

# *Consiglio Nazionale del Notariato*

*Studio n.100-2023/I*

## **SOSPENSIONE DEGLI OBBLIGHI DI RIDUZIONE DEL CAPITALE E DELLE CAUSE DI SCIOGLIMENTO NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA**

*di Francesco Paolo Petrera*

*(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa l'8 febbraio 2024)*

### *Abstract*

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza prevede la sospensione degli obblighi di riduzione del capitale per perdite e dell'operatività della relativa causa di scioglimento in tre diverse disposizioni.

Indipendentemente dai differenti presupposti è comune alle singole previsioni la finalità, già a base dell'art.182 sexies della legge fallimentare, di consentire l'accesso a tali procedure anche a società con perdite rilevanti e senza procedere ad operazioni di ricapitalizzazione; tanto nel presupposto che il controllo giudiziario possa garantire i creditori più di quanto possa farlo il capitale sociale.

Le diverse disposizioni, in ogni caso, non sospendono gli obblighi di natura informativa previsti nel codice civile.

Diversi sono, tuttavia, i presupposti che determinano l'operatività del sistema predisposto dal legislatore e così, in mancanza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, si deve valutare se la sospensione degli obblighi, nel caso degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, operi, o meno, automaticamente, come il dato positivo parrebbe consentire di ritenere.

Connessa a tale problematica è quella, forse più rilevante per i suoi risvolti applicativi, di valutare se, come pure da taluni sostenuto, anche in tali ultime fattispecie, si possano operare, su basi volontarie, operazioni di ripianamento perdite dopo che sia stata presentata la domanda di accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi.

Ogni considerazione, infatti, deve tenere in debito conto lo spostamento di competenze che deriva dall'art.120 bis del Codice.

La tematica, che pure induce a valutare i rapporti con le domande c.d. "prenotative" o "con riserva", appare strettamente connessa con quella, estremamente delicata, dei diritti e delle tutele dei soci in caso di accesso a tali strumenti.

*Sommario:* 1. Premessa. 2. Le precedenti disposizioni dal contenuto analogo. 3. Analisi delle diverse fattispecie e loro breve inquadramento sistematico. 4. L'art. 20: la composizione negoziale

della crisi. 5. L'art. 64: gli accordi di ristrutturazione. 6. L'art.89: il concordato preventivo.

## **1. PREMESSA.**

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza, in tre diverse disposizioni (art.20, 64 e 89), dal contenuto sostanzialmente analogo, prevede la sospensione, pur in presenza di perdite rilevanti, degli obblighi di riduzione nominale del capitale, come pure di ricapitalizzazione e, così, anche della operatività della relativa causa di scioglimento.

Pur dovendosi evidenziare taluni aspetti che differenziano le singole previsioni, pare potersi desumere una stessa finalità che il legislatore ha voluto perseguire: quella di consentire, alle società con perdite rilevanti (sinanche con patrimonio netto negativo), di accedere ad una delle tre procedure all'interno delle quali dette norme sono collocate, ossia la composizione negoziata delle crisi, gli accordi di ristrutturazione ed il concordato preventivo.

In realtà tale finalità era già stata dichiarata nell'art.33 della Relazione di accompagnamento al D.L. 83/2012 che aveva introdotto, nella legge Fallimentare, l'art.182 sexies, il cui contenuto è oggi riprodotto pedissequamente, salvi, ovviamente, i diversi richiami alle singole procedure, negli articoli 64 e 89 del C.C.I.I..<sup>1</sup>

Giova ricordare, peraltro, che la richiamata modifica della Legge Fallimentare, portata dal Decreto Sviluppo del 2012, era il frutto e trasformava in dato positivo, un orientamento, sia della dottrina che della giurisprudenza, secondo il quale, per una società in concordato preventivo, non vi fosse l'obbligo di procedere ad operazioni di riduzione del capitale per perdite<sup>2</sup>. Si riteneva, tuttavia, che, su basi volontarie, si potesse, comunque, procedere alla copertura delle perdite (aspetto questo, che costituisce questione particolarmente delicata da valutare).

## **2. LE PRECEDENTI DISPOSIZIONI DAL CONTENUTO ANALOGO.**

Non è soltanto all'interno della Legge Fallimentare che possono rinvenirsi altre disposizioni che, in passato, avevano già previsto la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e dell'operatività della conseguente causa di scioglimento.

Tuttavia, anche da un punto di vista cronologico, l'art.182 sexies costituisce il primo esempio, sul quale, probabilmente, sono stati tarati i successivi interventi normativi.

In diverse occasioni, infatti, il legislatore ha ritenuto di dover sospendere o comunque rinviare, l'applicazione delle regole poste a tutela del capitale sociale in presenza di perdite rilevanti.

Come potrà facilmente rilevarsi dalle singole disposizioni che si andranno a richiamare, in alcuni casi si tratta di norme a regime ed in altri di previsioni "transitorie", poichè legate a particolari eventi e, quindi, con una applicabilità temporalmente limitata.

Così, con il D.L. 179/2012, per le start - up innovative, si è previsto che il termine entro il quale le perdite devono risultare diminuite a meno di un terzo, è posticipato al secondo esercizio successivo al primo ed anche che le assemblee, convocate senza indugio, in alternativa

all'immediata riduzione ed al contemporaneo aumento del capitale sociale per perdite, possano deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo; così fino alla chiusura di tale esercizio non opera la relativa causa di scioglimento.

