

DECRETO-LEGGE 8 aprile 2020, n. 23.

Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali.

di Margherita Caccetta

Il Decreto in commento, più comunemente soprannominato decreto Liquidità, introduce alcune misure di interesse societario che andremo ad analizzare.

La ratio dell'intervento è sempre quella di dare "respiro" alle imprese durante il periodo di emergenza COVID-19.

Infatti si premette che tali misure sono limitate entro un lasso temporale determinato ovvero il 31 Dicembre 2020 e dunque ben oltre da quelle che è la data di fine della fase emergenziale fissata dal Governo, con provvedimento apposito, per la data del 31 Luglio 2020.

COMMENTO

L'articolo 6

Ai sensi del codice civile, le imprese che si trovano in una delle condizioni previste dagli artt. 2446 e 2447 c.c. (2482bis e 2482ter in tema di srl) devono convocare l'assemblea senza indugio al fine di adottare gli opportuni provvedimenti.

Il decreto Cura Italia aveva già sospeso di fatto l'applicazione della convocazione "senza indugio" dell'assemblea poiché ha previsto che gli amministratori siano sollevati da responsabilità se non convocheranno tempestivamente l'assemblea per gli opportuni provvedimenti.

L'articolo 6 del citato decreto consente di "bloccare" il ripianamento perdite sospendendo di fatto l'applicazione degli articoli 2446, cc. 2 e 3, 2447, 2482 bis, cc. 4, 5 e 6, e 2482 ter del codice civile.

*"A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto (9 Aprile 2020) e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le **fattispecie** verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile*
Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile".

Gli scopi dei citati articoli del codice civile, sono di costituire un preliminare allarme per gli organi sociali ogni qualvolta il patrimonio netto si riduca a causa di perdite a un valore inferiore di oltre un terzo del capitale nominale sottoscritto e, poi, di impedire la continuazione dell'attività sociale (quantomeno nella forma sociale prescelta) qualora il patrimonio netto si sia ridotto, sempre a seguito di perdite, a un valore inferiore al limite minimo del capitale sociale.

La sospensione prevista dal decreto quindi opera:

- nell'ipotesi in cui il capitale sociale si sia ridotto di oltre un terzo in conseguenza delle perdite e, entro l'esercizio successivo, tali perdite non siano diminuite a meno di un terzo;
- e nel caso in cui la riduzione del capitale sociale al di sotto di un terzo comporti la riduzione dello stesso al di sotto del limite legale.

Allargare dunque il periodo in cui poter assumere decisioni sul capitale, dovrebbe consentire da un lato di recuperare il risultato economico negativo del periodo con gli auspicabili risultati positivi derivanti dal miglioramento della situazione economica, dall'altro di reperire risorse finanziarie da apportare sotto forma di patrimonio netto.

A ciò si aggiunge che la crisi epidemiologica ha provocato una crisi che si riflette in termini di perdita che impatta sul capitale che non riflette le effettive capacità potenziali delle imprese coinvolte.

Dunque si vuole evitare la scelta difficile da parte degli amministratori tra l'immediata messa in liquidazione della società ed il rischio per gli stessi di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486 del codice civile.

Si ritiene che la norma in commento non sia di carattere obbligatorio e che dunque non sospenda *tout court* l'applicazione dei meccanismi ordinari del codice civile ma che, si atteggi ad una facoltà prevista dal legislatore, senza che vi siano divieti o impeditivi ostativi.

In dottrina, si discute circa la portata applicativa di tale norma che lascia senza risposta alcuni interrogativi interpretativi.

L'articolo 6 parla di *fattispecie* .

Ci si chiede a cosa si riferisca tale termine.

Sul punto si sono prospettate due teorie, una più restrittiva ed una più estensiva e tutto si gioca sul momento temporale ovvero se applicare la disciplina emergenziale ante decreto oppure no.

E' discusso se tale parola faccia riferimento in modo alternativo o meno al momento in cui vengono rilevate le perdite e/o al momento di approvazione del bilancio.

A prescindere dalla teoria che si ritiene di seguire, non vi è dibattito sul fatto che il Decreto non faccia venir meno la possibilità, per le società di capitali, di rinviare a nuovo la perdita, ovvero di godere del c.d. "anno di grazia" che consente alla società di ripianare la perdita stessa nell'anno successiva oppure di adottare uno degli opportuni provvedimenti (a quel punto da adottare obbligatoriamente) nell'anno successivo a quello in cui si è verificata la perdita.

Si deve trattare, ovviamente, di una perdita inferiore al terzo del capitale che non porta a zero il capitale sociale.

Come conseguenza della sterilizzazione temporanea di tali norme, l'art. 6 del Decreto prevede coeherentemente, la sospensione della causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, n. 4 del codice civile (scioglimento delle società di capitali in caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite di legge) nonché dell'art. 2545 duodecies c.c. (scioglimento delle società cooperativa in caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite di legge e per perdita del capitale sociale).

Viene così di fatto sospeso l'automatismo di tali cause di scioglimento.

