

UMBERTO TOMBARI \*

## Principi e problemi di “diritto societario della crisi” \*\*

SOMMARIO: 1. Il complesso ed irrisolto rapporto tra “diritto della crisi d’impresa” e “diritto societario”. — 2. Il “diritto societario della crisi” come “sistema tendenzialmente autonomo”. — 3. I finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo *ex artt. 182-quater e quinquies*, I. fall. come esempio di “diritto societario della crisi”. — 4. (*Segue*): i finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo “in occasione” della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili ricostruttivi. — 5. “Diritto societario della crisi” e art. 182-sexies, I. fall.

1. È opinione diffusa che la crisi (o il declino) che ha investito, a partire dal 2008, la maggioranza dei paesi industrializzati e delle democrazie capitalistiche imponga un forte ripensamento dei paradigmi conoscitivi dominanti e sino ad ora utilizzati per spiegare il capitalismo come forma di organizzazione dell’economia <sup>(1)</sup>.

In questo contesto di radicale cambiamento molti sono gli effetti destinati a prodursi nella sfera della dimensione giuridica e poi nel diritto dell’impresa <sup>(2)</sup>.

(\*) Professore ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Firenze.

(\*\*) Lo studio è destinato agli *Scritti in onore di Pietro Abbadesse*.

(1) La letteratura su questi temi è assai ampia; tra le opere che più si sono soffermate sulla necessità di una profonda riconsiderazione di alcuni modelli conoscitivi sino ad oggi predominanti cfr., senza alcuna pretesa di completezza, P. KRUGMAN, *Il ritorno dell’economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano 2008; Id., *Fuori da questa crisi, adesso!*, Milano, 2012; R. G. RAJAN, *Fault lines (How hidden fractures still threaten the world economy)*, Princeton, 2010 (con postfazione del 2011); R.A. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, 2010; J.E. STIGLITZ, *Bancarotta*, Torino, 2010; Id., *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, 2013.

(2) Per un tentativo di ripensare e di reimpostare i problemi della *corporate governance* dopo la crisi finanziaria v. S. M. BAINBRIDGE, *Corporate Governance after the Financial Crisis*, Oxford, 2012; v. anche J. M. EMBID IRUJO, *Cenni sull’incidenza della crisi economica nel diritto societario*, dattiloscritto consultato per la cortesia dell’Autore. In una prospettiva più ampia di

Limitando il ragionamento al nostro ordinamento, da tempo è avvertito il bisogno di riconfigurare e di rafforzare il rapporto tra “diritto della crisi” e “diritto societario”.

Come da più parti rilevato, anche in seguito alle recenti riforme il “diritto della crisi” continua ad avere come punto di riferimento l’impresa non societaria ed autonoma (ossia non appartenente ad un gruppo): in sostanza, sono tendenzialmente ignorati i profili societari della crisi di impresa<sup>(3)</sup> e ciò sebbene le società (e i gruppi) siano al centro delle crisi e delle insolvenze di questo periodo. In linea generale, il capo X, Titolo II della legge fallimentare (sul “Fallimento della società”) contiene disposizioni che toccano solo alcuni aspetti e che comunque si susseguono secondo « un ordine abbastanza casuale »<sup>(4)</sup>. Analogamente, se le più rilevanti novità legislative sono concentrate sulla “gestione negoziale” o comunque non “fallimentare” della crisi (accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati, oltre a piani attestati), assai trascurata è la disciplina della società in concordato o nel corso di accordi di ristrutturazione. Eppure la “riorganizzazione societaria” — attuata nell’ambito dei concordati (preventivo o fallimentare) o degli accordi *ex art.* 182-bis, l. fall. — si configura come un « processo negoziale di rifondazione della società, che coinvolge non soltanto i soci e gli organi sociali, ma anche i creditori e i partecipanti (in senso atecnico) all’iniziativa imprenditoriale, cioè tutti coloro che l’hanno alimentata mediante erogazione di capitale di credito o di rischio o fornitura di beni o di servizi, nonché, più in generale, i soggetti interessati in vario senso alle sue sorti »<sup>(5)</sup>.

In questo contesto normativo, sono stati introdotti, in anni recenti (2010 e 2012), due (ulteriori ed) importanti frammenti di quello che si può sin d’ora definire come “diritto societario della crisi”: il riferimento è alla disciplina dei finanziamenti dei soci e infragruppo (art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall.) e a quella della « riduzione o perdita del capitale della società in crisi » (art. 182-*sexies* l. fall.). A prescindere dall’effettivo impatto applicativo che hanno avuto o potranno avere, si tratta, senza dubbio, di disposizioni di estrema rilevanza per il significato sistematico che vengono ad assumere, nonché per l’occasione che offrono di meglio riflettere sulla

grande interesse è il saggio di C. MAYER, *Firm Commitment. Why the corporations is failing us and how to restore trust in it*, Oxford, 2013.

<sup>(3)</sup> Per analoghe riflessioni cfr., ad esempio, M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 505; A. PACIELLO, *L’art. 2499: appunti per una ricerca*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 31; F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in questa *Rivista*, 2008, 18; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2011, 24; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 631 ss., ove ulteriori riferimenti.

<sup>(4)</sup> M. FABIANI (nt. 3), 506, ove un quadro approfondito della normativa ivi contenuta.

<sup>(5)</sup> F. GUERRERA-M. MALTONI (nt. 3), 46.

to so-  
auto-  
water e  
finan-  
della  
di un  
della

par-  
razie  
ri do-  
li or-

lesti-  
del-

rmate  
gi pre-  
i della  
2012;  
ceton,  
filano,  
2013.  
nance  
Crisis,  
diritto  
tipia di

2013

prospettiva del “diritto societario della crisi di impresa” (6). Se questo è vero, non possono certo ritenersi sostanzialmente superate le riflessioni che abbiamo sinteticamente premesso.

Del resto, anche in altre esperienze giuridiche — tradizionalmente oggetto di esame per captare le evoluzioni del diritto societario — la situazione non è molto diversa rispetto a quella del nostro ordinamento. Ed il riferimento è all’esperienza tedesca, ove il dialogo tra diritto della crisi e diritto societario è ancora ad uno stadio assolutamente iniziale (7). Più in particolare, in Germania sino all’*Insolvenzordnung* (entrata in vigore il 1° gennaio 1999) il diritto concorsuale quasi ignorava la dimensione dell’impresa (8) ed alcuni significativi profili societari sono entrati nel diritto della crisi solo (e timidamente) con la *MoMiG Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* del 2008 (9); sotto questo profilo, il quadro non muta significativamente con la recente riforma contenuta nella c.d. *ESUG Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*, entrata in vigore il 1° marzo 2012 (10). In sostanza, anche nell’espe-

(6) Per maggiori approfondimenti v. *infra*, §§ 3 ss.

(7) Per una autorevole valutazione in questo senso v. K. SCHMIDT, *Das Insolvenzrecht mischt sich ein*, in *ZHR*, 2010, 246, il quale esorta ad un maggior colloquio tra le due aree disciplinari; per riflessioni sostanzialmente analoghe cfr. anche H.-F. MÜLLER, *Der Verband in der Insolvenz*, Köln, 2002, 1; J. FINKE, *Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht. Die Organkompetenzen der Aktiengesellschaft in Eigenverwaltung*, Baden-Baden, 2011, 21 ss.. W. PRUSKO, *Die Gesellschafterstellung in der Insolvenz*, München, 2013, 1-2. Maggiori suggestioni provengono, invece, dal Regno Unito, ove viene teorizzato un *Corporate Insolvency Law*: per ogni riferimento è sufficiente rinviare a R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*<sup>4</sup>, London, 2011.

(8) V., in luogo di molti, K. SCHMIDT, *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen*, Köln, 1990.

(9) Lo ricorda ancora K. SCHMIDT, *Das Insolvenzrecht* (nt. 7), 243 ss. e spec. 245 ss.; sulle principali novità normative contenute nel *MoMiG* cfr., ad esempio, W. GOETTE-M. HABERSACK (a cura di), *Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis*, Köln, 2009. Sulle disposizioni aventi una rilevanza societaria contenute nell’*InsO* è sufficiente rinviare a H.-F. MÜLLER (nt. 7), 2 ss.

(10) Per un quadro valutativo sulla c.d. *ESUG* v., ad esempio, L. F. FLÖTHER, *Die aktuelle Reform des Insolvenzrechts durch ESUG Mehr Schein als Sein?*, in *ZfP*, 2012, 1833 ss. A titolo meramente esemplificativo, la recente riforma non ha disciplinato il tema dell’insolvenza del gruppo, da tempo al centro del dibattito scientifico ed alla ricerca di una soluzione legislativa: per un quadro generale v., ad esempio, C. PLEISTER-I. THEUSINGER, *Insolvenzplan im nationalen Konzern*, in B.M. KÜBLER (a cura di), *Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz*, Köln, 2012, 996 ss., ove la considerazione che la c.d. *ESUG* non ha disciplinato il *Konzerninsolvenzrecht*; K. SCHMIDT, *Flexibilität und Praktikabilität im Konzerninsolvenzrecht - Die Zuständigkeitsfrage als Beispiel*, in *ZfP*, 2012, 1053 ss., ove ulteriori riferimenti; M. BECKER, *Kooperationspflichten in der Konzerninsolvenz*, Köln, 2012. È opportuno ricordare, peraltro, che il 3 gennaio 2013 il Ministero della Giustizia tedesco ha presentato alle associazioni economiche del paese (per una loro eventuale presa di posizione in merito) un progetto di legge sull’insolvenza del gruppo (*Diskussionentwurf des Bmj für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*: il progetto (con la *Begründung*) si legge in *ZfP*, 2013 (*Beilage 1 zu ZfP 2/2013*), 1 ss.; su questo importante progetto di legge v. la presentazione del Ministro della giustizia tedesco S. LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, *Dritte Stufe der Insolvenzrechtsreform - Entwurf eines Gesetzes*

rienza tedesca devono ancora essere elaborate le regole di uno “statuto normativo speciale” della società in crisi, regole che devono risultare adeguate agli interessi societari come a quelli delle procedure concorsuali <sup>(11)</sup>.