In occasione, invece, degli eventi sismici del 2012, con il D.L. 26 aprile 2013 n.43, convertito in legge 24 giugno 2013 n.71, per alcune aree del paese (Emilia - Lombardia - Veneto) si dispose che "A partire dalla data del 31 dicembre 2012, le perdite relative all'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2012 non rilevano nell'esercizio nel quale si realizzano e nei quattro esercizi successivi, ai fini dell'applicazione degli articoli 2446, 2447, 2482 bis, 2482 ter, 2484 e 2545 duodecimis c.c..."

Una previsione, per quanto strutturale, dal contenuto sostanzialmente analogo è, poi, data dall'art.41 comma 1 octies del D.Lgs 159/2011 (c.d. Codice Antimafia), come modificato dalla legge 161 del 17 ottobre 2017, ove si prevede che "per le società sottoposte a sequestro ai sensi del presente decreto, le cause di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545 duodecimis del codice civile non operano dalla data di immissione in possesso sino all'approvazione del programma di prosecuzione o ripresa dell'attività e, per lo stesso periodo, non si applicano gli articoli 2446, comma secondo e terzo, 2447, 2482 bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 ter del codice civile".

Si tratta di una disposizione che, peraltro, ha, nel suo complesso, un forte addentellato con le procedure concorsuali, inserendosi all'interno di una procedura tesa, ricorrendone i presupposti, a garantire all'organo gestorio "giudiziale", di poter valutare la possibilità di una "prosecuzione" o di una "ripresa dell'attività" (vedi comma 1 lett.c) dello stesso art.41), sempre attribuendo all'impresa o, meglio, al complesso aziendale, un valore oggettivo.

Certo la previsione più rilevante, in ragione dell'impatto economico della crisi determinata dalla pandemia, è l'art.6 del D.L. 8 aprile 2020 n.23, più volte oggetto di interventi<sup>3</sup>.

### **3. ANALISI DELLE DIVERSE FATTISPECIE E LORO BREVE INQUADRAMENTO SISTEMATICO**

Venendo così all'esame delle disposizioni contenute nel Codice della Crisi, è opportuno premettere che, indipendentemente dalle diverse condizioni e dai diversi presupposti per l'applicabilità di tali previsioni, sarà opportuno verificare quanto e se, le stesse, possano presentare delle aree di sovrapposizione o richiedere un'attività di coordinamento.

Al solo fine di circoscrivere correttamente il campo di operatività delle previsioni in commento, giova, preliminarmente, rammentare come le norme delle quali si prevede la "sospensione" non costituiscono l'intero sistema che disciplina la riduzione del capitale sociale per perdite per le società di capitali, poichè il legislatore, come già fatto nelle precedenti occasioni, ha selezionato le disposizioni per le quali prevede la non operatività "temporanea".

E, difatti, in tutte le ipotesi in esame si prevede che, durante una determinata fase delle diverse procedure, fasi in seguito singolarmente valutate, delle norme date per il caso di riduzione del capitale per perdite nelle s.p.a., ossia gli artt.2446 e 2447 (applicabili alle s.a.p.a. per effetto del richiamo portato dall'art.2454 c.c.) e nelle s.r.l., ossia gli artt.2482 bis e ter (non rilevando in questa sede l'art.2482 quater c.c.), non trovino applicazione, dell'art.2446 c.c., solo il secondo e

terzo comma, dell'art.2482 bis, solo il quarto, quinto e sesto comma; di contro, per gli artt. 2447 e 2482 ter, è prevista l'integrale disapplicazione.

Separatamente verranno analizzati l'art.2484 1° comma n.4 e l'art.2545 - duodecies, norme relative al verificarsi della conseguente causa di scioglimento nelle società di capitali e nelle cooperative.

Posto che le norme date per le s.p.a. e per le s.r.l. sono, nella sostanza, sovrapponibili, se ne può delineare un meccanismo concretamente unitario.

Può così dirsi che, mentre restano in vigore tutti gli obblighi di natura informativa, viene sospeso l'obbligo di procedere alle riduzioni nominali del capitale, quando le perdite, superiori al terzo, non si riducano sotto tale soglia nell'esercizio successivo a quello nel quale vengono accertate (artt.2446 e 2482 bis), o, sinanche, di ricapitalizzare la società per dotarla di un capitale pari al minimo di legge, quando, sempre per effetto di perdite superiori al terzo, il patrimonio netto risulti inferiore al capitale nominale minimo (artt. 2447 e 2482 ter), salva, in ogni caso, la possibilità di trasformazione.

Questo significa che tutte le tre norme in commento (art.20, 64 e 89), per le varie fattispecie che ciascuna disciplina, non fanno venir meno l'obbligo, per l'organo gestorio, pur nella diversa configurazione che possa avere (anche in ragione dei possibili sistemi alternativi previsti per le s.p.a.), di convocare i soci perchè gli stessi, sulla base di apposita relazione sulla situazione patrimoniale della società, accompagnata dalle osservazioni dell'organo di controllo, se previsto, possano prendere gli opportuni provvedimenti.

Tuttavia, se è facilmente intuibile il perchè ai soci debba essere garantita la necessaria informazione sulle condizioni economico - finanziarie della società, tanto da permanere, altresì, l'obbligo di dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione, più difficile appare la concreta individuazione degli opportuni provvedimenti che i soci, appunto, potrebbero prendere<sup>4</sup>.

E questo, specificatamente, per il caso degli accordi di ristrutturazione e di accesso alla procedura di concordato preventivo, in ragione dello spostamento delle competenze in favore dell'organo gestorio, come in seguito si avrà modo di meglio considerare.

