Crisi della *governance* e gestione dei conflitti nelle procedure concorsuali delle società di capitali

di SILVIA VITRO'

Giudice del Tribunale delle imprese presso il Tribunale di Torino

www.osservatorio-oci.org

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziario della gestione previsto dall'art. 2409 nelle procedure concorsuali delle società di capitali. – a. In caso di dichiarazione di fallimento. – b. Nella fase prefallimentare - c. Nella fase del concordato preventivo: c1. concordato preventivo con riserva, art. 161 co. 6. - c2. apertura della procedura di CP, art. 163. - c3. esecuzione del CP, art. 185. - c4. revoca dell'ammissione al CP, art. 173 – 2. L'incidenza dei provvedimenti "cautelari o conservativi" previsti dall'art. 15 c. 8° l. fall. nella *governance* della società di capitali - 3. L'incidenza dell'intervento del commissario giudiziale e dell'amministratore giudiziario previsto dall'art. 185 l. fall. nella *governance* della società di capitali – 4. La posizione dei soci finanziatori nell'ambito del concordato preventivo: soddisfazione sia pur minimale; diritto di voto – 5. l'azione sociale di responsabilità da parte di una società in esecuzione di un cp liquidatorio omologato: a. in generale – b. azione sociale di responsabilità (artt. 2392-2393 c.c.) – c. azione ex art. 2497 c.c. – d. azione dei creditori sociali (art. 2394 c.c.): d1. azione dei creditori sociali nei confronti degli organi sociali - d2. *danno* risarcibile dopo l'omologazione del cp – e. altre azioni, in costanza di cp – 6. operazioni di fusione e scissione previste in un piano di cp approvato e omologato – a. in generale – b. deliberazione assembleare propedeutica ad un'operazione c.d. straordinaria la cui esecuzione sia sospensivamente condizionata all'omologazione del cp – c. diritto di opposizione – d. diritto di recesso dei soci

1)Il **CONTROLLO GIUDIZIARIO DELLA GESTIONE PREVISTO DALL'ART. 2409** nelle procedure concorsuali delle società di capitali

A)**In caso di dichiarazione di fallimento**, la procedura ex art. 2409 c.c., eventualmente già iniziata, diventa improcedibile.

Tribunale di Bologna 8/10/2013
Dichiarazione di fallimento della società di capitali e art. 2409 c.c.
Il dichiarato fallimento di una società di capitali rende del tutto incompatibile l'intervento di controllo di cui all'art. 2409 c.c., in quanto detta procedura concorsuale, spossessando la società dei propri beni e determinandone l'affidamento ad un pubblico ufficiale di nomina giudiziaria, preclude di fatto, all'amministratore giudiziario ogni possibilità di espletare l'incarico a lui affidato, determinando così l'immediato venire meno di ogni ragione di assumere i provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c.

Tribunale Como 11 aprile 1986
Il liquidatore giudiziario nominato ai sensi dell'art. 2409 c.c. può essere mantenuto nella carica, anche a seguito della dichiarazione di fallimento della società, per lo svolgimento **delle attività residue di competenza della fallita** (attività informativa al curatore, presentazione dell'istanza di concordato fallimentare, ecc.).

Corte appello Milano 30 ottobre 1993
Il fallimento della società, intervenuto dopo la pronuncia di revoca degli amministratori e dei sindaci (e di nomina di un amministratore giudiziario), impone al giudice del reclamo la declaratoria di "**non luogo a provvedere" in ordine alla richiesta di adozione dei provvedimenti ex art. 2409 c.c.** e di revoca del decreto impugnato.

B)Riguardo alla fase prefallimentare, si veda il capitolo successivo in tema di cautelari di cui all'art. 15 LF

C)A differenza del fallimento, **il concordato preventivo non rende immediatamente improcedibile il 2409 c.c.**

1)In caso di **concordato preventivo con riserva**, art. **161 co. 6** (è depositato il ricorso contenente la domanda di CP, ma l'imprenditore si riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione entro un termine), il Tribunale con decreto motivato stabilisce il termine e può nominare il commissario giudiziale di cui all'art. 163, co. 2, n. 3.
L'imprenditore (art. **161 co. 7**) può in questo periodo compiere atti di ordinaria amministrazione e anche atti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Tribunale, che assume informazioni e il parere del commissario giudiziale.
Sono di straordinaria amministrazione gli atti idonei a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori (pe res.: mutui; cessioni beni, vendita immobili,, ecc.).
Dunque, prosegue l'amministrazione dell'impresa da parte dell'imprenditore o degli amministratori (se è una società), sia pure sotto la vigilanza del Tribunale e del commissario giudiziale (che, appunto, ha solo poteri di vigilanza), per cui pare **ammissibile l'instaurazione di una procedura ex art. 2409 c.c.**
Davanti al Tribunale delle Imprese

2)Una volta **aperta** la procedura di CP (art. **163**), viene senz'altro nominato il **commissario giudiziale** (art. 163, co. 2, lett 3).
Circa le sue funzioni:
-funzione di vigilanza sull'adempimento del concordato e sul compimento degli atti dai quali possa derivare un pregiudizio per i creditori a norma degli artt. 173 e 185;
-funzione di informazione, ex art. 165, co. 3: informazioni ai creditori utili per la presentazione di proposte concorrenti), verifiche, redazione inventario, relazioni, ecc;
-parere motivato sull'omologazione, art. 180, consulenza;
-funzione esecutiva: qualora sia approvata una posposta concorrente, deve verificare che il debitore stia provvedendo al compimento degli atti necessari a darvi esecuzione e, qualora ravvisi ritardi o inadempimenti, deve senza indugio riferirne al Tribunale, il quale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale stesso i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti (art. **185**, come novellato dal d.l. 83/15, conv. con modif. nella l. 132/15).