In tal modo si evita che la perdita del capitale imponga agli amministratori di mettere in liquidazione imprese che di per sé sarebbero ancora in grado di stare sul mercato, ponendo al tempo stesso al riparo l'organo amministrativo dal rischio di responsabilità per gestione non conservativa ex art. 2486 c.c. in caso di liquidazione.

Dal punto di vista pratico, per capire se si rientra nel campo di applicazione oggettivo di questa nuova normativa, occorre preliminarmente dare conto di quanto segue:

—>Se seguissimo la lettura restrittiva del termine, per un'assemblea che si sia tenuta prima del 9 Aprile 2020 o dopo il 31 Dicembre 2020, non vi sarà la facoltà di avvalersi di tale disciplina, mentre se l'assemblea sia convocata in una data compresa tra il 9 Aprile 2020 ed il 31 Dicembre 2020, i soci potranno optare per la sospensione dei meccanismi ordinari codicistici e ciò prescindendo dalla causa che ha originato la perdita (causa COVID o meno).

Infatti, qualora la perdita del capitale sociale fosse già rilevata in uno degli esercizi chiusi prima del 9 aprile 2020, le norme codicistiche non possono essere disapplicate e quindi occorrerà convocare l'assemblea dei soci affinché questa deliberi in merito.

Qualora, invece, la perdita al 31 dicembre 2019 fosse superiore al terzo del capitale sociale ma comunque di importo tale da non ridurlo al di sotto del limite minimo, i soci possono rinviare ogni eventuale decisione all'atto dell'approvazione del bilancio relativo all'esercizio chiuso al 2020.

In quest'ultimo caso è opportuno che l'organo amministrativo esamini periodicamente la situazione patrimoniale in corso d'anno in modo da rilevare in maniera tempestiva un eventuale peggioramento tale da costituire una fattispecie di cui all'art. 2447 c.c.

—> se invece seguissimo la lettura estensiva, le perdite del 2019 non sarebbero rilevanti in alcun caso.

Alla luce di quanto sopra si comprende come tale norma se non interpretata correttamente possa comportare un effetto distorsivo e non voluto dalla ratio della norma.

Dando rilievo, ad esempio, solo l'emersione delle perdite, ne resterebbero escluse pertanto tutte le società che, avendo chiuso gli esercizi con una perdita rilevante ai sensi delle norme sopracitate in data anteriore al 9 aprile 2020 (ad esempio quelle il cui esercizio si è chiuso il 31 dicembre 2019) si troverebbero, a seguito dell'approvazione dei bilanci, a dover procedere ad una ricapitalizzazione in piena fase di emergenza sanitaria.

Per contro alcuni sostenitori dell'interpretazione più restrittiva osservano che, includendo tra i beneficiari le società il cui bilancio si sia, in ipotesi, chiuso al 31 dicembre 2019, si discriminerebbero le società che avessero tempestivamente rilevato le perdite e provveduto ad adottare le relative misure in data anteriore all'emanazione del d.l. 23/2020, rispetto a quelle che, con colpevole ritardo, non avessero ancora proceduto alla convocazione delle assemblee per l'approvazione dei bilanci e l'adozione dei relativi provvedimenti.

Si ritiene tuttavia che potrebbe essere poco utile limitare l'interrogativo al "quando" si sono verificate le perdite. Le perdite, infatti, hanno una dimensione eminentemente contabile per cui esistono, e pongono quindi un problema di disciplina applicabile, nel momento in cui emergono; il che accade grazie alla predisposizione di un documento contabile, comunque riferito a un determinato esercizio, che può essere il bilancio di esercizio o una situazione patrimoniale della società; lo conferma l'esordio degli artt. 2446, comma 1 e 2482- , comma 1, del codice civile bis in virtù del quale "*Quando che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di risulta perdite...*"

Sembra dunque più corretto ritenere che, il termine "*fattispecie*" quindi, debba essere letto in modo teleologico, anche alla luce dei provvedimenti emanati durante questo periodo di lockdown; pertanto si ritiene che la "*fattispecie*" possa essere riferita ai singoli elementi rilevanti nelle vicende di cui alle disposizioni codicistiche richiamate, non sempre coincidenti - come si vedrà - nelle singole disposizioni, e che pertanto possa essere riferito sia al presupposto di applicazione di tali norme (il verificarsi delle perdite) sia ai provvedimenti che sono assunti sulla base della loro rilevazione. Posto che, come precisato, il prodursi delle perdite presuppone un accertamento contabile, tale circostanza potrebbe determinare uno sfasamento temporale tra il verificarsi delle perdite e la loro rilevazione, e conseguentemente l'adempimento degli obblighi derivanti dalla legge.

Come sostenuto da molti autori nonché dal Consiglio Nazionale del Notariato, una lettura del termine "*fattispecie*" declinata esclusivamente nel senso di una "*alternativa*" condurrebbe, a letture non coerenti con la finalità della norma.

