

RIDUZIONE O PERDITA DEL CAPITALE DELLA SOCIETÀ IN CRISI¹

di ALESSANDRO NIGRO

1. Il mio intervento riguarda il nuovo art. 182-*sexies* l. fall., introdotto dal c.d. decreto Sviluppo del 2012, il quale stabilisce sia la “*sospensione*” degli obblighi di riduzione/reintegrazione del capitale per perdite, sanciti, per le s.p.a., dagli art. 2446 e 2447 c.c. e, per le s.r.l., dagli art. 2482-*bis* e 2482-*ter* stesso codice e sia la “*inoperatività*” della causa di scioglimento prevista, per le società di capitali, dall’art. 2484, n. 4 stesso codice, e data dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, nonché della causa di scioglimento delle società cooperative prevista dall’art. 2545-*duodecies* e data dalla perdita integrale del capitale sociale. “*Sospensione*” e “*inoperatività*” che la disposizione fa discendere dal deposito, da parte della società, di una domanda di *concordato preventivo*, di una domanda di omologazione di un *accordo di ristrutturazione* o di una *proposta* di accordo; “*sospensione*” e “*inoperatività*”, ancora, che sono destinate a valere fino alla *omologazione* rispettivamente di un concordato o di un accordo.

Questa nuova previsione, se è stata accolta con favore da molti interpreti, è stata invece fatta oggetto di critiche, talvolta in termini molto duri, da una consistente parte della dottrina. Da un lato, si è detto che essa, soprattutto con riferimento alla disattivazione dell’art. 2446, sarebbe sostanzialmente *inutile* (MONTAGNANI) e ci si è addirittura spinti ad accostarla alle “grida” di manzoniana memoria (G. ROSSI). Da altro lato, si è sostenuto che essa costituirebbe l’ennesima espressione di una tendenza, criticabile, alla *svalutazione* del ruolo del capitale sociale (MIOLA; STRAMPELLI), arrivando ad affermare che essa

¹ Relazione al Convegno su “Le operazioni straordinarie nella crisi d’impresa”, tenuto a Roma il 29 novembre 2013. E’ destinata alla pubblicazione in *Diritto della banca e del mercato finanziario*.

sancirebbe l'assoluta *irrilevanza*, appunto, del capitale sociale quando la società sia in crisi (GINEVRA). Da altro lato ancora, ci si è doluti che questa norma, in quanto espressione di una risposta di emergenza alla crisi globale, sia stata inserita stabilmente nel nostro ordinamento, e non – come è invece successo per norme analoghe in altri ordinamenti – in via transitoria (PORTALE).

Con tutto il rispetto, la considerazione e in qualche caso anche l'affetto per i valorosi colleghi il cui pensiero ho richiamato, debbo dire con franchezza che queste critiche non mi convincono affatto e che esse paiono, almeno a me, il frutto talvolta di una non completa comprensione della *ratio* e della portata della disposizione.

Spero di riuscire a chiarire adeguatamente le ragioni di queste mie affermazioni nel breve tempo che mi è concesso.

2. Alcune osservazioni preliminari mi sembrano opportune.

Una *prima* osservazione L'art. 182-*sexies* sospende sì l'obbligo di ridurre il capitale nell'ipotesi di perdite che superino un terzo del medesimo e di reintegrare il capitale o assumere le altre misure previste dalla legge nell'ipotesi in cui le suddette perdite siano tali da far scendere il capitale al di sotto del minimo legale. Ma certamente non si può ritenere *impedito* alla società, ove lo giudichi possibile ed opportuno, di intervenire sul capitale, nei modi previsti dalla normativa civilistica, in pendenza del procedimento apertosi a seguito delle domande di cui si è detto.

Una *seconda* osservazione. La sospensione e l'inoperatività di cui stiamo parlando si producono *immediatamente* per effetto, potremmo dire automatico, della sola presentazione di una delle domande che la legge contempla (qualcuno, paventando possibili abusi, ha sostenuto che questi effetti si produrrebbero solo se il concordato o l'accordo siano concretamente idonei a far superare la crisi patrimoniale della società: ma è lettura certamente non condivisibile). Simmetricamente, la sospensione e l'inoperatività cessano istantaneamente al momento dell'omologazione (o meglio del passaggio in giudicato del decreto di homologazione) del concordato o dell'accordo: esse cioè, diversamente da quanto talvolta affermato (MIOLA) in palese contrasto con la norma, sono

direttamente funzionali alla *definizione* della soluzione compositiva della crisi, non alla sua attuazione operativa.

