



Igino Sorbino
Dottore Commercialista
Revisore Contabile
iginosorbino@sorbino.191.it

Norme Professionali

Perdita del Capitale e comportamento degli organi sociali

Le disposizioni in materia di riduzione del capitale per perdite (artt. 2446 e 2447 c.c. per le s.p.a., art.2482-bis e 2482-ter c.c. per le s.r.l.), sulla cui osservanza sono tenuti a vigilare i sindaci, ove nominati, non sono applicabili dal momento del deposito della domanda di concordato preventivo – anche nella forma “in bianco”, ovvero con riserva della successiva presentazione del piano e della proposta, a norma dell’art. 161, co. 6, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 – oppure di una delle istanze previste dalla disciplina sull’accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis, co. 1 e 6, L. fall.). Tale beneficio non è, tuttavia, permanente, ma viene meno per effetto dell’omologazione della proposta concordataria o dell’intesa di ridefinizione delle passività.

Perdita del Capitale, obblighi di amministratori e sindaci

La norma di comportamento 11.10, emanata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili precisa che la diminuzione del capitale di oltre un terzo a causa di perdite (artt. 2446, co. 1, e 2482-bis, co. 1-3, c.c.) comporta, in capo all’organo sindacale, l’obbligo di vigilare che **gli amministratori provvedano, senza indugio, alla tempestiva convocazione dell’assemblea per l’assunzione degli opportuni provvedimenti** – riduzione del capitale per perdite e ricapitalizzazione, trasformazione o scioglimento della società – nonché alla predisposizione di una relazione sulla situazione patrimoniale della società. Tale adempimento si considera omesso dopo il decorso di 30 giorni dal momento in cui è sorto tale obbligo (art. 2631, co. 1, c.c.), con l’effetto che devono provvedere i sindaci, ai sensi dell’art. 2406 c.c., coerentemente con quanto previsto dalla norma CNDCEC 10.2. Le predette disposizioni civilistiche, poste a tutela del capitale sociale, impongono agli amministratori un **costante monitoraggio delle perdite conseguite**, al fine di assicurare un tempestivo intervento dei soci per il ripianamento delle stesse e l’eventuale ricostituzione del capitale sociale. I comportamenti da adottare sono diversi, a seconda dell’entità delle perdite, e le

differenti soluzioni sono dettate dalle esigenze di tutela non soltanto dei soci, ma dei molteplici portatori d'interessi:

- Ø **perdite non superiori ad un terzo del capitale sociale**: la riduzione del capitale è solo facoltativa, ma deve essere attuata nel rispetto della disciplina generale delle modificazioni dell'atto costitutivo;

OSSERVA

Il **principio contabile nazionale OIC 30** sostiene che la perdita di oltre un terzo del capitale si verifica quando le perdite accumulate dalla società, risultanti dalle voci A)VIII) e A)IX) del patrimonio netto, al netto delle riserve – voci da A)II) a A)VI) – superano un terzo del capitale, oppure, più semplicemente, quando l'ammontare complessivo del patrimonio netto – senza considerare la "Riserva per operazioni di copertura di flussi finanziari attesi" (voce A)VII), ai sensi dell'art. 2426, co. 1, n. 11-bis), c.c. – è inferiore a due terzi del capitale sociale.

Per quanto concerne, invece, l'eventuale impatto della particolare voce A)X) "Riserva negativa per azione proprie in portafoglio", si vedano la **Massime n. 145, 146 e 147 del Consiglio Notarile di Milano del 17 maggio 2016**.

- Ø **perdite oltre il terzo del capitale sociale** (artt. 2446 e 2482-bis c.c.): gli amministratori o, in loro mancanza, l'Organo sindacale o il Consiglio di sorveglianza sono obbligati ad attivarsi e provvedere, senza indugio, alla convocazione dell'assemblea per l'adozione degli opportuni provvedimenti. È il caso, ad esempio, dell'immediata riduzione del capitale, adeguando il valore nominale a quello reale in dipendenza della perdita, oppure dell'eliminazione della perdita – con operazioni di ripianamento da parte dei soci, mediante accollo della perdita, remissione dei crediti o versamenti a fondo perduto – o della riduzione soltanto parziale delle perdite, in modo di ridurre le stesse a meno di un terzo: è, inoltre, possibile decidere per un semplice rinvio a nuovo delle perdite, qualora si ritenga che vi siano i presupposti per una copertura della medesima mediante utili che matureranno nell'esercizio successivo.