Se il “diritto della crisi” italiano non si è ancora adeguatamente rapportato alla realtà societaria, a sua volta il nostro diritto societario ha trascurato, sino ad ora, la dimensione della crisi, occupandosi, marginalmente, solo di alcuni problemi <sup>(12)</sup> e trascurandone molti altri, quali, ad esempio, i doveri dell’organo amministrativo e dell’organo di controllo in caso di declino o di crisi dell’impresa. Quanto affermato non può del resto stupire, sol che si pensi che la c.d. riforma del diritto societario è stata concepita ed elaborata nei primi anni del nuovo millennio, ossia in un periodo di sviluppo economico, nel quale non era completamente avvertita l’esigenza di sviluppare (anche) un “diritto societario della crisi” <sup>(13)</sup>.

Come non si è mancato di rilevare, sembrerebbe emergere poi “una frattura all’interno del sistema di tutela dei creditori sociali”, nel senso che il

zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, in ZIP, 2013, 97 ss., e il saggio (parzialmente critico) di H. EIDENMÜLLER-T. FROBENIUS, *Eine Regulierungskonzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenskonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reformvorhaben*, in ZIP, 2013 (Beilage 3 zu ZIP 22/2013), 1 ss.

<sup>(11)</sup> K. SCHMIDT, *Bestellung und Abberufung des Vorstandes in der Insolvenz einer Aktiengesellschaft*, in AG, 2011, 4; per alcune prime riflessioni sui profili societari della crisi di impresa cfr. W. PRUSKO (nt. 7), 1 ss. e 36 ss.; H.-F. MÜLLER, *Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Insolvenzplan*, in KTS - Zeitschrift für Insolvenzrecht, 2012, 419 ss.; Id. (nt. 7), *passim*; H. EIDENMÜLLER, *Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts*, in ZHR, 2011, 12 ss.; Id., *Gesellschafterstellung und Insolvenzplan*, in ZGR, 2011, 680 ss.; J. FINKE (nt. 7), 21 ss.; BORK, *Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung*, in ZIP, 2011, 101 ss.; KLÖCKNER, *Die Aktiengesellschaft in der Insolvenz - Bestellung und Abberufung des Vorstands*, in AG, 2010, 780 ss.; S. MADAUS, *Der Insolvenzplan*, Tübingen, 2010, 433 ss.; K. SCHMIDT-W. UHLENBRUCK (a cura di), *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*<sup>4</sup>, Köln, 2009; sul tema v. anche R. LEITHAUS-I. THEUSINGER, *Insolvenzgesellschaftsrecht. Höchstgerichtliche Rechtsprechung*, RWS, Köln, 2013 (in corso di pubblicazione).

<sup>(12)</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all’art. 2394-bis, c.c. (« Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali ») o all’ultimo comma dell’art. 2497 c.c. (« nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l’azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario »); per un quadro più completo cfr. A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, 1, Torino, 2006, 177 ss.

<sup>(13)</sup> Al riguardo, è stato tuttavia puntualmente osservato che « l’art. 1 della l. n. 366/2001, di delega per la riforma del diritto societario, aveva previsto espressamente, fra i criteri generali, quello del coordinamento della nuova disciplina “con le altre disposizioni vigenti, ivi comprese quelle in tema di crisi dell’impresa”. Il legislatore delegato però (...) ha ritenuto di interpretare in modo abbastanza riduttivo questo criterio di delega. E così — anziché costruire il nuovo regime delle società di capitali anche e proprio in funzione della prevenzione e della soluzione della crisi: il che avrebbe sicuramente aiutato il faticosissimo processo di riforma delle procedure concorsuali — si è limitato a pochi e sporadici interventi: quelli che ha evidentemente ritenuto strettamente indispensabili » [A. Nigro (nt. 12), 177].

“diritto societario” e il “diritto fallimentare” parrebbero fondati « su impostazioni contrapposte, l’una, statica, attenta esclusivamente alla consistenza patrimoniale della società, l’altra, dinamica, incentrata sulla situazione finanziaria della medesima (alla quale devono essere ricondotte le nozioni di insolvenza e di “stato di crisi”) » (14). A ben vedere, tuttavia, anche nel diritto societario la prospettiva finanziaria — a livello di comportamenti dell’organo amministrativo — trova un suo riconoscimento. E il riferimento non è solo a disposizioni specifiche, quali ad esempio il terzo comma dell’art. 2381 c.c. (ove si menzionano eventuali “piani finanziari” della società), ma anche (e soprattutto) alle clausole generali contenute negli artt. 2392 e 2497, la concretizzazione delle quali (in specifici doveri di comportamento) attribuisce sicura rilevanza, quanto meno in determinate circostanze, alla prospettiva finanziaria dell’impresa (15). Così, è da chiedersi se « l’accertamento di squilibri della situazione finanziaria — costituendo certamente un indice rivelatore dell’insolvenza o dello stato di crisi — possa costituire un presupposto alternativo, in concorrenza con la riduzione del capitale per perdite, dell’insorgere di specifici doveri dell’organo amministrativo e dei soci » (16).

Rispetto ad un contesto di tendenziale incomunicabilità o comunque indifferenza tra diritto della crisi e diritto societario (e viceversa) (17), si deve tuttavia rilevare che negli ultimi anni vanno diffondendosi, nella letteratura, studi volti ad avvicinare e ad approfondire i nessi tra queste due realtà normative.

Tra i vari temi oggetto di recente attenzione, si possono innanzitutto ricordare i doveri dell’organo amministrativo in caso di declino o di crisi dell’impresa (18), le operazioni straordinarie (19) (20) e la struttura finanziaria

(14) G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in questa *Rivista*, 2012, 617.

(15) Sul punto cfr. G. STRAMPELLI (nt. 14), 617 ss.

(16) G. STRAMPELLI (nt. 14), 608.

(17) In questo panorama un’importante eccezione sono stati, come noto, gli studi di Alessandro Nigro: e v. A. NIGRO (nt. 12), 177 ss.; ID., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, 9\*\*, Torino, 1993, 209 ss.

(18) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum A. Piras*, Torino, 2010, 813 ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 820 ss.; L. STANGHELLINI, *Directors’ duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the “recapitalize or liquidate” rule*, in *Il diritto delle società oggi. Scritti in onore di G. Zanarone*, Torino, 2011, 733 ss.; M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in questa *Rivista*, 2012, 275 ss. e 291 ss.; ID., *I doveri degli amministratori in prossimità dell’insolvenza*, in *Vicende dell’impresa e tutela dei lavoratori nella crisi dell’Alitalia*, a cura di F. SANTONI, Napoli, 2011, 125 ss.; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*,

nelle società in crisi (21), i doveri della società che esercita “direzione e coordinamento” in caso di crisi del gruppo o di una o più delle sue unità (22).

2013, I, 128 ss.; A. NIGRO, “Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, 472 ss.; sul tema v. anche F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1046; ID., *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, Napoli, 2010; A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano, 2013, 137 ss.; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, 84 ss.; A. LOLLI, *Situazione finanziaria e responsabilità nella Governance delle s.p.a.*, Milano, 2009, spec. 125 ss.. Nell'esperienza giuridica tedesca per un quadro dell'evoluzione del dibattito sui doveri degli amministratori di una *Aktiengesellschaft* in situazioni di perdita del capitale o comunque di crisi dell'impresa è sufficiente rinviare a H. FLEISCHER, *Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit*, in H. FLEISCHER (a cura di), *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, 2005, 742 ss.; U. HÜFFER, *Aktiengesetz*<sup>10</sup>, § 92, München, 2012, 481 ss.; H. FLEISCHER, § 92, in G. SPINDLER-E. STILZ, *Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>2</sup>, Band 1, München, 2010, 1048 ss.; relativamente ad una società a responsabilità limitata (*GmbH*) cfr. F. STEFFEK, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft*, Tübingen, 2011, 259 ss., ove ulteriori riferimenti (anche all'ordinamento inglese). Con particolare riferimento al c.d. *Antragspflicht* ai sensi del § 15a della *InsO* v., ad esempio, K. SCHMIDT-A. HERCHEN, § 5 in K. SCHMIDT (a cura di), *Insolvenzordnung*<sup>18</sup>, München, 2013, 163 ss.; M. KADENBACH, § 15a, in M. AHRENS e Altri, *Insolvenzrecht*, Köln, 2012, 246 ss.; sulla figura della *Insolvenzverschleppungshaftung* dopo la riforma della legge sulla società a responsabilità limitata contenuta nella c.d. *MoMiG* e le modifiche apportate al § 64 della *GmbHG* (e al § 15 a della *InsO*) cfr., ad esempio, G. WAGNER, *Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der GmbH-Reform*, in *Festschrift für K. Schmidt*, Köln, 2009, 1665 ss.; D. KLEINDIEK, in M. LUTTER-P. HOMMELHOFF, *GmbHG*<sup>17</sup>, Köln, 2009, *Anh zu § 64, Rn.* 61 ss., 1526 ss.; M. CASPER, *Insolvenzverschleppungs- und Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers und der Gesellschafter*, in W. GOETTE-M. HABERSACK (a cura di) (nt. 9), 187 ss. È da segnalare, infine, che nella letteratura tedesca molto si discute sui doveri degli amministratori di evitare l'assunzione di rischi che possono mettere a repentaglio l'esistenza della società: per un quadro generale v., ad es., M. HABERSACK, *Trihotel - Das Ende der Debatte?*, in *ZGR*, 2008, 533 ss.; T. DRYGALA, *Die Pflicht des Managements zur Vermeidung existenzgefährdender Risiken*, in *Festschrift für K.J. Hopt*, Berlin, New York, 2010, 541 ss., ove ulteriori riferimenti.

