

4. DISERTACIONES ESPECIALES

a) CONFERENCIA A CARGO DEL DR. ISRAEL CREIMER. (URUGUAY)

“LA CRISIS ECONÓMICA DEL AÑO 2002 Y SU INCIDENCIA EN LOS CONCURSOS”

I) Datos de la economía**

¿Por qué concursan las empresas? Muchos todavía creen que las empresas concursadas son defraudadoras. Sin embargo, en mi experiencia de más de más de medio siglo tratando estas situaciones, diría que defraudadores existen, pero son minoría. La mayoría de los concursados son empresarios que hicieron mal sus cálculos. La empresa empieza a perder y se piensa que en el futuro mejorará o se aferran a su estructura sin evaluar correctamente la situación. Se puede calificar, a menudo, la conducta como culposa. Raramente como dolosa.

En otras oportunidades, la situación económica general -muchas veces no prevista- castiga a las empresas y las lleva al concurso. Una vez más, digo que en la economía de mercado, hay empresas que triunfan y otras que fracasan. Este fracaso debe administrarse sabiamente, pero es casi inevitable.

Me ha tocado vivir dos crisis económicas importantes en el Uruguay: la de 1982 y la de 2002. Me ocuparé de ésta última.

Si bien no somos economistas, consultadas varias fuentes periodísticas y el libro de Claudio Paolillo “Con los días contados”, se puede mencionar los siguientes datos, que nos hablan claramente de las dificultades por las que pasó el país. El producto bruto interno cayó un 11 %, el desempleo afectó al 22 % de la población activa (sin contar el empleo informal), el salario real disminuyó en 10.9 %, la línea de pobreza afectó al 37% de la población, y aumentó notablemente el índice de suicidios, la inflación fue de casi un 93.7%, el riesgo país llegó a 3.000 puntos básicos, las reservas del país bajaron a cifras alarmantes, cayeron las exportaciones y las importaciones. El sistema bancario perdió el 48 % de los depósitos, quebraron cuatro bancos, la deuda pública superó el 101% del P.B.I. Los bancos públicos tuvieron que reprogramar sus pagos, como después, veremos.

La causa inmediata de la crisis uruguaya fue, sin duda, el descalabro económico, social y político de la Argentina en el 2001. La Argentina se declaró en quiebra y no honró su deuda externa. Pero, debe tenerse en cuenta que, en la última década del siglo XX hubo varias turbulencias financieras en el mundo. La crisis de Oriente, Rusia, México y Brasil plantearon una problemática seria.

Brasil que devaluó su moneda en 1999 era el principal importador de bienes uruguayos y en un año la exportación a ese país vecino disminuyó sustancialmente, porque afectó la competitividad. Pero el mazazo final fue el llamado “corralito” (imposibilidad de disponer de los depósitos bancarios) argentino que terminó con la renuncia de su Presidente y la sucesión de cinco presidentes en pocos días, con gran agitación social, caos y grave violencia en las calles.

Se pensó que la crisis de confianza argentina tendría repercusiones en el Uruguay. Que la situación se iba a repetir, lo que, en parte, sucedió.

El Uruguay tenía un sistema bancario hipertrofiado, pues la mitad –o quizás más- de sus clientes eran argentinos. Siempre tuvieron más confianza en la banca uruguaya y en el sistema político más estable que tenía este país.

Pero la desconfianza después de la caída del Banco de Galicia (un banco argentino que operaba con clientes argentinos básicamente) y un fraude en el Banco Comercial trajo aparejada –como se dijo- una corrida bancaria con gravísimas consecuencias.

El Uruguay enfrentó en el año 2002 la más grave crisis económica de su historia, tal cual ya lo reseñáramos precedentemente.

Las autoridades quisieron seguir con su política tradicional de apoyar a la banca, pero ante una corrida sistémica ello era imposible.

II) Como se afrontó la crisis.

El Fondo Monetario Internacional afirmaba que el Uruguay debía seguir el camino de Argentina y declarar el default de su deuda externa y recién después otorgarían un crédito.

Sin embargo, la clase política y, sobre todo, el Poder Ejecutivo, no estuvo de acuerdo con esta postura. En el seno de este poder se cambió el equipo económico del gobierno, pero fue un cambio de personas y no de políticas.

Se buscó otra solución, que resultó excepcional. Se consiguió un préstamo puente del Tesoro de los U.S.A por U\$S 1.500.000.000 que no tenía antecedentes en ese país. Llegó un avión con el dinero y, con éste, se enfrentó la crisis mediante el dictado de una ley. Esa norma ejecutó un plan que, un prestigioso economista independiente, sugirió antes.

Si se quiere ver una clara enumeración de las medidas que se tomaron puede consultarse en el Capítulo titulado “La respuesta jurídica a la crisis financiera” del libro “El sistema Bancario Uruguayo a partir de la crisis” de Ricardo Olivera García, Jean Jaques Bragard y Adrián Leiza Zunino.

El 4/08/2002 se dictó la ley Nº 17.532 bajo el pomposo título de “Ley de fortalecimiento del sistema bancario”.

Allí se estableció que los depósitos bancarios constituidos a plazo fijo en los bancos estatales (Banco de la República y Banco Hipotecario) no se pagarían a su vencimiento. Esto es, se reprograma el pago de los depósitos por un plazo de tres años. Una primera cuota del 25% se pagaría al año, la cuota anual subsiguiente sería del 35% y la final, del 40% con un interés bastante alto. Para “indemnizar” a los depositantes, según expresión que se usó, (Olivera y otros, en la obra referida).

Los depositantes recibían certificados de depósito al portador lo que permitía un mercado secundario para la circulación de éstos títulos valores.

Los depósitos en cuenta corriente y a la vista, se pagarían a los acreedores con el Fondo de Estabilidad del sistema bancario que funcionaba en el ámbito del Banco Central del Uruguay y fue éste el que pagó. El fondo se integró con los U\$S 1.500.000.000 que el Uruguay recibía del F.M.I. El Estado se subrogó –entonces- a los acreedores originarios que tenían cuentas a la vista o en cuenta corriente (en realidad con el dinero recibido del tesoro americano que fue devuelto pocas semanas después cuando se concretó el préstamo con el organismo internacional).

La ley referida –además- suspendió parcialmente las actividades de cuatro bancos nacionales que estaban en dificultades y no podían seguir funcionando normalmente. No podían soportar la corrida. Sólo seguirían funcionando a los efectos del manejo de las tarjetas de crédito emitidas por ellos, acceso a los Cofres de Seguridad y otras actividades que no comprometieran más su patrimonio.

También, en estos bancos, el Fondo del Banco Central adelantó los fondos para atender los depósitos a la vista y en cuenta corriente subrogándose. Lo importante era no producir una parálisis en la economía como se dio en la Argentina. Se pudo mantener la cadena de pagos. Esos bancos fueron luego liquidados administrativamente.

Los bancos extranjeros fueron auxiliados por sus casas matrices, porque de lo contrario, quebrarían como lo hicieron los bancos nacionales privados.

Por otra ley, ahora del 31/12/2002 (véase qué fecha!) la Nº 17.614, se modificó, intensificándola, la supervisión bancaria. Se recogen los consejos para los bancos centrales que surgieron de Basilea II.

Siendo la situación vivida tan grave había que fortalecer la supervisión bancaria. En la práctica puede decirse que la banca en el Uruguay quedó saneada.