All'assemblea deve essere sottoposta una **relazione sulla situazione patrimoniale della società**, con le osservazioni dell'Organo sindacale, che devono rimanere congiuntamente depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'adunanza, perché i soci possano prenderne visione: nel corso dell'assemblea, gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione. Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate: in mancanza, gli amministratori e i sindaci devono chiedere al Tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio;

Con riferimento al richiamo normativo del **"senza indugio"**, si ricorda che, a norma dell'art. 2631 c.c., gli amministratori e i sindaci che omettono di convocare l'assemblea dei soci nei casi previsti dalla legge o dallo statuto, nei termini ivi previsti, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.032 euro ad 6.197 euro: qualora la legge o lo statuto non prevedano espressamente un termine, entro il quale effettuare la convocazione, questa si considera omessa allorché siano trascorsi **30 giorni dal momento in cui gli amministratori e i sindaci sono venuti a conoscenza del presupposto che obbligava alla convocazione dell'assemblea dei soci**. La predetta sanzione amministrativa pecuniaria è aumentata di un terzo, in caso di convocazione a seguito di perdite, o per effetto di espressa legittima richiesta da parte dei soci.

- Ø **perdite oltre il terzo e capitale sociale sotto il minimo legale** (art. 2447 c.c.): gli amministratori o il Consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia il Consiglio di sorveglianza, devono provvedere, senza indugio, alla convocazione dell'assemblea, incaricata di deliberare, alternativamente, la riduzione del capitale, in ragione delle perdite, ed il contestuale aumento dello stesso ad un importo non inferiore al minimo legale, oppure la trasformazione della società;
- Ø **perdita dell'intero capitale sociale** (artt. 2447 e 2482-ter c.c.): la società deve procedere all'azzeramento del capitale sociale ed al contestuale aumento, almeno sino al limite legale, salvo deliberare lo scioglimento.

Aumento del capitale sociale senza copertura di perdite

Il Consiglio Notarile di Milano, con la massima 18.10.2011 n. 122, ha sostenuto che 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 spa e le srl – 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 lo stesso, se del caso, ad un ammontare superiore al minimo legale. In particolare, è ritenuto **legittimo**

l'aumento di capitale in presenza di perdite incidenti sul capitale per:

- ü non più di un terzo;
- ü più di un terzo, se il capitale non si è ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di "opportuni provvedimenti" di cui agli artt. 2446 co. 1 e 2482-bis co. 1 c.c.;

- ù più di un terzo, qualora 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 la perdita è stata rilevata;
- ù più di un terzo, nell'ipotesi in cui 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 la perdita è stata rilevata, a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre la perdita entro il terzo;
- ù più di un terzo, nell'eventualità in cui il capitale si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in occasione dell'assemblea convocata a norma degli artt. 2447 e 2482-ter c.c., a condizione che si tratti di un aumento di capitale, da sottoscrivere tempestivamente, adeguato a ridimensionare la perdita entro il terzo.

OSSERVA

Le motivazioni alla base delle conclusioni indicate dalla suddetta massima sono supportate da un'interpretazione sistematico-funzionale delle disposizioni, in quanto la formulazione di quelle sulla riduzione del capitale per perdite non porrebbero un obbligo inderogabile in via assoluta, e a prescindere da ogni altra circostanza. Queste norme trovano, infatti, applicazione sul presupposto che **la situazione di perdite che superano il terzo del capitale sussista nel momento in cui deve essere assunta la relativa delibera**: se tale circostanza viene meno per effetto di un atto che sia idoneo a ricondurre la perdita al di sotto della soglia di rilevanza, allora decade lo stesso obbligo di riduzione. L'aumento di capitale sociale in presenza di perdite rilevanti, peraltro, non pregiudicherebbe in alcun modo l'interesse dei terzi alla reale conoscenza della situazione della società, assicurato dalla pubblicità nel registro delle imprese della delibera di aumento, né quello dei creditori.

