



LA GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ IN CRISI NELLA FASE DI RISTRUTTURAZIONE (*)

di

SANTE CASONATO (**)

SOMMARIO: 1. Responsabilità limitata, estensione del rischio ai creditori e continuazione del rapporto sociale. – 2. La gestione dell'impresa all'insorgere della crisi. – 3. La gestione dell'impresa dalla domanda all'ammissione. – 4. Sui generali doveri degli amministratori, tra prevenzione, coerenza e corretta gestione in buona fede – 5. La gestione dell'impresa durante la fase endoprocedimentale e fino all'omologa. – 6. La gestione dell'impresa successiva all'omologa. – 7. Violazione dei doveri e danno risarcibile.

1. Responsabilità limitata, estensione del rischio ai creditori e continuazione del rapporto sociale. – L'attività d'impresa è per definizione a “rischio” e prospera grazie al debito e al differenziale fra il costo del capitale e il profitto atteso; l'eventuale insuccesso economico, anche quando attribuibile a scelte gestionali, non genera responsabilità in capo agli amministratori, essendovi una sorta d'immunità a loro favore ⁽¹⁾ derivante dal diritto all'errore.

L'impresa esercitata in forma societaria o di gruppo può inoltre svolgersi sotto l'ombrello protettivo della responsabilità limitata, che trova il proprio fondamento in una serie di ragioni economiche, storiche e giuridiche, che rappresentano un compromesso tra l'incentivazione all'imprenditorialità e le ragioni del credito ⁽²⁾, così che anche per i soci l'insuccesso è limitato alla sola responsabilità patrimoniale del capitale sottoscritto.

In condizioni di solvibilità, le scelte gestionali sono in genere esenti da conflitti di interessi tra soci e creditori, perché non sussiste la convenienza dei soci ad operare a danno dei creditori, né quella dei creditori a tentare di ostacolare o reprimere l'attitudine della società a valorizzare ed incrementare la propria redditività; il controllo dei soci sull'impresa opera quindi a pieno regime e i creditori non hanno voce in tal senso ⁽³⁾.

(*) Il presente contributo trova spunto dalla relazione dell'autore nell'ambito del modulo di diritto fallimentare al Corso di perfezionamento in diritto societario, fallimentare, finanziario organizzato dalla Camera Civile “Giulio Partesotti” di Venezia, tenutosi in data 27 gennaio 2017.

(**) Dottore commercialista in Treviso.

⁽¹⁾ F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 638 ss.

⁽²⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, 2007, p. 35. – A. ROSA, *Responsabilità limitata e partecipazione sociale nella nuova s.p.a.*, in *Quaderni di Giur. comm.*, n. 395, 2016, p. 1 ss.

⁽³⁾ L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1041, individua la giustificazione del controllo degli azionisti sull'impresa nel fatto che essi sono titolari di una pretesa su quanto residua dopo che tutti i debiti siano stati pagati o che sia stato accantonato quanto necessario per pagarli. Se la

Gli insuccessi economici possono però comportare la crisi aziendale, erodendo le risorse patrimoniali e finanziarie, ponendo gli amministratori di fronte a scelte allocative del patrimonio in modo da gestire il debito funzionale all'impresa, così da dover scegliere se sbilanciarsi verso l'interesse dei soci, ovvero verso quello dei creditori.

Con l'insolvenza la garanzia patrimoniale risulta insufficiente e il c.d. *downside risk* grava totalmente sui creditori, che diventano così i *residual claimants*, senza tuttavia poter influire sulla gestione dell'insolvenza; i soci, invece, pur consapevoli di non poter in alcun modo beneficiare della ricchezza aziendale residua (destinata esclusivamente al ceto creditorio), continuano a mantenere i poteri e gli interessi propri, non per ultimo quello di poter affidare la gestione del patrimonio anche a soggetti quasi interamente privi di incentivi e di controlli, con conseguenti effetti di inefficienza e di costi di delega ⁽⁴⁾.

Nelle ipotesi di ristrutturazione, i soci non sono nemmeno tenuti a restare vincolati al patto sociale per consentire ai creditori sociali di conseguire l'obiettivo del loro migliore soddisfacimento, potendo deliberare lo scioglimento anticipato della società e precludendo in tal modo agli amministratori la possibilità di un piano in continuità, confermando, ciò, che un'impresa organizzata in forma societaria non può essere risanata nel solo ed esclusivo interesse dei creditori sociali (se non nei limiti di un esercizio provvisorio), ma deve coinvolgere necessariamente anche la proprietà ⁽⁵⁾.

La discrezionalità gestoria concessa agli amministratori e la limitazione del rischio possono tuttavia favorire atteggiamenti di *moral hazard*, incentivando condotte di gestione altamente rischiose ⁽⁶⁾ o comportamenti opportunistici, consistenti anche nel ricorso a procedure giudiziali al limite della frode ⁽⁷⁾, in quanto,

società è in condizioni di normale esercizio, i creditori non devono avere voce, ed è giusto che il controllo spetti solo ai *residual claimants*, cioè agli azionisti.

⁽⁴⁾ A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fall.* 3/2015, p. 256, evidenzia che, in realtà, i creditori non aspirano al controllo dell'impresa ma al soddisfacimento del loro credito e possono essere ben lieti di lasciare la mano ai proprietari dell'impresa, se la proposta di ristrutturazione del debito da questa avanzata possa risultare per loro conveniente. Ciò non esclude, tuttavia, che, nel corso della fase di ristrutturazione, il peso e le ragioni dei creditori debbano avere un ruolo determinante nelle scelte di gestione dell'impresa.

⁽⁵⁾ A. ROSSI, *cit.*, p. 258

⁽⁶⁾ F. DENOZZA, *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. Comm.*, 2015, p. 38 ss.

⁽⁷⁾ C. CASTELLI – G. MICUCCI – G. RODANO – G. ROMANO, *Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, BANCA D'ITALIA, Paper n. 316/2016, fanno notare nel timore che il nuovo strumento fosse utilizzato a fini opportunistici per dilazionare il pagamento dei debiti, con il DL 69/2013 è stata introdotta la possibilità per i tribunali di nominare un commissario per monitorare la condotta del debitore nella fase precedente alla presentazione del piano. Gli autori hanno ricercato un indicatore che mirasse a "identificare comportamenti opportunistici messi in atto da imprese già destinate all'uscita dal mercato, che utilizzano il concordato preventivo al solo scopo di dilazionare i pagamenti", concludendo che "l'analisi svolta sembra escludere una maggiore incidenza di comportamenti opportunistici a seguito del concordato in bianco", con la precisazione che "quanto al loro numero, poiché per effetto dell'introduzione del concordato preventivo in bianco il ricorso all'istituto concordatario si è allargato, è da ritenere che anche il numero di casi motivati da intenti opportunistici sia aumentato". – M. BELCREDI, *Le soluzioni concordate nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Centro Studi Confindustria*, 2016, p. 14, sostiene, però, che anche un concordato fallimentare, strutturato in maniera da risultare preferibile ad un concordato preventivo, possa generare comportamenti opportunistici del debitore nella fasi precedenti al fallimento e possa disincentivare l'apertura tempestiva della crisi.

per effetto della separazione patrimoniale, le conseguenze negative ricadono sul patrimonio sociale dell'ente, ma non su quello personale dei soci.

Si prefigura così l'esigenza di una tutela dei creditori, che non può essere di tipo meramente negoziale o contrattuale, essendo più opportunamente richiesta una condotta predeterminata dalla legge, con l'imposizione di specifici obblighi e conseguenti responsabilità in capo agli organi gestori e di controllo⁽⁸⁾.

In situazioni di crisi, l'azione gestoria della *governance* si traduce, quindi, in una funzione mediatrice tra l'inclinazione a realizzare gli interessi dei soci e quella di non pregiudicare il soddisfacimento degli interessi dei creditori, con la difficoltà di determinare fino a che punto le scelte gestorie siano ascrivibili a un rischio d'impresa liberamente perseguibile, ovvero costituiscano una violazione del parametro della diligenza.

Affiorano in conseguenza di ciò una serie di conflitti: (a) in *primis* il conflitto tra gli interessi dei soci e quelli dei creditori; (b) da cui deriva il conflitto tra gli interessi dei creditori e quello dei gestori; (c) ed infine tra gli interessi degli appartenenti alle varie categorie di creditori⁽⁹⁾.

Quali siano gli interessi che debbano essere preservati dagli organi della società debitrice e, dunque, quali siano i criteri che devono ispirare l'attività gestoria, è il vero tema dei doveri degli organi di amministrazione e di controllo nella fase di emersione della crisi aziendale⁽¹⁰⁾; in tale fattispecie, il problema è infatti quello di orientare tempestivamente la gestione in modo coerente al contesto, cercando cioè il risanamento o la soluzione in tempi ancora utili per evitare il dissesto definitivo.

La mancanza di norme di coordinamento tra la disciplina societaria e le regole concorsuali non rende tuttavia agevole l'individuazione dei possibili contenuti e dei limiti della gestione societaria, in modo da tener conto della necessaria tutela dei creditori e della conseguente compressione della posizione proprietaria dei soci⁽¹¹⁾.

Gli amministratori devono pertanto prendere posizione sul corretto comportamento da adottare, sia nel momento in cui la crisi si manifesta, sia nel periodo successivo, atteso che la crisi va a minare la continuità aziendale, rendendosi doveroso un attento e formalizzato processo decisionale (*duty of care*), antecedente al compimento dell'atto decisionale, al fine di garantire la miglior salvaguardia dell'integrità e del valore del patrimonio sociale⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, 2015, p. 17.

⁽⁹⁾ F. BRIZZI, *op. cit.*, p. 25.

⁽¹⁰⁾ P. MONTALENTI, *I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, 2014, p. 36, la definisce come una fase in cui, sia sul piano normativo sia sul piano della riflessione teorica, si segnala una sorta di cesura, di iato, di area opaca, frutto, presumibilmente, della tradizionale contrapposizione tra impresa in bonis, tesa all'espansione e al profitto, e impresa decotta rivolta inesorabilmente alla liquidazione.

⁽¹¹⁾ V. CALANDRA BUONAUURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in F. BARACHINI (a cura di), *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, 2014, p. 3.

⁽¹²⁾ R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Soc.*, 2009, p. 277 ss. – A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, p. 1104, fa notare che, in un contesto di insufficienza patrimoniale, anche nella c.d. fase di ristrutturazione aperta con il deposito di una domanda protettiva gli organi sociali e i giudici, chiamati nel concordato preventivo ad autorizzare atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, dovrebbero

È opinione prevalente che, in un contesto di crisi, l'arbitraggio debba imporsi con una prevalenza alla tutela dei creditori, essendo ciò derivabile dal principio di corretta gestione imprenditoriale (art. 2497 cod. civ.), dall'obbligo inerente la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (artt. 2394 e 2486 cod. civ.), nonché dal disposto dell'art. 217, co. 1, l. fall., che sanziona il compimento di atti che possono aggravare il dissesto dell'impresa.

Poiché la creditoria non è tuttavia una massa omogenea, essendo in realtà connotata da aspetti e propensioni soggettive, così che alcuni creditori sono strettamente interessati a limitare la falcidia mentre altri potrebbero preferire la continuità del rapporto anche a discapito di un minor pagamento del proprio credito, si rende necessario anche identificare il concetto di "interesse" dei creditori.

Nell'ipotesi in cui il valore del patrimonio aziendale possa essere salvaguardato dalla continuità aziendale, il miglior soddisfacimento per i creditori assumerà criteri relativi e non assoluti, cioè di miglior soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare, per cui il concetto di "miglior interesse" va identificato nel solo grado di soddisfacimento del credito, con possibilità di prevedere un plusvalore attribuibile anche ai soci, così da incentivare la persistenza del rapporto sociale e, soprattutto, da non impedire la continuità mediante l'adozione di una deliberazione di scioglimento anticipato⁽¹³⁾.

2. *La gestione dell'impresa all'insorgere della crisi.* – Per reagire alla crisi dell'impresa gli amministratori hanno il dovere di attivarsi per non incorrere in un'ulteriore responsabilità: quella di non aver saputo correttamente governare la crisi medesima⁽¹⁴⁾.

L'adempimento degli obblighi d'informazione e di trasparenza (artt. 2381, 2391-bis, 2497-ter, 2501-bis, cod. civ.), sia come paradigma dell'agire sia come strumento di tracciabilità dei comportamenti, congiuntamente al rispetto dell'obbligo generale di una condotta secondo canoni di diligenza professionale (art. 2392 cod. civ.) e con il dovere di agire nel rispetto dei principi di corretta amministrazione (artt. 2403 e 2497 cod. civ.), rappresentano, già di per se stesse, le condizioni affinché le scelte non si manifestino come decisioni opportunistiche⁽¹⁵⁾ in pregiudizio ai creditori.

