

RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E SODDISFAZIONE DEI CREDITORI MEDIANTE OPERAZIONI STRAORDINARIE

di GIUSEPPA FONZO

La crisi d'impresa può trovare soluzione anche all'interno del diritto societario: è quanto illustrato dal notariato fiorentino che, con una serie coordinata di massime, fornisce agli operatori del diritto alcune linee guida per sfruttare le potenzialità offerte dagli strumenti societari al fine di scongiurare il fallimento e proseguire l'esercizio dell'impresa.

Invero, la prassi societaria offre oggi una pluralità di tecniche di intervento, le quali individuano precise soluzioni funzionali al suddetto scopo.

Tra queste vi sono l'operazione di trasformazione della società fallita, il procedimento di scissione in funzione concordataria, la fusione di società (operazione, questa, ammessa in quanto funzionalmente fondata sul rispetto del principio di continuità e pertanto coerente con la procedura concordataria), la possibile sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, l'inoperatività della causa di scioglimento prevista per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale mediante la presentazione di una delle tre "domande protettive" e, indipendentemente dalla fase della procedura, l'incremento del patrimonio netto.

Più in particolare, è stato osservato come l'utilità dell'operazione di trasformazione della società in pendenza di procedura concorsuale sia astrattamente perseguibile sia nell'ambito di una procedura che miri al salvataggio del complesso industriale ed alla prosecuzione dell'attività, sia nell'ambito di una procedura liquidativa volta a realizzare il patrimonio.

È infatti possibile che l'operazione porti in entrambi i casi qualche vantaggio per l'impresa stessa.

Nella medesima ottica è da leggere la legittimità della trasformazione regressiva di spa in srl anche laddove la società abbia perduto integralmente il capitale sociale e non intenda ricostituirlo. In ogni caso la legittima adozione della delibera di trasformazione è subordinata al preventivo

e positivo vaglio di compatibilità della stessa con le finalità e lo stato della procedura. Si tratta di una valutazione di merito, da effettuarsi in concreto, caso per caso, rimessa agli organi investiti della competenza sull'intera procedura.

Da questo si evince una profonda differenza rispetto alle operazioni di scissione e fusione, che possono essere progettate e deliberate durante il concordato senza autorizzazione alcuna qualora la loro esecuzione, in attuazione del piano, sia rinviata a dopo l'omologazione del concordato.

Emerge, in un simile contesto, la spiccata necessità di un'armonizzazione della disciplina ordinaria delle operazioni straordinarie con la disciplina concordataria. Non sfugge a questa avvertita esigenza neanche la sterilizzazione delle regole che producono lo scioglimento della società se il capitale è perduto, vera e propria scintilla da cui è scaturita l'analisi in commento.

A differenza delle soluzioni già menzionate, l'operazione di aumento di capitale fornisce soluzione alla crisi d'impresa senza presentare criticità di sorta. Infatti, proprio incrementando le risorse della società e quindi rafforzando il patrimonio del debitore, con le modalità per cui si rimanda al documento allegato, la medesima permette un più cospicuo soddisfacimento dei creditori.

In tema ed in linea, anche la massima del notariato fiorentino che prende in considerazione una tipica variabile di rischio per le società sottoposte a procedure concorsuali, ovvero il costo delle operazioni straordinarie, che si ritiene possa essere fatto gravare sul patrimonio sociale nel rispetto delle regole applicabili alle diverse fasi della procedura.

È bene comunque sottolineare che la possibilità di risolvere la crisi d'impresa affidandosi ai numerosi strumenti societari deve necessariamente tener conto delle esigenze del ceto creditorio e dei suoi diritti di opposizione.

CONCORDATO PREVENTIVO E SCISSIONE DI SOCIETÀ

1. E' legittima la scissione di società in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo, come desumibile dalle disposizioni degli artt. 2506 c.c. e 160 e 186 bis l. fall.

2. Gli effetti giuridici della scissione – sul piano societario ed organizzativo - derivano unicamente dalla stipula e successiva iscrizione dell'atto di scissione. Pertanto, anche se la società ha depositato una domanda di concordato preventivo:

a) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura l'approvazione e il deposito del progetto di scissione da parte dell'organo amministrativo;

b) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura la deliberazione che approva il progetto di scissione, condizionando la eseguibilità dell'atto di scissione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista.

3. Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale, né la partecipazione del commissario giudiziale (o di altro soggetto cui venga affidata l'esecuzione del concordato), la stipulazione dell'atto di scissione di una società per la quale è stato omologato un concordato preventivo. Peraltro, in tal caso:

a) resta fermo il dovere di vigilanza ex art. 185 l. fall. del commissario giudiziale sull'esecuzione del concordato, che, qualora la scissione sia prevista dal piano di concordato, investirà la conformità della stessa alle previsioni del concordato approvato e omologato;

b) sono salve le diverse disposizioni o autorizzazioni eventualmente previste dal decreto di omologazione del concordato.

4. Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale la deliberazione che approva il progetto di scissione senza condizionarlo all'omologazione del concordato, ma la stipulazione del relativo atto prima dell'omologazione deve essere autorizzata dal tribunale ex art. 161 comma 7° l. fall. o dal giudice delegato ex art. 167 l. fall., a seconda che la stipulazione medesima avvenga prima o dopo l'ammissione della società alla procedura.

1. La legittimità della scissione di società per l'attuazione di un concordato preventivo risulta oggi suffragata da una pluralità di dati normativi:

ainnanzitutto, dall'attuale dettato dell'art.2506 c.c., che, letteralmente, non preclude più la possibilità di scindere una società sottoposta a procedura concorsuale, a differenza di quanto disposto nel testo anteriore alla riforma del 2003;

bin secondo luogo, dall'art.160, primo comma, l.fall., che consente espressamente la possibilità di promuovere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, anche mediante ... operazioni straordinarie”, nel quadro di una logica, di recente consolidata, che mira alla soluzione della crisi o dell'insolvenza di impresa attraverso processi di ristrutturazione patrimoniale, finanziaria od organizzativa dell'impresa medesima;

da ultimo, dall'art.186 bis l.fall. (“Concordato con continuità aziendale”), la cui mens legis è rappresentata con evidenza dalla tutela della continuità aziendale, a cui è normativamente funzionale la scissione (art. 2506, commi 1 e 3, c.c.), capace altresì di conseguire gli obiettivi economici delle fattispecie elencate in modo espresso nel medesimo art.186 bis l.fall.. In quest'ottica, la scissione costituisce modalità di conservazione della continuità aziendale, e rientra nel disposto dell'art. 186 bis, oltre che come operazione lato sensu di trasferimento d'azienda in esercizio, anche in modo diretto quale processo di riorganizzazione per la continuazione dell'attività da parte del debitore.

Nella prospettiva accolta le norme degli artt.160 e 186 bis l.fall. sembrano rendere superflua una valutazione preliminare di compatibilità dell'operazione «con lo stato e le finalità della procedura» a mente dell'art. 2499 c.c., qualora si ritenga applicabile, come regola di principio, anche alle “operazioni straordinarie” diverse dalla trasformazione (e risultando tuttavia necessaria una valutazione in tal senso qualora la scissione o la fusione attuino anche un trasformazione implicita). Sul piano attuativo la scissione “concordataria” può essere diversamente organizzata.

2. Innanzitutto, la scissione può essere prevista nel piano, ai sensi dell'art.161, secondo comma, lett.e) l.fall., ma la sua attuazione può essere completamente rinviata alla fase esecutiva successiva all'omologa del concordato.

La scelta non pone in tal caso all'operatore ed al notaio particolari problemi applicativi. Ai sensi dell'art.181 l.fall, con l'omologa del concordato la procedura concorsuale infatti si chiude.

Salvo il caso in cui il piano affidi ad un terzo la liquidazione di beni sociali, la società debitrice riacquista il pieno potere di amministrazione dei suoi beni, seppur finalizzato all'adempimento della proposta concordataria omologata e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, istituzionalmente deputato alla verifica del rispetto delle condizioni concordatarie (art. 185 l. fall.).

Ne consegue che la scissione, avendo ad oggetto una società tornata in bonis, verrà attuata secondo le ordinarie regole procedurali (anche in punto di legittimazione alla sottoscrizione del progetto e dell'atto di scissione) e senza necessità di alcuna autorizzazione preventiva, se non quelle che siano state eventualmente previste in modo espresso dal decreto di omologazione.

In assenza di tale ultima previsione, al solo commissario giudiziale spetterà la verifica di conformità del progetto di scissione agli accordi concordatari omologati, anche sotto il profilo del contenuto patrimoniale.

Un suo giudizio negativo non può peraltro ripercuotersi sulla legittimità del procedimento di scissione e quindi sulla validità della delibera di approvazione del progetto, che sarà iscrivibile nel registro delle imprese, poiché l'eventuale difformità delle modalità attuative della scissione rispetto a quanto previsto nel concordato rappresenta certamente inadempimento di quest'ultimo, ma non "delle condizioni stabilite dalla legge" ai sensi e per gli effetti dell'art.2436 c.c..

Verificandosi tale situazione, la tutela del ceto creditorio è affidata non solo al rimedio della risoluzione del concordato ai sensi all'art.186 l.fall., qualora ne ricorrano le condizioni, ma anche al diritto di opposizione ai sensi dell'art.2503 c.c., che si deve ritenere spettante a tutti i creditori sociali qualora la scissione non sia rispettosa del concordato (a differenza di quanto si può ammettere in caso di conformità della scissione al concordato omologato; sulla questione si rinvia al successivo paragrafo 6).

3. La soluzione di rinviare completamente l'attuazione della scissione alla fase esecutiva del concordato, seppur pienamente legittima, potrebbe risultare meno tranquillizzante per il ceto creditorio, per la dissonanza normativamente esistente fra competenza a presentare la proposta di concordato preventivo e competenza a decidere la scissione. Infatti, mentre la prima spetta, salvo diversa previsione statutaria, all'organo amministrativo, ai sensi dell'art.152 l.fall. (richiamato dall'art.161, quarto comma, l.fal), l'approvazione del progetto di scissione è naturalmente di competenza dei soci, a meno che statutariamente non ci si sia avvalsi della facoltà prevista negli artt.2505 e 2505 bis c.c. (richiamati dall'art.2506 ter c.c.).

Ne discende il potenziale rischio della difformità di orientamenti fra amministratori e soci in ordine al programma di ristrutturazione aziendale funzionale al concordato, che potrebbe mettere a repentaglio, se non vanificare, gli accordi raggiunti e gli impegni assunti con il ceto creditorio.

Onde evitare il rischio da ultimo paventato il procedimento di scissione in funzione concordataria potrebbe essere avviato prima della presentazione in Tribunale della domanda per l'ammissione alla procedura ai sensi dell'art.161 secondo comma l.fall., per essere poi incluso nel piano oggetto di approvazione da parte dei creditori ai sensi dell'art.177 l.fall.

In tal caso appare evidente l'opportunità di formalizzare il "rapporto di servizio" che lega la scissione all'attuazione del concordato, condizionando la scissione all'omologazione del concordato

ex art.181 l.fall., anche se non definitiva, in quanto immediatamente efficace pur se reclamabile ai sensi dell'art.183 l.fall..

A tal fine sembra sufficiente, limitarsi a “condizionare” l'esecuzione della deliberazione di approvazione del progetto di scissione, nel senso di autorizzare il legale rappresentante alla stipula dell'atto di scissione solo qualora sia omologato il concordato, piuttosto che apporre una condizione sospensiva all'atto finale, per non interferire direttamente sugli effetti della scissione definiti nell'art. 2504 bis c.c..

Adottando tale soluzione, si dovrebbe procedere alla stipula dell'atto finale soltanto a concordato omologato e precisamente in sede di esecuzione del concordato medesimo, così da minimizzare il rischio di incertezze e di sopravvenienze, sul piano dei rapporti fra procedura concorsuale e operazione straordinaria, avendo conseguito il duplice risultato di aver “vincolato” la maggioranza assembleare all'esito positivo del procedimento di approvazione della proposta di concordato e di aver contenuto in ambito endo-procedimentale (concorsuale) il predetto fattore di incertezza, in modo da non pregiudicare l'affidamento dei terzi.

La mancata stipulazione della scissione rappresenterebbe causa di risoluzione del concordato, senza peraltro determinare ripercussioni organizzative di sorta, data la conservazione dell'assetto societario preesistente.

In tale fase la disciplina della scissione è quella ordinaria, e si devono ritenere applicabili anche le norme vigenti di semplificazione del procedimento o che consentono di adottare procedure semplificate in ragione della composizione della compagine sociale.

Ragionando sul piano della mera opportunità, e non su quello della legittimità, sembrano peraltro non trascurabili alcune accortezze.

Nella prospettiva proposta, il progetto di scissione dovrebbe contenere – fatte salve le più analitiche illustrazioni e giustificazioni da fornirsi nella relazione ex art. 2501 quinquies c.c., opportunamente (anche se non necessariamente) redatta – un preciso riferimento alla strumentalità dell'operazione rispetto al concordato della società in crisi o insolvente e agli obiettivi imprenditoriali e/o finanziari delle società partecipanti. L'illustrazione del programma concordatario, del ruolo che in esso gioca la scissione e della giustificazione di questa sul piano economico, finanziario e industriale, risultano particolarmente necessari per i soci della società in crisi, se si tiene conto che la competenza ad approvare la proposta di concordato è rimessa, in via di principio e salvo diversa disposizione statutaria, all'organo amministrativo. Infatti, tenuto conto della formulazione vigente dell'art. 152, secondo comma, l. fall., i soci della società in crisi potrebbero apprendere direttamente dal progetto di scissione della peculiare operazione concordataria programmata.

Oltre alla funzione programmatica e informativa il progetto di scissione gioca un ruolo determinante ai fini della individuazione, ai sensi dell'art. 2506 bis c.c. (secondo cui deve risultare dal progetto «l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna società»), delle componenti attive e passive della frazione di patrimonio della scissa destinata alle "beneficiarie", descrizione che dovrà trovare corrispondenza nella proposta di concordato omologata.

Infatti, giova evidenziare che se durante l'iter concordatario emergesse l'esigenza di modificare alcune delle componenti attive o passive già descritte nel progetto di scissione - essendo la proposta di concordato modificabile fino all'inizio delle operazioni di voto (art.175, comma secondo, l.fall.) - e tale modifica non fosse già stata puntualmente prevista come possibilità esecutiva della scissione nel progetto medesimo, sarebbe necessario ricominciare integralmente il procedimento di scissione, essendo già stato approvato, nel caso in esame, il progetto da modificare.

Una volta omologato il concordato, potrà essere stipulato l'atto di scissione.

Sembra peraltro necessario che il notaio accerti da un lato che il piano di concordato preveda la scissione già deliberata fra le condizioni di attuazione e dall'altro che sia sopraggiunta l'omologazione di quel piano, con decreto emesso dal Tribunale ai sensi dell'art.180 l.fall.

4. Può anche accadere che si intenda iniziare il procedimento di scissione una volta depositata la domanda, anche "in bianco" (art.161, sesto comma, l.fall.), subordinandone pur sempre l'attuazione all'omologazione del concordato.

Ferme le considerazioni sopra esposte circa le modalità di apposizione della condizione e sotto il profilo dell'opportunità dei contenuti progettuali, sembra emergere nella circostanza un'esigenza di armonizzazione della disciplina ordinaria della scissione con quella concorsuale.