In ogni caso, **l'aumento di capitale non esime gli amministratori dal rispetto degli obblighi previsti dagli artt. 2446 co. 1 e 2482-bis co. 1, 2 e 3 c.c.**, in presenza dei quali la situazione patrimoniale rilevante la perdita, se non già pubblicata, deve essere allegata al verbale, o comunque con lo stesso depositata nel registro delle imprese. Si osservi, tuttavia, che l'aumento senza preventiva riduzione del capitale sociale lascerebbe, all'esito dell'operazione, inalterate le perdite nel loro valore assoluto – seppur diminuite nella loro incidenza proporzionale sul capitale – con l'effetto che, nella prospettiva di una rinnovata redditività, **la società risulterebbe maggiormente patrimonializzata**, non potendo distribuire utili sino a quando le perdite iscritte in bilancio non saranno effettivamente eliminate, a tutto vantaggio dell'interesse dei creditori stessi. Non deve, inoltre, essere trascurato il fatto che, qualora fosse esclusa la necessità della previa riduzione del capitale, si conseguirebbero ulteriori aspetti positivi:

i vecchi soci conserverebbero la loro partecipazione ed il “valore latente” eventualmente presente nella società, mentre i nuovi soci otterrebbero la partecipazione in una società ancora in grado di produrre ricchezza, e l’impresa verrebbe a disporre delle risorse necessarie per continuare la propria attività e porre in essere i tentativi di ristrutturazione necessari al ripianamento delle perdite.

**Sospensione
degli obblighi di
ricapitalizzazione**

La diminuzione del capitale sotto il minimo legale, per perdite superiori ad un terzo dello stesso, senza che l’assemblea provveda a ricostituirlo, dà luogo, come anticipato, ad una

delle **cause di scioglimento previste dall’art. 2484 c.c.**, ovvero la società deve essere posta in liquidazione. Al ricorrere di tale ipotesi, sono previsti i seguenti **adempimenti a carico degli amministratori**:

- Ø accertare il verificarsi della causa di scioglimento;
- Ø depositare presso il registro delle imprese una dichiarazione di pubblicità dell’avvenuto manifestarsi della causa di scioglimento;
- Ø convocare l’assemblea per la messa in liquidazione della società, la nomina dei liquidatori e la determinazione dei poteri degli stessi.

Il capitale sociale rappresenta, dunque, l’elemento di bilanciamento della responsabilità limitata in quanto, in caso di perdite, impone ai soci di valutare se proseguire con l’attività intrapresa, apportando nuovi capitali, oppure porre la stessa in liquidazione, limitandosi a coprire le perdite conseguite.

Nel caso in cui le perdite siano di importo tale per cui **i soci non possono, o non vogliono, procedere alla loro copertura**, l’istanza di fallimento in proprio rappresenta la conclusione inevitabile dell’attività, con conseguente esigenza di assicurare un’equa partecipazione dei creditori sociali alla liquidazione. Al fine di **evitare che la crisi dell’impresa sfoci necessariamente in un fallimento**, il legislatore concorsuale ha, tuttavia, previsto alcuni istituti alternativi di soluzione della crisi, diretti ad assicurare un migliore soddisfacimento dei creditori – in termini di importi e tempi di esecuzione – come l’accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo.

In particolare, per rendere ancora più snello e rapido l’iter di approvazione delle suddette procedure, l’**art. 182-sexies L. fall.**, che prevede la **temporanea inapplicabilità delle norme disciplinanti la riduzione del capitale sociale per perdite** (artt. 2446 co. 2 - 3, 2447, 2482-bis co. 4 - 6 e 2482-ter c.c.), a partire dalla data di presentazione dell’istanza di omologazione dell’accordo di riduzione dei debiti – o di estensione al periodo delle trattative del divieto di azioni esecutive o cautelari per i creditori (art. 182-bis co. 1 e 6 L. fall.) – o della domanda di concordato preventivo, anche “in bianco” (art. 161 co. 6 L. fall.), e sino alla relativa omologazione.