La norma di riferimento è tuttavia quella contenuta nell'art. 182-sexies l. fall., la quale prevede che per il periodo anteriore alla presentazione della domanda di concordato preventivo si applica l'art. 2486 cod. civ.

In tale fase non sembrerebbe quindi consentito agli amministratori né un approccio *shareholder maximization*, né quello opposto della *creditor maximization*, così che l'agire gestorio deve invece essere ispirato alla conservazione del valore del patrimonio sociale (c.d. *firm maximization value*), mediando e componendo i conflitti

indirizzare la gestione dell'impresa (o anche soltanto del patrimonio) al fine del suo incremento, quanto meno sino alla tendenziale equiparazione dei valori dell'attivo alla dimensione del passivo.

⁽¹³⁾ A. ROSSI, *cit.*

⁽¹⁴⁾ M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 345.

⁽¹⁵⁾ P. MONTALENTI, *cit.*, p. 36.

tra tutti gli *stakeholders* e gestendo solo progetti aventi utilità attese positive per la società ⁽¹⁶⁾, in modo da non alterare ulteriormente, a danno dei creditori, l'equilibrio finanziario o il valore patrimoniale da questa posseduta.

Se da un lato il ritardato o mancato ricorso a una procedura giudiziale può quindi costituire una fonte di responsabilità secondo il modello della causalità "adeguata" (art. 1223 cod. civ.), perché oggettivamente dimostrabile che avrebbe potuto impedire un danno per la società ⁽¹⁷⁾, dall'altro lato, è pur vero che l'abuso degli strumenti deflattivi della crisi potrebbe aggravare ulteriormente il dissesto, in misura ben più consistente rispetto ad un puro e semplice ritardo nel richiedere il proprio fallimento ⁽¹⁸⁾.

Agli amministratori s'impone pertanto una gestione non facile, che deve comunque essere attuata e che va tarata su una diligente programmazione, con un prudente, professionale e informato giudizio sulla continuità aziendale, tuttavia senza più un margine insindacabile di discrezionalità, ma con il vero e proprio obbligo di intervenire con scelte finalizzate alla sola conservazione dell'integrità del patrimonio sociale ⁽¹⁹⁾.

Le scelte effettuate potranno infatti essere sindacate anche con riferimento allo strumento giuridico adottato, qualora risultasse provato che tale strumento non rispondeva ad un principio di corretta gestione societaria e imprenditoriale, perché irragionevole o privo dei requisiti di fattibilità richiesti dalla legge, cioè inadeguato al risanamento, portando la società in crisi a una insolvenza irreversibile ⁽²⁰⁾; tale dimostrata conseguenza rappresenterebbe, in effetti, una violazione dei doveri di gestione conservativa.

Assume pertanto un significato centrale l'esperienza sulle situazioni di crisi, con l'onesta presa di coscienza, da parte degli organi sociali, sull'esistenza o meno di un adeguato e affidabile sistema organizzativo, in grado cioè di elaborare piani industriali e documenti programmatici, anche strategici, che siano attendibili sugli sviluppi futuri dell'azienda, essendo tali documenti la principale fonte informativa sulla quale gli amministratori potranno formulare le loro scelte in esenzione da danno e da responsabilità.

Poiché i creditori fanno affidamento sulla garanzia patrimoniale rappresentata da

⁽¹⁶⁾ F. BRIZZI, *op. cit.*, p. 40.

⁽¹⁷⁾ D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27.9.2012. – Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, ha sancito il principio secondo il quale l'insorgere dell'insolvenza rende doveroso per gli amministratori richiedere il fallimento della società.

⁽¹⁸⁾ A. DI PASQUALE, *Consiglio di amministrazione: i doveri di comportamento verso soci e creditori*. In atti del convegno "Le novità in materia di concordato preventivo", I-5, organizzato dall'Università degli studi di Firenze, 22 gennaio – 6 febbraio 2014.

⁽¹⁹⁾ P. BASTIA – R. BROGI, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, 2016, p. 64, ribadiscono che non è discutibile se attendere o scegliere uno strumento di soluzione della crisi (concorsuale o meno): gli amministratori devono individuare uno strumento di soluzione della crisi, a meno che non decidano di procedere alla liquidazione.

⁽²⁰⁾ D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, 2006, evidenzia che non assume significato la distinzione fra insolvenza attuale e rischio (o pericolo) di insolvenza futura: l'azienda è già insolvente se il suo piano finanziario non regge, e in un arco temporale prevedibile diverrà incapace di reperire le risorse liquide di cui necessita per estinguere le passività di funzionamento.

tutti i beni presenti e futuri del debitore, qualsiasi sia la tipologia del piano, questo dovrà necessariamente possedere la caratteristica della conservazione del valore, come atto dovuto ed ispiratore delle scelte da operarsi.

L'assenza di un piano strategico, o la sua inattendibilità, renderanno invece l'organizzazione "inadeguata", determinando così un andamento della gestione del tipo "navigazione a vista", che non può soddisfare i requisiti di cui agli artt. 2381 e 2392 cod. civ. ⁽²¹⁾; in presenza di indici di crisi percepibili, gli amministratori dovranno quindi "informarsi" immediatamente, valutando l'adeguatezza delle informazioni ricevute, poiché, sotto il profilo dell'eventuale omessa attivazione, l'assenza informativa o una sua inerte valutazione del sistema organizzativo, così come comportamenti opportunistici, potranno certamente essere sindacati nel merito da parte del giudice e, come tali, generare una fonte di responsabilità a loro carico.

In realtà, già prima dell'insorgere della crisi cosciente e con riferimento alle lacune dell'organizzazione, gli amministratori, siano essi delegati o meno (così come i sindaci), non possono disinteressarsi, perché la situazione che conseguirebbe non può costituire per loro un alibi.

Dopo un approfondito processo, nell'ambito del quale dovesse emergere il venire meno della continuità aziendale, vi è la necessità di assumere comportamenti immediati e coerenti, allocati tra le scelte alternative della liquidazione *in bonis* o giudiziale, sia essa "disgregativa" o "aggregata" (cioè che valorizzi la cessione dell'azienda o di un suo ramo in funzione liquidativa a terzi); nel mezzo si troverà anche l'alternativa della ristrutturazione economica e finanziaria, attuabile anche con l'istituto del concordato preventivo.

Gli amministratori dovranno però procedere a chiedere il concordato se (e solo se), nella situazione data, questa è la scelta che può consentire la migliore conservazione del patrimonio sociale; potranno inoltre proporre un piano in continuità se (e solo se) questo risulti effettivamente più conveniente per il ceto creditorio.

Qualora la scelta operata sia nel senso della continuità, questa esautorava solo apparentemente i soci (che avrebbero invece un ruolo nell'ambito di una liquidazione volontaria, poiché decidono le modalità della liquidazione) atteso che la decisione di "accesso" ad ogni procedura concorsuale (conservativa, liquidativa od organizzativa) è assunta dagli amministratori, che devono fare i conti non solo con il capitale di debito, ma anche con le decisioni che vorrà assumere il capitale di rischio.

In termini di legalità, corre quindi per loro l'obbligo di una particolare "cautela gestionale", volta ad evitare speranze non realizzabili ed impedire l'aggravamento del dissesto, improntando la gestione a canoni di prudenza, così da cercare di ristrutturare la posizione debitoria senza aggravare le perdite, essendo ovvia la fonte di responsabilità nel procedere in operazioni "incaute" ⁽²²⁾.

La responsabilità per le potenziali "nuove" perdite è infatti derivabile non tanto (o

⁽²¹⁾ D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27.9.2012.

⁽²²⁾ App. Bologna 12.1.2004, in *Fall.* 37/2005, 37 ss., annovera tra le operazioni incaute anche l'accensione di nuove linee di credito.

non solo) dalla situazione patrimoniale in cui si trova la società, quanto, soprattutto, in connessione allo scostamento dei singoli atti gestori rispetto alla loro funzionalità da cui derivino le perdite medesime.

Gli amministratori devono perciò preoccuparsi di non navigare a vista, di non avventurarsi in operazioni rischiose, di adottare principalmente tutte le misure necessarie a contenere il più possibile le perdite, nonchè rispettare appieno i provvedimenti imposti dalla legge (*rules*); il tutto con l'ovvio fine di evitare la formazione di nuovo passivo e di non disperdere le risorse sociali, destinate non solo ai creditori, ma anche a tutti gli altri *stakeholders* che con l'impresa sono in contatto (dipendenti, banche, fornitori, dipendenti di questi ultimi, ecc.)⁽²³⁾.

Poiché la situazione di crisi/insolvenza impone anche un diverso arbitraggio nel trattamento degli interessi differenziati, qualsiasi decisione o atto compiuto in questa fase dovrà essere dimostrabile come obiettivo ed adeguato al contesto temporale, finalizzato cioè alla scelta che si intende intraprendere.

Infatti, ciò che prescrive il nostro ordinamento non è tanto l'obbligo o il dovere di esercitare l'impresa nell'interesse di altri, bensì quello di gestirla non a danno di altri; in altre parole, la gestione aziendale nel periodo è condizione di legittimità dell'esercizio o della continuazione dell'esercizio d'impresa per il tempo necessario a traghettare la soluzione di crisi.

L'utilizzo del tempo e delle risorse ancora a disposizione non può però essere indeterminato né, soprattutto, utilizzato per raggiungere obiettivi irrealizzabili in un generale concetto di "buon senso" e di concreta fattibilità della soluzione che si vuole intraprendere, in quanto i danni che si verrebbero a creare potrebbero essere di entità importante e direttamente imputabili ai soggetti coinvolti e a chi ne abbia tratto beneficio⁽²⁴⁾.

La scelta strategica per la soluzione alla crisi non è quindi affidata alla discrezionalità insindacabile degli amministratori, ma ad una loro discrezionalità tecnica, pur assistita dalla valutazione di qualificati professionisti, perché le diverse soluzioni operative non sono del tutto arbitrarie, ma restano sempre "scrutinabili" secondo i parametri di *correttezza*, fondati sulla *ragionevolezza* e *fattibilità* del piano

⁽²³⁾ Quando è in uno stato di crisi, l'azienda è principalmente un fatto sociale, coinvolgente una pluralità di interessi differenziati ma tutti fortemente dipendenti, per la propria soddisfazione, dalla capacità di sopravvivenza dell'impresa medesima; da valutarci, cioè, come qualcosa di più e di diverso dalle mere conseguenze in capo ai suoi soci e/o amministratori, implicando comportamenti ed iniziative coerenti all'interesse sociale e alla sopravvivenza dell'impresa nel tessuto sociale e territoriale, indipendentemente dal destino della società.

⁽²⁴⁾ In tal senso, in *Alcuni aspetti di interesse notarile nel concordato preventivo in bianco*, in *Dir. fall.*, I, 2013, 899, avevo già avuto modo di evidenziare il danno per solidarietà ex art. 2497, co. 2, cod. civ. in capo ai soci o ai creditori della holding per aver consapevolmente tratto beneficio a seguito della direzione pregiudizievole operata dalla capogruppo. Trattasi di responsabilità solidale in presenza di approfittamento consapevole quali soci di controllo privi di cariche gestorie o che non hanno impartito direttive; se fossero anche amministratori di diritto o di fatto, qualora dimostrata la responsabilità, risponderebbero in misura piena (L. GUGLIELMUCCI, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 44). Vi è anche responsabilità solidale piena anche nei confronti dei creditori della società apicale qualora, in mala fede, avessero indotto la società al proprio soddisfacimento a scapito della società eterogestita in crisi; è il caso, ad esempio, di garanzie rilasciate a terzi (ad esempio istituti di credito) dalla società eterodiretta, ovvero pagamenti diretti a favore di altra società del gruppo da parte della società soggetta a direzione e coordinamento su direttive della capogruppo, con successiva impossibilità di rientro del pagamento o, ancora per atti pregiudizievoli legati ad operazioni di cash pooling e di assistenza finanziaria.

e sulla *attuabilità* dell'accordo con i creditori; il tutto presidiato dalla regola secondo la quale l'operato dei *directors* deve essere intrapreso nel miglior interesse della società e, quindi, dei suoi creditori.

3. *La gestione dell'impresa dalla domanda all'ammissione.* – Aspetto delicato è la tutela del ceto creditorio nella fase successiva al deposito del ricorso, sia esso prenotativo che ordinario ⁽²⁵⁾, nella quale cessano i limiti gestori dell'art. 2486 cod. civ. e, in forza del c.d. spossamento attenuato, il debitore conserva la sola gestione ordinaria dell'impresa, con possibilità, previa autorizzazione del tribunale, di compiere anche gli atti di straordinaria amministrazione, purché non conseguano un danno alla massa dei creditori e siano giustificati come urgenti ⁽²⁶⁾.

