



Convegni di studio òAdolfo Beria di Argentineò
su problemi attuali di diritto e procedura civile
della Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale

XXX Convegno di studio su

**LE PROCEDURE CONCURSUALI VERSO LA RIFORMA TRA DIRITTO ITALIANO E
DIRITTO EUROPEO**

Courmayeur, 23-24 settembre 2016

Il diritto societario della crisi fra passato e futuro

ORESTE CAGNASSO

ordinario di diritto commerciale nell'Università degli Studi di Torino

Sommario:

1 - Premessa

2. La riforma societaria e la riforma fallimentare del 2005 - 2007

3. La riforma della Commissione Rordorf e il disegno di legge delega

4. Le norme societarie di carattere generale

5. Le norme societarie applicabili in caso di fondati indizi della crisi

6. Le norme societarie applicabili in caso di crisi o di insolvenza

7. Le norme societarie applicabili in caso di società sottoposte a procedure concorsuali.

8. Uno sguardo di sintesi

1 - Premessa

1.1. La riforma del diritto fallimentare degli anni 2005 - 2007 e ancor più l'evoluzione successiva hanno creato un complesso di norme di diritto societario applicabili alle società sottoposte a procedure concorsuali ed, in particolare, al concordato preventivo o che abbiano stipulato accordi di ristrutturazione dei debiti. Si tratta spesso di regole di contenuto opposto rispetto a quelle comuni o di disposizioni che disapplicano queste ultime. Al proposito è stata utilizzata la formula "diritto societario della crisi" per sottolineare le peculiarità di tale complesso di regole, indagando se possa qualificarsi come una disciplina speciale oppure autonoma e quindi sottoposta a propri principi e che potrebbe essere applicata in via analogica (1).

Al di là della soluzione che si voglia dare a tale quesito e quindi al ruolo da attribuire al diritto societario della crisi, questa formula in senso stretto mi sembra idonea a ricomprendere appunto le regole di diritto societario adottabili dalle società sottoposte a procedure concorsuali, eventualmente differenti in relazione ai caratteri e alle finalità di ciascuna di esse, che derogano alle disposizioni di diritto comune.

In senso più lato mi pare che si possa utilizzare l'espressione ora richiamata anche per indicare quelle regole o quella particolare declinazione di esse che vengono in considerazione nel caso in cui la società "non goda di buona salute". Il tema è stato oggetto di molta attenzione in dottrina e anche in giurisprudenza con particolare riferimento alla posizione e agli obblighi in capo ai vari protagonisti della vita societaria, amministratori, componenti degli organi di controllo, revisori, soci, società capogruppo.

In questa prospettiva sono stati analizzati, in primo luogo, gli obblighi consistenti nel "monitorare" "lo stato di salute" della società. Al proposito vengono considerati particolarmente rilevanti non solo e non tanto l'equilibrio patrimoniale, ma anche e soprattutto quello economico - finanziario e quindi la continuità aziendale. In secondo luogo, attenzione è stata dedicata al ruolo ed agli

obblighi dei vari protagonisti dell'attività societaria in presenza di una situazione di crisi o di insolvenza, al fine di attivare gli opportuni strumenti per cercare di superarla o quanto meno di fronteggiarla.

In un orizzonte ancora più ampio forse si può parlare di diritto societario della crisi con riferimento a quelle regole di diritto comune che sono volte a consentire di evitarla e quindi di costantemente monitorare l'andamento della società e garantirne l'equilibrio patrimoniale ed economico - finanziario. In questa ottica si potrebbero inserire anche norme che prevedano strumenti di reazione ad atti di *mala gestio* che siano idonei a compromettere la stessa continuità aziendale.

Pare altresì opportuno, nell'esaminare il diritto societario della crisi, distinguere interventi di carattere in senso lato sanzionatorio, volti ad imporre obblighi e responsabilità, da quelli con finalità premiale, diretti ad incentivare il compimento di determinati atti o a facilitare determinate operazioni. Al proposito possono venire in considerazione la prededuzione a favore dei finanziamenti dei soci in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti con conseguente compressione della posizione dei creditori e limitazioni al principio della *par condicio creditorum*; e così ancora le facilitazioni alle operazioni straordinarie.

Quanto alla *governance* le innovazioni introdotte dalla riforma societaria e da quella fallimentare concernono in particolare la posizione e la responsabilità degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo, più raramente il ruolo dell'assemblea.

1.2. L'intreccio tra diritto societario e diritto fallimentare non emerge solo dal parallelismo tra le relative riforme o dal necessario collegamento tra l'uno e l'altro e in particolare dall'incidenza del fallimento sulla disciplina delle società, ma anche da ulteriori aspetti che concernono l'interpretazione delle regole appartenenti all'uno e all'altro settore e la loro applicazione in concreto.

Le norme di diritto fallimentare possono infatti assumere un rilievo nell'interpretazione delle regole societarie. E ciò sia sotto il profilo della particolare declinazione delle stesse alla luce della sussistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza o della sottoposizione a procedure concorsuali, sia nell'ottica del loro coordinamento con i caratteri e la struttura di queste ultime.

Un esempio può essere fornito dalla disciplina dei finanziamenti dei soci recentemente introdotta nel contesto del concordato preventivo senza specificazione in ordine al suo ambito di applicazione e quindi, almeno testualmente, riferita anche alle società per azioni. Tale regola potrebbe forse rappresentare un elemento di giudizio a favore della tesi che la estende dalla s.r.l. e dai gruppi alla s.p.a..

Determinate fattispecie societarie sono state create sostanzialmente nell'ottica dell'applicazione all'interno della disciplina fallimentare, quali, ad esempio, le due categorie simmetriche della società occulta e della società apparente.

Un ulteriore significativo esempio di problema di diritto societario che si è posto sostanzialmente nell'ottica fallimentare è quello dell'ammissibilità di una società di fatto tra società di capitali su cui ha preso posizione la Suprema Corte. La soluzione del problema pare da ricercare tutta all'interno del diritto societario ed essere condizionata dall'interpretazione che si voglia dare della norma per cui non sono opponibili ai terzi i limiti ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, salvo la prova dell'aver agito intenzionalmente a danno della società, estesa o meno alle limitazioni legali. Tuttavia la soluzione del problema ha poi sostanzialmente rilevanza sotto il profilo fallimentare comportando la possibilità del fallimento della società di fatto e quindi per estensione dei soci società di capitali.

Il discorso potrebbe essere rovesciato: le norme fallimentari non possono che essere "lette" alla luce del diritto societario.

Un esempio molto significativo è desumibile dalle regole di *governance* che disciplinano la responsabilità degli organi sociali e che naturalmente vengono in considerazione anche - e soprattutto - in caso di fallimento della società.

E ciò tanto più - passando ai profili operativi - che, come è noto, le azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi societari (a parte quelle promosse nelle società di minori dimensioni e che spesso mascherano una controversia tra i soci) trovano il loro terreno di elezione nell'ambito del diritto fallimentare. Quindi molte norme societarie vengono in considerazione, se non esclusivamente, certamente più frequentemente, proprio nel caso di fallimento della società o di sua sottoposizione a procedure concorsuali.

Il discorso vale in primo luogo, lo si è appena sottolineato, per la responsabilità dei componenti degli organi sociali, ma si estende, ad esempio, alla disciplina dei finanziamenti e all'esercizio del potere di eterodirezione.

Ciò significa che molte o addirittura la maggior parte delle prese di posizione della giurisprudenza su tali istituti e su altri ancora sono intervenute nell'ambito delle procedure fallimentari.

2 - La riforma societaria e la riforma fallimentare del 2005 - 2007

La legge fallimentare del 1942, come è noto, si riferiva all'imprenditore, con particolare attenzione all'imprenditore individuale, mentre la disciplina dedicata alle società sostanzialmente concerneva la legittimazione del curatore alla promozione delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci ed il fallimento per estensione dei soci illimitatamente responsabili. Le società poi erano prese in considerazione singolarmente, mentre non aveva rilievo il fenomeno del gruppo.

