



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

INNOVAZIONE E DIRITTO

RIVISTA DI

DIRITTO TRIBUTARIO E DELL'ECONOMIA

1

2016

“Società unipersonale europea” e tutela dei creditori¹

di Giovanni Falcone

ABSTRACT

This study aims at focusing on the European Commission Proposal on the “Single-member private limited liability companies”, and, mainly, on the alternative ways (other than the partnership capital) to protect social creditors’ interests. Among those ways, the introduction of the s.c. “solvency test” represents an original evolution (although this approach has been tempered by a recent Counsel’s position), corroborated even by the principles expressed by the World Bank and Uncitral about directors’ responsibility in insolvency or pre-insolvency situations that could affect the private company.

SINTESI

L’articolo analizza il contenuto della proposta di direttiva della Commissione Europea relativa alla “Società unipersonale a responsabilità limitata europea” con riferimento specifico alla tematica delle forme alternative (rispetto al capitale sociale) per la tutela dei creditori. In questa prospettiva, l’introduzione del c.d. “solvency test” denota un tratto innovativo (ancorché “stemperato” da un recente orientamento del Consiglio), corroborato anche dalle indicazioni della Banca Mondiale e di Uncitral relativamente alla valorizzazione della responsabilità degli amministratori sociali in situazioni di crisi o di pre-insolvenza della società.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Dalla “società privata europea” alla “società a responsabilità limitata unipersonale europea” – 3. La proposta della Commissione – 3.1. La tutela dei creditori della società unipersonale. In particolare: il “solvency test” – 3.2. L’orientamento “correttivo” del Consiglio – 4. Il “solvency test” e la prevenzione dell’insolvenza

1. Premessa

La tutela della posizione dei creditori costituisce, nell’ambito della disciplina della società a responsabilità limitata, un tema di particolare e rinnovato interesse per la dottrina domestica ed internazionale. Tra le ragioni di questa attenzione, non ultima, si pone la circostanza che in tale tipologia di società di capitali ha modo di rendersi maggiormente manifesto il problema della funzione e della effettiva rilevanza – proprio nei confronti dei creditori sociali ed in funzione della

¹ Relazione presentata nel convegno su “Tendenze attuali del diritto delle società a responsabilità limitata” organizzato dalla Università Telematica “Pegaso” e svoltosi in Napoli il 9 maggio 2016 e prodotta nell’ambito di un progetto di ricerca della medesima Università.

loro tutela - del capitale sociale².

In questo contesto, la proposta di direttiva comunitaria del 9 aprile 2014³ (nonché il successivo intervento del Consiglio nel corso del 2015) in tema di società unipersonale a responsabilità limitata europea rappresenta un oggetto di analisi privilegiato, giacché, proprio nel disegno dell'impianto della direttiva, appare con evidenza il tentativo (forse, peraltro, fallito) di apprestare delle forme di tutela dei creditori diverse ed alternative rispetto a quella tradizionale, rappresentata dal capitale sociale. E' proprio avendo a riguardo tale tentativo che saranno svolte le riflessioni che seguono, anche alla luce delle tendenziali linee di sviluppo dei modelli normativi transnazionali in materia di valorizzazione della responsabilità dell'organo gestorio in situazioni di insolvenza o di pre-insolvenza.

2. Dalla "società privata europea" alla "società a responsabilità limitata unipersonale europea"

Per un corretto approccio alla proposta sulla "*societas unius personae* europea", pare opportuno rievocare almeno il passaggio evolutivo immediatamente antecedente, individuabile nella "Proposta di Regolamento del Consiglio con cui si approva lo statuto della Società Privata Europea", risalente al giugno 2008: tale proposta, nell'ambito del più ampio disegno del c.d. *Small Business Act*, era già animata dall'intento di semplificare la costituzione delle società che si proponevano di svolgere una attività transfrontaliera (quantunque non fosse richiesto, all'atto della costituzione, il collegamento con almeno due Stati membri), e di ridurre i relativi costi.

I commentatori, non soltanto domestici, non avevano mancato di rilevare come la opzione per la Società Privata Europea rappresentasse una sorta di alternativa

² Sul punto sia in questa sede sufficiente richiamare il fondamentale contributo di L. ENRIQUES e J. MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, (1), 78 ss.

