senza esito il termine di sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato ai sensi degli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. Addirittura, si

4. — 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 di cui all'art. 2545 *duodecies* per le società cooperative, norma di cui l'art. 182 *sexies* a sua volta dispone la sospensione, vale a dire lo scioglimento « per la perdita del capitale sociale » ⁽⁴⁸⁾.

Per comprendere ed inquadrare correttamente la portata di questa so-

può ipotizzare che, sempre nell'osservanza di tali doveri, agli amministratori sia consentito di presentare le domande in questione anche in presenza di una deliberazione assembleare di ricapitalizzazione, laddove costoro reputino quest'ultima di difficile esecuzione e/o vi sia urgenza di evitare il peggioramento della situazione patrimoniale della società (cfr. il commento alle massime su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* » cit., § 3).

⁽⁴⁸⁾ Con riferimento alle società cooperative, come è noto, l'art. 2545 *duodecies* c.c. omette di richiamare il dettato dell'art. 2484, n. 4, c.c., e contempla una distinta causa di scioglimento costituita dalla « perdita di capitale sociale », formula questa che è stata interpretata come destinata ad applicarsi alla sola ipotesi dell'azzeramento del capitale sociale e non anche alla sua riduzione al di sotto del minimo legale, stante l'assenza nelle cooperative di un capitale minimo e più in generale la vigenza del regime del capitale variabile, onde la sussistenza di limiti, se non addirittura di una assoluta preclusione, all'applicazione a tale tipo di società degli artt. 2446-2447 c.c., e quindi in particolare a delibere di riduzione e di successiva reintegrazione del capitale sociale (sul punto, per tutti, v. BASSI, *Delle imprese cooperative*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 1988, p. 799 s.; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 699; TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2011, p. 647 ss.; CUSA, *La riduzione del capitale nelle cooperative*, in *R. soc.*, 2010, p. 485 ss.). Tuttavia, fermo rimanendo che anche nelle società cooperative la sussistenza di un capitale minimo sarebbe ricavabile indirettamente, sulla base del numero minimo dei soci e del valore minimo delle quote fissati per legge (BONFANTE, *op. cit.*, 669), e che sarebbe possibile prevedere convenzionalmente un capitale minimo rispetto al quale opererebbero gli obblighi di riduzione (MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 105), ad accrescere l'incertezza depono il dettato letterale dell'art. 182 *sexies*, il quale, menzionando indifferenziatamente « la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4 e 2545 *quinquies* », sembrerebbe riferire anche alle cooperative l'ipotesi di uno scioglimento per la riduzione del capitale, e non solo per la sua (integrale) perdita. Inoltre, sempre sul piano formale, emerge un difetto di formulazione della norma in esame, posto che, mentre per le società di capitali viene richiamata specificamente la sola causa di scioglimento concernente le vicende del capitale sociale, vale a dire l'art. 2484, n. 4, c.c., per quanto riguarda le società cooperative viene menzionato 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 », aprendo così la strada ad una interpretazione « estrema », secondo cui per tali società la sospensione potrebbe valere per tutte le cause di scioglimento indicate dalla norma richiamata. Fermo rimanendo che la soluzione più tranquillizzante sul punto sia quella che, nel rispetto delle prevalenti interpretazioni della disciplina delle cooperative, la formula onnicomprensiva delle « riduzioni e perdite » del capitale sociale debba essere intesa come riferibile rispettivamente alle differenti discipline in materia delle società di capitali e delle cooperative, non sarebbe del tutto ingustificata, bensì aderente alle finalità della normativa in questione, un'interpretazione che ne consentisse l'applicazione

sospensione occorre tenere conto del fatto che la inoperatività della disciplina degli artt. 2447 e 2482 *ter*, c.c., per effetto della presentazione delle domande e della proposta in essa previste, rende *a fortiori* inoperativa la corrispondente causa di scioglimento della società, finendo per affiancarsi alle alternative già previste da tale norma, vale a dire l'aumento del capitale sociale a cifra non inferiore al minimo legale o la trasformazione della società ⁽⁴⁹⁾. Ciò soprattutto ove si tenga conto che, a seguito della riforma del diritto societario, lo scioglimento della società non è destinato ad intervenire automaticamente al momento in cui si verifica la riduzione del capitale sociale, ma solo a seguito della mancata adozione delle delibere per la sua reintegrazione o la trasformazione della società, le quali pertanto fungono a tutti gli effetti quali condizioni sospensive della causa di scioglimento ⁽⁵⁰⁾; e questo tanto più, in quanto spetta agli amministratori di accertare, ai sensi dell'art. 2485, comma 1°, c.c., il verificarsi di una causa di scioglimento, nel caso di specie conseguente alla mancata adozione da parte dell'assemblea dei rimedi sopra indicati, provvedendo all'iscrizione nel registro delle imprese del suo verificarsi quale condizione affinché si producano gli effetti dello scioglimento e si dia avvio al procedimento di liquidazione; e salvo che non si preferisca intraprendere una delle procedure di soluzione negoziata della crisi ⁽⁵¹⁾.

Naturalmente, nel sistema scaturente dalla riforma del diritto societario, l'intervenuta modifica delle condizioni di operatività della causa di scioglimento si accompagna alla responsabilità posta a carico degli amministratori dall'art. 2485 c.c. per il ritardo con cui esse procedono all'iscrizione della causa di scioglimento, in modo da neutralizzare possibili condotte dilatorie finalizzate a rinviare l'emersione della responsabilità conseguente allo svolgimento di una gestione non conservativa ed a sua volta disposta dall'art. 2486 c.c. In questo quadro si inseriscono, ricorrendone le condizioni, le domande e la proposta indicate dall'art. 182 *sexies*, quali condizioni per l'operare della sospensione disposta da tale norma, le quali dunque, nel sistema delineato dal legislatore, possono ricomprendersi a tutti gli effetti tra le ipotesi di sottrazione degli amministratori dalla responsabilità di cui all'art. 2485 c.c. e, soprattutto, come configurazione di un dovere di non continuare ingiustificatamente anche a situazioni di perdite di capitale che non giungono, tuttavia, al suo completo azzeramento.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1167 s.

⁽⁵⁰⁾ Su questa interpretazione, argomentata soprattutto dal dettato letterale dell'art. 2484, n. 4, c.c., ed alla salvezza di quanto disposto dagli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., v. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 7***, Torino 1997, p. 307 ss., ove la confutazione della differente tesi, volta a restringere l'operatività *ex lege* di tale causa di scioglimento in quanto mossa dall'obiettivo, invero non decisivo, di evitare ingiustificati ritardi da parte degli amministratori negli adempimenti richiesti da tale riduzione; v. anche VENTUROZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 109 ss.