Come conseguenza, in certo modo inevitabile, il legislatore prevede poi che non operi la causa di scioglimento data, per le società di capitali, dall'art. 2484 n.4 c.c. (per il caso di riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale, non trovando poi applicazione gli artt.2447 e 2482 ter c.c.) e, per le cooperative, della perdita "integrale" del capitale sociale, come previsto dall'art.2545 duodecies c.c. (che non contempla, nel richiamo alle cause di scioglimento previste dall'art.2484 c.c., proprio il numero 4).

Appare opportuno segnalare che, in taluni commenti, sia stato evidenziato come l'espresso richiamo alla sola fattispecie prevista dal n.4 dell'art.2484 c.c., imponga di considerare la possibile operatività delle restanti cause di scioglimento previste dalla stessa norma ed in particolare, verrebbe da dire, quella portata dal n.2, ossia l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale<sup>5</sup>.

Tuttavia, indipendentemente da ogni valutazione relativa alla possibilità di leggere il venir meno della continuità aziendale quale causa di scioglimento, da collocarsi, appunto, all'interno della previsione dell'art.2484 n.2 c.c. (questione discussa in dottrina), è evidente che l'accesso a queste procedure, ed in particolare al concordato preventivo con continuità aziendale, attribuisca ai creditori ed alla Autorità Giudiziaria ogni valutazione in merito alla possibilità che il conseguimento dell'oggetto sociale possa, appunto, restare nei piani della società<sup>6</sup>.

Non è certo questa la sede, poi, per affrontare questioni di carattere sistematico relative alla funzione del capitale sociale (se sia o meno un sistema a tutela dei creditori, anche solo in funzione informativa) o anche solo relative al concetto stesso di perdite ed alla loro determinazione; argomenti rispetto ai quali è sufficiente rinviare a precedenti studi di questa Commissione<sup>7</sup> ed agli sviluppi che, nel tempo, si sono delineati nelle tecniche di ricapitalizzazione. Nè deve qui affrontarsi il rapporto tra l'art.2446 e l'art.2447 (e, pure tra gli artt.2482 bis e ter c.c.), se cioè la prima, piuttosto che la seconda disposizione, costituisca il genere o, comunque, quale delle due norme assuma rilevanza centrale ed, ancor meno, stabilire se il sistema delle riduzioni obbligatorie possa costituire sinanche un privilegio per i soci<sup>8</sup>.

Quello che rileva è, in ogni caso, la considerazione di fondo, per cui, la presenza, più o meno penetrante, di un controllo "giudiziario" o anche lo spossessamento, se pur in taluni casi attenuato, può garantire i creditori più di quanto possa farlo il capitale sociale; ed è, infatti, proprio in questa prospettiva che si giustifica il sistema che si va illustrando<sup>9</sup>.

La finalità è, così, quella di delineare, più concretamente, l'ambito di operatività delle tre previsioni con particolare riferimento al dies a quo ed al dies ad quem, e, quindi, all'arco temporale durante il quale opera la sospensione degli obblighi.

Peraltro, nell'analizzare ciascuna previsione, dovrà, altresì, essere valutato se possano essere individuati diversi profili relativamente alla responsabilità degli amministratori; è bene, infatti, considerare che dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art.2486 c.c., discende la responsabilità degli amministratori, che pure conservano il potere di amministrare la società al verificarsi di una causa di scioglimento (fino alla consegna ai liquidatori della documentazione contabile previste dall'art.2487 bis 3° comma c.c.), per atti o omissioni compiuti in violazione dell'obbligo di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale.

Si tratta di aspetto non secondario poichè, come è stato giustamente osservato con riferimento alla previsione portata dall'art.6 del D.L. 23/2020 (che pure non richiama espressamente l'art.2486 c.c.), le scelte degli amministratori devono, in ogni caso, "considerare le effettive prospettive di recupero della società"; a maggior ragione le loro scelte "peraltro sempre da scrutinare in ossequio alla Business Judgment Rule"<sup>10</sup>, nelle fattispecie in esame, ossia, quando da valutare in presenza di una condizione di crisi, dovranno fare i conti con l'espresso richiamo all'art.2486 c.c.. Ed anche ove tale richiamo non sia diretto, come nel caso della disciplina alla composizione negoziale della crisi, non può sottovalutarsi l'esplicito riferimento alle loro responsabilità per la gestione, comunque prevista nell'art.21.

#### **4. L'ART.20: LA COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLA CRISI**

Nell'esaminare, così, le varie fattispecie, in ragione della sua "novità", verrà fornita qualche ulteriore, se pur sintetica, indicazione sulla composizione negoziale della crisi, mentre la disciplina degli accordi di ristrutturazione e dei concordati verrà solo richiamata per brevi cenni e, questo, al solo fine di collocare, come anticipato, l'operatività temporale delle disposizioni in commento.

L'art.20 è la specifica previsione che disciplina la sospensione degli obblighi di cui si discute, all'interno delle norme relative alla composizione negoziale della crisi, portate dagli artt. dal 12 al 25 quinquies del C.C.I.I..

La composizione negoziale della crisi è, oggi, lo strumento di emersione precoce della crisi, ma non si tratta di una procedura concorsuale, benchè possa condurre ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Si tratta di un istituto rivolto agli imprenditori iscritti nel Registro delle imprese, nell'ottica di agevolare il risanamento di imprese prossime alla crisi ed all'insolvenza che hanno, però, potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa<sup>11</sup>.

È così previsto che l'imprenditore in difficoltà possa chiedere di farsi affiancare da un esperto che agevoli le trattative con i creditori ed eventuali altri soggetti intervenuti, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario.

Con tale richiesta, quindi, si apre una parentesi temporale diretta allo svolgimento di trattative riservate, tra privati, agevolate, come detto, da un esperto terzo ed imparziale, ed incentivate dalla previsione di possibili benefici e meccanismi, tendenzialmente favorevoli all'imprenditore stesso.