L'“intreccio” tra diritto societario e fallimentare risulta evidente anche sotto il profilo dell'evoluzione legislativa (2): alla riforma societaria del 2003 ha infatti fatto seguito quella fallimentare avviata nel 2005. La prima ha introdotto nuovi istituti e nuove regole, che la disciplina fallimentare doveva necessariamente recepire, e d'altra parte ha previsto norme appartenenti al diritto fallimentare; a sua volta la riforma fallimentare ha preso atto delle novità legislative e ha dettato regole rilevanti anche sotto il profilo societario.

La riforma societaria, come si è osservato, ha comportato un rilevante impatto sulla disciplina concorsuale e ciò sia di riflesso, in quanto le innovazioni introdotte sono destinate ad incidere sulle norme fallimentari, sia in via diretta, dal momento che il legislatore ha inserito nell'ambito della normativa societaria regole di carattere concorsuale.

La nuova disciplina introdotta nel 2003 in tema di sistemi di amministrazione e di controllo della società per azioni ha previsto ulteriori organi (il consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico) e contiene nuove regole in ordine al controllo sulla gestione ed al controllo contabile, oggi revisione legale dei conti. Inoltre il legislatore in alcune ipotesi ha esteso la responsabilità per danni agli stessi soci: ciò è previsto sia nell'ambito della disciplina dei soci di società a responsabilità limitata, sia nel caso di esercizio del potere di direzione e coordinamento.

Accanto a tali innovazioni occorre sottolineare come sia stata mutata la disciplina relativa agli obblighi degli amministratori (e quindi di riflesso a quelli dell'organo di controllo). I parametri di riferimento della diligenza, l'obbligo di agire in modo informato, il dovere di creare assetti organizzativi adeguati, il rispetto delle regole di corretta amministrazione rappresentano principi fondamentali della *governance* nell'ambito della società per azioni.

Il legislatore ha altresì introdotto nella riforma societaria regole di diritto fallimentare. In particolare è stata prevista una sorta di revocatoria fallimentare speciale in caso di finanziamenti dei soci di s.r.l. o infragruppo; è stato eliminato il divieto di compimento di operazioni straordinarie in ipotesi di società sottoposte a procedura concorsuale; è stata prevista la legittimazione del curatore a promuovere l'azione di responsabilità per il non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte della società capogruppo.

Per contro la riforma fallimentare avviata nel 2005 ha preso atto delle novità in materia di *governance* adattando ad esse l'art. 146 l.f. in materia di responsabilità; ha in parte rimodellato la disciplina del fallimento per estensione, con particolare riguardo agli *ex* soci e ai soci *ex* illimitatamente responsabili; ha dettato norme in tema di competenza a presentare la domanda di concordato preventivo da parte della società; ha disciplinato i profili fallimentari con riferimento ai patrimoni separati.

L'evoluzione successiva, come è noto, ha introdotto rilevanti innovazioni, dirette a riformulare regole societarie in caso di sottoposizione della società al concordato preventivo o di stipulazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Di notevole rilievo la disciplina in tema di finanziamento dei soci e infragruppo, che ribalta quella comune, incentivandone il ricorso attraverso lo strumento della prededuzione e le regole relative alla perdita del capitale sociale, non applicabili a determinate condizioni, al fine di evitare che la società entri nella fase di liquidazione.

3 - La riforma della Commissione Rordorf e il disegno di legge delega

Lo schema di disegno di legge delega redatto dalla Commissione Rordorf e il disegno di legge delega presentato l'11 marzo 2016 (3) contengono un articolo (in parte diverso nelle due versioni) espressamente dedicato ad introdurre modifiche al codice civile concernenti norme di diritto societario. Nella versione più ampia del disegno di legge si fa riferimento alla responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali; al dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale; alla liquidazione giudiziale come causa di scioglimento delle società di capitali; alla possibilità di sospensione dell'operatività della causa di scioglimento costituita dalla perdita del capitale sociale in presenza di determinati presupposti; alla determinazione di criteri di quantificazione del danno risarcibile in caso di responsabilità per la continuazione dell'attività d'impresa nonostante la presenza di una causa di scioglimento; all'applicazione della procedura di denuncia di gravi irregolarità nell'ambito della s.r.l. (art. 13).

Come si evince anche solo da questo sommario richiamo, si tratta di norme che hanno un ambito di applicazione differente: alcune concernano la s.r.l.; altre le società di capitali in genere; altre ancora sembrano valere sia per l'imprenditore individuale sia per le società.

Naturalmente ulteriori regole societarie sono presenti in altre norme: al proposito, al fine di dare uno sguardo al futuro diritto societario della crisi, pare opportuno esaminare partitamente le disposizioni introdotte dalla riforma societaria *in itinere* distinguendo tra quelle applicabili:

- alle società *in bonis* (o comunque non necessariamente in una situazione di allerta, crisi o insolvenza);
- alle società in una situazione di fondati indizi di crisi, che giustifichi il ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi;
- alle società in stato di crisi o di insolvenza;
- alle società sottoposte a procedure concorsuali.

4 - Le norme societarie di carattere generale

Appartengono al primo gruppo le norme relative alla responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali ed all'estensione a tale tipo della procedura di denuncia al Tribunale di gravi irregolarità; fanno parte ancora di tale ambito le regole relative alla creazione di assetti adeguati per la rilevazione della crisi. Mi sembrano da collocare in questo contesto anche alcune delle nuove disposizioni in tema di gruppi. Si tratta, si ripete, di norme non necessariamente legate ad una società in stato di crisi e quindi che valgono anche per le società *in bonis*. Si tratta ancora, come cercherò di dimostrare nelle pagine seguenti, di regole di rilevante portata sistematica.

4.1. L'art. 13 alla lettera a) del disegno di legge prevede l'applicabilità dell'art. 2394 c.c. (che, come è noto, disciplina la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali) alla società a responsabilità limitata, nonché l'abrogazione dell'art. 2394 *bis*, relativo alla legittimazione del curatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori nonché di quella verso i creditori sociali, norma invero superata dalla previsione contenuta nell'art. 146 l. f..

L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. (e quindi anche dei componenti dell'organo di controllo e dei soci gestori) anche nei confronti dei creditori sociali, pur non prevista nell'ambito della disciplina della s.r.l., viene affermata dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti sulla base di vari argomenti di carattere sistematico, che fanno appello al principio generale del *neminem laedere* e comunque ad un'esigenza di parità di trattamento rispetto ai gestori di s.p.a. (4). Si tratta quindi della "codificazione" di una regola già sostanzialmente presente nel diritto vivente.

4.2. A sua volta la lettera f) dell'art. 13 prevede l'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 2409 c.c., in tema di denuncia al Tribunale di gravi irregolarità, anche alla s.r.l., espressamente stabilendo che ciò vale pure nel caso di società prive dell'organo di controllo.

Tale statuizione in parte costituisce il recepimento di un'interpretazione diffusa in dottrina e in giurisprudenza (5), in parte rappresenta una novità significativa. Infatti, è largamente accolta l'opinione per cui i sindaci di s.r.l. sono legittimati alla denuncia al Tribunale delle gravi irregolarità poste in essere dagli amministratori. Tale conclusione pare oggi avvalorata dal nuovo testo dell'art. 2477 c.c., ove si richiama la disciplina dei sindaci della s.p.a.. Per contro, dato il silenzio del legislatore al proposito, non si ritengono legittimati i soci che raggiungano il 10% del capitale sociale, avendo ciascuno di essi la possibilità non solo di agire in responsabilità, ma anche di richiedere la revoca dell'amministratore.