Dunque, essendo il commissario giudiziale perlopiù estraneo all'amministrazione dell'impresa (salvo il caso dei predetti poteri ex art. 185), il **debitore ammesso** al concordato preventivo subisce soltanto uno spossessamento attenuato, in quanto conserva, oltre alla proprietà, l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni,

www.osservatorio-oci.org

salve le limitazioni connesse alla natura della procedura, funzionale all'esercizio del concordato e salva la necessità di autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione (art. 167, co. 2) e la vigilanza del commissario (Cass. 4728/2008; art. **167**: "Durante la **procedura di concordato**, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale"); di conseguenza, permane in capo all'imprenditore la legittimazione sostanziale e processuale ad esercitare le azioni e a resistere ad esse a tutela del proprio patrimonio (Cass. 7661/2005).
Anche nella procedura di concordato preventivo **con cessione dei beni** (art. **182**), diversamente dal fallimento, il **debitore** è l'unico legittimato passivo rispetto alla domanda di accertamento di crediti proposta dopo l'omologazione, sussistendo la legittimazione del **liquidatore** solo nelle controversie che investono lo scopo liquidatorio della citata procedura (però il liquidatore può intervenire nei giudizi di accertamento, Cass. 8102/2013; 17606/2015).
Nel concordato con cessione di beni, il controllo del commissario giudiziale ha luogo sulle residue attività svolte dall'organo amministrativo della società, non sull'attività demandata al liquidatore giudiziale (Trib. Cassino 15/7/2003).

Mi pare, quindi, che permanga anche la possibilità di esperire l'azione ex art. **2409 c.c.** nella **fase di ammissione** al CP.
Questo perché l'azione ex art. 2409 c.c. è uno strumento collegato all'esercizio, anche se residuale, di un potere di amministrazione da parte della governance della società.
E la riconosciuta ammissibilità dell'azione ex art. 2409 c.c. in questa fase favorisce la permanenza di un *diritto di voice* dei soci (che non potrebbero azionare altri strumenti di controllo tipici delle procedure concorsuali- come quelli previsti dal sotto indicato art. 185 LF-).

Dunque: il **Tribunale delle Imprese** può nominare un **amministratore giudiziario ex art. 2409**; con l'amministrazione di questo **concorrono** i poteri di autorizzazione e vigilanza di Giudice Delegato e Commissario

3)**Esecuzione** del CP (art. **185**).
Dopo l'omologazione del concordato il **commissario giudiziale** ne sorveglia l'adempimento, il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di CP presentata da uno o più creditori e se il commissario giudiziale rileva che il debitore non lo fa, riferisce al Tribunale, che può attribuire al medesimo commissario poteri per provvedere ed eseguire il CP (art. 185, co. 4).
Lo stesso il Tribunale fa nel caso in cui l'inadempimento del debitore sia denunciato con ricorso dal soggetto che ha presentato la proposta.
Anche in questo caso, però, il commissario (non portatore di specifici interessi) non ha alcuna legittimazione sostanziale e processuale. La legittimazione all'azione di responsabilità contro il **liquidatore** giudiziale revocato appartiene, per esempio, ai sensi degli artt. 182 e 38 LF, al nuovo liquidatore giudiziale e non al commissario giudiziale.

www.osservatorio.oci.org

Però, ai sensi dell'art. **185, 6° co.** (come modificato dalla l. 132/15), il tribunale, sentiti il debitore e il commissario giudiziale, **può revocare l'organo amministrativo**, se si tratta di società, e **nominare un amministratore giudiziario** stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusa la convocazione dell'assemblea straordinaria per la delibera dell'aumento di capitale, ecc.. Quando è stato nominato il **liquidatore** a norma dell'art. 182, i compiti di amministratore giudiziario possono essere a lui attribuiti.

Ed allora, si potrebbe ipotizzare che nella **fase di esecuzione** del concordato preventivo non vi sia spazio per l'azione ex art. **2409** c.p.c, perché l'art. 185 (**norma speciale**) già disciplina i presupposti e la procedura per addivenire all'esautoramento dell'imprenditore o degli amministratori della società,
da un lato, in caso di situazione meno grave, attribuendo poteri esecutivi al commissario giudiziale,
dall'altro, in casi più gravi, nominare un amministratore giudiziario (o, in caso di presenza del liquidatore, attribuendo a costui i relativi poteri).

Non mi pare che la situazione sia diversa in caso di **concordato preventivo con continuità aziendale** (art. **186 bis**)
Tanto meno, sembrerebbe ipotizzabile lo strumento di cui all'art. 2409 cc. in caso di CP con continuità aziendale indiretta, cioè con gestione dell'azienda da parte di un terzo.