Il Consiglio Nazionale del Notariato, con il documento di studio 19.4.2013 n. 100, ha precisato che nella presentazione della domanda di concordato, anche “in bianco” (art. 161 co. 6 del RD 267/42), **deve intervenire il notaio**, chiamato a redigere e depositare il verbale attestante l’avvenuta deliberazione in merito al ricorso (cfr. Trib. Modena 28.11.2012).

Sino alla data di deposito di tali atti, **continua ad esplicare i propri effetti l’art. 2486 c.c.**, inerente i poteri degli amministratori conseguenti al verificarsi di una causa di scioglimento.

La domanda di concordato preventivo, o l'istanza riguardante l'accordo di ristrutturazione dei debiti, potrebbe essere depositata dagli amministratori all'esito dell'assemblea, convocata ai sensi degli artt. 2446 e 2482-*bis* c.c., nei casi in cui **l'adunanza dei soci non abbia deliberato altri opportuni provvedimenti**. Al ricorrere di tale ipotesi, la gestione della società è finalizzata alla realizzazione del piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Obblighi per gli amministratori

Sino alla data di deposito della domanda di tali atti, **continua ad esplicitare i propri effetti l'art. 2486 c.c.**, inerente gli adempimenti degli amministratori conseguenti al verificarsi di una causa di scioglimento. In particolare, qualora sussista una perdita di capitale rilevante, tale da generare lo scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484, n. 4), c.c., **gli amministratori devono adottare una gestione conservativa** e, se intendono evitare che l'impresa entri in liquidazione, depositare tempestivamente uno dei predetti atti (Università degli Studi di Firenze, Assonime e CNDCEC "Linee-guida per il finanziamento delle imprese in crisi", seconda edizione, 2015, p. 18-20), salvo che l'assemblea adotti provvedimenti idonei al superamento della crisi: naturalmente, nel caso di un piano meramente realizzativo, nulla esclude che l'assemblea deliberi volontariamente lo scioglimento della società e la sua messa in liquidazione (art. 2484, n. 6), c.c.). Il deposito, a cura dell'organo di gestione, della domanda di concordato preventivo o di un'istanza relativa all'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis co. 1 e 6 L. fall.) consente agli amministratori, **fermo restando l'obbligo di tempestiva convocazione dell'assemblea entro 30 giorni dalla conoscenza della perdita (art. 2631 c.c.)**, di disporre di una maggiore flessibilità nell'adozione delle strategie di conservazione del patrimonio sociale, permettendo loro di scegliere quelle maggiormente adeguate, in base alle circostanze: possono, infatti, rinviare al momento dell'omologazione la verifica della sussistenza del patrimonio netto minimo, evitando di perseguire nell'immediato una ricapitalizzazione che, allo stato, potrebbe non avere possibilità di successo.

La presentazione del ricorso è ammissibile **anche se l'assemblea ha deliberato la ricapitalizzazione**, quando gli amministratori – responsabili ai sensi dell'art. 2486 c.c. – ritengano che questa non abbia concrete possibilità di esecuzione o abbia tempi di attuazione non compatibili con la necessità di conservare l'integrità o il valore del patrimonio sociale.