3. Detto questo, inizio con il ricordare che fin da tempi risalenti una parte della dottrina aveva sostenuto che l'ammissione al concordato preventivo doveva ritenersi determinare la *sospensione* dell'applicabilità degli art. 2446, 2447, 2448 (il quale ultimo allora, sottolineo, disciplinava lo scioglimento della società per azioni) e quindi dell'obbligo di riduzione-reintegrazione del capitale nel caso di perdite ed eventualmente della misura dello scioglimento: in tal senso si erano espressi, per citare qualche nome, MAISANO, NOBILI, SPOLIDORO, GUERRERA; ed io stesso avevo aderito a questa linea ricostruttiva. Tale linea veniva giustificata in modo vario. La giustificazione più convincente era quella che faceva leva sull'*inesigibilità* dei crediti per titolo o causa anteriore alla domanda di ammissione al concordato, la quale – si faceva rilevare – se non elimina le perdite “*ne suspende in certo senso gli effetti, in attesa della decurtazione del passivo, che in prospettiva è destinata a modificare sensibilmente la situazione patrimoniale della società*” (così testualmente MAISANO).

L'art. 182-*sexies*, dunque, non ha fatto altro che recepire – e se ne dà del resto espressamente atto nella relazione di accompagnamento al decreto – questa tendenza interpretativa, raccogliendo anche le sollecitazioni in tal senso provenienti dal mondo imprenditoriale (si può richiamare, in particolare, un rapporto dell'Assonime).

La disposizione, quindi, è, per un verso, tutt'altro che inutile. Per altro verso, pur se inserita in un complesso di misure ispirato, nel suo insieme, a contrastare gli effetti della crisi globale, è tutt'altro che riguardabile come intervento di emergenza. Ha una sua precisa giustificazione, diciamo, “tecnica” che ne consente l'inserimento in via permanente nel sistema.

Non solo. Proprio la giustificazione “tecnica” che ho evidenziato impedisce di collegare la disposizione alle più recenti tendenze normative svalutative del capitale sociale (delle quali, per esempio, è espressione la vicenda delle s.r.l. semplificate e/o a capitale ridotto; o può essere considerata espressione la disciplina delle *start up* innovative). Perché nel

nostro caso quello che direttamente entra in giuoco non sono, propriamente, il capitale sociale ed il suo ruolo, ma le *valutazioni di bilancio*, poste alla base della rilevazione delle eventuali perdite destinate ad incidere sul capitale.

Su un solo profilo avrei – sul piano che stiamo considerando – qualche motivo di perplessità, dato dall'estensione della regola – nata, come ricordavo, con riguardo al concordato preventivo – al procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Come ho già avuto modo di osservare in altra occasione, tale estensione è il frutto (uno dei molti frutti) dell'idea di una sostanziale *equipollenza* fra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione: una idea, però, che non può far dimenticare la *diversità* fra le situazioni in cui il debitore ed i creditori si vengono a trovare per effetto della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo o, invece, di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione (tra l'altro, anche sul piano dell'*inesigibilità* dei crediti).

4. Il discorso sulle ragioni che deve ritenersi sorreggano l'art. 182-*sexies* può essere portato anche più avanti.

A base di tale disposizione può infatti individuarsi non solo una giustificazione “tecnica”, ma anche una giustificazione “politica”, in termini cioè di opportunità. Ed è che l'eventuale *necessità* di applicare i meccanismi di cui alle disposizioni civilistiche, e, in particolare, quello compendiato nella regola “ricapitalizza o liquida”, *prima* di tentare la strada di una soluzione compositiva della crisi della società, quale un concordato o un accordo di ristrutturazione, introduce un fattore di estrema *rigidità* (qualcuno [JORIO] ha parlato di *barriera*; altri di *ostacolo*) in un contesto che invece esige la massima elasticità nella individuazione del miglior percorso per risolvere la crisi e può tradursi, di conseguenza, in un pesante *disincentivo* all'accesso a quelle soluzioni.

Credo che si possa andare anche oltre.