⁽⁵¹⁾ V. ARIANI, *La disciplina*, cit., p. 117, ove ult. rif.; v. anche NICCOLINI, *La liquidazione delle società tra passato e presente*, in *G. comm.*, 2010, II, p. 517 ss.

la gestione della società senza adottare adeguate misure atte ad affrontare la crisi.

La questione si presenta, almeno attualmente, in termini differenti nell'ipotesi in cui la causa di scioglimento sia già intervenuta e sia stata formalmente accertata nei termini di cui si è detto, in quanto l'autonoma ipotesi di sospensione dell'applicazione dell'art. 2484, n. 4, c.c., disposta dall'art. 182 *sexies* l. fall., riprende la sua piena operatività. È questa, indubbiamente, l'ipotesi di sospensione più significativa e delicata, perché si è in presenza di una causa di scioglimento che è stata iscritta nel registro delle imprese e, tuttavia, viene resa inoperativa per effetto della presentazione delle domande previste da tale norma. Si tratta di stabilire, infatti, fino a quale 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 in questione⁽⁵²⁾; e soprattutto, la portata della sospensione deve essere ricostruita alla luce della più generale questione dei rapporti intercorrenti tra concordato preventivo — ed ora anche accordi di ristrutturazione — e procedimento di liquidazione, quali emergono dal vigente sistema concorsuale.

Va considerata in proposito la tendenza, risultante perfino con riferimento al fallimento — a seguito dell'eliminazione operata dalla riforma del diritto societario, ai sensi dell'art. 2484 c.c., della specifica causa di scioglimento della società su di esso fondata⁽⁵³⁾ — ma sostenibile *a fortiori* con riferimento al concordato preventivo⁽⁵⁴⁾, ad escludere il verificarsi dello scioglimento e

⁽⁵²⁾ Per queste ragioni, si è sostenuto che la sospensione della causa di scioglimento, ai sensi dell'art. 182 *sexies*, non possa più intervenire dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, dato che da essa discende l'operatività dello scioglimento anche nei confronti dei terzi, già prima dell'assemblea di cui all'art. 2487 c.c., e pertanto la società è da ritenere sia a tutti gli effetti entrata in stato di liquidazione (cfr. ARIANI, *Disciplina*, cit., p. 118 nt. 25). Va rilevato, comunque, come il rischio del preventivo verificarsi della causa di scioglimento risulti in concreto notevolmente ridotto, grazie alla possibilità di anticipare l'operatività della sospensione *ex art.* 182 *sexies* offerta dalla presentazione di una domanda di concordato « con riserva »: cfr. TOMBARI, *Principi e problemi*, cit., p. 1159, ed *infra*, § 5.

⁽⁵³⁾ Cfr. FERRI jr., *Fallimento e scioglimento delle società*, in *R. d. comm.*, 2009, I, p. 1 ss.; v. anche PLATANIA, *Le operazioni*, cit., p. 487 s., che tuttavia fa appunto salva, nel caso di fallimento, l'operatività della causa di scioglimento consistente nella riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, e di quella della sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, deducendo in questi casi il dovere degli amministratori, anche successivamente all'apertura della procedura, di iscrivere tale causa di scioglimento nel registro delle imprese.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso che l'ammissione al concordato preventivo, e così la chiusura della procedura ed il suo adempimento, non costituissero di per sé causa di scioglimento della società, salvo che non ricorresse autonomamente una delle cause di scioglimento previste dall'art. 2448, comma 1°, c.c., v. già NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 330; MAISANO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 64 ss.; NIGRO, *La società per azioni*, cit., p. 316 s.; NICCOLINI, *Scioglimento*, cit., p. 355 ss., ove ampi rif. E questo soprattutto tenuto conto che, nel concordato non meramente liquidatorio, non può più rinvenirsi una modalità di dissoluzione dell'impresa alternativa alla liquidazione volontaria, né tantomeno ravvisarvi, una volta eseguito il concordato con il completamento della liquidazione, il verificarsi di una

dunque a consentire la conservazione in vita della società non solo durante, ma anche successivamente all'esito del procedimento di soluzione concordata della crisi.

Tuttavia, per quanto riguarda la liquidazione della società può tutt'altro che ritenersi accolta dal nostro ordinamento, anche alla luce delle più recenti riforme e della stessa norma in commento, un'impostazione di netta separazione e di assoluta incompatibilità con il concordato preventivo e con gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Deve ritenersi, viceversa, che sussistono evidenti interferenze e sovrapposizioni, la cui portata deve essere specificamente esaminata. Basti pensare, come emerge dal generalizzato richiamo all'art. 2486 c.c. contenuto nel comma 2° dell'art. 182 *sexies*, da ritenere svincolato dalle vicende del capitale sociale⁽⁵⁵⁾, che tale norma non impedisce a rigore il verificarsi di una causa di scioglimento, in pendenza delle domande o dalla proposta in esso indicate, per vicende differenti dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale e rispetto alle quali la sospensione non sarà chiamata a trovare applicazione⁽⁵⁶⁾. Anzi, l'aver previsto la sospensione dell'operatività dello scioglimento della società esclusivamente per

causa di scioglimento per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (v. ancora MAISANO, *op. cit.*, p. 66. ss.).

⁽⁵⁵⁾ Sull'argomento, cfr. *infra*, § 7.