(19) F. GUERRERA-M. MALTONI (nt. 3), 17 ss. Si deve sottolineare, peraltro, che nella prassi applicativa sono presenti ipotesi di operazioni straordinarie nel corso di una gestione negoziale o concordataria della crisi. A titolo meramente esemplificativo, la Proposta di concordato preventivo presentata ai propri creditori da parte di Seat Pagine Gialle Italia s.p.a. (la società operativa o controllata) e di Seat Pagine Gialle s.p.a. (la c.d. *holding* o società controllante) prevede, come primo passaggio attuativo, la fusione per incorporazione della controllata nella società controllante al fine di assicurare la piena fattibilità dei concordati delle due società e quindi il miglior soddisfacimento del ceto creditorio delle società stesse; è ipotizzata, inoltre, un'operazione di aumento di capitale di Seat Pagine Gialle *post* fusione al servizio della conversione in capitale di parte dell'esposizione debitoria della società nei confronti dei creditori bancari e finanziari (su tutti questi profili cfr. il decreto del Trib. Torino, 10 luglio 2013, Pres. G. Dominici, con il quale è stata aperta la procedura di concordato preventivo per le due società).

(20) Al riguardo, sono da segnalare le Massime in materia di “Procedure concorsuali ed operazioni societarie straordinarie” elaborate dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato. Più in particolare, Le Massime (consultabili su [www.consigionotarilefirenze.it](http://www.consigionotarilefirenze.it)) sono rispettivamente dedicate alle seguenti aree problematiche: i) Delibera che approva la domanda di concordato “con riserva” ex art. 161 VI comma L. Fall. ed intervento Notarile; ii) Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di

A questi temi se ne possono aggiungere altri, quali, ad esempio, le azioni di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni <sup>(23)</sup>, l'impiego di "strumenti finanziari partecipativi" <sup>(24)</sup> o di obbligazioni <sup>(25)</sup> nella società in crisi, le competenze degli organi sociali nelle procedure di regola-

mantenimento del patrimonio netto; *iii*) Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto; *iv*) Concordato preventivo e trasformazione di società; *v*) Concordato preventivo e fusione di società; *vi*) Concordato preventivo e scissione di società; *vii*) Trasformazione di società fallita.

<sup>(21)</sup> G. FERRI jr, *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 477 ss.; Id., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, dattiloscritto consultato per la cortesia dell'Autore [in corso di pubblicazione in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*]; G. STRAMPPELLI (nt. 14), 605 ss.

<sup>(22)</sup> Sia consentito rinviare a U. TOMBARI (nt. 3), 631 ss., ove ulteriori riferimenti.

<sup>(23)</sup> Sul punto v. per un primo orientamento G. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in *Il fallimentarista*, 16 novembre 2012, ove si affronta il problema — di grande rilevanza teorica e pratica — in merito a chi sia legittimato ad esercitare l'azione sociale in caso di concordato con cessione dei beni, se nella cessione sia ricompreso anche il credito derivante dai danni causati da atti illeciti degli amministratori (in seguito all'omologazione del concordato si pone il problema se il liquidatore sia legittimato all'esercizio dell'azione e se e in qual senso l'esercizio dell'azione deve essere deliberato dall'organo competente secondo le normali disposizioni di diritto societario); altro complesso problema è poi quello relativo all'esercizio dell'azione dei creditori sociali nel concordato preventivo.

<sup>(24)</sup> Nella prassi applicativa si assiste, talvolta, all'impiego di "strumenti finanziari partecipativi" nell'ambito di una gestione negoziale della crisi ed in particolare alla conversione in tali strumenti dei crediti delle banche: in argomento cfr. P. OLIVIERO, "Conversione" del credito delle banche in capitale di rischio nel contesto della crisi di impresa, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 104 ss.; A. BUSANI-M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, in *Società*, 2011, 925 ss.; A. GIAMPIERI, *Gli strumenti finanziari partecipativi quale metodo di finanziamento delle acquisizioni*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 412 ss.; A. VALZER, *Gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi nelle società per azioni*, Torino, 2012, 201 ss.

<sup>(25)</sup> A titolo esemplificativo, si pensi alla possibilità di emettere obbligazioni convertibili in azioni, con attribuzione del diritto di conversione alla società emittente (anche in funzione di prevenire o gestire una crisi). Al riguardo, è da ricordare che nell'esperienza giuridica tedesca — sebbene l'emissione di questo tipo di obbligazione (c.d. *Umgekehrte Wandelschuldverschreibung*) sia ritenuto legittimo e risulti già diffuso nella prassi, anche se non previsto dal legislatore — il progetto governativo conosciuto come "Aktienrechtsnovelle 2012" introduceva espressamente (al fine di eliminare ogni incertezza interpretativa) nel diritto azionario tedesco (con modifiche ai §§ 192 e 221 *AktG*) l'obbligazione convertibile in azione con diritto di conversione attribuito all'emittente: in argomento è sufficiente rinviare a H. HIRTE, § 221, in *Aktiengesetz. Großkommentar*<sup>4</sup>, a cura di K. J. HOPT-H. WIEDEMANN, *Siebenter Band/Teil 1*, §§ 221-240, Berlin, 2012, 19 ss. e 58 ss.; W. BAYER, *Aktienrechtsnovelle 2012 - Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf*, in *AG*, 2012, 150 ss.; per una prima notizia v. anche G. BALP, in questa *Rivista*, 2012, 571 ss. Nella nostra letteratura sul tema degli obbligazionisti nelle procedure di concordato v., ad esempio, A. VALZER, *Gli obbligazionisti e i titolari di strumenti finanziari non partecipativi nelle procedure concordatarie*, dattiloscritto consultato per la cortesia dell'Autore e destinato a *Accordi e concordati nel diritto della crisi di impresa*, Trattato diretto da F. Di Marzio - F. Guerrero - F. Macario - U. Tombari.

zione della crisi <sup>(26)</sup>, la posizione del socio nella crisi e nell'insolvenza <sup>(27)</sup> e — più in generale — la *Bankruptcy Governance*, ossia il governo dell'impresa (gestione controlli e responsabilità) in situazione di crisi <sup>(28)</sup>.

Tanto premesso, ogni ulteriore considerazione richiede, preliminarmente, di (meglio) definire e declinare il significato e il ruolo del "diritto societario della crisi" all'interno del diritto privato dell'impresa <sup>(29)</sup>.

Nel prosieguo si cercherà di muovere alcuni primi passi nella direzione appena indicata, esaminando poi in funzione esemplare — e alla luce di queste prime riflessioni — da un lato il problema dei finanziamenti "soci" e "infragruppo" in "esecuzione", in "funzione" ed "in occasione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione debiti (artt. 182-*quater* e *quinquies*, l. fall.), dall'altro il rapporto tra scioglimento/liquidazione della società e concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*sexies*, l. fall.).

2. È stato già rilevato come in anni recenti siano state introdotte nuove ed importanti disposizioni di "diritto societario della crisi" <sup>(30)</sup>. In particolare, gli articoli 182-*quater*, terzo comma, c.c. e 182-*sexies*, l. fall. contengono deroghe significative a principi di "diritto societario generale" (ma anche del diritto della crisi) in ipotesi di crisi dell'impresa organizzata in forma di società (deroga alla disciplina contenuta negli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c., per consentire la prededucibilità nel limite dell'80% dei crediti derivanti da finanziamenti dei soci o infragruppo a società in crisi; deroghe temporanee alle norme sulla riduzione o perdita del capitale sociale e sullo scioglimento/liquidazione della società).

Prescindendo per il momento dal significato normativo delle disposi-

<sup>(26)</sup> In argomento F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, dattiloscritto consultato per la cortesia dell'Autore [in corso di pubblicazione in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*]; sugli effetti del fallimento sull'organizzazione della società (anche di capitali) cfr., ad esempio, M. FABIANI (nt. 3), 508 ss.; nella dottrina tedesca sulla situazione giuridica degli organi di gestione e controllo nell'impresa societaria in crisi è sufficiente rinviare ai due studi monografici (rispettivamente, un'abilitazione il primo e una dissertazione il secondo) di H.-F. MÜLLER, *Der Verband* (nt. 7), 55 ss. e di J. FINKE (nt. 7), *passim*.

<sup>(27)</sup> Nella letteratura tedesca cfr. ora W. PRUSKO (nt. 7), *passim*; H.-F. MÜLLER (nt. 7), 164 ss.

<sup>(28)</sup> Di *Bankruptcy Governance* parla H. EIDENMÜLLER, *Die Eigenverwaltung* (nt. 11), 14 ss., secondo il quale la *Bankruptcy Governance* deve occuparsi essenzialmente di due questioni ed in particolare: *i*) del momento temporale nel quale deve passare il "controllo" all'interno dell'impresa debitrice e *ii*) di come deve essere strutturata la gestione e il controllo in un'impresa in crisi (tra soggetti "esterni" o "interni" all'impresa stessa).

