

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO

III EDIZIONE

Prof. Avv. Matteo De Poli
Studio De Poli per Amici di Adamitullo



CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO

UNA BREVE PRESENTAZIONE DELL'INIZIATIVA

Cinque Casi di Diritto Societario è un ciclo di seminari tenuti dal Prof. Avv. Matteo De Poli per sostenere [Amici di Adamitullo](#), ente attivo in Etiopia per promuovere il miglioramento dell'istruzione e della qualità della vita dell'omonimo villaggio e del suo vicinato.

Con questa terza edizione:

- 230 iscritti;
- 11.000 € raccolti, interamente a beneficio di Amici di Adamitullo.



I CINQUE SEMINARI

I seminari si sono svolti dal 2 febbraio al 2 marzo 2023 e hanno approfondito i seguenti argomenti:

1. [Diritti particolari del socio di s.r.l. nella distribuzione degli utili](#)
2. [Conflitto di interessi e ruolo del curatore speciale processuale](#)
3. [Scioglimento delle società di capitali](#)
4. [Finanziamento soci e altre forme di apporto di capitale all'impresa](#)
5. [Crisi d'impresa e responsabilità degli organi sociali](#)

La registrazione di ciascun seminario è disponibile alla sezione [Video](#) di www.studiodepoli.eu.

N.B.: è in corso l'organizzazione della quarta edizione, che si terrà nelle seguenti date: 1, 8, 15, 22 e 29 febbraio 2024

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – III EDIZIONE

DIRITTI PARTICOLARI DEL SOCIO DI S.R.L. NELLA DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI

WEBINAR – 2 FEBBRAIO 2023

Prof. Avv. Matteo De Poli
Studio De Poli per Amici di Adamitullo



INDICE

1. [Il caso](#)
2. [I diritti particolari del socio di s.r.l.](#)
3. [Il diritto particolare agli utili](#)
4. [Diritti particolari e strategie nella negoziazione tra minoranza e maggioranza](#)
5. [La soluzione del caso prospettato](#)

IL CASO

IL CASO

- Caio, per il tramite della Caio & C. s.r.l., è titolare e amministratore unico del 100% di Alfa s.r.l. (società operante nel campo dell'ideazione, produzione e commercializzazione di prodotti di abbigliamento e accessori). Essa era anche, da sempre, la titolare del marchio di abbigliamento prodotto da Alfa S.r.l. Nel gennaio 2019 Caio & C. cede a Tizio il 30% della società Alfa. Durante le trattative per la cessione, le parti convengono di inserire nello statuto, a tutela di Tizio, futuro socio di minoranza e al fine di incentivare la cessione, la seguente clausola: «Al socio Tizio spetta il diritto ad ottenere il 50% degli utili deliberati per tutti gli esercizi dall'esercizio 2019 all'esercizio 2024». Al contempo Caio, al fine di mantenere la gestione di Alfa S.r.l. in capo a sé, chiedeva l'attribuzione a suo favore del diritto ad assumere la carica di amministratore unico. Dopo l'acquisto, lo statuto veniva modificato, ovviamente con il consenso di entrambi i soci, per consentire l'inserimento dei diritti di cui sopra. Poco dopo, al fine di gestire più efficientemente la successione a favore dei figli Mevio e Sempronio, Tizio chiedeva a Caio di rinunciare ad esercitare la prelazione sul conferimento delle proprie quote di partecipazione in Alfa in una NewCo – in forma di società a responsabilità limitata – da lui posseduta interamente, con funzione di holding familiare. Caio acconsentiva e rinunciava ad esercitare la prelazione sul conferimento. Negli esercizi 2019 e 2020 Alfa maturava perdite, non tanto per l'insuccesso delle proprie confezioni quanto per una richiesta della Caio & C. di aumentare l'importo delle *royalties* a favore di quest'ultima per la concessione dell'uso del marchio. Nel 2021, invece, nonostante l'appesantimento da *royalties*, Alfa tornava finalmente in utile ma l'assemblea, in sede di approvazione del bilancio di esercizio 2021, non deliberava la distribuzione degli utili che venivano imputati a riserva. Tale decisione – proposta dall'amministratore unico e votata dalla Caio & C, s.r.l. in assemblea – veniva giustificata in forza della necessità di ricostituire il patrimonio le cui riserve erano state erose nei due esercizi precedenti. Tizio si rivolge subito a voi per impugnare tale delibera, assunta con il suo voto contrario. Il quorum del 50,1% era sufficiente per l'adozione di questa delibera.
- Il caso consente di riprendere il tema della tutela delle minoranze attraverso l'esame dei diritti particolari nelle s.r.l., in particolar modo del diritto alla distribuzione di utili.

I DIRITTI PARTICOLARI DEL SOCIO DI S.R.L.

LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEI DIRITTI DEI SOCI DI ALFA

- L'art. 2468 c.c. dispone che:
«Le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari.
Salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento.
*Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di **particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.***
Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'articolo 2473, i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci. [...]».
- Sono dunque **diritti particolari**, che derogano alle regole di (tendenziale) proporzionalità.

DIRITTI “PARTICOLARI” E “DIVERSI” NELLE S.R.L.

- A seguito del d.l. 50/2017 è stato introdotto nel nostro ordinamento un nuovo “modello” di s.r.l.: la s.r.l. piccola e media impresa (PMI). Al nuovo modello – in forza dell’art. 26, comma secondo, del d.l. 179/2012 che regolava le s.r.l. in forma di start-up innovativa – è concesso «*creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, [...] liberamente determinare il contenuto delle varie categorie anche in deroga a quanto previsto dall’articolo 2468, commi secondo e terzo, del codice civile*».
- “Categorie di quote fornite di diritti diversi” nelle s.r.l. PMI: chiaro il riferimento all’art. 2438, 2° comma, c.c.: «*Si possono tuttavia creare, con lo statuto o con successive modificazioni di questo, categorie di azioni fornite di diritti diversi anche per quanto concerne la incidenza delle perdite. In tal caso la società, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie*».
- Diritti particolari ≠ “categorie di quote fornite di diritti diversi”.

ESIGENZE TIPICAMENTE SODDISFATTE DAI DIRITTI PARTICOLARI EX ART. 2468 C.C.

La concessione al socio di s.r.l. non PMI di un diritto particolare può soddisfare queste **esigenze**:

- garantire a taluni soci un controllo stabile sull'**amministrazione** dell'impresa e/o sulla **destinazione degli utili**, o combinare le diverse esigenze di maggioranza e minoranza;
- **preservare gli assetti proprietari iniziali** (di un gruppo ristretto di soci, ad esempio legati da parentela), agevolando allo stesso tempo il passaggio a soggetti diversi;
- **agevolare l'ingresso in società di soci "finanziatori"**.

DIRITTI PARTICOLARI TRADIZIONALMENTE INSERITI NEGLI STATUTI, PER TIPOLOGIA DI SOCIO....

▪ Al socio “gestore”

- *«Il socio Tizio ha il diritto particolare di assumere la carica di amministratore unico della società»*
- *«Il socio Tizio ha il diritto particolare di nominare la maggioranza dei membri dell'organo di gestione»*
- *«Il socio Tizio ha il diritto particolare di nominare uno dei componenti dell'organo di gestione»*

▪ Al socio di minoranza, o comunque non gestore

- *«Il socio Tizio ha il diritto particolare di ottenere il 30% degli utili conseguiti negli esercizi... »*
- *«In caso di distribuzione di utili, il socio Tizio ha il diritto particolare di ottenere una somma pari ad almeno Euro 20.000 a titolo di dividendo»*
- *«In caso di distribuzione degli utili, il socio Tizio ha il diritto particolare di ottenere il 10% in più degli utili distribuiti ai soci»*
- *«In caso di distribuzione degli utili, il socio Tizio ha il diritto particolare di richiedere la distribuzione del 50% del valore degli utili di sua competenza mediante il trasferimento in natura dei seguenti beni... »*
- *«In sede di delibera di distribuzione degli utili e prima della medesima, al socio Tizio spetta il diritto di ottenere, in via prioritaria, l'assegnazione di una somma pari ad Euro 20.000 da sottrarre agli utili oggetto di distribuzione tra tutti i soci»*
- *«In sede di delibera di distribuzione degli utili e prima della medesima, al socio Tizio spetta il diritto di ottenere, in via prioritaria, l'assegnazione di una somma pari al 30% degli utili distribuibili, da sottrarre agli utili oggetto di distribuzione tra tutti i soci»*
- *«In caso di liquidazione della società, al socio Tizio spetta il diritto di ottenere, anche in natura, l'assegnazione di beni di valore pari al 30% del saldo netto di liquidazione»*

E TIPOLOGIE DI CATEGORIE DI AZIONI NELLE S.P.A.

In generale, si è in presenza di **distinte categorie di azioni** quando nella medesima società vi sono azioni aventi una disciplina diversa. Ad es.:

- azioni con diritti diversi nel riparto degli utili o del saldo netto di liquidazione;
- azioni con voto meno che proporzionale, o con voto più che proporzionale;
- azioni con voto limitato a determinati argomenti o condizionato al verificarsi di determinate condizioni;
- azioni di godimento;
- azioni che attribuiscono il diritto di opzione in misura diversa;
- azioni con diritto alla nomina/revoca di uno o più amministratori;
- azioni con diritto ad esprimere il gradimento sugli amministratori nominati;
- azioni con diritto a rivestire il ruolo di amministratore con particolari deleghe o per tutta la propria permanenza nella compagine sociale;
- azioni con diritto a nominare uno o più membri dell'organo di controllo;
- azioni con diritto di veto in materia di determinate operazioni gestorie (ad es. alienazione di immobili, iscrizione di ipoteche, cessione di rami d'azienda);
- azioni con diritti diversi nella distribuzione degli utili (ad es. in una quota maggiorata);
- azioni liberamente alienabili e altre la cui alienazione è sottoposta a particolari condizioni.

IL DIRITTO PARTICOLARE AGLI UTILI

I DIRITTI RIGUARDANTI “DIRETTAMENTE” GLI UTILI

Sono certamente ammissibili le clausole che, nel rispetto del divieto di patto leonino, attribuiscono ad alcuni soci **privilegi nella divisione degli utili in via diretta**, ad es.:

- prevedendo una misura fissa minima degli utili;
- prevedendo una misura degli utili in percentuale;
- prevedendo una misura degli utili in percentuale, aumentata in rapporto agli utili destinati agli altri soci;
- stabilendo l'assegnazione di utili in natura;
- stabilendo una priorità nel prelievo del dividendo (ad es. al socio spetta il 10% degli utili prima di ogni ulteriore distribuzione, la quale può seguire le regole più svariate);
- prevedendo un ordine di preferenza nella distribuzione (ad es. prevedendo che prima viene distribuita una certa somma fissa ad un socio e poi si provvede alla distribuzione proporzionale in base alle quote).

I DIRITTI RIGUARDANTI “INDIRETTAMENTE” GLI UTILI

Sembrano ammissibili anche le clausole che, pur non riferibili alla distribuzione degli utili in senso stretto, riguardano comunque i **rapporti patrimoniali tra socio e società**, quali le clausole che prevedano:

- la postergazione nella partecipazione alle perdite, ad es.: *«In caso di fallimento o liquidazione della società, in presenza di debiti sociali superiori al patrimonio e al capitale sociale, al socio Tizio spetta il diritto particolare a subire l'annullamento della propria partecipazione solo dopo che, per effetto delle perdite, siano state annullate le quote degli altri soci»*;
- l'attribuzione di una posizione privilegiata in sede di aumento del capitale a pagamento. La clausola potrebbe essere così formulata: *«Nel caso di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti, è riconosciuto al socio Tizio il diritto particolare a sottoscrivere l'aumento in misura pari ad almeno il 40% dell'aumento deliberato»*.

IL LIMITE DEL PATTO LEONINO

- Un diritto particolare alla distribuzione degli utili molto ampio potrebbe violare l'art. 2265 c.c., relativo al **divieto di patto leonino**.
- In virtù di tale principio sarà quindi di sicuro invalida una clausola che:
 - attribuisce tutto l'utile a certi soci e ne esclude interamente altri;
 - riconosce utili a certi soci a prescindere dalle perdite subite.

DIRITTI PARTICOLARI E STRATEGIE NELLA NEGOZIAZIONE TRA MINORANZA E MAGGIORANZA

STRATEGIE NEGOZIALI: È ESAUSTIVO IL CATALOGO DEI DIRITTI?

- Nell'ingresso di un socio in una compagine esistente, o nelle trattative per la costituzione di una NewCo, è molto utile tutelare la posizione del proprio assistito mediante la concessione di diritti particolari;
- Dove può spingersi, però, la fantasia?
- Il riferimento agli **utili** e all'**amministrazione** (2468, co.3, c.c.) è meramente esemplificativo, e in quanto tale estendibile in via analogica, oppure tassativo e, quindi non estendibile?
- La questione è dibattuta:
 - Per taluni (ad es., MAUGERI e DACCÒ) potrebbero configurarsi diritti particolari aventi ad oggetto anche **prerogative diverse** da quelle inerenti all'amministrazione e alla distribuzione degli utili;
 - Secondo altri (ad es., SANTUS e DE MARCHI) sarebbero invece ammissibili solo quei diritti particolari espressamente previsti dall'art. 2468, 3°co. o, comunque, direttamente o indirettamente riferibili ai diritti in materia di amministrazione e distribuzione degli utili.

I PRINCIPI CHE CONFLIGGONO

- I diritti particolari derogano al **principio di proporzionalità** tra diritti e capitale investito (rappresentato dalla quota),

ma ...

- nelle s.r.l. rileva anche il principio di **autonomia statutaria, dunque...**
- è necessario trovare un'equa combinazione tra questi due principi

PUNTI FERMI E DUBBI SULL'ESAUSTIVITÀ DEL CATALOGO DEI DIRITTI

Nell'incertezza della questione, si può affermare che:

- **È certamente valida** ogni clausola che attribuisca a un socio particolari diritti riguardanti espressamente l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili;
- **Sono altresì valide** le clausole riconducibili, **seppur indirettamente**, alla distribuzione degli utili o all'amministrazione, come le seguenti clausole menzionate nel catalogo precedente:
 - quella che prevede un diritto di voto più che proporzionale a favore del socio in sede di nomina dell'organo amministrativo
 - quella che prevede la postergazione in caso di perdita del capitale, in modo che le perdite siano imputate al socio solo dopo l'annullamento delle partecipazioni spettanti agli altri soci;
- **Non è certa** la validità di clausole che attribuiscano al socio diritti in **ambiti diversi** dall'amministrazione e dalla distribuzione degli utili, come quella che attribuisce un diritto di voto più che proporzionale in sede di approvazione del bilancio.