Los aspectos que pasan a ser controlados por el B.C.U son básicamente, el análisis de los grupos económicos que integra la entidad de intermediación financiera, no sólo bancos. Se supervisa también las empresas en que los bancos tercerizan sus actividades. Los empleados de las entidades deben denunciar irregularidades que se detecten en las instituciones y otras medidas por el estilo.

El B.C.U tiene ahora, mayores poderes de control, incluso sobre el personal jerárquico. Puede también controlar quienes son los accionistas de los bancos e incluso se pueden anular y expropiar derechos de accionistas.

También se establecen las normas para la liquidación de bancos. Se pueden enajenar universalidades de bienes a un nuevo banco que se crea o a otros. Ese banco recibe los activos “buenos” de los bancos liquidados. Sobre todo para generar puestos de trabajo para los empleados cesantes.

Asimismo, se crea un Fondo Especial de garantía de depósitos en la banca privada con un tope máximo bajo y una Superintendencia de Protección del Ahorro Bancario.

Como se dijo, la solución funcionó bien. Al vencimiento del primer año del reperfilamiento de la deuda de los bancos públicos, el Banco de la República dijo que pagaría la cuota correspondiente. Se formaron colas de personas que querían hacerse de su dinero. Después que se pagó a una larga fila, los que venían detrás resolvieron no retirarlo sino dejarlo en el mismo banco aunque el interés que se pagaría era menor. Se restableció la confianza y todo fue fácil. Incluso se adelantó el pago.

Luego de esto sobrevino el alza de las materias primas en el mercado mundial y el Uruguay tuvo un auge económico extraordinario.

III) La actividad de las empresas privadas.

Con el panorama descrito, la rebaja de salarios y una mayor carga impositiva impuesta por el Estado, se generó también una importante crisis en la actividad privada.

Desde el año 1991 hasta 1999 la cantidad de concursos oscilaba en una cifra anual entre 50 a 127. En el año 2000 se concursaron 101 empresas, en 2001 fueron 110 y en el fatídico 2002 la cantidad de concursos se elevó a 224. En 2003 ya pasó a 51 y en 2004 a 23. Posteriormente el número siguió bajando, llegando en 2007 a 16 concursos (datos suministrados por la Liga de Defensa Comercial).

Los activos involucrados en 2002 ascendieron a U\$S 2.198.998.348, mientras que los pasivos eran estimados en U\$S 19.822.766. Generalmente, y en definitiva, los pasivos resultaron bastante mayores que los activos.

La crisis mundial de 2008 no tuvo mayor efecto en el Uruguay, manteniéndose en cifras no significativas de concursos. La banca, por otra parte, -como se dijo- estaba saneada.

Quizás en el último año aumentó la cantidad de concursos por las dificultades de colocación de nuestros productos exportables.

IV) Conclusiones.

Como señalamos, hay crisis empresariales que se producen en una situación económica general aceptable. Son los casos de empresarios que actúan sin la debida diligencia. Pueden ser dolosos (los menos) y culposos (culpa leve o culpa grave).

Pero también pueden darse crisis empresariales por circunstancias que afectan la economía de una región o un país. Esos son casos más graves y no manejables por las empresas singularmente considerada.

Así sucedió con la crisis bancaria del Uruguay en el año 2002. Y ello también tuvo consecuencias en otras empresas que no eran del giro bancario.

La solución adoptada para la crisis bancaria funcionó a la perfección. Pero cuatro bancos privados fueron liquidados y sus depositantes recibieron sólo una parte de sus acreencias.

La banca pública reestructuró su deuda por los depósitos a plazo y esta cuestión se resolvió felizmente.

b) Conferencia a cargo del Prof. Dr. Alessandro Nigro (Italia)**“IL DIRITTO SOCIETARIO DELLA CRISI: UNA NUOVA FRONTIERA?”**

1. In questa relazione vorrei svolgere alcune riflessioni sul c.d. «diritto societario della crisi», un segmento o, se si preferisce, un settore dell'ordinamento giuridico verso il quale si sta registrando, negli ultimi anni, una crescente attenzione da parte del legislatore italiano e, di riflesso, da parte della dottrina italiana.

2. Mi sembrano indispensabili due notazioni preliminari..

a. La prima notazione è di ordine terminologico.

Con l'espressione «diritto societario della crisi» si intende e si designa generalmente – o, per meglio dire, viste talune incertezze manifestatesi già su questo punto, si dovrebbe, a mio avviso, intendere e designare - il complesso delle regole destinate a governare la situazione, per un verso, ed il funzionamento, per altro verso, delle società in relazione allo stato di crisi delle medesime e/o al loro conseguente assoggettamento a procedure o procedimenti di soluzione o composizione di quello stato di crisi, cioè il complesso delle regole che investano contestualmente profili di diritto societario e profili di diritto concorsuale o, se si preferisce, che si pongano come “punti di intersezione” di questi due diritti.

Con la stessa espressione, però, si è talora inteso e designato l'insieme di quelle particolari regole di diritto societario che sono state introdotte nel quadro delle misure destinate a favorire il superamento della crisi economica globale che, dal 2008, ha interessato tutti i sistemi economici. Si tratta, all'evidenza, di due “nozioni” o “accezioni” profondamente diverse (l'una facendo perno sulla crisi della singola società; l'altra facendo perno sulla crisi finanziaria ed economica di carattere generale) e che non vanno sovrapposte o confuse, come talvolta è successo. Anche se, debbo subito precisare, molte delle normative introdotte per favorire il superamento della crisi economica hanno riguardato la disciplina delle crisi delle imprese e, in questo ambito, hanno riguardato società: basta pensare ai meccanismi introdotti nella legislazione dell'Unione europea in materia di crisi bancarie (mi riferisco specificamente alla Direttiva n. 2014/59, c.d. BRRD) che incidono pesantemente sulle società bancarie e sui rapporti ad esse “sottostanti”.

Nella mia relazione mi occuperò del «diritto societario della crisi» nel senso di regole concernenti la crisi delle società.

b. Seconda notazione.

L'espressione «diritto societario della crisi» è di conio recentissimo. Invece, le regole suscettibili di essere ricondotte in quell'ambito – ovviamente: se si accolga la linea da me prospettata - sono talvolta antiche o addirittura antichissime. Si pensi, per fare solo qualche esempio, alla regola dell'estensione ai soci illimitatamente responsabili del fallimento dichiarato a carico della società: regola, oggi consacrata nell'art. 147 l. fall., fatta risalire addirittura allo *ius mercatorum* medioevale, considerata immanente, anche se non esplicitata, nel *code de commerce* napoleonico e nei codici da questo direttamente ispirati ed infine oggetto di espressa previsione normativa nei codici di commercio di fine '800: quello italiano del 1882 (art. 847), quello spagnolo del 1885 (art.

923), ecc. Si pensi, ancora, alle disposizioni in materia di fallimento delle società anonime contenute nel cod. comm. italiano del 1882: mi riferisco, in particolare, all'art. 851, che riguardava l'ammissione al passivo dei portatori di obbligazioni, all'art. 852, in materia di "richiamo" da parte del curatore dei versamenti ancora dovuti dai soci e, infine, all'art. 853 - una disposizione, devo sottolineare, di particolare rilievo - per il quale "Nel fallimento di una società anonima che non si trovi in stato di liquidazione il concordato può avere ad oggetto la continuazione o la cessione dell'impresa sociale, ed in tal caso deve determinare le condizioni dell'esercizio ulteriore".