Ha una natura tipicamente riservata e stragiudiziale benchè sia possibile chiedere al giudice l'applicazione di misure protettive o l'adozione di provvedimenti cautelari. Come in parte anticipato, può anche chiudersi con la stipula di uno o più contratti con creditori, con una composizione di moratoria, con la predisposizione di un piano attestato di risanamento o anche con la domanda di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Il codice prevede che all'atto del deposito della istanza di nomina dell'esperto o anche con successiva dichiarazione, e sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione, non si applichino le disposizioni codicistiche in materia di riduzione del capitale sociale per perdite, già più volte richiamate, ove l'imprenditore, appunto, renda specifica dichiarazione in tal senso.

I relativi effetti decorrono, così, a partire dalla pubblicazione nel Registro Imprese di tale dichiarazione, che risulta, quindi, presupposto essenziale, così pure individuandosi il dies a quo, per quanto la previsione in questione non appaia, come meglio si avrà modo di valutare, tecnicamente ineccepibile.

Quanto al dies ad quem, mentre, fisiologicamente, lo stesso è da individuarsi nella conclusione delle trattative o nell'archiviazione dell'istanza, deve, rilevarsi che, nel caso in cui sia stata richiesta l'applicazione di misure protettive del patrimonio ex art.18 e 19, la sospensione degli obblighi e

dell'operatività della cause di scioglimento, cessa a partire dalla eventuale pubblicazione nel Registro delle Imprese del provvedimento con il quale il Tribunale dichiara l'inefficacia delle stesse misure o ne disponga la revoca.

Nel definire quali siano i presupposti per un tale provvedimento, appare opportuno considerare, anche con riferimento ai profili di responsabilità dell'organo gestorio, cui si accennava, come, in linea di principio, durante le trattative, l'imprenditore conservi la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (Art.21).

Ma se pure l'imprenditore conserva la gestione, non per questo è sciolto da vincoli, risultando, comunque, prevalente l'interesse dei creditori.

Proprio per questa ragione restano ferme le responsabilità nell'ambito della gestione dell'impresa, come indicato all'art.21, il che consente di ritenere comunque applicabile l'art.2486 c.c., pur in mancanza di espresso richiamo<sup>12</sup>.

La sospensione degli obblighi può così terminare per effetto della eventuale dichiarazione di inefficacia o di revoca delle misure protettive, che può aversi quando l'esperto, che deve essere informato preventivamente in relazione agli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, manifesti il proprio dissenso.

Tali atti non sono, infatti, diversamente vietati, ma se l'atto di straordinaria amministrazione, ritenuto pregiudizievole dall'esperto, viene comunque compiuto, quest'ultimo, nei 10 giorni successivi, ha facoltà di segnalare il proprio dissenso, con la conseguenza che (nel caso in cui l'imprenditore avesse appunto beneficiato delle misure protettive), con l'iscrizione del dissenso, lo stesso esperto debba procedere con la segnalazione prevista dall'art.19, perchè il Tribunale provveda a revocare (o abbreviare la durata di) tali misure, con il conseguente venir meno della sospensione degli obblighi in questione.

Si è pure anticipato come, all'esito delle trattative, tra le varie ipotesi, l'imprenditore possa domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt.57, 60 e 61 del C.C.I.I., soluzione, questa, che, a breve vedremo, porta all'applicazione dall'art.64, che è la previsione che disciplina la disattivazione degli stessi obblighi nell'ambito, appunto, degli accordi di ristrutturazione.

Si può, quindi, anche ipotizzare che, nella possibile consecutio delle procedure, nel caso di accesso ad un accordo di ristrutturazione dei debiti (come previsto dall'art.23 comma 2 lett.b), ai sensi degli artt.57, 60 e 61, oggetto del successivo paragrafo, la sospensione degli obblighi perduri, senza interruzione, sino alla definizione delle stesse.

Da ultimo occorre segnalare come, a differenza delle altre fattispecie all'esame, poichè questo procedimento non determina automaticamente la sospensione delle norme in questione, poichè tale effetto, come già illustrato, è connesso solo ad una dichiarazione resa dall'imprenditore, pare si possa affermare che, almeno in questo caso, su basi volontarie, si possa anche procedere ad operazioni di riduzione del capitale per perdite ed ancor più, di ricapitalizzazione<sup>13</sup>. E tanto, a maggior ragione, in considerazione del fatto che, nel caso di composizione negoziale della crisi, non è previsto alcuno spostamento di competenze come, invece, avremo modo di valutare,

avviene per gli accordi di ristrutturazione e per i concordati preventivi.

Il richiamo agli accordi di ristrutturazione ed al concordato preventivo e la sostanziale identità del contenuto degli artt. 64 e 89, induce, però, a valutare il diverso dato positivo dell'art.20.

Difatti, da un punto di vista terminologico, raffrontando la norma in commento con il contenuto degli artt. 64 e 89, può osservarsi che, mentre con riferimento alle norme in tema di riduzione del capitale per perdite viene utilizzato lo stesso sintagma, prevedendo, che tali norme "non si applicano", con riferimento alla causa di scioglimento, nell'art.20 si dice che la stessa (causa di scioglimento) non si verifica, mentre, negli artt. 64 e 89, forse più correttamente, è previsto che la stessa causa di scioglimento non operi.

Questo perchè, analogamente a quanto osservato con riferimento, più in generale, al prodursi degli effetti dipendenti dal verificarsi di una causa di scioglimento, una cosa è il prodursi dell'evento, altra il prodursi degli effetti dipendenti dall'evento<sup>14</sup>.