Resta in ogni caso fermo che il 2021 si presenterà come un anno di grazia per qualsiasi situazione di perdita oltre il terzo che sia stata maturata nel 2020 e che dunque si potrà aspettare il 2022 per ripianare le perdite che ancora emergano in sede di bilancio al 31 Gennaio 2021, senza dover adottare alcun provvedimento nel corso del 2021.

Se invece la società si trovi *in bonis* nel 2020 ed entri in crisi nel 2021 non vi è discussione che tale fattispecie sia al di fuori dell'ambito applicativo dell'articolo 6.

La sospensione dell'applicazione della disciplina in commento non esonera l'organo amministrativo dagli adempimenti informativi previsti, tra i quali spicca la relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale, da sottoporre ai soci convocati in assemblea. Nella medesima assemblea, gli stessi amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione.

Tale obbligo di corretta gestione da parte degli amministratori dunque non è del tutto sospeso in quanto è anche ribadito dalle novità in tema di redazione del bilancio: tutte le società dovranno operare una valutazione delle voci secondo prudenza e nella prospettiva della continuità aziendale ex art. 2423-bis, c.1., tenendo in considerazione la situazione esistente alla data di entrata in vigore delle prime misure collegate all'emergenza. In questo modo, le società che fino a tale data non presentavano problemi di continuità, potranno rappresentare nel bilancio una situazione basata sul reale andamento dell'impresa e non falsata dall'emergenza. La misura si applica anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati. Oltre che nelle voci di bilancio, il criterio di valutazione dovrà essere specificamente illustrato nella nota informativa, anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente.

Si precisa infine che, qualora fosse sopraggiunta nel corso dei mesi precedenti, una causa di scioglimento che ha dato luogo all'approvazione di una delibera di scioglimento, il termine per l'opposizione non è più sospeso (essendo stata prevista la sospensione fino all'11 Maggio 2020).

L'articolo 8

Da coordinare con l'articolo 6 finora commentato, è l'articolo 8 del Decreto Liquidità che statuisce altresì che, dalla data di entrata in vigore del Decreto e fino al 31 dicembre 2020, non operi il meccanismo di postergazione del rimborso dei finanziamenti a favore della società effettuati dai soci o da chi esercita attività di direzione e coordinamento ex artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.

La ratio della norma è quella di non disincentivare i rafforzamenti finanziari delle società provenienti dai soggetti sopra riportati.

Viene quindi temporaneamente sospesa la sanzione indiretta inflitta dalle norme disapplicate e finalizzata a ridurre la sottocapitalizzazione nominale delle imprese; in tal modo si permette ai soci/soggetti che esercitano attività di direzione e coordinamento di partecipare sullo stesso piano degli altri creditori sociali alla restituzione del proprio credito (finanziario).

È auspicabile che tale norma sia utilizzata solo nelle ipotesi in cui la società non manifesti problemi di riduzione del capitale sociale per scongiurare situazioni in cui il socio, al fine di tutelare i propri interessi, decida di apportare il proprio supporto all'impresa mediante un finanziamento e solo dopo aver valutato l'andamento della gestione aziendale, decida di eventualmente trasformarlo in un apporto di patrimonio ovvero farlo partecipare alla restituzione unitamente agli altri creditori (magari attraverso la liquidazione della società).

Quest'ultima considerazione dovrebbe indurre ad un'attenta valutazione in ordine al coordinamento della disposizione di cui all'art. 8 con quella appena commentata dell'art. 6, al fine di evitare comportamenti chiaramente opportunistici in un periodo già particolarmente complicato. Il fine della norma è quello di incentivare questi ultimi a rifinanziare le società senza subire gli effetti della postergazione rispetto agli altri creditori. La deroga alla postergazione potrà applicarsi solo per i finanziamenti effettuati entro e non oltre il 31 dicembre 2020.

**Esempio di delibera che ricade nell'ambito di applicazione della normativa in commento:
(a prescindere dalla lettura a cui si ritiene di aderire)**

Ordine del giorno

-opportuni provvedimenti ex art. 2446c.c. (2482bis c.c.) e art. 6 Decreto numero 23/2020

[...]

DISCUSSIONE

[...]

Il presidente, alla luce della perdita come sopra accertata, espone all'assemblea come sia opportuno avvalersi del beneficio della sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale e ricapitalizzazione previsti dall'articolo 2446 c.c. e 2447 c.c. (o 2482bis c.c. e 2482ter c.c.), considerando pertanto la perdita non rilevante.

oppure:

Il presidente, alla luce della perdita sopra accertata, propone all'assemblea di rinviare a nuovo la perdita. [*provvedimento che è sempre adottabile anche alla luce e nella vigenza del DL*]

[...]

DELIBERA

1) di adottare, ai sensi dell'articolo 6 DL. 23/2020, la sospensione degli obblighi ex artt. 2446 c.c. e 2447 c.c. e pertanto non vi è l'obbligo di ridurre il capitale e ri-aumentarlo fino al minimo legale, rinviando dunque a nuovo la perdita.

oppure:

1) di rinviare a nuovo la perdita come sopra accertata per euro...