Trattasi di una gestione che viene definita “sostitutiva”, nella quale gli amministratori si trovano nella condizione di “attesa di istruzioni”, non potendo però disinteressarsi della gestione, che dovrà obbligatoriamente essere di natura non innovativa ⁽²⁷⁾.

In questa fase possono ritenersi autorizzabili solo gli atti indefettibili e non differibili alla fase successiva all'ammissione, se non a scapito delle esigenze di conservazione che sottostanno al compimento degli atti medesimi, anche se oggetto di preventive speciali relazioni attestative ⁽²⁸⁾.

Allo stesso tempo, la gestione non può essere paralizzata dalla necessità di continue richieste di autorizzazione giudiziale per il compimento di atti strettamente connessi all'esercizio dell'impresa, per cui le attività gestionali, funzionali alla realizzazione del piano concordatario, possono in genere essere considerati atti di ordinaria amministrazione, essendo irrilevante il valore assoluto della singola operazione, con la necessità di rifarsi alla teleologia dell'atto alla realizzazione dell'interesse della massa dei creditori ⁽²⁹⁾.

L'argomento è comunque di estrema delicatezza, in quanto non solo la prededucibilità ex art. 111, prevista dall'art. 161, co. 7, l. fall. è riferibile unicamente agli atti “legalmente” compiuti, ma anche (e soprattutto) perché gli atti non

⁽²⁵⁾ F. DIMUNDO, in *Codice Commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, 2003, 1906, fa notare come la genericità della previsione, che si riferisce al “deposito” del ricorso senza alcuna specificazione, ha portata generale, nel senso che essa trova applicazione non solo quando sia presentata una domanda di concordato – per così dire – “ordinario”, cioè corredata *ab initio* da tutti i documenti previsti dall'art. 161, ma anche in caso di presentazione di una domanda di concordato anticipato ai sensi del sesto comma.

⁽²⁶⁾ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *Il Fallimentarista*, sottolinea come l'urgenza che caratterizza l'atto giustifica *ex se* la non necessità della previa redazione di una relazione attestativa. – La ratio della norma è evidente, poiché i risultati dell'attività vengono scaricati esclusivamente sui creditori sociali: se la società guadagna, l'incremento patrimoniale servirà a ridurre la perdita e, dunque, ad incrementare le aspettative di soddisfacimento dei creditori; se la gestione è in perdita, dette aspettative saranno viepiù ridotte in diretta proporzione con la perdita.

⁽²⁷⁾ A. ROSSI, *cit.*, p. 265, richiama, sul concetto di gestione sostitutiva, G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, 1969, p. 23 ss.

⁽²⁸⁾ Il riferimento è quindi all'art. 161, co. 7, l. fall. (autorizzazione a compiere atti urgenti di amministrazione straordinaria), all'art. 169-bis l. fall. (disciplina dei contratti in corso di esecuzione), all'art. 182-quinquies l. fall. (finanziamenti cd. interinali) e all'art. 186-bis (concordati con continuità aziendale).

⁽²⁹⁾ Così Trib. Rovigo 24.11.2015, in *www.ilcaso.it*.

autorizzati non sono opponibili alla massa, inefficaci nel successivo fallimento, con impossibilità, per i crediti da essi dipendenti, ad essere ammessi al passivo ⁽³⁰⁾; l'accertata violazione potrebbe inoltre costituire l'inammissibilità della domanda, con la conseguente sanzione prevista dall'art. 173 l. fall. ⁽³¹⁾.

Essendo difficile ed incerta la loro demarcazione, in questa fase occorre pertanto porre attenzione al fatto che non vengano compiuti atti, qualificabili di natura straordinaria, senza la necessaria autorizzazione.

Dopo il deposito della domanda, le operazioni considerate ordinarie in una normale fase di gestione potrebbero infatti essere riqualficate di natura straordinaria, in ragione del fatto che le diverse forme con le quali si estrinseca l'attività d'impresa e la finalità risanatoria influiscono sulla loro natura ⁽³²⁾.

Esclusa qualsiasi automaticità d'individuazione, risulta quindi opportuno il ricorso ai principi elaborati dalla recente giurisprudenza di legittimità ⁽³³⁾, in base ai quali debbono ritenersi atti di gestione ordinaria quelli pertinenti (anche se di costo elevato) che abbiano il solo scopo di conservare e/o risanare l'impresa, strettamente aderenti e funzionalmente adeguati alle necessità risanatorie dell'impresa in relazione alle dimensioni del patrimonio, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Al pari degli atti compiuti in violazione dell'autorizzazione ex art. 167 l. fall. - Così Cass. 9262/2002 in *Fall.* 2003, p. 259.

⁽³¹⁾ App. Venezia 29.5.2014 ha ritenuto che il tribunale, una volta informato del compimento di un atto di straordinaria amministrazione non autorizzato, può disporre la convocazione del debitore ed adottare un decreto di arresto del procedimento di concordato, similmente a ciò che è previsto dall'art. 173 l. fall. per il caso di revoca del decreto di ammissione al concordato: infatti, come il compimento di un atto di straordinaria amministrazione privo di autorizzazione ex art. 167 l. fall. conduce alla revoca del concordato, così il compimento di un atto di straordinaria amministrazione privo di autorizzazione ex art. 161, co. 6, l. fall. conduce alla dichiarazione di improcedibilità del concordato.

⁽³²⁾ Precedentemente alla novella apportata dal D.L. 83/2015, Trib. Modena 15.11.2012, ha ritenuto che la stipula di atti di cessione di immobili, qualora costituisca l'attività caratteristica dell'impresa, potrebbe non integrare la fattispecie degli atti di straordinaria amministrazione, con la conseguenza che la richiesta di autorizzazione al loro compimento dovrà essere dichiarata inammissibile da parte del tribunale. - Trib. Pinerolo 9.1.2013 ha ritenuto che il contratto di comodato di un immobile, così come la ripresa dell'attività produttiva di una società in liquidazione, non solo allo scopo di evadere gli ordini già acquisiti ma anche per soddisfare le esigenze dello spaccio aziendale, debba essere qualificato come atto di straordinaria amministrazione, al pari dell'assunzione a tempo determinato di personale dipendente al fine di garantire il funzionamento dello spaccio aziendale.

⁽³³⁾ *Ex multis* Cass. 21924/2011 in *Fall.* 2012, 298 - Cass. 21925/2011 e 21926/2011, in *Fall.* 2011, p. 1395.

⁽³⁴⁾ Trib. Padova 21.2.2014, ha affermato che "nel corso di una procedura concordataria, devono essere considerati come atti di straordinaria amministrazione, e quindi soggetti ad autorizzazione del tribunale ex art. 161, comma 7, l. fall., quelli potenzialmente idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, all'esito di una valutazione in concreto, da compiersi caso per caso. - Trib. Padova 8.1.2015 ha ritenuto che lo svolgimento di attività liquidatoria prima che la proposta di concordato sia approvata dai creditori non possa prescindere dal requisito dell'urgenza e dall'esperimento di una procedura competitiva, in assenza della quale non può configurarsi la migliore tutela dell'interesse dei creditori. - Trib. Terni 12.10.2012, richiamando Cass. Sez. I, 20291/2005, ha specificato come il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende "dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determina la riduzione ovvero lo grava di veicoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi". - Trib. Pinerolo 9.1.2013 richiama Cass. 7546/2003, secondo cui vanno considerati di ordinaria amministrazione gli atti che siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio, che abbiano

All'atto pratico, in tutti quei casi in cui la funzionalità dell'atto sia dubbia, si assisterà alla necessità di procedere con richieste in via cautelativa, in modo da acquisire conferme sul potere di operare liberamente, anche se ciò mal si concilia con le esigenze gestionali e con i tempi decisionali del tribunale, poiché quest'ultimo non sempre possiede gli strumenti necessari (né le informazioni utili) per poter decidere in tempi brevi su specifiche richieste avanzate dal debitore ricorrente.

La giurisprudenza di merito e le prassi di ogni singolo tribunale risultano inoltre utili a definire il perimetro, nel cui ambito un ruolo particolare è rivestito dai rapporti con gli istituti di credito ⁽³⁵⁾.

La stipula di un contratto di affitto d'azienda e la dismissione urgente di beni, pur compatibili con la fase transitoria del concordato ⁽³⁶⁾ e pur funzionali al miglior soddisfacimento di creditori, rappresentano sicuramente atti di straordinaria amministrazione, di non scontata autorizzazione ⁽³⁷⁾, soprattutto per l'obbligatorietà

di per sé un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto (e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo), e che comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto, ritenendosi di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte e tre queste caratteristiche.

⁽³⁵⁾ Trib. Milano 11.12.2012 e Trib. Terni 12.11.2012 annoverano quali atti di ordinaria amministrazione tanto i rapporti bancari di carattere operativo, quanto quelli di carattere finanziario, i quali costituiscono atti di ordinaria amministrazione se mantengono la pregressa funzione di conservare l'attività d'impresa senza incidere innovativamente sul patrimonio del debitore. – Per Trib. Milano 30.5.2013, Trib. Milano 6.12.2012, Trib. Milano 24.4.2013, qualora l'operatività delle linee di credito non incida sui mezzi propri dell'impresa, allora l'atto dovrà considerarsi di ordinaria amministrazione e non sarà necessaria alcuna autorizzazione giudiziale. Nuove linee di credito concesse all'imprenditore in concordato rappresentano invece atto di straordinaria amministrazione, trattandosi di nuovi finanziamenti erogati dopo il deposito della domanda e, come tali, oggetto di necessaria autorizzazione da parte del Tribunale sulla base di una attestazione di una sua funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori ex art. 182-quinquies, co. 1, l. fall.

⁽³⁶⁾ Trib. Bolzano 27.2.2013 ha ritenuto l'atto di affitto d'azienda autorizzabile ancorché l'impresa non abbia ancora optato per il concordato in continuità (per il quale sono tra l'altro richiesti adempimenti specifici), purché venga valutata la convenienza economica. – Trib. Torino 2.5.2013 ha autorizzato l'affitto di azienda con impegno irrevocabile all'acquisto da parte dell'affittuario in una situazione di urgenza derivante dalla necessità di procedere alla cessione di beni la cui obsolescenza derivante dal restyling della casa detentrica del marchio avrebbe comportato una perdita di valore. – Trib. Crotone 17.7.2014 ha ritenuto che l'affitto di azienda non rientra nella comune gestione dell'impresa e può, quindi, senza dubbio definirsi come atto di straordinaria amministrazione che, in quanto tale, deve essere autorizzato dal tribunale ai sensi dell'art. 161, co. 7, l. fall.

⁽³⁷⁾ Trib. Milano 22.11.2012 non ha autorizzato una proposta di affitto di azienda, accompagnata in modo inscindibile da una cessione pro soluto dei crediti e dalla stipula di un preliminare di vendita dell'azienda, in quanto si tratterebbe “di atti di dismissione del patrimonio che andrebbero ad incidere sul futuro assetto dell'impresa in mancanza di una valutazione attendibile del valore dell'azienda oggetto della programmata cessione ed in una fase in cui non vi è ancora un piano cui ancorare e rapportare un giudizio di utilità degli stessi, sia in quanto atti liquidatori, tipici della fase esecutiva del concordato, in relazione ai quali non è neppure ipotizzabile il requisito dell'urgenza, e che comunque non possono porsi in essere, e nemmeno essere autorizzati, in una fase, come quella che nasce con il deposito di una domanda di concordato in bianco, in cui la mancanza di proposta e piano non consentono per definizione, come si è rilevato testé, di valutare sia l'utilità che la fattibilità delle dismissioni e delle operazioni di liquidazione in oggetto”. – Trib. Benevento 21.11.2012 ha invece autorizzato l'affitto dell'azienda della società concordataria al futuro assuntore, in quanto atto urgente di straordinaria amministrazione per il quale il Tribunale può comunque avvalersi del parere tecnico di un ausiliario nominato ex art. 68 c.p.c. – Trib. Torino 13.1.2014 ha negato l'autorizzazione per assenza di elementi di conoscenza, anche alla durata dell'affitto stesso, durata che potrebbe porsi in contrasto con il piano e la proposta depositati alla scadenza del termine concesso qualora l'affitto fosse ancora in corso, ritenendo che “non è ipotizzabile un'autorizzazione che ecceda, e di gran lunga, i termini di proroga concessi per il deposito del piano lasciando permanere un contratto in corso che potrebbe rivelarsi incompatibile con il futuro piano (in caso di concordato in continuità mancherebbe il connesso obbligo d'acquisto e, in caso di concordato liquidatorio

della procedura competitiva prevista dal novellato art. 163-bis l. fall. ⁽³⁸⁾.