Infatti, una volta depositata la domanda, il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore è soggetto ad autorizzazione giudiziale: del Tribunale, prima che sia emanato il decreto di ammissione al concordato preventivo; del Giudice Delegato, successivamente all'ammissione.

Il risultato disgregativo del patrimonio sociale generato da una scissione, avviata su iniziativa degli amministratori, con innegabili riflessi anche sul piano della tutela dei creditori, potrebbe indurre ad ascrivere all'operazione una valenza straordinaria, tale dunque da pretendere il preventivo benestare giudiziale.

Se tuttavia l'effetto dell'operazione, che consegue solo all'iscrizione (e quindi alla stipula) dell'atto di scissione, è condizionato all'omologazione del concordato, la conclusione sembra dover essere meglio ponderata.

Infatti, la pubblicazione (nel registro delle imprese o nel sito internet della società) del progetto di scissione e l'assunzione della delibera di approvazione dei soci, pur se necessari sul piano procedimentale, sono incapaci, di per sé, di generare qualsivoglia effetto patrimoniale o finanche organizzativo.

Per tale motivo, qualora l'operazione sia strutturata in maniera tale da rendere l'atto di scissione necessariamente conseguente all'omologazione del concordato preventivo alla cui attuazione è funzionale, e della stessa scissione si dia conto nel piano presentato ai sensi dell'art.161 l.fall., non ricorrono i presupposti che giustificano la preventiva autorizzazione giudiziale (del Tribunale o del Giudice Delegato), di cui non ci si dovrà munire nemmeno per pubblicizzare il progetto di scissione.

Dunque, la delibera di approvazione del progetto di scissione ad esecuzione "condizionata" all'omologazione del concordato preventivo potrà essere iscritta nel registro delle imprese, ai sensi dell'art.2436 c.c., anche in assenza di autorizzazione resa dal Tribunale ai sensi dell'art.161, settimo comma, l.fall., o dal Giudice Delegato ai sensi dell'art.167, secondo comma, l.fall..

5. Alla stregua delle premesse poste, qualora successivamente al deposito della domanda di concordato, ma prima dell'omologazione, si intenda stipulare un atto di scissione della società ad efficacia non condizionata all'omologazione, si ritiene necessaria l'autorizzazione del tribunale ex art.161 comma 7 l.fall. o del giudice delegato ex art.167 l.fall. a seconda che detta stipulazione debba intervenire prima o dopo l'ammissione della società scindendo alla procedura.

Non sembra revocabile in dubbio, infatti, che l'effetto disgregativo del patrimonio e la possibile moltiplicazione di patrimoni autonomi dotati di soggettività giuridica che ne consegue costringano ad ascrivere natura "straordinaria" all'operazione di scissione, a tutela del ceto creditorio.

In tal caso (e a differenza di quanto rilevato nel par. 3) la situazione patrimoniale della società che si scinde è quella attuale all'epoca di efficacia della scissione, per cui non si potrà tener conto dei benefici effetti della falcidia concordataria dei debiti sociali, in quanto il concordato è ad esito ancora incerto.

Per coerenza, la pubblicazione (nel registro delle imprese o nel sito internet) del progetto di scissione e finanche la sua approvazione prima dell'omologazione del concordato preventivo, senza che questa rappresenti condizioni di efficacia (o di eseguibilità) della relativa delibera, non richiedono alcuna autorizzazione, in quanto incapaci di produrre effetti sul patrimonio sociale, come più volte rimarcato.

6. La necessità di un coordinamento fra la disciplina legale della scissione e le regole in tema di approvazione della proposta di concordato sembra emergere con particolare evidenza rispetto all'istituto dell'opposizione dei creditori previsto nell'art. 2503 c.c.

Infatti, ai sensi dell'art.177, primo comma, l.fall., “il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi”.

Qualora la scissione sia contemplata come modalità attuativa di una proposta di concordato approvata dai creditori ed omologata, il riconoscimento di un diritto individuale di opposizione ex art. 2503 c.c. finirebbe per frustrare la scelta legislativa di subordinare le soluzioni negoziate della crisi alla volontà della maggioranza dei creditori, sotto il controllo del tribunale.

Sembra pertanto coerente concludere nel senso che, qualora la scissione sia prevista come modalità di attuazione del concordato, i creditori di cui all'art.184 l.fall. della società scissa sono privati del diritto individuale di opposizione di cui all'art.2503 c.c. e devono ricorrere al rimedio endo-concorsuale dell'opposizione di cui all'art.180, secondo comma, l.fall., da considerarsi “assorbente” di ogni altra tutela.

Sotto il profilo sistematico la proposta interpretativa, già avanzata da parte della dottrina, sembra trovare conforto nello speciale regime previsto per quella particolare categoria di creditori che sono gli “obbligazionisti”, costituenti a loro volta una sorta di “comunità accidentale”. Al fine di favorire le scelte gestionali ed organizzative della società, l'art. 2503 bis c.c. esclude che gli obbligazionisti possano proporre opposizione, se la stessa è stata approvata a maggioranza dalla loro “assemblea”: la presenza di un'organizzazione interna a tale categoria e la sua competenza a deliberare in ordine a tutti gli argomenti di interesse comune costituiscono infatti il fondamento e la giustificazione della scelta di sacrificare la volontà individuale.

Orbene, ponendosi nella medesima linea, si può rilevare che la sola pubblicazione della domanda di concordato preventivo, anche “in bianco”, nel registro delle imprese genera, fra l'altro, la conseguenza di: (i) imporre ai creditori una comunanza di interessi, giacché nessuno di loro può aggredire individualmente il patrimonio sociale; (ii) creare un'organizzazione per la soluzione dei conflitti di interesse che possono sorgere fra di essi, stante l'eterogeneità di posizioni di cui sono portatori.

Si potrebbe quindi sostenere ragionevolmente che, se la scissione è prevista come parte integrante della proposta di concordato, i creditori di cui all'art.184 l.fall. non possono proporre opposizione

ex art. 2503 c.c., ma soltanto opporsi all'omologazione del concordato stesso, ricorrendone le condizioni.

Laddove, invece, il procedimento di scissione non fosse stato avviato (o anche compiuto) sotto condizione dell'omologazione del concordato, secondo uno degli schemi operativi illustrati, il diritto di opposizione ex art. 2503 c.c. dei singoli creditori risulterebbe insopprimibile.

Inoltre, resta in ogni caso intangibile il diritto di opposizione individuale dei creditori diversi da quelli indicati nell'art.184 l.fall., sempreché, ovviamente, le loro ragioni di credito siano sorte anteriormente all'iscrizione del progetto di scissione nel registro delle imprese.

Infine, la soluzione prospettata non potrebbe interessare neppure i creditori di altre eventuali società partecipanti come beneficiarie, i cui diritti non possono certamente essere ridotti o compromessi dall'applicazione della disciplina fallimentare; costoro resterebbero liberi di opporsi individualmente, determinando così il rischio di una, forse decisiva, paralisi del procedimento.

Il rischio di opposizione individuale potrebbe essere alquanto attenuato tramite la scelta di avviare il procedimento di scissione prima della presentazione della domanda di concordato, anche "in bianco", o subito dopo, secondo gli schemi in precedenza ipotizzati, condizionandone l'attuazione all'omologazione del concordato stesso.

In tal modo sarà possibile avvalersi del termine che il tribunale deve concedere ai sensi dell'art.161, sesto comma l.fall., compreso fra i sessanta ed i centoventi giorni, per verificare la ricorrenza o meno di opposizioni alla scissione proposte dai creditori delle società beneficiarie.

Il fatto che anche la delibera di approvazione del progetto di scissione sia inevitabilmente "condizionata" all'omologazione del concordato della scissa in crisi (anche per le beneficiarie, poiché il progetto è unico) non determina un differimento della decorrenza del termine di opposizione al verificarsi della condizione, in ragione della carenza nel frattempo dell'interesse processuale a coltivare l'opposizione, poiché:

da un lato, tecnicamente non è l'effetto (approvazione del progetto) della delibera ad essere condizionato, ma l'esecuzione della stessa, come più volte ribadito, essendo più propriamente qualificabile la "condizione" come limite alla legittimazione del legale rappresentante alla stipulazione dell'atto di scissione;

dall'altro, in nessun caso è certo che il procedimento di scissione (come quello di fusione) a cui il creditore è chiamato ad opporsi vada a buon fine, sia a causa dell'opposizione vittoriosa di uno qualsiasi dei creditori, sia in ragione del sopravvenuto venir meno dell'interesse della società coinvolta a proseguire nell'operazione; dunque, qualora il procedimento di scissione non vada a

termine, anche per mancata omologazione del concordato preventivo, cesserà la materia del contendere rispetto all'opposizione instaurata;

cinfine, risultano legittimati all'opposizione anche i creditori con diritto derivante da titolo condizionato, e quindi *incertus nell'an*; l'opposizione è rimedio fruttuosamente esperibile anche in situazioni di incertezza giuridica.

Il problema della decorrenza del termine di opposizione potrebbe essere riproposto da altra prospettiva.

Potrebbe accadere che il contenuto patrimoniale del progetto di scissione sia fatto dipendere dall'esito della procedura concordataria, nel senso che gli elementi patrimoniali da assegnare alla beneficiaria, pur se analiticamente descritti, dipendono, nella quantificazione indicata, dalle condizioni alle quali si perfeziona l'accordo concordatario.

In tal caso si potrebbe sospettare che il Tribunale chiamato a decidere sull'opposizione non sia effettivamente in grado di risolvere il conflitto di interessi per l'incertezza che avvolge, sotto il profilo indicato, i dati patrimoniali, soprattutto in caso di scissione a favore di beneficiaria preesistente, fattispecie assimilabile ad una fusione parziale, nella quale il danno per i creditori della beneficiaria può derivare dalla confusione dei patrimoni delle società partecipanti.

Non sembra tuttavia che la potenziale obiezione possa essere condivisa poiché, se non si verificano le condizioni patrimoniali indicate nel progetto, gli amministratori (anche della società beneficiaria) non potranno stipulare l'atto di scissione, per carenza di legittimazione: ne consegue che i dati patrimoniali esposti sono e saranno quelli che il tribunale dovrà valutare per decidere sull'opposizione, e pertanto non sembra sussistere alcuna ragione, anche sotto tale profilo, per rinviare la decorrenza del termine per proporre opposizione alla scissione ex art.2503 c.c. da parte dei creditori legittimati.

DELIBERA CHE APPROVA LA DOMANDA DI CONCORDATO “CON RISERVA” EX ART. 161 VI COMMA L. FALL. ED INTERVENTO NOTARILE

La verbalizzazione Notarile, prevista dal IV comma dell’art. 161 L. Fall., della dichiarazione dell’organo societario competente a deliberare la presentazione di un domanda di concordato “in bianco” o “con riserva” ai sensi del VI comma dell’art. 161 L. Fall. deve intendersi riferita alla sola domanda e non (anche) alla proposta, non necessitando quest’ultima di autonoma ed ulteriore verbalizzazione ai sensi del III comma dell’art. 152 L. Fall.

Le norme vecchie e nuove

L’art. 161 L. Fall. indica i requisiti per la presentazione della domanda di concordato preventivo ed in particolare il IV comma prevede che “Per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell’ articolo 152”.

L’art. 152 L. Fall. recita: “La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale.

La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell’atto costitutivo o dello statuto:

- a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale;
- b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell’articolo 2436 del codice civile”.

L’art. 2436 c.c. prevede l’intervento del Notaio che, verificate le condizioni di legge, provvede a depositare l’atto per l’iscrizione del Registro delle Imprese.

In questo quadro si è innestato il nuovo VI comma dell’art. 161 L. Fall. che ha legittimato la presentazione della domanda “in bianco” o “con riserva” prevedendo che: “L’imprenditore puo’ depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all’omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore puo’ depositare domanda ai sensi dell’articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l’articolo 162, commi secondo e terzo.”.

Il quesito

Alla luce della recente introduzione del VI comma dell’art. 161 L. Fall. è sorto il dubbio su quale sia il ruolo del Notaio nella nuova, e più snella, fase introduttiva del concordato preliminare (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all’art. 182 bis L. Fall.) ed in particolare quale sia l’oggetto della delibera (o della decisione qualora la competenza sia rimessa dallo statuto ai soci) che il Notaio è chiamato a ricevere e ad iscrivere nel Registro delle Imprese.

Come emerge dal testo normativo si è avuta una potenziale (e nella pratica frequentissima) divaricazione tra “domanda” e “proposta” che, invece, nel testo previgente rappresentavano due parti di un unico, con la conseguenza che se prima era lettura condivisa che il Notaio fosse

chiamato a ricevere la dichiarazione degli amministratori (o la delibera assembleare) contenente non solo l'intenzione di presentare **domanda** di concordato preventivo, ma riportante, quanto meno, le caratteristiche salienti della **proposta** da formulare ai creditori, oggi, alla luce del nuovo VI comma dell'art. 161 L. Fall., è ben possibile che gli amministratori (o i soci) decidano in una prima fase solo di accedere ad una delle procedure previste dagli artt. 160 ss. e dall'art. 182 bis L. Fall. riservandosi successivamente (nei termini previsti dal nuovo testo) di specificare non solo i contenuti della proposta (che allo stato potrebbero non essere neanche abbozzati) ma anche quale procedura utilizzare per la miglior soluzione della crisi d'impresa.

Ne consegue il dubbio circa il contenuto ed il momento dell'intervento Notarile e precisamente:

- a) se il Notaio sia chiamato a ricevere la delibera contenente la sola **domanda** ex art. 161 VI comma L. Fall.
- b) se il Notaio sia chiamato a ricevere la sola delibera contenente la **proposta** che verrà presentata nei termini previsti dal medesimo VI comma dell'art. 161 L. Fall.
- c) se il Notaio sia chiamato a ricevere entrambe le delibere sia quella relativa alla sola **domanda** sia quella contenente la **proposta**.