In altri termini, così come le perdite si verificano ed in quanto tali rilevano quando, in misura superiore al terzo del capitale, vadano ad intaccare l'entità del capitale nominale (di modo che il patrimonio netto si riduce a valori inferiori allo stesso ed anche al minimo di legge), ma si sospende l'applicazione delle norme che impongono determinate operazioni, con riferimento alla causa di scioglimento, non può dubitarsi che la stessa si verifichi (come stabilisce l'art.2484 n.4) ma, piuttosto, può dirsi che tale causa di scioglimento non operi, non produca effetto, come più correttamente indicato negli articoli 64 e 89.

Il tenore letterale dell'art.20, invece, per il quale la causa di scioglimento sembrerebbe "non verificarsi", appare, in questa prospettiva non particolarmente felice.

## **5. L'ART. 64: GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE**

Si tratta di una procedura definita, dalla dottrina, come bifasica.

Volendo indicarne i tratti essenziali può osservarsi come, ad una prima fase, di natura stragiudiziale, finalizzata alla conclusione di un accordo tra l'imprenditore ed una maggioranza qualificata dei suoi creditori, segua una seconda fase, di natura giudiziale, che ha ad oggetto l'omologazione dell'accordo da parte del Tribunale<sup>15</sup>.

Nel tentativo di tracciare, in estrema sintesi, le differenze più marcate con il concordato, nel quale, la par condicio creditorum può essere derogata solo attraverso la suddivisione in classi, deve rilevarsi come negli accordi di ristrutturazione possano liberamente essere previste condizioni differenziate per i vari creditori. Altro dato fondamentale, da evidenziare, è che, negli accordi di ristrutturazione, non è prevista una fase di approvazione della proposta, dal momento che la conclusione, in via stragiudiziale, dell'accordo, rappresenta il presupposto per poterne chiedere l'omologazione<sup>16</sup>.

Infine, mentre il concordato approvato dalla maggioranza dei creditori vincola anche gli altri, solo se gli aderenti all'accordo di ristrutturazione rappresentano almeno il 60% dei creditori, gli stessi sono ad esso vincolati, (percentuale ridotta alla metà, nei casi di cui all'art.60, accordi di

ristrutturazione agevolata); per tale motivo i non aderenti dovranno essere integralmente soddisfatti (se pur entro un certo termine dall'omologazione) e resta salva, tuttavia, la diversa disciplina degli accordi ad efficacia estesa ex art.61.

Riepilogando le tre ipotesi:

- all'art.57, in presenza di uno stato di crisi o insolvenza, è previsto, come detto, che vi sia un accordo con almeno il 60% dei creditori;
- all'art. 60 è stabilito che sia sufficiente una percentuale ridotta del 30%, a condizione che il debitore non proponga la moratoria per il pagamento dei creditori estranei agli accordi e non abbia richiesto e rinunci a misure protettive temporanee;
- in relazione all'art. 61 pare opportuno evidenziare come, alla lettera c), sia richiesto, quale presupposto, che l'accordo non abbia carattere liquidatorio, "prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'art.84".

In tutti i casi, comunque, la domanda di omologazione dovrà essere presentata a norma dell'art.120 bis.

Questo aspetto, per taluni effetti che ne conseguono, suggerisce una trattazione congiunta con il concordato, mentre, per il momento, appare solo opportuno accennare come la continuità aziendale, che è richiamata, a vario titolo, in tutte le fattispecie all'esame, è concetto che richiederebbe una approfondita valutazione per tutta una serie di ragioni.

L'art.64 prevede che, automaticamente (o almeno così sembrerebbe), dalla data di deposito della domanda (di omologazione) degli accordi di ristrutturazione, in una delle diverse forme indicate, ovvero dalla richiesta di misure cautelari e protettive ai sensi dell'art.54, e sino alla sua omologazione, non si applichi il sistema di riduzione del capitale per perdite e per lo stesso periodo non operi la causa di scioglimento.

Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della richiesta di misure cautelari e protettive, l'applicazione dell'art.2486 c.c..

Con riguardo al dies a quo, rispetto all'idea che, con il deposito della domanda si abbia, automaticamente, la sospensione degli obblighi è, però, da chiedersi cosa possa significare che le norme in questione possano trovare applicazione anche solo dalla richiesta di misure cautelari o protettive, se queste sono proponibili nel corso del procedimento?

Forse, allora, che la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione non si applichi automaticamente?

In effetti il dubbio può nascere in considerazione del tenore letterale dell'art.64 sopra richiamato<sup>17</sup>.

Tale disposizione, infatti, collega il prodursi degli effetti "sospensivi", sì al deposito della domanda di omologazione degli accordi, "ovvero" (leggasi ma anche) "dalla richiesta di misure cautelari e protettive", tra le quali non pare possa certo collocarsi, per il chiaro tenore letterale, la sospensione degli obblighi di cui si discute.

Il dato positivo, quindi, di per sè, consente di escludere che la sospensione degli effetti in questione possa rientrare tra le misure cautelari o protettive<sup>18</sup>, ma, allo stesso modo, non prevede, almeno espressamente, la necessità di una richiesta perchè possa operare la sospensione degli effetti legati all'esistenza di perdite rilevanti.

Dette misure (cautelari o protettive), tuttavia, si evince dall'art.54, possono essere emesse dal Tribunale nel corso del procedimento per l'apertura del concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Di qui nasce, appunto, l'interrogativo.