<sup>(29)</sup> Su un piano diverso, è stata recentemente avanzata la proposta di fondare un "diritto negoziale della crisi d'impresa" all'interno del sistema del diritto commerciale: cfr. F. DI MARZIO (nt. 3), 84 ss.

<sup>(30)</sup> V. *supra*, § 1.

zioni appena richiamate, in una prospettiva più generale è da chiedersi se il “diritto societario della crisi” si configuri: *i*) come “diritto speciale” rispetto al “diritto societario generale”, con la conseguenza, in primo luogo, che, in caso di lacune, troverà nuovamente applicazione il diritto societario generale, ovvero *ii*) come “sistema tendenzialmente autonomo”, dovendosi allora pervenire al diverso risultato che, ove non sussista una specifica previsione di “diritto societario della crisi”, la lacuna dovrà essere colmata (non tornando ad applicare automaticamente il diritto societario generale, ma) facendo innanzitutto riferimento alle disposizioni e/o ai principi generali dettati o comunque ricavabili dallo stesso sistema (non del “diritto generale della crisi”, bensì) del “diritto societario della crisi”. Come si vedrà meglio nel prosieguo, il problema non è meramente teorico, presentando risvolti applicativi di sicura rilevanza.

A ben vedere, siamo in presenza di una questione assimilabile sotto alcuni profili — certamente non per importanza, ma per possibili spunti e soluzioni — a quella, indagata da tempo, in merito al rapporto tra “diritto privato generale” e “diritto commerciale e dell’impresa”.

L’autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile venne teorizzata dai giuscommercialisti italiani sin dalla seconda metà dell’Ottocento giungendo al “riconoscimento della possibilità che le regole commercialistiche vengano sviluppate analogicamente fino a ricavarne principi generali, derogatori rispetto a quelli del diritto civile”<sup>(31)</sup>.

È stato così sostenuto che il diritto commerciale e il diritto dell’impresa sono da considerare « come “un diritto speciale autonomo” *selbständiges Sonderrecht* ) ovvero come “un diritto speciale in senso “forte”, che equivale ad un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri principi, capaci di applicazione analogica, senza per questo escludersi, nel

<sup>(31)</sup> M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in questa *Rivista*, 2013, 1 ss. e 5; sul tema cfr. anche V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006; G. OPPO, *Principi*, Torino, 2001, pp. 4-5, il quale ricostruisce il dibattito sull’autonomia del diritto commerciale e conclude nel senso che attualmente la ricerca è di “principi del diritto commerciale nel sistema del diritto privato”; S. DELLE MONACHE, “Commercializzazione” del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 494 ss. (il diritto commerciale « non è affatto un diritto “secondo”, ma condivide la stessa natura del diritto “primo”, presentandosi come una parte del diritto privato generale », dettata a disciplina dell’ “attività economica imprenditoriale”. Ciò non potendosi sottacere, peraltro, “la frammentazione che anch’esso sperimenta nell’epoca attuale”). A livello europeo uno dei grandi teorici della “specialità” del diritto commerciale è stato Levin Goldschmidt, il quale ascese alla prima cattedra di diritto commerciale in Germania (lo ricorda F. GALGANO, *Diritto commerciale*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezione commerciale*, IV, Torino, 1989, 348); e v. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*<sup>2</sup>, Stuttgart, 1875, 1 (dell’Introduzione): il diritto commerciale come “diritto speciale” per la realtà del commercio; Id., *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891.

caso di lacune, la possibile utilizzazione dei principi del diritto privato generale » (32).

Nella prospettiva appena indicata, il diritto dell'impresa non è allora un "diritto secondo" rispetto al diritto privato generale da intendersi come "diritto primo" (33); si tratta, invece, di sistemi tendenzialmente autonomi, ep-pure capaci di dialogare tra di loro all'interno del sistema unitario del diritto privato contemporaneo. A prescindere dalle denominazioni e dalle classificazioni naturalmente convenzionali e connotate dalla storicità del momento, ciò significa che ciascun "diritto" è dotato di propri principi generali e di proprie categorie giuridiche, da utilizzare, in via preferenziale, nell'opera di sistemazione e integrazione del tessuto normativo (34).

Le conseguenze applicative di questa impostazione sono molteplici e di grande rilevanza. A titolo meramente esemplificativo, se il diritto dell'impresa societaria non si pone in rapporto di "specialità" rispetto al "diritto privato generale", eventuali lacune della disciplina sulla nullità della società (art. 2332 c.c.) o in materia di invalidità delle delibere assembleari e consiliari di s.p.a. (art. 2377 ss. e 2388 c.c.) dovranno essere colmate mediante i principi generali di ciascun "microsistema" e non con l'immediato ricorso alla disciplina generale dettata per la nullità ed annullabilità del contratto.

Ritornando allora al ruolo del "diritto societario della crisi" e al rapporto con il "diritto societario generale", la soluzione preferibile porta a configurare il primo come un sistema tendenzialmente autonomo rispetto al secondo (35). A ben vedere, questa opzione teorica si giustifica e si lascia preferire, in quanto consente di meglio realizzare quei valori e quegli obiettivi che l'ordinamento ha voluto perseguire in caso di crisi di un'impresa societaria, valori ed obiettivi che solo marginalmente potrebbero essere realizzati in maniera soddisfacente applicando disposizioni o principi di "diritto societario generale" (per la semplice ragione che questi ultimi non sono stati pensati e non risultano adeguati ad un contesto di crisi di impresa). Analogamente, una tendenziale autonomia deve essere ravvisata anche nei confronti del "diritto generale della crisi".

(32) G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in questa *Rivista*, 2008, 1 ss. e spec. p. 11; per analoghe considerazioni ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca borsa*, 1984, I, 14 ss.

(33) Per una sintesi del dibattito v. S. DELLE MONACHE (nt. 31), 494 ss., ove ulteriori riferimenti.

(34) In una prospettiva generale, è stato affermato che « il diritto commerciale non può configurarsi più come una materia specialistica; se ricostruito come diritto delle imprese e dei mercati, esso costituisce una macropartizione del diritto contemporaneo, solo all'interno del quale possono ipotizzarsi specialisti settoriali (antitrust, mercati finanziari, insolvenza etc.) »: in questi termini M. LIBERTINI (nt. 31), 41.

(35) Con specifico riferimento al diritto della crisi di impresa e ai suoi rapporti (di specialità o meno) con il diritto privato generale (e con il diritto commerciale) cfr. F. DI MARZIO (nt. 3), 24 ss. e 47.

La prospettiva prescelta non esclude, peraltro, un dialogo (con) e una penetrazione dei principi di “diritto societario generale” e del “diritto generale della crisi”: è solo che ciò non dovrà avvenire in via immediata e diretta, ma solo in seguito ad una attenta valutazione da parte dell’interprete in merito alla sussistenza di specifici principi di disciplina di “diritto societario della crisi”. Una visione del “diritto societario della crisi” come quella prospettata assume naturalmente rilevanza non solo in caso di “lacune”, ma, più in generale, in ogni momento di ricostruzione ermeneutica del tessuto normativo.

Se consideriamo, infine, che il “diritto societario della crisi” regola la società come “organizzazione” ed “attività (di impresa)” nella fase “patologica” della crisi o comunque del “declino”, esso non può evidentemente assumere i caratteri di un diritto “episodico” ed “emergenziale”, ossia legato al contesto di crisi globale che dal 2008 caratterizza tutte le economie avanzate. In altri termini, con riferimento al nostro ordinamento (ove il diritto della crisi tradizionalmente trascura la dimensione societaria<sup>(36)</sup>), il “diritto societario della crisi” è destinato a sopravvivere al superamento della “crisi globale”, andando ad assumere un ruolo ben individuato, anche se probabilmente (e sperabilmente) più limitato nel suo impatto applicativo.

3. A) È un dato di comune esperienza che il finanziamento da parte dei soci (normalmente, ma non necessariamente di controllo) o da parte della capogruppo o di società c.d. sorelle, anche tramite sottoscrizione di obbligazioni, possa rappresentare uno strumento importante nella gestione negoziale della crisi o comunque nell’ambito di un concordato preventivo — specialmente se “in continuità”<sup>(37)</sup> — di una società “autonoma” (ossia non appartenente ad un gruppo) o di una “diretta e coordinata” (*i.e.*, facente parte di un gruppo). Più in particolare, tali finanziamenti potrebbero costituire parti essenziali del “piano” sottostante alla domanda di concordato preventivo o alla domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ed ancor prima — e soprattutto — potrebbero rappresentare la c.d. finanza ponte necessaria in vista della preparazione e della presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo<sup>(38)</sup>.

<sup>(36)</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>(37)</sup> Sul problema del significato di “concordato con continuità aziendale”, come previsto e disciplinato dall’art. 186-bis, l. fall., sia consentito rinviare a U. TOMBARI, *Alcune riflessioni sulle fattispecie del “concordato con continuità aziendale”, in il Fallimentarista*, 19 luglio 2013, ove ulteriori riferimenti.

<sup>(38)</sup> Sembra opportuno rilevare, peraltro, che la previsione del c.d. concordato con riserva e la prassi assolutamente dominante di concordati con trasferimento del complesso aziendale ad una c.d. *newco* ridimensionano parzialmente il problema dei finanziamenti dei soci o infragruppo.

È a tutti noto, del resto, che: *i*) da un lato, la “nuova finanza” erogata dal sistema bancario all’impresa in crisi è generalmente necessaria; *ii*) dall’altro, il sistema bancario chiede generalmente ai soci di controllo o alla società capogruppo (direttamente o indirettamente) di contribuire al fabbisogno finanziario mediante apporti di capitale proprio o, in casi estremi, anche di debito.