3. Fatte queste premesse, comincio con il rilevare che ogni ragionamento che si voglia svolgere, in via generale, in ordine alla materia «diritto societario della crisi», ogni costruzione che, sempre in generale, si voglia prospettare in relazione a tale materia postula la considerazione dell'intero complesso di disposizioni normative in cui tale materia si concretizza. Il che implica la necessità di un "inventario" analitico di quelle disposizioni: necessità non sempre avvertita dalla dottrina che del «diritto societario della crisi» si è occupata e si sta occupando e che ha preferito concentrare la sua attenzione su singole porzioni di quel diritto.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, affrontare un esame approfondito di tutte le norme che, alla luce del criterio "ordinatore" indicato nel paragrafo precedente, sono suscettibili di essere ricondotte alla materia di cui ci stiamo occupando. E' giocoforza limitarsi ad un semplice quanto arido elenco: ma anche questo può essere sufficiente per i fini che qui interessano.

Debbo aprire, a questo punto, una parentesi. La ricognizione alla quale mi accingo deve naturalmente avere ad oggetto le normative allo stato vigenti. Il fatto è, però, che si prospettano come imminenti modificazioni di tali normative: il Parlamento italiano infatti - all'esito di un itinerario a tratti tormentato e confuso - ha varato una legge delega di riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, una legge delega la cui attuazione inciderà profondamente sulla attuale legge fallimentare e sulle leggi ad essa collegate e che contiene anche e proprio specifiche previsioni riconducibili al «diritto societario della crisi» (ne farò menzione più avanti). Non sappiamo quando uscirà il decreto delegato, non sappiamo come verranno attuati i principi di delega che qui interessano, non sappiamo se le regole non direttamente toccate dai principi di delega verranno in ogni caso modificate e come. La mia impressione, comunque, è che non verranno toccate le coordinate di fondo di quella parte di disciplina oggetto qui di attenzione e che quindi le riflessioni che intendo svolgere conserveranno comunque, anche dopo la riforma, un qualche senso.

Tornando all'elenco.

A. Disposizioni del codice civile.

Iniziando dalle disposizioni del codice civile, vengono qui in considerazione:

- l'art. 2308, per il quale la dichiarazione di fallimento ed il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa costituiscono causa di scioglimento della società in nome collettivo (e quindi anche della s.a.s.);

- l'art. 2394-bis, per il quale nel caso di fallimento, liquidazione coatta ed amministrazione straordinaria di società per azioni le azioni di responsabilità contro gli amministratori spettanti alla società ed ai creditori sociali sono esercitate dagli organi gestori di tali procedure; e l'art. 2497, co. 4, il quale analogamente attribuisce agli organi gestori di quelle procedure aperte a carico di una società controllata l'azione spettante ai creditori nei confronti della società controllante;

- gli art. 2415 e 2418, i quali stabiliscono rispettivamente che l'assemblea degli obbligazionisti delibera sulla proposta di concordato della società e che il rappresentante comune degli obbligazionisti ha la rappresentanza processuale degli obbligazionisti anche nel concordato preventivo, nel fallimento, nella liquidazione coatta e nell'amministrazione straordinaria della società debitrice;

- l'art. 2467, per il quale i crediti dei soci derivanti da finanziamenti da essi effettuati alla società in certe condizioni è postergato rispetto ai crediti dei terzi e l'eventuale rimborso di quei crediti avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società è revocato; disposizione dettata espressamente per le s.r.l., ma che l'art. 2497-*quinquies* dichiara applicabile anche ai finanziamenti infragruppo e che, anche in relazione a ciò, è ritenuta operante anche per le s.p.a.;

- l'art. 2499, secondo il quale può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale nei limiti della non incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa.

B. Disposizioni della legge fallimentare.

a. Con riguardo alla disciplina del fallimento, vengono qui in considerazione:

- l'art. 10, per il quale gli imprenditori collettivi (che includono in primo luogo le società) possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese;

- l'art. 33, in materia di relazione iniziale del curatore del fallimento al giudice delegato, dove, al co. 4, si precisa che, ove si tratti di società, la relazione "*deve esporre i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società*";

- gli art. 48 e 49, i quali dispongono rispettivamente che la corrispondenza diretta al fallito che non sia persona fisica è consegnata al curatore e che gli amministratori ed i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito in punto di comunicazione del cambio di residenza, di presentazione agli organi della procedura ove occorran informazioni o chiarimenti;

- l'art. 58, che disciplina l'ammissione al passivo dei crediti derivanti da obbligazioni o altri titoli di debito;

- l'art. 67-*bis*, in materia di revocatoria degli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare;

- l'art. 72-*ter*, che disciplina gli effetti del fallimento della società sui finanziamenti destinati ad uno specifico affare;

- l'art. 87, per il quale in sede di chiusura dell'inventario nel fallimento di una società il curatore invita gli amministratori a dichiarare se hanno notizia dell'esistenza di altre attività;

- l'art. 105, co. 8, per il quale il curatore può procedere alla liquidazione dell'attivo anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa ovvero di beni o crediti;

- l'art. 106, co. 2, il quale dispone che alla vendita in sede fallimentare di quote di s.r.l. si applica la disciplina del c.c. (art. 2471);

- l'art. 118, co. 2, il quale stabilisce, nella prima parte, che in caso di chiusura del fallimento di una società per integrale liquidazione dell'attivo o per insufficienza di attivo il curatore chiede la cancellazione della società dal registro delle imprese; e, nella seconda parte, che la chiusura del

fallimento della società per mancanza di domande di ammissione al passivo e per integrale soddisfacimento dei creditori determina la chiusura anche dei fallimenti dei soci dichiarati in estensione;

- l'art. 142, il quale, disponendo che solo il fallito persona fisica è ammesso al beneficio dell'esdebitazione, implicitamente stabilisce che i soggetti "collettivi" e in primo luogo le società, non possono essere ammessi a tale beneficio;

- il complesso delle disposizioni contenute nel capo X, intitolato *Del fallimento delle società*, dedicate soprattutto al fallimento in estensione (art. 147-149; 153-154), ma riguardanti anche gli obblighi degli amministratori (art. 146, co. 1, che doppia l'art. 49), le azioni di responsabilità contro i medesimi (art. 142, co. 2, che doppia nella sua prima parte l'art. 2494-bis), i versamenti dei soci a responsabilità limitata (art. 150), l'escussione della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria rilasciate dal socio di s.r.l. e, infine, la proposta di concordato (art. 152, su cui tornerò fra poco);

- gli art. 155 e 156, che disciplinano la sorte del patrimonio destinato ad uno specifico affare nel caso di fallimento della società.

b. Con riguardo alla disciplina del concordato fallimentare, vengono in considerazione:

- innanzi tutto, l'art. 152, che, dopo aver precisato, al co.1, che la proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da chi ne abbia la rappresentanza legale, al co. 2 testualmente stabilisce: *"La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto: a) nelle società di persone sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori"*¹);

- poi, l'art. 124, co. 1, per il quale il divieto per il fallito di presentare una proposta prima che sia decorso un anno dalla dichiarazione di fallimento ed oltre due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo opera anche per le società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo;

- l'art. 124, co. 2, il quale stabilisce che la proposta di concordato deve prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti *«attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito»*;

- l'art. 125, co. 4, il quale stabilisce, da un lato, che *«Se la società fallita ha emesso obbligazioni o strumenti finanziari oggetto della proposta di concordato, la comunicazione [della proposta] è inviata agli organi che hanno il potere di convocare le relative assemblee, affinché possano esprimere il loro eventuale dissenso»* e, dall'altro, che il termine che il g. d. dovrà fissare per le eventuali dichiarazioni di dissenso *«è prolungato per consentire l'espletamento delle predette assemblee»*;

- l'art. 127, per il quale sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo rispetto al fallito.

c. Con riguardo alla disciplina del concordato preventivo, vengono in considerazione:

¹ Il co. 3 della medesima disposizione precisa: "In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lett. b) del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 cod. civ."