Affrontando separatamente le due ipotesi (per quanto gli argomenti saranno, nella sostanza, identici), quanto ai provvedimenti cautelari, che sembrerebbero da individuare tra quelli idonei ad assicurare, provvisoriamente, l'attuazione delle sentenze di omologazione (vedi 1° comma dell'art.54), sarebbe giustificata una lettura della norma secondo la quale la relativa istanza (di provvedimenti cautelari), possa essere anche successiva al deposito della domanda (di omologazione dell'accordo).

Ma, se così fosse, potrebbe allora giustificarsi, pur in presenza di un dato letterale apparentemente inequivocabile, quanto meno l'opportunità di presentare, cautelativamente, una specifica richiesta perchè la sospensione degli effetti in questione possa operare, come, peraltro, sembrerebbe potersi desumere da un recente caso giurisprudenziale (se pur in materia di concordato)<sup>19</sup>.

È evidente, infatti, che, se si ipotizzasse che gli effetti "sospensivi" possano prodursi anche da un momento successivo, ma solo eventuale, rispetto al deposito della domanda di omologazione, una tale ricostruzione, di per sè, presupporrebbe la mancanza di un qualsiasi effetto automatico.

Quanto alle misure protettive, il 2° comma dell'art.54 lascia intendere che la richiesta debba essere prevista nella domanda e che, tuttavia, possono essere richieste ulteriori misure con successiva istanza.

Le sole misure protettive, poi, in base al 3° comma, possono, invece, essere richieste anche prima del deposito della domanda, nel corso delle trattative, a certe condizioni.

Ma se ragioniamo in ordine alla richiesta di misure protettive dopo il deposito della domanda, le considerazioni sin qui svolte per le misure cautelari, appaiono esattamente riproponibili.

Tuttavia, l'art.64, quando fa discendere gli effetti in questione oltre che dalla data di deposito della domanda, (di omologazione), anche dalla eventuale richiesta di misure protettive (oltre che cautelari) ai sensi dell'art.54, avrebbe una sua coerenza, e non contrasterebbe con un effetto automatico della sospensione degli obblighi, solo se il riferimento si potesse limitare alle misure protettive previste dal terzo comma, ossia in caso di istanza "preventiva"<sup>20</sup>.

Ma, per proporre questa interpretazione, dovremmo operare una lettura "ortopedica" dell'art.64, non solo escludendo, cioè, il riferimento alle misure cautelari ma, altresì, in ogni caso, limitando, anche per le misure protettive, il richiamo al solo 3° comma.

Una simile ricostruzione potrebbe tornare utile anche per superare una ulteriore questione applicativa: tenuto conto, infatti, dello spostamento delle competenze, di cui meglio si dirà in

materia di concordato, se la sospensione degli effetti non si determinasse automaticamente, con il solo deposito della domanda, come, si ribadisce, il testo dell'art.64 lascerebbe intendere, e se, effettivamente, tale effetto potesse decorrere anche solo da un momento successivo, ossia da una successiva richiesta di misure cautelari o di protezione, si avrebbe una fase in cui gli obblighi di operare sul capitale permarrebbero, ma sarebbe difficile comprendere come l'organo gestorio potrebbe mai provvedervi (salvo non coinvolgere i soci, ovviamente).

La scelta di una lettura "ortopedica", cui si accennava, sarebbe, quindi, soluzione cronologicamente e funzionalmente coerente, orientata, anche sotto un profilo sistematico, alla stessa logica delle misure protettive che, ai sensi del 2° comma dell'art.54 consistono nella "sospensione" delle norme sull'attuazione dei diritti dei creditori; tuttavia, al momento, non pare vi siano precisi orientamenti.

Riassumendo, alla luce di tali considerazioni, deve quindi ribadirsi che, mentre le eventuali richieste "preventive", di cui al 3° comma dell'art.64, non si pongono in contrasto con un effetto automatico, negli altri casi il sistema dei rinvii richiamati potrebbe creare seri dubbi interpretativi.

Peraltro, se l'effetto, come pure appare corretto ritenere, fosse da ritenersi collegato anche alla presentazione della domanda con riserva ex art.44, nella quale, appunto, può non essere indicato lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il dubbio, generato da una interpretazione strettamente letterale, potrebbe, in astratto, "colpire" tutte le ipotesi<sup>21</sup>.

E proprio sulla scorta di tale considerazione dovrà affrontarsi la tematica anche in relazione al concordato preventivo.

Se dubbi vi possono essere sul dies a quo per l'operatività della sospensione degli obblighi in questione, nessun dubbio, invece, pare doversi segnalare con riferimento al dies ad quem: con l'omologazione degli accordi le norme del codice civile tornano pienamente efficaci<sup>22</sup>.

In realtà deve, però, anche darsi conto del fatto che tale termine può coincidere, oltre che con la mancata omologazione, anche con l'eventuale interruzione della procedura o con il ritiro della domanda.

Non pare, in ogni caso, potersi ipotizzare una efficacia retroattiva dei relativi effetti di modo che, gli obblighi di cui si prevede la sospensione tornano, più semplicemente, ad applicarsi dall'arresto del procedimento.

In ogni caso, analogamente a quanto si avrà modo di valutare a breve in materia di concordato, negli accordi di ristrutturazione, anche quando l'accordo non dovesse avere una componente remissoria (tale da eliminare, di per sè, lo squilibrio patrimoniale), ossia quando all'accordo non dovesse conseguire un effetto di esdebitazione connesso alla falciatura (ben potendo esclusivamente prevedere un mero riscadenziamento dei crediti, impattando, così, esclusivamente sul piano finanziario dei conti della società), con l'omologa, la società dovrà, comunque, dotarsi di un nuovo capitale di rischio, tornando pienamente operativi gli articoli 2446, 2447, 2482 bis e ter c.c..<sup>23</sup>

E, rispetto a tale considerazione, vedremo, a breve, come fosse stata proposta una diversa soluzione interpretativa pure in presenza di un dato letterale inequivocabile.