⁽⁵⁶⁾ In questi casi, fermo rimanendo che si tratta di cause di scioglimento differenti da quella di cui all'art. 2484, n. 4, c.c., si tratta di stabilire se, in caso di successivo accertamento di una riduzione o di una perdita del capitale sociale, debbano comunque trovare applicazione gli artt. 2446-2447 (e 2482 *bis e ter*) c.c., e dunque possa porsi anche la questione di una loro eventuale sopraggiunta sospensione. A questo riguardo, la soluzione in via di principio contraria all'applicazione di tali norme in presenza di uno stato di liquidazione (cfr. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 324; ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, Torino 1994, p. 150 ss.; più di recente, FERRI jr.-PAOLINI, *Riduzione del capitale per perdite e trasformazione di società in liquidazione*, in *R. d. comm.*, 2011, II, p. 79 ss ss., in nota a Trib. Milano 17 ottobre 2007), se può ritenersi fondata con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2447 (e 2482 *ter*) c.c., sull'assunto che le conseguenze cui essa conduce, e cioè lo stato di liquidazione, si sono già verificate, non esclude, fermo rimanendo in ogni caso la facoltà di deliberare la riduzione, che sussista un vero e proprio obbligo in proposito, nell'ipotesi di cui all'art. 2446 c.c.: e questo in quanto, lungi da una supposta inutilità dell'operazione, si troverebbe rafforzata l'esigenza di informazione a cui la riduzione del capitale è rivolta (cfr. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione*, cit., p. 457 ss.; sulla legittimità della riduzione del capitale per perdite deliberata in pendenza di liquidazione, v. Trib. Genova, (decr.), 29 giugno 2001, in *G. it.*, 2001, c. 566, nt. VIOTTI e Società, 2002, p. 490 nt. POLLIO). Precedentemente all'introduzione dell'art. 182 *sexies* l. fall., la compatibilità della domanda di concordato con lo stato di liquidazione della società, ed in particolare con i doveri degli amministratori scaturenti dall'art. 2486 c.c., è stata sostenuta, nel caso di concordato che prevedeva la continuazione dell'attività d'impresa, da Trib. Varese 30 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*. Nel senso della non necessità della messa in liquidazione della società, a seguito della sua ammissione a concordato preventivo, v. App. Milano 23 luglio 1990, in *Società*, 1991, p. 172. A favore della facoltà dell'assemblea di deliberare in via facoltativa lo scioglimento della società successivamente all'omologazione del concordato, escludendo ogni incompatibilità tra le due procedure anche nel caso di concordato con cessione dei beni, v. NIGRO, *La società per azioni*, cit., p. 337, ove rif.

tale causa con l'obiettivo, come si è precisato, di impedire ogni possibile incidenza delle vicende del capitale sociale sull'esito e sullo stesso avvio del tentativo di salvataggio dell'impresa che si intende realizzare attraverso il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, non fa che confermare la possibilità in radice di interferenze tra la liquidazione e le suddette procedure.

E così, nulla esclude che l'apertura della liquidazione della società preceda la domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e che sia già avvenuta la nomina dei liquidatori. In questo caso, è da ritenere che rientri nei poteri di costoro di presentare una domanda di concordato preventivo o di omologazione di accordo di ristrutturazione, procedimenti i quali dunque possono a tutti gli effetti intervenire in pendenza della liquidazione senza che si richieda preventivamente di procedere alla revoca di tale stato⁽⁵⁷⁾. Semmai, solo successivamente alla chiusura della procedura di soluzione negoziata della crisi si porrà la questione della necessità di una revoca della liquidazione⁽⁵⁸⁾.

Nel caso, viceversa, in cui l'apertura della liquidazione non sia ancora avvenuta, spetterà agli amministratori di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese del verificarsi di una causa di scioglimento diversa da quella di cui all'art. 2484, n. 4, c.c., ed al contempo di gestire la società secondo i criteri di cui all'art. 2486 c.c., ed in questo contesto di presentare le domande o la proposta di cui all'art. 182 *sexies*, mentre può dubitarsi che essi debbano convocare l'assemblea per la nomina dei liquidatori⁽⁵⁹⁾. Infatti, in questo caso è da ritenere che presenti carattere assorbente l'avvio della procedura di soluzione concordata della crisi, rispetto alla quale risulterebbe 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 il limite dei poteri di autorizzazione degli organi della procedura e salvo le responsabilità conseguenti alla violazione dell'art. 2486 c.c.

È evidente che in questi casi potrebbero riproporsi gli ostacoli — nella

⁽⁵⁷⁾ Cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi*, cit., p. 38, con specifico riferimento anche alla compatibilità tra concordato preventivo con continuità aziendale ed esercizio provvisorio dell'impresa disposto nell'ambito della liquidazione, ai sensi dell'art. 2487, comma 1°, lett. c), c.c., ai fini della conservazione del valore economico dell'impresa ed in funzione del migliore realizzo; in questi termini, v. anche GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 41 ss.; diversamente, v. ROSSI, *La governance*, cit., p. 8 s., per l'incompatibilità tra stato di liquidazione e piano che preveda una continuità aziendale c.d. soggettiva, comportante la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore. Tuttavia, a parte che l'art. 182 *sexies* non preclude in via di principio il verificarsi di una differente causa di scioglimento e quindi non rimuove del tutto gli eventuali ostacoli, posti da uno stato di liquidazione che non sia stato volontariamente deliberato dai soci, al libero dispiegarsi dei contenuti di un piano di concordato in specie con continuità aziendale, nulla esclude che proprio in considerazione dell'intervenuta definizione del piano di risanamento, a seguito dell'approvazione dei creditori e dell'omologazione, possa pervenirsi alla revoca della liquidazione.

⁽⁵⁸⁾ V. *infra*, § 5.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. PLATANIA, *Le operazioni*, cit., p. 489.

pianificazione dei concordati a carattere non meramente liquidatorio ma richiedenti operazioni più complesse di riorganizzazione e di recupero della redditività, ed in particolare del concordato « con continuità aziendale » — posti dall'operatività del dovere di gestione conservativa disposto dall'art. 2486 c.c. ⁽⁶⁰⁾: il che risulta ancora più significativo, laddove si ritenesse di ricondurre alla causa di scioglimento per impossibilità sopravvenuta di conseguimento dell'oggetto sociale anche le situazioni di squilibrio finanziario ⁽⁶¹⁾.

Stante queste premesse generali, deve ammettersi che anche con riferimento alla causa di scioglimento per perdita di capitale non vi sia incompatibilità di fondo tra stato di liquidazione ed ammissione a concordato preventivo o ad accordo di ristrutturazione, sempre a condizione che alla perdita di capitale si affianchi uno stato di crisi ⁽⁶²⁾. La sospensione della liquidazione, per effetto delle domande o della proposta di cui all'art. 182 *sexies*, potrà avvenire qualunque sia lo stadio a cui il procedimento sia pervenuto ⁽⁶³⁾, senza

⁽⁶⁰⁾ V. *retro*, § 1 e 2. E ciò tenuto conto che, anche quando venga previsto, ai sensi dell'art. 2487, comma 1°, lett. c), c.c., l'esercizio provvisorio, questo è rivolto al migliore realizzo dell'attivo e quindi potrebbe risultare in conflitto con le misure richieste per il risanamento (cfr. MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 128; sulla compatibilità tra stato di liquidazione con continuazione dell'attività di impresa e concordato preventivo, v. Trib. Varese 30 giugno 2012, cit.). Tuttavia, proprio questo rischio viene superato nell'ipotesi, che è ovviamente in concreto quella più frequente, in cui la procedura di risanamento si affianchi ad una liquidazione della società scaturente dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale.