Tuttavia, esaminando con più attenzione la norma di cui all'art.**185**:
- è vero che si parla di ricorso da parte del creditore che ha fatto la proposta (5° comma), ma la nomina di amministratore giudiziario da parte del Tribunale può essere originata anche dalle osservazioni e dalla vigilanza del commissario giudiziale;
-però, in effetti potrebbero restare "scoperte" le ipotesi di:
.gravi irregolarità nella gestione non coincidenti con l'oggetto del comma 3 dell'art. 185 (che è limitato al mancato compimento o ritardo degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta di CP)-piano oggettivo-;
.denunce da parte di soci che non abbiano fatto proposte- piano soggettivo-.
Allora, forse, in questi casi residuali vi è ancora spazio per un'azione ex art. 2409 c.c. davanti al Tribunale delle Imprese.

4)**Revoca** dell'ammissione al CP, art. **173**:
- *1. Il **commissario giudiziale**, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o piu' crediti, esposto passivita' insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La*

www.osservatorio-oci.org

comunicazione ai creditori e' eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.
2. ***All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15****, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.*

E' dunque richiamato, per la procedura di revoca, l'art. **15**, il cui comma ottavo prevede che "il tribunale, a istanza di parte, **può emettere i provvedimenti cautelari e conservativi** a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento".
Secondo alcuni, **durante il procedimento di revoca**, per evitare atti di distrazione del patrimonio o atti che danneggino i creditori o pregiudichino la par condicio, il tribunale può disporre in via cautelare la nomina di un **amministratore giudiziario**, che sostituisca l'amministratore della società con poteri di ordinaria e, previa autorizzazione del tribunale, straordinaria amministrazione (Trib. Latina 10/12/2009).
In tal caso, la competenza speciale del Tribunale ex art. 15, co. 8, LF, sembra prevalere su quella ex art. 2409 c.c.

2)L'incidenza dei **PROVVEDIMENTI "CAUTELARI O CONSERVATIVI"** previsti dall'art. 15 c. 8° l. fall. nella *governance* della società di capitali

-**Art. 15, co. 8, LF**: "*Il Tribunale, a istanza di parte, può emettere i* ***provvedimenti cautelari o conservativi*** *a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza*".

-**Competenza**: Tribunale fallimentare, **collegio**, durante la pendenza della fase prefallimentare;
-**Presupposti**:
.*fumus boni iuris*: la probabile sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi necessari per la dichiarazione di fallimento;
.*periculum in mora*: il rischio che, nelle more del procedimento prefallimentare, possa essere lesa la capacità produttiva o l'integrità dell'azienda del debitore, con atti di distrazione dell'attivo o mediante l'assunzione di nuovi debiti, e che quindi a loro causa, in caso di successivo fallimento, sia impedita o resa più lunga e difficile la liquidazione concorsuale e la soddisfazione delle ragioni creditorie;
.la previsione è diretta alla *tutela dell'impresa*.
-**Simile** la previsione di cui all'art. 182 quinquies LF (il debitore che presenta domanda di ammissione al CP può chiedere di essere autorizzato in via d'urgenza a

www.osservatorio-oci.org

contrarre finanziamenti prededucibili funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale).

-**Durata**:

.limitata alla durata del procedimento, vengono confermati o revocati alla sentenza che dichiara il fallimento o revocati dal decreto che rigetta l'istanza;

.potrebbe permanere un'efficacia tra la dichiarazione di fallimento e la data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (dalla quale ha effetto la sentenza di fallimento rispetto ai terzi), per evitare un periodo sia pure breve di vuoto senza la tutela cautelare.

-**Disciplina**:

.rito cautelare uniforme, ove compatibile (669 quaterdecies c.p.c.; es.: Trib. Torre Annunziata 18/3/2013);

.parte della dottrina lo nega, sostenendo il carattere di specialità della disciplina fallimentare; però l'art. 15 non disciplina il procedimento;

.decreto inaudita altera parte; conferma, modifica o revoca all'udienza; poi conferma o revoca con la sentenza che dichiara il fallimento;

.reclamo? secondo alcuni no, controllo del TF, che poi decide se revocarli o meno; altri sostengono che questo provvedimento collegiale è reclamabile alla corte d'appello (art. 669 terdecies co. 2), entro 10 giorni (art. 26 LF, in deroga al 669 terdecies; App. Napoli 17/4/2013).

-**Tipologia**: senz'altro **influiscono sulla governance** della società in questa fase:

.provvedimenti tipici, come il sequestro dell'azienda, e atipici, come la nomina di un amministratore giudiziale;

.Specificamente a tutela del **patrimonio**:

..sequestro conservativo: fino alla decisione sul fallimento il debitore non può vendere i beni, i creditori non possono continuare le procedure esecutive intraprese, ledendo la par condicio (solo pignoramenti individuali);

..sospensione di azioni esecutive individuali: impedisce temporaneamente la vendita coattiva di cespiti immobiliari (Trib. Terni 3/3/2011)- cioè sospensione di singoli atti esecutivi-;

..sospensione conservativa dell'efficacia dei pagamenti: rende inefficaci nei confronti della massa dei creditori i pagamenti eventualmente eseguiti;