Dubbia può anche essere la natura del conferimento d'incarico professionale, anche se finalizzato all'assistenza dell'imprenditore in crisi, potendo, in assenza di utilità per la massa e in relazione alle condizioni economiche, qualificarsi come non funzionale, cioè come atto potenzialmente lesivo dell'integrità patrimoniale ⁽³⁹⁾.

Particolare cautela va inoltre adottata nelle decisioni o deliberazioni assunte dalle società partecipate dalla società in crisi, ovvero negli atti compiuti all'interno del gruppo; la legittimità del legale rappresentante della società concordataria a deliberare nelle assemblee delle partecipate potrebbe assumere, in alcuni casi, connotati funzionalmente disallineati alle necessità conservative dell'impresa in crisi, comportando ciò la riqualificazione di straordinarietà ⁽⁴⁰⁾.

l'affitto potrebbe rivelarsi incompatibile con i tempi della liquidazione), mentre a differenti conclusioni si sarebbe potuti pervenire ove fosse stato proposto un affitto "ponte" contenuto nei termini per il deposito del piano".

⁽³⁸⁾ La previsione dell'art. 163-bis, co. 6, l. fall. estende l'applicazione delle procedure competitive, con il limite della compatibilità, sia agli atti da autorizzare in sede concordato c.d. con riserva (cespiti particolarmente significativi per il quale è stata ricevuta un'offerta ritenuta congrua dal proponente), sia alle ipotesi di affitto d'azienda o di ramo d'azienda, in relazione alle quali la prassi conosce un'ampia casistica di piani con la formulazione di offerte a prezzo predeterminato.

⁽³⁹⁾ Cass. 10 gennaio 2017, n. 280, ha sancito il principio che per definire l'attività professionale eccedente l'ordinaria amministrazione non basta né il costo assolto, né la datazione temporale del pagamento (anche a concordato pendente), dovendosi ritenere di natura straordinaria le spese e gli impegni propri di un'attività non corrente dell'impresa, né intrinsecamente coerente con un complessivo allestimento degli atti necessari all'instaurazione o all'ordinaria evoluzione della procedura concorsuale, cioè superflua o eccedentaria in termini di causalità di assunzione sotto il profilo debitorio, ovvero di intento fraudatorio. – Cass. 5098/2014 e Cass. 7579/2016 richiamano l'elemento oggettivo che ben può precisarsi in una nozione di funzionalità o strumentalità rispetto alla procedura concorsuale. – Per Cass. 8 aprile 2013, n. 8534; Cass. 7 marzo 2013, n. 5705; Cass. 5 marzo 2012, n. 3402, la funzionalità ai fini della prededucibilità si verifica quando vi sia stata utilità per la massa dei creditori, così da ritenere che tale spesa risponda agli scopi della procedura medesima – Cass. 4 settembre 2009, n. 19235, in *Fall.*, 2010, p. 576, ha ritenuto di ordinaria amministrazione il conferimento di incarico professionale se non continuativo e non particolarmente complesso. – Cass. 25589/2015 sottolinea che la prededucibilità dei crediti va individuata sulla base di un duplice criterio, cronologico e teleologico [...]. Il carattere alternativo dei predetti criteri non consente, peraltro, l'estensione della prededucibilità a qualsiasi obbligazione caratterizzata da un pur sia labile collegamento con la procedura concorsuale, dovendosi in ogni caso accertare il vantaggio arrecato alla massa dei creditori, con apprezzamento che, risolvendosi in un'indagine di fatto, è riservato al giudice di merito. – Trib. Modena 3.4.2009, in *Fall.*, 2010, p. 225, ha ritenuto che il mandato di assistenza ad un legale da parte dell'impresa in concordato preventivo costituisce atto di straordinaria amministrazione che, in difetto di autorizzazione, va dichiarato inefficace nel successivo fallimento. – G. LO CASCIO, *Comm.*, p. 371, fa notare come sia dibattuta la natura ordinaria o straordinaria del pagamento del compenso del professionista che abbia assistito l'imprenditore e che Cass. 21 novembre 2011, n. 21924, sembra individuarla nella natura di atto potenzialmente lesivo dell'integrità patrimoniale e nella necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, con dottrina che si è espressa in modo non univoco. – Trib. Ascoli Piceno 11.7.2002 e Trib. Roma 30.1.1995 hanno in precedenza ritenuto che taluni incarichi professionali conferiti dall'imprenditore possano essere considerati atti di straordinaria amministrazione. – Trib. Milano 11.12.2012, ha ritenuto che gli atti di gestione dei rapporti pendenti al momento della presentazione della domanda di preconcordato sono da considerarsi di ordinaria amministrazione qualora abbiano lo scopo di conservare l'attività di impresa e non incidano sul patrimonio della stessa, mentre è atto di straordinaria amministrazione che può essere autorizzato ai sensi dell'articolo 161, co. 7, se urgente, quello che è astrattamente idoneo ad incidere sul patrimonio del debitore.

⁽⁴⁰⁾ Si pensi, ad esempio, a delibere assunte che comportino la messa in liquidazione della partecipata con la nomina dei liquidatori e con il conferimento di particolari poteri al liquidatore; delibere di fusione o di scissione, pur in precedenza programmate, ma assunte dopo il deposito del ricorso; delibere di emissione di prestiti obbligazionari eventualmente sottoscritti dalla società in crisi, ecc.; costituzione di garanzie a favore della controllata e, in genere, tutti gli atti in potenziale contrasto con le finalità conservative dell'azienda in crisi in riferimento al valore della partecipata e dei riflessi economici. – Trib. Lecco 28.6.1988, in *Dir. fall.* 88, II, 970,

Qualora pendano istanze fallimentari, la successiva eventuale inammissibilità del concordato può comportare l'immediato fallimento della società, con effetti teoricamente retrodatati alla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; tuttavia, per l'assenza di una regolamentata gestione della crisi di gruppo e per l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle singole società del gruppo⁽⁴¹⁾, si potrebbe verificare la stabilità di alcuni atti, che potrebbero così incidere sul soddisfacimento dei creditori dell'impresa in crisi.

Va inoltre segnalato che, sebbene l'art. 186-bis, co. 2, lett. a) imponga l'obbligo agli amministratori di indicare analiticamente i costi e i ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, mentre la successiva lett. b) imponga l'obbligo al professionista incaricato di attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, alcune operazioni possono non manifestare un impatto immediato sul conto economico dell'impresa in crisi, potendo avere manifestazione (patrimoniale o economica) solo in futuro; la relativa analisi deve pertanto essere effettuata, sia dagli amministratori che dal professionista, con una visione prospettica sulla potenzialità degli effetti⁽⁴²⁾.

4. Sui generali doveri degli amministratori, tra prevenzione, coerenza e corretta gestione in buona fede. – Il concordato preventivo è definito come una procedura concorsuale deliberativa⁽⁴³⁾ nell'ambito di un ben disegnato iter procedimentale.

Nella diatriba se il concordato sia un contratto tra il debitore e la massa dei creditori (c.d. teoria contrattualistica, o privatistica) o se sia un procedimento diretto a consentire la sistemazione dell'esposizione debitoria mediante il controllo esercitato dall'autorità giurisdizionale (teoria processualistica, o pubblicistica), sembrerebbe oggi digerito l'orientamento verso la prima delle due tesi, anche per l'esplicito richiamo che la normativa dell'istituto opera ai principi civilistici in

non ha ritenuto necessaria l'autorizzazione per la deliberazione assembleare nella quale veniva deciso lo scioglimento della società.

⁽⁴¹⁾ Sebbene taluni tribunali ritengono ammissibile la gestione integralmente unitaria del concordato c.d. di gruppo (Trib. Terni 30.12.2010 - Trib. Roma 23.12.1997), anche alla luce della vigente disciplina post riforma, la dottrina nettamente maggioritaria (Lo Cascio, Tedeschi, Lenoci), vista l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle singole imprese del gruppo, tende tuttavia a escludere l'ammissibilità di una procedura unitaria. – Sulla scia di datati orientamenti di legittimità, alcune recenti sentenze di merito (Trib. Roma 7.3.2011) ritengono ammissibile, a determinate condizioni, un unico ricorso da parte delle società del gruppo, ma le masse attive e passive debbono comunque essere separate per ciascuna società, al pari delle votazioni, anche se unico è il piano proposto ed unica l'offerta di acquisto (Cass.12114/1992; Cass. 8656/1992).

⁽⁴²⁾ In questo senso va segnalata la recente sentenza Trib. Lecco 13.12.2013, secondo la quale la protrazione dell'attività in un concordato in bianco, pur se rientrante nell'oggetto sociale dell'impresa e corrispondente alla normale gestione aziendale, debba definirsi "straordinaria amministrazione" qualora provochi ingenti e protratte perdite, pur se finalizzate a futuri maggiori ricavi, in quanto incide sul patrimonio sociale. La sentenza è da molti criticata, perché probabilmente dettata da situazioni contingenti e perché presuppone un concetto di interesse dei creditori da intendersi in modo assoluto, mentre risulterebbe preferibile valutare l'interesse dei creditori rispetto all'alternativa fallimentare, così che anche l'azienda che matura perdite, ma è ancora viva, potrebbe rappresentare nell'ambito del piano un valore che potrà dare un miglior soddisfacimento al ceto creditorio.

⁽⁴³⁾ F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, 2011, 221.

materia di obbligazioni da contratto ⁽⁴⁴⁾.

Se il concordato preventivo viene quindi principalmente concepito come un contratto tra il debitore e la massa dei creditori, a formazione progressiva e in parte giurisdizionalizzata, allora i principi di diritto privato troveranno maggiore enfasi, così che, oltre alle norme contenute nella legge fallimentare, si assiste sempre più spesso alla necessità di interpretare le problematiche collegate all'istituto con i principi generali dell'ordinamento.

In tal senso, oltre al caposaldo di cui all'art. 2740 (sulla responsabilità patrimoniale), dell'art. 1455 (sul concetto di grave inadempimento per la risolubilità) e dell'art. 2486 sulla gestione conservativa, sembra ultimamente prendere sostanza anche il disposto dell'art. 1337 cod. civ. ⁽⁴⁵⁾, come fattispecie riconducibile alla violazione della buona fede *in contrahendo*, poiché è indubbio l'obbligo del debitore di doversi comportare secondo il principio, ampio ed articolato, della c.d. "buona fede oggettiva" ⁽⁴⁶⁾.

Come si è visto, l'accesso alla procedura di concordato preventivo è, per gli amministratori, una scelta e, come tutte le scelte, non solo deve essere giustificata a pena di responsabilità, ma vincola anche il comportamento successivo a una coerenza con la finalità dell'istituto.

Nel contesto delineato, poiché gli amministratori sono gli unici attori della trattativa, devono allora fare riferimento al precetto generale dell'ordinamento, che deriva dal principio di solidarietà previsto dalla costituzione, comportandosi secondo buona fede e correttezza. Ciò reca con sé anche l'importante corollario dell'*exceptio doli*, quale strumento di tutela avverso condotte anche solo sleali e non per forza fraudolente, rappresentando questo un rimedio avente natura oggettiva ⁽⁴⁷⁾.

Se l'accesso alla procedura altro non è che una prima fase di quell'unico complesso procedimento che porta alla negoziazione con i creditori, è allora evidente

⁽⁴⁴⁾ App. Firenze 14.6.2012, conferma che l'accordo tra il debitore ed i suoi creditori ha ad oggetto esclusivamente la proposta e non il piano, la fattibilità del quale non potrà dal tribunale essere valutata in sede di omologazione del concordato, ma esclusivamente nell'eventuale giudizio di risoluzione.

⁽⁴⁵⁾ G. PRESTI, *Società in crisi: una terza via fra gestione lucrativa e gestione conservativa?* In atti del convegno "Le novità in materia di concordato preventivo", I-5, organizzato dall'Università degli studi di Firenze, 22 gennaio - 6 febbraio 2014.

⁽⁴⁶⁾ Cass. 20106/2009, in *I Contratti*, I, 2010, p. 5, ha sancito che "il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche. La sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato". Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi. Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi". - Sul punto cfr. anche Cass. ss.uu. 15 novembre 2007, n. 23726; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. 6 giugno 2008, n. 21250; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264. - In dottrina, G. D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 335 ss., si interroga sull'opportunità di trattare la buona fede ex art. 1337 cod. civ. come una clausola generale.

⁽⁴⁷⁾ G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1380, e G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, 2001, 156, per il quale l'*exceptio doli* può essere opposta pure in base a sole circostanze oggettive, dalle quali risulta che nel concreto l'esercizio del diritto dà luogo a situazioni contrastanti con l'equità, a prescindere da qualsiasi elemento soggettivo.

che lo stesso non possa che rappresentare quella (anche lunga) fase preliminare finalizzata alla conclusione del contratto concordatario, implicando, fin dall'inizio, un comportamento in buona fede oggettiva nei confronti dei creditori.