⁽⁶¹⁾ La questione risulterebbe diversamente risolta, laddove si ritenesse di generalizzare la sospensione della disciplina dello scioglimento e liquidazione di s.p.a. disposta dall'art. 182 *sexies*, in quanto enunciazione di un « principio generale di "diritto societario della crisi" » (TOMBARI, *Principi e problemi*, cit., p. 1161, cors. nell'originale), alla semplice presentazione delle domande o della proposta di cui al menzionato articolo. La soluzione, pure se avrebbe il vantaggio di scavalcare il tema dell'applicazione o meno in via analogica di tale norma alle altre cause di scioglimento, lascia impregiudicata la questione a monte se la situazione di squilibrio finanziario costituisca una causa di scioglimento, di cui quindi stabilire la rilevanza ai fini dell'art. 182 *sexies*: v. anche *infra*, § 10.

⁽⁶²⁾ Sui rapporti tra la causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, lo stato di insolvenza e lo stato di crisi, v. MIOLA, *La tutela dei creditori*, cit., p. 309 nt. 206, ove ult. rif.; v. anche DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1167; VENTUROZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 133 ss.; e sugli orientamenti della giurisprudenza precedenti all'introduzione dell'art. 182 *sexies*, v. *retro*, § 2).

⁽⁶³⁾ Si tratta dell'interpretazione più logica e coerente con il dettato normativo che sia ipotizzabile, per quanto concerne l'ambito di operatività della sospensione in questione, posto che, come si è detto, di una causa di scioglimento può parlarsi solo a seguito della sua intervenuta iscrizione nel registro delle imprese. Non presenta un'autonoma rilevanza, di conseguenza, l'ipotesi in cui la causa di scioglimento sia già intervenuta, ma essa ancora non sia stata iscritta, in quanto in questo caso si rientra ancora nell'ambito di operatività della sospensione dell'applicazione dell'art. 2447 c.c., e dunque degli obblighi di riduzione e di successiva ricapitalizzazione in essa previsti: pertanto, gli amministratori si trovano nella situazione in cui, anziché procedere nel formalizzare la causa di scioglimento, possono decidere di presentare le domande e la proposta avvalendosi della sospensione dell'operatività degli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., di cui all'art. 182 *sexies* l. fall., senza che possa porsi la

conquesto che debba procedersi alla revoca dello stato di liquidazione e tanto meno che, per effetto della sospensione, possa configurarsi una revoca *ex lege* dello stesso ⁽⁶⁴⁾, e dunque, sia che la nomina dei liquidatori ancora non sia intervenuta ⁽⁶⁵⁾, sia, viceversa, che essa sia già avvenuta e l'iniziativa per l'apertura della procedura sia assunta da costoro ⁽⁶⁶⁾.

questione di una revoca, in questo modo operata, dello stato di liquidazione: cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi*, cit., p. 37; BRIOLINI, *La gestione dell'impresa azienda e la conduzione della società nelle procedure di composizione negoziata delle crisi*, Università « G. d'Annunzio », Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali, *Working Papers* n. 1/2013, p. 8, nt. 12; *contra*, ARIANI, *La disciplina*, cit., p. 117, per il quale di sospensione della causa di scioglimento potrebbe parlarsi solo in tale circostanza (v. anche la nt. succ.).

⁽⁶⁴⁾ In questo senso, v. BRIOLINI, *La gestione*, cit., p. 9, sull'assunto del conflitto che potrebbe altrimenti innestarsi, a seguito dell'opposizione dei creditori alla revoca della liquidazione, tra istituti societari e fallimentari, conflitto il cui superamento, come si è accennato (*retro*, § 1), rientra nei criteri interpretativi del diritto societario della crisi; e sempre secondo questa logica deve essere spiegato l'altro argomento addotto per escludere il ricorrere di una revoca dello stato di liquidazione, e facente leva sulla prevalenza attribuita *ex lege* alla scelta di avvalersi di una delle procedure di soluzione concordata della crisi, che presenterebbe carattere assorbente rispetto alla delibera dei soci di revoca della liquidazione; a favore della necessità della revoca, invece, v. BOGGIO, *Amministrazione*, cit., p. 365 nt. 38.

⁽⁶⁵⁾ In questi termini si pone l'opinione, secondo cui qualora la sospensione del procedimento di liquidazione intervenga successivamente all'iscrizione della causa di scioglimento, ma non sia ancora avvenuta la nomina dei liquidatori, permane l'obbligo dell'assemblea di procedere a tale nomina (cfr. ARIANI, *Disciplina della riduzione*, cit., p. 118, seguito da VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 136), salvo che non si ritenga di procedere alla revoca della liquidazione (*contra*, D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 4, configurando una sorta di revoca tacita dello stato di liquidazione rispetto alla quale, pure se destinata ad operare sulla sola iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento, allo stato intervenuta, non si può prescindere dalle osservazioni esposte all'inizio di questa nota).

⁽⁶⁶⁾ In questo senso, come si è già affermato per le altre cause di scioglimento, e ferma rimanendo la sospensione dell'applicazione dell'art. 2486 c.c., coesisteranno con il concordato preventivo e con gli accordi di ristrutturazione le norme che disciplinano i poteri, i doveri e le responsabilità dei liquidatori, le quali dovranno essere interpretate alla luce del dovere di porre in essere gli atti e le operazioni richieste dal piano scaturente dalla procedura adottata. E questo anche sull'assunto secondo cui non risulta estraneo di per sé al procedimento di liquidazione il compimento di attività a carattere non meramente liquidatorio, nel caso in cui sia intervenuta l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, ai sensi dell'art. 2487, comma 1°, lett. c), c.c. (sul punto, da ult., A ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano 2013, p. 162 ss.). Rimarrà, pertanto, formalmente aperta la procedura di liquidazione, la quale dovrà essere revocata solo qualora, a seguito dell'omologazione del concordato, risulti eliminata la causa di scioglimento da cui era stata provocata, e dunque la perdita di capitale o altra, fermo rimanendo che prima di questa circostanza l'assemblea in qualsiasi momento potrà facoltativamente adottare una delibera di riduzione e reintegrazione del capitale sociale (v. anche *infra*, § 5), la quale, comportando l'eliminazione della causa di scioglimento, consentirà la revoca dello stato di liquidazione ai sensi dell'art. 2487 *ter* c.c. Stante ciò, sembra improponibile a rigore un'equiparazione tra la sospensione della causa di scioglimento e la vera e propria eliminazione della stessa, da cui dipende la revoca dello stato di liquidazione (in questo senso, v. BRIOLINI, *La gestione*, cit., p. 9; TOMBARI, *Principi e pro-*