La **circ. Assonime 4/2013** ha osservato che l'art. 182-sexies L. fall. non sospende l'operatività delle disposizioni civilistiche che regolano gli **obblighi informativi degli amministratori verso l'assemblea**, né quelli di gestione conservativa dell'impresa cui sono tenuti quando si verifica una causa di scioglimento della società. In altri termini, la norma non esonera gli amministratori dall'obbligo – in presenza di perdita del capitale – di convocazione dell'assemblea per la presentazione di una situazione patrimoniale aggiornata e l'**assunzione degli opportuni provvedimenti**: questi ultimi comprendono anche la decisione di presentare il ricorso per concordato preventivo o l'istanza di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, pure nella forma della domanda "in bianco" o di pre-accordo. Nel caso in cui appaia **necessario proteggere tempestivamente l'integrità del patrimonio sociale**, gli amministratori devono depositare una delle predette domande prima della riunione assembleare, salvo che lo statuto riservi ai soci la competenza in merito all'approvazione della proposta concordataria (artt. 161 co. 4 e 152 L. fall.): è opportuno che gli amministratori intraprendano i necessari tentativi di risanamento non soltanto quando dal bilancio d'esercizio risulti una perdita idonea a determinare l'applicabilità degli artt. 2446 e 2447 c.c., ma **anche qualora gli amministratori accertino uno squilibrio nella situazione finanziaria della società, tale da compromettere la continuità aziendale** e, quindi, la conseguente conservazione del valore dell'impresa.

OSSERVA

Sul punto, si veda Abriani N. "Governo societario e prevenzione della crisi", in "Relazione al VI Congresso Italo Spagnolo di Diritto Commerciale", 25-26 ottobre 2012. Montalenti P. "La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale", *Riv. Dir. Soc.*, 4, 2011, aveva segnalato, peraltro, la necessità che – a fronte della maggiore ampiezza degli strumenti presenti nell'ordinamento per uscire dalla crisi – si specificino le responsabilità degli amministratori.

Per effetto del deposito di una delle predette domande, e **fino all'omologazione**, non sono applicabili le disposizioni civilistiche riguardanti la riduzione del capitale di oltre un terzo in conseguenza di perdite, o la diminuzione dello stesso al di sotto del minimo legale delle società di capitali (artt. 2446 co. 2 e 3, 2447, 2482-bis co. 4, 5 e 6 e 2482-ter c.c.). Analogamente, non opera, per il medesimo periodo, la corrispondente disciplina relativa alle cause di scioglimento di cui agli artt. 2484 co. 1 n. 4 e 2545-duodecies c.c., quest'ultima prevista per le **società cooperative**. I corrispondenti obblighi di ricapitalizzazione sono, pertanto, rinviati al momento dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

Tale beneficio, sebbene sia previsto da norme che assumono una maggiore rilevanza nell'ottica della prosecuzione dell'attività aziendale, deve ritenersi invocabile anche qualora il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti siano utilizzati con **finalità meramente liquidatorie**. Conseguentemente, se ne può, pertanto, desumere un'ulteriore evoluzione della filosofia del RD 267/42, orientato a considerare il fallimento una *extrema ratio*, cui ricorrere soltanto quando la crisi non sia stata tempestivamente affrontata e la migliore soddisfazione dei creditori non possa essere in altro modo garantita.

Il piano deve, pertanto, **“prevedere” cosa accadrà il giorno dell'omologazione**, in quanto verrà meno la sospensione degli obblighi civilistici di ricapitalizzazione: in particolare, l'impresa dovrà comunque presentare un patrimonio netto almeno pari al minimo legale, ad esempio, per effetto dell'emersione delle **sopravvenienze attive da riduzione dei debiti** eventualmente previste dal piano o dall'accordo omologato (OIC 6), oppure di nuovi apporti di capitale. In tal senso, si esprimono anche i recenti **“Principi per la redazione dei piani di risanamento”**, a cura di AIDEA, ANDAF, APRI e OCRI, pubblicati il 23 ottobre 2017 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili: nel caso di **perdita di capitale** rilevante ai sensi degli artt. 2447 e dell'art. 2482-ter c.c., attuale o attesa nel periodo che intercorre **tra l'ammissione alla procedura e omologazione del concordato**, il piano deve recare una **situazione patrimoniale prognostica alla data di presumibile omologazione**, che tenga conto dell'effetto derivante dalla proposta al fine di dare evidenza – in chiave prospettica – del ripristino del capitale entro i limiti legali.