In termini di coerenza, si potrebbe ribadire che alla vigilia della procedura, ma anche nel periodo immediatamente successivo, manca di fatto un piano, in quanto lo stesso è in fase di predisposizione; anche in questo caso, però, la coerenza deve essere valutata nell'ottica del divenire degli eventi aziendali, collegati in relazione al percorso intrapreso, dovendo essere ad esso adeguato, poichè che non può mancare quella pur minima idea di massima di come si svilupperà l'accordo negoziale con i creditori.

L'errore, in questo senso censurabile, non sarebbe tanto quello di un'attività senza esiti efficaci, quanto quello rappresentato dal persistere in un procedere, senza rotta, con strumenti informativi e organizzativi inappropriati; senza cioè quegli strumenti fondamentali e necessari per una compiuta scelta, rappresentando ciò un errore di diversa natura, forse ancor più grave, collegato ad un procedere irresponsabile, come tale sanzionabile.

Anche in assenza di un compiuto e dettagliato piano di soluzione della crisi, gli amministratori possono trovare degli orientamenti al loro comportamento: (a) essere adempienti agli obblighi informativi previsti dall'art. 161, co. 8, l. fall. e alle richieste del commissario giudiziale, evitando comportamenti sanzionabili e censurabili ex art. 173 l. fall.; (b) agire in conformità al principio ispiratore del tribunale per il rilascio delle autorizzazioni, cioè al principio di "funzionalità" al miglior trattamento dei creditori in rapporto alle alternative concretamente praticabili (liquidazione fallimentare).

Ciò dovrebbe apprezzare il recupero della dimensione oggettiva della regola di buona fede, così che, operativamente, vi sarà sia il superamento della necessità di un'indagine sullo stato soggettivo dell'attore⁽⁴⁸⁾, sia l'apertura all'elaborazione dell'onere della prova, poichè, una volta dimostrato che la regola di condotta secondo correttezza è stata rispettata, l'onere incombente a chi avrebbe dovuto osservarla risulta decisamente agevolata⁽⁴⁹⁾.

Le trattative portate avanti dal debitore concordatario, in modo libero e unilaterale, verranno formalizzate solo nella proposta e nel piano che verrà depositato nei termini concessi dal tribunale; per quanto la stesura della proposta e del piano siano in stato avanzato al momento del compimento degli atti, la loro esistenza non potrà comunque vincolare il debitore a concludere il contratto (fatto questo che si avrà solo con l'omologazione), né potrà vincolarlo al proseguimento delle trattative, nemmeno dopo il voto (essendo la proposta sempre ritirabile fino all'omologa), ma, non per questo, potrà esimersi dall'essere ispirata ai precetti del diritto precontrattuale.

⁽⁴⁸⁾ Già Cass. 9157/95, Cass. 2623/90 e Cass. 3922/89 si erano attestate sull'idea che, allorché si tratti di valutare la violazione della buona fede in tema di responsabilità precontrattuale, non sia necessario il riscontro di un particolare comportamento di malafede, caratterizzato dall'intenzione di arrecare ad altri pregiudizio.

⁽⁴⁹⁾ T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2008, p. 230.

Nel dinamismo dell'istituto del concordato preventivo, il creditore è un contraente passivo, nel senso che è obbligato alla conclusione del concordato se la maggioranza (e il tribunale) ha così disposto, né può sottrarsi al vincolo di proseguimento del procedimento.

Non vi è dubbio, così impostata la situazione, che l'accesso alla procedura dia l'avvio a un'importante e pubblica stimolazione dell'accordo⁽⁵⁰⁾, per cui la regola sancita in questo caso è ricollegabile all'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nello svolgimento della trattativa medesima, quale clausola generale idonea a ricomprendere una pluralità indefinita di comportamenti diversi e non tipicizzabili, in quanto le parti (principalmente quella debitoria) devono essere reciprocamente leali e sincere e devono nutrire un reale interesse al raggiungimento dell'accordo, così che i termini della trattativa risultino trasparenti e non siano viziati da slealtà precontrattuali.

Se da un lato la parte creditrice è, per così dire, sterilizzata dagli effetti dell'art. 168 l. fall., rimanendo quindi inerte e in attesa della proposta della parte debitrice concordataria, dall'altro quest'ultima mantiene più stringenti obblighi di lealtà e correttezza del suo comportamento, il cui venir meno (come ad esempio quando si vuole solo prendere tempo o ritardare il fallimento, favorendo alcuni interessi non immediatamente evincibili, oppure tacendo o mascherando alcune criticità della futura proposta senza una reale intenzione di pervenire ad un accordo) comporterà la responsabilità della stessa parte debitrice per violazione dell'art. 1337 cod. civ.⁽⁵¹⁾.

È evidente che gli atti compiuti dagli amministratori durante la procedura risultano vincolare, sia in caso di omologa che in caso di arresto della procedura, i creditori (siano essi consenzienti od oppositori rispetto alla proposta), per cui, seppur passivi, secondo la giurisprudenza di legittimità gli stessi assumerebbero, già in questa fase, la qualifica di parte nel processo negoziale di concordato⁽⁵²⁾, in quanto chiamati ad esprimersi in un secondo momento ma partecipando in concreto alle trattative attraverso l'esercizio del voto a loro riservato⁽⁵³⁾, essendo così destinati a divenire parte.

Senza entrare nel merito sulla natura di tale responsabilità (contrattuale, extracontrattuale o di *tertium genus*), si segnala solo che se trovasse valorizzazione anche nell'ambito del concordato preventivo il disposto dell'art. 1337 cod. civ., incorrerebbero nella stessa forma di responsabilità anche coloro i quali non diano notizia di una conosciuta o conoscibile causa di invalidità del contratto, oppure facciano concludere all'altra parte un contratto sgradito in conseguenza della sua

⁽⁵⁰⁾ In tal senso Trib. Firenze 15 aprile 1992, secondo il quale il dovere di lealtà e correttezza nelle trattative impone comportamenti tali da evitare l'ingiusto danneggiamento degli interessi della controparte; tra tali doveri deve comprendersi quello di informazione e di manifestazione ragionevolmente sollecita dei giudizi e delle deliberazioni di volontà, specie quando queste abbiano ricevuto congrua stimolazione dalla controparte.

⁽⁵¹⁾ Nello stesso senso anche il Principio Unidroit n. 2:301

⁽⁵²⁾ Cass. 3642/74. – Di particolare rilievo sono i principi affermati da Cass. 20106/2009, che ha ribadito non solo il ruolo della buona fede come vero e proprio obbligo imposto alle parti di porre in essere un comportamento atto a "bilanciare i contrapposti interessi", ma ha anche evidenziato il ruolo del giudice ed il suo potere di modificare ed integrare il contratto proprio al fine di garantire "l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto".

⁽⁵³⁾ Cass. 6386/83.

scorrettezza.

Per la dinamica della proposta concordataria, le cui condizioni rimangono chiuse nella sfera personale del debitore concordatario fino alla sua presentazione in sede di ammissione, assume così particolare significato anche l'art. 1338 cod. civ., poiché non sarebbe possibile invocare in negativo ⁽⁵⁴⁾ che i creditori dell'impresa in crisi, ingannati o fuorviati dal debitore concordatario, avrebbero potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e quindi della causa di invalidità del contratto, in quanto, nella dinamica della procedura, l'ignoranza non è loro attribuibile, non essendo nei loro poteri conoscere quanto diventerà pubblico solo in seguito.

5. *La gestione dell'impresa durante la fase endoprocedimentale e fino all'omologa.* – Il potere gestionale del debitore nella fase endoprocedimentale è regolato dall'art. 167 l. fall., così che l'amministrazione dell'impresa rimane subordinata alla vigilanza del commissario giudiziale, con necessaria autorizzazione del giudice delegato per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

La gestione è pertanto analoga a quella della fase precedente l'ammissione, con la differenza che le scelte autorizzative saranno facilitate dalla presenza di un preciso piano e da una puntuale proposta formulata ai creditori; anche in questa fase, ogni atto deve comunque essere funzionale all'esecuzione del concordato.

Va tuttavia chiarito il momento finale in cui cessa lo spossessamento attenuato, cioè il regime di limitazione dei poteri dispositivi del debitore con il passaggio alla sua piena capacità di agire; in effetti, si pone il dubbio sui corretti obblighi gestionali nel periodo che va dalla data di pubblicazione del decreto di omologa a quella della sua definitività, atteso che, nonostante la provvisoria esecutorietà del provvedimento di omologa, le funzioni di ingerenza attiva del commissario giudiziale e del giudice delegato potrebbero essere ripristinate qualora fosse ordinata la rinnovazione degli atti del procedimento a seguito del reclamo ⁽⁵⁵⁾.

Per quanto l'art. 181 l. fall. nulla specifichi al riguardo, anche alla luce della recente giurisprudenza di legittimità ⁽⁵⁶⁾ è prevalente l'opinione che la chiusura della

⁽⁵⁴⁾ Cass. 32472/01.

⁽⁵⁵⁾ A. MAFFEI ALBERTI, *Comm.*, 2013, p. 1207.

⁽⁵⁶⁾ Cass. 22913/11 ha sancito che la chiusura della procedura di concordato è determinata dal passaggio in giudicato del decreto di omologa. – Di diverso avviso Trib. Monza 13.2.2015, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale la pubblicazione del decreto di omologazione (e non la sua definitività) determina l'esaurimento della procedura di concordato preventivo, alla quale fa seguito l'apertura di una fase meramente esecutiva, disciplinata dagli artt. 185 e 186 l. fall. – Variiegata è invece la posizione della dottrina: secondo V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziari*, 2010, p. 303, la disposizione deve essere interpretata nel senso che è la definitività del decreto che segna il momento di chiusura della procedura per cui, se è stato proposto reclamo, il momento finale coincide con la scadenza del termine per impugnare il decreto che decide sull'impugnazione. – In tal senso anche D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, II, 2006, p. 927. – Ciò significa che si deve distinguere a seconda che siano state, o no, proposte opposizioni: in mancanza di opposizioni, il momento finale va a coincidere con il momento di scadenza del termine per il reclamo, mentre, in presenza di opposizioni, con il loro esaurimento. – Vi è anche chi sdoppia la posizione (S. PACCHI – L. D'ORAZIO – A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le Riforme della legge fallimentare*, 2009, p. 1740-1956) ricollegando la cessazione del regime di limitazione dei poteri di disposizione del debitore al

procedura faccia seguito alla definitività del decreto di omologazione; dopo la pubblicazione del decreto di omologa e prima della sua definitività, permane pertanto il divieto del compimento degli atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione ai sensi dell'art. 167 l. fall. e, quindi, la persistenza del potere autorizzativo del giudice delegato ⁽⁵⁷⁾.

6. *La gestione dell'impresa successiva all'omologa.* – Per la fase esecutiva del concordato preventivo, che prende avvio a seguito dell'emissione del provvedimento di omologazione che “chiude” il procedimento di concordato ⁽⁵⁸⁾ e apre il periodo nel quale il debitore è solo obbligato all'adempimento di quanto concordato con i creditori, è prevista un'unica disposizione normativa (art. 185 l. fall.).

Dall'omologa definitiva discendono, infatti, sia l'effetto modificativo, estintivo o novativo delle obbligazioni contratte dall'imprenditore, sia la possibile riorganizzazione dell'impresa; il decreto produce infatti: *a)* la modifica dell'obbligazione, che diventa così esigibile nei limiti di quanto concordato nella proposta, con obbligo del debitore di attivarsi per adempiervi ⁽⁵⁹⁾; *b)* nei piani diversi dalla cessione dei beni, consente al debitore di riacquistare la piena disponibilità del proprio patrimonio; *c)* nelle ipotesi in cui il piano preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa, consente al debitore di gestire l'azienda senza il condizionamento all'autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione.

Laddove sia previsto un piano di ristrutturazione, che può finanche riguardare complessi meccanismi di *governance* della società ⁽⁶⁰⁾, il debito concordatario (omologato) si somma e si fonde con gli altri debiti sorti *post* concordato o con quelli estranei al concordato stesso, con l'adempimento contestuale sia delle obbligazioni novate (per parziale remissione e dilazione), sia delle obbligazioni non concordatarie, il tutto sulla base delle naturali scadenze ⁽⁶¹⁾.

giudicato sull'omologa, mentre la trasformazione dei poteri degli organi della procedura al provvedimento di omologazione. – M. MAFFEI ALBERTI, in *Comm.*, 2009, p. 963 e 1033, individua gli effetti nella data di esecutorietà del decreto di omologa.