Ricordo quanto ho detto all'inizio: la sospensione degli obblighi in materia di riduzione/reintegrazione del capitale e la disattivazione della causa di scioglimento hanno carattere *temporaneo*, essendo destinate entrambe a cessare al momento dell'omologazione del concordato o dell'accordo. Ora, di ciò si

dovrà – mi sembra ovvio - necessariamente *tener conto* nel delineare in concreto il percorso per arrivare alla soluzione compositiva della crisi. Questo significa che, esplicitamente o implicitamente, il *piano* posto a base del concordato o dell'accordo *dovrà* prendere in considerazione e risolvere anche e proprio il problema dell'eventuale riduzione del capitale per perdite o il problema delle misure richieste dall'art. 2447 o dall'art. 2482-*ter* (restando *a priori* escluso – noto per inciso – che il piano possa prevedere deroghe alla disciplina legale sul punto); e che di questi aspetti *dovranno* occuparsi sia il professionista attestatore nel verificare la fattibilità del piano sia anche il tribunale in sede di omologazione. A quest'ultimo riguardo, mi parrebbe meritevole di attenzione una recente pronuncia del Tribunale di Ancona², resa con riferimento al sistema anteriore al decreto Sviluppo, la quale ha ritenuto onere del tribunale verificare, in sede di omologazione, l'idoneità del piano concordatario, presentato da una società con capitale interamente perduto, a realizzare la ristrutturazione anche sotto il profilo del corretto mantenimento o ricostituzione del capitale all'esito del concordato.

Tutto questo equivale a dire che anche gli interventi sul capitale imposti dalla normativa codicistica in caso di perdite dovranno entrare nell'oggetto di quella "contrattazione" fra società debitrice e suoi creditori che innerva il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione; o, se si preferisce, che quella "contrattazione" non potrà prescindere da quegli interventi o nel senso di prevenirne la necessità o nel senso di prevederli fra le modalità di esecuzione del concordato o dell'accordo.

Se si accetta questa prospettiva – che vale soprattutto, come è ovvio, con riferimento a concordati o accordi aventi finalità di risanamento, ma che è destinata a valere anche nei concordati o accordi con finalità di liquidazione – se si accetta cioè la prospettiva dell'"assorbimento" dei meccanismi civilistici di tutela del capitale all'*interno* dei meccanismi compositivi delle crisi (ed in funzione della maggiore efficienza dei medesimi), risulta chiaro – almeno a me – che la regola posta dall'art. 182-*sexies* non solo non comporta affatto una svalutazione del ruolo del capitale sociale, non solo non esprime un'idea di totale irrilevanza del capitale sociale nelle società in crisi, ma, al

² Decreto 12.4.2012, in *Fallimento*, 2013, 110.

contrario, del capitale sociale comporta, a ben vedere, una *valorizzazione* proprio nella sua portata e di strumento di tutela dei creditori e di strumento di regolazione dei rapporti fra soci.

5. Il nuovo art. 182- *sexies* – e con ciò passo ad un altro piano di riflessione – naturalmente pone molti problemi interpretativi ed applicativi (nessuno dei quali, peraltro, mi parrebbe insuperabile). Non ho ovviamente la possibilità, qui, di affrontarli tutti: debbo limitarmi a qualche rapida considerazione su quelli che mi sembrerebbero, anche sul piano operativo, i più rilevanti.

a. La disposizione nulla dice in ordine all'eventualità che i procedimenti di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo si chiudano *senza* il provvedimento di omologazione (per revoca dell'ammissione al concordato, per diniego di omologazione, ecc.). Non avrei dubbi su ciò che debba scattare immediatamente, in conseguenza di questa chiusura, l'obbligo di ridurre/reintegrare il capitale e torni immediatamente operativa la causa di scioglimento di cui al n. 4 dell'art. 2484 o all'art. 2545 – *duodecies*.

b. Nonostante la lettera delle norme deponga in senso diverso, non mi sembrerebbe azzardato ritenere che l'obbligo di informare l'assemblea, previsto a carico degli amministratori dall'art. 2446 primo comma, e dall'art. 2482 – *bis*, primo comma, che permane, e a giusta ragione, nonostante la sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale, debba ritenersi operante, e direi *a fortiori*, nel caso dell'art. 2447 e dell'art. 2482- *ter*. Mi pare, d'altra parte, che in tal senso sia l'opinione dominante.