- l'art. 160, che in punto di contenuto della proposta ripropone la formulazione dell'art. 124;
- l'art. 161, co. 2 (per il quale il debitore deve presentare con la domanda di concordato, fra l'altro, l'indicazione del valore dei beni e dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili) e co. 4 (che richiama l'art. 152);
- l'art. 163, co. 4, il quale, nel prevedere la possibilità per uno o più creditori, che rappresentino almeno il 10% dell'ammontare complessivo dei crediti di presentare una proposta concorrente di concordato preventivo, precisa che ai fini del computo della percentuale non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo; e co. 5, ult. parte, dove si stabilisce che la proposta concorrente «*se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata può prevedere un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione*»;
- l'art. 171, co. 4 e 5, per i quali, rispettivamente, se vi sono obbligazionisti il termine previsto per la comunicazione da parte del curatore dell'avviso di convocazione è raddoppiato e l'avviso è comunicato al rappresentante comune;
- l'art. 177, co. 4, che riproduce l'art. 127;
- l'art. 182-*quater*, il quale, dopo aver stabilito, al co. 1, la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione e, al co. 2, la prededucibilità, a certe condizioni, dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in funzione della presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, dispone, al co. 3, che «*in deroga agli art. 2467 e 2497-quinquies*» i primi due commi si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare, precisando che i suddetti commi «*si applicano...quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei crediti o del concordato preventivo*», e al co. 5 che, con riferimento ai crediti derivanti da finanziamenti in funzione della presentazione della domanda, i creditori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze o della percentuale prevista per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione;
- l'art. 182-*sexies*, per il quale, dalla data di presentazione di una domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, fino all'omologazione, non si applicano le norme del codice civile in materia di riduzione obbligatoria del capitale per perdite e di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale;
- l'art. 184, co. 2, per il quale «*Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.*»;
- l'art. 185, il quale, dopo aver stabilito, al co. 2, che il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta presentata da uno o più creditori qualora sia stata approvata ed omologata, precisa, al co. 5, che il tribunale «*può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa*»;
- l'art. 186-*bis*, che, nel disciplinare il c.d. concordato con continuità aziendale, da un lato, al co. 1, precisa che si ha tale figura anche quando il piano preveda il conferimento dell'azienda in

esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, e dall'altro, al co. 3, chiarisce che della continuazione dei contratti pubblici (che costituisce uno dei "vantaggi" di take tipo di concordato) può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria dell'azienda o dei rami d'azienda, a cui i contratti siano stati trasferiti.

c. Con riguardo alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa, vengono in considerazione:

- l'art. 200, per il quale «*Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione ...se l'impresa e' una societa' o una persona giuridica cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo, salvo per il caso previsto dall'art. 214*» (cioè il caso del concordato);

- l'art. 203, per il quale accertato giudizialmente lo stato di insolvenza dell'impresa assoggettata a liquidazione coatta amministrativa trovano applicazione, dalla data del provvedimento di liquidazione, le disposizioni in materia di azioni revocatorie, «*anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*»;

- l'art. 205, in materia di azione di responsabilità contro amministratori e sindaci dell'impresa in liquidazione coatta, che "doppia" l'art. 2394-bis c.c., di cui si è detto prima;

- l'art. 210, co. 2, che riproduce l'art. 150 in materia di versamenti dei soci a responsabilità limitata;

- l'art. 213, co 4, ult. inciso, per il quale completate le ripartizioni finali, si applicano le norme dell'art. 117 l. fall. «*e, se del caso, degli artt. 2494 e 2495 del codice civile*» (che, con riferimento alla liquidazione delle società di capitali, pongono a carico del liquidatore rispettivamente il deposito dei libri sociali e la cancellazione della società dal registro delle imprese);

- l'art. 214, co. 1, che con riguardo alla proposta di concordato richiama le disposizioni dell'art. 152.

C. Disposizioni delle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

a. Con riferimento al d.lgs. n. 270/1999, che disciplina l'amministrazione straordinaria c.d. "comune" vengono in considerazione:

- l'art. 4 il quale stabilisce che la dichiarazione dello stato di insolvenza di un'impresa individuale è soggetta alle disposizioni degli art. 10 e 11 l.fall., da cui si ricava, *a contrario*, che ove si tratti di impresa collettiva, in particolare di società, quelle disposizioni non si dovrebbero applicare (si tratta, peraltro, di una disposizione superata dal nuovo tenore dell'art. 10, di cui si è detto prima):

- gli art. 23, 24 e 25, che regolano l'estensione ai soci illimitatamente responsabili degli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza e dei provvedimenti di apertura dell'amministrazione straordinaria, di dichiarazione di fallimento e di conversione delle procedure;

- l'art. 26, che esclude l'applicazione delle disposizioni appena ricordate alle società cooperative;

- l'art. 27, co. 2, lett. *b-bis*, dove è previsto un particolare tipo di programma «*per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali*»;

- l'art. 38, per il quale non può essere nominato commissario straordinario chi, avendo intrattenuto con l'impresa anche quale socio o amministratore di altra organizzazione patrimoniale rapporti non occasionali abbia preso parte o comunque si sia ingerito nella gestione che ha portato

al dissesto dell'impresa;

- l'art. 40, che attribuisce al commissario straordinario l'amministrazione dei beni anche dei soci illimitatamente responsabili, fermo per questi ultimi quanto previsto dall'art. 148 l. fall.;

- l'art. 53, co. 2, per il quale, se è ammessa alla amministrazione straordinaria una società con soci illimitatamente responsabili si applicano anche le disposizioni dell'art. 148, co. 3,4,5 l. fall.;

- l'art. 56, co. 3, dove si stabilisce che il programma di ristrutturazione deve indicare anche «*le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali*» (non si parla espressamente di società, ma è chiaro che proprio ad esse il legislatore soprattutto si riferisca);

- gli artt. 80-87, che contengono una analitica disciplina della estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese, soprattutto societarie, del gruppo;

- gli artt. 88-90, che prevedono particolari "misure di contrasto" delle pratiche di svuotamento patrimoniale infragruppo (la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.; la responsabilità per abuso della direzione unitaria).

b. Con riferimento al d.l. n. 347/2003, che disciplina l'amministrazione straordinaria c.d. "speciale", vengono in considerazione:

- l'art. 4-bis, co. 1, il quale stabilisce che il concordato può prevedere:

- la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori «*attraverso qualsiasi forma tecnica o giuridica, anche mediante acollo, fusione o altra operazione societaria; in particolare la proposta di concordato può prevedere l'attribuzione ai creditori, o ad alcune categorie di essi, nonchè a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito*»;

- l'attribuzione ad un assunto delle attività delle imprese interessate dalla proposta, con la precisazione che possono costituirsi come assuntori «*anche i creditori o società da questi partecipate o società, costituite dal commissario straordinario, le cui azioni siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato*»;

- l'art. 4-bis, co. 6, il quale stabilisce che, in caso di impugnazione di crediti ammessi, il giudice può disporre «*l'intrasferibilità delle azioni eventualmente spettanti ai titolari di crediti contestati, disponendo le opportune annotazioni. Ove sia disposto tale vincolo, i titolari delle azioni possono esercitare i diritti di opzione e partecipare alle assemblee societarie, ma non effettuare atti di disposizione sui titoli. Con il provvedimento che decide sull'opposizione il giudice dispone in merito alle azioni già attribuite al soggetto il credito del quale sia stato ritenuto insussistente*».