Tuttavia, fin dai primi commenti alla riforma delle società, è stata posta in evidenza la profonda differenza tra i due strumenti processuali: infatti, in un caso, il Tribunale si limita a revocare l'amministratore, ma non può intervenire ulteriormente; mentre, nell'altro, può nominare un

amministratore giudiziario con i compiti e i poteri previsti appunto dall'art. 2409 c.c.. Attribuire ai soci (applicando l'art. 2409 c.c. si tratta di soci che raggiungano la percentuale del 10%) la facoltà di denunciare al Tribunale le gravi irregolarità significa sicuramente dar loro un potere di reazione più completo ed incisivo rispetto alla semplice revoca dell'amministratore.

4.3. La lettera b) dell'art. 13, come si è già osservato, prevede il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Tale dovere, stando al dato letterale della norma, viene riferito all'imprenditore e agli organi sociali, senza ulteriori specificazioni e quindi è da intendersi come facente capo quantomeno agli organi sociali delle società di capitali e pertanto anche ai gestori di s.r.l.. Pare difficile ritenere che questi ultimi abbiano esclusivamente l'obbligo di istituire gli assetti adeguati aventi il contenuto ora richiamato e non, più genericamente, gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili previsti dall'art. 2381 c.c.

Oggi all'interrogativo concernente l'obbligatorietà o meno della predisposizione di assetti adeguati nell'ambito della s.r.l., tenuto conto del silenzio del legislatore, è possibile fornire una delle seguenti risposte (6).

Una prima soluzione potrebbe essere nel senso dell'assenza di un simile dovere e ciò in particolare alla luce della mancanza di indicazioni espresse da parte del legislatore.

Una seconda, esattamente opposta alla precedente, potrebbe essere nel senso della sussistenza dell'obbligo, attraverso l'estensione, sia pure con i necessari limiti e correttivi, delle norme dettate in tema di società per azioni.

Ma sarebbe anche adottabile un'ulteriore soluzione, di carattere intermedio, che limiti l'obbligo ai casi in cui risulta necessaria la presenza di un organo di controllo o del revisore. Tale tesi potrebbe trovare un aggancio normativo nel quinto comma dell'art. 2477 c.c., in cui si prevede che, nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni. Tra esse vi è l'art. 2403 c.c., che prevede appunto la vigilanza sugli assetti organizzativi. Se si accogliesse tale opinione, sussisterebbe una sorta di binomio: presenza necessaria dell'organo di controllo – obbligo di creazione di assetti adeguati. Rimarrebbe il dubbio se tale obbligo sussista anche qualora venisse scelta l'opzione di nominare un revisore (o una società di revisione).

La prima soluzione non pare accoglibile in quanto, almeno con riferimento all'ipotesi della presenza obbligatoria dell'organo di controllo, il rinvio alla disciplina della s.p.a., e quindi in particolare alla norma fondamentale che elenca le competenze dei sindaci, esclude che vi sia un vero e proprio vuoto normativo e sembra per contro chiaramente presupporre la sussistenza dell'obbligo di redigere gli assetti adeguati.

Anche la soluzione per così dire intermedia, pur avendo una certa sua razionalità, pare poco persuasiva, tenuto conto della rilevanza di questi ultimi. In altre parole, se può essere comprensibile che il controllo “istituzionale” sia necessario solo in presenza di s.r.l. “sopra soglia”, pare difficile ipotizzare che la creazione di assetti adeguati costituisca un obbligo limitato a tale ambito.

Vari argomenti sembrano, per contro, giustificare la sussistenza dell’obbligo in questione in ogni caso di s.r.l., così come in ogni caso di s.p.a..

Si tratta invero, a mio avviso, di una regola non correlata ai caratteri tipologici dell’uno e dell’altro modello societario, ma alla *governance* di una società caratterizzata dal regime della responsabilità limitata. Pare particolarmente significativa l’enfasi data dal legislatore alla regola nel contesto dei principi di corretta amministrazione. Ciò posto, come sembra molto difficile ipotizzare che questi ultimi non valgano per i gestori di s.r.l., così pare molto difficile ipotizzare che l’applicazione di essi non comprenda la regola sugli assetti.

D’altra parte sia i principi di corretta amministrazione sia conseguentemente l’obbligo di creare assetti adeguati rappresentano parametri di fondamentale rilievo al fine di individuare i presupposti della responsabilità degli amministratori di s.p.a.: per le s.r.l. sembra arduo ipotizzare che valgano parametri differenti.

Lo stesso legislatore stabilisce che gli assetti debbono essere adeguati tenuto conto delle dimensioni dell’impresa e quindi si tratta di procedure adattabili alle diverse realtà ed ai diversi contesti in cui la s.r.l. può essere chiamata ad operare. Il loro contenuto quindi può ridursi a regole di carattere elementare in presenza di micro imprese o assumere la portata e complessità rese necessarie dalla dimensione medio - grande dell’impresa societaria.

In conclusione, anche nella s.r.l., a mio avviso, sussiste l’obbligo della creazione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alle dimensioni ed alla natura dell’impresa.

Con l’attuazione della riforma fallimentare, così come è prevista sia nello schema della Commissione Rordorf sia nel disegno di legge delega, gli organi della s.r.l. risultano espressamente obbligati alla predisposizione degli assetti organizzativi diretti alla rilevazione tempestiva della crisi ed all’individuazione della continuità aziendale. La costruzione di essi comporta sostanzialmente la creazione di procedure che tengano conto di ogni profilo di carattere contabile e di molti aspetti di natura organizzativa e amministrativa. Una volta stabilito quest’obbligo, sembra veramente difficile pervenire alla conclusione che la previsione del dovere di creare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla dimensione dell’impresa non valga per la s.r.l..

4.4. Come è noto e come è stato ampiamente sottolineato dalla dottrina, il legislatore, nel disciplinare l’amministrazione nell’ambito della società a responsabilità limitata, ha previsto alcuni profili relativi alla struttura e al funzionamento con carattere fortemente innovativo rispetto a quelli

paralleli concernenti la società per azioni: nel contempo sotto altri aspetti ha scelto di non prendere posizione. L'interprete deve quindi affrontare il delicato problema dell'individuazione dei criteri da utilizzare per colmare tali "silenzi".

Invero, è stato lucidamente sottolineato (7), la realtà imprenditoriale conosce vari "modelli" di gestione: sul presupposto di una sostanziale compenetrazione tra soci e amministratori è configurabile e largamente diffusa la figura del *manager* socio; d'altra parte, laddove si verifichi una separazione tra soci e amministratori, viene in considerazione quella del *manager* professionale. Tendenzialmente la prima ipotesi è caratteristica delle piccole - medio imprese societarie, la seconda delle medio - grandi.

Il ruolo e la posizione degli amministratori nell'uno e nell'altro caso sono ovviamente differenti, dal momento che l'amministratore socio gestisce "affari" anche propri, mentre il *manager* professionale gestisce ovviamente "affari" altrui, con una differente propensione al rischio (8).

E' quindi plausibile che la disciplina dell'una e dell'altra fattispecie sia differente.

Alla luce di tali considerazioni si potrebbe ritenere che il "silenzio" della normativa in tema di società a responsabilità limitata, dal momento che tale tipo è tendenzialmente applicabile alle minori imprese, debba essere "riempito" non utilizzando le regole proprie della società per azioni, ma semmai quelle dettate per le società di persone (9). Fermo restando, tuttavia, il ricorso alla disciplina della società per azioni laddove la società a responsabilità limitata venga utilizzata da imprese di medio - grandi dimensioni sul modello del "*manager* professionale": in tal caso e solo in tal caso troverebbe applicazione la normativa costruita per la società per azioni (10).