SEGUE: PUNTI FERMI E DUBBI. IL DIRITTO PARTICOLARE A FAVORE DEL SOCIO “ULTRA-MINORITARIO”

- **Si può discutere** se sia ammissibile l'attribuzione di un diritto particolare in modo assolutamente **indipendente dalla misura della partecipazione detenuta**.
 - Ad esempio, la c.d. “*golden quote*” (ossia il diritto a nominare l'amministratore unico), pur in presenza di una partecipazione non rilevante, ad esempio pari al 5%. In discussione è la questione relativa all'equilibrio tra rischio di impresa, teoricamente in capo a chi ha investito più risorse e, quindi, detiene una quota di maggioranza, e controllo della stessa, che, potendo essere slegato dalla misura della partecipazione potrebbe portare a scelte rischiose o antieconomiche, incentivando il “*moral hazard*”.
- **Nostra opinione:** il fatto che l'art. 2486 c.c. parli di “diritto particolare” del socio, senza porre ulteriori vincoli, spinge a ritenerla ammissibile in forza della convinzione che il legislatore abbia concesso **un'ampia derogabilità statutaria al principio di proporzionalità**.

LA SOLUZIONE DEL CASO PROSPETTATO

COSA NON VA NELLA CLAUSOLA STATUTARIA....

- La modifica dello statuto non tutela Tizio ogniqualvolta **non ci sia stata una preventiva delibera di distribuzione**: *«Al socio Tizio spetta il diritto particolare ad ottenere il 50% degli utili deliberati per tutti gli esercizi dall'esercizio 2019 all'esercizio 2024»*;
- Invero: nelle società di capitali è l'assemblea che approva il bilancio a decidere in ordine al se ed in che misura distribuire gli utili (artt. 2433 c.c. e 2478-bis c.c.): prima di tale delibera **non vi è alcun diritto agli utili a favore dei soci**, ma soltanto una mera aspettativa che, in quanto tale, può essere disattesa.
- Così Cass. 2020/2008 secondo cui: *«non è configurabile un diritto del socio agli utili senza una preventiva deliberazione assembleare in tal senso, rientrando nei poteri dell'assemblea – in sede approvativa del bilancio – la facoltà di disporre l'accantonamento o il reimpiego nell'interesse della stessa società, sulla base di una decisione censurabile solo se propria di iniziative della maggioranza volte ad acquisire posizioni di indebito vantaggio a danno degli altri soci cui sia resa più onerosa la partecipazione»*, e dello stesso avviso il recente Tribunale di Torino, 4 giugno 2021, n. 2839.

E COSA AVREBBE POTUTO FARE TIZIO?

- Avrebbero potuto (o dovuto) i consulenti di Tizio pretendere che il diritto di Tizio fosse riferito agli utili **conseguiti** e non a quelli **deliberati**?
- **Si**: se avessero fatto così, Tizio avrebbe certamente potuto impugnare la delibera assembleare in quanto adottata in violazione del diritto particolare previsto dallo statuto;
- **Ma tale clausola sarebbe stata valida?** Vi sono due orientamenti:
 - uno (ROSAPEPE) **contrario** al diritto alla distribuzione in assenza di un'esplicita delibera al riguardo, che si fonda sul dato letterale dell'art. 2468, 3° co.: dal momento che la disposizione si riferisce al diritto in materia di **distribuzione** degli utili e poiché prima della delibera di distribuzione i soci non possono vantare alcun diritto agli utili, allora il diritto particolare potrà avere ad oggetto solo gli utili già deliberati e, quindi, distribuibili;
 - Uno (STELLA RICHTER JR. e MAUGERI) **favorevole**, considerando che condizionare l'esercizio del diritto ad una delibera adottata a maggioranza significherebbe, di fatto, privare lo strumento in questione di larga parte delle sue potenzialità.
- Il **secondo** degli orientamenti sopra descritti pare preferibile, proprio in ragione della necessità di tutelare il socio di minoranza da prese di posizione della maggioranza che, di fatto, renderebbero non ottenibile una distribuzione basata sul diritto particolare.

ED ANCORA: DOVE HA CERTAMENTE SBAGLIATO TIZIO?

- Tizio ha sbagliato anche **quando ha trasferito** la partecipazione alla NewCo.
- Questa, per quanto partecipata al 100% dal medesimo socio e costituita in forma di s.r.l., rappresenta un **oggetto di diritto diverso rispetto al suo titolare**.
- Il diritto alla partecipazione agli utili è un diritto **legato alla figura del socio originario, non oggettivizzato nella quota**.
- Ergo, il trasferimento dell'intera partecipazione alla NewCo **ha determinato la perdita** del diritto particolare in capo a Tizio.
- Egli avrebbe dovuto, prima di far tale trasferimento, concordare con l'altro socio una modificazione soggettiva del diritto particolare ai sensi dell'art. 2468, quarto comma, da deliberarsi all'unanimità in assemblea.
- A nulla varrebbe obiettare che Caio ha rinunciato alla prelazione.
- **Va così decisamente sconsigliata l'impugnazione della delibera.**

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – III EDIZIONE

CONFLITTO DI INTERESSI E RUOLO DEL CURATORE SPECIALE PROCESSUALE

WEBINAR – 9 FEBBRAIO 2023

Prof. Avv. Matteo De Poli
Studio De Poli per Amici di Adamitullo



INDICE

1. [Il caso](#)
2. [Le questioni: l'illegittimità delle delibere dell'organo amministrativo nelle S.r.l. \(e un confronto con le S.p.A.\)](#)
3. [Verso la soluzione: i rimedi contro l'operato in conflitto degli amministratori e il ruolo del curatore speciale processuale](#)
4. [La soluzione del caso prospettato](#)
5. [Appendice giurisprudenziale](#)

IL CASO

IL CASO

- Alfa S.r.l. gestisce un gruppo di alberghi a Jesolo; ne sono soci Paolo, con una quota pari al 60%; Marco, con il 35%, Anna, con il 5%. Anna è compagna *more uxorio* di Paolo. Il C.d.A. di Alfa è composto da Paolo, Presidente non operativo, Marco, amministratore delegato, e Anna. Sindaco unico è Luca.
- Il **30 dicembre 2022** il C.d.A. di Alfa, che a novembre aveva invitato alcune ditte a partecipare ad una gara per la concessione quinquennale del servizio di fornitura di biancheria per i suoi alberghi, esamina le due offerte economiche pervenute da Beta S.r.l. e Gamma S.r.l. A maggioranza e con il voto contrario di Marco, il C.d.A. delibera l'affidamento del contratto a Beta, nonostante il costo annuo dalla stessa proposto fosse più alto del **17%** di quello offerto da Gamma. Alla base di tale scelta, la presunta maggiore esperienza nel settore di Beta.
- Il **10 gennaio** Luca, ritenendo che la delibera danneggi la società, chiede consiglio al proprio legale su come egli possa o debba procedere e questi si riserva di esaminare la fattispecie.
- Il **30 gennaio** la segreteria di Alfa riceve una r.a.r. dell'Agenzia delle Entrate con la quale questa chiede informazioni sui rapporti tra Alfa, Paolo, la Delta Ltd., socia unica di Beta s.r.l. Ivi si legge anche che titolare effettivo di Delta Ltd. è Paolo. Di ciò, nulla sapevano (almeno) Marco e Luca. Soci e sindaco vengono messi a conoscenza della raccomandata.
- Il **5 febbraio** Paolo, quale presidente di Alfa, sottoscrive con Beta S.r.l., rappresentata dal suo rappresentante legale, Enzo, il contratto per la fornitura dei servizi, sulla base del capitolato predisposto a novembre e spedito alle ditte invitate.
- Alla luce di quanto emerso, si valuti la situazione dal punto di vista legale.

LE QUESTIONI: L'ILLEGITTIMITÀ DELLE DELIBERE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO NELLE S.R.L. (E UN CONFRONTO CON LE S.P.A.)

LA NORMATIVA RILEVANTE SULL'IMPUGNATIVA DELLE DELIBERE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO DI S.R.L.

- L'unica disposizione è l'art. 2475-ter c.c., secondo cui «**1.** I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo. **2.** Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione».
- L'art. 2478, 3° comma, c.c.: «**3.** I contratti della società con l'unico socio o le operazioni a favore dell'unico socio sono opponibili ai creditori della società solo se risultano dal libro indicato nel numero 3 [i.e. il libro delle decisioni degli amministratori] del primo comma o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento», riguarda **i rapporti con i creditori.**
- Gli artt. 2497 s.s. sulla **s.r.l. di gruppo** non disciplinano l'impugnativa di delibere.

... E DELLE DELIBERE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO DI S.P.A.

Qui la situazione è più articolata. Invero, rileva anzitutto l'art. 2388 c.c.:

«1. Per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Lo statuto può prevedere che la presenza alle riunioni del consiglio avvenga anche mediante mezzi di telecomunicazione.

2. Le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto.

3. Il voto non può essere dato per rappresentanza.

4. Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori **assenti o dissenzienti** entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378.

5. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni».

... E DELLE DELIBERE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO DI S.P.A. (SEGUE)

Ma anche l'art. 2391 c.c.:

«1. L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale; se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile.

2. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

3. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione».

LA NORMATIVA RILEVANTE IN MATERIA DI ANNULLAMENTO DEI CONTRATTI

Occorre però guardare, in entrambi i tipi societari, anche alla disciplina in materia di annullamento del contratto e precisamente:

- all'art. 1394 c.c.: *«Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo»*. (vero «**conflitto di interessi**»);
- all'art. 1395 c.c. : *«1. È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. 2. L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato»* (ipotesi di «**contratto con sé stesso**», parificata alla prima).

SINTESI DELLE PRINCIPALI DIFFERENZE TRA L'IMPUGNATIVA DELLE DELIBERE DEL C.D.A. NELLE S.P.A. E NELLE S.R.L., E RAGIONI

S.p.A.	S.r.l.
È prevista una disciplina dell'impugnativa delle delibere <i>contra legem</i> dell'organo amministrativo.	Manca una previsione simile.
È previsto un dettagliato dovere di informativa sul conflitto di interessi agli altri amministratori e sindaci.	Manca una previsione simile.
È previsto un dovere di astensione del delegato in conflitto.	Manca una previsione simile.
È previsto un dovere di motivare in punto di convenienza per la società della decisione da assumere quando vi è un interesse di un amministratore.	Manca una previsione simile.
Annulabilità della delibera assunta senza il rispetto di quanto sopra e/o con il voto determinante dell'amministratore in conflitto e dannosa per la società.	Annulabilità della delibera assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto e dannosa per la società.
Manca una disciplina della sorte del contratto concluso in conflitto di interessi (ma v. artt. 1394-1395 c.c.).	È prevista una disciplina della sorte del contratto concluso in conflitto.
È disciplinata la responsabilità dell'amministratore in conflitto.	Manca una disciplina della responsabilità dell'amministratore in conflitto (ma v. art. 2476 c.c.)

!!! Perché questa così marcata differenza? Che valore dare alle lacune normative in materia di S.r.l.?

IN PARTICOLARE: DIFFERENZE SULLA RILEVANZA DEGLI INTERESSI DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. E DI S.R.L.

- Nelle S.p.A. rilevano **tutti** gli interessi degli amministratori nell'assunzione di una determinata delibera e, a prescindere dal fatto che essi siano o meno in conflitto con quelli della società, devono essere esplicitati al momento dell'adozione della delibera. Nella deliberazione devono anche emergere la motivazione della decisione e la convenienza per la società.
- Nella S.r.l. gli interessi sono rilevanti solo in quanto **confliggenti** con quelli della società e manca una previsione di *disclosure* a carico degli amministratori.
 - ↳ Definizione di conflitto di interessi: «Sussiste “conflitto di interessi” quando l'amministratore persegue una finalità contrapposta e inconciliabile con quella della società rappresentata, di guisa che all'utilità conseguita o conseguibile da quest'ultimo, per sé medesimo o per conto del terzo, segua, o possa seguire, il danno della società rappresentata; e l'esistenza di un conflitto di interessi tra la società ed il suo amministratore dev'essere accertata in concreto sulla base di una comprovata relazione antagonistica di incompatibilità di interessi di cui sono portatori rispettivamente, la società ed il suo amministratore, non essendo a tal fine sufficiente neanche la mera coincidenza nella stessa persona dei ruoli di amministratore delle contrapposte parti contrattuali» (Trib. Torino 16 marzo 2021).

**VERSO LA SOLUZIONE:
I RIMEDI CONTRO L'OPERATO IN CONFLITTO DEGLI
AMMINISTRATORI DI S.R.L. E IL RUOLO DEL CURATORE SPECIALE**

UN RECAP SU QUANTO LUCA HA RIPORTATO AL PROPRIO LEGALE

- Il **10 gennaio** sia Luca sia il suo legale hanno discusso di una delibera del C.d.A. di Alfa che appariva lesiva degli interessi di Alfa ma non viziata da conflitto di interessi del legale rappresentante di Alfa. Dubbi da risolvere:
 - Il C.d.A. di Alfa ha violato la legge, o lo statuto?
 - Sono impugnabili le delibere del C.d.A. di S.r.l. non viziate da conflitto di interessi?
- Il *fumus* di sussistenza di un conflitto di interessi di Paolo appare solo il **30 gennaio**.
- Il **5 febbraio** il contratto era stato però già sottoscritto.

L'ART. 2475-TER C.C., IN CHIAVE PROBLEMATICA

Art. 2475-ter c.c.:

«1. I **contratti** conclusi dagli amministratori che hanno la **rappresentanza** della società in **conflitto di interessi**, per conto proprio o di **terzi**, con la medesima possono essere annullati su **domanda della società**, se il conflitto era conosciuto o **riconoscibile dal terzo**.

2. Le **decisioni** adottate dal **consiglio di amministrazione** con il voto **determinante** di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un **danno patrimoniale**, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli **amministratori** e, ove esistenti, **dai soggetti previsti dall'articolo 2477**. In ogni caso sono salvi i diritti **acquistati in buona fede** dai terzi in base ad **atti compiuti in esecuzione della decisione**».

I RIMEDI ASTRATTAMENTE ESPERIBILI CONTRO L'OPERATO DEGLI AMMINISTRATORI DI S.R.L. IN CONFLITTO DI INTERESSI

1. Impugnazione della delibera assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto **qualora questa produca un danno** (art. 2475-ter, 2° comma, c.c.):
 - spetta agli amministratori e/o ai sindaci;
 - convenuta è la società;
 - termine di 90 giorni dalla deliberazione.
2. Domanda di annullamento del contratto concluso dall'amministratore in conflitto se questo era conosciuto o conoscibile al terzo (art. 2475-ter, 1° comma, c.c.; v. anche art. 1394 c.c.):
 - spetta alla società;
 - convenuto è il terzo (qui, Beta);
 - lascia salvi i diritti acquisiti dai terzi, se di buona fede;
 - probabile applicabilità di questa disposizione solo nei casi in cui la decisione in ordine al contenuto dell'atto è direttamente riferibile alla volontà del soggetto che ha concluso l'atto stesso, ossia, in caso di amministratore unico, di amministratore delegato con poteri rappresentativi, di amministrazione disgiuntiva.
3. Azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore (art. 2476 c.c.):
 - spetta al socio (quest'ultimo in rappresentanza della società), ma anche alla società;
 - convenuto è l'amministratore, ma la società è litisconsorte necessaria;
 - finalità risarcitoria a vantaggio della società;
 - prescrizione di 5 anni.
4. Denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione ex art. 2409 c.c. (v. art. 2477, ult. co., c.c.)
 - spetta ai soci e/o ai sindaci;
 - diretta contro amministratori e/o sindaci, ma la società è litisconsorte necessaria;
 - finalità di rimuovere l'amministratore/sindaco e sostituirlo con un amministratore giudiziario.