Gli argomenti

A sostegno di ciascuna delle soluzioni sopra elencate è possibile avanzare validi argomenti che andremo rapidamente ad esaminare partendo dall'ultima ricostruzione proposta:

- **soluzione c)** : la divaricazione operata tra domanda e proposta ha lasciato invariato il riferimento all'art. 152 L. Fall. e dato che il IV comma dell'art. 161 prevede che la **domanda** deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 L. Fall. (e quindi in forma notarile) e che quest'ultimo articolo nel prevedere l'intervento notarile ha richiesto che dalla dichiarazione (o delibera) ricevuta dal Notaio risultino gli elementi caratterizzanti la proposta, se ne potrebbe dedurre che il legislatore ha comunque inteso domanda e proposta come due parti di un intero che per essere completo ha bisogno che **tutte le sue parti siano cristallizzate in forma solenne**.
- **Soluzione b)** : dal tenore dell'art. 152 L. Fall. emerge che quello che deve essere verbalizzato nella dichiarazione ricevuta dal Notaio è la **proposta** nella quale sono contenuti tutti gli elementi fondamentali della soluzione alla crisi di impresa, essendo la domanda "in bianco" un mero adempimento tecnico privo di contenuto sostanziale; il richiamo che il IV comma dell'art. 161 L. Fall. fa alla **domanda** (da approvarsi ai sensi dell'art. 152 L. Fall., e quindi con necessità di intervento notarile) non deve essere sopravvalutato perché quel comma in realtà chiude la parte relativa alla presentazione della domanda in forma "tradizionale" e quindi completa anche della proposta, ma non è in grado di influenzare la disciplina dettata dai commi successivi che detterebbero un'eccezione alla regola principale consentendo un'asimmetria temporanea tra domanda e proposta. Per questa ricostruzione l'importante intervento Notarile sarebbe necessario a garantire non tanto che chi presenta la domanda ne abbia i poteri ed i requisiti, ma che il testo della proposta sia stato condiviso e deliberato in conformità alle regole interne della società. Se questa tesi fosse corretta si porrebbe il problema della necessità o meno di una verbalizzazione notarile anche per le modifiche alla proposta di concordato (o di accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis L. Fall. stante il richiamo che il nuovo testo di detta norma fa all'art. 161).
- **Soluzione a)** : valorizzando il dettato del IV comma dell'art. 161 L. Fall. che richiede che "*la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell' articolo 152*" si ritiene che la sola dichiarazione (delibera) relativa alla domanda debba essere ricevuta da Notaio, dovendosi leggere tale IV comma alla luce delle nuove disposizioni dettate dal VI comma e

quindi come mero richiamo alla forma della dichiarazione (delibera) dettata dal III comma dell'art. 152 L. Fall. e non al resto della disposizione che entrerebbe in gioco solo in caso di procedimento "tradizionale". Questa ricostruzione prende atto del fatto che il Notaio ha solo il potere/dovere di verificare la legittimazione del dichiarante (o dell'organo deliberante) ad assumere una tale decisione non potendo entrare nel merito della proposta la cui valutazione è rimessa al Giudice. L'intervento Notarile ha una sua ragion d'essere nella necessità di garantire una corretta (dal punto di vista dei poteri dell'organo deliberante) e tempestiva informazione al pubblico (mediante l'iscrizione nel Registro delle Imprese) circa il fatto che la società si trova in stato di crisi e che presto potrebbe accedere ad una delle procedure previste dall'art. 161 o 182 bis L. Fall.. Si tratterebbe in sostanza della risposta alla esigenza di anticipare il più possibile la "disclosure" sulla crisi d'impresa nei confronti dei terzi che con la stessa hanno rapporti, e ciò sembra tanto più importante ed utile anche alla luce del nuovo art. 182 sexies L. Fall. che se correttamente interpretato (*si veda l'Orientamento su "crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto"*) può consentire l'accesso alla procedura senza che si sia ancora tenuta l'assemblea ex artt. 2446 e 2447 c.c. per la S.p.a. e 2482 bis e 2482 ter per la S.r.l. e quindi anche, in ipotesi, senza che alcuni dei soci stessi siano stati informati della reale gravità dello stato di crisi della società (si pensi ad una società quotata o con larga base sociale composta da molti piccoli soci).

Soluzione proposta

Alla luce di quanto sopra si ritiene che si debba aderire alla tesi **a)** e cioè che il Notaio è chiamato a ricevere la delibera contenente la sola **domanda** ex art. 161 VI comma L. Fall., questo perché tale soluzione appare (in forza di quanto esposto) la più coerente con la previsione del legislatore e con la natura e funzione che la Legge Fallimentare riserva all'intervento Notarile in questa fase.

Il ruolo del Notaio sembra essere teso alla verifica dei poteri del deliberante al fine di una corretta e tempestiva informazione sullo stato di crisi sia dei soci che del pubblico mediante l'iscrizione nel Registro delle Imprese.

Peraltro, la tesi **a)** appare essere quella accolta (invero in maniera per lo più tratteggiata e senza che risulti un vero approfondimento sul punto) dalla stragrande maggioranza degli operatori e dalla maggior parte dei Tribunali (per quanto è dato sapere ad oggi);

Le tesi **c)** e **b)** non tengono conto della reale sostanza del controllo notarile in questa fase, che non può mai anticipare o sostituire quello del magistrato, e del fatto che, una volta incardinata la procedura sotto l'ala vigile del Tribunale, la Legge ha già approntato non solo autonomi meccanismi di verifica a carico del Giudice, ma anche meccanismi di pubblicità a carico del cancelliere, cui l'azione del Notaio poco aggiungerebbe. Non solo, ma, se tali ricostruzioni fossero accolte, si porrebbe seriamente il problema (che fino ad oggi pare misconosciuto) della necessità di intervento notarile in tutte le ipotesi di modifica, quanto meno sostanziale, del contenuto della **proposta** e dell'accordo di ristrutturazione.

Per concludere un'ultima annotazione: nel caso in cui, contestualmente alla presentazione della domanda, si intenda chiedere l'autorizzazione per atti urgenti di straordinaria amministrazione ex art. 161 VII comma L. Fall., gli stessi dovrebbero essere già indicati nella dichiarazione (delibera) ricevuta dal Notaio.

CONCORDATO PREVENTIVO E TRASFORMAZIONE DI SOCIETA'

1. *E' legittima la trasformazione di società in concordato preventivo, nei limiti di compatibilità con le finalità e lo stato della procedura sanciti dall'art. 2499 c.c..*

2. *Il giudizio di compatibilità è rimesso in via esclusiva agli organi della procedura. Pertanto la delibera di trasformazione*

- se assunta dopo il deposito della domanda di concordato (anche "in bianco") e prima del decreto di ammissione al concordato, deve essere autorizzata dal tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.f.;

- se assunta dopo il decreto di ammissione al concordato e prima del decreto di omologazione della proposta di concordato, deve essere autorizzata dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167, comma 2, l.f.

3. *Qualora la delibera di trasformazione sia assunta dopo il decreto di omologazione del concordato, essa non necessita di alcuna autorizzazione ai fini dell'art. 2499 c.c., non essendovi alcuna procedura concorsuale in corso ma solo l'obbligo di adempiere alla proposta concordataria omologata, su cui vigilano gli organi della procedura ai sensi dell'art. 185 l. f.*

4. *La trasformazione regressiva di s.p.a. in s.r.l. deliberata, sia dopo la presentazione delle domanda di ammissione al concordato, sia successivamente alla pronuncia da parte del tribunale del decreto di ammissione, è legittima anche laddove la società abbia perduto integralmente il capitale sociale e non intende ricostituirlo, non ritenendosi applicabili alle società di capitali in stato di liquidazione gli artt 2446 e 2447 c.c. e sterilizzando l'art. 182-sexies gli effetti delle perdite solo ai fini degli obblighi di ricapitalizzazione.*

5. *In caso di esercizio del diritto di recesso da parte dei soci non consenzienti alla delibera di trasformazione: i) il valore della partecipazione è determinato in conformità agli articoli 2437-bis (per le Spa) e 2473 (per le Srl) alla data del recesso e dunque tiene conto del presumibile eccesso di debiti rispetto all'attivo non potendosi giovare della eventuale e futura falcidia concordataria; ii) anche qualora il valore così determinato nell'ambito del procedimento di liquidazione dagli amministratori fosse positivo e, ex artt. 2437-bis e 2473 c.c., non si addivenga all'acquisto da parte di altro socio o di un terzo, non è comunque possibile procedere al rimborso della partecipazione se non dopo l'omologazione del concordato e comunque nel rispetto della disciplina societaria ordinaria.*

Motivazione

L'ammissibilità della trasformazione di una società in concordato preventivo è risolta positivamente dall'art. 2499 c.c., che subordina peraltro l'adozione della decisione di trasformazione al preventivo vaglio di compatibilità della stessa con le finalità e lo stato della procedura.

L'esatta portata del precetto normativo non è di immediata comprensione se si pone mente a quelli che sono gli effetti tipici della trasformazione, operazione che si realizza nell'ambito della continuità del patrimonio dell'ente che si trasforma e che conseguentemente non comporta circolazione di ricchezza, ma soltanto modifica delle regole organizzative: in quest'ottica la trasformazione, non determinando il rischio di sottrazione dei beni ai creditori, potrebbe apparire neutra per la "procedura" e sempre percorribile.

Il legislatore d'altro canto, naturalmente sensibile alle istanze del ceto creditorio, ha ritenuto che non sempre la trasformazione sia operazione indifferente per i medesimi creditori, potendo, al contrario, a seconda delle sue concrete modalità attuative e delle peculiari situazioni in cui la società può venirsi a trovare, non rappresentare la scelta più idonea per la procedura concordataria. A tal fine ha dettato una norma di ampio respiro, l'art. 2499 c.c. suscettibile di applicazione a tutte le procedure concorsuali e quindi anche al concordato preventivo.

Ciò premesso il giudizio di compatibilità della trasformazione con le finalità e lo stato della procedura, che il legislatore richiede, va effettuato in concreto, caso per caso e su un duplice piano: ovvero occorre valutare in prima battuta se la trasformazione sia in linea con gli obiettivi ai quali tende la procedura concorsuale ("le finalità") ed in secondo luogo se, in considerazione degli obiettivi raggiunti fino a quel momento la trasformazione possa comunque condurre a perseguire un risultato utile ("lo stato").

E' bene sottolineare che l'utilità della trasformazione di una società in concordato preventivo è astrattamente perseguibile sia nell'ambito di una procedura liquidativa volta a realizzare il patrimonio, sia nell'ambito di una procedura che miri al salvataggio del complesso industriale ed alla prosecuzione dell'attività, potendo in entrambi i casi la trasformazione portare qualche vantaggio per l'impresa stessa.

Qualche esempio può essere utile a chiarire il concetto e a cogliere meglio le potenzialità applicative della fattispecie al vaglio.

Un prima finalità raggiungibile con la trasformazione di società in concordato preventivo si rinviene nella stessa relazione al decreto di riforma del diritto societario dove si prende in considerazione l'ipotesi di trasformazione di s.p.a. in s.r.l. al fine di ridurre gli oneri della procedura: tali minori oneri sarebbero individuabili nella riduzione dei costi per gli organi sociali che si realizza con l'eliminazione dei soggetti incaricati del controllo contabile, nonché nelle inferiori spese di convocazione dell'assemblea e di adozione delle delibere assembleari soprattutto nel caso in cui ci si avvalga dei sistemi alternativi al metodo assembleare quali quelli della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto.

L'interesse a ridurre i costi di gestione si ritiene possa sussistere in concreto sia nell'ipotesi di procedura liquidativa dove potrebbe residuare un riparto attivo da distribuire tra i soci, sia nell'ipotesi di procedura volta al risanamento dell'impresa, in cui l'interesse dei soci al risparmio è mosso anche da interessi egoistici nell'ottica della prosecuzione dell'attività.

Proseguendo nell'indagine esemplificativa si può cogliere l'utilità di una trasformazione progressiva di società di persone o di s.r.l. in s.p.a. laddove si consideri che il piano sulla base del quale è richiesto dall'imprenditore in crisi il concordato preventivo può essere perseguito "anche mediante la cessione di beni, accollo o altre operazioni straordinarie ivi compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate di azioni, quote, obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari o titoli di debito" (art. 160 l.f.): in quest'ottica la trasformazione potrebbe condurre ad un tipo di arrivo in grado di emettere strumenti finanziari da attribuire ai creditori, laddove tale emissione fosse inibita nel tipo di partenza.

Potrebbe darsi in concreto anche il caso di trasformazione regressiva di società di capitali in società di persone, che, a prima vista potrebbe apparire alquanto improbabile, comportando l'assunzione da parte dei soci di una società in conclamato stato di crisi, della responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni sociali, anche quelle sorte prima della trasformazione ai sensi dell'art. 2500 *sexies*, comma 4. L'utilità di tale operazione è ravvisabile nel caso in cui il sacrificio del socio nel mettere a disposizione dei creditori dell'impresa i suoi beni personali, sia bilanciato dal fatto che "l'accesso al concordato gli offra la prospettiva di una almeno parziale esdebitazione".

Certo è che, al di là dell'astratto interesse a perseguire la trasformazione che, come si è dimostrato può ben esistere anche per la società che abbia in corso una procedura di concordato preventivo, è bene rimarcare che il giudizio di compatibilità con le finalità e lo stato della procedura va effettuato in concreto, avuto riguardo alla peculiare situazione in cui la società si trova, alle contingenze di mercato, agli obiettivi raggiunti dalla procedura o ancora da raggiungere, agli interessi dei terzi, non solo creditori, coinvolti nella vicenda concordataria.

Si ritiene che il giudizio di compatibilità non spetti al Notaio rogante ma agli organi della procedura, che, come si dirà, varieranno nella loro concreta individuazione, a seconda della fase della procedura nel corso della quale la delibera è assunta. Che detta valutazione non sia compito del Notaio lo si evince avendo riguardo al contenuto del controllo omologatorio che la legge gli rimette sia in sede di atto costitutivo (art. 2330) che in sede di delibere modificative dello stesso (art. 2436 c.c.); il Notaio infatti valuta la conformità della delibera (e dell'atto costitutivo) alla legge, verificando che la struttura organizzativa programmata dai privati sia compatibile con il modello organizzativo prefigurato dal legislatore; si tratta in altre parole di un controllo di legalità formale e sostanziale, ma mai di merito, in quanto il pubblico ufficiale non può mai sindacare l'opportunità dell'operazione che si intende effettuare. Non solo la verifica del rispetto delle condizioni richieste dall'art. 2499 c.c. per potere procedere alla trasformazione richiede la conoscenza delle specifiche caratteristiche della società e soprattutto della procedura che non emergono direttamente dai lavori assembleari, ma postulano valutazioni e accertamenti extra (assembleari) che il Notaio non può essere chiamato a svolgere.

Ciò precisato si ritiene che debba risultare dalla delibera, in quanto presupposto indefettibile per la sua legittima adozione, il positivo vaglio di compatibilità effettuato dagli organi della procedura, anche mediante il richiamo e/o allegazione del provvedimento autorizzativo rilasciato.

La pendenza della procedura di concordato preventivo non inibisce né altera l'operatività della disciplina ordinaria della trasformazione, non limita il potere deliberativo dell'assemblea (salvo il vaglio di compatibilità dell'art. 2499 c.c. di cui si è detto) né costituisce causa di decadenza degli organi sociali. Pertanto troveranno applicazione non solo tutte le regole procedurali della trasformazione (stima del patrimonio sociale, quorum rafforzati, consenso individuale dei soci illimitatamente responsabili) ma anche quelle relative agli effetti e alla pubblicità della delibera (in merito alla sopravvivenza del diritto di opposizione dei creditori di cui all'art. 2500 – *novies*, si rinvia all'orientamento in tema di "Concordato preventivo e scissione di società").

Il punto 2 dell'orientamento individua l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione a secondo del momento in cui la decisione di trasformazione viene assunta, ovvero riconosce la competenza del tribunale laddove non sia stato ancora emesso il decreto di ammissione al concordato e del giudice delegato laddove il decreto sia già stato emesso. E' bene precisare che dette autorizzazioni riguardano l'adozione di una delibera di trasformazione immediatamente efficace ovvero efficace secondo le regole ordinarie di cui all'art. 2500 c.c., secondo e terzo comma e non fanno riferimento alla diversa ipotesi di delibera di trasformazione condizionata all'omologa del concordato per la quale, laddove ritenuta legittima, potrebbe essere perseguito un iter diverso.