In altre parole, il silenzio del legislatore consentirebbe, secondo questa prospettiva, l'utilizzo di norme differenti in relazione al modello in concreto assunto dalla società a responsabilità limitata.

Tale soluzione presuppone, tuttavia, che la disciplina dettata per la società per azioni sia "correlata" al modello dell'impresa medio - grande caratterizzato dalla figura del "*manager* professionale". Il che è indubbiamente vero per alcune norme, ma non sembra, a mio avviso, valere con riferimento ai principi fondamentali della *governance* propria della società per azioni.

Invero, come la s.r.l. è utilizzabile con riferimento ad un ampio spettro di ipotesi concrete e quindi tanto dalle società di modeste dimensioni, quanto da quelle con caratteri della grande impresa (fermo restando il solo limite che deve trattarsi di società chiuse, salvo il discorso relativo alle *start up* ed alle P.M.I. innovative), così la società per azioni costituisce sì l'unico tipo fruibile dalla società aperta, ma può essere utilizzata anche da società medio - piccole. Quindi la disciplina della società per azioni, pur essendo tendenzialmente destinata ad imprese medio - grandi, vale anche nell'ipotesi di società per azioni medio - piccole.

Ma c'è di più: i principi fondamentali della *governance* della società per azioni hanno contenuto "aperto" e paiono adattabili in relazione ai vari contesti che siano destinati a disciplinare. Così la regola in tema di diligenza, ancorata al parametro della natura dell'incarico, e quindi del ruolo assunto

dall'amministratore e dell'oggetto e delle dimensioni dell'impresa sociale, collegata, altresì, alla competenza, intesa in senso soggettivo e quindi applicabile in ogni caso; così per i principi di corretta amministrazione; così per il canone dell'agire in modo informato e non in conflitto di interessi.

I principi fondamentali della *governance* sono poi strettamente correlati al regime di responsabilità limitata e costituiscono una sorta di "contrattare" dello stesso.

Alla luce di queste considerazioni mi pare che il vuoto normativo proprio di alcuni aspetti della disciplina della *governance* della società a responsabilità limitata debba essere riempito applicandosi i principi propri della società per azioni, che, data la loro elasticità, consentono di adattarne il contenuto ai vari modelli in concreto assunti dalla società.

L'espressa previsione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali, l'applicazione dell'articolo 2409 c.c. alla s.r.l. anche in assenza dell'organo di controllo, l'obbligo della creazione degli assetti adeguati rappresentano un netto avvicinamento delle regole della s.r.l. a quelle della s.p.a. Se il legislatore della riforma ha inteso dotare la prima di una *governance* differente da quella della seconda, l'evoluzione successiva giurisprudenziale e dottrinale e da ultimo e soprattutto la riforma fallimentare in corso segnano una netta presa di posizione in senso opposto. Naturalmente rimangono in vigore le regole proprie della s.r.l. relative ai sistemi amministrativi ed alla disciplina del funzionamento dell'organo gestorio e del rapporto di amministrazione. Ma i principi fondamentali concernenti la gestione della società e la responsabilità degli amministratori si presentano e si presenteranno ancor più dopo la riforma comuni ai due tipi societari.

In tale contesto appare in stridente contrasto la disciplina oggi vigente relativa al controllo per le s.r.l. "sopra soglia" (11), che consente, come è noto, la scelta da parte dei soci tra la nomina di un sindaco unico, del collegio sindacale o del revisore. Stando al dettato letterale parrebbe possibile che la s.r.l. sopra soglia e quindi anche di medio - grandi dimensioni nomini un revisore, a cui difficilmente può competere il controllo sulla gestione. In dottrina sono stati fatti notevoli approfondimenti al fine di cercare di superare tale conclusione, che pare difficilmente sostenibile anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, creando un'evidente disparità di trattamento tra s.p.a. e s.r.l. Sembra infatti del tutto incoerente un sistema che estenda le regole della *governance* della s.p.a. alla s.r.l., che preveda l'applicabilità della disciplina dei sindaci di s.p.a. a quelli di s.r.l., che consenta ai soci di minoranza qualificata, oltre che ai sindaci, di avvalersi del procedimento *ex art.* 2409 c.c. e che nel contempo permetta ai soci di s.r.l. di sostanzialmente eliminare il controllo sulla gestione nominando un revisore. Parrebbe opportuno che, oltre agli interventi previsti nel disegno di legge delega modificativi del codice civile, venisse introdotto un ulteriore "tassello" che riformasse la disciplina del controllo nelle s.r.l. sopra soglia, eliminando la possibilità della nomina del solo revisore in alternativa al collegio sindacale e al sindaco unico.

4.5. Il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale fa capo, conformemente a quanto previsto dall'art. 13 lett. b) del disegno di legge delega, all'imprenditore e agli organi sociali. La regola è sicuramente di notevole rilievo sia evidentemente sotto il profilo operativo, sia anche sotto quello sistematico.

Come è noto, la creazione degli assetti adeguati rappresenta, nell'ottica della disciplina della s.p.a. e come fatto palese dall'art. 2403 c.c., il fondamentale profilo derivante dall'obbligo di agire secondo corretti criteri amministrativi (12). L'innovazione introdotta dal disegno di legge delega pare estendere tale dovere (o quanto meno quello consistente nella predisposizione degli assetti diretti alla rilevazione della crisi) agli organi di tutte le società ed anche allo stesso imprenditore individuale.

Sullo sfondo della regola in esame parrebbe forse potersi intravedere la convinzione che i principi fondamentali della *governance* delle s.p.a. abbiano una portata generale, estensibile a tutti gli imprenditori, naturalmente declinabili in modo differente a seconda dei vari contesti. Si tratta invero di "clausole" generali e quindi di regole aperte adattabili all'oggetto, alle dimensioni ed alle caratteristiche delle singole imprese.

4.6. Nell'ambito della disciplina della procedura di liquidazione giudiziale, contenuta nell'art. 7 del disegno di legge delega, e precisamente al punto 5 lett. c), si dispone che, ai fini dell'esercizio delle azioni di responsabilità, il Governo prevede la legittimazione del curatore a promuovere o a proseguire per le società di persone l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale.

L'azione di responsabilità non è in pratica promossa dal curatore del fallimento di una società di persone in quanto l'amministratore è socio illimitatamente responsabile e quindi soggetto a fallimento per estensione.

Come risulta dalla norma ora richiamata, in sede di riforma viene ipotizzata la promozione di tale azione nei confronti del socio amministratore a cui non sia stata estesa la procedura di liquidazione giudiziale (che nella prospettiva della riforma sostituisce il fallimento). Astrattamente sembrano ipotizzabili due casi. Il primo è quello dell'amministratore *ex socio*, non soggetto a fallimento per estensione per il decorso dell'anno o perché l'insolvenza è nata dopo la cessazione (o meglio la pubblicità della cessazione) del rapporto sociale, che, nel periodo in cui ha rivestito il ruolo di amministratore, abbia posto in essere atti di *mala gestio*.

La seconda ipotesi astrattamente configurabile avrebbe per contro un notevole impatto e potrebbe modificare sensibilmente il sistema delle società di persone quale tradizionalmente ricostruito. Si tratterebbe del caso dell'amministratore non socio, che comporterebbe appunto l'ammissibilità di tale fattispecie. Il tema assume particolare rilievo per le società di persone costituite da società di capitali,

ove l'alternativa non può che essere tra l'ammissibilità della nomina di un amministratore non socio o di quella di un gestore persona giuridica.

4.7. Nell'ambito della disciplina dedicata ai gruppi d'impresе (13), contenuta nell'art. 3 del disegno di legge, è prevista, nell'ipotesi di gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo, l'attribuzione al curatore, anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo, del potere di:

- azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse ad un'altra impresa del gruppo in danno dei creditori;
- esercitare le azioni di responsabilità previste in caso di non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento;
- promuovere la denuncia di gravi irregolarità gestionali nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale.