³ Tra i contributi più recenti sul tema nella letteratura domestica, si segnalano il contributo di R. GUIDOTTI, *Il progetto di Societas Unius Personae (Single Member Private Limited Liability Company)*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2016, 215-227, e quello di C. MALBERTI, *La proposta di direttiva sulla Societas Unius Personae: una nuova strategia per l'armonizzazione del diritto societario europeo?*, in *Riv. soc.*, 2014, (4), 848 ss.

all'armonizzazione tradizionale⁴: veniva cioè a rappresentare la introduzione a un nuovo "tipo comunitario" di società, piuttosto che realizzare una completa armonizzazione dei regimi nazionali del diritto delle società a responsabilità limitata. Come noto, quella proposta fu tuttavia ritirata nell'ottobre del 2013, e la Commissione ha conseguentemente ritenuto invece più opportuno, in alternativa, praticare la "strada" della distinta figura della Società Unipersonale europea, che riprende sostanzialmente alcuni tratti della proposta relativa alla SPE, con la quale condivide gli "obiettivi di rafforzamento e internazionalizzazione delle piccole e medie imprese"⁵.

Anche in questo si assiste al dispiegarsi di una disciplina intesa a modellare i tratti di una società nazionale (ancorché "a condizioni armonizzate"⁶: *rectius*: tendenzialmente armonizzate), e non ad introdurre una forma societaria transnazionale (come, per esempio, il GEIE, la Società Europea e la Società Cooperativa Europea).

Non si tratta quindi né di armonizzazione né di uniformazione, ma, come è stato evidenziato, della "diffusione di un modello organizzativo e di governo", che nelle intenzioni del redattore dovrebbe favorire uno spontaneo adeguamento dei legislatori nazionali, pur indipendenti, a convergere⁷.

Ciò comporta peraltro, come è stato pure puntualmente e correttamente evidenziato, anche l'insorgere di rischi inerenti: il primo tra questi essendo rappresentato proprio dal fatto che, paradossalmente, la rinuncia allo strumento transnazionale rischia fatalmente di condurre ad una incentivazione della formazione di tipi diversi di SUP nei diversi Stati membri⁸; a ciò si aggiunge la creazione di ulteriori problematicità, radicate nelle specificità del diritto delle società a responsabilità limitata nei singoli Stati membri⁹, con il conseguente e

⁴ G. ESTEBAN VELASCO, *La propuesta de Directiva sobre la "Societas unius personae" (SUP): las cuestiones mas polémicas*, in *Academia Matritense del Notariado*, 2015.

⁵ Così R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 217.

⁶ R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 218.

⁷ In questo senso si leggano le considerazioni di A. BARTOLACELLI, *Armonizzazione, concorrenza e convergenza di ordinamenti*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, cit., 139-143.

⁸ R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 227.

⁹ Al riguardo, R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 225-226, evidenzia la mancanza di previsioni relative alla

sempre presente pericolo del vizioso innescarsi di meccanismi di *forum shopping*.

3. La proposta della Commissione

Ciò che appare caratterizzare nel suo contenuto il disegno della Commissione per questa tipologia di società alcune peculiarità, è essenzialmente l'intento di semplificazione amministrativa, e, conseguentemente, la possibilità di procedere alla costituzione "on line"¹⁰ (che è peraltro stata valutata anche criticamente, soprattutto dai notai, in ragione delle frizioni con le esigenze della normativa antiriciclaggio, alla luce della problematicità di identificazione, in tal caso, del socio fondatore¹¹), nonché la scelta della sede legale. Non secondaria, inoltre, da un punto di vista sistematico, la circostanza che la proposta di direttiva intenda occuparsi anche del fenomeno dei gruppi societari, nella parte in cui prevede la vincolatività delle istruzioni impartite dal socio unico all'organo di direzione, salvo il caso in cui vengano violate le regole dell'atto costitutivo o del diritto nazionale applicabile); sono infine dettate disposizioni specifiche in materia di decisioni riservate al socio unico (anche senza rituale convocazione dell'assemblea), di poteri di amministrazione e di rappresentanza dell'organo di gestione.

Non sempre tali disposizioni si presentano con un carattere sostanzialmente innovativo rispetto alle legislazioni nazionali: ad esempio, la previsione di un atto costitutivo uniforme, oltre che vista con sostanziale "scetticismo" dagli interpreti¹², non soltanto è già contenuta nell'ordinamento domestico nella disciplina della s.r.l. semplificata, ma, secondo quanto è stato ritenuto, nel contesto della Proposta non è neppure da ritenersi obbligatoria, se non nel caso

partecipazione dei lavoratori, mancanza che potrebbe determinare problemi per gli Stati membri che dispongano di previsioni specifiche sul punto.

¹⁰ Si prevede infatti che gli Stati membri "provvedano affinché la procedura di registrazione per le SUP di nuova costituzione possa essere espletata elettronicamente in tutti i suoi elementi, senza che sia necessario che il socio fondatore compaia avanti a un'autorità dello Stato membro di registrazione".