In questo caso, deve ritenersi che l'ambito della sospensione si ricolleggi alla maggiore o minore tempestività degli amministratori nel presentare la domanda di concordato, anche « con riserva », la cui ricomprensione nell'art. 182 *sexies* dimostra proprio in queste circostanze la sua utilità⁽⁶⁷⁾, ovvero la proposta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall., in funzione protettiva⁽⁶⁸⁾, ed all'incentivo che essi hanno in tale senso, in considerazione della responsabilità che altrimenti potrà a loro carico scaturire, in particolare ai sensi dell'art. 2486 c.c., ma anche dello stesso art. 2485 c.c.; ed ancora, ai sensi dell'art. 2394 c.c., qualora in mancanza ne discenda addirittura l'insufficienza del patrimonio attivo a soddisfare i creditori, e dunque una situazione di vero e proprio sbilancio: il ritardo nella presentazione delle domande destinate a sospendere l'operatività della causa di scioglimento non potrebbe, infatti, in alcun modo, sanare le responsabilità sorte nel frattempo ai sensi delle norme qui menzionate⁽⁶⁹⁾.

Ad ulteriore conforto di questa interpretazione si pone l'ultimo periodo dell'art. 182 *sexies*, comma 2°⁽⁷⁰⁾, in quanto l'apposita delimitazione che esso effettua dell'operatività dell'art. 2486 c.c., sino al deposito delle domande o della proposta, presuppone che le condizioni affinché essa trovi applicazione siano già intervenute in precedenza e dunque sia stata effettuata l'iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento, essendo in mancanza destinata ad operare a carico degli amministratori solo la responsabilità di cui all'art. 2485 c.c.

Attraverso questa sospensione si consente comunque, come si è già accennato ed è negli obiettivi della norma, di svincolare la gestione dell'impresa dai limiti posti dall'art. 2486 c.c., quando questo sia « funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori » (art. 186, comma 2°, lett. *b*, l. fall.), fermo restando il dovere degli amministratori di procedere all'esecuzione del piano

blemi, cit., p. 1159; nel senso della possibile assimilazione tra le due situazioni, D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 4, su cui le riserve di MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 126 s., e nt. 44). Sulla revoca dello stato di liquidazione, in generale, v. NICCOLINI, *La « revoca dello stato di liquidazione » delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 4, Torino 2007, p. 31 ss.

⁽⁶⁷⁾ V. *infra*, § 5.

⁽⁶⁸⁾ Sulle modalità con cui sono destinate ad operare le sospensioni disposte dall'art. 182 *sexies* rispetto agli accordi di ristrutturazione, con un ventaglio delle ipotesi configurabili in relazione allo sviluppo ed all'esito del procedimento, v. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 322 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. il commento alle massime su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* », cit., § 3, ove si individua nella possibilità di presentare la domanda di concordato « con riserva » un ulteriore strumento offerto dal legislatore agli amministratori per delimitare tempestivamente le proprie responsabilità, pure se, di converso, con il rischio di domande improvviste ed intempestive. Sul punto, v. MONTAGNANI, *Disciplina*, cit., p. 771; VENTURUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 13; ROSSI, *La governance*, cit., p. 14.

⁽⁷⁰⁾ Su cui v. *infra*, § 7.

di concordato o dell'accordo di ristrutturazione omologato, e nel primo caso anche sotto il controllo degli organi della procedura ⁽⁷¹⁾.

È evidente, in altri termini, l'intervento operato dal legislatore, attraverso la sospensione disposta dall'art. 182 *sexies* della causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, nell'ampliare le alternative che si offrono per fronteggiare tale situazione: il che si realizza configurando un *favor*, nel pieno spirito delle regole di diritto societario della crisi, per le soluzioni rivolte al risanamento rispetto a quelle comportanti la messa in liquidazione della società — *rectius*, al dovere degli amministratori quanto meno di richiedere all'assemblea di deliberare lo scioglimento volontario della società — quale tecnica, quest'ultima, per affrontare tempestivamente la crisi di impresa nella prospettiva dell'integrale soddisfazione dei creditori sull'attivo residuo ⁽⁷²⁾. Anche l'effetto sospensivo, con riferimento all'art. 2486 c.c., è destinato ad operare sino alla chiusura delle procedure contemplate dall'art. 182 *sexies*, a seguito della quale, ricorrendone le condizioni, la norma riprenderà a trovare applicazione.

5. — La sospensione dell'applicazione delle norme sulla conservazione del capitale sociale è configurata dall'art. 182 *sexies* come avente durata temporale, pure se fissabile solo per *relationem*: precisamente, essa è destinata ad operare sino alla data di pubblicazione del decreto di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione ⁽⁷³⁾.

In effetti, potrebbe ritenersi a rigore che, terminata la procedura con

⁽⁷¹⁾ Cfr. D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 4. Sulla portata di questa formula e sulla sua possibile utilizzazione per definire i criteri di gestione dell'impresa in pendenza di ristrutturazione, v. ROSSI, *La governance*, cit., p. 15 ss.

⁽⁷²⁾ Per una tale lettura della finalità dello scioglimento della società, in questo caso, sulla scia del diritto comunitario (su cui v. *infra*, § 8 e 9), v. MIOLA, *La tutela dei creditori*, cit., p. 308 ss.; v. anche GALLETTI, *L'insorgere della crisi ed il dover essere nel diritto societario: obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *www.ilfallimentarista.it*, p. 14 s.

⁽⁷³⁾ La questione se il termine *ad quem* si estenda sino a ricomprendere anche le eventuali opposizioni al decreto di omologazione, e dunque operi sino al passaggio in giudicato di quest'ultimo, merita di essere risolta, nel silenzio in proposito della norma, in senso negativo (cfr. D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 5; RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., 673; RANALLI, *Art. 182 sexies*, cit., p. 2241; e con riferimento agli accordi di ristrutturazione, MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 100, onde evitare anche le conseguenze dell'estensione dell'effetto sospensivo di cui all'art. 182 *sexies* l. fall., in caso di accordi la cui efficacia resti sospesa al passaggio in giudicato del decreto che dispone la loro omologazione), e ciò non solo in considerazione dell'efficacia che il decreto di omologazione presenta pure se in pendenza di impugnazione, e dunque anche con riferimento alle operazioni di riequilibrio finanziario contemplate dall'accordo e per la cui definizione sia stata prevista la sospensione delle regole sulla riduzione del capitale sociale (VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 91), quanto perché altrimenti si offrirebbe un'ingiustificata modalità per procrastinare quegli interventi sul capitale sociale che proprio dal concordato o dall'accordo di ristrutturazione discendono ed attendono di essere eseguiti.

l'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, cessi anche la funzione del periodo di sospensione disposto dall'art. 182 *sexies*, e pertanto riprenda 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 la chiusura della procedura ed il completamento dell'esecuzione del concordato — laddove persistano le condizioni previste dagli artt. 2446 e 2447 (nonché 2482 *bis* e *ter*, c.c., ed a maggior ragione ricorra la causa di scioglimento dell'art. 2484, comma 1°, n. 4, c.c.) — gli opportuni rimedi previsti dal diritto societario: e precisamente, deliberare la riduzione del capitale e se necessario procedere alla sua reintegrazione o alla trasformazione del tipo di società, pena altrimenti la reviviscenza dalla causa di scioglimento e del procedimento di liquidazione nello stadio in cui era stato lasciato ⁽⁷⁴⁾.