In proposito è bene prestare attenzione al fatto che, a differenza della fusione e della scissione, il cui procedimento formativo si articola in due steps, quello della delibera (delle delibere) che decide l'operazione alla quale fa seguito l'atto di esecuzione della stessa, la trasformazione si perfeziona, per effetto della stessa delibera, nell'unico contesto assembleare, pertanto, per tale tipologia di operazione straordinaria non è immaginabile, a differenza delle altre operazioni straordinarie citate, un'articolazione della sua adozione che ne comporti l'assunzione prima dell'omologa del concordato e l'esecuzione a omologa avvenuta.

Ciò significa che la decisione di trasformazione, fino a che la procedura non sia chiusa con l'emissione del decreto di omologazione, deve essere preventivamente autorizzata, in quanto, come si è detto, operazione destinata a dispiegare, una volta assunta, i propri effetti.

L'affermazione che precede merita peraltro una puntualizzazione. Occorre precisare che la necessità di un'autorizzazione ad hoc viene meno nel caso in cui la delibera di trasformazione sia assunta dopo il deposito della domanda di concordato e prima dell'omologa della proposta, laddove essa sia indicata nel piano ex art. 161, secondo comma, lett. e) l.f. quale modalità attuativa del concordato e la sua efficacia sia condizionata all'omologazione del concordato stesso. La praticabilità di questa strada dipende evidentemente da una valutazione positiva, a monte, circa la legittimità delle delibere "condizionate": non è questa la sede per pronunciarsi in maniera risolutiva su un tema così delicato, seppur non si può non dare conto delle recenti aperture dottrinali che simpatizzano per la soluzione più permissiva. All'operatore che decida di procedere in questo senso, ovvero ricevendo e omologando una delibera di trasformazione sottoposta alla condizione dell'omologazione del piano si suggerisce, dal punto di vista strettamente pratico, in considerazione del fatto che l'attuale sistema di pubblicità degli atti societari non consente di dare evidenza "in visura" di eventuali termini e condizioni previste negli atti stessi, di procedere ad un

doppio deposito presso la Camera di Commercio, ovvero un primo deposito della delibera ricevuta, ai fini di una astratta conoscibilità della stessa ai terzi, ma omettendo di dar corso al relativo adempimento dal quale discende la pubblicità dell'evento modificativo "in visura" ed un secondo deposito, una volta verificatasi la condizione, al fine di dare definitiva e completa pubblicità all'operazione (in questo senso anche la Massima n.8 del Registro delle Imprese di Milano).

Il punto 3 dell'orientamento individua il limite temporale a partire dal quale l'autorizzazione degli organi della procedura, al fine del vaglio di compatibilità di cui si è detto, non è più richiesto, fissandolo nell'emissione del decreto di omologazione del concordato. Ai sensi dell'art. 181 l.f. la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione della proposta ex art. 180 l.f., occorrendo peraltro effettuare una distinzione tra concordato con continuità aziendale e concordato con cessione di beni.

Nell'ipotesi di concordato con continuità, il debitore riacquista il pieno potere di amministrare i propri beni, seppur finalizzato all'adempimento degli impegni assunti con la proposta di concordato: ciò significa che la società sarà libera di deliberare un'operazione di trasformazione, senza dover richiedere alcuna autorizzazione, ma con il limite che, laddove detta operazione non sia stata prevista nel piano e comporti costi a carico della società non preventivati la sua adozione potrebbe dar luogo financo alla risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l.f.

Nell'ipotesi invece di concordato con cessione di beni, seppur la società sia legittimata a deliberare una trasformazione, conservando gli organi sociali la propria operatività, laddove l'operazione comporti costi a carico della società, sarà necessario chiamare in causa il liquidatore che, per sostenere l'esborso, dovrà essere debitamente autorizzato ai sensi di legge.

Quanto al punto 4, affinché la s.p.a. possa legittimamente deliberare di trasformarsi in s.r.l senza ricostituire il capitale sociale integralmente perduto o, comunque, senza ripianare le perdite, è necessario che in alternativa:

- a) versi in stato di liquidazione, poiché, come da tempo acclarato, in tale fase non trova applicazione la disciplina sul capitale sociale e più precisamente non trovano applicazione gli obblighi di riduzione di cui agli artt. 2446, 2447 (per le Spa) e 2482-bis, 2482-ter (per le srl) cod. civ. (in considerazione della diversa funzione del capitale sociale stesso);
- b) pur non versando in stato di liquidazione, essa non sia tenuta a procedere al ripianamento delle perdite, essendo operante nei suoi confronti l'art.182 sexies l.f..

La legittimità del presupposto di cui alla lett. b) è circoscritta al periodo "di grazia" previsto dal richiamato art.182 sexies.

Anche nel caso di cui alla lett. b) la società, al fine di ridurre i propri costi di funzionamento, può procedere alla riduzione del capitale sociale mediante parziale copertura delle perdite, riduzione che a questo punto assume carattere di riduzione per perdite non obbligatoria.

Con riferimento all'orientamento espresso nel punto 5, occorre muovere da due dati, ovvero a) che la società in concordato preventivo non è in liquidazione, se non per scelta volontaria dei soci; b) che pertanto permane il diritto di recesso nei casi previsti dalla legge o dallo statuto.

Ne consegue che se in pendenza della procedura concorsuale è deliberata la trasformazione, i soci non consenzienti potranno esercitare il diritto di recesso.

La valutazione della partecipazione, agli effetti del recesso, dovrà essere effettuata al momento della dichiarazione (art.2473 terzo comma c.c.) o addirittura dovrà essere comunicata prima dell'assemblea (art.2437 ter c.c.): non essendo ancora omologato il concordato, detta valutazione non potrà tener conto degli effetti benefici della falcidia concordataria.

Se, ad esito della valutazione, emergesse per avventura un valore positivo della quota del recedente, la liquidazione in pendenza della procedura potrà avvenire solo ad opera degli altri soci o di terzi, ma non avvalendosi di mezzi propri della società. La liquidazione della quota mediante mezzi propri della società dovrà essere differita alla fase successiva all'omologazione del concordato, che pertanto influisce sull'esigibilità del credito del socio receduto.

Induce in tal senso la previsione dell'art.161 settimo comma l. fall. che ammette la possibilità per la società, alle condizioni ivi previste, di contrarre debiti ulteriori, ma solo nei confronti dei "terzi" ed in funzione dell'amministrazione del patrimonio: qualità, queste ultime, che non appartengono sotto il profilo soggettivo al socio, che è investitore e non terzo, e sotto il profilo oggettivo al suo diritto di credito, riconosciuto in funzione di tutela dell'investimento individuale e non inerente all'amministrazione del patrimonio.

La conclusione della inesigibilità dell'eventuale credito del socio conseguente al recesso è del resto coerente con il principio generale, da molti ritenuto immanente nell'ordinamento societario, della postergazione anche finanziaria delle pretese dei soci rispetto a quelle dei creditori (evincibile, fra l'altro, dagli artt. 2358, 2433-bis, 2467 c.c.), secondo cui i soci non possono ricevere utilità dalla società se questa non sia in condizione di mantenere la solvibilità per un congruo periodo di tempo. Il suddetto principio osta a qualsiasi distribuzione a favore dei soci effettuata in una situazione in cui, per definizione, stante la pendenza della procedura di concordato preventivo, ai creditori è chiesto un sacrificio, probabilmente in termini quantitativi e certamente in termini di esigibilità del credito.

La conseguenza è che:

a) l'esistenza dell'eventuale credito del socio conseguente al recesso dovrà essere chiaramente esposta nel piano di concordato, sì che i creditori possano valutare se approvare o meno la proposta di concordato in una situazione in cui alcuni dei soci concorrerebbero con loro sul patrimonio della società debitrice;

b) in caso di successivo fallimento in cui la procedura di concordato dovesse sfociare, può fondatamente dubitarsi che il credito del socio possa qualificarsi come prededucibile ai sensi dell'art. 111 l. fall., essendo sostenibile che esso non solo non è sorto *"in funzione del concordato*

preventivo”, ma nemmeno è sorto *“in occasione”* del medesimo, mancando un titolo che, in conformità delle regole del concordato, consenta di far gravare sul patrimonio del debitore il debito del socio, né potendo l’occasionalità che giustifica la prededuzione del debito nel fallimento essere intesa in senso di coincidenza meramente cronologica rispetto alla procedura di concordato.

Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto.

(1) E' sempre possibile aumentare a pagamento il capitale sociale di una società sottoposta a concordato preventivo, indipendentemente dalla fase della procedura nella quale essa si trovi. Tale operazione, per le sue intrinseche caratteristiche, non richiede alcuna autorizzazione giudiziale e in nessun caso pone problemi di compatibilità con la procedura.

(2) La disciplina del diritto di opzione in sede di aumento del capitale sociale non assume connotati particolari in virtù della pendenza della procedura e quindi la sua compressione/esclusione riceve soluzioni analoghe a quelle fornite con riferimento agli artt. 2446/7 e 2482 bis e ter c.c..

(3) Anche gli incrementi del patrimonio netto – senza intervenire sul capitale – sono sempre possibili, indipendentemente dalla fase della procedura, e non richiedono alcuna autorizzazione giudiziale; ove gli apporti siano sottoposti a condizione risolutiva (ad esempio, si tratti di versamenti in conto futuro aumento di capitale collegati al buon esito della procedura di concordato) e chi li effettua voglia garantirsi il diritto ad una restituzione in prededuzione, si applicherà quanto prescritto dall'art. 182 quinquies, commi 1°, 2° e 3°, l.f..

1) Alcune possibili ragioni economiche che giustificano gli incrementi del capitale/patrimonio netto nella fase anteriore all'omologazione.

La disamina di questo tema, per quanto ad un primo sguardo possa apparire “singolare” o prevalentemente teorico, si rivela molto frequente e di indubbia utilità, oltre che denso di problematiche giuridiche che si intersecano e reciprocamente si influenzano, tra diritto sostanziale e diritto processuale.

L'aumento del capitale sociale a pagamento nella fase anteriore all'omologazione potrebbe costituire infatti:

a) la chiave per permettere un ingresso nel capitale – e quindi nella società – di “cavalieri bianchi”, senza per questo eliminare o diluire eccessivamente i vecchi soci della compagine: in questo senso la possibile condivisione della Massima 122 del Consiglio Notarile di Milano¹ – su cui

¹ La presenza di perdite superiori al terzo del capitale, anche tali da ridurre il capitale ad un importo inferiore al minimo legale previsto per le s.p.a. e le s.r.l., non impedisce l'assunzione di una deliberazione di aumento del capitale che sia in grado di ridurre le perdite ad un ammontare inferiore al terzo del capitale e di ricondurre il capitale stesso, se del caso, a un ammontare superiore al minimo legale.

E' dunque legittimo l'aumento di capitale:

(i) in caso di perdite incidenti sul capitale per non più di un terzo;

vedi meglio oltre – e la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, ai sensi dell’art. 182 *sexies* l.f., offrono elementi di semplificazione del quadro per il raggiungimento dell’obiettivo;

b) la tecnica con cui realizzare quella riorganizzazione della struttura finanziaria dell’impresa che è sovente fisiologica nelle procedure concorsuali;

c) uno strumento utile per far acquisire nuove risorse, e finanza in genere, alla società, per garantire la “continuità aziendale” o per pagare “crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi”, ossia soggetti che garantiscono la sopravvivenza dell’attività e quindi offrono prospettive di successo alla procedura stessa (si pensi al fornitore principale della società non pagato negli ultimi tempi). Il riferimento è, ad esempio, alla disciplina prevista dall’art. 182 *quinquies*, comma 4, l.f., che richiede un’autorizzazione del Tribunale, ma senza alcuna necessità di attestazione di un professionista, “per pagamenti effettuati sino a concorrenza dell’ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione”.

Il “finanziatore”, o “cavaliere bianco” che sia, potrebbe avere infatti uno specifico interesse a realizzare il suo ingresso in società in questa fase, in quanto il suo potere negoziale verso i soci sarebbe sicuramente molto forte; ma al contempo, essendo la situazione estremamente rischiosa, in quanto legata all’esito – positivo – della procedura stessa, potrebbe porre quale condizione del proprio intervento la favorevole soluzione concorsuale, con ciò aprendosi delicate problematiche di diritto sostanziale legate alla ammissibilità di operazioni sul capitale condizionate, su cui vedi meglio oltre.

2) *L’ammissibilità senza limiti dell’aumento di capitale: la ricostituzione del patrimonio netto e la struttura dell’operazione.*

Le società che si “avvicinano” ad un concordato preventivo – od a una procedura concorsuale in genere – si trovano quasi sempre nelle condizioni delineate dagli artt. 2446/7 o 2482 *bis/ter* c.c.: in simili situazioni la possibilità di lanciare un aumento del capitale sociale a pagamento è con-

(ii) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di "opportuni provvedimenti" ex artt. 2446, comma 1, e 2482-bis, comma 1, c.c.;

(iii) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in qualsiasi momento antecedente l’assemblea di approvazione del bilancio dell’esercizio successivo rispetto a quello in cui le perdite sono state rilevate;

(iv) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di assemblea di approvazione del bilancio dell’esercizio successivo rispetto a quello in cui le perdite sono state rilevate, a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre le perdite entro il terzo;

(v) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di assemblea convocata ex artt. 2447 e 2482-ter c.c., a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre le perdite entro il terzo.

In ogni caso l’aumento di capitale non esime dall’osservanza degli obblighi posti dagli artt. 2446, comma 1, e 2482-bis, commi 1, 2 e 3, c.c., in presenza dei quali la situazione patrimoniale rilevante le perdite - se non già pubblicizzata - deve essere allegata al verbale, o comunque con lo stesso depositata nel registro delle imprese.

dizionata alla preventiva riduzione a zero delle perdite, salvo aderire alla recente, autorevole ma non pacifica presa di posizione della Commissione del Consiglio Notarile di Milano nella Massima 122 (secondo cui è possibile assumere una deliberazione di aumento del capitale che sia in grado di ridurre le perdite ad un ammontare inferiore al terzo del capitale e di ricondurre il capitale stesso, se del caso, ad un ammontare superiore al minimo legale).

La soluzione della questione, a prescindere dalla tesi preferita, limita fortemente la possibilità di ottenere quei benefici economici, legati all'incremento del netto ed in particolare all'intervento sul capitale, che possono costituire elementi determinanti per il successo della procedura stessa.

Un fattore che offre maggiore elasticità "procedurale", in simili delicati frangenti, è rappresentato dall'art. 182 *sexies* l.f. che prevede, una volta che la società abbia depositato la domanda di concordato preventivo, la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e quindi non costringe ad intervenire immediatamente sul capitale. Si può pertanto immaginare che la società, beneficiando di una maggior termine rispetto alla disciplina ordinaria, dopo la presentazione della domanda e nel quadro della complessiva ristrutturazione finanziaria che intende attuare con il concordato, deliberi un aumento del capitale sociale a pagamento sottoposto alla condizione sospensiva dell'intervenuta omologazione del concordato, aumento che così strutturato potrebbe avere maggiori possibilità di successo rispetto a quanto dovrebbe essere deliberato in un'analogha situazione, al di fuori della procedura in questione, secondo la disciplina ordinaria societaria.