Volendo allora procedere ad una classificazione ispirata alla struttura degli artt. 182-*quater* e *quinquies*, l. fall. (come modificati o introdotti dal d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, nel prosieguo anche Decreto Sviluppo), possiamo distinguere tra finanziamenti dei soci o infragruppo (anche a prescindere dalla circostanza che il finanziatore sia socio): *i*) “in esecuzione di un concordato preventivo (...) ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato” (art. 182-*quater*, primo comma, l. fall.: nel prosieguo anche *finanziamenti in esecuzione*); *ii*) “in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti” (art. 182-*quater*, secondo comma, l. fall.: nel prosieguo anche *finanziamenti in funzione*); *iii*) “in occasione” della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *quinquies*, primo comma, l. fall.: nel prosieguo anche *finanziamenti in occasione*).

Considerato poi che i finanziamenti soci o infragruppo appena indicati (*i.e.*, “in esecuzione”, “in funzione” e “in occasione”) vengono concessi normalmente in una crisi o in prossimità di una crisi, dovrebbe trovare applicazione — sulla base del “diritto societario generale” — la regola della postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c. <sup>(39)</sup>. Al riguardo, pare opportuno osservare che la disciplina della postergazione appena ricordata si applica allorché il finanziamento soci o infragruppo sia erogato in un momento in cui risulta un eccessivo “squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto” oppure in “una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento” (cfr. artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c.). Ebbene, non vi è dubbio che l’ “insolvenza” o la “crisi” si fondano su situazioni e prospettive di carattere “finanziario” <sup>(40)</sup>, mentre gli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c. hanno come presupposto (anche) una situazione di “sottocapitalizzazione” <sup>(41)</sup> e si

<sup>(39)</sup> Per un commento alle due disposizioni si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, rispettivamente a M. CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, 238 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 63 ss..

<sup>(40)</sup> In argomento è sufficiente rinviare, anche per ogni ulteriore riferimento bibliografico, a G. STRAMPELLI (nt. 14), 607 s.

<sup>(41)</sup> Cfr. in luogo di molti, M. CAMPOBASSO (nt. 39), 238 ss..

muovono in una prospettiva sia finanziaria, sia patrimoniale. È altresì vero, peraltro, che il presupposto della “postergazione”, per come identificato dalle disposizioni in esame, si accompagna generalmente anche ad una crisi sotto il profilo finanziario <sup>(42)</sup>.

In questo contesto, la prospettiva di subire la postergazione del finanziamento ha come effetto di minimizzare l’incentivo del socio o della capogruppo a finanziare “tentativi efficienti” di salvataggio della propria società o della società controllata <sup>(43)</sup>.

Si comprende, dunque, per quale ragione questa soluzione (applicazione della regola della postergazione ai finanziamenti in esame) sia stata parzialmente superata in seguito all’introduzione di un principio di “diritto societario della crisi” contenuto nel terzo comma dell’art. 182-*quater*, l. fall., in forza del quale i finanziamenti dei soci o infragruppo “in esecuzione” o “in funzione” sono prededucibili “fino a concorrenza dell’ottanta per cento del loro ammontare” e “in deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile”; per i finanziamenti soci o infragruppo c.d. “in occasione” l’art. 182-*quinquies*, l. fall. invece nulla dice. In linea generale, è da ricordare poi che il “diritto della crisi” premia con la “prededuzione” del credito il finanziatore di una impresa in crisi nelle ipotesi contemplate dagli artt. 182-*quater* e *quinquies*, l. fall. <sup>(44)</sup>.

Tanto considerato, si profila un evidente contrasto tra “diritto societario generale” (artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c.) e “diritto societario della crisi” (art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall.): il primo tratta i finanziamenti dei soci e infragruppo in situazioni di crisi dell’impresa come un’“anomalia”; il secondo, invece, a determinate condizioni, come un’“opportunità” anche per gli altri creditori (in quanto finanziamenti strumentali al risanamento dell’impresa), decidendo conseguentemente di “premiare” il finanziatore con la prededuzione, seppur nei limiti dell’80% <sup>(45)</sup>.

Il problema che si pone è in quali ipotesi, a quali condizioni ed eventualmente entro quali limiti i crediti derivanti dai finanziamenti-soci e infragruppo “in esecuzione”, “in funzione” e “in occasione” siano da considerare

<sup>(42)</sup> M. CAMPOBASSO (nt. 39), 242.

<sup>(43)</sup> M. MAUGERI, *sub art. 2497-quinquies*, 11 del dattiloscritto consultato per la cortesia dell’Autore e destinato al *Codice delle Società per azioni. Commentario*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale.

<sup>(44)</sup> Sul significato della prededuzione nelle ipotesi degli artt. 182-*quater* e *quinquies*, l. fall. le opinioni non sono univoche: v., ad esempio, S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, 136 ss.; A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 342 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 2010, 1352 ss.

<sup>(45)</sup> In senso analogo v., ad esempio, F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull’art. 182-*quater* l. fall.*, in *Banca borsa*, 2012, I, 526 ss.

prededucibili in ossequio ad un principio di “diritto societario della crisi” e in deroga al “diritto societario generale”.

B) Come noto il primo ed il secondo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall. prevedono la prededucibilità “ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111” dei crediti derivanti da finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati da qualunque soggetto (e non più solo da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come era prima del Decreto Sviluppo), concessi “in esecuzione” (primo comma) o “in funzione” (secondo comma) <sup>(46)</sup>.

Per quanto in questa sede più interessa, è stato già ricordato, inoltre, che, secondo il disposto del terzo comma del medesimo art. 182-*quater*, l. fall. “in deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, il primo e il secondo comma si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare” <sup>(47)</sup>.

Al riguardo, è da rilevare, in primo luogo, che, in seguito alle modifiche apportate dal Decreto Sviluppo, il terzo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall. richiama sia il primo, sia (ora anche) il secondo comma della medesima disposizione, con la conseguenza che è ammessa la prededucibilità del finanziamento soci e del finanziamento infragruppo (fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare) anche qualora il finanziamento risulti effettuato “in funzione” della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Si deve osservare, poi, che la disposizione appena ricordata rappresenta una parziale eccezione alle regole — appartenenti al “diritto della crisi” — contenute nei primi due commi dell'art. 182-*quater*, l. fall. dal momento che pone il limite dell'80% alla prededucibilità del finanziamento se effettuato da un socio o da una società del gruppo.

Con specifico riferimento ai c.d. finanziamenti infragruppo, resta da comprendere, tuttavia, se questa disciplina di “diritto societario della crisi” si applichi esclusivamente ai finanziamenti tra società del medesimo gruppo

<sup>(46)</sup> Per un primo commento cfr., in generale, anche con riferimento alla *ratio* ispiratrice di questo intervento di riforma, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, Milano, 2012, 24 ss.; S. AMBROSINI (nt. 44), 139 ss.; M. CAMPOBASSO (nt. 39), 263 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte* (nt.44), 1363 ss.; M. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 834 ss.; N. ABRIANI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Scritti in onore di G. Zanarone*, Torino, 2011, 352 ss.

<sup>(47)</sup> Sulla disciplina relativa al trattamento del 20% “residuo” del finanziamento v. M. CAMPOBASSO (nt. 39), 263 (il quale osserva che “il restante 20%, benché la disposizione non lo dica espressamente, è postergato in quanto le nuove regole fallimentari sono poste in deroga ai principi sanciti dalla disciplina del codice civile”); L. STANGHELLINI (nt. 44), 1364; M. MAUGERI (nt. 46), 838; N. ABRIANI (nt. 46), 354 ss.; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 2010, 906; R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, 2012, 137.

che sono socie o anche a prescindere dall'esistenza di una rapporto sociale tra finanziatore e impresa finanziata.

Come già in altra sede si era sostenuto <sup>(48)</sup>, dal combinato delle disposizioni appena ricordate sembrerebbe emergere la regola, secondo la quale l'eventuale finanziamento da parte della società capogruppo o di altra società appartenente al medesimo gruppo ad una società diretta e coordinata in stato di crisi è prededucibile ai sensi dell'art. 111, l. fall., nei limiti dell'80% ed in deroga a quanto disposto dall'art. 2497-*quinquies*, c.c. — a prescindere dall'esistenza di un rapporto societario tra finanziatore e società finanziata — se effettuato "in esecuzione" o "in funzione" ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall. In altri termini, pur riferendosi l'art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall. solo al "finanziamento effettuato dai soci", il richiamo espresso al disposto dell'art. 2497-*quinquies*, c.c. dovrebbe intendersi nel senso che la regola della prededucibilità si estende — in via diretta o, in alternativa, in via di *analogia legis* o *juris* — ai finanziamenti sia della capogruppo, sia di altra società soggetta alla medesima attività di direzione e coordinamento, anche in assenza di una partecipazione sociale di queste ultime nella beneficiaria del finanziamento <sup>(49)</sup>.

In conclusione — e qualora si ritenga che i finanziamenti infragruppo ricadano tutti nella previsione dell'art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall. (a prescindere dalla circostanza che il finanziatore sia socio) — i finanziamenti-soci e i finanziamenti infragruppo concessi nelle ipotesi di cui al primo e al secondo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall. sono prededucibili nel limite dell'80% del loro ammontare.

Dal complesso normativo del nuovo art. 182-*quater*, l. fall. non si ricava, tuttavia, alcuna certezza in merito alla prededucibilità dei finanziamenti-ponte (ossia i finanziamenti necessari all'esercizio dell'impresa prima ed in funzione dell'accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti). E ciò in quanto il secondo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall. continua a condizionare l'effettiva attribuzione di tale beneficio « ad un evento futuro ed incerto, vale a dire all'omologa degli accordi o all'espresso riconoscimento da parte del Tribunale nel provvedimento con

<sup>(48)</sup> V. U. TOMBARI (nt. 3), 644 ss.