In senso conforme, si veda anche la circ. Assonime 4/2013, secondo cui sebbene l'art.182-sexies L. fall. circoscriva la permanenza degli **obblighi di cui all'art. 2486 c.c.** sino alla data della presentazione della domanda di concordato preventivo o di una delle istanze riguardanti l'accordo di ristrutturazione dei debiti, la stessa deve essere rispettata, anche nella fase successiva, **sino all'omologazione**: in tale orizzonte temporale, la gestione dell'impresa deve, infatti, conformarsi ai contenuti del piano, e svolgersi sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, perseguendo unicamente il criterio della migliore soddisfazione dei creditori.

La sospensione, dalla domanda all'omologazione, degli obblighi civilistici di ricapitalizzazione deve essere vista con favore, in quanto tale disposizione rimuove uno dei principali ostacoli al ricorso alle soluzioni concordate.

In particolare, la novità normativa ha risolto espressamente una questione sorta con peculiare riguardo al concordato preventivo, ovvero se l'applicazione della disciplina ordinaria in materia di riduzione del capitale costituisca condizione necessaria per intraprendere il tentativo di risanamento. Il legislatore ha, quindi, aderito all'orientamento, formatosi nel sistema previgente, secondo cui l'apertura della procedura concorsuale avrebbe operato come **condizione sospensiva degli obblighi di ricapitalizzazione** e della causa di scioglimento della società sino all'esito della procedura stessa: con l'effetto che, soltanto nel caso in cui attraverso il concordato preventivo la situazione patrimoniale non fosse stata riequilibrata, avrebbero rivissuto gli obblighi previsti dal codice civile.

La modifica normativa si fonda sul presupposto che il **tempestivo avvio di una procedura di risanamento**, svolto sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, sia idoneo a perseguire il medesimo fine posto alla base della disciplina del capitale sociale, ovvero la **tutela contro un'impropria traslazione del rischio d'impresa in capo ai creditori**. La norma pare, infatti, tenere conto della circostanza che non sempre l'adempimento degli obblighi di ricapitalizzazione imposti dalla legislazione societaria sia la misura più opportuna per ripristinare la continuità aziendale e garantire la solvibilità aziendale, nel caso in cui vi siano le condizioni economiche per un risanamento. In altri termini, la conservazione del valore dell'impresa in crisi, e la migliore soddisfazione dei creditori, può essere perseguita – con maggiore efficacia rispetto all'assolvimento di un obbligo di reintegrazione statica del capitale sociale dell'impresa – mediante il ricorso a soluzioni concordate idonee a favorire l'afflusso delle risorse finanziarie necessarie alla soddisfazione dei creditori, nonché il **ripristino dell'equilibrio finanziario dell'impresa** al fine complessivo di una continuazione dell'attività.

L'art. 182-sexies L. fall., come anticipato, dispone, peraltro, una mera sospensione degli obblighi civilistici di ricapitalizzazione, dalla data della domanda a quella di omologazione: conseguentemente, a parere della circ. Assonime 4/2013, il **piano** posto alla base dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo **deve prevedere** che, al **giorno dell'omologazione**, la società – anche grazie alle sopravvenienze attive conseguenti alle rinunce dei creditori, e ad eventuali nuovi apporti a titolo di mezzi propri – sia dotata di un **capitale sociale almeno pari al minimo legale**.

In senso conforme, si vedano le *Linee guida al finanziamento alle imprese in crisi*, progetto a cura dell'Università di Firenze in collaborazione con Assonime e Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, seconda edizione, 2015, p. 19.

Sul punto, si segnala anche l'orientamento del **Consiglio Notarile di Firenze, Pistoia e Prato** (massima 27.11.2012), secondo cui la causa di scioglimento della s.p.a. e della s.r.l. di cui all'art. 2484 co. 1 n. 4 c.c. – riduzione del capitale sotto il minimo legale per perdite superiori ad un terzo dello stesso – non opera, qualora l'**organo amministrativo**:

- Ø **prima della riunione dell'assemblea**, la cui convocazione è comunque dovuta senza indugio ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c., per le spa, e degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c., per le srl, depositi una domanda di concordato preventivo o una delle istanze riguardanti l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis co. 1 e 6 L. fall.);

OSSERVA

Qualora la successiva assemblea deliberi di ricapitalizzare la società in misura sufficiente a ricostituire il capitale nella misura di legge e a ripristinare la solvibilità, ovvero tale aumento venga sottoscritto nei termini di legge, la società potrebbe revocare la domanda di concordato, in precedenza presentata dall'organo amministrativo, stante l'inutilità della stessa.