D. Disposizioni di altre leggi.

Molte leggi speciali contengono disposizioni suscettibili di essere ricomprese nel «diritto societario della crisi»; ed è impossibile darne qui indicazioni complete. Mi limito a ricordare, da un lato, il t.u.b. ed il d. lgs. n. 180/2015; e, dall'altro, il d. lgs. n. 175/2016, che disciplina le società con partecipazione pubblica.

a. Il t.u.b. contiene una articolatissima disciplina delle crisi di singole banche e di gruppi bancari, ulteriormente arricchita dalla disciplina contenuta nel d. lgs. n. 180/2015, di attuazione della Direttiva c.d. BRRD.

In quelle discipline le "intersezioni" fra diritto societario e diritto concorsuale sono

innumerevoli, posto che le banche hanno ormai praticamente tutte la forma di società. Ma soprattutto merita di essere segnalato che quelle discipline attribuiscono alle autorità di settore (autorità di vigilanza; autorità di risoluzione) poteri di particolare ampiezza, elasticità e penetratività, idonei ad incidere sulla stessa struttura societaria, sui diritti dei soci; basta pensare, per fare un solo – credo emblematico - esempio, all'impressionante serie di poteri attribuiti alle autorità di risoluzione dall'art. 63 della BRRD, che reca la rubrica *Poteri generali*: vi si comprendono il «*potere di assumere il controllo dell'ente soggetto a risoluzione ed esercitare tutti i diritti e poteri conferiti ai suoi azionisti, ai suoi altri proprietari e al suo organo di amministrazione*» (lett. b); «*il potere di trasferire azioni o altri titoli di proprietà emessi dall'ente soggetto a risoluzione*» (lett. c); il «*potere d'imporre all'ente soggetto a risoluzione o a un ente impresa madre pertinente di emettere nuove azioni o altri titoli di proprietà ovvero altri strumenti di capitale, compresi azioni privilegiate e strumenti convertibili contingenti*» (lett. i) e così via.

b. L'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016, da un lato, stabilisce che le società a partecipazione pubblica sono soggette alla disciplina del fallimento del concordato preventivo e dell'amministrazione straordinaria e, dall'altro, pone le regole che devono osservarsi al fine di prevenire, prima, e risolvere, poi, le crisi.

4. Questo quadro, che evidenzia una realtà normativa assai ricca dal punto di vista quantitativo, può offrire un idoneo punto di partenza per una serie di considerazioni di ordine generale.

A. Primo ordine di considerazioni.

a. L'attuale «diritto societario della crisi» è formato non già da un *corpus* completo ed organico di norme, ma da un insieme di “frammenti” di disciplina. E' certamente possibile isolare in questo insieme gruppi di disposizioni suscettibili di integrare dei “microsistemi” (per esempio: il trattamento nelle varie procedure dei soci illimitatamente responsabili; o il trattamento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare; o quello dei finanziamenti dei soci); ma, per il resto, si tratta di disposizioni isolate, frutto spesso di scelte occasionali del legislatore (come molta parte, del resto, della nostra legislazione concorsuale) e comunque intervenute in tempi diversi, in contesti diversi e con diversa ispirazione.

Il che, ovviamente, ha determinato, per un verso, lacune o veri e propri vuoti di disciplina e, per altro verso, molte incongruenze.

Quanto ai vuoti, uno dei più vistosi è dato dalla mancanza di una disciplina della crisi dei gruppi di società: ci sono – e vi ho accennato – delle regolamentazioni particolari nell'ambito di certe procedure o con riferimento a certe categorie di imprese; si tratta però di regolamentazioni non travasabili in blocco nelle procedure concorsuali “generaliste”. Ma ci sono altri vuoti: per esempio nel nostro sistema, accanto alle procedure che ho più volte richiamato (fallimento, concordato preventivo, l.c.a e a.s.) vi è il gruppo delle procedure di sovraindebitamento, che si applicano a tutti i soggetti non sottoponibili alle procedure appena menzionate, fra i quali certamente possono esservi società (in particolare: società con oggetto agricolo; società di piccole dimensioni). Orbene: la legge (del 2012) che disciplina le procedure di sovraindebitamento addirittura non menziona mai, a nessun proposito, le società.

Quanto alle incongruenze, mi basta segnalare che mentre per le società di capitali e le società cooperative la dichiarazione di fallimento o il provvedimento di l.c.a. non costituisce più, dopo la riforma del diritto societario del 2003, causa di scioglimento, per le società di persone è rimasta la

regola opposta. La dottrina ha cercato di giustificare o di “ricomporre” tale incongruenza: ma, a mio avviso, senza successo.

b. Né questo connotato di “frammentarietà” sembrerebbe poter essere superato in un prossimo futuro.

Ho già accennato alla legge delega di riforma organica delle procedure concorsuali, che è stata approvata dal Parlamento italiano nel mese di ottobre di quest’anno. Tale legge contiene sì innovazioni importanti anche e proprio sul terreno che qui interessa, a partire da una disciplina della crisi dei gruppi: ma, ancora una volta, in una logica “episodica”.

Tra l’altro, le nuove norme non sono esenti esse stesse da qualche vistosa contraddizione. Per esempio, da un lato, si prevede il ritorno alla regola secondo cui l’apertura del fallimento [ridenominato in quella legge “liquidazione giudiziale”] costituisce causa di scioglimento anche delle società di capitali, recependo quindi la vecchia idea della valenza *ex se* dissolutiva delle procedure concorsuali liquidative, dall’altro si stabilisce che, chiusa la procedura di liquidazione, il curatore debba convocare i soci perché deliberino in ordine alla prosecuzione o liquidazione ordinaria della società, secondo un’idea, allora, esattamente opposta.

c. Tutto ciò detto, osserverei che le regole che possono essere ricondotte, oggi, nell’ambito del «diritto societario della crisi» sono (direi: naturalmente e inevitabilmente)

- talvolta frutto dell’adattamento del diritto societario “comune” alla situazione di crisi delle società: mi sembra questo il caso, per fare qualche esempio, dell’art. 152, co. 2, l. fall., in materia di proposta di concordato o dell’art. 182-*sexies* sempre l. fall. in materia di disapplicazione, in presenza di una proposta di concordato, delle norme del codice civile in punto di riduzione obbligatoria del capitale per perdite e di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale;

- talaltra sono frutto dell’adattamento del diritto concorsuale “comune” alla peculiare natura del soggetto che a quel diritto si trova ad essere sottoposto; si possono fare anche qui degli esempi: l’art. 49 e l’art. 146, co. 1, legge fallimentare per i quali gli amministratori ed i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito in punto di comunicazione del cambio di residenza, di presentazione agli organi della procedura ove occorrono informazioni o chiarimenti²;

- talaltra ancora, sono il risultato di una “conciliazione” delle regole ed esigenze societarie con le regole ed esigenze concorsuali: l’esempio più illuminante è fornito dall’art. 2499 cod. civ., in materia di trasformazione delle società, dove, ricordo, si legge “*Può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa*”.