Tale ipotetico aumento di capitale dovrà peraltro avere le seguenti caratteristiche:

i) qualora la società intenda uscire dalla procedura di concordato in condizioni di normale esercizio, dovrà essere di importo tale, sommandosi alla "falcidia" dell'ammontare dei debiti derivante dal concordato ed alla eventuale riduzione del capitale sociale necessaria ad eliminare le ulteriori residue perdite, da riportare il patrimonio netto a valori positivi e superiori al capitale minimo previsto dalla legge²;

ii) qualora la società intenda uscire dalla procedura di concordato in stato di liquidazione, sarà ammissibile anche se non riporta il patrimonio netto a valori superiori al capitale minimo legale, nei limiti del più generale tema delle operazioni coerenti con le finalità liquidatorie³. In tal caso,

² Si precisa che la falcidia concordataria è elemento normale, ma non necessario della proposta di concordato, potendo essa avere anche carattere soltanto dilatorio e non remissorio. Parimenti normale è la presenza di una riduzione del capitale, essendo difficilmente presentabile (ancorché non illegittima) una proposta di concordato che non preveda alcuna riduzione delle partecipazioni dei soci ed imponga l'intero sacrificio conseguente alla perdita ai creditori.

³ E' opinione oramai dominante che la possibilità di porre in essere operazioni straordinarie nell'ambito della liquidazione sia da valutare in concreto, in ragione della coerenza della specifica operazione: in questo senso l'aumento di capitale, incrementando le risorse della società a beneficio del soddisfacimento dei creditori, non pone particolari questioni inerente alla sua ammissibilità. Con specifico riferimento alla situazione del concordato preventivo, anzi, la suddetta valutazione è rafforzata dalla circostanza che le "nuove" risorse permettono un più cospicuo pagamento dei creditori.

evidentemente, se lo stato di liquidazione non sia ancora stato formalizzato nella fase anteriore, dovrà esserlo prima della delibera di aumento di capitale.

3) *Segue: la natura dell'operazione.*

La valutazione “sostanziale” dell’aumento di capitale (a differenza di altre operazioni straordinarie che presentano profili di rischio, come fusioni o scissioni, per l’impatto sul patrimonio sociale: si rimanda agli altri orientamenti presentati sul tema) porta a concludere che non vi siano rischi per la procedura e per i creditori ad essa interessati. Ciò principalmente per due ragioni:

i) non si ravvisa alcun pericolo di danno, trattandosi di operazione che per sua natura rafforza il patrimonio del debitore a disposizione dei creditori;

ii) non si “dispone” in alcun modo del patrimonio preesistente del debitore e quindi non si rende necessaria alcuna specifica autorizzazione. Confrontando una simile affermazione con gli artt. 161 e 167 l.f. è facile riscontrare che l’aumento di capitale non rientra né tra gli atti ivi espressamente previsti, né nel più ampio concetto di “straordinaria amministrazione”, che nell’ottica delle procedure concorsuali in genere deve intendersi come catalogo di atti dispositivi che possono incidere sul patrimonio sociale, potenzialmente riducendone il ruolo di garanzia o aggravando l’esposizione debitoria.

4) *Segue: la condizione sospensiva dell'aumento.*

Il tema delle condizioni cui è sottoposto l’aumento di capitale è di rilevante importanza nell’ottica del potenziale sottoscrittore, come anticipato nelle premesse: egli infatti potrebbe richiedere di “recuperare” quanto versato nelle casse sociali ove non intervenga l’omologazione, o potrebbe essere disposto a versare per effetto della sottoscrizione dell’aumento solo quando sia raggiunta la sicurezza dell’approvazione della procedura.

In primis occorre sgombrare il campo dall’ipotesi di un’operazione sul capitale condizionata risolutivamente, che non trova alcuna sponda favorevole nel dibattito dottrinale; al più, tale tecnica potrebbe essere utilizzata in materia di apporti non imputati a capitale.

L’ammissibilità invece di delibere modificative del capitale condizionate volontariamente e sospensivamente è un tema che ha fatto molto discutere la dottrina e sul quale, per quanto si registrino ancora posizioni variegata, va sempre più facendosi largo la soluzione positiva⁴. Tra l’altro, nel caso in esame, si tratterebbe di una “particolare” condizione sospensiva, evidentemente apposta

⁴ Sul tema, di recente, vedi M. Stella Richter jr, *La condizione e il termine nell’atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni modificative*, in STUDIO 50/2009 del C.N.N., ed ampiamente G.M. Plasmati, *La pubblicità delle delibere condizionate*, Milano, 2011, p. 51 ss., ove anche ampi riferimenti dottrinali.

volontariamente ma risolvendosi in un provvedimento giudiziale, all'interno di una procedura concorsuale avviata ai sensi della legge fallimentare.

Ove anche comunque si condividesse la soluzione più tradizionale data al problema, e quindi si intendesse costruire l'operazione di aumento senza il ricorso ad alcuna condizione sospensiva, sarebbe possibile strutturare la delibera con un termine finale per la sottoscrizione – *ex art. 2439 c.c.* – particolarmente ampio ed almeno idoneo a superare la presumibile data dell'omologazione del concordato preventivo. In tal caso sarebbe il negozio di sottoscrizione ad assumere il ruolo di strumento di salvaguardia del sottoscrittore: quest'ultimo, infatti, sottoscrivendo l'aumento del capitale dopo l'omologazione o, in alternativa, prima di essa ma apponendo alla sottoscrizione la – medesima – condizione sospensiva ritenuta non legittima quale clausola della deliberazione sociale di aumento, otterrebbe il risultato auspicato di non esporre il proprio esborso economico e la conseguente iniezione di liquidità nella casse sociali al rischio di un esito negativo della procedura in essere.

5) *Segue: i diritti di opzione.*

Una possibile sintesi del fascio di differenti interessi che ruota intorno alle operazioni di aumento del capitale in fase di concordato preventivo, per tutti i motivi sopra esposti, può essere trovata nella compressione/limitazione del diritto di opzione dei soci della società. I termini generali del dibattito sono un tema “classico” del diritto societario ed in questa sede preme solo di verificare se essi, in qualche modo, risentano della pendenza di una procedura, e di quella di concordato preventivo in particolare.

La conclusione a cui si ritiene di poter giungere è che non si registra alcuna “deviazione” rispetto al generale percorso di gestione dell'opzione dei soci in sede di aumento di capitale, e di aumento di capitale teso a ricapitalizzare la società in perdita in particolare, e quindi vi è una piena applicazione degli artt. 2446/7 per la s.p.a. e 2482 *bis/ter* per la s.r.l.: nessuna norma della legge fallimentare interviene sulle regole generali analogamente a quanto dispone l'art. 182 *sexies* – con riferimento agli obblighi di ricapitalizzazione – e soprattutto, anche quest'ultimo, ne sospende temporaneamente l'operatività ma non la modifica affatto; allorquando si voglia – o si debba – quindi ricapitalizzare scatterà l'“ordinaria” disciplina che permette una loro compressione, ma non soppressione.

Si deve peraltro dare atto di una tesi autorevole⁵ che propone una lettura profondamente differente della fase “concorsuale”: secondo tale impostazione la riorganizzazione della struttura finanziaria della società interessata alla procedura deve poter essere appannaggio della proposta

⁵ Vedi G. Ferri jr, *La struttura finanziaria della società in crisi*, in RDS, 2012, 477 ed ivi p. 482 ss..

“concordataria”, affidata al filtro del Tribunale con l’omologazione ed al voto dei creditori; tali presupposti giustificano l’eliminazione della competenza dei soci, e quindi la disapplicazione della disciplina ordinaria del diritto di opzione, legittimando una lettura estensiva degli artt. 124, comma 2, lett. c) e 160, comma 1, lett. a) l.f. e mantenendo in capo ad essi semplicemente il potere individuale di opposizione alla omologazione stessa del concordato.

6) *Gli apporti non imputati a capitale.*

L’opzione residuale si sostanzia negli apporti imputati non a capitale ma semplicemente a patrimonio (versamenti in conto capitale, a fondo perduto, a copertura perdite, siano essi in denaro od in natura), che possono sicuramente essere effettuati in qualsiasi momento e possono, nell’interesse dell’apportatore, essere condizionati sospensivamente al buon esito della procedura (e quindi all’omologazione): essi, nella visuale di quest’ultimo, sono quindi particolarmente appetibili in questa seconda forma, poiché permettono di iniettare risorse nella società solo a condizione che la procedura abbia un esito positivo (senza quindi rischiare la loro perdita definitiva). Per le medesime ragioni, peraltro, un apporto a patrimonio condizionato sospensivamente al buon esito della procedura non incrementa immediatamente, in senso tecnico, il netto della società e quindi, per quanto l’operazione possa essere giudicata “sicura”, appare di scarso interesse ed utilità.

Diverso è il caso degli apporti non condizionati, particolarmente rischiosi per chi li effettua in quanto la loro restituzione sarà comunque soggetta a postergazione assoluta – il rimborso rimarrà condizionato al preventivo pagamento di tutti i creditori nell’ordine di legge: prededucibili, prelatizi, chirografari, postergati –, e di quelli sottoposti a condizione risolutiva – si pensi ad esempio ai versamenti in conto futuro aumento di capitale – al verificarsi della quale sono destinati a transitare dal patrimonio netto (A) a debito (D) dello stato patrimoniale, con conseguente obbligo di rimborso in capo alla società: in quest’ultimo caso ove l’apportatore voglia garantirsi la prededuzione, e la conseguente *chance* di restituzione, non potrà che accedere alla disciplina di cui agli artt. 182 *quarter* o *quinquies* l.f., con i conseguenti passaggi procedurali.

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;

b) gli amministratori convochino senza indugio l'assemblea ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. (se si tratti di s.p.a.) e degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. (se si tratti di s.r.l.), e qualora questa non adotti uno dei provvedimenti rispettivamente previsti dagli artt. 2447 e 2482-ter, presentino una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis comma sesto;

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

(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, né può essere adottata, se non è oggetto di un apposito punto all'ordine del giorno, dall'assemblea che deliberi l'aumento di capitale ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2447 e 2482-ter, per l'ipotesi che il termine di sottoscrizione decorra senza esito.

(3) Con l'omologazione del concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis 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.

Motivazione

1. L'art. 182-sexies della legge fallimentare, introdotto con l. 7 agosto 2012, n. 134, ha previsto un'ipotesi di sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione previsti dalla normativa in materia di società per azioni e a responsabilità limitata, prevedendo altresì l'inoperatività della relativa causa di scioglimento prevista per la riduzione del capitale al di sotto del limite minimo di capitale previsto per tali società (art. 2484 n. 4 c.c.) e quella prevista per la perdita integrale del capitale nelle cooperative (art. 2545-duodecies c.c.). Tale sospensione opera allorché la società depositi una domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 160 ss. l. fall., una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis comma 1° l. fall. o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis comma 6° l. fall., che definiremo per

brevità “domande protettive”. Gli effetti dell’art. 182-sexies, per disposizione espressa, operano anche in caso di domanda di concordato “con riserva” o “in bianco”, cioè quella domanda con cui il debitore non deposita anche la proposta rivolta ai creditori, ma si limita a chiedere al tribunale l’assegnazione di un termine entro il quale depositare la proposta di concordato (supportata dalla relativa documentazione e dal piano) o un accordo di ristrutturazione dei debiti nel frattempo raggiunto con i creditori.

La legge ha così non soltanto codificato un orientamento che, del tutto ragionevolmente, giungeva alle medesime conclusioni in caso di deposito di una domanda di concordato preventivo da parte della società, ma lo ha esteso all’ipotesi in cui la società scelga un percorso meno invasivo quale quello – stragiudiziale ma “ad evidenza giudiziale” – dell’accordo di ristrutturazione dei debiti. La sospensione opera in tal caso non soltanto in caso di accordo già concluso e che la società sottoponga all’omologazione, ma anche in caso di accordo solamente proposto ai creditori, allorché la società, ai sensi dell’art. 182-bis comma 6° e seguenti, chieda al tribunale di proteggere il suo patrimonio in pendenza delle trattative.

La nuova normativa, nel risolvere un delicato problema di rapporti fra disciplina societaria e disciplina concorsuale, pone ulteriori quesiti, che necessitano di trovare risposta al fine di assicurare una corretta “gestione societaria”, particolarmente necessaria data la delicata fase che essa, per definizione, si trova ad attraversare.

2. In primo luogo è da notare che la normativa non sospende l’obbligo degli amministratori di convocare l’assemblea “senza indugio” al verificarsi della perdita del capitale sociale, obbligo di convocazione che – quanto alla società per azioni – trova fonte nell’art. 17 della Seconda direttiva CE in materia di società. Ne consegue che, qualunque sia la strada concretamente prescelta, gli amministratori, e in caso di loro inerzia gli organi di controllo, devono attivare la convocazione dell’assemblea.

In secondo luogo, la legge non crea alcuna area di irresponsabilità per gli amministratori, che continuano a rispondere della “conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale”. Al contrario, la norma li responsabilizza, perché aggiunge agli strumenti a loro disposizione per conseguire tale fine anche quelli di natura concorsuale in senso ampio o in senso stretto, quali sono, rispettivamente, l’accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo.

Il sistema, che certo non porta all’espropriazione dei soci, necessita dunque di essere correttamente ricostruito in relazione alle possibili scansioni temporali delle decisioni degli amministratori e dell’intervento dei soci, anche in relazione alle competenze che essi si siano eventualmente riservati ai sensi dell’art. 152 e 161 comma 4° l. fall. (competenza ad approvare “la proposta e le condizioni del concordato” preventivo)¹.

3. Si propone dunque la seguente ricostruzione:

a) gli amministratori possono presentare una delle tre tipologie di “domande protettive” anche prima della riunione dell’assemblea, che deve comunque essere convocata senza indugio (ferma peraltro la competenza dell’assemblea in relazione alla domanda di concordato nel caso in cui lo statuto la preveda *ex art. 152 l. fall. tale riserva*). L’urgenza di proteggere il patrimonio sociale può essere altissima, e gli amministratori potrebbero essere responsabili per non avere operato in tal senso. Nell’ipotesi in cui la successiva assemblea deliberasse di ricapitalizzare la società in misura sufficiente *a)* a ricostituire il capitale nella misura di legge e *b)* a ripristinare la

¹ Ci si può interrogare se, in caso di concordato “con riserva”, la delibera richiesta dal combinato disposto degli artt. 152 e 161 comma 4° l. fall. debba essere adottata dal competente organo in occasione della presentazione della domanda o in occasione della successiva presentazione della proposta, nel termine assegnato dal tribunale. Le due norme non sono state aggiornate in relazione a questa nuova possibilità concessa al debitore. Nel dubbio, ed essendo incongruo che la legge richieda al debitore di espletare due volte le formalità di cui all’art. 152 l. fall., è da ritenere che esse debbano essere adottate in occasione della presentazione della domanda “con riserva”, che fa scattare conseguenze immediate, rilevanti e potenzialmente gravi per la società, ai sensi dei commi 7 e seguenti dell’art. 161 (e v. l’Orientamento in tema di Delibera che approva la domanda di concordato “con riserva” *ex art. 161, VI comma l.fall.*)

solvibilità, e tale aumento venisse quindi sottoscritto nei tempi di legge, lo strumento concorsuale adito potrebbe rivelarsi inutile, e la società potrebbe revocare la relativa domanda;

b) gli amministratori possono altresì depositare una delle tre tipologie di “domande protettive” dopo che l’assemblea convocata per la ricapitalizzazione non abbia deliberato in tal senso, né abbia adottato uno degli “opportuni provvedimenti”.