⁽⁵⁷⁾ Nell'indagine OCI, a cura di M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2013, p. 611 ss, una stragrande maggioranza (78,6%) del campione statistico ottenuto presso i principali tribunali italiani si è espressa in tal senso, confermando quindi la necessità di un potere limitato da parte del debitore in ipotesi di opposizioni all'omologa.

⁽⁵⁸⁾ P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, 2009, p. 1770. Ne consegue, al di là del tenore esplicito dell'art. 181 l. fall., sia che una chiusura non possa che riferirsi a provvedimenti definitivi, sia che possa essere invocata una “risoluzione” solo di un istituto già definito, cioè “chiuso”. Non a caso l'u.c. dell'art. 186 richiama le norme sul fallimento che prevedono la “riapertura” della procedura (art. 137, co. 4); ma come si può riaprire qualcosa che non sarebbe ancora chiuso? Dopo la riforma, la natura privatistica della procedura di concordato preventivo comporta, quindi, che essa cessi con l'omologa.

⁽⁵⁹⁾ M. FABIANI, *Concordato preventivo*, 2014, p. 710.

⁽⁶⁰⁾ D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 927 ss.

⁽⁶¹⁾ Incisivo, in tal senso, Trib. Treviso 13.7.2009 (inedito) nel decreto di omologa di un concordato con previsione di piena continuità aziendale. Tale procedura si basava su un piano assolutamente non liquidatorio, che prevedeva il mantenimento della continuità d'impresa e la conservazione dei cespiti aziendali in capo alla stessa ricorrente; la proposta prevedeva altresì di affidare alla stessa società l'esecuzione del concordato mediante il

In tali casi, non vi è differenza tra l'esercizio d'impresa nella fase endoprocedimentale e quello della fase esecutiva, perché viene permesso al debitore non tanto di "riprendere" l'attività imprenditoriale (in realtà mai cessata), quanto di continuarla⁽⁶²⁾, con il riallargamento dei poteri.

Venuti meno i vincoli imposti al debitore, cessano tuttavia anche gli effetti protettivi dalla revocatoria e la configurabilità di nuovi crediti prededucibili, dovendosi applicare le normali regole contro gli atti pregiudizievoli; ai sensi dell'art. 67, co. 3, lett. e), rimangono tuttavia esonerati da revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere "in esecuzione" del concordato, purchè specificatamente previsti nel piano come modalità esecutiva.

Nei piani in continuità l'omologa comporta un vero e proprio patto gestorio con i creditori⁽⁶³⁾, che limita la discrezionalità degli amministratori, rendendoli detentori di un potere meno "esclusivo" di quanto previsto dall'art. 2380-bis cod. civ., per cui la gestione nella fase esecutiva è in qualche modo "controllata" da quanto programmato⁽⁶⁴⁾.

Le attività connesse devono quindi rispettare il piano (al fine di garantire l'adempimento della proposta) e gli obblighi gestori saranno necessariamente articolati in ragione del contenuto dello stesso, senza che il tribunale possa mai stabilire ulteriori modalità, né obblighi autorizzativi⁽⁶⁵⁾.

pagamento dei creditori da effettuarsi con la liquidità generata dalla prosecuzione dell'attività produttiva. Lo stesso decreto ben sintetizzava la natura del concordato proposto, attestando che lo stesso "ha carattere remissorio/dilatorio, ed è poggiato su un piano industriale che – esclusa la prospettiva liquidatoria – assume la possibilità dell'impresa – all'esito di un processo di ristrutturazione e riorganizzazione dei fattori produttivi – di continuare a operare sul mercato facendo affidamento su risorse e capacità, tali da consentirle di superare la crisi di carattere finanziario che ne ha provocato l'entrata in procedura, e di pervenire a risultati utili, che le consentano di soddisfare il debito pregresso nella percentuale promessa ed al contempo di sostenere i costi della gestione corrente. Il piano e la proposta rispondono alla finalità di conservazione e continuità dell'impresa, che connota la legge fallimentare riformata".

⁽⁶²⁾ M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2013, p. 625 rilevano come, in questo tipo di concordato, si potrebbe ipotizzare che, fin dall'ammissione, l'esercizio dell'attività costituisca esecuzione del piano.

⁽⁶³⁾ A. ROSSI, *cit.*, p. 268.

⁽⁶⁴⁾ M. ARATO, *Speciale D.L. Sviluppo - Il Concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 3.8.2012, p. 11 – F. NIEDDU ARRICA, *La gestione del risanamento nelle procedure di C.P.*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1267 – R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 321. – Anche nel concordato di risanamento, quindi, l'esecuzione e il controllo da parte del commissario giudiziale, secondo i provvedimenti disposti nel decreto di omologa, altro non rappresentano che una tutela del ceto creditorio concordatario (e non dei soggetti estranei al concordato) a far sì che vengano rispettati gli impegni assunti, in un divenire quotidiano di obbligazioni ed adempimenti propri di un'attività imprenditoriale attiva; un controllo, nella sostanza, di sola natura informativa; particolari e diverse modalità di controllo previste nella proposta possano tuttavia essere integrative, ma non certo sostitutive, di quelle prevedute dall'art. 185 l. fall., che affida al commissario giudiziale l'incarico di sorvegliare l'adempimento del concordato (Cass. 6859/95) senza alcun potere di iniziativa, atteso che l'azione di risoluzione spetta, in via esclusiva, solo ai creditori.

⁽⁶⁵⁾ Cass. 1345/11. – Cass. 15699/11 ha ritenuto che il tribunale è sempre dotato del potere di integrare la proposta di concordato, quando ciò appaia necessario al fine di consentire il rispetto delle prescrizioni di legge, con possibilità, quindi, di nominare un liquidatore diverso da quello indicato dal debitore, quando quest'ultimo non possieda i requisiti previsti dall'art. 28 l. fall. – Per Cass. 1237/13 non è ammissibile che il commissario giudiziale sia nominato anche liquidatore giudiziale. – Cass. ss.uu. 16 luglio 2008, n. 19506, ha autorevolmente ritenuto che "eventuali provvedimenti attuativi o integrativi resi dal giudice delegato nella fase post omologa sono riconducibili al novero della giurisdizione esecutiva; tali provvedimenti, pertanto, possono assumere valenza

L'aspetto forse più problematico durante la fase esecutiva è rappresentato dal fatto se gli amministratori possano discostarsi o meno dal piano; un disallineamento può infatti dipendere, oltre che dalla condotta dell'imprenditore, anche dall'evolversi della situazione di mercato in senso non conforme a quello previsto (con la conseguente necessità di modificarne gli assunti), o per il sopravvenire di proposte di terzi maggiormente convenienti, ovvero per la necessità riprogrammare gli investimenti; più lungo è il periodo coperto dal piano, più questo rischio tende ad aumentare.

In un'ottica di corretta gestione, se l'azienda sta andando verso un terreno fangoso, corre l'obbligo di correggere il tiro, per cui la scelta corretta non può certo essere quella di perseverare secondo le direttive di un piano che sta diventando obsoleto, né quella di rassegnarsi, senza combattere, per evitare comportamenti difformi da quelli programmati, bensì quella di cambiare strada, cercando comunque di rispettare gli impegni presi con i creditori.

La dinamica degli eventi e gli obblighi gestionali incombenti agli amministratori potrebbero quindi comportare l'esigenza di modificare il piano, anche con una rielaborazione degli obiettivi di fondo, sia nella declinazione di un immutato soddisfacimento dei creditori, sia nella declinazione di una variazione della proposta, come ad esempio avviene nel caso di una proroga dei termini di adempimento.

Si tratta allora di capire quale sia il limite di poter conformare la gestione dell'impresa al piano approvato dai creditori, senza con questo intaccare la stabilità del decreto di omologa⁽⁶⁶⁾, tenuto conto che anche gli atti di natura straordinaria che dovessero discostarsi dal piano non potranno essere ritenuti invalidi, né saranno suscettibili di autorizzazione⁽⁶⁷⁾.

Il loro compimento sarà semmai sanzionabile in termini di risoluzione, qualora rappresentino grave inadempimento sull'esecuzione concordataria, rilevabile anche a seguito dell'attività di vigilanza e di verifica *in continuo* eseguita dal commissario⁽⁶⁸⁾, con possibilità di revocatoria nell'ipotesi di successivo fallimento; la questione della modificabilità della proposta concordataria nel corso della fase esecutiva è quindi necessariamente e indissolubilmente collegata alla disciplina sulla risoluzione, essendo l'art. 186 l. fall. (quale unica norma applicabile alla fase esecutiva) di

esecutiva o il carattere di istruzioni agli organi della procedura, ma non possono spingersi a modificare i contenuti ed i termini della proposta concordataria approvata dai creditori ed omologata”.

⁽⁶⁶⁾ G. FAUCEGLIA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2009, vol. 3, p. 1760, evidenzia che nella giurisprudenza di legittimità precedente si rinveniva una tendenza a ciò favorevole, Cass. 7.8.1989 n. 3618, in *Fall.*, 1990, p. 33; ed una contraria, Cass. 26.10.1988, n. 5797, in *Fall.*, 2009, p. 277.

⁽⁶⁷⁾ Perché contrari alla proposta approvata dai creditori e, quindi, non autorizzabili (cfr. Trib. Padova 11.12.2014, in *www.ilcaso.it*). – In senso conforme: S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 386, per il quale tutti gli eventuali disallineamenti rispetto al piano costituiscano causa di risoluzione nella misura in cui, beninteso, essi siano davvero idonei a determinare un grave inadempimento; e Trib. Monza 13.2.2015, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁶⁸⁾ Cass. 22913/11 e Cass.15699/11, le quali sottolineano come il commissario verificherà sulla concreta fattibilità del piano e della sua effettiva idoneità a soddisfare i creditori, con la possibilità di adottare le iniziative per provocare l'intervento del tribunale ai fini dei provvedimenti di cui agli artt. 137 e 138 l. fall., richiamati dall'art. 186, co. 1, l. fall. – Trib. Monza 13.2.2015, in *www.ilcaso.it*, ha avuto modo di affermare che il commissario deve pertanto verificare che l'andamento economico dell'impresa sia in linea con quanto previsto dal piano ed omologato dal tribunale, che non vengano compiuti atti gestionali estranei alle previsioni del piano omologato che prospettino come probabile, se non certo, il futuro inadempimento della proposta.

carattere contrattualistico ⁽⁶⁹⁾.

Non pare invece applicabile l'art. 186-*bis*, u.c., l. fall., sulla possibile revoca ex art. 173 l. fall., da taluni affermato in senso positivo ⁽⁷⁰⁾, perché la sua operatività sembra limitata fino alla definitività del decreto di omologa ⁽⁷¹⁾.

In via teorica, poiché le proposte concordatarie di risanamento sono supportate da attestazioni “forti”, che prevedono non solo la fattibilità del piano, ma che lo stesso sia anche funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, non dovrebbero presentarsi particolari esigenze per le modifiche in *melius* ⁽⁷²⁾, mentre più problematica sarebbe l'ipotesi di una modifica in *pejus*, anche solo con riferimento ai tempi dell'esecuzione.

In termini pratici, qualora i mutati scenari impongano un cambio di rotta, finalizzata alla continuità aziendale e alla tutela dei valori aziendali, con una necessaria rivisitazione del programma esecutivo, si configurerebbe un interesse extra-sociale (dei creditori concordatari) che condiziona l'interesse sociale di quel momento e, di conseguenza, il potere decisionale degli amministratori, il quale deve invece conformarsi ai dettami previsti dall'art. 2380-*bis* cod. civ., di tempestività, speditezza decisionale, efficienza operativa e conservazione dei complessi aziendali.

Gli amministratori si troveranno quindi a dover scegliere tra il rigido rispetto di quanto in precedenza programmato, sacrificando l'interesse sociale ed esponendo gli *stakeholders*, ovvero dare adempimento ad una soluzione alternativa, tenendo tuttavia conto degli effetti che tale nuova soluzione può comportare in termini

⁽⁶⁹⁾ M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, *cit.*, 2013, p. 619

⁽⁷⁰⁾ R. FAVA, *La tutela dei terzi nelle soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, tesi di laurea, Università di Macerata, a.a. 2013.