Tutto ciò spiega, fra l’altro, perché queste regole si rinvengano – e non è questa caratteristica esclusiva del nostro sistema – più o meno indifferentemente nelle leggi concorsuali (e *in primis* nella nostra legge fallimentare) o nel codice civile o in altre leggi speciali.³

2 O ancora l’art. 33 l. fall., in materia di relazione iniziale del curatore del fallimento al giudice delegato; o, infine, l’art. 125, co. 4 l. fall., in materia di comunicazione della proposta di concordato agli obbligazionisti

3 E spiega anche perché non sembrerebbe accettabile l’idea - talvolta emersa in qualche dibattito - di scomporre le suddette regole in due blocchi diversamente denominati: il «diritto societario della crisi», da riferire alle regole che siano frutto dell’adattamento del diritto societario comune alla situazione di crisi della società; e il «diritto concorsuale delle società», da impiegare per designare le regole frutto dell’adattamento del diritto concorsuale “comune” alla particolare natura o particolari caratteristiche del soggetto sottoposto alle procedure concorsuali

Per completare il discorso si può osservare che la diversa collocazione “formale” delle regole di cui stiamo parlando nelle leggi concorsuali o nelle leggi societarie se è, in generale, irrilevante, può assumere, invece, importanza nello specifico contesto delle norme di conflitto, perché i criteri di collegamento internazionalprivatistici sono diversi a seconda che la regola venga ricondotta formalmente al diritto societario o al diritto concorsuale: nel primo caso, la legge da applicare sarà normalmente quella dello Stato di “incorporazione” della società; nel secondo caso, la legge da applicare sarà normalmente quella dello Stato dove è stata aperta la procedura concorsuale⁴.

d. Sempre in linea generale, ricorderei infine che è stato posto il problema se al «diritto societario della crisi» debba riconoscersi autonomia rispetto sia al diritto societario sia al diritto concorsuale: e si è data talvolta risposta affermativa.

Personalmente, osservo che già è dibattuto se al diritto commerciale nel suo complesso debba riconoscersi autonomia. Ho qualche dubbio che ci si possa porre il problema con riferimento ad un “sottosegmento” di tale diritto, come dovrebbe qualificarsi il diritto societario della crisi. Ed ho ancora maggiori dubbi sulla possibilità di “estrarre” dalla disciplina riconducibile a quel diritto, e men che meno da singole norme in cui quella disciplina si concreta, dei c.d. principi generali da applicare poi a fattispecie diverse da quelle espressamente regolate. E ciò anche e proprio in relazione allo stadio evolutivo in cui tale diritto si trova e che ho prima segnalato.

Così, per fare anche qui qualche esempio, non credo che sia possibile pensare di “esportare” puramente e semplicemente nell’ambito delle procedure giudiziarie di cui alla l. fall. – come è stato talvolta proposto - i meccanismi di *burden sharing* (condivisione concorsuale delle perdite), introdotti di recente dalla legislazione europea nelle procedure di soluzione delle crisi bancarie; o, ancora, pensare di rendere di applicazione generale – come ugualmente è stato proposto - le regole poste oggi dall’art. 185 l.fall. in materia di esecuzione, nel concordato preventivo, delle c. d. proposte concorrenti (cioè presentate da soggetti diversi dal debitore). Ma su quest’ultima disposizione tornerò più avanti.

Naturalmente, tutto ciò non significa che talune delle norme rientranti nel «diritto societario della crisi» non possano essere interpretate ed applicate in via estensiva o anche analogica. Ciò è sicuramente possibile per tutte quelle norme che possano ritenersi semplici adattamenti di regole di diritto comune (societario o concorsuale). Questo, per fare di nuovo degli esempi, è da dire, fra l’altro, proprio per alcune delle regole che ricordavo prima: la regola posta dall’art. 152 l. fall. con riferimento al concordato potrebbe tranquillamente essere considerata applicabile anche alla richiesta di fallimento; ed ugualmente la regola posta dall’art. 2499 cod. civ. con riguardo alla trasformazione può tranquillamente essere ritenuta applicabile con riguardo a tutte le modifiche statutarie da deliberare in pendenza di una procedura concorsuale.

B. Secondo ordine di considerazioni.

Dal quadro normativo delineato in precedenza possono sicuramente trarsi (non già principi

Questo non significa che non si possa usare l’espressione “diritto concorsuale delle società”: la si può tranquillamente usare ma, a mio avviso, come semplice sinonimo dell’espressione “diritto societario della crisi”.

4 E’ il caso di aggiungere che un problema di questo tipo è stato dibattuto in Germania, con riguardo ad una disposizione della legge sulle società a responsabilità limitata (l’art. 64 della GmbH-Gesetz) che prevedeva l’obbligo degli amministratori di rimborsare alla società i pagamenti da essi effettuati successivamente al verificarsi dello stato di insolvenza o all’accertamento del suo deficit: in relazione ad una vicenda concreta, che aveva visto coinvolta una società inglese a cui carico era stata aperta in Germania una procedura di insolvenza, è intervenuta la Corte di Giustizia europea con la sentenza 10 dicembre 2015 che ha riconosciuto la natura “fallimentare” di quella disposizione anche se collocata in una legge societaria.

generali, ma) quelli che definirei come “indicatori di sistema”.

a. Il principale “indicatore” di sistema mi parrebbe questo: da un lato, l’assoggettamento o l’ammissione ad una procedura concorsuale non comporta, di regola, né l’azzeramento e neppure il “congelamento” dell’organizzazione societaria (si tendeva a ritenerlo in passato, ma è una visione da tempo superata). Dall’altro, e correlativamente, l’assoggettamento o l’ammissione ad una procedura concorsuale non tocca, sempre in linea di principio, le funzioni ed i poteri inerenti all’organizzazione societaria come tale (quello che è stato di recente definito come il “principio di neutralità organizzativa”).

Gli indici normativi che depongono in tal senso sono molti ed inequivoci.