Questo sull'assunto che un'eventuale deroga alle previsioni sul capitale minimo obbligatorio, prevista o comunque scaturente dal piano del concordato o dall'accordo di ristrutturazione — che consenta alla società di continuare ad operare secondo il medesimo tipo sociale ma priva del capitale minimo per esso richiesto, sino alla conclusione dell'esecuzione del piano, termine in cui dovranno condursi le opportune verifiche — pure se vincolante per tutti i creditori anteriori, risulterebbe pregiudizievole per gli eventuali creditori successivi ⁽⁷⁵⁾: con ciò riproponendosi, in sostanza, il tema dell'imperatività delle

⁽⁷⁴⁾ Cfr. DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1168, che respinge la diversa scadenza identificata nella data in cui viene accertata la completa esecuzione del concordato, ai sensi dell'art. 185 l. fall. Così come, soprattutto in passato, non era da escludere che le modalità di esecuzione del concordato, in specie con cessione dei beni, provocassero *ex novo* l'emergere di una causa di scioglimento, in specie per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: cfr. MAISANO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 74 ss.; MACCHIA, *Delibera di ricapitalizzazione della società dopo l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fallimento*, 1991, p. 173 ss. È da ritenere che, ai fini del rispetto dell'ambito temporale entro cui l'art. 2446, comma 2°, c.c. consente di riportare le perdite « a nuovo », non debba tenersi conto del periodo in cui ha operato la sospensione dell'applicazione di tali regole e dunque è intervenuta la procedura di soluzione negoziata della crisi, proprio in quanto non sono distinguibili tra di loro gli effetti della sospensione (diversamente, v. VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 90). Sull'irrilevanza, ai fini di quanto disposto dall'art. 182 *sexies*, dell'eventuale ulteriore fase di impugnazione del decreto di omologazione, v. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., p. 673.

⁽⁷⁵⁾ In questo senso, D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 5; STRAMPPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 653 ss.; TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano 2012, 18 nt. 45; v. anche la massima n. 3 su « *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto* », cit., a mente della quale « *con l'omologazione del concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis, comma 4°, 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* ».

regole sulla conservazione del capitale sociale al di fuori degli esoneri espressamente disposti dal legislatore.

Non è escluso comunque che i soci possano decidere in qualsiasi momento la riduzione del capitale e se del caso anche la sua ricapitalizzazione, sia nella fase dell'esecuzione, sia nel corso della procedura in cui opera la sospensione disposta dall'art. 182 *sexies*, dato che tale previsione, come è stato correttamente osservato, non sopprime del tutto la loro facoltà di procedere comunque in tale senso ⁽⁷⁶⁾; ma, in quest'ultimo caso, senza la necessità di deliberare preventivamente la riduzione del capitale ai sensi degli artt. 2446 e 2447 (e 2482 *bis* e *ter*) c.c. ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 6, il quale aggiunge che ciò vale tanto più, ovviamente, se l'eliminazione delle perdite attraverso la riduzione del capitale risulti necessaria, in quanto ricompresa nella proposta di concordato preventivo che preveda l'effettuazione di un aumento di capitale destinato a soddisfare le esigenze finanziarie poste dal concordato; v. anche DE LUCA, *Manutenzione*, cit., p. 1188.; VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., 89; e già NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 330. Con riferimento alle modalità di esecuzione delle operazioni di ricapitalizzazione, le relative delibere, sia assunte precedentemente alla domanda di concordato, sia successivamente, sono configurate di regola come sospensivamente condizionate alla presentazione della stessa o all'omologazione del concordato: v. GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 63 ss.; TRIMARCHI, *Le riduzioni del capitale*, cit., p. 328; sull'ammissibilità di una sottoscrizione dell'aumento non contestuale, anche in caso di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, v. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 401 ss.; ult. rif. in MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 95 nt. 39. A questa impostazione prestano adesione anche le *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, elaborate dal CNDCEC e dall'Università di Firenze, ed. 2010, *Raccomandazione n. 6*, p. 21 s., le quali tuttavia, in presenza di una riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, stabiliscono che il piano può essere posto in esecuzione solo se il capitale sociale sia stato riportato al minimo legale, sull'assunto che « il risanamento economico e finanziario può avvenire solo in un contesto di corretta gestione societaria, pena la sua contestabilità *ex post* e la responsabilità di chi lo ha tentato », specificandosi al riguardo che, sino all'intervenuta esecuzione dell'aumento o all'eliminazione della perdita con altre modalità, gli amministratori dovranno gestire la società secondo i criteri conservativi di cui all'art. 2486 c.c. Viceversa l'art. 182 *sexies* è intervenuto proprio nel recidere ogni legame tra consistenza del capitale sociale e contenuto dei vincoli gestori a carico degli amministratori. In questo quadro, giova sottolineare come le modalità della ricapitalizzazione, in quanto rivolte a realizzare nella maggiore varietà possibile di forme la ristrutturazione del debito, possono essere congegnate, ai sensi dell'art. 160, comma 1°, lett. a), l. fall., in modo da favorire l'ingresso nel capitale da parte di terzi, ed in specie dei creditori, a seguito della conversione del loro credito in capitale di rischio (a tale riguardo, cfr. FERRI jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *R. d. comm.*, 2006, I, p. 747 ss.; FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *R. soc.*, 2010, p. 57 ss.; D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra par condicio creditorum e principio di eguaglianza tra soci*, *ivi*, 2011, p. 852 ss.; CARRIERE, *Dal Merger leveraged Buy Out al (De-merger) Deleveraged Sell Out: la « conversione » dei crediti nelle operazioni di ristrutturazione*, in *Società*, 2012, p. 278 ss.