..provvedimento che dirotta in favore dell'impresa i crediti già oggetto di assegnazione forzata esecutiva con nomina contestuale di curatore speciale (Trib. Monza 20/11/2009); in particolare: si è esonerato temporaneamente il terzo pignorato dall'obbligo di pagamento in favore del creditore delle somme pignorate, con affidamento della gestione del conto sul quale si trovavano le somme ad un organo terzo che procedesse ai pagamenti essenziali per il funzionamento dell'attività d'impresa; non è possibile la sospensione della procedura esecutiva perchè spettante al giudice dell'esecuzione;

www.osservatorio-oci.org

.Provvedimenti che incidono sulla **governance** della società:

..**sequestro giudiziario**: anticipa lo spossessamento dell'imprenditore, in previsione del subentro del curatore; viene attribuita la custodia e la gestione temporanea ad un **custode**, che ha poteri di ordinaria e, previa autorizzazione del giudice delegato, anche di straordinaria amministrazione (Trib. La Spezia 4/8/2010), sostituendosi al titolare o agli amministratori della società (Trib. Novara 24/2/2010); non è esclusa la gestione congiunta del custode e dell'imprenditore (Trib. Vibo Valentia 11/11/2009);

..**nomina di un amministratore giudiziario**: si sostituisce al titolare di impresa o all'organo amministrativo, che viene sospeso (Trib. Novara 24/2/2010), oppure revocato (Trib. Napoli 23/6/2009); all'amministratore giudiziario possono essere conferiti poteri di controllo sull'amministrazione del patrimonio e sull'esercizio dell'impresa (Trib. Udine 11/7/2008).

In senso contrario si è espressa una parte della giurisprudenza, secondo cui nè la sentenza di fallimento, né eventuali atti posti in essere dal curatore in base ad essa sono in grado di determinare la rimozione degli organi societari o la loro sostituzione (Trib. Ancona 20/10/2009).

Comunque, lo scopo di questi provvedimenti è quello di fermare la vulnerabilità della governance della società (stessa funzione della procedura di cui all'art. 2409 c.c.).

Secondo alcuni la nomina dell'amministratore giudiziario segue la disciplina di cui all'art. **2409** c.c. (perlomeno per analogia); in tal caso l'amministratore giudiziario deve rendere conto del proprio operato al Tribunale che lo ha nominato, ai sensi degli artt. 92, 93, 94 disp. att. coc. civ.

La **competenza** ad emettere provvedimenti ex art. 2409, comunque, (se si ritiene che esso costituisca estrinsecazione dei poteri e delle urgenze di cui all'art. 15, co. 8, LF) sarebbe qui del **Trib. Fall**. (competente ex art. 15), non del Tribunale delle Imprese.

..**controllo giudiziario**: del debitore nell'ambito dell'attività svolta (Trib. Monza 11/2/2019), che viene sottoposta a periodici riscontri da parte di un tecnico incaricato dal Tribunale, oppure limitata: il compimento degli atti di maggiore importanza richiedono l'autorizzazione dall'autorità giudiziaria o dal tecnico (Trib. Bologna 10/5/2010); dalla pubblicazione sul registro delle imprese i terzi desumono la limitazione di poteri dell'imprenditore o degli amministratori; ad es. il Tribunale ha sottoposto al controllo giudiziario un libretto di deposito al fine di far confluire somme ancora dovute al debitore (Trib. Benevento 1/12/2011);

comunque la rapidità della procedura può rendere non possibile, per ragioni di tempo, la sottoposizione del debitore ai suddetti "periodici riscontri", o comunque imporli secondo modalità molto ravvicinate nel tempo.

..**divieti imposti** all'imprenditore o agli amministratori di compiere uno o più specifici atti, con nomina, ove necessario, per la loro esecuzione, di un curatore speciale:

..inibitoria di determinati atti di gestione dell'impresa;

..ordine di eseguire un contratto essenziale per la prosecuzione dell'impresa;

www.osservatorio.oci.org

..ordine di dare corso alle pratiche per la cassa integrazione guadagni (Trib. Novara 24/2/2010);

..sospensione di una delibera societaria che prevede la riduzione del capitale o la cessione dell'azienda, o una fusione o una scissione;

..presentazione di una dichiarazione fiscale, la cui omissione potrebbe comportare danno per l'impresa;

..divieto di stipulare contratti definitivi a seguito di preliminari già sottoscritti dalla società debitrice;

..blocco di pagamenti verso terzi.

Tali divieti possono incidere sui diritti dei terzi, non nel senso che impongano ad essi dei comportamenti attivi (che non si potrebbero ad essi richiedere), ma indirettamente, impedendo l'effettuazione di pagamenti o altre attività a loro favore.