c. Il coordinamento fra normativa civilistica e normativa concorsuale che l'art. 182 - *sexies* realizza si traduce, sul terreno degli obblighi degli amministratori nell'ipotesi di perdite che riducano il capitale al di sotto del minimo legale, in ciò che, verificatasi tale causa di scioglimento, gli amministratori debbono scegliere fra queste due alternative: o accertare la causa di scioglimento *ex art. 2485 c.c.* e, quindi, aprire la fase di liquidazione o presentare una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di proposta di accordo. Riterrei però anche possibile la sottoposizione contemporanea all'assemblea

straordinaria (da convocare ovviamente con urgenza) di un ventaglio di opzioni, comprensive e di quelle contemplate dall'art. 2447 e della presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di proposta di accordo. E' vero che la decisione in ordine alla presentazione di una domanda di concordato preventivo e, a maggior ragione, di omologazione di un accordo di ristrutturazione rientra nella competenza propria degli amministratori (salva diversa previsione statutaria): ma non vedrei ostacoli ad un'"ingerenza" al riguardo da parte dell'assemblea, tenendo conto, da un lato, che si tratta di materia che può essere dallo statuto attribuita all'assemblea e, dall'altro, che le responsabilità connesse all'attivazione di un procedimento di soluzione concordata della crisi restano sempre in capo agli amministratori.

d. Nonostante autorevoli opinioni in questo senso (JORIO), riterrei da escludere la possibilità che, una volta verificatasi la causa di scioglimento *ex art. 2484*, n. 4, una volta accertata tale causa *ex art. 2485* ed una volta aperta la liquidazione, si possa, per così dire, "tornare indietro" e recuperare le possibilità offerte dalla disposizione che stiamo considerando. Premesso che lo stato di liquidazione non preclude l'accesso né al concordato né all'accordo di ristrutturazione, neppure nel segno della continuità aziendale (la continuazione dell'impresa essendo consentita *sub specie* del c.d. "esercizio provvisorio" ai sensi dell'art. 2487), questo "ritorno all'ora zero" richiederebbe la *revoca* della liquidazione, che a sua volta impone l'eliminazione della causa di scioglimento. Ora, per eliminare la causa di scioglimento non basterebbe la presentazione della domanda o della proposta di cui al co. 1 dell'art. 182-*sexies*: perché l'inoperatività della causa di scioglimento che essa presentazione determinerebbe non potrebbe valere rispetto ad una causa che, per ipotesi data, *ha già operato*. Per eliminare l'effetto dissolutivo già prodottosi, occorrerebbe adottare proprio uno dei "rimedi" previsti dall'art. 2447, cioè attivare proprio la norma che si vorrebbe sospendere.

e. Qualche parola merita l'ultimo comma dell'art. 186-*sexies* che finora abbiamo trascurato.

A prima lettura sembrerebbe questa una norma assolutamente inutile, per la sua ovvietà: nessuno avrebbe potuto dubitare che,

al verificarsi della causa di scioglimento rappresentata dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, è destinata *immediatamente* a “scattare” la regola posta dall’art. 2486, indipendentemente dall’eventuale successiva presentazione della domanda di concordato o della proposta di accordo. In realtà, quello che rileva ed importa è ciò che la norma non dice, ma implica. Vale a dire: che con la presentazione della domanda o della proposta, oltre a determinarsi l’inoperatività della causa di scioglimento, viene meno anche la regola dell’art. 2486, cioè gli amministratori recuperano i loro poteri ordinari (che, peraltro, potrebbero in certi casi trovarsi ad essere di nuovo “limitati” in base alle regole proprie della procedura adottata: e si pensi al co. 7 dell’art. 161).

La ragione del venir meno della regola dell’art. 2486 è molto semplice: questa regola è *funzionale* alla prospettiva della (futura) liquidazione della società; rinviata tale prospettiva, la regola non ha più ragion d’essere. Qualcuno, per la verità, ha sostenuto che la regola dovrebbe ancora operare, nell’ipotesi del c.d. *concordato in bianco*, fino al momento della presentazione del piano; altri hanno affermato che la regola opererebbe addirittura fino all’omologazione. Ma queste letture contrastano con il chiarissimo tenore letterale della disposizione.