¹¹ Così R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 226, che ricorda la posizione di *Notaries of Europe*.

¹² Evidenza R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 220, che "appare poco probabile che l'intento possa trovare reale attuazione. E' improbabile infatti che un unico statuto standard possa essere elaborato ove si consideri che la società in esame è una società con caratteri nazionali che, seppur con alcune caratteristiche comuni, dovrà pur sempre essere governata dai principi di diritto societario di ogni stato che ne permetterà la creazione".

di costituzione effettuata "on line"¹³ (in questo senso la proposta di direttiva si muove sincronicamente con le previsioni in materia di Private Company del Regno Unito)¹⁴.

3.1. La tutela dei creditori della società unipersonale. In particolare: il "solvecy test"

Tuttavia, nell'ambito di questo limitato contributo, è sembrato piuttosto significativo fare riferimento a due temi emergenti dalla proposta, che del resto si pongono come interconnessi: vale a dire, da un lato, la riproposizione del tema della funzione del capitale sociale; e, dall'altro, quello – per l'appunto, fortemente connesso al primo – della maggior tutela dei creditori sociali (che, come si vedrà, nella proposta viene perseguita attraverso la responsabilizzazione degli amministratori). E' da rilevare, infatti, come il fenomeno della riduzione del capitale sociale minimo a livelli irrisori con la ricerca di forme alternative di tutela dei creditori sociali sia stato individuato come una delle macrolinee di tendenza degli interventi compiuti negli ordinamenti domestici di diversi Stati membri, oltre che del progetto di Direttiva qui esaminato. Tale tendenza pare muoversi di pari passo con la riflessione teorica intorno alla effettiva utilità del capitale sociale come strumento di tutela dei creditori e, più in particolare, con il ridimensionamento in quella sede operato di tale specifica funzione. In sostituzione della funzione del capitale sociale come strumento di tutela dei creditori, alcune legislazioni hanno previsto una "riserva legale a formazione accelerata", o una particolare conformazione di responsabilità dei soci. La soluzione in un primo momento scelta in sede di Proposta di direttiva, peraltro, pare prendere le mosse dalla riforma olandese del 2012 che ipotizza l'operatività congiunta tanto di un "test di bilancio" che di un "test di solvibilità".

La proposta di direttiva prevede che la società debba avere un capitale sociale

¹³ R. GUIDOTTI, *op. cit.*, 219.

¹⁴ Come evidenziato da A. BARTOLACELLI, *op. cit.*, 147-148, la relazione tra atto costitutivo tipizzato e registrazione on line è nel senso che quest'ultima è possibile soltanto in caso di tipizzazione.

pari ad almeno un euro che deve essere sottoscritto ed interamente versato alla data della costituzione della società.

E' evidente, peraltro, come tale previsione postuli la necessità di apprestare una adeguata tutela per i creditori sociali¹⁵: ed è proprio al cosiddetto "solvency statement" che possono dedicarsi le ulteriori riflessioni qui svolte. Esso trova il proprio riferimento normativo nell'art. 18 della Proposta di direttiva (ma, come si vedrà immediatamente, in merito deve tenersi conto anche del successivo testo della Proposta approvato in termini di "orientamento generale" dal Consiglio sulla Competitività il 28 maggio 2015).

Sul punto giova prendere le mosse dalla formulazione dell'art. 18 che appare nella Proposta approvata dalla Commissione e, ancor più in particolare, a quanto previsto dai paragrafi 2 e 2 del citato articolo 18.

Il paragrafo 2 introduce il cosiddetto "test di bilancio", prevedendo che "la SUP non effettua alcuna distribuzione al socio unico se, alla data di chiusura dell'ultimo esercizio, l'attivo netto indicato nei conti annuali della SUP è, o a seguito di tale distribuzione sarebbe, inferiore all'importo del capitale sociale più le riserve che non possono essere distribuite conformemente all'atto costitutivo della SUP. Il calcolo è effettuato sulla base dell'ultimo bilancio adottato. Nel calcolo si tiene conto anche degli eventuali cambiamenti nel capitale sociale o nelle riserve che non possono essere distribuite verificatisi successivamente alla data di chiusura dell'esercizio".

Il paragrafo 3, invece, introduce propriamente il c.d. "test di solvibilità".