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

La causa di scioglimento non opera tanto nel caso in cui gli amministratori presentino la domanda “protettiva” prima della riunione dell’assemblea (Massima 1), tanto nei casi in cui essi la presentino dopo tale riunione, qualora l’assemblea non abbia ricapitalizzato (Massima 2) o dopo l’inutile spirare del termine della ricapitalizzazione (Massima 3, cui è da assimilare l’ipotesi, che verrà discussa più avanti, di presentazione della domanda *nonostante* l’adozione di una deliberazione di ricapitalizzazione).

In questi ultimi due casi, la causa di scioglimento si sarebbe già verificata, ma essa non può operare in quanto il diritto fallimentare “congela” temporaneamente le regole societarie (secondo periodo del primo comma dell’art. 182-sexies). Si precisa che l’effetto sospensivo si produce quale che sia l’intervallo fra il momento in cui l’assemblea si è riunita o il termine della ricapitalizzazione è spirato e la presentazione della domanda. Naturalmente, poiché la legge fa salva la responsabilità degli amministratori *ex art.* 2486 c.c. per tutto il periodo anteriore alla presentazione della domanda “protettiva”, sarà interesse degli amministratori presentare tale domanda nei tempi più stretti possibile (cosa che sono oggi agevolati a fare data la possibilità di presentare la domanda di concordato “con riserva”, ai sensi dell’art. 161 comma 6° l. fall.). In tali circostanze, essendosi verificata la causa di scioglimento, può infatti emergere anche un profilo di responsabilità degli amministratori ai sensi del primo comma dell’art. 2485 c.c. qualora essi ritardino la presentazione della domanda della domanda “protettiva”, responsabilità che il legislatore non ha espressamente fatto salva in quanto non si può nemmeno in astratto dubitare che la presentazione (in ipotesi, tardiva) della domanda “protettiva” possa farla venir meno.

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

Se gli amministratori sono competenti alla presentazione della domanda di concordato, come è la regola ai sensi dell’art. 152 l. fall., l’assemblea convocata ai sensi dell’art. 2446 o dell’art. 2482-bis c.c. non deve deliberare sul punto, potendo limitarsi, se del caso, a prendere atto della avvenuta presentazione della domanda di concordato o della intenzione degli amministratori di presentarla. In tal caso, in relazione alla presentazione della domanda di concordato il problema dell’ordine del giorno non si pone.

La questione è più complessa allorché, come l’art. 152 l. fall. consente, i soci si siano riservati nello statuto la decisione circa la presentazione della domanda di concordato. In tal caso:

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

b) poiché è dubbio se la decisione di presentare una domanda di concordato preventivo possa essere considerata uno degli “opportuni provvedimenti” di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter* (rispettivamente per la s.p.a. e la s.r.l.), sembra da escludere che l’assemblea genericamente convocata ai sensi delle suddette norme possa legittimamente deliberare in tal senso in assenza di un’espressa previsione di tale materia nell’ordine del giorno;

c) per lo stesso motivo, qualora l’assemblea deliberi un aumento di capitale a copertura delle perdite, la decisione di presentare una domanda di concordato preventivo in conseguenza della mancata esecuzione dell’aumento non può essere adottata se non è prevista all’ordine del giorno, trattandosi di deliberazione autonoma e non di una mera conseguenza della mancata ricapitalizzazione.

Le constatazioni che precedono suggeriscono particolare cautela nell'introduzione di una clausola di riserva ai soci della decisione sulla presentazione della domanda di concordato. Tale riserva, infatti, può rendere più difficile ottenere la protezione del patrimonio sociale in casi di urgenza. In presenza di tale riserva, dunque, gli amministratori potranno prevedere all'ordine del giorno dell'assemblea eventualmente convocata per la ricapitalizzazione anche la proposta di presentazione di una domanda "protettiva", onde evitare il prodursi di possibili responsabilità *ex art.* 2485 c.c.

5. In relazione all'intervento richiestogli, ai sensi dell'art. 152 l. fall., in caso di presentazione di una domanda di concordato, si deve notare che il notaio non deve vagliare l'idoneità dello strumento al superamento della crisi e/o alla ricostituzione del capitale. Ciò a differenza di quanto gli è richiesto di fare in caso di ricapitalizzazione. Ciò per due autonomi motivi:

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

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

6. Quanto alle regole di gestione e alle responsabilità degli amministratori, si precisa infine che essi (ferma restando l'eventuale competenza dei soci *ex art.* 152 l. fall. in relazione alla domanda di concordato) possono legittimamente depositare una delle tre domande "esonervative" nonostante che l'assemblea abbia deliberato la ricapitalizzazione della società, quando essi, responsabili ai sensi dell'art. 2486 c.c., ritengano che tale ricapitalizzazione non abbia concrete possibilità di esecuzione o abbia tempi di esecuzione non compatibili con la necessità di conservare l'integrità o il valore del patrimonio sociale. Ciò che ovviamente non possono fare allorché lo statuto preveda una competenza assembleare *ex art.* 152 l. fall. in relazione alla domanda di concordato, circostanza questa che suggerisce particolare cautela nell'inserire nello statuto previsioni siffatte.

Si precisa infine che l'art. 182-*sexies* l. fall. fa salva l'applicazione, e dunque la responsabilità, di cui all'art. 2486 c.c. "per il periodo anteriore al deposito delle domande" che fanno scattare la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione (le "domande protettive"). Ciò in difformità rispetto alla ricostruzione prevalente per l'ipotesi della ricapitalizzazione, che se completata fa venir meno *ex tunc* le conseguenze del verificarsi della perdita del capitale sociale. In questo caso, infatti, la società non viene ricapitalizzata, e la presentazione di una domanda "protettiva", pur potendo costituire la condotta più ragionevole per la tutela degli stessi creditori, costituisce altresì il momento in cui viene a concretizzarsi (con il concordato o con l'accordo di ristrutturazione) la perdita che essi hanno ormai subito. La diversità del trattamento delle due ipotesi, dunque, appare giustificata dalla diversità di esiti per i creditori.

Per il periodo successivo alla presentazione di una domanda "protettiva" la responsabilità degli amministratori pare ricostruibile come segue:

- in pendenza di concordato preventivo i criteri di gestione del patrimonio sociale sono dettati dalle scadenze e dalle regole della procedura, sì che una responsabilità degli amministratori può sorgere non in conseguenza della mera gestione di una società con un patrimonio netto inferiore al minimo legale, ma in conseguenza di una gestione che violi le regole del concordato e che non sia nell'interesse dei creditori che la procedura mira a proteggere. Tale responsabilità potrebbe emergere in caso di chiusura del concordato senza una omologazione (per mancata ammissione alla procedura, revoca dell'ammissione, mancata approvazione della proposta di concordato o mancata omologazione);

- in pendenza di proposta di accordo di ristrutturazione o di domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione non sono espressamente previsti criteri generali cui la gestione degli

amministratori debba ispirarsi, ma sembra logico che essi debbano operare nell'interesse (anche) dei creditori e in conformità con il piano che hanno adottato di concerto con i principali creditori o che hanno loro proposto (piano che può prevedere anche azioni incisive, se ragionevoli e nell'interesse dei creditori, e che non necessariamente ha carattere meramente conservativo).

FUSIONE E CONCORDATO PREVENTIVO

1. E' legittima la fusione di società in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo, come desumibile dalle disposizioni degli artt. 2501 c.c. e 160 e 186 bis l. fall.

2. Gli effetti giuridici della fusione – sul piano societario ed organizzativo - derivano unicamente dalla stipula e successiva iscrizione dell'atto di fusione. Pertanto, anche se la società ha depositato una domanda di concordato preventivo:

a) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura l'approvazione e il deposito del progetto di fusione da parte dell'organo amministrativo;

b) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura la deliberazione che approva il progetto di fusione, condizionando la eseguibilità dell'atto di fusione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista.

3. Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale, né la partecipazione del commissario giudiziale (o di altro soggetto cui venga affidata l'esecuzione del concordato), la stipulazione dell'atto di fusione di una società per la quale è stato omologato un concordato preventivo.

Peraltro, in tal caso:

a) resta fermo il dovere di vigilanza *ex art. 185 l. fall.* del commissario giudiziale sull'esecuzione del concordato, che, qualora la fusione sia prevista dal piano di concordato, investirà la conformità della stessa alle previsioni del concordato approvato e omologato;

b) sono salve le diverse disposizioni o autorizzazioni eventualmente previste dal decreto di omologazione del concordato.

4. Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale la deliberazione che approva il progetto di fusione senza condizionarlo all'omologazione del concordato, ma la stipulazione del relativo atto prima dell'omologazione deve essere autorizzata dal tribunale *ex art. 161 comma 7° l. fall.* o dal giudice delegato *ex art. 167 l. fall.*, a seconda che la stipulazione medesima avvenga prima o dopo l'ammissione della società alla procedura.

1. La riorganizzazione dell'impresa in funzione dell'esecuzione di un concordato preventivo può essere realizzata anche mediante fusione della società in crisi, in una qualsiasi delle sue forme note.

La disponibilità dell'istituto allo scopo è oggi avvalorata dalla soppressione del divieto originariamente contenuto nell'art. 2501, secondo comma c.c.; la sua coerenza con la procedura concordataria si desume in primo luogo, dall'art.160, primo comma, l.fall. (laddove consente di promuovere “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, anche mediante ... operazioni straordinarie”); in secondo luogo dall'art.186 bis l.fall, poiché la fusione è funzionalmente fondata, ai sensi dell'art.2504 bis c.c., sul rispetto del principio di

continuità e consente, al contempo, di conseguire risultati allocativi delle risorse patrimoniali non dissimili da quelli testualmente prefigurati nello stesso art.186 bis l.fall..

La sostanziale equivalenza procedimentale di fusione e scissione (scansione del procedimento nelle tre fasi: progetto; approvazione del progetto; atto conclusivo) e la conseguente identità del fatto che completa entrambe le fattispecie, dall'avvenimento del quale decorrono gli effetti organizzativi e patrimoniali (pubblicità dell'atto finale ex art.2504 bis secondo comma c.c. ed ex art.2506 quater c.c.), consentono di pervenire a risultati interpretativi non dissimili in punto di coordinamento fra disciplina dell'operazione straordinaria e disciplina concordataria, e quindi di estendere alla fusione gli orientamenti già assunti in merito alla scissione di società in concordato preventivo.

2. Alla luce dei dati normativi richiamati (artt.160 e 186 bis l.fall.), il caso oggetto di analisi è, innanzitutto, quello della fusione espressamente contemplata nel piano ex art.161, comma secondo, lett. e) l.fall., come "modalità di adempimento della proposta" di concordato, sottoposta al vaglio del ceto creditorio.

Come per la scissione, la questione è quella della possibile ricorrenza di profili di interferenza della disciplina contenuta nella Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n.267) sul regime ordinario della fusione, di cui agli artt.2501 e ss. c.c..

Si ritiene che, anche nella circostanza, l'analisi della questione esposta possa utilmente fondarsi su alcune premesse, così sintetizzabili:

a) la fusione determina la compenetrazione di patrimoni aziendali che si sommano algebricamente tra loro e, per tale motivo, è suscettibile di modificare in senso peggiorativo il rischio dei creditori della società in concordato preventivo, perché destinati a subire il concorso dei creditori delle altre società partecipanti alla medesima fusione;

b) il pregiudizio potenziale presuppone, ovviamente, l'efficacia della fusione, e quindi sorge solo a seguito della stipulazione dell'atto di fusione e della sua pubblicità nel registro delle imprese a mente dell'art.2504 bis secondo comma c.c.; di contro, la mera predisposizione e pubblicazione del progetto ad opera dell'organo amministrativo della società in concordato preventivo e finanche la sua approvazione da parte dell'organo competente (assemblea dei soci o organo amministrativo, in ragione del modello di fusione progettato e delle scelte statutarie) esauriscono la loro valenza sul piano endoprocedimentale, e come tali sono incapaci di produrre effetti anche solo potenzialmente dannosi sul piano patrimoniale;

c) la disciplina della procedura di concordato preventivo contiene alcune regole rilevanti sul piano dell'azione amministrativa dell'organo gestionale della società, poiché

i) dalla data di presentazione del ricorso con cui si domanda (anche “in bianco”) l’ammissione alla procedura di concordato preventivo e fino al decreto di cui all’art.163 l.fall., il compimento di atti di straordinaria amministrazione deve essere autorizzato dal tribunale, ai sensi dell’art.161, settimo comma l.fall.;

ii) successivamente al decreto di ammissione alla procedura (ex art.163 l.fall.) il compimento degli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione deve essere autorizzato dal giudice delegato, ai sensi dell’art.167 l.fall.;

iii) successivamente all’omologazione del concordato preventivo ex art.180 l.fall., sebbene la procedura si chiuda (art.181 l.fall.) e l’organo amministrativo si riappropri del pieno potere di amministrazione della società, permane il potere di vigilanza del commissario giudiziale, istituzionalmente deputato alla verifica dell’adempimento dei patti e delle obbligazioni concordatarie (art.185 l.fall.).

E’ intuitivo che la ragione di tali disposizioni sia da individuare in un’istanza di tutela del ceto creditorio.

La soluzione alla questione della possibile interferenza delle norme della disciplina del concordato preventivo da ultimo citate (artt.161, settimo comma; 167; 185 l.fall.) sul regime ordinario della fusione, e quindi della loro potenziale rilevanza ai fini del controllo di legittimità svolto da notaio, deve essere cercata incrociando la *ratio* delle norme richiamate della legge fallimentare e gli effetti patrimoniali della fusione.

3. E’ facile immaginare che nella maggior parte dei casi il piano rinverrà l’integrale attuazione della fusione alla fase successiva all’omologazione del concordato.

Con il decreto di omologa la procedura di concordato preventivo si chiude, a mente dell’art.181 l.fall., e l’organo amministrativo della società ritorna nella pienezza dei suoi poteri dispositivi del patrimonio sociale; l’eventuale inadempimento degli obblighi assunti nei confronti del ceto creditorio determina esclusivamente la risoluzione del concordato, purché di non scarsa importanza, ai sensi dell’art.186 l.fall..

Pertanto, coinvolgendo una società tornata *in bonis*, la fusione verrà attuata secondo le ordinarie regole procedurali (anche in punto di legittimazione alla sottoscrizione del progetto e dell’atto di fusione) e senza necessità di alcuna autorizzazione preventiva, se non quelle che siano state eventualmente previste in modo espresso dal decreto di omologazione.

Il controllo sulla conformità della fusione agli accordi concordatari omologati spetterà, in mancanza dunque di ulteriori cautele disposte nel decreto di omologazione, al solo commissario giudiziale, e per lo più si ridurrà all’accertamento della previsione dell’operazione nel piano concordatario anche

sotto il profilo della tempistica attuativa (a differenza di quanto potrebbe essere richiesto al medesimo commissario, in sede ispettiva, in caso di scissione, opera che presuppone una selezione degli elementi patrimoniali da assegnare, con maggior rischio di distrazione) e della permanenza delle condizioni patrimoniali inizialmente previste in tutte le società partecipanti onde evitare che la compenetrazione dei loro patrimoni eventualmente depauperati possa rappresentare un danno per i creditori e pregiudicare l'attuazione del concordato stesso .