Si tratta di regole che incidono profondamente sulla disciplina dei gruppi. Infatti è introdotta la possibilità per il curatore di esercitare una serie di azioni giudiziarie nei confronti delle società e degli organi delle stesse anche se non insolventi. In altre parole l'appartenenza al gruppo, al cui interno sussistano società insolventi, modifica le regole societarie applicabili alle società del gruppo non insolventi.

5 - Le norme societarie applicabili in caso di fondati indizi della crisi

Come è noto, uno dei profili di maggior novità è quello relativo all'introduzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi previste e disciplinate dall'art. 4 del disegno di legge. Sono altresì note il dibattito in dottrina sulla loro opportunità e le discussioni che si sono avute al proposito durante *l'iter* della precedente riforma fallimentare (14).

Le procedure in esame hanno carattere non giudiziale e confidenziale (anche se nella versione governativa del disegno di legge tali connotati sono venuti in parte meno) e sono finalizzate ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori con l'attribuzione della relativa competenza ad un'apposita Sezione specializzata degli Organismi di composizione della crisi. Il presupposto per il ricorso ad esse è costituito dalla presenza di fondati indizi della crisi. La nuova disciplina introduce un ulteriore obbligo a carico degli organi di controllo, del revisore contabile e delle società di revisione. Pertanto è presente anche nel caso di s.r.l. sopra soglia che abbiano nominato un revisore. Naturalmente non si applica alle s.r.l. sotto soglia e alle società di persone, fermo restando che l'attivazione delle procedure in caso di fondati indizi di crisi grava innanzitutto sugli amministratori.

In primo luogo, l'organo di controllo o il revisore debbono avvisare immediatamente i gestori dell'esistenza di fondati indizi della crisi e quindi hanno il dovere di monitoraggio dello "stato di salute" della società, coerente con quello di creare assetti organizzativi adeguati a tal fine; e che in ogni caso anche oggi è da ritenere rientrante nel compito di vigilanza proprio di tali organi e soggetti. In secondo luogo, nel caso in cui l'organo gestorio tenga un comportamento omissivo o inadeguato, gli organi di controllo e il revisore debbono attivarsi informando direttamente l'Organismo di composizione della crisi.

Il legislatore delegato potrà fornire un'eventuale disciplina maggiormente analitica, che preveda anche il ruolo assegnato all'assemblea.

L'Organismo di composizione della crisi a sua volta deve convocare non solo il debitore ma anche, in caso di società dotata di organo di controllo, quest'ultimo (non si prevede la convocazione del revisore).

L'articolata procedura di composizione della crisi, che vede come protagonisti, oltre all'Organismo di composizione, il soggetto incaricato di addivenire ad una soluzione concordata, il Giudice, il Presidente del Tribunale, comporta una serie di doveri, in primo luogo, come si è osservato, a carico dei gestori della società con conseguente responsabilità nel caso di mancato ricorso a tale strumento o di omessa adozione di quanto necessario per pervenire alla soluzione della crisi. Parallelamente sarà compito dell'organo di controllo vigilare sull'esercizio di tale attività e in caso di inerzia attivarsi nel modo più opportuno.

Si tratta quindi di ricostruire comportamenti ed obblighi e, in altre parole, di rimeditare la *governance* delle società in presenza di fondati indizi della crisi.

6 - Le norme societarie applicabili in caso di crisi o di insolvenza

La riforma ha cura di precisare la nozione di stato di crisi e di insolvenza. Al legislatore delegato viene affidato il compito di introdurre una definizione dello stato di crisi da intendere come "probabilità di futura insolvenza". Per contro dovrà mantenere l'attuale nozione di insolvenza così come delineata dall' art. 5 l. f. (cfr. l'art. 2, comma 1 lettera c)).

Come si è già osservato, l'art. 13, lettera b), oltre al dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, introduce quello "di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento, per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

Tale obbligo fa capo all'imprenditore e agli organi sociali e quindi sia all'imprenditore individuale sia alle società soggette a procedura concorsuale. Gli strumenti a cui allude il legislatore

ricomprendono quelli costituiti dalle procedure di allerta, il concordato preventivo in continuità, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il piano attestato.

Pare ovvio che l'obbligo in esame sussiste solo qualora ci sia la possibilità di un superamento della crisi, altrimenti l'imprenditore dovrà far riferimento alla liquidazione giudiziale o al concordato liquidatorio, nei limiti in cui è consentito dalla riforma fallimentare.

Nulla dice il disegno di legge sugli organi sociali cui spetta tale obbligo. Si pongono quindi delicati problemi in ordine alle competenze dell'assemblea ed alla possibilità di sciogliere la società anche nel caso in cui la crisi appaia superabile (15).

7. Le norme societarie applicabili in caso di società sottoposte a procedure concorsuali.

7.1. L'art. 13 del disegno di legge, già richiamato, contiene alcune norme che modificano il diritto societario nel caso di società assoggettata a procedura concorsuale.

In particolare, ai sensi della lett. c), l'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale viene qualificato come causa di scioglimento delle società di capitali. Nel testo originario del codice civile valeva questa regola; poi è stata abrogata in occasione della riforma societaria (16) ed ora viene ripristinata. In tal modo si ricostruisce la stessa disciplina per le società di persone e per quelle di capitali.

L'operatività della causa di scioglimento per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale o, nel caso di società cooperative, per la sua perdita, nonché degli obblighi posti a carico degli organi sociali in caso di mancata diminuzione della perdita a meno di un terzo del capitale entro l'esercizio successivo e di riduzione del capitale al disotto del limite legale può essere sospesa "*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*": così dispone l'art. 13, lett. d) del disegno di legge delega.

Oggi, com'è noto, il deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche in bianco, nonché della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ha per effetto di sospendere l'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale e ciò fino all'omologazione (art. 182 *sexies* l.f.)(17). La nuova regola si estende alle procedure di allerta ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti e sembra prevedere non un automatismo, ma la necessità di un intervento dell'Organismo di composizione della crisi o del Giudice per ottenere tale effetto.

Ai sensi dell'art. 2486 c.c. al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna ai liquidatori dei libri sociali, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale e sono personalmente e

solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi per atti o omissioni compiuti in violazione della regola ora richiamata.

Il legislatore delegante affida al delegato il compito di fissare i criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro l'organo di amministrazione della società fondata sulla violazione della norma in esame. Così dispone la lett. e) dell'art. 13 del disegno di legge delega.

7.2. Con riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale disciplinata dall'art.7 viene stabilito che il Governo deve prevedere la legittimazione del Curatore a promuovere o a proseguire:

- per le società di capitali e le società cooperative sia l'azione sociale di responsabilità sia l'azione spettante ai creditori sociali, sia ancora quella nei confronti dei soci di s.r.l.;

- sempre per le società di capitali e per le società cooperative le azioni di responsabilità derivanti dal non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento;

- l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali in caso di violazione delle regole di separazione fra uno o più patrimoni destinati e quello della società;

- per le società di persone l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziarie (su cui v. il precedente punto 4.6).

7.3. Nell'ambito dei principi dettati dall'art. 6 del disegno di legge in tema di concordato preventivo particolare rilievo, a mio avviso, assume quanto previsto nella lett. b) del secondo comma: nell'esercizio della delega, il Governo deve "imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori o ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio nominato dal Tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea, con la garanzia di adeguati strumenti di informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci".

La norma si colloca sulla "scia" dell'art. 185 l.f., introdotto nel 2015 (18), che impone al debitore il compimento di ogni atto necessario all'esecuzione della proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora sia stata approvata e omologata; in mancanza, il commissario giudiziale deve riferire al Tribunale che gli può attribuire i poteri necessari; analogamente la denuncia può essere effettuata dal soggetto che ha presentato la proposta; inoltre il Tribunale può revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario con il potere di compiere gli atti necessari per l'esecuzione della proposta, ivi incluse, qualora preveda un aumento del capitale sociale, la convocazione dell'assemblea straordinaria e l'esercizio del voto nella stessa.