Vi si legge che "la SUP non procede alla distribuzione al socio unico se ciò comporta che essa non sia in grado di pagare i propri debiti in scadenza dopo la distribuzione. L'organo di direzione deve certificare per iscritto che, dopo aver analizzato in profondità la situazione e le prospettive della SUP, è giunto alla conclusione ragionevole che la SUP sarà in grado di pagare i suoi debiti, quando diventano esigibili, nel corso normale dell'attività commerciale nell'anno

¹⁵ Nella letteratura iberica, C. ALONSO LEDESMA, *La función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores*, in AA.VV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael Garcia Villaverde*, I, Madrid, 2007, 127 ss.

successivo alla data della distribuzione proposta ("dichiarazione di solvibilità"). La dichiarazione di solvibilità deve essere firmata dall'organo di direzione e una copia deve essere fornita al socio unico prima dell'adozione della risoluzione sulla distribuzione". Si aggiunge, da un lato, che "la dichiarazione di solvibilità viene resa pubblica" e che "se la società dispone di un sito web, detta informazione viene resa disponibile anche su di esso" (co. 4); e, dall'altro, che "ogni amministratore è personalmente responsabile per aver raccomandato o ordinato una distribuzione se era a conoscenza o, considerate le circostanze, avrebbe dovuto esserlo, del fatto che la distribuzione è contraria al paragrafo 2 o 3. Lo stesso vale per il socio unico in relazione all'eventuale decisione di effettuare una distribuzione di cui all'articolo 21".

La Proposta di direttiva approvata dalla Commissione tenta in tal modo di fare fronte al problema della effettiva tutela dei creditori sociali, affiancando, al principio del capitale sociale, la previsione congiunta di due verifiche: il test di bilancio (maggiormente aderente al sistema del capitale sociale) e quello di solvibilità.

E' la stessa Relazione alla proposta che spiega le motivazioni per le quali si è ritenuto di introdurre congiuntamente questi sistemi: si legge che "l'inclusione di questi due requisiti nella direttiva garantisce un elevato livello di protezione dei creditori, cosa che dovrebbe contribuire all'immagine del "marchio SUP".

Non è dunque esente da tale opzione anche una specifica ponderazione di quello che potremmo domesticamente definire come "rischio reputazionale", o, come pure si è detto, di livello di "credibilità"¹⁶.

La opzione per una previsione congiunta del test di bilancio e di quello di solvibilità era già presente nella Proposta di Regolamento sulla SPE (art. 21), anche se la scelta non era presentata come vincolante per gli Stati membri.

3.2. L'orientamento "correttivo" del Consiglio

Se il quadro appena illustrato emerge dalla Proposta di direttiva così come

¹⁶ Così R. GUIDOTTI, *Il progetto di Societas Unius Personae*, cit., 221.

approvata dalla Commissione, un differente approccio emerge, invece, dalla Proposta del Consiglio, che invece lascia trasparire una maggiore "difficoltà" ad ammettere senza riserve la previsione di un "test di solvibilità". Più in particolare, nella Proposta del Consiglio i due strumenti non sono visti come destinati ad operare congiuntamente, nel senso che non viene individuato uno specifico meccanismo di tutela dei creditori, prevedendosi invece genericamente che "gli Stati membri garantiscono l'istituzione nella normativa nazionale di meccanismi volti ad impedire che le SUP non siano in grado di pagare i debiti dopo la distribuzione" (art. 18, par. 1 Proposta Consiglio). Tanto il test di bilancio che quello di solvibilità, poi, sono previsti come eventualità, e la loro stessa applicazione disgiunta o congiunta è vista come *una semplice possibilità*: "ai fini del paragrafo 1 gli Stati membri possono prevedere che una SUP non sia autorizzata a effettuare una distribuzione al socio unico se: a) alla data di chiusura dell'ultimo bilancio, il totale delle attività previa deduzione del totale delle passività indicato nei conti annuali della SUP è, o a seguito di tale distribuzione sarebbe, inferiore all'importo del capitale sociale più le riserve che non possono essere distribuite conformemente alle normative nazionali che impongono alla SUP di costituire riserve legali conformemente all'articolo 16, paragrafo 4, se del caso, ovvero conformemente agli atti costitutivi della SUP; e/o b) in caso di distribuzione sotto forma di pagamento di un dividendo, ciò comporta che essa non sia in grado di onorare i propri obblighi in scadenza durante il periodo di sei mesi successivi al pagamento di tale dividendo" (art. 18, par. 2, Proposta Consiglio). E' soltanto in questo secondo caso che, secondo il par. 3 dell'art. 18, gli Stati membri "possono disporre che l'organo di direzione debba firmare una dichiarazione, prima del pagamento di un dividendo, in cui certifica per iscritto che, dopo aver analizzato in profondità la situazione e le prospettive della SUP, alla data della firma della dichiarazione è giunto alla conclusione ragionevole che la SUP sarà in grado di onorare i suoi obblighi, quando diventano esigibili, nel corso normale dell'attività commerciale nei sei mesi successivi al pagamento del dividendo proposto ("dichiarazione di solvibilità"), aggiungendo che "ove sia firmata una dichiarazione

di solvibilità, essa è considerata un mezzo sufficiente per soddisfare le disposizioni del paragrafo 2, lettera b), ed è indicata nel registro”.