⁽⁷¹⁾ Ciò in forza di una sistematica interpretazione della norma; il richiamo all'art. 173 opera infatti solo “in corso” di procedura, trovando quindi un limite temporale nel disposto dell'art. 181 l. fall., il quale prevede che la procedura “si chiude” con il decreto di omologazione. – D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. Comm.*, II/2006, p. 928, fa infatti notare come con l'emanazione (*rectius* con la definitività) del decreto di omologazione cessa l'applicabilità dell'art. 173 l. fall., la cui operatività è testualmente condizionata dalla permanenza della procedura di concordato. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2014, p. 572, fanno infatti notare come la fase di esecuzione del concordato con continuità aziendale sia destinata a collocarsi, almeno formalmente, al di fuori della procedura. Dal che l'inevitabile applicazione, in questa fase, (solo) della disciplina “comune”. Per Trib. Monza 13.2.2015, in www.ilcaso.it, la pubblicazione del decreto di omologazione determina l'esaurimento della procedura di concordato preventivo, alla quale fa seguito l'apertura di una fase meramente esecutiva, disciplinata dagli artt. 185 e 186 l. fall. – Conforme Trib. Pistoia 31.3.2010, in www.ilcaso.it, secondo il quale la fase esecutiva del concordato preventivo, per espresso dettato normativo, deve considerarsi estranea alla procedura concordataria in senso proprio che, appunto, si chiude con l'omologa. Ne consegue che le disposizioni transitorie che hanno dato attuazione temporale alle intervenute Riforme attengono solo a questa, e non anche alla fase esecutiva, regolata dalla legge vigente al momento secondo il principio del *tempus regit actum*. – La mancata definitività del decreto di omologa e l'avvio comunque della fase esecutiva potrebbero comunque comportare qualche dubbio sulla portata dell'ultimo comma dell'art. 186-*bis* l. fall.

⁽⁷²⁾ Argomentando sulla natura amministrativa del decreto di omologa, è opinione prevalente che se la proposta (e non il piano, che rappresenta le modalità tecniche con cui la proposta viene realizzata) non viene modificata non pare si possano presentare problemi di risoluzione per inadempimento delle obbligazioni concordatarie. – G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, 2007, 795, ha evidenziato che il contenuto del decreto di omologazione possa ancora assumere natura giurisdizionale per quanto riguarda le decisioni sull'omologazione, sull'opposizione e sugli effetti, mentre per quel che riguarda le modalità di esecuzione non può che rivestire natura amministrativa, con la conseguenza che le modalità esecutive ivi indicate potrebbero essere modificate o revocate.

patrimoniali e finanziari per la società, oltre al fatto che l'adozione di una decisione non conforme al piano è permessa solo se compatibile con l'interesse dei creditori all'esecuzione delle obbligazioni concordatarie.

In questi casi si apre, di fatto, una nuova crisi, riposizionando gli obblighi degli amministratori nell'alveo delle decisioni conservative da assumere ex art. 2486 cod. civ. Anche tali scelte possono quindi essere fonte di responsabilità per gli amministratori, riferibile non tanto ai contenuti della nuova soluzione o al rischio collegato, quanto al metodo con il quale l'organo gestorio è pervenuto a tale conclusione.

In questi casi non ci si può infatti appellare al fatto che le scelte gestionali non sono sindacabili, perché vanno comunque rispettati almeno gli *standards* razionali di condotta esigibili dall'organo gestorio⁽⁷³⁾, così che, più in generale, sarebbe sanzionabile sia un comportamento difforme da una logica "funzionale" che tenga conto della complessità delle vicende, sia un comportamento incurante dell'adozione di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere⁽⁷⁴⁾.

Per evitare fonti di responsabilità è quindi necessaria un'attenta e professionale analisi degli effetti⁽⁷⁵⁾, soprattutto in termini di *going concern*, poiché l'agire informato di cui all'art. 2381 cod. civ. non è verificabile solo alla stregua di parametri giuridici, ma anche alla luce di regole tecniche elaborate dalle scienze economico aziendali⁽⁷⁶⁾.

In assenza di una modifica della proposta e con uno scostamento riferibile solo alle modalità operative gli obiettivi sarebbero ancora raggiungibili e la conseguenza sarà limitata al venir meno dell'esenzione da revocatoria dei nuovi atti compiuti, poiché sarà facilmente dimostrabile che la risoluzione del concordato risulterebbe, in tal caso, difficilmente invocabile.

Se, invece, le modifiche sono più radicali, comportando anche una modificazione della proposta, verrebbe alimentato il rischio di un grave inadempimento nei confronti dei creditori concorsuali, per cui gli amministratori dovranno valutare molto attentamente l'entità dell'impatto sul credito concorsuale, dovendo necessariamente tener conto anche degli effetti di una possibile risoluzione e del rivivere dell'intero credito falcidiato.

Il naufragio del piano e la necessità di un nuovo percorso alternativo comporterà pertanto un palese conflitto tra creditori concordatari e creditori esclusi dal concorso, imponendo un modello di valutazione del rischio a scelta "tecnica", basata sulla logica di "minor danno" per i creditori.

Poiché l'assenza di correttivi, congiuntamente al venir meno degli effetti esdebitativi del concordato, porterà verosimilmente alla perdita della continuità

⁽⁷³⁾ App. Milano 3.3.2004.

⁽⁷⁴⁾ Cass. 12 agosto 2009, n. 18231 – Trib. Milano 2.5.2007.

⁽⁷⁵⁾ R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Soc.*, 2008, p.1195, sostiene che "non rileva tanto ciò che egli fa, quanto il modo in cui lo fa: non quindi il grado di rischio che assume prendendo una determinata iniziativa, ma l'eventuale mancata adozione delle verifiche preventive occorrenti per valutare quel rischio in modo professionalmente adeguato".

⁽⁷⁶⁾ M. FABIANI, *cit.*, p. 297.

operativa e ad una nuova situazione di crisi, vi è chi autorevolmente ritiene che, in questi casi, vi sia la necessità di redigere e attestare un nuovo piano, da sottoporre al giudizio di tutti i creditori, cioè anche di quelli sorti successivamente all'omologa⁽⁷⁷⁾.

In entrambi i casi, adempiuti gli obblighi attivi e "riflessivi" d'informazione, consistenti nell'informarsi adeguatamente e ricevendo (anche sollecitandoli) gli elementi informativi necessari⁽⁷⁸⁾, gli amministratori devono rimettere la decisione all'organo consiliare (ex art. 2391 cod. civ.), con supplemento di conformità della deliberazione gestoria nell'interesse della società, desumibile dagli artt. 2391 e 2497-ter cod. civ., con un'analitica motivazione e indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione, rendendo così maggiormente verificabile il procedimento deliberativo che ha portato la società a doversi discostare dal contenuto del piano⁽⁷⁹⁾.

Discussa è anche la fattibilità di un accordo tra il debitore e uno o più creditori, che preveda una modificazione della proposta, registrandosi in passato, al riguardo, due diversi orientamenti tra loro contrapposti⁽⁸⁰⁾: (a) quello contrario, poichè il tribunale investito non ha altro compito, né altro potere, che quello di constatare che i termini di adempimento non sono stati osservati⁽⁸¹⁾; (b) quello invece che si fonda sul diritto disponibile del creditore, al quale il creditore può quindi rinunciare, in tutto o in parte, purchè non pregiudichi la pretesa di altri creditori⁽⁸²⁾.

Tenuto conto che la risoluzione può essere invocata solo dai creditori e che la fase esecutiva non rappresenta un'attività giurisdizionale, l'opinione prevalente⁽⁸³⁾ è nel senso di poter concludere *contratti paraconcordatari* con i singoli creditori, purchè ciò non alteri la *par condicio*.

Una soluzione alternativa può anche essere rappresentata dall'opportunità di modificare la proposta omologata, non in via particolare, bensì in via generalizzata, prevedendo, ad esempio, un anticipato ma diverso grado di soddisfacimento, ovvero offrendo ai creditori, anziché un ammontare in numerario previsto dal piano originario, un certo numero di azioni proprie⁽⁸⁴⁾, secondo un determinato "rapporto

⁽⁷⁷⁾ R. SACCHI, *cit.*, p. 321. – S. AMBROSINI, *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012*, in S. AMBROSINI – ANDREANI – TRON, *Crisi d'impresa e restructuring*, 2013, 79 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cass. 19 giugno 2007, n. 23838.

⁽⁷⁹⁾ A. ROSSI, *cit.*, p.269.

⁽⁸⁰⁾ E. FRASCAROLI SANTI, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, P. Cendon (a cura di), L. Panzani (diretto da), vol. IV, p. 802

⁽⁸¹⁾ Cass. 2830/74 – Cass. 1373/65 – Cass. 974/76 – Trib. Catania 26.10.1981. Secondo M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, *cit.*, 2013, p. 619, il rischio per il debitore è rappresentato dall'iniziativa assunta dal o dai singoli creditori per la risoluzione del concordato e la dichiarazione di fallimento, la cui minore o maggiore consistenza è poi condizionata da variabili quali, ad esempio, la definizione dell'interesse da considerare nella valutazione della gravità dell'inadempimento (se, cioè, quello del creditore che agisce per la risoluzione, o della totalità dei creditori, o, nel concordato per classi, dalla classe cui appartiene il creditore attore), o la determinazione della rilevanza ai fini di quel giudizio della mancata esecuzione delle azioni programmate, o della mancata realizzazione del risultato soddisfacente cui il debitore si era impegnato, ovvero anche di qualsiasi modalità esecutiva del piano.

⁽⁸²⁾ Trib. Cagliari 21.6.1982.

⁽⁸³⁾ Cass. 2450/88 – Cass. 3931/84

⁽⁸⁴⁾ Una proposta di soddisfacimento mediante assegnazione di azioni è stata ritenuta ammissibile da Trib. Milano 18.7.2010, in *Fall.*, 2010, p. 1216, il quale ha ritenuto che "la proposta concordataria può prevedere il

di cambio” tra crediti e titoli (anche diversificato in presenza di classi) o, ancora, l’attuazione di operazioni straordinarie (cessioni d’azienda, fusioni, scissioni, ecc.), che comportino modificazioni sostanziali a quanto già approvato ed omologato.

In questi ultimi casi, ogni variazione alla proposta di concordato deve ritenersi preclusa, in quanto interviene successivamente all’inizio delle operazioni di voto, tuttavia con la precisazione che le eventuali modifiche sembrano possibili solo a patto di ottenere il consenso di tutti i creditori non ancora soddisfatti ed anche senza autorizzazione da parte del giudice delegato ⁽⁸⁵⁾.

7. *Violazione dei doveri e danno risarcibile.* – Quando l’azione di responsabilità della società non viene praticata per la presenza di una commistione di interessi, fra chi deve deliberare l’azione (cioè la maggioranza dei soci) e chi deve subirla ⁽⁸⁶⁾, i creditori possono autonomamente agire, sindacando ex art. 2394 cod. civ. tutti (e solo) quegli atti o omissioni compiuti in violazione dei doveri esistenti verso la società che pregiudichino l’integrità del patrimonio sociale, ossia che cagionino una perdita ⁽⁸⁷⁾.

Mentre nell’eventuale successivo fallimento è il curatore che può agire autonomamente e distintamente ex art. 2394-bis cod. civ. e 146 l. fall. ⁽⁸⁸⁾, incrementando la massa attiva, negli altri casi, cioè quando la società è in bonis o in costanza di concordato preventivo, va riconosciuto al creditore il diritto di promuovere

soddisfacimento dei creditori privilegiati mediante assegnazione di azioni, purché il debitore dimostri di una prevedibile peggiore sorte degli stessi in sede liquidatoria, ai sensi dell’art. 160, secondo comma, l. fall.”.

⁽⁸⁵⁾ Trib. Treviso 11.10.2016 ha ritenuto di non dover provvedere in ordine all’istanza di autorizzazione alla modifica del piano concordatario, nulla ostando a che la società in concordato addivenga ad un nuovo accordo con i creditori in ordine al soddisfo. Nel caso di specie la società concordataria aveva anticipato, con il consenso di tutti i creditori concorsuali, l’esecuzione, a fronte di un pagamento inferiore (a quanto previsto nel piano) ma immediato. Con successivo decreto 23.12.2016 lo stesso Tribunale ha accertato la completa esecuzione del concordato, ordinando la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni effettuate sui pubblici registri che facciano riferimento alla procedura concordataria o agli organi del concordato. Sul punto cfr. OCI, in M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, *cit.*, 2013, p. 618.

⁽⁸⁶⁾ M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 273.

⁽⁸⁷⁾ F. BRIZZI, *cit.*, p. 174. – Trib. Vicenza 26.7.2010 ha ritenuto possibile l’azione promossa dal creditore di s.r.l., conformandosi alla corrente maggioritaria in dottrina; tale azione troverebbe fondamento tanto nella norma di cui all’art. 2394 cod. civ., quanto in quella di cui all’art. 2476, co. 6, cod. civ., ovvero nell’alveo della clausola generale contenuta nell’art. 2043 cod. civ. – In tal senso anche Trib. Novara 12.1.2010; Trib. Bari 7.4.2009; Trib. Verona 27.2.2008; Trib. Mantova 20.12.2007; Trib. Napoli 11.11.2004.