⁽⁷⁷⁾ Giova, infatti, rilevare come l'esigenza correttamente sostenuta in passato (GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali*, cit., p. 63 ss.), della successiva attivazione del procedimento di riduzione del capitale per le operazioni di ricapitalizzazione che intervengono nel corso della procedura di concordato, se non addirittura prima di accedere ad essa, dato che

Tuttavia, a tale riguardo può continuare a valere la prevalente opinione, sostenuta in passato, secondo cui l'esigenza di tali operazioni dovrà essere valutata alla luce della situazione patrimoniale e finanziaria esistente alla chiusura delle procedure e nell'ambito del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, il quale conterrà precise indicazioni sulle modalità mediante cui pervenire, anche grazie all'effetto esdebitativo, alla ricostituzione dell'equilibrio patrimoniale, a seguito sia della ristrutturazione dei debiti con parziale remissione attraverso la loro riduzione alla percentuale prevista nel concordato, sia dell'incremento contabile dell'attivo netto conseguente in particolare alla conversione dei crediti in capitale di rischio o alla liquidazione dell'attivo ⁽⁷⁸⁾.

Vicende, queste, configurabili alla stregua di sopravvenienze patrimoniali attive, in grado di ridurre o di eliminare del tutto le perdite che finirebbero per risultare dalla situazione patrimoniale aggiornata ad epoca successiva all'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, da presentare all'assemblea chiamata ad intervenire sul capitale sociale, eliminando così alla radice il bisogno di tali misure ⁽⁷⁹⁾. Ragione per cui un'esigenza di procedere alla formale riduzione del capitale ed alla sua eventuale ricapitalizzazione si porrà solo, oltre che ove previsto come modalità di esecuzione del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, allorché all'esito del concordato queste condizioni non si verifichino e pertanto la perdita non risulti diversamente ripianata ⁽⁸⁰⁾.

l'effetto di esdebitazione ad esso ricollegabile è destinato ad essere conteggiato solo alla conclusione della procedura, risulta derogata nell'ipotesi in cui la ricapitalizzazione operi in pendenza del periodo di sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale disposti dall'art. 182 *sexies* (v. PASQUARIELLO, *Alcune rilevanti novità legislative e giurisprudenziali: contributo allo studio sulla funzione del capitale sociale*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2013, p. 1122). Viceversa, la questione non si porrebbe nell'ipotesi in cui la reintegrazione intervenga nella fase dell'esecuzione, anche se sia stata deliberata precedentemente, in quanto essendo cessata la sospensione disposta dall'art. 182 *sexies* riprende vigore l'obbligo di preventiva riduzione del capitale.

⁽⁷⁸⁾ V. *retro*, § 2.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. ARIANI, *Disciplina*, cit., p. 119 s., che richiama a tale fine gli orientamenti della Suprema Corte sulla possibilità di conteggiare gli utili di periodo ai fini della riduzione del capitale per perdite; PLATANIA, *Le operazioni*, cit., p. 489; a mente del quale « la ricostituzione del capitale minimo può conseguire naturalmente dall'esecuzione del concordato »; STRAMPPELLI, *Capitale sociale*, cit., p. 659; D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 5 s.; DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1169; VENTORUZZO-SANDRELLI, *La riduzione del capitale*, cit., 135; Trib. Ancona 12 aprile 2012, cit.; v. già, NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, cit., p. 330 nt. 124. Si pone la questione, viceversa, se, qualora la sospensione inizi a decorrere quando la liquidazione è già stata avviata, sia necessario, nonostante l'intervenuta eliminazione delle perdite ad opera del concordato, procedere ad una formale revoca della liquidazione (precedentemente all'introduzione dell'art. 182 *sexies*, v. MIOLA, *La tutela dei creditori*, cit., p. 311 s. e nt. 212; v. anche *retro*, nt. 64).

⁽⁸⁰⁾ E questo, soprattutto tenuto conto che le differenze tra le due impostazioni sopra delineate sono prevalentemente apparenti, in quanto la situazione finanziaria scaturita dal concordato emerge con chiarezza all'esito della procedura, trattandosi solo di dare ad

Ed infatti, risulterebbe alquanto incoerente che l'ordinamento accordi una sospensione delle regole del capitale sociale prima che i piani rivolti al superamento di questa situazione ricevano le opportune verifiche, l'approvazione dei creditori e l'omologazione dell'autorità giudiziaria — e dunque sulla base dei meri impegni contenuti nel piano ed addirittura, nel concordato in bianco, in assenza degli stessi — ed invece cessi ogni moratoria durante il periodo in cui si procede all'esecuzione delle misure a tale fine predisposte, fermo rimanendo i compiti di monitoraggio e le responsabilità nel caso di tardiva, incompleta o inesatta esecuzione del piano predisposto.

Deve essere altresì ricondotta alle finalità complessivamente perseguite dalla norma in commento, la delicata questione delle conseguenze che scaturiscono dalle vicende patologiche che colpiscono le procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione. Il che può avvenire allorché la proposta di concordato sia dichiarata inammissibile (art. 162 l. fall.); ovvero il decreto di ammissione alla procedura sia successivamente revocato (art. 173 l. fall.), non vengano raggiunte le maggioranze richieste (art. 179 l. fall.), ed infine, il giudizio di omologazione si concluda negativamente con il conseguente rigetto della proposta di concordato (art. 180, comma 7°, l. fall.)⁽⁸¹⁾.

Evidentemente, tali vicende producono un effetto, speculare a quello « positivo » costituito dall'intervenuta omologazione e previsto dall'art. 182 *sexies*, e precisamente di fare cessare il periodo di operatività della sospensione delle norme sulla riduzione del capitale sociale, anche qualora la cessazione della procedura sia accompagnata dalla dichiarazione di fallimento della società⁽⁸²⁾. Tuttavia, è più delicato stabilire se da questo possa discendere una decadenza in via retroattiva dal beneficio della sospensione disposto dall'art. 182 *sexies*, in specie in considerazione, almeno in talune ipotesi, dell'accertata assenza *ab origine* delle condizioni richieste per la presentazione della

essa esecuzione nelle forme e nei tempi stabiliti dai piani a tale fine predisposti. In questo senso, v. anche la *Relazione* al d.l. 83/2012, cit., a mente della quale « naturalmente, al momento dell'omologazione gli obblighi di capitalizzazione saranno evasi proprio per effetto del piano o dell'accordo di ristrutturazione ».

⁽⁸¹⁾ A queste si aggiungono, per l'accordo di ristrutturazione, l'esito negativo del giudizio di omologazione e, per la proposta di accordo *ex* art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall., il rigetto da parte del Tribunale dell'istanza di sospensione delle azioni esecutive o di mancato deposito entro il termine previsto dell'accordo di ristrutturazione comprensivo della relazione del professionista (D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 6).