CONTINUA

Art. 78 c.p.c.: «1. Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che li rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza. 2. Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è **conflitto d'interessi col rappresentante**».

Art. 79 c.p.c.: «1. La nomina del curatore speciale di cui all'articolo precedente può essere in ogni caso chiesta dal pubblico ministero. Può essere chiesta anche dalla persona che deve essere rappresentata o assistita, sebbene incapace, nonché dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto di interessi, dal rappresentante.

2. Può essere inoltre chiesta da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse».

Art. 80 c.p.c.: «1. L'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale s'intende proporre la causa. Se la necessità di nominare un curatore speciale sorge nel corso di un procedimento, anche di natura cautelare, alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice che procede. 2. Il giudice, assunte le opportune informazioni e sentite possibilmente le persone interessate, provvede con decreto. Questo è comunicato al pubblico ministero affinché provochi, quando occorre, i provvedimenti per la costituzione della normale rappresentanza o assistenza dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta».

CONFLITTO DI INTERESSI TRA RAPPRESENTANTE (PAOLO) E IL RAPPRESENTATO (ALFA) E RUOLO DEL CURATORE SPECIALE PROCESSUALE

- Se Luca decide di impugnare la delibera del C.d.A. di Alfa, Alfa va convenuta in giudizio ed essa sarà rappresentata da Paolo.
- *Idem* se Marco decide di esercitare l'azione di responsabilità verso Paolo, o fare un 2409 c.c.. Dovendo chiamare in giudizio anche Alfa, si verificherà la stessa situazione.
- Se, infine, il legale consiglierà a Luca di invitare Alfa a esercitare azione di annullamento del contratto, Alfa sarà sempre rappresentata da Paolo.
- Si parla in questi casi di «**conflitto di interessi processuale**», disciplinato dall'art. 78 c.p.c. e s.s.

I POTERI DEL CURATORE SPECIALE PROCESSUALE

- Manca una disciplina positiva puntuale dei poteri del curatore speciale processuale.
- Secondo una tesi più permissiva, si ritiene che abbia gli stessi poteri del legale rappresentante della società.
- La tesi più restrittiva si pone nel senso che il curatore speciale non abbia i poteri di disposizione del diritto in causa.
- Di sicuro, i suoi poteri non sono limitati a quelli del difensore in giudizio di cui all'art. 84 c.p.c.

NOMINA DEL CURATORE SPECIALE: INDIRIZZO RESTRITTIVO

L'opinione prevalente è nel senso che **non** vada nominato un curatore speciale:

- a) **nei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari di società** «poiché ravvisare in tali ipotesi una situazione di conflitto di interessi indurrebbe alla nomina di un curatore speciale in tutte (o quasi tutte) le cause di impugnazione delle deliberazioni assembleari (o consiliari), con l'effetto distorsivo, non voluto dal legislatore processuale, per cui il socio impugnante tenterebbe sempre di ottenere, mediante il surrettizio ricorso al procedimento di nomina di un curatore speciale, l'esautoramento dell'organo amministrativo dalla decisione delle strategie di tutela a nome della stessa. (Principio enunciato ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c.)» (Cass. 7 dicembre 2021, n. 38883)
- b) **nei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione di delibera del C.d.A.**, «posto che in tale caso il contraddittorio si instaura nei confronti della sola società i cui organi hanno adottato le delibere impugnate e non anche nei confronti delle persone fisiche che hanno partecipato al voto, diversamente da quanto avviene invece nelle cause aventi ad oggetto l'accertamento della responsabilità degli amministratori» (Trib. Milano, 1 dicembre 2016).

NOMINA DEL CURATORE SPECIALE: INDIRIZZO PERMISSIVO

Per altri, la nomina del curatore speciale si rende necessaria, invece, ogni volta che sia dedotta in giudizio una situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il rappresentante eserciti i suoi poteri in contrasto con l'interesse del rappresentato, essendo portatore di un interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per quest'ultimo (Cass., 6 agosto 2001, n. 10822; Trib. Napoli 30 novembre 2021; De Poli, *Conflitto societario e curatore speciale*, in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, vol. I, Giappichelli, Torino 2022, 562 ss.).

LA SOLUZIONE DEL CASO PROSPETTATO

LA SOLUZIONE DEL CASO PROSPETTATO

- Dal 30 gennaio vi è un'apparenza di conflitto di interessi tra Alfa e Paolo nell'adizione della delibera di assegnazione del contratto a Beta, e dunque la delibera del C.d.A. di Alfa è sicuramente impugnabile, ex art. 2475 ter c.c., anche da Luca stesso.
- Dal 5 febbraio, però, la delibera è stata eseguita, ed è astrattamente impugnabile il contratto, questa volta da Alfa stessa.
- L'esercizio delle due azioni può portare a decisioni confliggenti.
- Paolo ha sottoscritto il contratto eseguendo fedelmente la delibera consiliare.
- Appare prudente impugnare la delibera consiliare e convenire in giudizio Alfa.
- Molto probabilmente, il Tribunale competente riterrà non necessaria la nomina di un curatore speciale.
- Se, invece, il legale suggerirà che Alfa convenga in giudizio Beta per l'annullamento del contratto, qualora Paolo e Anna si oppongano ad una deliberazione in tal senso:
 - a) Marco potrà domandare la nomina di un curatore speciale di Alfa, o
 - b) potrà portare in assemblea la proposta di avocare alla società le competenze gestorie, ma si ripresenterà un tema di conflitto di interessi.

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

L'IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA DEL C.D.A.

«La società non è titolare del diritto di impugnare le delibere assunte dall'assemblea dei propri soci: in primo luogo, perché essa non è annoverata dalla legge tra i soggetti legittimati all'impugnazione; inoltre, perché, derivando dalla società stessa la manifestazione di volontà oggetto di impugnazione, sarebbe irragionevole attribuirle la legittimazione ad agire in giudizio contro la sua stessa volontà» (Trib. Roma 3 aprile 2017).

«Ai fini dell'impugnazione delle decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società occorre che la decisione rechi un danno effettivo alla società e non solo potenziale, ricavandosi tale conclusione dal confronto letterale dei disposti dell'art. 2475-ter e art. 2479-ter» (Trib. Genova 2 maggio 2013).

!!! Legittimazione ad impugnare del sindaco unico: potere/dovere?

L'IMPUGNAZIONE DEL CONTRATTO

«Il conflitto di interessi ex art. 1394 c.c., che si manifesta al momento dell'esercizio del potere rappresentativo, è suscettibile di comportare l'annullabilità del contratto, anche qualora l'amministratore disattenda le indicazioni contenute nella delibera autorizzativa adottata dal consiglio di amministrazione al fine di escluderlo. (Fattispecie nella quale l'amministratore aveva trascurato il contenuto della delibera nella parte in cui disponeva che la vendita non potesse avvenire ad un prezzo inferiore ad una misura prestabilita)» (Cass. 3 agosto 2022, n. 2416).

«È annullabile ai sensi degli art. 1394, 1395 e 2475-ter c.c. il contratto concluso dall'amministratore unico di una società a responsabilità limitata in conflitto di interessi con la stessa, tramite conferimento di procura speciale ad un soggetto terzo, laddove il conflitto sia conoscibile dall'altro contraente» (Trib. Torino 28 aprile 2013).

«L'amministratore unico di una società di capitali che sottoscriva un contratto anche nella qualità di legale rappresentante dell'altra parte contrattuale si trova in una condizione parificata alla conclusione del contratto con se stesso ex art. 1395 c.c. Tale circostanza configura una fattispecie di conflitto di interessi a cui consegue l'annullabilità del contratto ex art. 1394 c.c. L'annullabilità può essere evitata solo quando il conferimento dei poteri di rappresentanza sia accompagnato da una puntuale determinazione degli elementi negoziali sufficiente a tutelare il rappresentato e, in particolare, l'indicazione del prezzo della compravendita» (Trib. Roma 3 novembre 2017).

LA DENUNCIA AL TRIBUNALE EX ART. 2409 C.C.

«Con riferimento alle condotte, alla luce dell'opzione legislativa per l'atipicità delle irregolarità, il requisito della gravità postula fatti e deficienze non altrimenti eliminabili, concretanti violazioni di legge e, segnatamente, delle norme civili, penali, amministrative e tributarie e dello statuto e – in virtù del richiamo di cui all'art. 2392, comma 1, c.c. – delle regole generali di gestione diligente nell'interesse sociale e in assenza di conflitti di interesse, che si sostanzino in fatti specificamente determinati e ascrivibili agli amministratori. [...] Inoltre, le irregolarità devono essere idonee alla causazione di un danno alla società. Deve reputarsi sufficiente anche il mero pericolo di danno futuro, purché patrimonialmente rilevante, alla società; non rivestono, invece, alcuna rilevanza ai fini dell'art. 2409 c.c. eventuali profili di danno ai singoli soci, ai creditori sociali e ai terzi. Sono, invece, irrilevanti le censure attinenti al merito delle scelte gestorie, con due sole eccezioni: in primo luogo, le scelte palesemente irragionevoli o negligenti, atteso che il controllo dell'autorità giudiziaria è di legalità e di regolarità della gestione, intesa quale attività materiale e giuridica diretta alla realizzazione dell'oggetto sociale in modo conveniente, cioè tale che la quantità delle risorse complessivamente consumate nella produzione dei beni e dei servizi sia inferiore o corrispondente ai ricavi; in secondo luogo, il tribunale può sindacare anche il merito delle scelte economiche compiute dagli amministratori in conflitto di interessi, e segnatamente quelle in pregiudizio della società da loro amministrata, ma conformi all'interesse del socio di maggioranza, a condizione che ricorra l'ulteriore presupposto della potenzialità del danno per la società stessa. In altre parole, il limite derivante dalla c.d. business judgment rule non opera laddove si tratti di sindacare non tanto l'osservanza del dovere di diligenza, quanto dell'obbligo di fedeltà, comunque compreso tra quelli richiamati dall'art. 2409, comma 1, c.c. e sotteso ai precetti normativi in tema di conflitto di interessi» (Trib. Napoli, 16 giugno 2021).

!!! Ovviamente le irregolarità devono essere attuali e i relativi effetti devono essere ancora in corso, altrimenti il rimedio esperibile è solo quello dell'azione di responsabilità.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

«La mera coincidenza soggettiva del ruolo di amministratore unico di due società in reciproco rapporto negoziale non è di per sé idonea, in assenza di ulteriori elementi, ad assurgere ad ipotesi di conflitto di interessi censurabile ai sensi degli artt. 2475-ter e 2476 c.c., dovendosi riscontrare in concreto la portata lesiva del conflitto, tale per cui all'utile della società avvantaggiata corrisponda il sacrificio dell'altra società danneggiata. Viceversa, il conflitto di interessi non produttivo di danno, si risolve in una mera situazione potenzialmente lesiva, che potrà, certamente, assumere autonomo rilievo sul piano deontologico, ma che, sul piano civilistico, non determina l'insorgenza di alcun obbligo risarcitorio» (Trib. Bologna 27 luglio 2021, che ha rigettato l'azione di responsabilità promossa per avere l'amministratore concluso contratti con una società di cui era socio e amministratore sulla base dell'assenza di una condotta dannosa, posto che i compensi percepiti erano complessivamente in linea con l'attività svolta).

LA DENUNCIA AL TRIBUNALE EX ART. 2409 C.C. E I SUOI RAPPORTI CON L'ART. 2476 C.C.

«Alla luce della re-introduzione nel 2020 dell'istituto della denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c. anche per le s.r.l., deve chiaramente affermarsi che ogni qualvolta i soci lamentino, attraverso i diversi indicatori della società, di sospettare gravi irregolarità gestionali frutto di violazione di doveri, centrando solo sulla regolarità della gestione corrente l'oggetto delle censure con un petitum coincidente al ripristino della corretta gestione, non v'è dubbio che tali censure vadano incanalate nell'unico strumento in grado di accertare in itinere l'esistenza delle irregolarità e la loro gravità, e di procedere alla rimozione delle stesse con la nomina di un amministratore giudiziario, ossia un ricorso ex art. 2409 c.c. E ciò, a maggior ragione, quando i soci esprimono una minoranza, per cui più che alla rimozione in sé dell'organo di gestione (che può anche avvenire, ma alla quale seguirebbe la nomina di altro amministratore sempre da parte della stessa maggioranza) essi hanno interesse a che, tramite il tribunale, vi sia il ripristino della corretta gestione anche in contrasto con la maggioranza. **Invece**, quando le censure attengono a fatti consumati ed il petitum coincide con il ripristino in quella fase della corretta gestione, perché l'interesse della società, e del socio che agisce in giudizio, è salvaguardato dalla rimozione dell'amministratore e dal ripristino del pregiudizio patrimoniale subito dalla società, non v'è dubbio che il rimedio sia quello di cui all'art. 2476, terzo comma, c.c.

In altri termini, alla luce della reintroduzione dell'esperibilità della denuncia ex art. 2409 c.c. per le s.r.l., è venuto meno il presupposto che nel 2005 aveva giustamente mosso la Consulta ad affermare che il rimedio cautelare di cui all'art. 2476, terzo comma, c.c. potesse essere sganciato dall'azione risarcitoria, là dove parte del percorso motivazionale fondava l'allargamento della tutela proprio al venir meno, all'epoca, del rimedio naturale per la rimozione dell'amministratore di cui all'art. 2409 c.c. Con la conseguenza che quando la revoca dell'amministratore è funzionale al ristoro del pregiudizio patrimoniale l'interesse sarà tutelato proprio dalla fattispecie di cui all'art. 2476, terzo comma, c.c., mentre quando essa è funzionale al ripristino della corretta gestione l'interesse del socio sarà tutelato con l'attivazione del rimedio di cui all'art. 2409 c.c.» (Trib. Napoli 2 maggio 2022).