La disposizione contenuta nel disegno di legge appare di più larga portata: pur riguardando sempre l'attuazione di una proposta di concordato preventivo approvata e omologata, si riferisce ad ogni tipo di essa, provenga dal debitore o da terzi; fissa l'obbligo degli "organi della società" di dare tempestiva attuazione alla proposta e quindi concerne gli amministratori, l'assemblea, i soci gestori di s.r.l., i soci di società di persone. In presenza di comportamenti dilatori o ostruzionistici prevede che venga affidata l'attuazione della proposta ad un amministratore provvisorio con "espropriazione" dei poteri dell'assemblea o del diritto di voto dei soci.

La regola, nella sua ampia portata, ha sicuramente un rilievo operativo significativo ed è coerente con la presenza di una proposta approvata ed omologata e quindi divenuta definitiva. La disposizione inoltre pare avere una rilevante portata sistematica anche *a contrario*, dimostrando come l'assemblea (e i soci) conservino le normali competenze e la normale libertà di scelta anche in una situazione di crisi o in caso di società sottoposta a procedura concorsuale.

Come infatti è stato osservato di recente, l'art. 185 l. f. e il principio contenuto nel disegno di legge delega ora richiamato sono ispirati "alla necessità di garantire l'adempimento di una proposta", ma non pongono "in termini generali un principio di scardinamento delle prerogative dei soci in ogni caso di procedura di risanamento"(19).

7.4. Il discorso dovrebbe allargarsi alla riflessione sul ruolo dell'assemblea nel caso di una società in situazione di crisi. Le norme di diritto comune di riferimento sono in particolare quelle che disciplinano la perdita rilevante del capitale e la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.

Com'è noto, in caso di perdita che riduca il capitale sociale al disotto del minimo o lo azzeri, gli amministratori debbono constatare la sussistenza della causa di scioglimento, a meno che l'assemblea provveda a ricapitalizzare la società oppure a trasformarla. Lo scioglimento della società non si verifica (come si è già osservato) anche nel caso in cui venga presentata una domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. E' pacifico che i soci non abbiano alcun obbligo di ricapitalizzare la società.

Più problematica invece è la qualificazione come causa di impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale del venir meno dell'equilibrio economico - finanziario, che pregiudichi la possibilità della continuità aziendale (20). Secondo un orientamento, si tratterebbe di impossibilità sopravvenuta della causa e non dell'oggetto sociale. A mio avviso, il venir meno della continuità aziendale pregiudica la stessa possibilità di esercitare l'attività oggetto della società. In ogni caso spetta agli amministratori accertare la sussistenza di tale causa di scioglimento, fermo restando il ricorso all'assemblea per un eventuale intervento, in particolare finanziario, diretto al riequilibrio. Anche in questo caso l'assemblea è libera di decidere. Anche in questo caso si potrebbe ritenere che la

presentazione di una domanda di concordato preventivo o diretta all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti renda inoperante la causa di scioglimento. Il (futuro) legislatore potrebbe estendere espressamente a questa ipotesi la norma sulla sospensione dell'operatività della causa di scioglimento per la perdita del capitale.

In conclusione, l'intento del legislatore di favorire o forse di imporre il ricorso alle procedure concorsuali in senso lato, ivi comprese quelle di prevenzione e di allerta, in presenza di indizi di crisi, di crisi o di insolvenza della società certamente concerne la posizione e gli obblighi degli amministratori e degli organi di controllo, ma non pare incidere sulla posizione dei soci. Dubbio invero può porsi nel caso in cui sia stata affidata all'assemblea la competenza di proporre la domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Qualora rimanesse inerte, quale atteggiamento debbono tenere gli amministratori e i componenti dell'organo di controllo?

Più facile forse è il discorso nel caso in cui l'assemblea frapponga ostacoli alla adozione di una procedura concorsuale. Gli amministratori possono, anzi debbono disattendere le deliberazioni illegittime o pregiudizievoli e quindi ben possono in tal caso procedere ugualmente utilizzando i propri poteri (21).

In tale contesto particolare rilievo potrebbero assumere le deliberazioni assembleari consultive (22), potendo gli amministratori, prima di assumere decisioni di particolare delicatezza in caso di crisi, acquisire il parere dell'assemblea (o dei soci).

7.5. Regole peculiari sono poi dettate con riferimento ai finanziamenti dei soci di s.r.l. o infragruppo.

L'art. 6 del disegno di legge delega in tema di concordato preventivo dispone, alla lett. o) del primo comma, che il legislatore delegato deve *"prevedere il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi"*. Non sono quindi indicati principi o regole particolari, ma tuttavia viene fissato l'obiettivo della semplificazione dell'attuale complessa e in qualche misura aggrovigliata disciplina dei finanziamenti, che prevede varie tipologie sia in relazione alla loro finalità (finanziamenti in funzione, in esecuzione, in occasione del concordato) sia con riferimento ai finanziatori (finanziamenti effettuati da terzi o dai soci o infragruppo).

A sua volta, l'art. 3 in tema di gruppi di imprese, al comma primo, lett. f), stabilisce, invece, con una norma dai contorni specifici, *"il principio di postergazione del rimborso dei crediti di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 2467 c.c., fatte salve le deroghe dirette a favorire l'erogazione di finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti"*. Vale quindi la regola della postergazione nel caso di finanziamenti infragruppo con espresso richiamo alla disciplina dettata per i finanziamenti dei soci di s.r.l. La sua area di applicazione si estende a qualsiasi tipo di società (o anche, sembrerebbe, di impresa individuale) purché

appartenenti allo stesso gruppo. I presupposti sono quelli stabiliti nell'ambito delle s.r.l. e quindi la concessione di un finanziamento in una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento oppure nell'ipotesi in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento (o un versamento a fondo perduto). Tuttavia il legislatore ammette la possibilità di introdurre deroghe (senza specificarne l'ampiezza) volte a favorire finanziamenti effettuati in funzione o in esecuzione delle due procedure sopra richiamate. Non sono previste invece deroghe per il caso di finanziamenti posti in essere in occasione delle stesse.

Come è noto, la disciplina vigente, contenuta negli artt. 182 *quater* l.f. e 182 *quinquies* l. f., prevede la prededucibilità in caso di finanziamenti in esecuzione e in funzione del concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, nonché in occasione dei medesimi, con una regola particolare per i finanziamenti urgenti.

Sussistono poi norme peculiari per i finanziamenti in funzione o in esecuzione effettuati dai soci o infragruppo, con la previsione di una prededucibilità ridotta all'80%. La stessa regola non è estesa ai finanziamenti in occasione, è quindi dubbio se gli stessi siano prededucibili integralmente o nei limiti dell'80% oppure se per essi valga il principio della postergazione (23).

La complessa e spesso di non agevole interpretazione disciplina attuale dei finanziamenti richiede sicuramente un intervento diretto a semplificarne e a chiarirne il contenuto. Penso inoltre che sia opportuno introdurre regole in parallelo che riguardino sia i finanziamenti dei soci sia quelli infragruppo (così come fa il legislatore civilistico); potrebbe essere poi utile modificare il testo richiamato in tema di gruppi per evitare che le deroghe non possano valere in caso di finanziamenti in occasione (a meno che la stessa scelta si voglia effettuare anche per i finanziamenti dei soci, scelta per altro poco comprensibile dato che si tratta di finanziamenti diretti a favorire le procedure di concordato e gli accordi di ristrutturazione sostanzialmente nella prospettiva della continuazione dell'impresa) (24).