Giurisprudenza varia:

Cassazione civile sez. I 14 dicembre 2016 n. 25736

Il **sequestro preventivo penale** dei beni di una società di capitali non rende il custode giudiziario di tali beni contraddittore necessario nel procedimento diretto alla dichiarazione di fallimento, per la validità del quale è sufficiente la convocazione dell'amministratore della medesima società, che resta nella titolarità di tutte le funzioni non riguardanti la gestione del patrimonio. Cassazione civile 14/12/2016 14/12/2016 05/10/2016 25736 sez. I

Cassazione civile sez. VI 29 maggio 2014 n. 12072

Il **custode giudiziario delle quote sociali**, designato in sede di sequestro preventivo penale, può assumere, in qualità di rappresentante della proprietà del capitale ed in mancanza di una norma di legge che lo vieti, la funzione di amministratore della società, dovendosi escludere il conflitto d'interessi. Ne consegue che il custode, assumendo la qualità di amministratore, è legittimato a proporre l'istanza per la dichiarazione di fallimento in proprio. Rigetta, App. Roma, 05/03/2012

Tribunale Como sez. I 20 aprile 2015

È **inammissibile** come rimedio impugnatorio contro l'istanza di rigetto o adozione dei provvedimenti cautelari ai sensi dell'**art. 15, comma 8, l. fall**., il **reclamo** ex art. 669 terdecies c.p.c.: lo stesso art. 15, comma 8, l. fall., stabilendo che **possono essere emessi provvedimenti cautelari solo nella fase prefallimentare** e solo dal Tribunale presso il quale pende la domanda di fallimento, detta la regola per cui essi possono essere concessi, ovvero negati, solo "inaudita altera parte" e con decreto suscettibile di riesame da parte unicamente dello stesso Tribunale chiamato a pronunciarsi sull'istanza di fallimento.

Tribunale Monza 20 novembre 2009

I provvedimenti cautelari o conservativi previsti dall'art. 15, comma 8, l.fall. hanno la funzione di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell'impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza e **non possono essere utilizzati per anticipare gli effetti connessi alla instaurazione di procedure concorsuali diverse come quella di concordato preventivo**.

Tribunale Sulmona 27 febbraio 2008

Ragioni di ordine sistematico (tra cui l'art. 184 l. fall.) inducono a ritenere che, **dopo l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, è inammissibile il ricorso per sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c.** dei beni oggetto della cessione sino alla esecuzione del concordato e non sino alla definitività del decreto di omologazione, come pare ricavarsi dalla lettera dell'art. 168 comma 1 l. fall. Il dies ad quem di durata dell'effetto protettivo va individuato nella definitività del decreto di omologazione, in quanto il patrimonio del debitore deve assolvere il compito primario di assicurare il pagamento dei creditori nelle percentuali indicate dal piano, oggetto di ammissione e di omologazione da parte del tribunale, ed approvato dai creditori in sede di adunanza. La fase esecutiva del concordato non può essere stravolta da azioni esecutive e cautelari sopravvenute, pena la risoluzione del concordato che non riesca a raggiungere gli obiettivi del piano.

www.osservatorio.org

3)L'incidenza dell'intervento del **COMMISSARIO GIUDIZIALE** e dell'**AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO** previsto dall'art. 185 l. fall. nella *governance* della società di capitali

Art. 185 (come modificato dalla l. 132/2015, che, nell'introdurre la possibilità di *proposte concorrenti* da parte dei creditori, ha inasprito gli effetti della mancata collaborazione da parte del debitore e ha potenziato i poteri del commissario giudiziale):
-Dopo l'omologazione del concordato, il **commissario giudiziale** ne sorveglia l'adempimento, il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di CP presentata da uno o più creditori e se il commissario giudiziale rileva che il debitore non lo fa, riferisce al Tribunale, che può attribuire al medesimo **commissario poteri** per provvedere ed eseguire il CP (art. 185, co. 4). (La norma dovrebbe estendersi anche alla mancata collaborazione dei creditori che hanno avanzato la proposta concorrente omologata).
Lo stesso il Tribunale fa nel caso in cui l'inadempimento del debitore sia denunciato con ricorso dal soggetto che ha presentato la proposta.
A differenza che nel concordato fallimentare, nel CP il commissario giudiziale ha in esclusiva i compiti di **sorveglianza** (marginale è la posizione del giudice delegato, la cui presenza emerge dall'art. 136). Il commissario verifica l'elenco di creditori e debitori, fa relazioni, analizza le garanzie offerte, controlla il comportamento del debitore e anche le operazioni liquidatorie. A tal fine ha poteri di indagine e può acquisire dagli organi dell'impresa ogni genere di atti e informazioni.
Anche in questo caso, però, il commissario (non portatore di specifici interessi) non ha alcuna legittimazione sostanziale e processuale. La legittimazione all'azione di responsabilità contro il **liquidatore** giudiziale revocato, per esempio, appartiene, ai sensi degli artt. 182 e 38 LF, al nuovo liquidatore giudiziale e non al commissario giudiziale.
Insomma il commissario giudiziale non ha compiti di amministrazione o gestione, né di rappresentanza del debitore o del ceto creditorio (salvo i poteri su citati di cui all'art. 185, co. 4, parte finale).

Però, ai sensi dell'art. **185, 6° co.** (come modificato dalla l. 132/15), il tribunale, sentiti il debitore e il commissario giudiziale, **può revocare l'organo amministrativo**, se si tratta di società, e **nominare un amministratore giudiziario** stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusa la convocazione dell'assemblea straordinaria per la delibera dell'aumento di capitale, ecc.. Quando è stato nominato il **liquidatore** a norma dell'art. 182, i compiti di amministratore giudiziario possono essere a lui attribuiti.