## 6. L'ART.89: IL CONCORDATO PREVENTIVO

Per il concordato preventivo, istituto che più frequentemente interessa o comunque ha interessato l'attività professionale, la disapplicazione delle norme in materia di riduzione del capitale per perdite ed il conseguente operare della causa di scioglimento, è prevista nell'art.89 nel quale è fissato un dies a quo, che non può lasciare spazio a dubbi interpretativi, poichè coincidente, esclusivamente, con il deposito della domanda (senza, in altri termini, siano previste alternative).

In ragione del precedente testo dell'art.182 sexies L.F. e pur valutando come non sia più prevista una espressa indicazione in tal senso, si è indotti a ritenere che lo stesso effetto si determini anche quando la domanda dovesse esser presentata ai sensi dell'art.44, con riserva, quindi, di presentare la necessaria documentazione a corredo, compresa la proposta<sup>24</sup>.

Ora è bene dire che, a parte i dubbi connessi alla segnalata possibilità di una diversa lettura che, in qualche modo, potrebbe discendere dalle previsioni date in materia di accordi di ristrutturazione, un recente caso giurisprudenziale, come si accennava, ha però contestato questa interpretazione, anche se la dottrina appare, comunque, diversamente orientata. Peraltro, come pure già detto, sembrerebbe introdotto anche per il concordato - almeno in quello con riserva - un principio secondo il quale risulterebbe necessaria una specifica istanza; questo benchè, è bene rimarcarlo, non vi sia, nel dato positivo, alcun elemento che possa giustificare tale orientamento<sup>25</sup>.

La scelta ha, evidentemente, rilevanti ricadute applicative, poichè, ove si dovesse ritenere, come appare preferibile, anche alla luce di una ricostruzione sistematica, che, per effetto del solo deposito della domanda, anche se "con riserva", si determini la sospensione degli effetti di cui si discute, un tale approdo consentirebbe di superare ogni dubbio anche per gli accordi di ristrutturazione.

Le due procedure sarebbero, in altri termini, sotto tale profilo, accomunate e tanto in ragione della semplice considerazione in base alla quale, ove, nel presentare la domanda con riserva, non dovesse essere indicato neanche lo strumento di regolazione della crisi, come si ritiene consentito, l'indeterminatezza della scelta renderebbe, di fatto, impossibile applicare una diversa disciplina, così pure permettendo di superare i dubbi esposti nel precedente paragrafo<sup>26</sup>.

Quanto al dies ad quem che, anche in questo caso, è coincidente con l'omologazione del concordato, con riferimento alla possibilità di arresto del procedimento precedente all'omologa, in caso di dichiarazione di inammissibilità, potrebbe, forse, anche ipotizzarsi una sorta di effetto retroattivo, di reviviscenza degli obblighi senza alcuna "sospensiva"<sup>27</sup>.

Tuttavia, se è vero che la norma non lascia spazio a dubbi interpretativi con riferimento all'ipotesi di omologazione, merita segnalare come, in ragione delle modifiche intervenute con il D.Lgs 83/2022, che ha modificato l'originaria previsione del D.Lgs 14/2019, coerente con il precedente impianto dell'art.186 bis L.F., appare oggi di più modesta portata la tematica relativa alla necessità di differire il termine di operatività della sospensione delle regole in questione sino all'esecuzione del concordato in continuità; questione, in passato, sollevata in ragione del rischio segnalato,

altrimenti, di far perdere utilità ai piani industriali a supporto, snaturandone la sostanza stessa<sup>28</sup>.

Questo perchè, in ragione di quanto previsto dal più volte richiamato art.84, la continuità aziendale, che appunto consente che i creditori vengano soddisfatti in "misure anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta", viene oggi declinata in modo certo più ampio, (comunque relegando il concordato liquidatorio in una posizione di assoluta marginalità).

Per il concordato, e così per gli accordi di ristrutturazione, tuttavia, devono essere proposte ulteriori considerazioni legate alla necessità di indagare sulla possibilità di procedere, su basi volontarie, alle operazioni per le quali le norme che si stanno analizzando dispongono la sospensione degli obblighi.

Alcuni commentatori, infatti, ritengono anche oggi consentito, volontariamente, procedere alla riduzione del capitale ed anche alla ricapitalizzazione, pur dopo la presentazione della domanda ex artt. 40 e 120 bis del codice<sup>29</sup>.

Ora, se anche si dovesse ritenere che gli effetti "sospensivi" non siano automaticamente determinati dalla presentazione della domanda, la necessità di valutare con attenzione tali operazioni discende direttamente dallo spostamento di competenze che deriva dall'art.120 bis<sup>30</sup>.

Tali operazioni, difatti, non sembrerebbero più (come, evidentemente, anche una delibera di revoca dello stato di liquidazione), di competenza dei soci, ma, piuttosto, dell'organo gestorio.

Questo aspetto, tuttavia, richiederebbe una più approfondita ed attenta valutazione, che, di seguito, viene solo embrionalmente avanzata.

Difatti, per quanto detta previsione (i.e. l'art.120 bis) determini, coerentemente con il sistema delineato dal legislatore, l'attribuzione all'organo amministrativo di competenze proprie dei soci, non per questo gli stessi soci risultano, del tutto, privati dei loro diritti "decisionali".