7.6. La disciplina dei gruppi contenuta nell'art. 3 prevede poi rilevanti modificazioni rispetto a quella comune, in particolare in relazione alle regole sulla postergazione.

Come si è già sottolineato, il disegno di legge introduce un' importante disciplina relativa ai gruppi di imprese, che rappresenta un'innovazione di notevole rilievo rispetto all'attuale legge fallimentare che, a parte le regole sull'amministrazione straordinaria, non prende sostanzialmente in considerazione il fenomeno del gruppo.

La lettera a) del primo comma stabilisce che il legislatore delegato dovrà delineare una definizione di gruppo di imprese che abbia come punto di riferimento la nozione di direzione e coordinamento così come prevista dagli artt. 2497 ss. c.c. e 2545 *septies* c.c.. E' prevista, come già presente nell'attuale disciplina contenuta nell'art. 2497 *sexies* c.c., una presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo, così come definito dall'art. 2359 c.c..

Inoltre il legislatore delegato, ai sensi della lettera b), dovrà prescrivere specifici obblighi dichiarativi, nonché il deposito del bilancio consolidato di gruppo, ove redatto, a carico delle imprese appartenenti al gruppo, a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista del loro assoggettamento a procedure concorsuali. Si tratta di un primo profilo della disciplina dei gruppi di carattere societario, che sottolinea gli obblighi di trasparenza e di informazione.

Un secondo profilo riguarda la disciplina dei finanziamenti infragruppo, contenuta nella lettera f) del primo comma, già illustrata nel precedente punto 7.5.

Infine un ulteriore aspetto concernente il diritto societario è previsto nella lettera c) del punto 3, che legittima il Curatore a promuovere azioni dirette a conseguire rimedi contro operazioni pregiudizievoli, a far valere la responsabilità per il non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, a denunciare al Tribunale gravi irregolarità, e ciò anche nei confronti di imprese del gruppo non insolventi. Tale aspetto è già stato precedentemente illustrato nel punto 4.7 (25).

7.7. Le disposizioni sulle operazioni straordinarie vengono in parte modificate nel caso in cui siano previste nel corso della procedura di concordato.

In conformità della lett. c) del secondo comma dell'art. 6, nel caso di operazioni straordinarie (trasformazione, fusione o scissione) poste in essere nel corso della procedura vengono derogate o integrate alcune importanti regole relative ai creditori, agli effetti delle operazioni e alla posizione dei soci.

Probabilmente la norma, che non prevede deroghe alla disciplina codicistica, deve essere coordinata con quest'ultima, nel senso che trova applicazione là dove le operazioni siano ammissibili. Inoltre la normativa in esame ha come presupposto l'effettuazione delle operazioni nel corso della procedura e quindi non riguarda quelle prodromiche alla stessa.

La prima disposizione peculiare concerne l'opposizione dei creditori, che può essere proposta solo in sede di controllo giudiziario sulla legittimità della domanda concordataria e quindi sembrerebbe nell'ambito della procedura di omologazione. Oppure deve ritenersi che l'opposizione possa essere proposta anche nel contesto del giudizio di ammissibilità della domanda? In altre parole, la regola vale anche nel caso di operazione straordinaria posta in essere dopo la domanda di concordato in bianco? Inoltre il legislatore delegato dovrà risolvere il problema relativo all'efficacia dell'operazione: avrà effetto immediato oppure, come sembrerebbe plausibile, solo al momento del controllo giudiziale in mancanza di opposizione? E in sede di controllo giudiziale quali sono i poteri del Giudice? Quelli che valgono nel caso di opposizione? Naturalmente per la trasformazione l'opposizione, ai sensi della disciplina codicistica, potrà venire in considerazione solo in caso di trasformazione eterogenea.

La soluzione accolta dal legislatore delegante rende quindi compatibile l'opposizione dei creditori con le operazioni straordinarie in corso di procedura. Ma ciò vale anche qualora l'operazione

sia compiuta in esecuzione della procedura e di un piano quindi approvato dai creditori? La risposta mi pare dover essere negativa, dal momento che non sussiste più un controllo da parte del Giudice e d'altra parte il piano ha avuto l'approvazione della maggioranza dei creditori ed è stato oggetto dell'omologa.

Inoltre gli effetti dell'operazione in esame sono dichiarati irreversibili anche in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o dei terzi danneggiati, in conformità a quanto previsto dalla disciplina della nullità dell'atto di trasformazione (art. 2500 *bis* c.c.) o di fusione (art. 2504 *quater* c.c.). Da tale regola pare dedursi che gli effetti delle operazioni straordinarie sono sempre irreversibili, naturalmente quando effettuate nel corso della procedura di concordato, e quindi non è ammessa un'azione invalidante nell'intervallo tra la deliberazione e l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. La regola vale anche nel caso di fusione posta in essere in esecuzione del piano approvato e omologato?

L'ultimo profilo concerne il diritto di recesso, che è escluso quando sia conseguenza di operazioni incidenti sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società. La norma non vale solo per le operazioni straordinarie, ma anche, come sembra, per altre operazioni. E in ogni caso occorre una deliberazione dell'assemblea straordinaria delle s.p.a. o dell'assemblea qualificata delle s.r.l.

Nel sistema attuale si è osservato che *"non appare azzardato sostenere che la tutela dell'interesse comune dei creditori che si realizza attraverso la votazione e l'approvazione a maggioranza della proposta concordataria e l'eventuale opposizione all'omologazione, quando ne ricorrono i presupposti, si sostituisca alla tutela individuale rappresentata dal diritto di opposizione del creditore alla fusione"* (26). Per contro lo stesso Autore ritiene che nel sistema attuale non vi sia *"ragione per negare al socio non consenziente l'esercizio del diritto di recesso"* in caso di trasformazione: *"il credito del socio receduto potrà essere soddisfatto unicamente attraverso l'acquisto delle partecipazioni da parte degli altri soci o di terzi, senza alcun pregiudizio per i creditori anteriori alla presentazione della domanda di concordato, o risulterà inevitabilmente postergato al soddisfacimento dei creditori concordatari"* (27).

7.8. Norme particolari valgono poi per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Sotto il profilo societario viene in considerazione il primo comma dell'art. 13, lett. p), che estende alla procedura di amministrazione straordinaria riguardante i gruppi di impresa i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 3 e quindi, in particolare, per quanto interessa in questa sede, le regole concernenti la trasparenza dell'informazione, i finanziamenti infragruppo, la legittimazione del commissario ad esperire le azioni previste nella disciplina richiamata anche nei confronti di imprese del gruppo non insolventi.

8 - Uno sguardo di sintesi

Come si è osservato nelle pagine precedenti, il legislatore della riforma in corso non solo ha introdotto principi e regole peculiari in caso di indizi di crisi, crisi o insolvenza, o ancora di sottoposizione a procedure concorsuali, ma anche dettato disposizioni che valgono per le società *in bonis* sia pure con il principale obiettivo di "scongiurare" la crisi o l'insolvenza. Si tratta di regole - lo si è visto - che concernono la s.r.l. oppure le società di capitali e le stesse società di persone o anche le imprese individuali. Si tratta di regole che hanno certamente un notevole rilievo e una rilevante portata sistematica.

La riforma delineata dallo schema della Commissione Rordorf e dal disegno di legge delega è quindi anche una significativa riforma societaria. D'altra parte forse è impossibile costruire una riforma fallimentare che non sia anche in qualche misura una riforma societaria. Ed oggi il legislatore ha ben presente la circostanza che l'impresa in crisi o insolvente è normalmente una società e che la medio - grande impresa si presenta normalmente con la struttura del gruppo.

Se questo è vero, nasce spontanea la domanda circa il rapporto di continuità o di discontinuità tra la riforma societaria del 2003 e quella anche societaria attuale.