- Ø **convochi senza indugio la predetta assemblea**, e qualora questa non adotti uno dei provvedimenti rispettivamente previsti dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c. (ricostituzione del capitale sociale, trasformazione o liquidazione), depositi una delle predette domande di concordato preventivo od istanze relative all'accordo di ristrutturazione dei debiti;
- Ø **presenti una delle citate domande od istanze**, trascorso senza esito il termine di sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato, ovvero nell'ipotesi in cui la ricapitalizzazione non abbia concrete possibilità di esecuzione, oppure necessiti di tempi di esecuzione incompatibili con l'esigenza di conservare l'integrità o il valore del patrimonio sociale.

Le suddette possibilità dell'organo amministrativo devono, tuttavia, ritenersi precluse qualora **lo statuto sociale preveda una competenza assembleare**, e non degli amministratori, in relazione alla domanda di concordato. A questo proposito, il Consiglio Notarile di Firenze, Pistoia e Prato ha osservato che, poiché la decisione di presentare la predetta domanda od istanza non può essere considerata uno degli "**opportuni provvedimenti**" di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c., l'assemblea genericamente convocata ai sensi delle predette norme non può legittimamente deliberare in tal senso se la deliberazione in parola non è all'**ordine del giorno**.

Allo stesso modo, 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 può essere adottata solo se prevista all'ordine del giorno, trattandosi di deliberazione autonoma e non di una mera conseguenza della mancata ricapitalizzazione.

Come opportunamente rilevato dai notai, l'introduzione di una clausola che attribuisce ai soli soci la decisione sulla presentazione della domanda di concordato potrebbe rendere **più difficile ottenere la protezione del patrimonio sociale in casi di urgenza**: in presenza di tale riserva, dunque, gli amministratori dovranno necessariamente prevedere all'ordine del giorno dell'assemblea convocata per la ricapitalizzazione anche la proposta di presentazione di una domanda giudiziale di soluzione della crisi d'impresa (ricorso per concordato preventivo od istanza di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), onde evitare il prodursi di possibili profili di responsabilità, a norma dell'art. 2485 c.c.

Nel suddetto documento interpretativo, viene altresì precisato che, per il periodo successivo alla presentazione di una domanda giudiziale di soluzione della crisi d'impresa, la **responsabilità degli amministratori** potrebbe essere ricostruibile come segue:

- Ø **in pendenza di concordato preventivo**, atteso che i criteri di gestione del patrimonio sociale sono dettati dalle scadenze e dalle regole della procedura, la responsabilità degli amministratori potrebbe sorgere non in conseguenza della mera conduzione 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 o revoca della stessa, mancata approvazione della proposta di concordato o rigetto dell'istanza di omologazione;
- Ø **in pendenza del procedimento di cui all'art. 182-bis del RD 267/42**, benché non siano espressamente previsti criteri generali cui la gestione degli amministratori dovrebbe attenersi, sembrerebbe logico che l'organo amministrativo continui ad operare comunque 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, e che può prevedere anche azioni incisive, se ragionevoli e nell'interesse dei creditori, e che non necessariamente ha carattere meramente conservativo.

Prospettive di riforma

L'art. 14, co. 1, lett. d), della Legge 19 ottobre 2017, n. 155 ha delegato, tra l'altro, il Governo a prevedere la possibilità di **sospensione dell'operatività della causa di scioglimento** di cui all'art. 2484, co. 1, n. 4), c.c. e all'art.

2545-duodecies, c.c., nonchè degli **obblighi posti a carico degli organi sociali** dagli artt. 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482-bis, co. 4-6, 2482-ter e 2486, c.c., in forza delle **misure protettive** previste nell'ambito delle **procedure di allerta e di composizione assistita della crisi**, degli **accordi di ristrutturazione dei debiti** e di **regolazione concordata preventiva della crisi**.