<sup>(49)</sup> Per considerazioni sostanzialmente analoghe L. STANGHELLINI (nt. 44), 1364, che propende per un'applicazione analogica a tutte le fattispecie di finanziamenti di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c.; sul punto v. anche N. ABRIANI (nt. 46), 357 ss., secondo il quale, peraltro, i dubbi esegetici sollevati dalla lettera della norma lasciano sin d'ora prevedere « un prudenziale ricorso da parte degli operatori alla farraginoso alternativa dell'effettuazione di un doppio passaggio di denaro: dalla cassaforte del gruppo alla società socia di quella in crisi, e da questa a quella in crisi »; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 304; M. MAUGERI, *sub art. 2497 quinquies* (nt. 43), 14 del dattiloscritto; in senso contrario v. invece S. AMBROSINI (nt. 44), 154.

di una rapporto sociale

combinato delle dispo-  
egola, secondo la quale  
pogruppo o di altra so-  
à diretta e coordinata in  
all., nei limiti dell'80%  
uies, c.c. — a prescin-  
anziatore e società fi-  
ne" ai sensi del primo e  
ermini, pur riferendosi  
iamento effettuato dai  
7-quinquies, c.c. do-  
cibilità si estende — in  
ris — ai finanziamenti  
medesima attività di  
partecipazione sociale  
19).

ziamenti infragruppo  
rzo comma, l. fall. (a  
zio) — i finanziamen-  
esi di cui al primo e al  
deducibili nel limite

ter, l. fall. non si ri-  
cibilità dei finanzia-  
o dell'impresa prima  
o all'accordo di ri-  
omma dell'art. 182-  
zione di tale benefi-  
loga degli accordi o  
provvedimento con

INI (nt. 44), 1364, che  
ziamenti di cui all'art.  
ondo il quale, peraltro, i  
vedere « un prudenziale  
zione di un doppio pas-  
a in crisi, e da questa a  
ella legge fallimentare,  
dattiloscritto; in senso

cui avesse accolto la domanda di ammissione al concordato preven-  
tivo »<sup>(50)</sup>.

A questo problema il legislatore del Decreto Sviluppo ha tentato di  
porre rimedio (non modificando l'art. 182-*quater*, l. fall. ma) introducendo  
il nuovo art. 182-*quinquies*, l. fall. dedicato (anche e per quanto in questa  
sede più interessa) ai finanziamenti concessi "in occasione" della presenta-  
zione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della do-  
manda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art.  
182-*quinquies*, primo comma, l. fall.).

4. Come è stato esattamente osservato<sup>(51)</sup>, i primi tre commi dell'art.  
182-*quinquies*, l. fall. prevedono e disciplinano la possibilità per il debitore  
— che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, l. fall. una  
domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omo-  
logazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo  
182-*bis*, primo comma, l. fall. o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo  
182-*bis*, sesto comma, l. fall. — di chiedere al Tribunale di essere autorizzato  
a « contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 », a prescin-  
dere da una volontà di continuità aziendale e quindi anche qualora la do-  
manda sia funzionale alla presentazione di un concordato o di un accordo  
che prevedano la liquidazione e la cessazione. Ciò che, infatti, è richiesto è  
(solo) che il professionista incaricato attesti — « verificato il complessivo  
fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione » — che « tali fi-  
nanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori » e non  
anche alla prosecuzione dell'attività di impresa.

Tanto premesso, si deve ribadire che in questo contesto normativo nulla  
si prevede in merito ai finanziamenti-soci e/o infragruppo concessi "in oc-  
casione" della presentazione di una domanda (anche in bianco) di ammis-  
sione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Sorge allora il problema se una società in stato di crisi che intenda pre-  
sentare una domanda di ammissione al concordato preventivo o una do-  
manda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti possa  
chiedere al tribunale di essere autorizzata a contrarre finanziamenti prede-  
ducibili ai sensi dell'art. 111, l. fall. (ovviamente nel rispetto delle condizioni  
di cui al primo comma dell'art. 182-*quinquies*, l. fall.) con i propri soci ov-  
vero con la società capogruppo o con società sorelle.

In via di mera ipotesi si potrebbe sostenere, alternativamente, che, nei  
casi sopra indicati, i finanziamenti-soci o infragruppo:

i) sono sempre prededucibili, anche se provengono da soci o dalla so-

<sup>(50)</sup> F. LAMANNA (nt. 46), 24.

<sup>(51)</sup> F. LAMANNA (nt. 46), 28 ss.

cietà capogruppo o da società sorelle (anche non socie), dal momento che la disposizione di cui all'art. 182-*quinquies*, primo comma, l. fall. si riferisce indistintamente a tutti i finanziamenti e non prevede alcuna limitazione per i finanziamenti-soci e infragruppo (discostandosi, in questo senso, dal terzo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall.)<sup>(52)</sup>;

ii) non sono mai prededucibili, poiché manca una disposizione di "diritto societario della crisi" (analogo a quella contenuta nel terzo comma dell'art. 182-*quater*, l. fall.) che espressamente disapplichi la regola della postergazione contenuta nel "diritto societario generale" agli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c. (53). Appare evidente come, adottando quest'ultima interpretazione l'impiego di finanziamenti c.d. ponte concessi dai soci, dalla capogruppo o da altra società sorella sarebbe fortemente scoraggiato nell'ambito di una crisi di impresa; come già ricordato, infatti, da un lato l'art. 182-*quater* secondo comma, l. fall. presenta troppi margini di incertezza, dall'altro non sarebbe concessa la possibilità della prededuzione ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, primo comma, l. fall.

La soluzione più corretta — e (soprattutto) più coerente con il sistema dei valori e degli interessi introdotti dal "diritto societario della crisi" — sembra essere, tuttavia, una terza: *i finanziamenti-soci o infragruppo "in occasione" (per come sopra meglio definiti) sono prededucibili alle condizioni previste dal primo comma dell'art. 182-quinquies, l. fall. ma solo nel limite dell'80% del loro ammontare* (54).

Al riguardo, si consideri, in primo luogo, che il "diritto della crisi" prevede attualmente negli artt. 182-*quater* e *quinquies*, l. fall., un principio di "favore" per il soggetto che, alle condizioni ivi previste, finanzia l'impresa in crisi e contribuisce al suo risanamento nell'interesse, in ultima istanza, di tutti i creditori.

In questo contesto il "diritto societario della crisi" — da intendersi come sistema tendenzialmente autonomo (55) — contiene nell'art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall. *un proprio e specifico principio generale per quanto attiene ai finanziamenti-soci e infragruppo*, principio che deroga parzialmente sia alla regola della postergazione di "diritto societario generale" fissata negli

(52) È la soluzione prospettata da M. MAUGERI, *sub art. 2497-quinquies* (nt. 43), 18 del dattiloscritto.

(53) Su questa posizione F. BRIOLINI (nt. 45), 535; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice*, Bologna, 2013, 18 ss.

(54) Per una posizione contraria alla "prededucibilità" del credito cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI (nt. 53), 18 ss., i quali, pur ammettendo in astratto l'esperibilità del "magistero analogico" nel caso di specie, giungono a scartare questa soluzione, in quanto « non si saprebbe né per quale parte del credito riconoscere la prededuzione (l'art. 182 quater, co. 3 stabilisce che la prededuzione opera fino alla misura dell'80% del credito), né chi è competente a determinarla » (18). La soluzione in questa sede avanzata dovrebbe contribuire, tuttavia, a superare queste obiezioni, consentendo di individuare la misura esatta della prededuzione.

(55) V. *supra*, § 2.

artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c., sia alla disciplina di “favore” appena ricordata del “diritto (generale) della crisi”; più in particolare, si ammette la prededuzione dei (crediti derivanti dai) finanziamenti-soci e infragruppo esclusivamente nel limite dell’80% del loro ammontare, in ossequio ad un principio di corretto ed equilibrato finanziamento.

Questo percorso argomentativo porta (anche) a meglio comprendere l’attuale rilevanza dell’art. 182-*quater*, l. fall. il quale mantiene un importante valore precettivo non solo nel primo comma, ma anche — e per quanto in questa sede più interessa — nel terzo comma per il principio generale di “diritto societario della crisi” ivi contenuto.

In sostanza, dal sistema del “diritto societario della crisi” emerge un principio generale di “prededucibilità attenuata”, il quale, da un lato, trova diretta applicazione nelle ipotesi di cui all’art. 182-*quater*, primo e secondo comma, l. fall. (finanziamenti “in esecuzione” e “in funzione”), dall’altro è funzionale a colmare la “lacuna normativa” <sup>(56)</sup>, che si rinviene nell’art. 182-*quinquies*, l. fall. in merito ai finanziamenti soci e infragruppo.

Sul punto occorre probabilmente maggiore chiarezza. A questo proposito, si deve ricordare da un lato che gli artt. 182-*quater* e *quinquies*, l. fall. si riferiscono espressamente alla prededuzione di cui all’art. 111 l. fall., dall’altro il secondo comma dell’art. 111 appena richiamato statuisce che « sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti *in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge* ». Ebbene, sembra potersi sostenere che — per i finanziamenti “in occasione” di un concordato preventivo (che rappresenta certamente una “procedura concorsuale” ai sensi del 111, secondo comma, l. fall.) e, sebbene con maggiori margini di incertezza, di un accordo di ristrutturazione dei debiti <sup>(57)</sup> — la finanza prestata dai soci o “infragruppo” risulterà prededucibile non in forza dell’applicazione analogica della disposizione contenuta nell’art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall. (e quindi fuori delle ipotesi di cui all’art. 111, secondo comma, l. fall.), ma in base all’applicazione diretta delle proposizioni normative di cui agli artt. 182-*quinquies* e soprattutto 111, secondo comma, ultima parte, l. fall., in quanto dovrebbe trattarsi di « finanziamenti in occasione di una procedura concorsuale » <sup>(58)</sup>.