Dunque, in **fase di esecuzione del CP**:

www.osservatorio-oci.org

- la società è gestita dai suoi amministratori,
- ma, nel caso di loro inadempimento rispetto all'obbligo di eseguire il concordato (questo è l'oggetto dell'art. 185, eseguire la proposta di CP, anche la proposta concorrente dei creditori, se si tratti di quel caso), il Tribunale può attribuire il compito di tale esecuzione al commissario giudiziale o, nei casi più gravi, nominare un amministratore giudiziario.

A questo punto, il debitore, al quale, nella fase esecutiva del CP, era già sottratta ormai la disponibilità dei beni e l'amministrazione (salvo, forse, nel concordato con continuità aziendale diretta), non ha più poteri (né, dunque, nella società, gli amministratori), nel caso di inadempimento all'obbligo di eseguire la proposta, tanto che l'amministratore giudiziario eventualmente nominato ha ogni potere per eseguire detta proposta, compresa la convocazione dell'assemblea per deliberare l'aumento di capitale e l'esercizio di voto nella stessa (art. 185 co. 6).

4)La posizione dei **SOCI FINANZIATORI** nell'ambito del Concordato Preventivo: soddisfazione sia pur minimale; diritto di voto.

Secondo le regole in materia societaria, i crediti per finanziamenti soci sono **postergati** (art. 2467 c.c.: *"Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. Ai fini del precedente comma, si intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento"*; art. 2497 quinquies c.c.: estende detta norma ai *gruppi di società*, con riguardo ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti di questa, direttamente o indirettamente, per il tramite di altri soggetti ad essa sottoposti).

Ed allora, secondo una passata tesi dottrinale: nel concordato preventivo i crediti postergati sono inseriti nella classe 0 (cioè non ricevono soddisfazione dalla procedura; trattandosi di postergazione legale, si può fare così).
Però, questi creditori postergati della classe 0 presumibilmente voteranno favorevolmente al concordato preventivo perché grazie ad esso possono evitare il fallimento, le revocatorie fallimentari, le segnalazioni per reati fallimentari e le azioni di responsabilità contro quelli di essi che sono stati amministratori.
Infatti, anche se il concordato preventivo di per sè non permette di evitare di essere perseguiti per reati fallimentari (art. 236 L.F.), che sono rilevanti anche in tale sede, tuttavia l'attenzione del Commissario è rivolta alla predisposizione della proposta di concordato, non all'accertamento delle responsabilità, come fa il Curatore fallimentare (o meglio: il lavoro del Commissario del concordato potrebbe non

www.osservatorio-oci.org

estendersi all'accertamento delle ipotesi di pregressi illeciti, mancando in questa sede la ricerca e il ricevimento di flussi di notizie relative alla bancarotta, ecc.).
Il socio amministratore, di solito nelle medio-piccole imprese italiane, è anche finanziatore e vota, dunque, a favore del concordato preventivo, per evitare, appunto, eventuali azioni di responsabilità contro di lui.

Ma l'art. 182 quater, (introdotto nel 2010 e modificato dalla l. 134/2012), ha innovativamente previsto:
"Art. 182-quater. Disposizioni in tema di prededucibilita' dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti
*1. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati **in esecuzione di un concordato preventivo** di cui agli articoli 160 e seguenti **ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato** ai sensi dell'articolo 182-bis) sono **prededucibili** ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.*
*2. Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i **crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione** della domanda di ammissione alla procedura di **concordato preventivo** o della domanda di omologazione dell'**accordo di ristrutturazione dei debiti**, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.*
*3. **In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile**, **il primo ed il secondo comma** si applicano **anche ai finanziamenti effettuati dai soci** fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.*
4. (Comma abrogato).
*5. Con riferimento ai crediti indicati al **secondo comma**, i **creditori, anche se soci**, sono **esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze** per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma"*

Si osserva, dunque, che è stata prevista la **prededucibilità** dei finanziamenti effettuati **in esecuzione** (primo comma) o **strumentalmente in funzione dell'approvazione** (secondo comma) di un CP o di un ARD, onde favorire gli stessi.
Nel caso di **soci finanziatori**, per favorire l'emersione anticipata della crisi, riconoscendo ad essi qualche vantaggio, è stato previsto, in **deroga agli artt. 2467 e 2497 quinquies**, che la prededuzione operi anche a favore dei soci che abbiano erogato un finanziamento in funzione o in esecuzione delle predette procedure, secondo le regole stabilite dai commi 1 e 2 dell'art. 182 quater.
La legge 134/2012 ha ampliato la norma, prevedendo la prededucibilità anche quando il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del CP o dell'ARD, cioè quando il terzo sia intervenuto assumendo una partecipazione nella società in vista della sua ristrutturazione.
La prededuzione per i soci è **limitata all'80%**. Per una parte dell'investimento, quindi, il socio deve rischiare in proprio sul buon esito della procedura.

Quanto al voto, ai sensi dell'art. 182 quater co. 4, con riferimento ai crediti indicati al **secondo comma** (cioè quelli erogati in funzione delle procedure), **i creditori, anche se soci**, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma"

www.osservatorio-oci.org

ED ALLORA:

-**In caso di finanziamenti di soci sorti in funzione o in esecuzione** delle procedure concorsuali:
.i crediti sono **prededucibili** nei limiti dell'80%, se ricorrono le condizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 182 quater;
.**questione voto**:
.in caso di finanziamenti erogati "in funzione" della presentazione della domanda di CP o ARD (comma 2 art. 182 quater), i soci finanziatori sono esclusi dal voto (il comma 4 non richiama il comma 1, finanziamenti "in esecuzione" del CP, perché si tratta della fase successiva al voto);
.non sembrano invece esclusi dal voto:
..i soci finanziatori in assenza di riconoscimento della prededuzione (perchè non ricorrono le condizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 182 quater),
..i soci finanziatori, quando si tratta di finanziamenti anteriori che non sono stati fatti "in funzione" del CP.**
..salvo l'art. 177 ult. co.