NOMINA DEL CURATORE SPECIALE: INDIRIZZO RESTRITTIVO

«Non sussiste un conflitto immanente d'interessi, tale da condurre in ogni caso alla nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., nei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari di società, tenuto conto che, in tali giudizi, il legislatore prevede la legittimazione passiva esclusivamente in capo alla società in persona di chi ne ha la rappresentanza legale, né è fondata una valutazione del menzionato conflitto in capo all'amministratore che rappresenti in giudizio detta società, solo in ragione del fatto che la deliberazione impugnata ha ad oggetto profili di pertinenza di quest'ultimo (come avviene per l'approvazione del bilancio, redatto dall'organo gestorio, o per la determinazione del compenso spettante ex art. 2389 c.c. o per l'autorizzazione al compimento di un atto gestorio ex art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.), poiché ravvisare in tali ipotesi una situazione di conflitto di interessi indurrebbe alla nomina di un curatore speciale in tutte (o quasi tutte) le cause di impugnazione delle deliberazioni assembleari (o consiliari), con l'effetto distorsivo, non voluto dal legislatore processuale, per cui il socio impugnante tenterebbe sempre di ottenere, mediante il surrettizio ricorso al procedimento di nomina di un curatore speciale, l'esautoramento dell'organo amministrativo dalla decisione delle strategie di tutela a nome della stessa. (Principio enunciato ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c.)» (Cass. 7 dicembre 2021, n. 38883).

NOMINA DEL CURATORE SPECIALE: INDIRIZZO RESTRITTIVO (SEGUE)

«L'istanza di nomina di curatore speciale ex art. 78 c.p.c. non può essere accolta nei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione di delibera del c.d.a., posto che in tale caso il contraddittorio si instaura nei confronti della sola società i cui organi hanno adottato le delibere impugnate e non anche nei confronti delle persone fisiche che hanno partecipato al voto, diversamente da quanto avviene invece nelle cause aventi ad oggetto l'accertamento della responsabilità degli amministratori» (Trib. Milano, 1 dicembre 2016).

NOMINA DEL CURATORE SPECIALE: INDIRIZZO PERMISSIVO

La nomina del curatore speciale si rende necessaria «ogniqualevolta [...] sia dedotta in giudizio una situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal rappresentante in contrasto con l'interesse del rappresentato, essendo il primo portatore d'interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per il secondo [...]. Si determina, infatti, in tal caso, una condizione d'antitesi tra rappresentante e rappresentato incompatibile con la funzione della rappresentanza, non potendosi, se pure solo in astratto, escludere che la condotta processuale del rappresentante possa essere influenzata dal proprio interesse e che questi ne sia indotto, pertanto, a chiedere un provvedimento giurisdizionale per sé vantaggioso ma pregiudizievole all'interesse del rappresentato, od anche a non resistere adeguatamente all'azione promossa da un terzo nei confronti del rappresentato il cui esito sfavorevole per quest'ultimo possa essere per sé vantaggioso». La S.C. aggiunse in quell'occasione che è sufficiente che tale condizione di antitesi sia soltanto potenziale «in quanto va egualmente rimossa a titolo precauzionale giusta la ratio dell'art. 78 c.p.c., che mira a prevenire il verificarsi dell'eventuale danno in ragione della più pregnante salvaguardia che l'ordinamento ritiene di dover apprestare in favore dei soggetti impediti, per incapacità legale o funzionale, ad agire personalmente e la cui attività giuridica debba svolgersi, quindi, per il tramite di persone fisiche diverse dagli stessi» (Cass. 30 maggio 2003, n. 8803).

NOMINA DEL CURATORE SPECIALE: INDIRIZZO PERMISSIVO (SEGUE)

«L'operatività dell'istituto della nomina del curatore speciale ex art. 78 co. 2 c.p.c. presuppone la sussistenza di un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, che va ravvisato ogni volta che sia dedotta in giudizio una situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il rappresentante eserciti i suoi poteri in contrasto con l'interesse del rappresentato, essendo portatore di un interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per quest'ultimo (Cass. civ., sez. II, 6 agosto 2001, n. 10822). Per il configurarsi della fattispecie viene, di regola, ritenuto sufficiente che gli interessi di rappresentante e rappresentato siano anche soltanto potenzialmente antitetici. Ogni verifica dovrà essere compiuta in astratto ed ex ante in relazione all'oggettiva esistenza della materia del contendere, piuttosto che in concreto ed a posteriori alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti in causa (Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2014, n. 11420).

Orbene, è unanimemente riconosciuto che nell'ipotesi di legale rappresentante di una società che difenda in giudizio una deliberazione dell'assemblea contro un socio dissenziente che la ha impugnata, può verificarsi, nella persona e nella volontà del rappresentante, quel conflitto di interessi che, ai sensi dell'art. 78, comma 2, c.p.c. rende necessaria la sua sostituzione con un curatore speciale.

Ritiene il Collegio che la necessità della nomina del curatore speciale non possa essere confinata esclusivamente ai procedimenti in cui è evidente il conflitto di interessi, quali quelli con cui si promuove un'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo o comunque se ne chiede la revoca o che più in generale, involgano interessi direttamente riconducibili alla governance, di revoca dell'amministratore, sussistendo in tali casi una divergenza esplicita tra l'interesse della società e quello di chi la amministra, sebbene entrambi espressione della maggioranza, dovendosi evidenziare che l'interesse della società non è quello di difendere sempre e comunque le proprie delibere, ma quello di adottare deliberazioni stabili e conformi alla legge e allo statuto» (Trib. Napoli 30 novembre 2021).

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – III EDIZIONE

SCIoglimento DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

WEBINAR – 16 FEBBRAIO 2023

Prof. Avv. Matteo De Poli
Studio De Poli per Amici di Adamitullo



INDICE

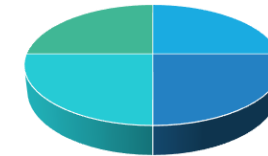
1. [Il caso](#)
2. [Lo scioglimento della società](#)
3. [La liquidazione della società](#)
4. [Sui poteri del liquidatore](#)
5. [Appendice n. 1 – Lo scioglimento della società](#)
6. [Appendice n. 2 – La liquidazione della società](#)

IL CASO

IL CASO

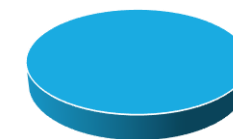
- Alfa S.r.l. è titolare del 100% di Beta S.p.A., importante impresa tessile, ed è partecipata in egual misura dai fratelli Paolo, Marco e Anna e dal loro anziano zio Giacomo, titolare del diritto ad essere amministratore delegato di Beta e di vedersi distribuito il 40% degli utili di gruppo. Alfa avrebbe bisogno di investire massicciamente in Beta ma le banche non vogliono aprire di più i cordoni delle loro borse.
- Chiamati a ragionare su partnership finanziarie o industriali, in nipoti preferirebbero un fondo e Giacomo un socio industriale.
- Il contrasto tra nipoti e zio tocca anche un altro fronte: i tre fratelli mal sopportano quei diritti particolari a favore di questi che risalgono ai tempi in cui Giacomo conduceva la società assieme a Maria, la loro madre.

Alfa S.r.l.



- Giacomo (25% + diritti particolari)
- Paolo (25%)
- Marco (25%)
- Anna (25%)

Beta S.p.A.



- Alfa S.r.l. (100%)

IL CASO (SEGUE)

- A marzo 2022, un'impresa operante nello stesso settore recapita a Giacomo una manifestazione di interesse per l'acquisto del 100% di Beta. Giacomo intenderebbe accettare la proposta a differenza dei nipoti. L'occasione dell'ennesimo dissidio serve ai tre fratelli per prendere la decisione di sciogliere Alfa e liberarsi così delle previsioni statutarie a favore dello zio. Chiedono ed ottengono la convocazione dell'assemblea e, a maggioranza, deliberano lo scioglimento della *holding* e la sua messa in liquidazione, nominando quale liquidatore Gianni, storico commercialista della società e amico di tutti i quattro soci. Nulla viene specificato quanto ai criteri di liquidazione (si stabilisce solo che il liquidatore agirà secondo diligenza e con l'osservanza dei criteri di legge).
- Considerando che la manifestazione d'interesse del concorrente non è stata ancora respinta, Giacomo confida che il liquidatore avvii la trattativa per la vendita di Beta. Invece, viene a sapere che questi – considerando che la *holding* è priva di debiti e che il concorrente è noto per acquistare imprese e poi scorporarle – non coltiverà l'offerta dell'impresa concorrente e che intende assegnare ai soci le azioni di Beta in misura proporzionale alla partecipazione di ciascuno.
- Se il proposito sarà attuato, Giacomo si troverà in balia di Paolo, Marco e Anna, senza più godere dei precedenti “privilegi”. Si rivolge a voi per valutare come agire.

LO STATUTO DI ALFA S.R.L.

Lo statuto di Alfa S.r.l. così dispone:

«L'assemblea dei soci può deliberare in ogni momento lo scioglimento della società, con la maggioranza dei 2/3 (due terzi) del capitale sociale, sia in prima sia in seconda convocazione, determinando le modalità della liquidazione e nominando uno o più liquidatori di cui stabilirà i poteri.

Le disposizioni sulle decisioni dei soci, sulle delibere assembleari, sulle decisioni dell'organo amministrativo e di controllo trovano applicazione anche nella fase di liquidazione, in quanto compatibili».

LO SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO

- L'estinzione delle società capitali è regolata dal Codice civile, al Libro V, Titolo V, Capo VIII, rubricato «*Scioglimento e liquidazione della società di capitali*» (**artt. 2484-2496**).

- Considerazioni:
 - Si tratta di norme comuni a S.p.A., S.a.p.A. e S.r.l.
 - Nonostante nella prassi siano spesso usati come sinonimi, **“scioglimento” e “liquidazione” sono due concetti diversi**.
 - La disciplina codicistica lascia ampie libertà all'**autonomia statutaria** nel disciplinare lo scioglimento e la liquidazione della società.

L'ESTINZIONE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

LE FASI DEL PROCESSO

- Questi i passaggi necessari per estinguere una società di capitali:
 1. **Scioglimento** della società (accertamento da parte degli amministratori della causa di scioglimento ex art. 2484 c.c.*, o delibera assembleare che dispone lo scioglimento, o apertura della liquidazione giudiziale o controllata).
 2. **Messa in liquidazione** della società con delibera assembleare che indica il numero e i nomi dei liquidatori, le regole di funzionamento del collegio eventualmente costituito, chi di loro ha la rappresentanza della società e i criteri di liquidazione (art. 2487 c.c.): v. oltre.
 3. **Compimento dell'attività di liquidazione** della società, ad opera dei liquidatori (N.B. la liquidazione può comunque essere revocata ex art. 2487-ter c.c.).
 4. **Redazione del bilancio finale di liquidazione e sua approvazione** (artt. 2492-2493 c.c.).
 5. **Cancellazione della società** dal registro delle imprese (art. 2495 c.c.).
- È un iter necessario: «La disciplina in tema di scioglimento e liquidazione delle società di capitali è inderogabile, per cui non è legittimo omettere la fase di liquidazione ed il procedimento stesso deve percorrere **tutte** le tappe previste dalla legge fino alla cancellazione della società dal registro delle imprese» (Comitato Notarile Triveneto, massima J.A.12).

*V. [Appendice n. 1 – Lo scioglimento della società.](#)

IN PARTICOLARE: IL CASO IN ESAME E LO SCIoglimento VOLONTARIO ANTICIPATO

- Il caso prospettato presenta uno **scioglimento anticipato deliberato dall'assemblea dei soci**.
- Punti da esaminare:
 - Con quali *quorum* può essere deliberato lo scioglimento anticipato?
 - È legittima la liquidazione del patrimonio sociale mediante assegnazione dei beni in natura?
 - Se sì, lo è in questo caso?

I QUORUM ASSEMBLEARI PER LO SCIoglimento ANTICIPATO DI S.R.L.*

- Art. 2484, co. 1, n. 6), c.c.: le società di capitali si sciolgono anche «per deliberazione dell'**assemblea**»;
- Art. 2479, co. 2 e 4, c.c. «In ogni caso sono riservate alla competenza dei soci: ... 4) le modificazioni dell'atto costitutivo; ... con riferimento alle materie indicate nei numeri 4) e 5) del secondo comma del presente ..., le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'art. 2479-bis»;
- Art. 2479-bis, co. 3, c.c.: «Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'art. 2479, con il **voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale**».
 - ↳ «La delibera dell'assemblea di scioglimento di una società di capitali integra sempre una modifica del contratto sociale, anche se la società sia contratta a tempo indeterminato: di conseguenza deve essere adottata nel rispetto di quanto previsto per le modifiche dell'atto costitutivo» (Comitato Notarile del Triveneto, massima J.A.9).

*Per quanto concerne le S.p.A., v. [Appendice n. 1 – Lo scioglimento della società](#).

UNA PRIMA RISPOSTA AI QUESITI FORMULATI

- Scioglimento anticipato → assimilato alla modifica dell'atto costitutivo.
- *Quorum* per modifica dell'atto costitutivo → voto favorevole di almeno la metà del capitale sociale, **salvo diversa previsione statutaria** (nel caso di Alfa S.r.l., lo statuto prevede i 2/3 del capitale sociale).



In conclusione, Giacomo non può impugnare la delibera di scioglimento per tale ragione ma ... v. oltre.

LA LIQUIDAZIONE DELLA SOCIETÀ

LA MESSA IN LIQUIDAZIONE DELLA SOCIETÀ

- La messa in liquidazione della società è **un momento distinto e successivo allo scioglimento**.
- Esso richiede l'adozione di una **delibera assembleare specifica**.
- Più precisamente, ex art. 2487 c.c.,
 - a) nel caso in cui si verifichi una causa di scioglimento il cui accertamento è competenza degli amministratori, essi, contestualmente all'accertamento, devono convocare l'assemblea dei soci perché deliberi la messa in liquidazione;
 - b) nel caso in cui l'assemblea abbia deliberato lo scioglimento anticipato, nella medesima riunione potrà essere deliberata anche la messa in liquidazione. **N.B.:**
 - I *quorum* previsti dallo statuto per le due delibere potrebbero essere gli stessi ma anche diversi.
 - Se viene deliberato solo lo scioglimento, dev'essere comunque convocata un'assemblea per la messa in liquidazione.