Eventuali rilevati mossi dallo stesso commissario non sono tuttavia capaci di riflettersi sulla legittimità del procedimento di fusione e quindi sulla validità della delibera di approvazione del progetto, che sarà iscrivibile nel registro delle imprese; la tutela del ceto creditorio è nella circostanza affidata non solo al rimedio della risoluzione del concordato ai sensi all'art.186 l.fall., qualora ne ricorrano le condizioni, ma anche al diritto di opposizione ai sensi dell'art.2503 c.c., che si deve ritenere spettante a tutti i creditori sociali qualora la fusione non sia rispettosa del concordato (a differenza di quanto si può ammettere in caso di conformità della fusione al concordato omologato; sulla questione si rinvia alle considerazioni svolte nell'orientamento in tema di scissione di società e concordato preventivo e riprodotte nel successivo paragrafo 6).

4. Può accadere che l'organo amministrativo della società preferisca anticipare l'avvio del procedimento di fusione, pur volendo condizionarne gli effetti all'omologazione del concordato, al cui adempimento resta strumentale.

Anche nella circostanza si tratterà dunque di fusione necessariamente prevista nel piano presentato ai sensi dell'art.161 secondo comma lett.e) L.fall., connotata dal fatto che il procedimento è avviato prima dell'omologazione.

In particolare, l'avvio del procedimento, con la pubblicazione del progetto e l'approvazione dello stesso da parte dell'organo competente, potrà precedere la presentazione della domanda di ammissione alla procedura concorsuale; oppure seguire il deposito della domanda, pur precedendo l'omologazione.

In entrambi i casi risulta opportuno, se non addirittura auspicabile, "condizionare" l'esecuzione della deliberazione di approvazione del progetto di fusione all'omologazione del concordato, e più precisamente legittimare espressamente il legale rappresentante della società alla stipula dell'atto di fusione solo a condizione che il concordato sia omologato ex art.181 l.fall., anche se non in via definitiva, in quanto immediatamente efficace pur se reclamabile ai sensi dell'art.183 l.fall. (per una più diffusa argomentazione si rinvia all'orientamento su "scissione e concordato preventivo" in particolare al paragrafo 3).

A tal fine sembra sufficiente, limitarsi a “condizionare” l’esecuzione della deliberazione di approvazione del progetto di fusione, nel senso di autorizzare il legale rappresentante alla stipula dell’atto di fusione solo qualora sia omologato il concordato, piuttosto che apporre una condizione sospensiva all’atto finale, per non interferire direttamente sugli effetti della fusione come definiti normativamente.

Adottando tale soluzione, si dovrebbe procedere alla stipula dell’atto finale soltanto a concordato omologato e precisamente in sede di esecuzione del concordato medesimo, così da minimizzare il rischio di incertezze e di sopravvenienze, sul piano dei rapporti fra procedura concorsuale e operazione straordinaria, avendo conseguito il duplice risultato di aver “vincolato” la maggioranza assembleare all’esito positivo del procedimento di approvazione della proposta di concordato e di aver contenuto in ambito endo-procedimentale (concorsuale) il predetto fattore di incertezza, in modo da non pregiudicare l’affidamento dei terzi.

Coerentemente, la mancata stipulazione della fusione rappresenterebbe causa di risoluzione del concordato, senza peraltro determinare ripercussioni organizzative di sorta, data la conservazione dell’assetto societario preesistente.

In tale fase la disciplina del procedimento di fusione è quella ordinaria, e si devono ritenere applicabili anche le semplificazioni normativamente ammesse.

Ragionando sul piano della mera opportunità, e non su quello della legittimità, sembrano peraltro non trascurabili alcune accortezze.

Nella prospettiva proposta e analogamente a quanto esposto in tema di scissione, il progetto di fusione dovrebbe contenere – fatte salve le più analitiche illustrazioni e giustificazioni da fornirsi nella relazione *ex art. 2501 quinquies c.c.*, opportunamente (anche se non necessariamente) redatta – un preciso riferimento alla strumentalità dell’operazione rispetto al concordato della società in crisi o insolvente e agli obiettivi imprenditoriali e/o finanziari delle società partecipanti. L’illustrazione del programma concordatario, del ruolo che in esso gioca la fusione e della giustificazione di questa sul piano economico, finanziario e industriale, risultano particolarmente necessari per i soci della società in crisi, se si tiene conto che la competenza ad approvare la proposta di concordato è rimessa, in via di principio e salvo diversa disposizione statutaria, all’organo amministrativo. Infatti, tenuto conto della formulazione vigente dell’art. 152, secondo comma, l. fall., i soci della società in crisi potrebbero apprendere direttamente dal progetto di fusione della peculiare operazione concordataria programmata.

Oltre alla funzione programmatica e informativa il progetto di fusione gioca un ruolo determinante ai fini della individuazione delle conseguenze sul piano patrimoniale della compenetrazione delle

realta' aziendali delle societa' coinvolte e della idoneita' del'entita' risultante dalla fusione a portare ad esecuzione il concordato.

Una volta omologato il concordato, potrà essere stipulato l'atto di fusione.

Sembra peraltro necessario che il notaio accerti da un lato che il piano di concordato preveda la fusione già deliberata fra le condizioni di attuazione e dall'altro che sia sopraggiunta l'omologazione di quel piano, con decreto emesso dal Tribunale ai sensi dell'art.180 l.fall.

Qualora la delibera di approvazione del progetto di fusione preceda anche il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, va da sé che gli amministratori non dovranno munirsi di alcuna autorizzazione preventiva, non essendo ancora aperta la procedura.

Qualche dubbio in merito potrebbe sorgere qualora la domanda sia già stata presentata.

Infatti, come già ricordato, una volta depositata la domanda, il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore è soggetto ad autorizzazione giudiziale: del Tribunale, prima che sia emanato il decreto di ammissione al concordato preventivo; del Giudice Delegato, successivamente all'ammissione.

Non vi è dubbio che la fusione della società in concordato preventivo, per le innegabili conseguenze che è foriera di generare sul piano della tutela dei creditori, è da ascrivere al novero di quelle di natura straordinaria, tale dunque da pretendere il placet giudiziale. Rinviando ancora alle premesse, giova tuttavia rammentare che ogni effetto consegue solo all'iscrizione (e quindi alla stipula) dell'atto di fusione.

Ne deriva che se quella stessa fusione, come progettata ed approvata dai soci, è prevista espressamente nel piano presentato ai sensi dell'art.161 l.fall. e la stipulazione dell'atto finale è condizionata all'omologazione del concordato preventivo, non ricorrono i presupposti che giustificano la preventiva autorizzazione giudiziale (del Tribunale o del Giudice Delegato), di cui non ci si dovrà dunque munire nemmeno per pubblicizzare il progetto di fusione, perché non può determinarsi alcun effetto anche solo potenzialmente pregiudizievole per il ceto creditorio.

Dunque, la delibera di approvazione del progetto di fusione ad esecuzione "condizionata" all'omologazione del concordato preventivo potrà essere legittimamente assunta anche successivamente al deposito della domanda di cui all'art.161 l.fall. - ed iscritta nel registro delle imprese (*ex art.2436 c.c.*) - senza necessità della preventiva autorizzazione del Tribunale di cui all'art.161, settimo comma, l.fall., o di quella del Giudice Delegato di cui all'art.167, secondo comma, l.fall.,

5. Alla stregua delle premesse poste, qualora successivamente al deposito della domanda di concordato, ma prima dell'omologazione, si intenda stipulare un atto di fusione della società in concordato preventivo ad efficacia non "condizionata" all'omologazione, e quindi ad efficacia immediata, si ritiene necessario munirsi:

a) dell'autorizzazione del Tribunale ex art.161 comma 7 l.fall., fino al decreto di cui all'art.163 l.fall.;

b) del Giudice Delegato ex art.167 l.fall., successivamente all'ammissione alla procedura.

In tal caso, agli effetti della fusione, la situazione patrimoniale della società in concordato preventivo non potrà tener conto della falcidia concordataria dei debiti sociali, in quanto il concordato non è stato ancora né approvato dai creditori ex art.177 l.fall., né omologato dal Tribunale ex art.180 l.fall..

Per coerenza alle premesse, la pubblicazione del progetto di fusione (non condizionata all'omologazione del concordato preventivo) e la sua approvazione, anche prima dell'omologazione del concordato preventivo, non richiedono alcuna autorizzazione, in quanto incapaci di produrre effetti sul patrimonio sociale, come più volte rimarcato.

6. La necessità di un coordinamento fra la disciplina legale della fusione e le regole in tema di approvazione della proposta di concordato sembra emergere con particolare evidenza rispetto all'istituto dell'opposizione dei creditori previsto nell'art. 2503 c.c.

Infatti, ai sensi dell'art.177, primo comma, l.fall., "il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi".

Qualora la fusione sia contemplata come modalità attuativa di una proposta di concordato approvata dai creditori ed omologata, il riconoscimento di un diritto individuale di opposizione ex art. 2503 c.c. finirebbe per frustrare la scelta legislativa di subordinare le soluzioni negoziate della crisi alla volontà della maggioranza dei creditori, sotto il controllo del tribunale.

Sembra pertanto coerente concludere nel senso che, qualora la fusione sia prevista come modalità di attuazione del concordato, i creditori di cui all'art.184 l.fall. della società in crisi sono privati del diritto individuale di opposizione di cui all'art.2503 c.c. e devono ricorrere al rimedio endo-concorsuale dell'opposizione di cui all'art.180, secondo comma, l.fall., da considerarsi "assorbente" di ogni altra tutela.

Sotto il profilo sistematico la proposta interpretativa, già avanzata da parte della dottrina, sembra trovare conforto nello speciale regime previsto per quella particolare categoria di creditori che sono

gli “obbligazionisti”, costituenti a loro volta una sorta di “comunità accidentale”. Al fine di favorire le scelte gestionali ed organizzative della società, l’art. 2503 *bis* c.c. esclude che gli obbligazionisti possano proporre opposizione, se la stessa è stata approvata a maggioranza dalla loro “assemblea”: la presenza di un’organizzazione interna a tale categoria e la sua competenza a deliberare in ordine a tutti gli argomenti di interesse comune costituiscono infatti il fondamento e la giustificazione della scelta di sacrificare la volontà individuale.

Orbene, ponendosi nella medesima linea, si può rilevare che la sola pubblicazione della domanda di concordato preventivo, anche “in bianco”, nel registro delle imprese genera, fra l’altro, la conseguenza di: (i) imporre ai creditori una comunanza di interessi, giacché nessuno di loro può aggredire individualmente il patrimonio sociale; (ii) creare un’organizzazione per la soluzione dei conflitti di interesse che possono sorgere fra di essi, stante l’eterogeneità di posizioni di cui sono portatori.

Si potrebbe quindi sostenere ragionevolmente che, se la fusione è prevista come parte integrante della proposta di concordato, i creditori di cui all’art.184 l.fall. non possono proporre opposizione *ex art.* 2503 c.c., ma soltanto opporsi all’omologazione del concordato stesso, ricorrendone le condizioni.

Laddove, invece, il procedimento di fusione non fosse stato avviato (o anche compiuto) sotto condizione dell’omologazione del concordato, secondo uno degli schemi operativi illustrati, il diritto di opposizione *ex art.* 2503 c.c. dei singoli creditori risulterebbe insopprimibile.

Inoltre, resta in ogni caso intangibile il diritto di opposizione individuale dei creditori diversi da quelli indicati nell’art.184 l.fall., sempreché, ovviamente, le loro ragioni di credito siano sorte anteriormente all’iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese.

Infine, la soluzione prospettata non potrebbe interessare neppure i creditori di altre eventuali società partecipanti alla fusione, i cui diritti non possono certamente essere ridotti o compromessi dall’applicazione della disciplina fallimentare; costoro resterebbero liberi di opporsi individualmente, determinando così il rischio di una, forse decisiva, paralisi del procedimento.

Il rischio di opposizione individuale potrebbe essere alquanto attenuato tramite la scelta di avviare il procedimento di fusione prima della presentazione della domanda di concordato, anche “in bianco”, o subito dopo, secondo gli schemi in precedenza ipotizzati, condizionandone l’attuazione all’omologazione del concordato stesso.

In tal modo sarà possibile avvalersi del termine che il tribunale deve concedere ai sensi dell’art.161, sesto comma l.fall., compreso fra i sessanta ed i centoventi giorni, per verificare la ricorrenza o meno di opposizioni alla fusione proposte dai creditori delle altre società partecipanti alla fusione.

Il fatto che anche la delibera di approvazione del progetto di fusione sia inevitabilmente “condizionata” all’omologazione del concordato della società in crisi (anche per le altre società coinvolte nella fusione, poiché il progetto è unico) non determina un differimento della decorrenza del termine di opposizione al verificarsi della condizione, in ragione della carenza nel frattempo dell’interesse processuale a coltivare l’opposizione, poiché:

- a) da un lato, tecnicamente non è la delibera che ha ad oggetto l’approvazione del progetto ad essere condizionata -che anzi è immediatamente efficace- ma l’esecuzione della stessa, come più volte ribadito, essendo più propriamente qualificabile la “condizione” come limite alla legittimazione del legale rappresentante alla stipulazione dell’atto di scissione;
- b) dall’altro, in nessun caso è certo che il procedimento di fusione (come quello di scissione) a cui il creditore è chiamato ad opporsi vada a buon fine, sia a causa dell’opposizione vittoriosa di uno qualsiasi dei creditori, sia in ragione del sopravvenuto venir meno dell’interesse della società coinvolta a proseguire nell’operazione; dunque, qualora il procedimento di fusione non sia portato a termine, anche per mancata omologazione del concordato preventivo, cesserà la materia del contendere rispetto all’opposizione instaurata;
- c) infine, risultano legittimati all’opposizione anche i creditori con diritto derivante da titolo condizionato, e quindi *incertus nell’an*; l’opposizione è rimedio fruttuosamente esperibile anche in situazioni di incertezza giuridica.

Il problema della decorrenza del termine di opposizione potrebbe essere riproposto da altra prospettiva.

Potrebbe accadere che il contenuto patrimoniale del progetto di fusione sia fatto dipendere dall’esito della procedura concordataria, nel senso che gli elementi costituenti il patrimonio post fusione della società incorporante o risultante dalla fusione dipendano, nella quantificazione indicata, dalle condizioni alle quali si perfeziona l’accordo concordatario.

In tal caso si potrebbe sospettare che il Tribunale chiamato a decidere sull’opposizione non sia effettivamente in grado di risolvere il conflitto di interessi per l’incertezza che avvolge, sotto il profilo indicato, tali dati patrimoniali, fattispecie assimilabile ad una scissione a favore di beneficiaria preesistente, nella quale il danno per i creditori deriva proprio dalla confusione dei patrimoni delle società partecipanti.

Non sembra tuttavia che la potenziale obiezione possa essere condivisa poiché, se non si verificano le condizioni patrimoniali indicate nel progetto, gli amministratori (anche delle altre società partecipanti) non potranno stipulare l’atto di fusione, per carenza di legittimazione: ne consegue che il tribunale dovrà valutare per decidere sull’opposizione unicamente i dati patrimoniali esposti nel progetto e pertanto non sembra sussistere alcuna ragione, anche sotto

tale profilo, per rinviare la decorrenza del termine per proporre opposizione alla fusione ex art.2503 c.c. da parte dei creditori legittimati.