D’altra parte, si deve fare attenzione a non sopravvalutare le limitazioni ai poteri gestori derivabili dall’art. 2486 ed a non ritenere che, al verificarsi di una causa di scioglimento, si produca un *radicale* mutamento del regime dei poteri e delle responsabilità degli amministratori. Al di là di una certa ridondanza dell’espressione usata, infatti, la norma in sostanza consente (e al tempo stesso impone) agli amministratori di compiere tutti gli atti che siano, in concreto, funzionali alla finalità conservativa del (valore del) patrimonio sociale: quindi anche atti che costituiscano tuttora attuazione fisiologica dell’oggetto. Anzi: essi senz’altro possono (debbono) provvedere – naturalmente in via assolutamente transitoria, in attesa delle determinazioni che sul punto assumerà l’assemblea in sede di nomina dei liquidatori ai sensi del successivo art. 2487 - a quello che l’appena ricordato art. 2487 qualifica come “esercizio provvisorio dell’impresa” (e che altro non è che la continuazione della normale gestione dell’impresa), ove

funzionale alla conservazione del valore del complesso aziendale.

Un ultimo punto, sempre a proposito del comma 2 dell'art. 186-*sexies*. Secondo una certa opinione, da esso dovrebbe derivarsi che, al verificarsi della causa di scioglimento data dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, dovrebbe immediatamente scattare anche l'obbligo, posto a carico degli amministratori dall'art. 2485, di accertare formalmente tale causa con una dichiarazione da pubblicare nel registro delle imprese. Dubito che questa opinione sia condivisibile: da un lato, l'art. 182-*sexies* non richiama l'art. 2485; dall'altro e soprattutto, con riferimento alla causa di scioglimento di cui stiamo parlando, l'obbligo dell'accertamento non scatta immediatamente ma solo al verificarsi di certe condizioni: cioè la mancata adozione dei "rimedi" previsti dagli art. 2447 e 2482-*ter*, sullo stesso piano dei quali oggi si pongono, come ho già sottolineato, le domande o proposte di cui al co. 1 dell'art. 186-*sexies*.

f. Infine. Ci si può porre il problema se la disposizione che stiamo considerando possa trovare applicazione anche al di fuori delle procedure o procedimenti disciplinati dalla legge fallimentare e, specificamente, in relazione al procedimento di *accordo* per la composizione delle crisi di sovraindebitamento. Ove si accolga la giustificazione della regola che ho prima ricordato, la risposta non potrebbe che essere positiva: anche nel procedimento di accordo, infatti, i crediti anteriori alla presentazione della proposta da parte del debitore divengono *inesigibili* fino al momento in cui divenga definitivo il provvedimento di omologazione (art. 10, co. 2, lett. c) l. 27 gennaio 2012, n. 3).

6. Vorrei concludere toccando un ultimo argomento di carattere generalissimo.

L'art. 186-*sexies* viene ormai comunemente ricondotto al c.d. *diritto societario della crisi*, espressione di recentissimo conio, ma che – se intesa nel senso di complesso delle regole destinate a governare le società che si trovino in situazione di crisi – designa un settore dell'ordinamento dalle radici antichissime, ove si consideri, per esempio, che fra tali regole va ovviamente compresa quella dell'estensione del fallimento della società ai

soci illimitatamente responsabili, presente fin nel diritto intermedio. Personalmente sono sempre stato fra i fautori della necessità di arrivare a costruire uno *statuto* specifico delle società in crisi e, in particolare, delle società sottoposte ad una procedura concorsuale: uno statuto che veda le regole societarie comuni *adattate* alla situazione in cui la società si venga a trovare e, d'altra parte, veda le regole concorsuali comuni *adattate* alle caratteristiche strutturali peculiari delle società; uno statuto di cui anche l'art. 182-*sexies* sarebbe certamente una componente e di non scarso rilievo. Dubito fortemente, però, che si possa (e che sia in fondo opportuno) arrivare a concepire il *diritto* di cui stiamo discorrendo addirittura come un diritto *autonomo*, tanto da poter parlare, come si sta cominciando a parlare, di “principi di diritto societario della crisi”.

Ma su questo tema non mancherà occasione di tornare a riflettere.