Dunque si rinuncia, in questo modo, ad una vera armonizzazione su uno dei più interessanti meccanismi di tutela dei creditori alternativi al capitale sociale: inoltre, nel par. 5 dell’art. 18 della Proposta del Consiglio si legge che gli stati membri non potranno prevedere per la SUP requisiti più stringenti di quelli fissati dalla disciplina nazionale in materia di società a responsabilità limitata ordinaria in applicazione del principio di “non discriminazione” tra la SUP e la s.r.l. ordinaria.

Si prevede in fatti che “gli Stati membri possono stabilire nelle normative nazionali disposizioni atte a limitare le distribuzioni a quelle disciplinate dal presente articolo, a condizione che tali disposizioni non impongano alle SUP requisiti più restrittivi rispetto alle norme nazionali applicabili alle società a responsabilità limitata per le azioni elencate nell'allegato I”.

Il che significherebbe per il legislatore italiano, da un lato, impossibilità di introdurre il test di solvibilità in quanto non previsto per le s.r.l. ordinarie, mentre resterebbe dubbia la possibilità di introdurre il test di solvibilità come alternativa al test di bilancio.

4. Il “solvency test” e la prevenzione dell’insolvenza

Il contenuto della Proposta di Direttiva, peraltro, al di là del suo significato intrinseco, e dalla sua valenza “storica”, è tale anche da riverberarsi sul contenuto di ulteriori, altrettanto generali, dibattiti.

Il primo fra tutti è quello del rapporto tra amministratori e creditori sociali, anche (e, forse, soprattutto) in caso di insolvenza della società. E' da ricordare che la “*Insolvency Task Force*” della Banca Mondiale ha revisionato il principio B2 “*Principles for insolvency and creditor/debtor regimes*”, al fine di armonizzarlo con i paragrafi 1-44 della quarta parte delle raccomandazioni della Guida sull’Insolvenza di Uncitral (revisione gennaio 2015).

Vi si raccomanda di individuare specifici doveri degli amministratori sociali quando siano a conoscenza o avrebbero dovuto ragionevolmente conoscere che

l'impresa si trova in uno stato di insolvenza attuale o imminente, in merito alla adozione di adeguate misure o per evitare l'insolvenza stessa, oppure per minimizzarne le conseguenze (nel caso in cui essa sia inevitabile) e di prendere in considerazione, a questo riguardo, anche gli interessi dei creditori e degli altri *stakeholders*.

Questo intervento è stato letto dai commentatori più attenti¹⁷ come una tendenza alla adozione del modello anglosassone in materia di responsabilità degli amministratori sociali in situazioni di insolvenza, volto a considerare "l'interesse sociale" come un valore da riferire non soltanto alla società stessa, ma anche agli altri gruppi di interesse (tra cui, evidentemente, gli stessi creditori). Questo perché – si dice – in situazioni di insolvenza o proiettate verso l'insolvenza non sarebbero più i soci a dover sopportare il rischio della continuazione dell'attività di impresa ma i creditori. Tale considerazione è presente tanto nel modello nordamericano (*trust fund doctrine*) che in quello inglese (*wrongful trading*). Si assiste, cioè, al passaggio da una concezione contrattualista ad una concezione istituzionalista della clausola dell'interesse sociale, alla presa d'atto della circostanza che un sistema basato sui principi del capitale sociale è insufficiente ai fini della tutela dei creditori.

Conclusivamente, la scelta compiuta nella Proposta di Direttiva adottata dalla Commissione non è da vedersi come un episodio isolato (e, per converso, la "correzione" ad opera del Consiglio non deve vedersi come un arretramento definitivo), ma come una manifestazione di una tendenza più generale alla valorizzazione della responsabilità degli amministratori come strumento di tutela dei creditori sociali, che verosimilmente non tarderà a riproporsi in contesti assimilabili a quello oggetto delle presenti riflessioni.

¹⁷ Si veda soprattutto J. PULGAR EZQUERRA, *Normas de solvencia y deberes de administradores sociales*, in *El notario del Siglo XXI*, 2015, (2), 26 ss.