Controllo dei Sindaci

In tale circostanza, ovvero per effetto del deposito di uno dei suddetti atti, l'organo di controllo previamente informato da quello amministrativo – comunque tenuto alla tempestiva convocazione dell'assemblea per l'assunzione degli opportuni provvedimenti, anche nel caso in cui depositi in tribunale, prima dell'adunanza, la domanda, ai sensi dell'art. 152 L. fall. – deve verificare l'effettiva presentazione del ricorso giudiziale, e svolge una funzione di vigilanza che riguarda alcune specifiche fasi.

OSSERVA

Il Collegio sindacale, esercitando i poteri riconosciutigli dalla legge, deve, pertanto, **vigilare che gli amministratori procedano comunque alla convocazione dell'assemblea** e, all'occorrenza deve esercitare i poteri sostitutivi di convocazione, come imposto dalla normativa civilistica (art. 2446, co. 1, c.c.).

I sindaci devono accertare che il **professionista attestatore**, incaricato dalla società, sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, co. 3, lett. d), del RD 267/42.

Successivamente, dovranno **riscontrare la regolarità formale dell'attestazione dallo stesso rilasciata**, in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano, oppure dell'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, con riguardo all'idoneità di quest'ultimo di garantire il pagamento integrale dei creditori non partecipanti all'intesa (c.d. "estranei"), entro 120 giorni dalla scadenza del credito o dall'omologazione, se già scaduti a tale data.

L'organo sindacale deve, inoltre, continuare a svolgere le funzioni ad esso attribuite dalla legge, e vigilare che **gli assetti adottati dall'organo amministrativo risultino adeguati per la realizzazione del piano o dell'accordo**, applicando le norme CNDCEC 11.6 e 11.4. Nella peculiare ipotesi in cui la società abbia depositato una **domanda di concordato preventivo in bianco** (art. 161, co. 6, L. fall.), ovvero con riserva della successiva presentazione del piano, della proposta e della relativa documentazione, l'organo sindacale – previamente informato dagli amministratori, in ordine ai contenuti e alle caratteristiche essenziali del piano e della proposta – è tenuto a vigilare in conformità di quanto previsto dalla norma CNDCEC 11.5.

Si consideri altresì che – per effetto del deposito di una delle suddette domande riguardanti il concordato preventivo, o l'accordo di ristrutturazione dei debiti – **le cause di scioglimento per riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale (art. 2484 co. 1 n. 4) c.c.) non esplicano i propri effetti, sino all'omologazione (art. 182-sexies L. fall.).** I sindaci devono, pertanto, vigilare che gli amministratori non procedano agli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2484, co. 3, c.c., e si attivino per la realizzazione del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero per l'assolvimento degli incombeni connessi al deposito della domanda di concordato preventivo "in bianco" (art. 161, co. 6-8, L. fall.).

In caso di **omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti**, o di mancanza della stessa, tornano ad operare gli obblighi civilistici (ricapitalizzazione, trasformazione o messa in liquidazione) e la suddetta causa di scioglimento: conseguentemente, qualora il piano di concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti non abbia espressamente previsto misure tese al riallineamento del capitale sociale al minimo legale, il Collegio sindacale deve vigilare che gli amministratori accertino le perdite rilevanti e adottino i provvedimenti utili al fine di ricapitalizzare, trasformare o porre in liquidazione la società.

Diversamente, nel caso in cui **la volontà dei soci sia quella di non aderire agli strumenti di soluzione della crisi d'impresa**, ovvero qualora i predetti adempimenti vengano omessi o ingiustificatamente ritardati, l'Organo sindacale deve operare secondo le **ordinarie norme di comportamento** e, quindi, sollecitare – a seconda delle specifiche circostanze – l'assolvimento degli adempimenti e degli obblighi di informativa previsti dagli artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c., provocando così l'accertamento della causa di scioglimento.

Lo Studio resta a disposizione per ulteriori chiarimenti e approfondimenti