La dottrina ha, infatti, affermato che la compressione dei diritti dei soci "è limitata unicamente al divieto di interferenza con le misure che riguardano, appunto, la soluzione, inclusa la ricapitalizzazione, ad essa funzionale, ma non si estendono di certo alla generale capacità deliberativa dell'assemblea"<sup>31</sup>.

Si tratta, quindi, di definire gli esatti contorni di tali competenze residue, fermo restando che l'indagine dovrà, necessariamente, tener conto dello spirito del codice.

Nell'operare questa valutazione, inevitabilmente, uno dei criteri ispiratori sarà dato, quindi, dal contenuto del piano.

Difatti, dovrebbero potersi ritenere legittime, oltre le delibere previste nel piano (e quindi funzionali alla soluzione della crisi), anche quelle che risultino non in contrasto con lo stesso strumento di regolazione della crisi.

Ancor prima, quindi, di valutare l'organo competente a decidere tali operazioni, ne andrebbe valutata la coerenza con le soluzioni (se già individuate) dall'organo amministrativo (sempre che, ovviamente, non si dovesse ritenere che i soci possano, comunque, "riappropriarsi" della società.<sup>32</sup>

Tuttavia, questo giudizio, di merito (indipendentemente dal soggetto a cui compete), può certo essere operato nel caso in cui sia stata presentata una domanda "completa", mentre appare più incerta la possibilità di una simile valutazione nell'ipotesi disciplinata dall'art.44 del C.C.I.I..

Pare, conseguentemente, opportuno analizzare separatamente le due ipotesi.

Infatti, quando si verta nell'ipotesi prevista dall'art.44 del C.C.I.I., la riserva di presentare la relativa documentazione sembrerebbe impedire, in radice, ogni possibilità di esprimere un giudizio di coerenza.

In mancanza della documentazione a corredo della domanda di accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi, viene meno, infatti, il riferimento, il termine di raffronto, rispetto al quale valutare possibili interferenze.

Non si può, in altri termini, esprimere alcuna valutazione di coerenza di una possibile operazione di ricapitalizzazione (o anche di revoca dello stato di liquidazione), quando non sia stata ancora individuato, dall'organo amministrativo, lo stesso strumento per la soluzione della crisi.

Il giudizio, in questo caso, non potrebbe essere parametrato che a solo potenziali effetti "negativi" che, una ricapitalizzazione operata dai soci, potrebbe determinare (si può forse ipotizzare, ad esempio, che una tale operazione possa influire sulle "trattative" con soggetti terzi interessati al "salvataggio").

È bene, probabilmente, evidenziare come la questione intanto può concretamente porsi in quanto i soci, temendo di dover fare i conti con un nuovo investitore, ritengano di poter "preservare" eventuali possibili valori residui, quand'anche latenti, rispetto ai quali, diversamente, perderebbero ogni aspettativa di recupero.

Tuttavia, ogni valutazione deve muovere da un assunto di base e cioè che, una possibile ricapitalizzazione potrebbe, comunque, non risultare sufficiente a fronteggiare il fabbisogno proprio della pianificazione aziendale.

Senza questa valutazione (con il relativo giudizio rimesso ai creditori ed all'Autorità Giudiziaria), diviene, altrimenti, difficile comprendere perchè un'operazione in astratto solo "favorevole" per la società (ossia l'afflusso di nuovo capitale di rischio), possa non ritenersi consentita; diversamente, infatti, non potrebbe mai comprendersi come, una operazione di ricapitalizzazione, avviata dai soci (o anche di revoca dello stato di liquidazione), potrebbe arrivare ad essere considerata quasi come "operazione ostile".

È comunque evidente come, in mancanza di un preciso progetto dell'organo amministrativo, sia certo più difficile individuare elementi concreti che consentano di valutare strumentale o di intralcio, all'opera degli amministratori, un apporto di capitale di rischio da parte dei soci.

Può forse ipotizzarsi, come si accennava, che le eventuali modifiche dello statuto che gli amministratori potrebbero inserire nel piano (in particolare relative ad operazioni sul capitale), potrebbero risultare "minate" se l'ingresso di nuovo capitale di rischio (in misura certo superiore a quello che potrebbero garantire i soci), fosse subordinato ad un controllo totalitario (o

comunque con determinate percentuali) del nuovo investitore (o, eventualmente, di creditori disposti a convertire in equity i loro crediti).

Certo che, pur in assenza di un qualsiasi piano, visti i tempi comunque ridotti che l'art.44 consente di fissare per il deposito della documentazione, l'iscrizione da parte del notaio verbalizzante di una delibera portante la ricapitalizzazione da parte dei soci richiederebbe particolare cautela.

Stessa cautela che, non di meno, deve ritenersi necessaria in presenza di un piano presentato e, quindi, di una domanda piena posto che, ogni valutazione "di coerenza" diverrebbe, concretamente, una valutazione di merito; giudizio, questo, che certo non potrà essere affidato al notaio, ma che richiederà, con buona probabilità, una valutazione dell'Autorità Giudiziaria competente e degli organi della procedura<sup>34</sup>.

Il rischio, in ogni caso, è quello di riconoscere ai soci uno strumento di "contrasto" al piano al di fuori, non solo della loro possibilità di opporsi all'omologazione, ma anche della stessa possibilità di presentare proposte concorrenti ai sensi del 5° comma dell'art.120 bis<sup>35</sup>.

Altro problema, poi, è quello di valutare se la competenza dell'organo gestorio a procedere alla riduzione del capitale (e ad eventuali ricapitalizzazioni), si limiti al solo caso in cui tale operazione sia inserita nel piano; e questo indipendente da ogni soluzione si dovesse sostenere in ordine ai profili di eventuali competenze residue in capo ai soci.