In particolare:

- dagli art. 49, 87, 46, co. 1, 152 l. fall. si ricava che, dichiarato il fallimento della società, gli amministratori (o, eventualmente, i liquidatori) restano in carica, conservando integri i loro poteri (naturalmente con i limiti operativi derivanti dallo spossessamento); né, per converso, sono rintracciabili oggi disposizioni o regole che prevedano in via generale l’attribuzione in tutto o in parte di tali poteri ad organi della procedura;

- dagli art. 152 e 214 l. fall. si deduce agevolmente che resta efficace, pur dopo la dichiarazione di fallimento o l’assoggettamento a liquidazione coatta amministrativa, la clausola statutaria che attribuisca all’assemblea dei soci la decisione su di una proposta di concordato fallimentare (o di liquidazione); e, d’altra parte, dall’art. 2499 cod. civ. si ricava agevolmente che l’assemblea straordinaria conserva, pur dopo il fallimento e, in genere, l’assoggettamento ad una procedura concorsuale, le sue competenze deliberative in materia di modifiche statutarie;

- dagli art. 2415 e 2418 cod. civ. e dagli art. 125, ult. co. e 171 l. fall. si ricava agevolmente che, pur dopo il fallimento e, in genere, l’assoggettamento ad una procedura concorsuale, l’assemblea degli obbligazionisti ed il rappresentante comune degli stessi conservano le loro competenze;

- dall’art. 182-*sexies* l. fall. si ricava agevolmente che, pur dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo, gli amministratori e l’assemblea conservano, in principio, le loro funzioni (la disposizione non avrebbe senso se già la presentazione della domanda di concordato determinasse un “congelamento” delle funzioni dell’assemblea e, d’altra parte, essa sospende l’obbligo di provvedere nell’ipotesi di perdite superiori al terzo del capitale ed in quella di diminuzione del capitale al di sotto del minimo legale, non invece il potere di farlo).

Mi pare, allora, che resti tuttora valida, su di un piano generale, l’affermazione – che ho avuto occasione di formulare più di 20 anni fa – secondo cui «*le procedure concorsuali non hanno, in linea di principio, alcuna conseguenza sull’assetto organizzativo della società e non toccano le funzioni ed i poteri inerenti all’organizzazione societaria come tale*».

b. Naturalmente, il principio di neutralità non costituisce affatto un dogma vincolante anche per il legislatore. Il legislatore ben può introdurre delle deroghe, come in effetti è accaduto. Basta considerare:

- l’art. 118 l. fall., per il quale, chiuso il fallimento della società per integrale ripartizione dell’attivo o per insufficienza del medesimo, compete al curatore provvedere alla cancellazione della società;

- l’art. 185 l. fall., per il quale – ricordiamo – in sede di esecuzione di una proposta concordataria il tribunale «*puo’ nominare un amministratore giudiziario attribuendogli il potere di compiere ogni*

atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa»⁵.

Ma si tratta di eccezioni rispetto al sistema, che come tali debbono essere trattate.

Il discorso è particolarmente importante per quanto riguarda l'art. 185, che una parte della più recente dottrina ha cercato di valorizzare come espressione di un definitivo superamento, anzi di un vero e proprio ribaltamento, del principio di neutralità. In realtà, quella norma, se correttamente letta, conferma, per un verso, che in ogni caso è l'assemblea che deve provvedere (sia pur costrettavi) all'aumento di capitale e, dall'altro, che per tutti i casi diversi da quello espressamente considerato i soci restano liberi di deliberare quello che ritengano più opportuno⁶.

5 Nonché:

- l'art. 200 l. fall., per il quale, disposta la liquidazione coatta amministrativa, «cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo» (per inciso: la dottrina tende a ritenere che più che di cessazione si tratti di sospensione e che la sospensione, d'altra parte, concerne solo i poteri incompatibili con la procedura);

- l'art. 213, ult. inciso dell'ultimo co., per il quale, nel caso di chiusura della liquidazione coatta per ripartizione dell'attivo, il liquidatore deve "se del caso" procedere alla cancellazione della società dal registro delle imprese.

- l'art. 4-bis del d.l. n. 347/2003, che attribuisce in via esclusiva al commissario straordinario, nell'amministrazione straordinaria speciale, il potere di presentare una proposta di concordato, tagliando completamente fuori, quindi, il debitore e pertanto, nel caso di società, gli amministratori e l'assemblea.

6 Naturalmente, non ignoro che la ricordata legge delega ha introdotto altri "punti di rottura" del principio di neutralità. Mi riferisco, innanzi tutto, alla previsione dell'art. 6, co. 2, lett. b), per la quale, in caso di concordato preventivo riguardante società, si dovrebbe «imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od 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 d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci». E mi riferisco, poi, alla previsione dell'art. 7, co. 2, lett. e) secondo la quale dovrebbero essere attribuiti al curatore nella procedura di liquidazione giudiziale (il vecchio fallimento) "previa acquisizione delle prescritte autorizzazioni, i poteri per il compimento degli atti e delle operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società, previsti nel programma di liquidazione" (programma che – ricordo – è predisposto dallo stesso curatore) "assicurando – prosegue la disposizione - un'adeguata e tempestiva informazione dei soci e dei creditori della società, nonché idonei strumenti di tutela, in sede concorsuale, degli stessi e dei terzi interessati".

Non sappiamo se e come questi principi di delega verranno attuati dal legislatore delegato; in particolare non sappiamo come verranno strutturati gli idonei o adeguati strumenti di tutela dei soci previsti da quei principi, che potrebbero limitare fortemente l'incidenza dei nuovi obblighi o poteri.

Entrambe le disposizioni mi sembrano, comunque, il frutto di scelte decisamente criticabili.

Quanto alla prima. La disposizione si colloca nel solco del vigente e più volte ricordato art. 185 l.fall., rispetto al quale, peraltro, presenta un minor tasso di criticità, ove si consideri che se, per un verso, ne è più ampio l'ambito di applicazione (riguardando la nuova norma tutte le operazioni che esigano l'intervento dell'assemblea), per altro verso essa concerne ormai solo le proposte avanzate dalla società medesima, dal momento che il testo definitivo della legge, da un lato, ha soppresso la possibilità di presentazione di domande di concordato preventivo da parte di soggetti diversi dal debitore e, dall'altro, non menziona neppure le proposte concorrenti di cui alla legge vigente. La disposizione resta comunque espressione di una logica di preminenza delle regole concorsuali sulle regole societarie o se si preferisce di "assorbimento" delle seconde da parte delle prime (in sostanza: la sequenza proposta-approvazione dei creditori-omologazione del tribunale prenderebbe anche il posto delle deliberazioni assembleari), che – seppure rintracciabile anche in altri ordinamenti – risulta in quanto tale assai discutibile.

Vorrei aggiungere che, per conseguire il risultato che il legislatore della nuova riforma ha espressamente dichiarato di volere raggiungere (quello di evitare comportamenti dilatori od ostruzionistici dei soci) altre strade avrebbero potuto essere seguite. In particolare, anziché intervenire, a valle, sulla disciplina della esecuzione del concordato, si sarebbe potuto intervenire, a monte, sulla disciplina della proposta (cioè sul già ricordato art. 152 l. fall.), stabilendo, per esempio, che la proposta decisa e presentata dagli amministratori, ove contenga la previsione di operazioni straordinarie, implichi ex se il potere dei medesimi, ove la proposta sia approvata dai creditori e omologata dal tribunale, di dare direttamente attuazione a tali operazioni oppure stabilendo che la proposta la quale contenga la previsione di

5. Nel titolo della mia relazione mi sono azzardato a qualificare il «diritto societario della crisi» come una “nuova frontiera”, sia pure con un punto di domanda.