LA DELIBERA DI MESSA IN LIQUIDAZIONE

- *Ex art. 2487, co. 1, c.c. la delibera deve indicare: «*
 - a) il numero dei liquidatori e le regole di funzionamento del collegio in caso di pluralità di liquidatori;*
 - b) la nomina dei liquidatori, con indicazione di quelli cui spetta la rappresentanza della società;*
 - c) i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione; i poteri dei liquidatori, con particolare riguardo alla cessione dell'azienda sociale, di rami di essa, ovvero anche di singoli beni o diritti, o blocchi di essi; gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo».*
- **N.B.: sono deliberazioni diverse da quella di scioglimento della società.**
- *L'art. 2487, co. 1, c.c. stabilisce che la delibera è assunta «con le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto». Inoltre, ai sensi del co. 3, «L'assemblea può sempre modificare, con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto, le deliberazioni di cui al primo comma». Quale **quorum** è richiesto? Due orientamenti:*
 - a) Quello previsto ex lege per le modifiche dell'atto costitutivo, o*
 - b) Quello previsto dallo statuto per le modifiche dell'atto costitutivo.*

IL CONTENUTO DELLA DELIBERA IN ESAME E LA SUA INCOMPLETEZZA

- La delibera di messa in liquidazione di Alfa individua il liquidatore ma non precisa i criteri di liquidazione, rimettendosi alla legge.
- Questa lacuna è colmabile dalle regole statutarie e legali? Invero, **né lo statuto di Alfa né la legge stabiliscono precisi criteri di liquidazione.**



Art. 2487, co. 2, c.c.: *«Se gli amministratori omettono la convocazione di cui al comma precedente, il tribunale vi provvede su istanza di singoli soci o amministratori, ovvero dei sindaci, e, nel caso in cui l'assemblea non si costituisca o non deliberi, adotta con decreto le decisioni ivi previste».*

INCOMPLETEZZA E SUPPLENZA GIUDIZIALE

- Quale il ruolo dell'autorità giudiziaria in caso di mancanza, nella delibera, dei contenuti previsti dall'art. 2487 c.c.? È viziata la delibera che, ad es., non indica i criteri di funzionamento del collegio dei liquidatori o, come nel nostro caso, i criteri liquidazione? L'assemblea va riconvocata per integrare la delibera? E, nel caso, se l'assemblea all'uopo riconvocata non statuisce sul punto, può provvedere il Tribunale ai sensi dell'art. 2487, co. 2, c.c.?
 - a) Tesi prevalente in dottrina (G. NICCOLINI; M. VAIRA) e in giurisprudenza (Trib. Roma, 20 gennaio 2006*): il Tribunale può **solo supplire la mancanza dei nomi dei liquidatori** [è difficile che il giudice conosca in concreto la società al punto tale da poter statuire criteri di liquidazione *ad hoc*].
 - b) Tesi minoritaria (Trib. Milano, 12 gennaio 2017, n. 148*): il Tribunale può indicare anche i criteri di liquidazione. **N.B.** In ogni caso, deve essere prima convocata l'assemblea e questa non deve aver deliberato sul punto.

*V. [Appendice n. 2 – La liquidazione della società.](#)

SUI POTERI DEL LIQUIDATORE

SUI POTERI DEL LIQUIDATORE

- Li indica lo statuto e/o l'assemblea;
- In assenza di espressa indicazione statutaria o assembleare i liquidatori sono **liberi di determinare le modalità di liquidazione** in quanto essi *«hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società»*, ma
- devono agire **prioritariamente nell'interesse dei creditori sociali** e, solo in secondo luogo, dei soci;
- la legge pone loro alcuni “**obiettivi**” (art. 2487, co. 1, lett. c), c.c.):
 - *«migliore realizzo»*;
 - *«conservazione del valore dell'impresa»* ;
- nelle relazioni ai bilanci *«devono illustrare [...] i principi e criteri adottati»*.

SUL POTERE DEL LIQUIDATORE DI ASSEGNARE AI SOCI I BENI SOCIALI

- Solo nelle società di persone è disciplinata l'assegnazione dei beni in natura (art. 2283 c.c.: «**Se è convenuto** che la ripartizione dei beni sia fatta in natura, si applicano le disposizioni sulla divisione delle cose comuni»).
- Nelle società di capitali:
 - manca una previsione simile;
 - all'art. 2487, co. 1, lett. c), c.c. vi sono alcuni riferimenti alla **vendita** quale criterio di liquidazione («cessione dell'azienda sociale, di rami di essa, ovvero anche di singoli beni o diritti, o blocchi di essi»);
 - Ad ogni modo, questi argomenti non paiono decisivi per negare in radice l'ammissibilità dell'assegnazione.

CONTINUA SUL POTERE DEL LIQUIDATORE DI ASSEGNARE AI SOCI I BENI SOCIALI

Diversi orientamenti:

- a) Ove non espressamente prevista nello statuto, la liquidazione mediante assegnazione in natura dei beni sociali è ammissibile **solo con il voto unanime dei soci**, (Trib. Roma 7 marzo 1958; Trib. Cassino 13 maggio 1994, secondo cui mentre nelle società di persone la ripartizione dei beni sociali in natura può essere prevista ed attuata sia al momento dello scioglimento, sia al termine della liquidazione dopo l'estinzione del passivo, quale ripartizione del residuo attivo, nelle società di capitali, nonostante sia nulla per illiceità dell'oggetto qualsiasi delibera che disponga l'attribuzione diretta dei beni senza prima aprire una regolare fase di liquidazione, è tuttavia possibile addivenire ad una ripartizione in natura dei beni che rappresentano un residuo attivo della liquidazione **purché sussista una pattuizione o una deliberazione presa da tutti i soci con l'unanimità dei consensi**).
- b) La liquidazione mediante assegnazione dei beni in natura è certamente ammissibile, e va deliberata **con le maggioranze previste per la messa in liquidazione** (C. PATRIARCA).
- c) Il liquidatore è libero di procedere all'assegnazione dei beni in natura **anche in assenza di una statuizione dei soci** sul punto (V. SALAFIA).

LE PRECAUZIONI DEL LIQUIDATORE

Alla luce di queste incertezze, un liquidatore dovrebbe

- capire se l'assegnazione lede gli interessi (prioritari) dei creditori. Se, sì, bloccarsi, se no
- capire se è ammessa dallo statuto o prevista come criterio di liquidazione. Se no, convocare l'assemblea affinché deliberi sul punto;
 - ↳ A maggioranza? All'unanimità?
- comunque, capire e illustrare ai soci le **problematiche fiscali*** dell'assegnazione. Infatti,
 - la liquidazione è un momento realizzativo dei beni sociali **fiscalmente rilevante**;
 - l'assegnazione delle azioni ai soci può generare un carico fiscale sia in capo a Alfa sia ai suoi soci;

***N.B.:**

- L'imposta in carico ai soci (26%) verrà determinata sulla base della plusvalenza tra valore "normale" del patrimonio sociale e valore di carico (artt. 9 e 47 TUIR; art. 27 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600);
- Il valore del patrimonio netto va determinato sulla base di una relazione giurata di stima.
- Alfa deve operare, quale sostituto d'imposta, con obbligo di rivalsa, una ritenuta del 26% a titolo d'imposta (= l'intera imposta) sulla plusvalenza alle persone fisiche beneficiarie dell'assegnazione.

LA SOLUZIONE DEL CASO PROSPETTATO

TORNANDO AL CASO, COSA POTREBBE FARE GIACOMO?

A Giacomo interessa che non si proceda all'assegnazione in natura delle azioni di Beta (o che ciò avvenga se non dopo aver esperito inutilmente uno o più tentativi di vendita). Alla luce di quanto detto, però, egli

1. non può impugnare con successo né la delibera di scioglimento né quella di messa in liquidazione lamentandone l'incompletezza per difetto dei contenuti di cui all'art. 2487 c.c. Infatti,
 - solo l'indicazione del liquidatore è contenuto necessario della delibera;
 - peraltro, si potrebbe affermare che, comunque, una indicazione dei criteri di liquidazione è stata fatta, seppure generica (sull'interpretazione del riferimento ai “criteri di legge”: v. precedentemente).
2. Potrebbe forse lamentare l'abuso di maggioranza (per la “cancellazione” dei suoi diritti particolari), ma con poche *chance*.

ANCORA: COSA POTREBBE FARE GIACOMO?

3. Giacomo non può ricorrere con successo al Tribunale affinché statuisca in luogo dell'assemblea sui criteri di liquidazione. Infatti,
 - è dubbio che il Tribunale abbia un simile potere;
 - si dovrebbe prima passare per l'assemblea.
4. Giacomo può quindi ottenere che l'assemblea venga riconvocata per statuire sul punto?
 - Non attraverso il Tribunale (una delibera sul punto è già stata presa: v. art. 2487, co. 2, c.c.).
 - Non autonomamente perché non può convocare egli stesso l'assemblea.
 - Non può obbligare il liquidatore a farlo.
 - Può comunque chiedere al liquidatore di convocare l'assemblea, ma questi non è obbligato ad accogliere la sua richiesta.

LE OPZIONI IN MANO A GIACOMO

Se il liquidatore convoca l'assemblea perché deliberi sulla proposta di assegnazione, Giacomo potrebbe

1. chiedere che, stante il suo voto contrario, si accerti che il liquidatore non proceda all'assegnazione delle azioni;
2. comunque chiedere che l'assegnazione sia condizionata all'erogazione alla società, da parte dei soci, degli importi dovuti a titolo di imposta.

Se il liquidatore avvierà comunque la fase di assegnazione, Giacomo potrebbe

1. impugnare la delibera assunta senza il suo voto favorevole (*chance di successo: medie*), o
2. chiedere la revoca giudiziale del liquidatore sostenendo che non può procedere all'assegnazione dei beni senza il suo consenso, e/o perché – negligenzemente – non ha avviato la trattativa col concorrente (il fatto che il concorrente si dedichi allo scorporo delle imprese acquisite non è motivazione sufficiente per rifiutarne l'offerta), o
3. esperire azione di responsabilità contro il liquidatore (ma deve dimostrare il danno subito).



L'utilità concreta di queste ultime opzioni è particolarmente incerta.

COSA AVREBBERO DOVUTO FARE I SOCI DI ALFA PER EVITARE QUESTE INCERTEZZE

- Meglio precisare i criteri di liquidazione per il caso in cui l'assemblea non si esprima sul punto (al più gli stessi potranno essere derogati dalla delibera assembleare di cui all'art. 2487 c.c.).
- In caso di pluralità di modalità, stabilire un criterio preferenziale (ad es., la vendita) ed uno residuale (ad es., l'assegnazione dei beni in natura).

APPENDICE N. 1

LO SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

LE CAUSE DI SCIoglimento DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI (ART. 2484 C.C.)

Causa di scioglimento	Organo competente
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Decorso del termine. ▪ Conseguimento dell'oggetto sociale o sopravvenuta impossibilità di conseguirlo (a meno che l'assemblea, «<i>all'uopo convocata senza indugio</i>», non deliberi le opportune modifiche statutarie). ▪ Impossibilità di funzionamento o continuata inattività dell'assemblea. ▪ Riduzione del capitale sotto al minimo legale (salvo quanto disposto dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c.). ▪ Casi di cui agli artt. 2437-<i>quater</i> e 2473 c.c. (impossibilità di rimborsare il socio recedente). 	<p>L'organo amministrativo accerta il verificarsi della causa di scioglimento.</p>
Deliberazione dell'assemblea.	L'assemblea decide lo scioglimento anticipato.
Liquidazione giudiziale / liquidazione controllata.	Autorità giudiziaria.

SEGUE: LE CAUSE DI SCIoglimento DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI (ART. 2484 C.C.)

Il catalogo di cause di scioglimento formulato dall'art. 2484 c.c. non è tassativo e, infatti, la stessa disposizione codicistica ammette espressamente:

- Le «**altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto**», precisando che, in tal caso, «essi devono determinare la competenza a deciderle od accertarle, e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari [relativi]».
 - ↳ **N.B.** «la mancata previsione ed attribuzione delle suddette competenze comporta l'**inefficacia** della clausola statutaria che si limita alla previsione di ipotesi convenzionali di scioglimento» (Comitato Notarile Triveneto, massima J.A.6).
 - ↳ Esempio di clausola: «La Società si scioglie qualora non produca utili per tre esercizi consecutivi. In tal caso, prima di procedere all'accertamento della causa di scioglimento e agli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge, il Consiglio d'Amministrazione convoca senza indugio l'Assemblea affinché essa deliberi l'eventuale prosecuzione della Società con le maggioranze previste per la modifica dello statuto».
- Le «**altre cause previste dalla legge**».
 - ↳ Esempio: cessazione dall'ufficio di tutti i soci amministratori di S.a.p.A., se nel termine di centottanta giorni non si è provveduto alla loro sostituzione e i sostituti non hanno accettato la carica (art. 2458 c.c.).

I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI (ART. 2485 C.C.)

- Gli amministratori, «*senza indugio*», devono
 - **accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e**
 - procedere all'**iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese** della dichiarazione con cui accertano la causa di scioglimento (in caso di deliberazione assembleare di scioglimento anticipato, va iscritta la delibera).
- In caso di ritardo od omissione degli amministratori,
 - essi sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi;
 - il **tribunale**, su istanza di singoli soci o amministratori ovvero dei sindaci, accerta il verificarsi della causa di scioglimento, con decreto che deve essere iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese.
- **N.B. Lo scioglimento ha effetto dalla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese** della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa, della delibera assembleare di scioglimento anticipato o del decreto del tribunale che accerta la causa di scioglimento (art. 2484 c.c.).
 - ↳ Rel. alla Riforma del 2003, § 12: «*L'innovazione fondamentale rispetto al sistema vigente consiste nella netta separazione tra il verificarsi di una causa di scioglimento, e la determinazione del momento in cui ha effetto*».

... E I LORO POTERI (ART. 2486 C.C.)

- L'art. 2486 c.c. è rubricato «*Poteri degli amministratori*» ma in realtà configura un **dovere di gestione conservativa**.
- Infatti, al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna dei documenti indicati all'art. 2487-bis (libri sociali, etc.), gli amministratori «*conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*». Essi sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione di tale dovere.
- Sul **danno risarcibile**: «*Quando è accertata la responsabilità degli amministratori [...], e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*» (comma aggiunto all'art. 2486 c.c. nel 2019 dal nuovo Codice della crisi d'impresa).

UNO SGUARDO ALLA DISCIPLINA DELLE S.P.A. SULLO SCIoglimento ANTICIPATO

- **Competenza dell'assemblea straordinaria:** «L'assemblea straordinaria delibera sulle modificazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori e su ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza» (art. 2365, co. 1, c.c.).
- **Quorum in prima convocazione:** «L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata [**N.B.** il quorum costitutivo non è indicato ma lo si ritiene coincidere con quello deliberativo]. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita quando è rappresentata almeno la metà del capitale sociale o la maggiore percentuale prevista dallo statuto e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea» (art. 2368, co. 2, c.c.).
- **Quorum per convocazione successive alla prima:** «In seconda convocazione [...] l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea. Lo statuto può richiedere maggioranze più elevate, tranne che per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali. Nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione delle azioni di cui al secondo comma dell'art. 2351. Lo statuto può prevedere eventuali ulteriori convocazioni dell'assemblea, alle quali si applicano le disposizioni del terzo, quarto e quinto comma. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è costituita, nelle convocazioni successive alla seconda, quando è rappresentato almeno un quinto del capitale sociale, salvo che lo statuto richieda una quota di capitale più elevata, e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea» (art. 2369, co. 3-7, c.c.).