<sup>(56)</sup> Sulle lacune c.d. normative v., ad esempio, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 128 ss.; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 243 ss. Sul problema delle “lacune” sempre stimolante è la lettura di C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*<sup>2</sup>, Berlin, 1983.

<sup>(57)</sup> Sulla natura controversa degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, l. fall. (“procedura concorsuale” o negozio stragiudiziale) cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, P. VALENSISE (nt. 49), 103 ss.

<sup>(58)</sup> Per analoghe considerazioni (sebbene con riferimento alla disciplina del 182-*quater* l. fall.) v. A. BASSI (nt. 44), 348.

Se quanto affermato può essere condiviso, ne consegue che l'applicazione (*in analogia legis o iuris*) del principio di "diritto societario della crisi" enunciato nell'art. 182-*quater*, terzo comma, l. fall. non serve ad estendere la regola della prededuzione in violazione della previsione di cui all'art. 111, secondo comma, l. fall., ma è funzionale da un lato a rendere inapplicabili le disposizioni contenute negli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c., dall'altro a introdurre una "prededucibilità attenuata" nei limiti dell'80 per cento (e quindi a limitare la regola della "prededuzione piena" prevista dal "diritto della crisi").

5. Secondo il disposto contenuto nell'art. 182-*sexies*, l. fall. dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo (anche con "riserva", ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall.), della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, l. fall. ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione<sup>(59)</sup> non si applicano gli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-*ter*, c.c.; per lo stesso periodo, inoltre, « non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484 n. 4 e 2445-*duodecies* del codice civile ».

Per quanto attiene alla s.p.a. (ma identica soluzione è prevista anche per la s.r.l.), non sono sospesi, invece, gli obblighi indicati dal primo comma dell'art. 2446 c.c.<sup>(60)</sup>, con la conseguenza che l'organo amministrativo — anche nel periodo coperto dalla previsione dell'art. 182-*sexies*, l. fall. — sarà tenuto, naturalmente in presenza dei presupposti di cui al 2446, primo comma, c.c. a convocare l'assemblea "per gli opportuni provvedimenti"<sup>(61)</sup>

<sup>(59)</sup> L'idea di fondo del legislatore è che in seguito all'omologa le disposizioni sulla riduzione obbligatoria del capitale potrebbero non trovare applicazione, in quanto le perdite sono state riassorbite grazie alle sopravvenienze attive derivanti dall'esdebitazione [cfr. F. LAMMANA (nt. 46), 32]; nella fase di esecuzione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione potrebbero poi intervenire, sulla base del piano, apporti di soci o di terzi (anche in forma di conversione dei crediti in capitale) che incidono sulla ricostituzione del capitale minimo [G. STRAMPELLI (nt. 14), 653]. È allo stesso tempo indubitabile che a partire dall'omologazione, "qualora la società versi ancora nelle condizioni previste dagli artt. 2446, comma 2, e 2447 c.c. (persistendo in tal ultimo caso anche la causa di scioglimento ex art. 2484, comma 1, n. 4), i soci siano tenuti a deliberare la riduzione del capitale e, ove il capitale si sia ridotto al di sotto dell'importo minimo, ad adottare gli opportuni provvedimenti, procedendo alla ricostituzione del capitale (almeno sino alla cifra minima) o, in alternativa, allo scioglimento ovvero alla trasformazione regressiva" [G. STRAMPELLI (nt. 14), 653].

<sup>(60)</sup> Come è stato poi osservato, anche se il legislatore nulla dice, l'obbligo di convocazione e informazione dovrebbe sussistere pure nei casi di cui all'art. 2447, c.c., ma i soci non saranno tuttavia tenuti ad alcun provvedimento [G. STRAMPELLI (nt. 14), 654].

<sup>(61)</sup> Resta da capire quali potrebbero essere gli "opportuni provvedimenti": certamente non sussiste un obbligo di ridurre il capitale o disporre lo scioglimento della società ex art. 2447,

e a sottoporle una situazione patrimoniale, con le osservazioni dell'organo di controllo<sup>(62)</sup>.

Concentrando l'attenzione sulle finalità sottostanti, non vi è dubbio che l'art. 182-*sexies*, l. fall. « recepisce l'orientamento, formatosi anteriormente alla riforma del 2005-2007 (...) secondo il quale l'apertura della procedura di concordato preventivo blocca l'operatività dell'obbligo di riduzione del capitale per perdite superiori ad un terzo e della causa di scioglimento rappresentata dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: ciò perché per effetto di tale apertura, i crediti verso la società diventano inesigibili »<sup>(63)</sup>; più in generale, la tutela dei creditori è assicurata non più dal capitale sociale, ma dai controlli che l'autorità giudiziaria e il commissario esercitano sull'attività della società e dalle norme della legge fallimentare relative al pagamento dei creditori<sup>(64)</sup>. In sostanza, l'intento del legislatore è stato quello di evitare misure di ricapitalizzazione e comunque lo scioglimento/liquidazione per le società che intendono avviare una procedura di concordato preventivo o ricorrere ad un accordo di ristrutturazione dei debiti. In una prospettiva più ampia, la proposizione normativa contenuta nell'art. 182-*sexies*, l. fall. da un lato introduce nuovi ed importanti elementi di discussione nel dibattito sulla funzione del capitale sociale<sup>(65)</sup>, dall'altro segna un parziale declino di questo istituto come strumento di tutela dei creditori in situazioni di crisi<sup>(66)</sup>.

Tanto premesso, il principio di "diritto societario della crisi" che

c.c., ma l'assemblea sarà comunque libera, ad esempio, di disporre comunque la riduzione del capitale ed un contestuale aumento.

<sup>(62)</sup> In argomento cfr. G. STRAMPELLI (nt. 14), 654 ss.; F. LAMANNA (nt. 46), 32; P. VALENSISE (nt. 49), 323; in sede assembleare gli amministratori devono inoltre dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione (art. 2446, primo comma, ultima parte, c.c.).

<sup>(63)</sup> A. NIGRO-D. VATTERMOLI (nt. 53), 37, i quali si mostrano invece perplessi in merito all'applicazione della disposizione in commento anche alle ipotesi degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, l. fall.; nel senso che questa disposizione recepisce l'orientamento interpretativo formatosi anteriormente e secondo il quale in caso di concordato la tutela dei creditori era assicurata dalla disciplina concorsuale e non trovavano più necessaria applicazione le norme sulla riduzione obbligatoria del capitale v. anche P. VALENSISE (nt. 49), 322; per questa posizione prima dell'introduzione dell'art. 182 *sexies* l. fall. è sufficiente rinviare a R. NOBILI/M.S. SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6\*, Torino, 1993, 328 ss.; F. GUERRERA, *sub art. 152*, in *Il nuovo diritto fallimentare*. Commentario diretto da A. Jorio, II, Bologna, 2007, 2224; in giurisprudenza cfr. Trib. Ancona, 12 aprile 2012, in *Il fallimento*, 2013, 110 ss., con nota di T. ARIANI, *Disciplina delle riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo*, ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali. In generale sulla *ratio* dell'art. 182-*sexies*, l. fall. v. anche G. STRAMPELLI (nt. 14), 652 ss.; G. D'ATTORRE, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale*, in *Il Fallimentarista*, 2012, 3 ss.

<sup>(64)</sup> R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO (nt. 63), 329.

<sup>(65)</sup> Su tale dibattito si rinvia, anche per i numerosi riferimenti bibliografici, a M. MIOLA, *La tutela dei creditori* (nt. 18), 237 ss.

<sup>(66)</sup> G. STRAMPELLI (nt. 14), 658.

espressamente emerge dal contesto normativo appena esposto ha un carattere "negativo": più in particolare, nel periodo temporale indicato dall'art. 182-*sexies*, primo comma, l. fall. alle imprese organizzate in forma di s.p.a. o di s.r.l. non si applicano: *i*) alcune disposizioni cardine del "diritto societario generale" in merito alla riduzione o perdita del capitale sociale; *ii*) la causa di scioglimento della società per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale e, conseguentemente, la disciplina sullo scioglimento/liquidazione ad essa conseguente, tra la quale anche il dovere in capo agli amministratori di "conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale" (art. 2486, primo comma, c.c.). A quest'ultimo proposito, si consideri, peraltro, che trova applicazione il disposto dell'art. 167 l. fall.; allo stesso tempo, un obbligo "conservativo" — attenuato e comunque non interamente coincidente con quello contenuto nell'art. 2486, c.c. — viene ad incombere sull'organo amministrativo della società che ha fatto ricorso ad una soluzione concordata della crisi in seguito alla concretizzazione del principio contenuto nell'art. 2392, primo comma, c.c., ossia al dovere "generale" di gestire l'impresa con la diligenza "richiesta dalla natura dell'incarico" e dalle "specifiche competenze" (nonché alla concretizzazione dei doveri generali contenuti negli artt. 2394 e 2497, c.c.).

Prescindendo da un esame puntuale e completo delle molteplici questioni che la disposizione pone <sup>(67)</sup> e limitandosi ad affrontarne solo alcune,

(67) Al riguardo, è senza dubbio di grande interesse riportare — per le problematiche che affronta — la Massima dell' "Osservatorio sul diritto societario" del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato in tema proprio di "Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto".