Trasformazione di società fallita

(1) *E' legittima la decisione di trasformazione di una società dichiarata fallita nei limiti di compatibilità con la finalità e lo stato della procedura sanciti dall'art. 2499 c.c. .*

(2) *La decisione di trasformazione deve essere preventivamente autorizzata con decreto del Tribunale Fallimentare ai sensi degli artt. 23 e 24 L.F., espressione della competenza generale sulla procedura propria di tale organo, ai fini della preventiva valutazione di compatibilità ai sensi dell'art. 2499 c.c.*

(3) *Nelle società di capitali la dichiarazione di fallimento non determina ex se lo scioglimento della società né la decadenza degli organi sociali i quali mantengono le rispettive prerogative pur con il filtro della compatibilità con le regole della procedura fallimentare. Sicché la convocazione dell'assemblea e la redazione della relazione ex art. 2500 sexies c.c. restano di competenza dell'organo amministrativo (e non del curatore) e la decisione sulla trasformazione è adottata dalla assemblea dei soci.*

(4) *La Società per Azioni fallita che si trovi in stato di liquidazione può trasformarsi in società a responsabilità limitata, senza il ripianamento delle eventuali perdite e la ricapitalizzazione della società.*

(5) *Considerato che, a seguito della dichiarazione di fallimento, il patrimonio sociale è indisponibile per gli organi sociali e destinato alla soddisfazione dei creditori, in caso di esercizio del diritto di recesso da parte dei soci non consenzienti alla delibera di trasformazione: i) il valore della partecipazione è determinato in conformità agli articoli 2437-bis (per le Spa) e 2473 (per le Srl) c.c. alla data del recesso e dunque tiene conto del presumibile eccesso di debiti rispetto all'attivo; ii) anche qualora il valore determinato nell'ambito del procedimento di liquidazione dagli amministratori fosse positivo e, ex artt. 2437-bis e 2473 c.c., non si addivenga all'acquisto da parte di altro socio o di un terzo, non è comunque possibile procedere al rimborso della partecipazione se non dopo la chiusura del fallimento, e comunque applicandosi la disciplina ordinaria.*

Motivazione

Ai sensi dell'art. 2499 c.c. è legittima la trasformazione della società in pendenza di procedura concorsuale, compreso dunque il fallimento. La norma pone due limiti all'operazione: che non sia incompatibile con le finalità della procedura e con lo stato della stessa, valutazione questa che si rivolge prevalentemente alla circostanza che lo stato della procedura non sia eccessivamente avanzato o prossimo alla conclusione, tale così da impedire alla trasformazione di realizzare interessi meritevoli di tutela.

Si tratta di limiti flessibili e astratti che richiedono una valutazione di merito, da effettuare caso per caso in relazione alle concrete modalità attuative dell'operazione, alle peculiari situazioni in cui la società si trova, alle contingenze di mercato e agli interessi dei creditori e dei terzi coinvolti.

La competenza ad effettuare tali giudizi di compatibilità è rimessa agli organi procedura, variamente articolati a seconda del tipo (e della fase) della stessa, e non al Notaio al quale il sistema dei controlli delineato dal legislatore (sia in sede di atto costitutivo, art. 2330 c.c., che in sede di delibere modificative dello stesso, art. 2436 c.c.) assegna una verifica di legalità formale e sostanziale e non di merito.

Ammessa in astratto la legittimità dell'operazione di trasformazione della società fallita, il secondo punto della Massima si confronta con il problema delle competenze.

Si ritiene che l'organo della procedura competente a verificare in concreto e a dare conto della compatibilità ex art. 2499 c.c. sia rappresentato dal Tribunale fallimentare. Tale organo è infatti investito della competenza sull'intera procedura in conformità a quanto previsto dall'art. 23 L.F e, ai sensi dell'art. 24 L.F., conosce tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore.

Il provvedimento autorizzativo rilasciato dal Tribunale assurge a presupposto necessario per la legittima adozione della delibera di trasformazione giacché concretizza il positivo vaglio di compatibilità richiesto dalla legge (art. 2499 c.c.), e dovrà risultare dalla delibera stessa mediante richiamo e/o allegazione.

Il punto 3 della Massima risolve la questione dell'articolazione delle competenze tra organi sociali e organi della procedura, alla luce di un coordinamento tra regole societarie (legali e statutarie) e regole della procedura fallimentare stessa.

Le soluzioni adottate poggiano su una considerazione di fondo e cioè che la dichiarazione di fallimento delle società di capitali non è di per sé causa di scioglimento della società né determina la decadenza degli organi sociali. Si tratta di un principio voluto dal legislatore della riforma del 2003 e che si trae dalla lettura dell'art. 2484 c.c., norma che, tra le cause di scioglimento, non annovera più la dichiarazione di fallimento per le società che abbiano per oggetto un'attività commerciale.

Per effetto del fallimento e in pendenza della procedura le sorti del patrimonio sociale – destinato alla soddisfazione dei creditori – si separano dalle sorti della struttura dell'organizzazione mentre gli organi sociali mantengono le rispettive prerogative seppure con il filtro della compatibilità con

le regole della procedura fallimentare. Troveranno pertanto applicazione le regole procedurali proprie della trasformazione (stima del patrimonio sociale, consenso individuale dei soci che assumono responsabilità illimitata, quorum rafforzati) comprese quelle relative agli effetti e alla pubblicità della delibera.

L'organo amministrativo mantiene dunque le competenze gestorie compatibilmente con lo spossamento dei beni, effetto tipico del fallimento (ai sensi dell'art. 42 L.F. la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei propri beni) e l'attribuzione della relativa amministrazione al curatore ex art. 31 L.F. Alla luce di quanto detto, ai fini che qui interessano, la convocazione dell'assemblea e la predisposizione della documentazione finalizzata alla decisione di trasformazione (a partire dalla relazione che ex art. 2500-sexies c.c. ne illustra le motivazioni e gli effetti in caso di trasformazione di società di capitali in società di persone) restano di competenza dell'organo amministrativo stesso e non del curatore.

Del pari, la decisione di trasformazione è di competenza dell'assemblea, trattandosi di modifica dell'organizzazione societaria. Né, per quanto osservato, è necessaria la presenza del curatore in sede assembleare.

Il quarto principio espresso dalla massima prende in considerazione un caso frequente nella prassi quale è la trasformazione di Spa fallita in Srl, fattispecie che efficacemente traduce le utilità immediate dell'operazione (riduzione degli oneri di procedura, diminuzione dei costi di gestione, a partire dal venir meno dei presupposti per la nomina dell'organo di controllo, facilità nella gestione della liquidazione stessa e maggiore snellezza della struttura organizzativa). In questo contesto si inserisce la c.d. "trasformazione liquidativa" volta ad evitare perdite maggiori attraverso la realizzazione di maggiori risparmi, garantendo al contempo un più consistente residuo attivo soprattutto nei casi in cui la procedura richiede tempi lunghi. Del resto già la relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003 reperisce proprio nella riduzione degli "oneri" della procedura uno dei possibili scopi che la trasformazione può in concreto perseguire. E' opportuno comunque precisare che l'interesse a ridurre i costi di gestione, oltre che nel caso di operazione liquidativa e finalizzata alla conservazione di un riparto attivo da distribuire ai soci, può sussistere anche nel caso in cui l'obiettivo sia il risanamento dell'impresa e la prosecuzione dell'attività.

Delineata l'utilità concreta dell'operazione, si ritiene che la società per azioni fallita che abbia provveduto allo scioglimento e alla messa in liquidazione della società stessa possa senz'altro procedere alla trasformazione in società a responsabilità limitata senza ripianare le perdite e ricapitalizzare la società; e ciò anche nel caso di capitale integralmente perduto. Come chiarito, la dichiarazione di fallimento non è ex se causa di scioglimento della Società né d'altra parte la delibera di trasformazione determina una revoca implicita dello stato di liquidazione come sostenuto da certa dottrina sulla base di una presunta incompatibilità della trasformazione stessa con lo stato di liquidazione.

Durante la fase della liquidazione non trova applicazione la disciplina sul capitale sociale propria nel caso di attività ordinaria della società essendo in tale fase legittima la delibera di trasformazione anche quando le perdite non siano completamente assorbite né la società ricapitalizzata. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza (già prima della riforma del 2003) con riguardo alla non applicazione durante la fase di liquidazione di quelle disposizioni sul capitale che ne prevedono la riduzione “a pena di scioglimento”, come appunto gli artt. 2447 e 2482-ter cod. civ. La dottrina ha poi chiarito che per le società in liquidazione non trovano applicazione gli obblighi di riduzione del capitale in generale compresi quelli di cui agli artt. 2446 e 2482-bis cod. civ. e ciò in considerazione della funzione stessa del capitale sociale nelle società che versano in liquidazione.

In linea di principio, il ripianamento delle perdite e la ricapitalizzazione sono requisiti imprescindibili ove la trasformazione sia finalizzata al ritorno in bonis della società (trasformazione evolutiva) e quindi alla revoca dello stato di liquidazione ex 2487 ter, non invece qualora la società versi e continui a versare in stato di liquidazione. In questo contesto la delibera si colloca tra quelle che governano la liquidazione giacché consente l'adozione di misure volte ad attuarla (o comunque ad agevolarla) essendo funzionale alla semplificazione della procedura e alla riduzione dei costi.

Più dubbio è invece se la regola di cui all'art. 182-sexies rappresenti un principio speciale, applicabile a tutte le procedure concorsuali, ed autorizzi la trasformazione di società di capitali con patrimonio netto inferiore al minimo sottoposte a fallimento o in concordato, indipendentemente dallo stato liquidazione delle stesse.

L'ultimo principio espresso dalla massima si occupa del profilo del recesso.

I soci non consenzienti alla delibera di trasformazione di società fallita possono ai sensi dell'art. 2437 (per le spa) e 2473 (per le srl) esercitare il diritto di recesso, così attivando la conseguente procedura disciplinata da tali sistemi normativi con le specificità proprie dei due tipi sociali.

A questo riguardo, il profilo che rileva concerne la liquidazione dell'eventuale valore della partecipazione.

In primo luogo, va precisato che il valore della partecipazione del socio receduto è determinato, ai sensi degli articoli 2437-bis e 2473 rispettivamente per Spa e Srl, alla data del recesso (o addirittura dovrà essere comunicato prima dell'assemblea ex art.2437 ter c.c.), valore presumibilmente insussistente e che comunque tiene conto del presumibile eccesso di passività rispetto all'attivo.

Qualora il valore sia inesistente, *nulla quaestio*. Qualora invece il valore della partecipazione determinato nell'ambito del procedimento di liquidazione dagli amministratori (con le specificità previste per Spa e Srl) fosse positivo, l'ipotesi che può verificarsi - in coerenza con il procedimento legale di liquidazione - è che si addivenga, ex artt. 2437- quater e 2473 c.c., all'acquisto della partecipazione stessa da parte di altro socio o di un terzo.

Diversamente, la liquidazione della quota mediante mezzi propri della società dovrà essere differita alla fase successiva alla chiusura del fallimento, dato che influisce sull'esigibilità del credito del socio receduto. Non sarà possibile procedere al rimborso della partecipazione se non dopo la chiusura del fallimento, pena la responsabilità dell'organo amministrativo, dal momento che in pendenza della procedura il patrimonio sociale è indisponibile e destinato alla soddisfazione dei creditori sociali.

Chiuso il fallimento, troverà a quel punto applicazione la disciplina ordinaria dettata rispettivamente per Spa e Srl in ordine alla liquidazione della partecipazione al socio receduto, e la società potrà utilizzare riserve proprie ovvero deliberare la riduzione del capitale, fatta salva in tal caso l'opposizione dei creditori.

Procedure concorsuali e spese delle operazioni straordinarie.

Il costo delle operazioni societarie straordinarie in pendenza di una procedura, ove non sia sostenuto da terzi diversi dalla società stessa, può essere fatto gravare sul patrimonio sociale solo nel rispetto delle regole della procedura in relazione alla fase in cui essa si trova.

Il costo delle operazioni straordinarie – e di quelle sul capitale – che interessano le società sottoposte a procedure concorsuali rappresenta una variabile di rischio “tipica”, nei limiti in cui si ripercuotono sul patrimonio sociale, depauperandolo: per alcune – si pensi alla trasformazione ed alla scissione, che generano costi senza incrementare in alcun modo il patrimonio – tale valutazione dipende dalla loro intrinseca natura; per altre – si pensi all’aumento di capitale – dipende dall’incertezza sull’esito finale dell’operazione, ove alla deliberazione non seguisse la sottoscrizione dei soci e/o di quei terzi cui esso fosse offerto in opzione e quindi l’incremento effettivo del patrimonio sociale.

Il problema per tutte le operazioni straordinarie sarebbe risolto in radice ove un qualsiasi terzo, inteso come soggetto giuridico diverso dalla società sottoposta alla procedura, fosse disponibile alla sopportazione di tali costi: tale possibilità appare meno remota e più plausibile, rispetto alle altre, in sede di ricapitalizzazione della società poiché, in tal caso, l’aumento del capitale sociale interessa sfere giuridico-economiche – dei potenziali sottoscrittori, siano essi soci o meno – per definizione differenti dalla società stessa e già naturalmente predisposte ad un esborso economico, trattandosi appunto di un’operazione di rafforzamento del patrimonio.

Nel diverso caso in cui tale disponibilità non fosse manifestata da alcun soggetto interessato, può dirsi che, in linea generale e con specifico riferimento al concordato preventivo, prima dell’omologazione sarà tendenzialmente necessaria un’autorizzazione giudiziale al fine – appunto – dell’addebito delle spese vive dell’operazione al patrimonio sociale. Più precisamente tale autorizzazione, in relazione allo stato di avanzamento della procedura (prima o dopo l’ammissione), sarà:

i) non necessaria ove i costi complessivi dell’operazione straordinaria siano inferiori al limite di valore eventualmente fissato dal Tribunale, ai sensi dell’art. 167, comma 3, l.f., al disotto del quale non è appunto dovuta l’autorizzazione del Giudice Delegato di cui al secondo comma;

ii) di competenza del tribunale, ai sensi dell’art. 161, comma 7, l.f., nella fase compresa tra il deposito del ricorso ed il decreto di ammissione alla procedura;

iii) di competenza del giudice delegato, ai sensi dell'art. 167 l.f., nella fase compresa tra l'ammissione alla procedura e l'omologazione.

Nella fase successiva all'omologazione (art. 181 l.f.), posto che che il concordato preventivo normalmente permette al debitore di riacquisire la piena disponibilità del proprio patrimonio sottoponendolo alla "sorveglianza" del commissario giudiziale (art. 185 l.f.), deve farsi la seguente distinzione:

i) nel concordato con continuità aziendale (art. 186 bis l.f.) potrà verosimilmente essere deliberato dalla società senza alcuna necessità di autorizzazioni o controlli preventivi (essendo improbabile che il decreto di omologazione imponga limiti in questo senso);

ii) nel concordato con cessione dei beni (art. 182 l.f.), in presenza dei liquidatori giudiziali, potrà essere deliberato dalla società se il decreto di omologazione autorizza certe "spese" entro determinate soglie; in caso contrario, infatti, il costo dell'operazione implicherà la necessità di un'autorizzazione specifica, salvo che, come già detto, non sia sopportato da soggetti diversi dalla società.