-**In caso di finanziamenti *non* fatti in funzione o in esecuzione del CP**:
.vale la regola della postergazione, artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.;

.suppongo che possano **votare** per il CP (secondo le regole di cui all'art. 177);
Più specificamente:
-ai sensi dell'art. 177 e della sua interpretazione, hanno diritto di voto:
.i creditori chirografari anteriori al concordato inseriti nell'elenco creditori e per i quali non sia prevista l'integrale soddisfazione;
.i creditori privilegiati, che abbiano rinunciato in tutto o in parte alla prelazione.
Quanto ai creditori chirografari **postergati**:
.secondo una tesi hanno diritto al voto, perché non hanno rinunciato alle loro ragioni, ma hanno accettato di farle valere dopo quelle degli altri creditori (Trib. Bergamo 29/11/2012; Trib. Bari 25/2/2008);
.secondo altra tesi, no, perchè accettano di restare tra i creditori non necessariamente destinati alla soddisfazione, quindi il loro voto non è determinante per le sorti della procedura (dottrina: Jachia; Vitalone).

.non possono, (contrariamente alle tesi dottrinali del passato) far parte di una classe 0, a ciò ostando:
..l'art. 161, co. 2, lett. e (aggiunta dalla l. 132/2015): "*Il debitore deve presentare con il ricorso:…e)un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, **la proposta deve indicare l'utilità** specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare **a ciascun creditore***";
..Cassazione civile sez. I 13 giugno 2016 n. 12119:

www.osservatorio-oci.org

"La compressione che il creditore subisce al suo diritto per effetto del procedimento di concordato, nel bilanciamento con l'esigenza dell'imprenditore ad uscire dallo stato di crisi si giustifica solo ove ricorrano le condizioni, da un lato, della piena conoscenza di tutti i dati da parte dei creditori e, dall'altro, del raggiungimento della duplice finalità perseguita con l'instaurazione della detta procedura, consistenti nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da una parte, e nel ***riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito*** *da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti. Pertanto, se la causa del concordato preventivo è nella regolazione della crisi attraverso il soddisfacimento dei creditori ed essa viene valutata ex ante dal tribunale dell'omologa, diverso è il giudizio afferente alla prededucibilità del credito dei professionisti. Il principio di diritto che il giudice deve applicare sancisce l'esigenza di una valutazione in concreto del beneficio per i creditori, non fondato cioè sulle mere percentuali previste nel piano. Cassazione civile 13/06/2016 13/06/2016 16/05/2016 12119 sez. I".*

Cassazione civile sez. un. 23 gennaio 2013 n. 1521:

"Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un ***soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori****, da un altro".*

Come si concilia questa previsione di una soddisfazione sia pur minima dei creditori postergati con le norme sulla postergazione, di cui agli artt. 2467 e 2497 quinquies?
Si potrebbe sostenere che non si tratta di deroga ai suddetti articoli, laddove si supponga che la postergazione rispetto ai creditori chirografari valga relativamente alle risorse dell'impresa e non con riferimento a risorse esterne (come finanziamenti esterni).
Insomma, i creditori postergati potrebbero trovare la loro soddisfazione minimale grazie a risorse esterne all'impresa, raccolte in funzione del CP e idonee a soddisfare qualunque tipo di creditori.
Oppure, la soddisfazione sia pur minimale per i creditori postergati potrebbe derivare dalla concessione ad essi di continuare a lavorare, per esempio di continuare a fornire beni ed opere per l'azienda in CP, con creazione di futuri crediti, che sorgeranno successivamente all'omologazione del CP.

5) **L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ** da parte di una società in esecuzione di un CP liquidatorio omologato: contenuto del piano di concordato; necessità o meno della delibera dell'assemblea (nelle spa e nelle srl); l'organo legittimato all'azione.
L'azione dei creditori sociali dopo l'omologazione del CP: il pregiudizio che i creditori possono far valere.

a)IN GENERALE

www.osservatorio.oiv.org

Nessuna norma disciplina specificamente, **in caso di concordato preventivo**, l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali nei confronti degli amministratori (cessati o in carica) che abbiano gestito la società di capitali in CP violando con dolo o colpa i propri doveri giuridici e causando così danni al patrimonio sociale.