(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 sesto, l. fall.;

*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*, c.c. 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 sesto, l. fall.;

*c*) trascorso senza esito il termine di sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2447 e 2482-*ter*, c.c. 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 sesto, l. fall..

(2) Qualora lo statuto richieda per la presentazione della domanda di concordato preventivo la previa deliberazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 152, secondo comma, 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*, c.c. né può essere adottata, se non è oggetto

il legislatore ha avuto cura di precisare che per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma resta ferma l'applicazione dell'art. 2486, c.c. <sup>(68)</sup> Conseguentemente, se in questo momento temporale si verifica la causa di scioglimento prevista nell'art. 2484 n. 4, c.c. gli amministratori conservano il « potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale » e rispondono in caso di violazione di tale precetto (art. 2486, secondo comma, c.c.). In termini ancora più ampi, nel periodo indicato trova integralmente applicazione il "diritto societario generale" e se viene a sussistere la causa di scioglimento più volte menzionata l'organo amministrativo deve procedere al suo accertamento e alle incombenze di cui agli artt. 2485 ss., c.c. <sup>(69)</sup>. In astratto potrebbe così accadere che siano nominati i liquidatori: in tal caso il ricorso ad una soluzione concordata della crisi (*ex art. 182-sexies*, primo comma, l. fall.) non determina una revoca automatica dello stato di liquidazione e dell'organo liquidatorio, dovendosi procedere nel rispetto della previsione di cui all'art. 2487-ter, c.c. <sup>(70)</sup>

I problemi appena esposti potrebbero essere integralmente superati mediante il deposito di una domanda di concordato "con riserva", deposito al quale sono ricollegati tutti gli effetti di cui al primo comma dell'art. 182-sexies, l. fall., inclusa la sospensione dei doveri c.d. conservativi *ex art. 2486*, c.c. Può essere opportuno sottolineare, tuttavia, che l'organo amministrativo di una società che ha presentato un concordato con riserva è comunque tenuto, da un lato, al rispetto dell'art. 161, settimo comma, l. fall. (come modificato in seguito al decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98: gli amministratori possono compiere solo atti di ordinaria amministrazione e per gli "atti urgenti" di straordinaria amministrazione necessitano dell'autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato), dall'altro ad una forma (comunque) di gestione

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, c.c. 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 quarto comma, l. fall., riprendono pieno vigore gli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447, c.c. (se si tratti di s.p.a.) e degli artt. 2482-bis e 2482-ter, c.c. (se si tratti di s.r.l.). Ne consegue che gli amministratori devono a quella data, anche alla luce della ristrutturazione finanziaria prodotta dal concordato o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, accertare l'eventuale sussistenza di perdite rilevanti ai sensi di detti articoli e adottare i provvedimenti conseguenti a tale accertamento.

<sup>(68)</sup> Sul punto cfr. anche G. STRAMPELLI (nt. 14), 655.

<sup>(69)</sup> F. LAMANNA (nt. 46), 31.

<sup>(70)</sup> Per analoghe considerazioni cfr. G. D'ATTORRE (nt. 63), 4; F. LAMANNA (nt. 46), 32.

conservativa dell'impresa in ossequio ai principi generali contenuti negli artt. 2392, 2394 e 2497, c.c. <sup>(71)</sup>

Resta da sottolineare — per quanto in questa sede più interessa — che la disposizione in esame sospende espressamente solo la causa di scioglimento prevista dal n. 4 dell'art. 2484, c.c. Al riguardo, è stato sostenuto che il venir meno della continuità aziendale per effetto di una situazione di disequilibrio finanziario può configurare una "impossibilità materiale" di conseguire l'oggetto sociale, integrando allora l'ipotesi di scioglimento *ex art. 2484*, primo comma, n. 2, c.c. <sup>(72)</sup>. Ebbene, qualora dalla proposizione normativa contenuta nell'art. 2484 n. 2, c.c. dovesse emergere la regola "ripristina l'equilibrio finanziario o liquida" <sup>(73)</sup>, tale regola non sarebbe (temporaneamente) disapplicata ad opera dell'art. 182-*sexies*, l.fall., con la conseguenza che una società caratterizzata da un forte disequilibrio finanziario (con effetto sulla continuità aziendale) potrebbe essere soggetta alla disciplina dello scioglimento/liquidazione anche in ipotesi di deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo (normale o "con riserva") ovvero della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, l. fall. Le finalità sottostanti all'introduzione del nuovo art. 182-*sexies*, l. fall. risulterebbero parzialmente (ma significativamente) compromesse, considerata l'assoluta frequenza di una situazione di (forte) disequilibrio finanziario per una società che si avvicina ad una gestione negoziale della crisi o a una procedura concorsuale.

Il problema non è, all'evidenza, di poco conto, anche se nella giurisprudenza teorica e pratica sembra ancora predominare la tesi, secondo la quale la causa di scioglimento prevista nell'art. 2484 n. 2, c.c. sussiste esclusivamente qualora "si verifichi (..) un evento idoneo ad impedire, in termini assoluti ed in modo definitivo, il conseguimento dell'oggetto sociale" <sup>(74)</sup>.

<sup>(71)</sup> In argomento v. anche G. STRAMPELLI (nt. 14), 655 ss.

<sup>(72)</sup> G. STRAMPELLI (nt. 14), 627 ss. e 650 ss.; v. anche G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Studi in onore di U. Belviso*, I, Bari, 2011, 166 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Capitale sociale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, 229 ss.; F. BRIZZI, *Crisi di impresa* (nt. 18), 88 ss.; per alcune considerazioni in questa direzione cfr. anche il Principio contabile n. 5 sui Bilanci di liquidazione, elaborato dall'Orc (Organismo italiano di contabilità); un inquadramento in chiave critica del problema e della tesi sinteticamente ricordata si ritrova in C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 245 ss., ove ulteriori riferimenti. Su un piano diverso ma con affinità sotto il profilo funzionale [lo rileva G. STRAMPELLI (nt. 14), 627, nt. 73] è da ricordare la tesi, secondo la quale dall'art. 2484, primo comma, n. 2, c.c. si ricava il precetto negativo « destinato ad integrare la disposizione dell'art. 2327, nel senso che il capitale sociale non deve mai essere manifestamente insufficiente per il conseguimento dell'oggetto sociale » (G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 82 ss.).

<sup>(73)</sup> G. STRAMPELLI (nt. 14), 651.

<sup>(74)</sup> In questi termini C. BAVETTA, *Le cause di scioglimento delle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, 16\*\*\*\*\*, diretto da P. Rescigno, seconda edizione, Torino, 2012, 180

Tanto premesso, la visione del “diritto societario della crisi di impresa” come sistema tendenzialmente autonomo <sup>(75)</sup> potrebbe avere significative implicazioni nella soluzione della questione in esame.

Se consideriamo, infatti, il “diritto societario della crisi” come “diritto speciale”, in caso di crisi finanziaria di una società e di sostanziale ed irreversibile incapacità di conseguire l’oggetto sociale non dovrebbe essere applicabile la disposizione speciale contenuta nell’art. 182-*sexies*, l. fall. e tornerebbe ad applicarsi il diritto societario generale, dovendosi chiedere allora se l’ipotesi di scioglimento di cui all’art. 2484 n 2, c.c. sia integrata o meno in presenza di una crisi finanziaria che minaccia la continuità aziendale.

Qualora invece si preferisca guardare al “diritto societario della crisi” come ad un “sistema tendenzialmente autonomo”, si potrebbe sostenere che l’art. 182-*sexies*, l. fall. enuncia un principio generale di “diritto societario della crisi”, in forza del quale — in caso di deposito del ricorso per concordato preventivo o di domanda di omologazione dell’accordo *ex art.* 182-*bis*, l. fall. e sino all’omologazione — il legislatore sospende la disciplina dello scioglimento/liquidazione, dal momento che ritiene sufficiente alla tutela degli interessi in gioco le regole del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione dei debiti.

A conferma e supporto di quanto appena affermato, si consideri che: i) l’art. 182-*sexies*, l. fall. espressamente disapplica la normativa sullo scioglimento/liquidazione alla crisi patrimoniale, ossia ad una crisi che, rispetto a quella finanziaria, presenta maggiori elementi di certezza ed è disciplinata da norme inderogabili come quelle contenute negli art. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*, c.c.; ii) in seguito alla riforma societaria del 2003 (anche) il fallimento cessa di rappresentare una causa di scioglimento della società, nulla prevedendo al riguardo l’art. 2484, c.c. <sup>(76)</sup>

Naturalmente questa proposta interpretativa determina — non una completa disapplicazione del principio di cui all’art. 2484 n. 2, c.c., bensì, ed al pari, di quanto accade per il principio di cui al n. 4 del medesimo articolo — una sospensione temporalmente limitata al periodo indicato nell’art. 182-*sexies*, l. fall.

ss.: per considerazioni sostanzialmente analoghe G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*<sup>8</sup>, a cura di M. CAMPOBASSO, Torino, 2012, 548 ss.; C. MONTAGNANI (nt. 72), 245 ss.; F. GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell’impresa in crisi*, dattiloscritto consultato per la cortesia dell’Autore, 6; in giurisprudenza cfr. Trib. Roma, 21 dicembre 2012, n. 11338, Pres. S. Cardinali; per un quadro anteriore alla riforma del 2003 cfr. G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*\*\*, Torino, 1997, 272 ss.

<sup>(75)</sup> *Supra*, § 2.

<sup>(76)</sup> Cfr., in luogo di molti, A. PACIELLO (nt. 3), 32.