APPENDICE N. 2

LA LIQUIDAZIONE DELLA SOCIETÀ

SULLA NECESSARIETÀ DELLA DELIBERA DI MESSA IN LIQUIDAZIONE DELLA SOCIETÀ

- La delibera è necessaria? Sì. Infatti, al co. 2 dell'art. 2487 c.c. si stabilisce: *«Se gli amministratori omettono la convocazione di cui al comma precedente, il Tribunale vi provvede su istanza di singoli soci o amministratori, ovvero dei sindaci, e, nel caso in cui l'assemblea non si costituisca o non deliberi, adotta con decreto le decisioni ivi previste»*. Quindi:
 - se l'organo amministrativo non convoca l'assemblea, vi provvede il Tribunale, su istanza di soci / singoli amministratori / sindaci; e
 - se l'assemblea così convocata non delibera sul punto, vi provvede il Tribunale, sempre su istanza di soci / singoli amministratori / sindaci. **Il perimetro di questo provvedimento, tuttavia, è controverso:** v. sopra.
- N.B. In caso di inerzia dell'organo amministrativo, non si può adire direttamente il Tribunale affinché nomini i liquidatori: *«dopo la iscrizione dello scioglimento e la – in ipotesi infruttuosa – assemblea di nomina dei liquidatori, in prima istanza il Tribunale dovrà limitarsi alla convocazione di altra assemblea e solo all'esito – ove fosse anch'essa infruttuosa – provvedere alla nomina [dei liquidatori]. Infatti l'art. 2487 c.c., usando la congiunzione “e” fra il potere della Autorità giudiziaria di convocazione della assemblea e quello di nomina dei liquidatori, indica questo secondo provvedimento come un successivo logico e temporale dell'uso del primo potere e ciò in ossequio alla ratio legis che privilegia comunque la volontà dei soci, rinviando il provvedimento giudiziario all'esito di un estremo tentativo di provocare un regolamento spontaneo della liquidazione ad opera delle parti, convocate appositamente in assemblea dal giudice»* (Trib. Milano, 25 febbraio 2005).

SULLA (NON) NECESSARIA INDICAZIONE DEI CRITERI DI FUNZIONAMENTO DEL COLLEGIO DEI LIQUIDATORI

- *Ex art. 2487 c.c. la delibera di messa in liquidazione deve indicare i criteri di funzionamento del collegio, in caso di pluralità di liquidatori. È un contenuto necessario della delibera?*
- *No. «É possibile procedere alla nomina di una pluralità di liquidatori anche senza determinare (per delibera assembleare o per statuto) le regole di funzionamento del collegio. In tal caso **sarà infatti applicabile allo stesso, per analogia e con riferimento a tutti i tipi di società di capitali, la disciplina codicistica sul funzionamento del consiglio di amministrazione delle S.p.A.** Tale disciplina è infatti l'unica positiva esistente in materia di organo gestorio collegiale» (Comitato Notarile Triveneto, massima J.A.18).*

SUL POTERE DEL TRIBUNALE DI INDICARE I CRITERI DI LIQUIDAZIONE

- **Contra** → Trib. Roma, 20 gennaio 2006: «Con riferimento specifico alla nomina dei liquidatori di società di capitali (ed il discorso vale anche per le società di persone: art. 2275, co. 1, c.c.), quando i soci siano in disaccordo, come nel caso di specie, non solo sulla nomina in questione ma anche sui criteri in base ai quali dovrebbe svolgersi la liquidazione, il giudice che la nomina effettui in base al potere ad esso attribuito dall'art. 2487, co.3, c.c. non può anche fissare i criteri in questione, posto che la legge non gli attribuisce la facoltà di compiere tale **atto di indirizzo dell'attività d'impresa**, trovando i poteri dei liquidatori già nella stessa legge (art. 2489, co. 1, c.c.), cui il giudice è tenuto a conformarsi, la disciplina della relativa estensione».
- **A favore** → Trib. Milano, 12 gennaio 2017, n. 148: «la liquidazione delle società di capitali, ancor più dell'amministrazione delle stesse, è presidiata da alcune regole imperative ma rimessa nel dettaglio alla volontà espressa in sede statutaria o di nomina dai soci, i quali possono dettare "i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione e i poteri dei liquidatori". In difetto di siffatti criteri, e comunque per tutto quanto non espressamente disposto (e salvo modifica da parte dei soci stessi), il potere del liquidatore, ad instar di quello degli amministratori, è generale e connotato solo finalisticamente, essendogli consentito il compimento di "tutti gli atti utili per la liquidazione della società" (artt. 2487, co. 1, lett. c), e 2489, co. 1, c.c.). Analoghi criteri, laddove la nomina sia stata adottata in via sostitutiva dall'autorità giudiziaria, ben possono allora esser stabiliti da questa». Caso in cui il liquidatore era stato incaricato dal Tribunale di munirsi di stima dell'intero compendio immobiliare della società dandone incarico ad un esperto, di ricercare acquirenti per un periodo di almeno un anno e, in caso di infruttuosa ricerca, di procedere, dopo aver pagato i creditori sociali diversi dai soci, a suddividerlo in lotti e ad assegnarlo ai soci stessi, considerando le quote di ciascuno di essi nonché gli apporti finanziari da loro a vario titolo effettuati.

SUL QUORUM PER L'ASSEGNAZIONE DEI BENI IN NATURA

Trib. Roma, 7 marzo 1958: «scopo della liquidazione è quello di trasformare il patrimonio della Società in valore monetario e cioè di rendere “liquidi” i beni sociali al fine di far fronte ai debiti della Società da un lato e di ripartire, dall'altro, quanto rimane in quote omogenee pari almeno al numero delle azioni sociali. Il che è possibile ottenere mediante operazioni amministrative di vario genere (vendite, permuta, alienazioni in blocco o frazionale, ecc.) tutte dirette all'unico scopo di disinvestire, trasformandole in denaro, le attività sociali onde rendere praticamente possibile la ripartizione finale a ciascun socio in proporzione delle azioni possedute. La legge (art. 2278 c.c.) indica con la espressione generica “atti necessari alla liquidazione” i poteri conferiti ai liquidatori per raggiungere i fini sopra esposti, a differenza del codice del commercio abrogato (art. 203) che elencava, sia pure in maniera non tassativa, le varie operazioni. Tuttavia, il codice vigente riserva all'assemblea la facoltà di ampliare o di restringere il mandato ai liquidatori (art. 2452 c.c.). Il potere sovrano dell'assemblea però non è illimitato: esso cessa di fronte ai diritti soggettivi dell'azionista riconosciutigli dal contratto sociale. Tra questi diritti vi sono quelli di carattere patrimoniale contemplati nell'art. 2350 c.c., e precisamente il diritto di partecipare, in proporzione delle proprie azioni, al riparto degli utili netti della società e quello di ottenere, dopo lo scioglimento di questa, nella medesima misura proporzionale, una parte del patrimonio netto risultante dalla liquidazione. Si tratta di diritti individuali dell'azionista che attengono alla “essenza ed alla struttura del contratto sociale” e che, come tali, sono inderogabili e non possono essere né limitati né soppressi con un voto maggioranza dell'assemblea». Il Tribunale ammette la liquidazione mediante assegnazione in natura dei beni sociali ma **solo se v'è unanimità dei soci.**

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – III EDIZIONE

FINANZIAMENTO SOCI E ALTRE FORME DI APPORTO DI CAPITALE ALL'IMPRESA

WEBINAR – 23 FEBBRAIO 2023

Prof. Avv. Matteo De Poli
Studio De Poli per Amici di Adamitullo



INDICE

1. [Il caso](#)
2. [Gli apporti del socio alla società: tipologie](#)
3. [Gli apporti “non proporzionali” e le riserve atipiche di capitale](#)
4. [La prova della natura dell’apporto](#)
5. [La soluzione del caso](#)
6. [Appendice](#)

IL CASO

IL CASO

- Mark s.r.l. è società i cui soci sono Giovanna, al 51% e Marco, al 49%. A.U. è Marco. Storico consulente della Mark S.r.l. è il commercialista Giorgio, che da sempre segue la tenuta dei libri contabili e la redazione del bilancio.
- Nel 2013 Giovanna cede la propria quota alla Paul S.r.l. il cui amministratore unico è Paolo.
- Nel 2014 Marco sottopone a Paolo il suo vecchio progetto, in precedenza frenato dall'attendismo di Giovanna, di acquisire una società concorrente, la ABS Solution S.r.l., per espandere il raggio di azione della Mark S.r.l. La banca cui si è rivolto, però, chiede per effettuare l'operazione a leva che i soci facciano la loro parte mettendo in società almeno un milione di euro.
- L'unico socio in grado di adempiere a questa richiesta è la Paul S.r.l.
- Marco capisce che, nel chiedere alla Paul di accollarsi tale impegno, dovrà altresì offrirsi di lasciare l'amministrazione unica a Paolo.
- Ottenuto da Paolo il via libera a questa erogazione, quindi, gli promette che, portato a termine l'investimento, rassegnerà le dimissioni da amministratore unico lasciando a lui l'incarico.
- A dicembre 2014 la Paul bonifica nel conto corrente della Mark un milione di euro (causale: aiuto finanziario per ABS Solution), che il commercialista Giorgio, in assenza di un chiarimento con Paolo e Marco circa la natura di questo versamento, registra nelle scritture contabili come “versamento in conto futuro aumento di capitale”.

IL CASO

- A maggio 2015 l'assemblea della Mark approva all'unanimità il bilancio, dove il versamento della Paul è iscritto tra le riserve.
- Marco presenta contestualmente le proprie dimissioni che vengono accettate. Paolo diventa amministratore unico della società.
- Nel 2019 il commercialista Giorgio, su indicazione di Paolo quale nuovo amministratore unico, modifica la registrazione del versamento, qualificandolo come “finanziamento soci”.
- Nel 2020 le condizioni della Mark iniziano a peggiorare, per quanto il finanziamento ottenuto viene regolarmente rimborsato.
- Nel 2021 Paolo si dimette da amministratore unico e, di comune accordo, viene insediato un manager esterno.
- Nel 2022 la Paul intima alla Mark di restituire l'importo di un milione di euro, oltre agli interessi legali dal 2014 al saldo. Minaccia che, in difetto di pronta restituzione, agirà giudizialmente.
- La Mark S.r.l. vi consulta chiedendovi di esprimere un parere sulla legittimità della richiesta della Paul S.r.l.

GLI APPORTI DEL SOCIO ALLA SOCIETÀ: TIPOLOGIE

MODALITÀ DI EFFETTUAZIONE DI UN APPORTO ALLA SOCIETÀ

PRIME DISTINZIONI

- I versamenti dei soci alla società possono avere natura ambigua, potendosi presentare come apporti:
 - di capitale o
 - di debito,
- capaci di produrre
 - un aumento dell'attivo o
 - la diminuzione del passivo;
- effettuati
 - spontaneamente/in seguito ad un accordo tra soci, soci e società/ in seguito a deliberazione assembleare;
 - proporzionalmente alla partecipazione di ciascun socio/non proporzionalmente ed infine
 - restituibili/non restituibili/ restituibili solo a determinate condizioni;
 - restituiti, o no.

GLI APPORTI DI CAPITALE NON COSTITUENTI CAPITALE SOCIALE

GLI APPORTI A TITOLO DI CAPITALE

Gli apporti effettuati a titolo di capitale:

- sono assimilabili ai conferimenti a capitale sociale, ma diversi da essi;
- rafforzano il patrimonio della società, non il capitale;
- rappresentano il passivo “ideale” della società;
- sono poste di patrimonio netto (vanno in in Stato Patrimoniale, Passivo, A) Patrimonio netto, VI - Altre riserve, distintamente indicate);
- la società non assume l'obbligo di restituirli, ma possono essere restituibili in caso di liquidazione, nei limiti del residuo attivo o dietro deliberazione della società (e a determinate condizioni);
- non sono soggetti al regime dell'art. 2467 c.c.;
- non sono cedibili separatamente dalla quota;
- possono essere fatti in misura non proporzionale alla quota di partecipazione, e l'evenienza crea seri problemi al mantenimento dell'equilibrio originario tra soci, che potrebbe essere inciso;
- In caso di liquidazione giudiziale, l'apportante non può insinuarsi al passivo.

GLI APPORTI DI CAPITALE NON COSTITUENTI CAPITALE SOCIALE UN CHIARIMENTO SUL RUOLO DEL PASSIVO C.D. “IDEALE”

Con le parole di Cass. civ., sez. I, 08/11/2005, n. 21641: «*Il fatto che il capitale sociale, non diversamente dalle riserve e da tutte le altre poste che concorrono a formare il patrimonio netto della società, debba essere iscritto al passivo del bilancio (art. 2424 c.c.) non vale a farlo considerare alla stregua di una posta debitoria, il cui annullamento o la cui riduzione comporti un vantaggio patrimoniale della società, giacché quelle poste non costituiscono passività, ma identificano l'eccedenza delle attività rispetto alle vere e proprie passività – rappresentando, quindi, il “valore netto” del patrimonio di cui la società può disporre – e la loro iscrizione nella colonna del passivo risponde unicamente alla finalità contabile di far coincidere il totale del passivo con quello dell'attivo. Ne consegue che gli eventi destinati ad incidere negativamente sul capitale o sulle riserve (quale, nella specie, il rimborso delle azioni a favore di soci che abbiano esercitato il diritto di recesso in difetto dei relativi presupposti) per ciò stesso implicano un decremento di valore della società e, quindi, costituiscono per essa un danno, senza che possa assumere rilievo, in senso contrario, il venir meno dell'obbligo di restituzione dei conferimenti ai soci in sede di futura liquidazione della società, giacché il rapporto che intercorre tra la società ed i propri soci non può essere assimilato ad un rapporto di credito e debito, anche solo potenziale, né il socio, in quanto tale, è qualificabile come creditore della società, non avendo alcuna pretesa che possa far valere direttamente sul patrimonio sociale e divenendo titolare di un diritto alla quota di liquidazione soltanto allorché si verifica una causa di scioglimento del rapporto di società».*

GLI APPORTI DI CAPITALE NON COSTITUENTI CAPITALE SOCIALE

GLI APPORTI A TITOLO DI DEBITO

Essi:

- non sono in alcun modo assimilabili ai conferimenti a capitale sociale;
- non rafforzano il patrimonio della società;
- il beneficio della società è solo finanziario;
- rappresentano il passivo “reale” della società;
- sono debiti (voce D3 “debiti verso soci per finanziamenti”);
- la società ha l’obbligo di restituirli, ma la restituzione può essere impedita o dilazionata in taluni casi;
- sono soggetti al regime dell’art. 2467 c.c. (v. [appendice](#));
- possono essere ceduti separatamente dalla quota;
- possono essere fatti in misura non proporzionale alla quota di partecipazione, e l’evenienza non crea problemi al mantenimento dell’equilibrio originario tra soci, che non viene inciso;
- In caso di liquidazione giudiziale, l’apportante può insinuarsi al passivo.