Probabilmente, vi è in questo una enfasi eccessiva. Sono fermamente convinto, comunque, che quello di costruire uno “statuto” normativo delle società in crisi (lo si chiami poi diritto societario della crisi o in qualsiasi altro modo) debba ormai costituire un obiettivo imprescindibile, in primo luogo, per il legislatore. Ormai, tutti gli ordinamenti si muovono nel senso di potenziare l'efficienza delle procedure di composizione e soluzione delle crisi delle imprese: ora, l'efficienza di queste procedure passa anche e proprio attraverso l'elaborazione di regole pensate e scritte su misura dei destinatari delle stesse. In passato, il destinatario era il debitore persona fisica, l'imprenditore individuale e su questa figura era articolata la disciplina. Oggi, si deve capovolgere la prospettiva ed assumere come destinatario il soggetto “collettivo”, in primo luogo le società; e su questa figura occorrerebbe modellare la disciplina.

Le principali linee guida di questo “statuto” dovrebbero a mio avviso, essere quattro.

A. Innanzi tutto, la completezza della regolamentazione, che dovrebbe toccare tutti i profili, diciamo, di intersezione fra diritto societario e diritto concorsuale, a partire da quelli che possono emergere in sede di verifica della sussistenza dei presupposti tradizionali delle procedure di crisi, ove la crisi riguardi appunto una società⁷.

B. In secondo luogo, la modernizzazione della disciplina, con l'abbandono di idee tanto arcaiche quanto sbagliate. Ho già avuto occasione di indicarne una, quella della valenza necessariamente dissolutiva, per le società, delle procedure concorsuali liquidative. Si tratta di una idea che ha avuto ed ha ricadute che definirei nefaste: dalla qualificazione dell'apertura di una di tali procedure come causa di scioglimento della società alla esclusione delle società dal beneficio dell'esdebitazione.

C. In terzo luogo, la chiarezza e la semplicità delle regole. Qui entra o entrerebbe in giuoco l'opportunità di ripensare certi principi o meccanismi tradizionali. E' il caso, per esempio, del principio dell'estensione del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili. Questo principio - nell'esperienza italiana, ma non solo in quella - ha determinato l'accumularsi di un immenso e talvolta inestricabile groviglio di problemi. Dato ciò e dato che esso principio non presenta alcun carattere di necessarietà (molti ordinamenti non lo conoscono e non l'hanno mai

operazioni straordinarie debba sempre essere approvata (anche o solo) dall'assemblea straordinaria ovvero debba essere accompagnata dalla relativa delibera, sospensivamente condizionata all'approvazione della proposta da parte dei creditori ed alla omologazione del tribunale. Si tratta di soluzioni diverse, ma tutte idonee a realizzare un equilibrato coordinamento fra regole societarie e regole concorsuali, stabilendo oltretutto una precisa coerenza fra fase dell'accesso alla procedura e fase della esecuzione anche coattiva.

Quanto alla seconda. La disposizione – la quale sembrerebbe comportare che il curatore possa direttamente decidere al posto degli organi ordinari, compresa l'assemblea, in ordine all'organizzazione ed alla struttura finanziaria della società – appare chiaramente ispirata all'art.63 della BRRD, di cui ho già detto in precedenza. Ora, da un lato, la disposizione della Direttiva comunitaria si inserisce in un contesto assai particolare che vede le banche assoggettate ad un regime di controlli pubblicistici talmente stretto ed incisivo da privare le medesime, in effetti, di qualsiasi spazio di autonomia: il che ovviamente non si riscontra per le imprese diciamo comuni. Dall'altro, la disposizione della Direttiva solleva non pochi dubbi di incostituzionalità per quella che si configura come una sorta di espropriazione delle prerogative e dei diritti della società e dei soci. Dubbi ancora maggiori di incostituzionalità evidentemente saranno suscettibili di porsi con riguardo alla disposizione di cui stiamo parlando.

7 Un esempio per tutti: nella giurisprudenza italiana si ritiene che, nel caso delle società in liquidazione, l'accertamento in ordine all'insolvenza, ai fini della dichiarazione di fallimento, debba essere inteso come semplice verifica della sussistenza o meno di un deficit patrimoniale, con un sensibile scostamento allora rispetto al parametro offerto dall'art. 5 l. fall.; la dottrina è su posizioni esattamente opposte. E' un profilo importante e delicato che andrebbe espressamente disciplinato dalla legge.

conosciuto), sarebbe il caso, in un'ottica di semplificazione, di scegliere senz'altro la strada della sua eliminazione, seguendo l'esempio offerto, in tempi recenti, dall'ordinamento spagnolo e da quello francese, dove pure era da lungo tempo saldamente presente (mi ero permesso di suggerirlo all'inizio della stagione delle riforme; questo suggerimento è stato ignorato in quella sede ed è tornato ad esserlo anche nei lavori sfociati nella più volte richiamata legge delega di riforma.

D. La quarta linea concerne l'approccio di fondo alla materia: profilo tanto delicato quanto importante.

Se, da un lato, si dovrebbe abbandonare ogni idea di una necessaria "separatezza" e neutralità reciproca fra i profili societari ed i profili concorsuali, dall'altro, si dovrebbe rinunciare ad ogni idea di supremazia sempre e comunque della logica concorsuale sulla logica societaria o di strumentalizzazione o "asservimento", sempre e comunque, dei meccanismi societari ai fini delle procedure concorsuali Ripeto qui quanto ho avuto occasione di scrivere alcuni anni fa: nessuna disciplina delle crisi può dirsi, oggi, realmente efficiente ed efficace se non è fondata su di un completo coordinamento, anzi su di una stretta integrazione fra normativa concorsuale e normativa societaria; una stretta integrazione indispensabile sia, in negativo, per evitare che norme di diritto societario siano di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della procedura concorsuale e sia, in positivo, per consentire l'utilizzazione di meccanismi di diritto societario per permettere o agevolare il raggiungimento di quegli obiettivi.

Se si adotta questa prospettiva e se, d'altra parte, si considera che gli interessi tutelati dalle regole societarie hanno pari dignità rispetto a quelli tutelati dalle regole concorsuali, la strada da seguire diventa chiara: è quella della ricerca, volta per volta, del miglior punto di equilibrio fra le esigenze concorsuali e le esigenze societarie, in una logica quindi di conciliazione fra quelle esigenze.

La nostra legislazione più recente offre molti esempi di norme riconducibili al nostro diritto ed ispirate proprio a quella logica. Ho già sottolineato l'importanza sotto questo aspetto dell'art. 2499 cod. civ.; ma in una logica analoga si colloca, per esempio, l'art. 182-*sexies* l. fall. anch'esso più volte ricordato. Come mi è capitato di scrivere, questa disposizione ha come effetto, voluto, l'"innesto" dei meccanismi civilistici di tutela del capitale all'interno dei meccanismi compositivi della crisi della società ed in funzione della maggiore efficienza dei medesimi; un innesto che non svaluta affatto – come è stato sostenuto da una parte della dottrina - il ruolo del capitale sociale, ma anzi tale ruolo a ben vedere esalta.

Posso aggiungere che la stessa logica ha guidato, in molti punti, i redattori della legge delega di riforma organica più volte ricordata: così, per esempio, nelle disposizioni relative alla disciplina della crisi dei gruppi che, tutte, muovono dall'idea di conciliare l'esigenza di conservare la distinzione fra le singole entità che compongono il gruppo con l'esigenza di una gestione unitaria o comunque coordinata della crisi.

Mi pare, per concludere, che sussistano già molti buoni esempi di come – senza "appiattirsi" acriticamente su modelli adottati in altre esperienze – sia possibile costruire parti essenziali di un moderno «diritto societario della crisi» in una chiave di contemperamento fra le esigenze concorsuali e le esigenze societarie.