⁽⁸²⁾ Cfr. DIMUNDO, *La sospensione*, cit., p. 1168; VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 91. Anche in questi casi si pone la questione se, per la cessazione della sospensione, occorre attendere il passaggio in giudicato, ovvero, come sembra preferibile (v. *retro*, nt. 73), sia sufficiente la pubblicazione dei decreti da cui discende la cessazione delle procedure (cfr. D'ATTORRE, *I limiti*, cit., p. 6). A quelle ora menzionate va affiancata l'ipotesi del ritiro della domanda da parte degli stessi amministratori, in particolare in conseguenza del « rigetto » da parte dell'assemblea dei contenuti del piano (v. *retro*, § 3), anche se in questo caso la soluzione che si esporrà nel testo, quanto alle conseguenze della sopravvenuta cessazione della sospensione disposta dall'art. 182 *sexies*, accresce il rischio di condotte dilatorie e da parte degli amministratori stessi.

domanda e quindi per la corretta applicazione della procedura, 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, come se le domande destinate a fare scaturire l'effetto sospensivo non fossero mai state presentate ⁽⁸³⁾.

Tuttavia, considerato anche che la simmetria tra esiti fisiologici e patologici della procedura di soluzione concordata della crisi, suggerita dall'art. 182 *sexies*, sembra escludere l'applicazione della retroattività in un solo verso, è preferibile ritenere che il rischio di abusi sotteso al meccanismo di sospensione introdotto da tale norma, e che culmina con la sua utilizzazione nel concordato « con riserva », non trovi il suo correttivo nella reviviscenza dei doveri e delle responsabilità dell'art. 2486 c.c., bensì nel sistema dei controlli affidati all'autorità giudiziaria ed al commissario giudiziale, a cui può aggiungersi il ruolo svolto dal giudizio di « fattibilità » del piano concordatario e dunque sulle prospettive di risanamento redatto dal professionista incaricato ⁽⁸⁴⁾.

Persino qualora tali poteri di vigilanza dovessero risultare inadeguati, come nel caso degli accordi di ristrutturazione o del concordato « con riserva », si è correttamente ritenuto che non potrà configurarsi in via automatica una responsabilità degli amministratori *ex art. 2486 c.c.*, destinata ad operare nel successivo fallimento ⁽⁸⁵⁾, qualora sino alla cessazione della procedura la gestione, pure se condotta con criteri non conservativi, sia stata svolta correttamente in conformità dei contenuti del piano a tale fine predisposto e la cui « attuabilità » sia stata attestata dalla relazione del professionista, con particolare riferimento alla sua « idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei » all'accordo ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸³⁾ In questi termini, v. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., 673; analoga soluzione è proposta da VENTORUZZO-SANDRELLI, *Riduzione del capitale*, cit., p. 141, ma limitatamente all'ipotesi della mancata presentazione del piano, nella domanda di concordato « con riserva », sul condivisibile assunto che i benefici accordati in questa procedura sono strettamente funzionali alla successiva presentazione di un piano.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., 46, e con specifico riferimento agli accordi di ristrutturazione, Id., *Crisi di impresa*, cit., p. 279 ss.; sul concetto di « fattibilità » del piano e sul rapporto tra attestazione del professionista e poteri di controllo dell'Autorità giudiziaria, v. ora Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *G. comm.*, 2013, II, p. 333, con nota di CENSONI, *I Limiti del controllo di « fattibilità » del concordato preventivo*.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., p. 673, che argomenta in particolare dal rischio di vanificare, altrimenti, il ricorso alle procedure di soluzione negoziata della crisi. La questione si ricollega a quella più generale delle responsabilità scaturenti dal negativo esito di tali procedure, su cui, v. PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di Bonelli, Milano 2012, p. 182 ss.; sul tema dei doveri degli amministratori in pendenza delle procedure di risanamento, v. più ampiamente *infra*, § 10.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. ARLANI, *Disciplina*, cit., p. 119, che vi aggiunge, quale ulteriore condizione, quella della « realizzabilità secondo un criterio di ragionevolezza »; VENTORUZZO-SANDRELLI,

Diversa soluzione si pone nell'ipotesi in cui la cessazione patologica della procedura, oltre che il suo cattivo esito, sia strettamente ricollegabile all'abuso consistente nell'adozione di un rimedio assolutamente non idoneo rispetto alla situazione della società e mosso esclusivamente da finalità dilatorie, e nella stessa preferenza accordata al risanamento piuttosto che alla cessazione dell'attività d'impresa, oltre che alle scelte gestorie poste in essere nel periodo in cui la procedura è rimasta in vita.

In questi casi, fermo quanto si osserverà con riferimento ai doveri degli amministratori in pendenza della procedura, si pone anche la questione della loro responsabilità nella scelta più a monte del tipo di procedura da adottare, la quale, ricorrendone le condizioni, continuerà a dover essere valutata ai sensi dell'art. 2486 c.c., con il che si rinviene un'ulteriore giustificazione del richiamo a tale norma contenuto nell'art. 182 *sexies*, comma 2°⁽⁸⁷⁾. E questo facendo salva la configurazione di una responsabilità per mancata o comunque ritardata richiesta di dichiarazione di fallimento che abbia provocato l'aggravamento del dissesto⁽⁸⁸⁾.

Riduzione del capitale, cit., p. 140; in questo senso non sarebbe sufficiente, al fine di accertare la corrispondenza dell'accordo al migliore interesse dei creditori sociali, la circostanza che esso sia stato accettato da creditori rappresentanti il 60% dei crediti: ma v., in termini possibilistici, MUNARI, *Impresa e capitale sociale*, cit., p. 125 s.; e sulla portata generale che può presentare la clausola del « migliore soddisfacimento » dei creditori, prevista dall'art. 186 *bis*, comma 2°, lett. b), I. fall., per il concordato con continuità aziendale, al fini della valutazione dei piani di concordato, e quindi della gestione svolta dagli amministratori in loro esecuzione, v. A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1099 ss. Sulla questione, v. *infra*, § 10.

⁽⁸⁷⁾ In questo senso, ricollegando questa conclusione all'ipotesi in cui la proposta di concordato sia dichiarata inammissibile, in quanto ciò equivale ad una domanda priva sin dall'inizio delle condizioni minime richieste, RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., p. 673. V. *infra*, § 10.

⁽⁸⁸⁾ Responsabilità che a sua volta può essere fatta scaturire dalla violazione di cui all'art. 217, n. 4, I. fall.: cfr. già COLOMBO, *Singularità del legislatore*, cit., p. 550; ed in generale, VICARI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto del controllo delle società di capitali*, Milano 2006, p. 240 ss.