GLI APPORTI “NON PROPORZIONALI” E LE RISERVE ATIPICHE DI CAPITALE

GLI APPORTI NON PROPORZIONALI E LE “ALTRE RISERVE” L’OIC 28

- Le riserve possono essere “tipiche” (ad es., da sovrapprezzo, da rivalutazione etc.) / “atipiche” (v. art. 2424 c.c.);
- Secondo l’OIC 28 2014 (v. appendice), tra le “**Altre riserve**” vanno collocate le **riserve di capitale**.
- OIC 28 – Esempi relativi alle altre riserve di patrimonio netto:

«I presenti esempi non sono parte integrante del principio.

1. Lo schema di stato patrimoniale ex articolo 2424 del codice civile prevede nel passivo la voce AVI “Altre riserve, distintamente indicate” che accoglie altre riserve esplicitamente previste dal codice civile (cfr. paragrafo 14) oppure utilizzate nella prassi dalle società. Con riferimento a queste ultime, a titolo meramente esemplificativo, e non esaustivo, se ne riporta un elenco:

- *[omissis]*
- *le “Riserve per versamenti effettuati dai soci” che sorgono in occasione di apporti dei soci effettuati con una destinazione specifica, quali ad esempio:*
 - *i “Versamenti in conto aumento di capitale”;*
 - *i “Versamenti in conto futuro aumento di capitale” tale riserva accoglie i versamenti non restituibili effettuati dai soci in via anticipata, in vista di un futuro aumento di capitale;*
 - *i “Versamenti in conto capitale” tale riserva accoglie il valore di nuovi apporti operati dai soci, pur in assenza dell’intendimento di procedere a futuri aumenti di capitale;*
 - *i “Versamenti a copertura perdite” tale riserva accoglie i versamenti effettuati dopo che si sia manifestata una perdita; [...]]».*

GLI APPORTI NON PROPORZIONALI E LE “ALTRE RISERVE” I VERSAMENTI IN CONTO CAPITALE

I **versamenti in conto capitale** rappresentano una riserva di capitale che accoglie **stabilmente** il valore di nuovi apporti operati dai soci, pur in assenza dell'intendimento di procedere a futuri aumenti di capitale e che

- non richiede una delibera assembleare che approvi il versamento, in forza della cd. “neutralità organizzativa” di tali operazioni (non determinano una variazione del capitale sociale nominale e non alterano la misura dei diritti dei soci);
- all'apporto non segue l'acquisto di una quota di partecipazione al capitale sociale;
- sono necessariamente a fondo perduto, sicché non possono essere “targati” e vanno collocati tra riserve che vanno a beneficio di tutti i soci (i.e., della società);
- sono effettuati liberamente dal socio, ma il socio può impegnarsi ad effettuarli:
 - gli accordi tra soci (cc.dd., ma impropriamente, “patti parasociali di finanziamento”) sono contratti a favore di terzo. La società ha interesse ad “approfittarne” (v. art. 1411 c.c.)
 - una delibera che impegni i soci ad effettuare tali versamenti potrebbe essere considerata nulla per violazione del divieto di imporre al socio prestazioni diverse ed ulteriori rispetto al conferimento di capitale.

CONTINUA: I VERSAMENTI A COPERTURA PERDITE

I **versamenti a copertura perdite** rappresentano una riserva di capitale che accoglie **stabilmente** il valore di nuovi apporti operati dai soci

- non richiede una delibera assembleare che approvi il versamento;
- sono effettuati dopo che si sia manifestata una perdita che si intende ripianare;
 - ↳ la perdita può essere in corso di esercizio come da bilancio approvato;
- può essere utilizzata per evitare che la società debba ridurre il capitale sociale, o per evitare che il suo capitale si riduca in misura inferiore al minimo legale
- all'apporto non segue l'acquisto di una quota di partecipazione al capitale sociale;
- sono necessariamente a fondo perduto, sicché non possono essere “targati” e vanno collocati tra riserve che vanno a beneficio di tutti i soci (*i.e.*, della società);
- sono effettuati liberamente dal socio, ma il socio può impegnarsi ad effettuarli;

CONTINUA: I VERSAMENTI IN CONTO AUMENTO DI CAPITALE

I versamenti in conto aumento di capitale:

- sono quelli effettuati quando la procedura di aumento del capitale sia ancora in corso (i.e., non sia stata ancora iscritta in registro imprese) alla data di chiusura del bilancio una riserva di capitale.
- In ipotesi di aumento di capitale **scindibile**:
 - vanno posti in una riserva “di transito” che si trasformerà in capitale una volta completata la procedura di aumento di capitale con la sua iscrizione nel registro delle imprese; a quel punto la riserva è destinata a venire meno;
 - gli apporti sono restituibili solo in caso di revoca della deliberazione di aumento di capitale.
- In ipotesi di aumento di capitale **inscindibile**:
 - gli importi sottoscritti durante il termine previsto per l'aumento di capitale sociale (comprensivi dell'eventuale sovrapprezzo) non vanno tra le riserve ma nella voce “Altri debiti” (perché se l'importo complessivamente sottoscritto risultasse inferiore a quello deliberato dall'assemblea, i conferimenti dovranno essere restituiti ai sottoscrittori);
 - dopo l'integrale sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale deliberato dall'assemblea e l'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione di cui all'art. 2444 c.c., da “Altri debiti” vanno alla voce “Capitale”, eventualmente alla voce “Riserva sovrapprezzo azioni” (così OIC 28, § 28).

I VERSAMENTI IN CONTO FUTURO AUMENTO DI CAPITALE

▪ Versamenti in conto futuro aumento di capitale:

- sono i versamenti non restituibili effettuati dai soci in via anticipata, in vista di un futuro aumento di capitale;
- rappresentano una riserva di capitale avente uno specifico vincolo di destinazione;
- la riserva incrementa l'attivo ma non implica necessariamente un **definitivo** incremento del capitale sociale, come invece accade nel caso dei versamenti o dei contributi in conto capitale;
- l'apporto affluirà **stabilmente** al patrimonio netto della società «*solo una volta che abbiano ricevuto un'irreversibile imputazione al capitale sociale, a meno che il socio non abbia inteso devolverle, con manifestazione inequivoca di volontà, al patrimonio sociale convertendole in contributi in conto capitale o a fondo perduto ovvero ancora a copertura perdite*» (Cass. 22/12/2020, n. 29330);
- la restituzione non richiede una deliberazione assembleare perché è la mancata deliberazione di aumento del capitale che fa sorgere il diritto alla restituzione fungendo da condizione risolutiva (Cass. 22 dicembre 2020, n. 29330);
- in caso di mancata verifica della condizione **risolutiva**, vanno collocati alla voce “debiti verso soci”;
- pur restituibili non sono “finanziamenti” ex art. 2467 c.c.

LA PROVA DELLA NATURA DELL'APPORTO

I CRITERI PER DETERMINARE LA NATURA DELL'APPORTO

- Capita frequentemente che il socio che ha apportato le risorse ne chieda la restituzione e che la società respinga tale richiesta. In caso di contrasto, il giudice ricercherà **l'intenzione delle parti** e, in difetto di espressa indicazione o di altri elementi fortemente indiziari,
 - **valorizzerà:**
 - l'esistenza di una clausola statutaria che disciplini i versamenti dei soci;
 - il modo in cui concretamente è stato attuato il rapporto;
 - le finalità pratiche perseguite dalle parti;
 - terrà in **modesta considerazione** la denominazione con la quale il versamento è stato registrato nelle scritture contabili della società:
 - secondo Cass., 19 febbraio 2020, n. 4261, l'onere, che grava sul socio, di dimostrare che il versamento effettuato alla società è un prestito «non è soddisfatto dalla sola sua annotazione come tale nel libro giornale»;
 - contra: ove manchi una chiara manifestazione di volontà, «la chiave di lettura della qualificazione deve essere ricavata nella terminologia adottata nel bilancio: infatti, questo è soggetto all'approvazione dei soci e le qualificazioni che i versamenti hanno ricevuto nel bilancio diventano indicative per stabilire se si tratta di finanziamento oppure di conferimento» (App. Firenze, sez. spec., 1 agosto 2018, n. 1823);
 - Nel dubbio, considererà l'apporto quale finanziamento in conto capitale (secondo Trib. Brindisi, 4 luglio 2017, n. 1214).

N.B.: l'organo amministrativo «non è arbitro di appostare in bilancio le dazioni di denaro effettuate dai soci in favore della società, né di mutare, successivamente all'iscrizione originaria, la voce relativa, che deve rigorosamente rispecchiare l'effettiva natura e la causa concreta di dette dazioni» (Cass., 22 dicembre 2020, n. 29325).

LA SOLUZIONE DEL CASO

LA SOLUZIONE DEL CASO

Visto che

- non era in corso una procedura di aumento di capitale, sicché non può essere stato un versamento «in conto aumento di capitale»;
- mancava alcuna indicazione a favore della natura di versamento in conto futuro aumento di capitale:
 - il termine di esecuzione dell'aumento;
 - le conseguenze del verificarsi della condizione risolutiva, sicché non può essere stato un versamento «in conto futuro aumento di capitale»;
 - Marco aveva “scambiato” le proprie dimissioni con l’impegno di Paolo a far finanziare la Mark;
- al tempo, la banca aveva fatto una richiesta che non poteva che essere intesa come domanda di rafforzamento “patrimoniale” della Mark, non “finanziario”;
- a nulla rileva nella qualificazione della natura del versamento che il finanziamento fosse in regolare ammortamento;



il versamento

- ha avuto natura di apporto “in conto capitale”, non di debito, e la società lo ha acquisito definitivamente;
- non essendo stato funzionale ad un aumento di capitale, si è confuso nel coacervo del patrimonio comune, non dando diritti di credito alla Mark s.r.l.

APPENDICE

LA POSTERGAZIONE

Art. 2467 - Finanziamenti dei soci

«**1.** Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.

2. Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento».



- In caso di finanziamento dei soci in favore della società, **il diritto al rimborso del finanziamento sorge postergato**, ex art. 2467 c.c., qualora erogato in situazione di difficoltà finanziaria o di squilibrio patrimoniale della società.
- Per “**finanziamento**” si deve intendere «non solo la messa a disposizione di una somma di danaro, ma **qualsunque forma di agevolazione finanziaria**», tra cui anche «anche una fornitura quando, per le condizioni contrattuali in cui versa la società debitrice, è probabile il mancato pagamento del corrispettivo, secondo il disposto dell'art. 2467, co. 2» (Cass., 31 gennaio 2019, n. 3017), oltre all'erogazione di somme da parte del socio che si sia costituito garante della società.

LA POSTERGAZIONE (SEGUE)

- La postergazione del finanziamento soci disposta dall'art. 2467 c.c. costituisce una condizione di **inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio al rimborso**, operante già durante la vita della società e non solo nella fase esecutiva, in presenza di un concorso tra creditori (Cass., 23 luglio 2021, n. 21239).
 - ↳ **N.B.** Tale carattere permane sia nel caso in cui il socio fuoriesca dalla società per mancato esercizio del diritto di opzione, sia allorché egli abbia ceduto la propria partecipazione comprensiva del diritto alla restituzione della somma mutuata, in considerazione della **finalità di tutela dei creditori** che la norma citata mira a perseguire; ne deriva che ove tale esigenza venga meno, a seguito del superamento delle difficoltà patrimoniali e finanziarie della società, il credito restitutorio ritorna pienamente esigibile in via ordinaria, anche se in quel momento non siano stati ancora adempiuti gli altri debiti sociali. (Cass., 6 luglio 2022, n. 21422).
- In caso di azione giudiziale del socio per la restituzione del finanziamento effettuato in favore della società, il giudice deve verificare se la situazione di crisi prevista dall'art. 2467, co. 2, c.c. (eccessivo squilibrio nell'indebitamento o situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento) **sussista, oltre che al momento della concessione del finanziamento, anche a quello della decisione** (Cass., 15 maggio 2019, n.12994).
- Gli amministratori che effettuano rimborsi in violazione della postergazione **rispondono, ai sensi degli artt. 2394 c.c. e 146 l.fall., delle somme restituite ai soci in violazione dell'art. 2467 c.c.** (Trib. Bari, 5 febbraio 2018, n. 559).

LA PRESUNZIONE DI CARATTERE TRIBUTARIO: L'ART. 46 TUIR

Art. 46 Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) – *Versamenti dei soci:*

«1. Le somme versate alle società commerciali e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera b), dai loro soci o partecipanti si considerano date a mutuo se dai bilanci o dai rendiconti di tali soggetti non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo.

2. La disposizione del comma 1 vale anche per le somme versate alle associazioni e ai consorzi dai loro associati o partecipanti».

L'OPINIONE DEL COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE

I.K.1 – Versamenti soci senza diritto di rimborso

«I versamenti effettuati dai soci a favore della società senza alcun diritto di rimborso, denominati nella prassi “versamenti in conto capitale”, sono definitivamente acquisiti a patrimonio sociale fin dal momento della loro esecuzione ed integrano una riserva disponibile. Da tale momento cessa ogni rapporto/collegamento tra il socio versante e la somma versata. Le riserve costituite con detti versamenti possono essere liberamente utilizzate sia per ripianare le perdite che per aumentare gratuitamente il capitale sociale, mentre in nessun caso possono essere utilizzate per liberare aumenti di capitale a pagamento.

L'aumento gratuito di capitale mediante l'utilizzo delle riserve costituite con i “versamenti in conto capitale”, secondo il principio di legge, dovrà essere attribuito a tutti i soci in proporzione alle partecipazioni da ciascuno detenute, prescindendo dalla circostanza che i versamenti utilizzati siano stati effettuati solo da alcuni soci, ovvero siano stati effettuati dai soci in misura non proporzionale rispetto alle loro partecipazioni (salvo diversa unanime decisione dei soci - vedi orientamento I.G.31). I versamenti senza diritto di rimborso presuppongono necessariamente per il loro perfezionamento un accordo avente natura contrattuale tra i soci versanti e la società. Tale contratto può essere perfezionato anche verbalmente o per fatti concludenti.

Non è richiesta per il perfezionamento dell'accordo una delibera assembleare che proponga ai soci di effettuare i “versamenti in conto capitale”, ovvero accetti quelli già prestati, essendo tale materia di competenza dell'organo amministrativo».

L'OPINIONE DEL COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE (SEGUE)

I.K.3 – *Diritti del socio cedente la partecipazione in relazione agli eventuali versamenti in conto capitale o in conto futuri aumenti di capitale da lui effettuati*

«I “versamenti in conto capitale” sono caratterizzati dalla definitiva acquisizione nel patrimonio della società fin dal momento della loro esecuzione, con esclusione di qualsiasi diritto di rimborso.

Pertanto, in caso di cessione delle partecipazioni di società che hanno beneficiato di detti versamenti, non è possibile convenire che unitamente alle medesime partecipazioni vengono trasferiti anche ulteriori diritti relativi ai “versamenti in conto capitale” diversi rispetto a quelli derivanti dalla loro specifica appartenenza al patrimonio della società ceduta.