Al proposito mi pare che sia necessario tener conto della realtà fattuale e come lo spazio occupato dalla società per azioni non quotata vada sempre più riducendosi a favore delle s.r.l.. Oggi, a parte la presenza ancora notevole di società di persone, le società di capitali tendono ad adottare la forma delle s.r.l. o delle s.p.a. ad azionariato diffuse o quotate (o quanto meno delle s.p.a. che aspirano a diventare tali).

Ritornando alla domanda ora formulata, non mi pare possibile una risposta unitaria. L'attuale riforma fallimentare, per gli aspetti che concernono la società per azioni, mi sembra collocarsi nel solco delle innovazioni introdotte nel 2003, valorizzando sempre più la previsione degli assetti adeguati, la disciplina dei gruppi e in particolare dell'esercizio del potere di eterodirezione, la flessibilità nell'applicazione delle operazioni straordinarie.

Discorso differente vale nel confronto tra le nuove regole previste nel disegno di legge per le s.r.l. e la disciplina di tale tipo societario quale costruita e pensata dal legislatore nel 2003. Almeno sotto il profilo dei principi generali della *governance*, ed in particolare delle regole di condotta nella gestione della società e delle conseguenti responsabilità, oggi il disegno di legge pare avvicinare fortemente la s.r.l. alla s.p.a., eliminando una serie di differenziazioni quali risultanti dal dato letterale della riforma del 2003. Ma se è ravvisabile una discontinuità tra il dato normativo del 2003 e l'attuale disegno di legge, quest'ultimo si pone invece in continuità con l'interpretazione e l'applicazione delle regole della *governance* della s.r.l. oggi largamente condivisa in dottrina e in giurisprudenza.

(1) MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 822 ss.; TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, 3, Torino, 2014, p. 2835 ss., che perviene alla conclusione per cui, con riferimento al ruolo del "diritto societario della crisi" ed al suo rapporto con il "diritto societario generale", "la soluzione preferibile porta a configurare il primo come un sistema tendenzialmente autonomo rispetto al secondo. A bene vedere, questa opzione teorica si giustifica e si lascia preferire, in quanto consente di meglio realizzare quei valori e quelli obbiettivi che l'ordinamento ha voluto perseguire in caso di crisi di un' impresa societaria"; AA. VV., *Diritto societario e crisi di impresa* a cura di U. Tombari, Torino, 2014.

(2) Mi sia consentito di rinviare a CAGNASSO, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali* diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, II, Torino, 2016, p. 2616 ss..

(3) Sulla riforma "Rordorf" v. ARATO; *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge elaborato dalla Commissione Rordorf*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, cit., p. 4527 ss.; AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l.132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016; JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 261 ss.; MEO, *I soci e il risanamento. Riflessione a margine dello Schema di legge -delega proposto dalla Commissione di riforma*, *ibid.*, p. 286 ss..

(4) Sul nodo interpretativo concernente la sussistenza o meno della responsabilità degli amministratori (dei componenti dell'organo di controllo, dei soci gestori) di s.r.l. nei confronti dei creditori sociali e quindi della conseguente azione esperibile dal curatore, tenuto conto del silenzio del legislatore nel contesto di una norma che disciplina la responsabilità verso la società e i singoli soci o terzi, v., di recente, con ampie indicazioni, M. RESCIGNO, *Il problema dell'azione dei creditori*, in *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, p. 707 ss.; GIANI, *Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, in *Codice della società a responsabilità limitata* diretto da O. Cagnasso e A. Mambriani, Roma, 2015, p. 481 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1095 ss..

(5) Sull'applicabilità dell'art. 2409 c. c. alla s.r.l. in presenza del collegio sindacale v., di recente, PACE, *Sindaco e revisione legale dei conti*, in *Codice della società a responsabilità limitata*, cit., p. 583 ss., ove ampi riferimenti di giurisprudenza e di dottrina; in dottrina v., per tutti, ZANARONE, *op. cit.*, p. 1168 ss.; PRESTI, *La s.r.l. e la scomparsa dell'art. 2409 c.c.: la difficile "elaborazione" del lutto*, in *Il diritto delle società oggi*, Torino, 2011, p. 415 ss..

(6) Sull'estensibilità alla s.r.l. della disciplina relativa agli assetti adeguati mi sia consentito di rinviare a CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*. Opera diretta da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 573 ss.

(7) ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1217 ss..

(8) ANGELICI, *op. cit.*, p. 1224 ss..

(9) ANGELICI, *op. cit.*, p. 1229.

(10) ANGELICI, *op. cit.*, p. 1229.

(11) Sull'innovazione che ha introdotto, almeno sotto il profilo testuale, la facoltà di scelta tra collegio sindacale, sindaco unico e revisore con il conseguente, probabile venir meno del controllo sulla gestione nell'ultimo caso cfr. PACE, *op. cit.*, p. 577; A. L. SANTINI, in A. L. SANTINI - L. SALVATORE - L. BENATTI - N. G. PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 532 ss..

- (12) Cfr. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 60 ss.
- (13) V. per tutti, da ultimi, MONTALENTI, *Abuso della personalità giuridica, socio tiranno, responsabilità di gruppo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, II, cit., p. 2924 ss.; ABRIANI-PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, *ibid.*, p. 2992 ss.
- (14) Cfr. JORIO, *Legislazione francese, raccomandazione della Commissione Europea e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, p. 1070 ss.
- (15) LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, p. 135 ss.; PACILEO, *Doveri informativi e libertà di impresa nella gestione di una s.p.a. in "fase crepuscolare"*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 69 ss..
- (16) Cfr. NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, p. 172 ss., che sottolinea la disarmonia con la disciplina delle società di persone.
- (17) TOMBARI, *Principi e problemi di "Diritto societario della crisi"*, cit.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da F. Vassalli - F. P. Luiso - E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 127 ss.; FABIANI, *Concordato preventivo in Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 307 ss..
- (18) Sulla mini - riforma del 2015 v. *La nuova mini - riforma della legge fallimentare* a cura di M. Sandulli e G. D'Attorre, Torino, 2015. Sulla disciplina in tema di esecuzione della proposta di concordato presentata dal creditore v. D'ATTORRE, *Le proposte "ostili"*, *ivi*, p. 141 ss..
- (19) MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge - delega proposto dalla Commissione di riforma*, cit., p. 286 ss..
- (20) TOMBARI, *op. cit.*.
- (21) MEO, *op. cit.*.
- (22) Sulle deliberazioni consuntive v. ABBADESSA - MIRONE, *L'assemblea*, in *Le nuove s.p.a.* Opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, p. 580 ss..
- (23) V. SANTORO, *I finanziamenti interinali "urgenti" nel preconcordato e nel preaccordo di ristrutturazione*, in *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, cit., p. 279 s., che osserva: "*l'esigenza di conformarsi alla soft-law deve fare propendere per la soluzione interpretativa che ravvisa nel comma dell'art. 184 quater i principi generali del diritto della crisi di impresa ogni qualvolta ci si trovi a regolare la nuova finanza e, per lo stesso motivo, non vi è ragione di credere che la regola contenuta nell'art. 182 quater non debba valere anche per la finanza interinale disciplinata nell'art. 182 quinquies; le due norme si devono leggere in un contesto comune e integrato, ove compatibile con il dettato specifico*".
- (24) Cfr. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di finanziamento e doveri gestori*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, Milano, 2015, p. 1379 ss.; ZANARONE, *Il finanziamento delle imprese in crisi nelle recenti misure per la crescita del Paese, con particolare riguardo ai finanziamenti dei soci*, *ibid.*, p. 1651 ss..
- (25) V. VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 297 ss.; MIOLA, *op. cit.*.

(26) CALANDRA BONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, 3, Torino, 2014, p. 2613.

(27) CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, p. 2607.