⁽⁸⁸⁾ Cass. 26 agosto 2016, n. 17359, ha sancito che, in tema di responsabilità degli amministratori di s.r.l., la riforma societaria, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 cod. civ., agli artt. 2392, 2393 e 2394 cod. civ., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all’esercizio della predetta azione ai sensi dell’art. 146 l. fall., in quanto per tale disposizione, riformulata dal D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 130, tale organo è abilitato all’esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l’interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all’esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c. Sicché, anche se si ritenesse che i creditori di società a responsabilità limitata non abbiano più l’azione ex art. 2393 c.c., nei confronti degli amministratori, rimarrebbe comunque esercitabile dal curatore fallimentare l’azione di responsabilità ex art. 2043 cod. civ.

tale azione.

Nell'ipotesi di poter valorizzare (come mi pare) il principio della buona fede oggettiva, l'eventuale comportamento censurabile, sia in ordine alla scelta di partenza, sia in termini di coerenza dei successivi atti messi in essere nell'ambito del processo risanatorio, la responsabilità verso i creditori è limitata (al massimo) alla differenza fra il credito e le aspettative di riparto dalla liquidazione del patrimonio sociale, così che va tenuto conto dell'andamento e dei risultati del concordato ⁽⁸⁹⁾.

Si aprono in tal caso i temi del dolo incidente (art. 1440 cod. civ.) e della quantificazione del danno correlato, la cui soluzione non può che essere mutuata da quella del processo civile, nell'ambito del quale la dottrina e la giurisprudenza ⁽⁹⁰⁾ sarebbero unanimi nel ritenere che vada sicuramente risarcito il cosiddetto "interesse negativo" ⁽⁹¹⁾, cioè il danno da affidamento, che comprende, nel caso di specie, le spese inutilmente sostenute nella fase concordataria, nonché le perdite sofferte dai creditori danneggiati per non aver correttamente usufruito dell'alternativa "occasione perduta", rappresentata da una più appropriata e tempestiva liquidazione concorsuale ⁽⁹²⁾.

Un recente orientamento del Supremo Collegio ⁽⁹³⁾ si è tuttavia spinto oltre, riconoscendo, nel caso di specie, che il *quantum* risarcibile dev'essere determinato secondo il criterio dell'integrale risarcimento del danno e, quindi, prescindendo dai limiti quantitativi implicitamente assunti dalla giurisprudenza tradizionale con il ricorso alla nozione di interesse contrattuale negativo.

Sotto questo profilo, la cristallizzazione attuata dall'art. 168 l. fall., in collegamento con la possibilità di una retrocessione degli effetti in caso di successivo fallimento, porterebbe a pensare che il danno sia nella sostanza limitato alle sole spese professionali collegate alla domanda e alla gestione negativa del periodo; tale tesi non è tuttavia convincente, quantomeno in un numero non limitato di casi.

Un uso opportunistico, strumentale o anche solo dilatorio dell'istituto potrebbe infatti essere accompagnato da una verosimile inattività decisionale dell'organo

⁽⁸⁹⁾ M. FABIANI, *cit.*, p. 340 che richiama M. SPIOTTA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario 2003-2009*, diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, 2009, p. 531.

⁽⁹⁰⁾ Cass. 23289/06 – 2525/06 – 19883/05 – 11243/03.

⁽⁹¹⁾ Sul concetto di interesse negativo v. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165 ss..

⁽⁹²⁾ Sebbene il discorso sia ancora controverso, nella prassi il deposito del ricorso per concordato preventivo determina la sospensione o la quiescenza della procedura per la dichiarazione di fallimento. È infatti unanimemente condivisa l'idea della prevalenza della domanda di concordato rispetto a quella di fallimento, per l'ovvia e intuitiva esigenza di dar preferenza alla soluzione concordataria rispetto quella fallimentare (v. PANZANI – FAUCEGLIA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 207; Trib. Ancona 9.5.2007, in *Giur. merito*, 2007, II, 3227. Contra Trib. Milano 15.10.2009).

⁽⁹³⁾ Cass. 12 gennaio – 10 marzo 2016, n. 4718, ha elaborato il principio di diritto in materia di responsabilità precontrattuale secondo il quale "la responsabilità precontrattuale prevista dall'articolo 1337 del Codice Civile, coprendo nei limiti del cosiddetto interesse contrattuale negativo, tutte le conseguenze immediate o dirette della violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase preparatoria del contratto, secondo i criteri stabiliti dagli articoli 1223 e 2056 del Codice Civile, si estende al danno per il pregiudizio economico derivante dalle rinunce a stipulare un contratto, ancorché avente contenuto diverso rispetto a quello per cui si erano instaurate le trattative, se la sua mancata conclusione si manifesti come conseguenza immediata e diretta del comportamento della controparte, che ha lasciato cadere le dette trattative, quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse".

gestorio, generando costi prededucibili in danno alla massa non solo legati all'attività professionale e all'inerzia dell'azienda in crisi, ma anche alla perdita di valore degli assets aziendali, diversamente valorizzabili alla data in cui si rendeva opportuno il ricorso alla procedura liquidatoria, ai rapporti pendenti, e quant'altro possa costituire differenza monetizzabile in momenti diversi.

Si pensi, ad esempio, alla continuità dei rapporti di lavoro, al mancato scioglimento dai contratti onerosi, alle compensazioni sulle anticipazioni bancarie e, nei casi più dolosi, al compimento di atti di straordinaria amministrazione, pur compiuti con l'ottenimento di autorizzazioni non più revocabili, che si cristallizzano anche se al concordato dovesse seguire il fallimento.

Se il concordato prosegue il suo iter e i creditori (sufficientemente informati) approvano il piano e la proposta, il contratto potrebbe con l'omologa perfezionarsi e l'eccezione del dolo incidente verrebbe, di fatto, sterilizzato dall'effetto esdebitativo di cui all'art. 184 l. fall.

Se, al contrario, il concordato non dovesse essere ammesso o, se ammesso, non dovesse essere omologato, o ancora, se omologato dovesse poi risolversi, il problema dell'uso strumentale dell'istituto concordatario e dei danni cagionati si presenta in tutta la sua forza.

È pur vero che il Tribunale, anche per il tramite del commissario, può ora vigilare fin dall'inizio sull'operato del debitore concordatario, ovvero assumere decisioni autorizzative informate, ma ciò, nella complessità del dinamismo aziendale, soprattutto delle aziende più grosse, non risulta sempre facile e può presentare delle linee d'ombra che si possono rivelare, nel loro disegno, contrarie all'interesse dei creditori.

La configurabilità della *culpa in contrahendo* potrebbe così sussistere non solo nelle ipotesi tipizzate di un preaccordo di contratto invalido (assenza di causa in concreto o in frode), ovvero di un recesso dalle trattative con i creditori senza una giusta causa, ma anche in presenza di un contratto validamente concluso con i creditori ignari e pur tuttavia condizionato, nei suoi contenuti, dalla violazione della regola di condotta sancita dall'art. 1337 cod. civ., perché caratterizzato da una sua conclusione a condizioni peggiori di quelle che si sarebbero potute ottenere con un immediato fallimento.

In un caso e nell'altro, se il concordato dovesse naufragare a causa di un irresponsabile e/o non coerente comportamento degli amministratori, pare non si possa prescindere dal valutare le conseguenze sui destinatari (creditori) di un simile comportamento, fondante un diritto al risarcimento per l'abusivo esercizio dello strumento giuridico adottato⁽⁹⁴⁾.

Si apre così il problema della quantificazione del danno, che sembrerebbe

⁽⁹⁴⁾ Interessante, sotto questo profilo, è la decisione del Trib. Nola 23.2.2012, secondo il quale, nel concordato preventivo, al tribunale non compete la valutazione di convenienza della proposta e di fattibilità del piano, le quali competono, invece, esclusivamente ai creditori, ma che il tribunale è tuttavia garante della trasparenza della procedura e, ai fini della revoca del concordato, può valutare eventuali atti di frode con valenza decettiva, eventuali condotte di tipo abusivo tenute dal debitore in violazione del principio di *buona fede* ed in ogni caso la manifesta inidoneità del piano a perseguire i propri obiettivi, con la precisazione che queste valutazioni potranno dal tribunale essere effettuate anche successivamente alla fase di ammissione alla procedura.

approdare verso il riconoscimento dell'applicazione del criterio dell'integrale risarcimento⁽⁹⁵⁾.

Un ostinato ritardo nell'affrontare la soluzione di crisi configura quindi un danno quantificabile nell'entità delle aggiuntive spese professionali sostenute⁽⁹⁶⁾, nonché delle ingiustificabili perdite subite a partire dal momento in cui si sia concretizzato l'affidamento nella futura conclusione del contratto, da intendersi questo con riferimento alla data di pubblicazione presso il registro delle imprese della domanda. Pare infatti valorizzabile il principio del "minor vantaggio" o del "maggior aggravio economico" (rispetto all'alternativa di una più tempestiva richiesta di fallimento), che avrebbe evitato tali costi e tali perdite in un generale concetto di efficienza economica nell'interesse dei creditori⁽⁹⁷⁾.

La valutazione del danno dovrebbe cioè essere riferita, in tal caso, alle migliori condizioni che i creditori avrebbero ottenuto, con valorizzazione anche degli *ulteriori danni* che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁵⁾ G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1370, secondo il quale, su tali aspetti la Cassazione si è orientata, nelle più recenti sentenze, verso l'abbandono della tesi tradizionale, che partendo dalla formula descrittiva del danno "da occasioni perdute" commisurava l'interesse negativo in relazione al positivo, per approdare alla più corretta applicazione del criterio dell'integrale risarcimento del danno.

⁽⁹⁶⁾ Vedasi al riguardo anche Trib. Terni 17.1.2014 secondo il quale l'art. 161, co. 7, l. fall., laddove attribuisce ai crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore, la preveducibilità ai sensi dell'articolo 111 l. fall. non deve intendersi nel senso che tale beneficio sia condizionato all'effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo entro il termine assegnato dal Tribunale, poiché altrimenti una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) non già sul debitore medesimo, bensì sui terzi che incolpevolmente abbiano fatto affidamento sulla preveducibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti, in quanto sorti per effetto degli "atti legalmente compiuti" dal debitore (atti di ordinaria amministrazione ed atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale), con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo preconcordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi di impresa.

⁽⁹⁷⁾ Così Cass. 14539/2004, che ha recepito le conclusioni sostenute ormai da tempo in dottrina e GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 487 ss., per il quale l'adozione del criterio dell'integrale risarcimento del danno si giustifica anche in termini di efficienza economica, dato che "ogni forma di limitazione della responsabilità è inefficiente da un punto di vista economico perché fonte di esternalità negative". – In tal senso anche Cass. ss.uu. 26724/07, la quale ha affermato che "il danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto".

⁽⁹⁸⁾ Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, nella quale si fa riferimento esplicito a Cass. 5610/80, Cass. 8318/90, Cass. 9523/99 e che precisa che "il contraente in mala fede è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito ed i danni vanno commisurati al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che ne sia dimostrata l'esistenza di ulteriori, i quali risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto". – Sul problema dell'estensione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale, T. DALLA MASSARA, *op. cit.*, segnala, oltre a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, la successiva, ma più ondivaga, Cass. 23289/06, in *Contratti*, 2007, 313 ss. In precedenza, specialmente Cass. 14539/04, in *F. It.*, 2004, I, 3009 ss., con nota di P. Pardolesi, nonché in *Corr. giur.*, 2005, 1099 ss., con nota di G. Meruzzi, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità «in contrahendo» ex art. 1338 c.c.* – L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *R. d. comm.*, 1956, II, p. 371 ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, 14 ss.; A. Checchini, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova 1977, p. 264 ss.; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, Le regole di comportamento, 1974, 10 ss.; A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità*

La quantificazione del danno, nella sua entità complessiva, sarebbe così generata dal differenziale tra quanto i creditori riceverebbero nel successivo fallimento, rispetto all'ipotesi di soddisfacimento (da ricostruire a posteriori) che avrebbero ottenuto con la tempestiva e corretta presentazione di un fallimento in proprio.

Determinata l'intera misura del pregiudizio, al singolo creditore verrebbe poi assegnato il "dividendo" proporzionale alla misura del credito, con declinazioni applicative tuttavia non semplici ⁽⁹⁹⁾.—

civile, in *Contratto e impr.*, 1988, 792 ss.; G. e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, 1993, 113 ss.; M. Mantovani, *Vizi incompleti*, 173 ss.; L. Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, Il contratto in generale, II, 2000, 431 s.; P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, 487 ss.; C. Turco, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, 165 ss.; G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, 1135 ss.

⁽⁹⁹⁾ Per un approfondimento sulla quantificazione del danno cfr. M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 340 ss.