Al contrario i “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” attribuiscono al socio che li ha effettuati il diritto alla attribuzione di quote di capitale (nel caso che l'aumento a pagamento cui sono subordinati sia deliberato nei termini), ovvero al rimborso.

Pertanto, il socio che abbia effettuato detti versamenti che ceda la sua partecipazione potrà trasferire con essa anche i diritti derivanti da detti versamenti, ovvero potrà trattenerli per sé».

L'OPINIONE DEL COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE (SEGUE)

I.K.2 – *Versamenti soci in conto futuri aumenti di capitale*

«I versamenti effettuati dai soci a favore della società vincolati alla sottoscrizione di aumenti di capitale da parte dei soli soci conferenti (c.d. targati), denominati nella prassi “versamenti in conto futuri aumenti di capitale”, non sono definitivamente acquisiti a patrimonio sociale fin al momento della loro esecuzione, in quanto la società ha l’obbligo di restituirli nel caso in cui l’aumento di capitale cui sono subordinati non sia deliberato entro il termine convenuto (o stabilito dal giudice ex art. 1331, comma 2, c.c.).

Detti versamenti, a causa del vincolo di destinazione cui sono soggetti, non possono essere utilizzati per ripianare le perdite o per aumentare gratuitamente il capitale sociale, né possono essere appostati a patrimonio netto (lett. a).

Gli stessi possono essere utilizzati esclusivamente per la liberazione della parte di aumento di capitale a pagamento, riservata ai soci che li hanno eseguiti, cui sono subordinati.

I “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” non presuppongono necessariamente un accordo contrattuale, che può perfezionarsi anche verbalmente o per fatti concludenti, tra i soci versanti e la società (secondo lo schema dell’opzione), potendo gli stessi avvenire anche mediante atto unilaterale (proposta irrevocabile di sottoscrizione).

Nel caso di accordo contrattuale non è richiesta una delibera assembleare che proponga ai soci di effettuare tali versamenti, ovvero accetti quelli già prestati, essendo la materia di competenza dell’organo amministrativo.

In linea di principio i “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” possono essere effettuati anche da non soci».

MASSIME VARIE

- *«Il versamento di danaro fatto a società di capitali dal suo socio “in conto capitale” è assimilabile ai conferimenti e al capitale di rischio della società ed entra a far parte del suo patrimonio, sì che esso non determina la nascita di un credito del socio verso la società, essendo la sua restituzione al conferente meramente eventuale, in quanto dipendente dalla condizione in cui verrà a trovarsi il patrimonio sociale al momento della liquidazione della società e alla possibilità che in tale patrimonio residuino valori sufficienti al rimborso dopo l'integrale soddisfacimento dei creditori sociali)». (Cass., 17 novembre 2022, n.33957).*
- *Cfr.: «I versamenti effettuati dal socio in conto di un futuro aumento di capitale non hanno una funzione oggettiva di credito dato che essi, ove l'aumento intervenga, confluiscono automaticamente nel capitale medesimo, mentre, ove l'aumento non intervenga, vanno sì restituiti, ma non perché eseguiti a titolo di finanziamento bensì perché la fattispecie programmata non si è perfezionata» (Trib. Ancona, sez. spec., 3 maggio 2022, n. 587).*
- *«I versamenti in conto capitale (analogamente alla riserva da sovrapprezzo) non sono imputabili a capitale e non generano crediti esigibili dei soci nei confronti della società potendo invece esser loro restituiti soltanto per effetto dello scioglimento della società (e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione) ovvero distribuiti “durante societate” in caso di saturazione della riserva legale con deliberazione dell'assemblea ordinaria; la loro restituzione può essere disposta al di fuori del paradigma normativo di cui all'art. 2445 c.c.» (Cass., 24 luglio 2007, n. 16393).*

LA SUPREMA CORTE SULL'OBBLIGO DI AUMENTARE IL CAPITALE

«Nelle società per azioni, il socio può validamente obbligarsi nei confronti della società a sottoscrivere un determinato aumento di capitale prima che lo stesso sia formalmente deliberato dall'assemblea, dovendosi ritenere siffatto obbligo, in assenza di diverse pattuizioni, subordinato alla condizione sospensiva che la deliberazione di aumento del capitale intervenga nel termine stabilito o in quello desumibile dalle circostanze, e – per la parte in cui l'impegno investa anche le azioni di nuova emissione sulle quali il socio non vanta il diritto di opzione – alla ulteriore condizione che tali azioni non vengano sottoscritte dai soci titolari del predetto diritto nel termine assegnato ai fini dell'esercizio del medesimo» (Cass., 14 aprile 2006, n. 8876).

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – III EDIZIONE

CRISI D'IMPRESA E RESPONSABILITÀ

DEGLI ORGANI SOCIALI

WEBINAR – 2 MARZO 2023

Prof. Avv. Matteo De Poli

Studio De Poli per Amici di Adamitullo



INDICE

1. [Il caso](#)
2. [Le azioni di responsabilità nel C.C.I.](#)
3. [Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo: le disposizioni rilevanti](#)
4. [In particolare: sulla legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità nel concordato](#)
5. [La soluzione del caso](#)

IL CASO

IL CASO

- Terzia S.p.A. è in crisi ed ha presentato domanda di accesso ad una procedura regolata della crisi con richiesta di concessione di termine per depositare la proposta e il piano concordatario in continuità.
- L'attestatore, quanto al piano concordatario, pone agli advisor il problema della responsabilità degli organi sociali – amministratori e sindaci –, tanto più se l'intenzione della società è quella di non esercitare l'azione di responsabilità.
- Ci si interroga sull'opportunità di far stimare da persona diversa dall'advisor il danno risarcibile. Che quesito porre a questo professionista terzo?

I SOGGETTI COINVOLTI

- Il debitore che presenta la domanda di concordato/i suoi advisor.
- L'attestatore.
- Il commissario.
- Un professionista terzo.

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEL C.C.I.

LE NUOVE “RESPONSABILITÀ” DEGLI ORGANI AMMINISTRATIVI NEL C.C.I.

Oltre a discendere della violazione di “consueti” doveri, con l’entrata in vigore del CCI la responsabilità degli organi amministrativi si allarga per abbracciare la violazione de

- l’obbligo di predisporre assetti adeguati: artt. 3 e 13 C.C.I.; artt. 2086 (ed altri) c.c.;
- l’obbligo di rilevare tempestivamente la crisi e di adottare strumenti adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi.

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEL CODICE DELLA CRISI

- Nella liquidazione giudiziale: art. 255.
- Nel concordato preventivo: art. 87, lett. a) e h); art. 115.

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

- *Art. 255 – Azioni di responsabilità: «1. Il curatore, autorizzato ai sensi dell'articolo 128, comma 2, può promuovere o proseguire, anche separatamente: a) l'azione sociale di responsabilità; b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'articolo 2394 e dall'articolo 2476, sesto comma, del codice civile; c) l'azione prevista dall'articolo 2476, ottavo comma, del codice civile; d) l'azione prevista dall'articolo 2497, quarto comma, del codice civile; e) **tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge**».*
- **N.B.:** chiara indicazione del **soggetto legittimato ad esercitare l'azione** (il curatore), dietro autorizzazione del **giudice delegato**, e delle **azioni esercitabili** (tutte).

L'AZIONE DI RESPONSABILITA' NEL CONCORDATO PREVENTIVO: LE DISPOSIZIONI RILEVANTI

LE DISPOSIZIONI RILEVANTI

L'ART. 87 C.C.I. SUL CONTENUTO DEL PIANO DI CONCORDATO

Art. 87 – Piano di concordato:

«1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, un piano contenente a) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori; b) [...] **h) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;** [...] 2. Nella domanda il debitore indica le ragioni per cui la proposta concordataria è **preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale.** 3. Il debitore deposita, con la domanda, **la relazione di un professionista indipendente**, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, **in caso di continuità aziendale**, che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e **a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.** Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano»

LE DISPOSIZIONI RILEVANTI L'ART. 105 C.C.I. SULLA RELAZIONE DEL COMMISSARIO

Art. 105 – *Operazioni e relazione del commissario:*

«1. Il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto [...] 2. **Nella relazione il commissario illustra le utilità che, in caso di liquidazione giudiziale, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi. [...]**»

LE DISPOSIZIONI RILEVANTI L'ART. 106 C.C.I.I. SUGLI ATTI DI FRODE

Art. 106 – *Atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura:*

«1. Il commissario giudiziale, se **accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti**, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, **deve riferirne immediatamente al tribunale**, che provvede ai sensi dell'articolo 44, comma 2, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale. [...] 3. All'esito del procedimento, il tribunale, revocato il decreto di cui all'articolo 47, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, **apre la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del debitore**».

LE DISPOSIZIONI RILEVANTI L'ART. 115 C.C.I. SUL CONCORDATO LIQUIDATORIO

Art. 115 – Azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni:

«1. Il liquidatore giudiziale esercita, o se pendente, prosegue, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti. **2. Il liquidatore esercita oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità.** Ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano sono **inopponibili** al liquidatore e ai creditori sociali. **3. Resta ferma, in ogni caso, anche in pendenza della procedura e nel corso della sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 2394 del codice civile».**

N.B.: La disposizione risolve la dibattuta questione riguardante la legittimazione all'esercizio, dopo l'omologazione, delle azioni restitutorie, recuperatorie e dell'azione sociale di responsabilità: ora spettano al **liquidatore**, sia che siano già pendenti, sia che inizino in corso di procedura, **eccezion fatta per l'azione dei creditori sociali**

LE DISPOSIZIONI RILEVANTI CONTINUA SULL'ART. 115 C.C.I.

Quanto all'azione sociale di responsabilità nel concordato liquidatorio, rileva la **nullità** di qualsiasi accordo, **se contenuto nel piano o nella proposta**, che precluda al liquidatore di iniziare o continuare l'azione.

- Dunque, una delibera di rinuncia all'azione di responsabilità precedente all'ingresso in procedura sembrerebbe opponibile al liquidatore giudiziale...
- Cosa accade quando né il piano né la proposta di concordato prevedano la sorte di un'azione sociale di responsabilità non ancora deliberata? Compete al liquidatore giudiziale solo quando il credito da futura azione di responsabilità sia stato ricompreso nel compendio da liquidare? O quando l'azione sia già stata deliberata? V. a breve

INFINE... L'ART. 39 C.C.I.

Art. 39 - Obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza

«1. Il debitore che chiede l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza deposita presso il tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie [...]. 2. Il debitore deve depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore».

**IN PARTICOLARE:
SULLA LEGITTIMAZIONE AD ESERCITARE L'AZIONE DI
RESPONSABILITÀ NEL CONCORDATO**

AZIONE DI RESPONSABILITÀ E CONCORDATO LIQUIDATORIO

- L'art. 115 si riferisce al caso del **concordato preventivo con cessione dei beni** ex artt. 114 e ss. C.C.I.
- **Due ipotesi:**
 - 1) la società inserisce nella proposta concordataria la previsione della cessione dell'eventuale ricavato dell'azione sociale di responsabilità promossa/deliberata:
 - dopo l'omologazione del concordato che preveda l'esperimento dell'azione sociale di responsabilità, l'azione verrà esercitata dal liquidatore giudiziale, che ha il potere di amministrare e disporre dell'attivo concordatario, anche in chiave processuale;
 - se non vi è già stata la deliberazione assembleare: essa è necessaria.
 - 2) il piano e la proposta di concordato nulla prevedono quanto all'esperimento dell'azione sociale di responsabilità:
 - se si ritiene che la *cessio bonorum* debba riguardare tutto il patrimonio del debitore, si può affermare che all'interno del patrimonio c'è anche il "bene" consistente nella pretesa di aggredire il patrimonio degli organi sociali in caso di loro responsabilità

CONCORDATO IN CONTINUITÀ E AZIONI DI RESPONSABILITÀ

Nel concordato **in continuità**, la titolarità dell'azione **rimane in capo alla società debitrice**:

- l'azione può essere esercitata sia durante la procedura sia dopo l'omologazione;
- qualora attivata, i suoi benefici andranno a beneficio della continuità aziendale ma, trattandosi di attivo ipotetico, esso non rileverà ai fini del giudizio sul miglior soddisfacimento dei creditori.

LA SOLUZIONE DEL CASO

CONCORDATO IN CONTINUITÀ, FINANZA ESTERNA E RINUNCIA ALL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ

- Ipotesi tipica: apporto di una somma di denaro, nella domanda di concordato, subordinato all'omologa del concordato, offerto per monetizzare il mancato esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali (azione, invece, esercitabile in sede di liquidazione giudiziale).
- Esigenza di confrontare tale importo con quello che potrebbe essere ottenuto nella liquidazione giudiziale. Criteri di giudizio:
 - rilievo dell'alea della causa, della possibilità di concreta aggressione di beni, dei costi legali e di procedura;
 - Un utile chiarimento: *«i creditori, per esprimersi sulla convenienza della proposta, debbono essere informati non solo dell'esistenza di azioni in astratto esercitabili, ma anche della situazione patrimoniale dei potenziali convenuti, in vista della fruttuosità di eventuali azioni esecutive e dell'incidenza sulla misura e dei tempi ragionevolmente necessari per conseguire un risultato utile»* (Relazione Illustrativa al Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza).
- Opportunità di una valutazione “esterna” del rischio da azione di responsabilità: il parere *pro veritate* è lo strumento professionale più indicato.

COMMISSARIO E ATTESTATORE: CHI FA COSA?

- Spetta al commissario e non all'attestatore «verificare i dati storici aziendali per valutare se negli anni precedenti la domanda di concordato preventivo siano stati posti in essere comportamenti riconoscibili come atti di frode. Inoltre, non l'Attestatore, ma il Commissario valuta le possibilità di soddisfacimento dei creditori in caso di fallimento e **verifica se vi siano fondati motivi per azioni di responsabilità e revocatorie fornendo, altresì, nella propria relazione una valutazione del rischio di insuccesso delle stesse e una stima dei costi legali e per consulenze tecniche connessi alle azioni medesime**» (Principi di attestazione dei piani di risanamento, CNDCEC, 2020, Principio 4.9.4).
- A differenza del commissario, l'attestatore dovrà esprimere giudizi circa l'esperibilità di eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo della società, **solo ove se siano state esplicitamente previste o menzionate nel piano.**
- Ma v. Trib. Brescia, sez. fallimentare, 8 aprile 2021: «In una proposta di concordato con continuità indiretta, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 2, lett. b), l.fall. la relazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, deve attestare che la prosecuzione dell'attività di impresa, prevista dal piano concordatario, è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori: nel confrontare la prospettiva concordataria e quella fallimentare l'attestatore deve prendere in considerazione anche il possibile ulteriore attivo ricavabile nell'ambito fallimentare dall'esercizio di azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali».

LE DATE DELLA QUARTA EDIZIONE: 1, 8, 15, 22 E 29 FEBBRAIO 2024