In caso di fallimento è indubbio che la legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c. spetti al **curatore fallimentare** e non al singolo creditore, il quale solo a seguito della chiusura del fallimento sarà legittimato ad agire (Trib. Milano 15/7/20915 n. 8714).
Il curatore fallimentare di una srl ha la **legittimazione attiva unitaria**, sia in sede penale che in sede civile, all'esercizio di **qualsiasi azione di responsabilità**, sia sociale, sia a tutela dei creditori (Cass. Civ. 23/1/2017 n. 1641).
***Corte di Cassazione, Sez. I civ., 31 maggio 2016 n. 11264**:*
.In tema di azione di responsabilità sociale promossa, nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una s.r.l. ai sensi dell'art. 2476, comma terzo, c.c., dai soci in sostituzione processuale della società, nel caso di suo successivo fallimento, ai sensi dell'art. 146, comma secondo, lett. a) L. F., è il curatore fallimentare l'unico soggetto legittimato a proseguire l'azione. Sicché, quando nel corso dell'appello riassunto nei confronti del fallimento della società, il curatore non abbia inteso proseguire l'azione, la causa deve essere dichiarata senz'altro improcedibile, per sopravvenuto difetto di legittimazione attiva dei soci

Diversa la situazione per la società in **CP.**

La **riforma della legge fallimentare** ha profondamente inciso sul quadro normativo:

1. ha **eliminato**, quanto meno tra i requisiti per l'ammissione, la **regolare tenuta nella contabilità** nel biennio;
2. ha eliminato il requisito della **meritevolezza**;
3. ha previsto che il concordato **possa consistere nella cessione dei beni** della società debitrice, **ma non ha riprodotto** la norma contenuta nel testo previgente dell'**art. 160 l. fall.,** nella parte in cui prevedeva che tale cessione dovesse necessariamente investire **tutti i beni** della società.

Ciò ha comportato **due conseguenze**.
La **prima**: è diventato possibile (sebbene non probabile, alla luce dei poteri di reazione che comunque la legge attribuisce agli organi della procedura in caso di irregolare tenuta della contabilità, nella misura in cui ciò sia riconducibile all'**art. 173 l. fall.**) che la procedura di concordato preventivo sia aperta nei confronti di società con amministratori (cessati o in carica) che abbiano commesso fatti di *mala gestio* che abbiano cagionato danni al patrimonio sociale, anche in termini di indebita assunzione di ulteriori obbligazioni nonostante lo stato di dissesto ovvero la perdita del capitale sociale o il *deficit* patrimoniale.
La **seconda**: è possibile (almeno così taluno ritiene) che la cessione sia solo parziale, riguardi cioè non tutti i beni e i diritti compresi nel patrimonio della società istante, a partire, evidentemente, dall'azione sociale di responsabilità.
In altri termini secondo questa tesi, alla luce della riforma, **la proposta di concordato potrebbe essere formulata in modo tale da non comprendere, tra i beni offerti, il credito della società al risarcimento dei danni** ad essa cagionati dai suoi amministratori.
Si tratta, a questo punto, di stabilire, nel singolo caso, se il concordato comprenda, o meno, la cessione della gestione o il trasferimento della titolarità dell'azione sociale di responsabilità.

b)AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ (artt. 2392-2393 c.c.):

Il codice attribuisce alla società il diritto di agire nei confronti dei suoi amministratori per il risarcimento del pregiudizio che gli stessi hanno arrecato al suo patrimonio.

www.osservatorio-oci.org

L'azione segue alla delibera dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione (art. 2393); possono agire anche i soci che rappresentino certe percentuali del capitale sociale (art. 2393 bis) e la società è litisconsorte necessario (art. 78, curatore provvisorio per evitare conflitti di interesse).
Nelle srl: art. 2476, co. 3: l'azione è promossa da ciascun socio, indipendentemente dalla consistenza della sua partecipazione al capitale sociale; fa valere in nome proprio il diritto della persona giuridica; la società è litisconsorte necessario;
dubbi: è legittimata attivamente anche la società (tramite gli amministratori non coinvolti o un curatore provvisorio); è necessaria la delibera dell'assemblea dei soci?
Oggi prevale l'orientamento favorevole, essendo la società titolare del diritto al risarcimento; resta dubbio se sia necessaria la delibera dell'assemblea.

L'azione sociale di responsabilità è **ammissibile** anche in fase di **CP**:
.purchè non sia **rinunciata**, prima del deposito della domanda di CP
(art. 2393, co. 6: "*La società può rinunziare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinunzia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo del'lart. 2393 bis*"
art. 2476, co. 5: "*Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale*);
.è un asset spendibile in sede di proposta di CP; la rinuncia potrebbe essere un abuso-atto di frode.

Se la società è nella fase del CP, ci si è occupati di capire se l'azione può essere esercitata durante la procedura e di individuare i soggetti legittimati, distinguendo a seconda del contenuto della proposta di concordato.

1)Concordato che **non** prevede la **cessione dei beni** (a terzi o a un liquidatore)-neanche continuità aziendale con cessione di beni non funzionali-: la legittimazione rimane nella titolarità e disponibilità della **società**.

2)Concordato che prevede la **cessione dei beni**, **compresa l'azione sociale**: la legittimazione allora spetta:
-prima dell'omologazione del concordato: alla sola **società** debitrice, che può esercitarla, anche durante la procedura, secondo le regole ordinarie (**salve solo le deroghe previste per la rinuncia o transazione**, per le quali è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato a pena di inefficacia, art. 167 LF);
-dopo l'omologazione: al **liquidatore**, che gestisce e dispone dei beni e dei diritti della società, compresa la legittimazione a farli valere in giudizio e a rinunciare e transigere.

3)Concordato che prevede la **cessione di beni** o diritti sociali a terzi o a un liquidatore, **ma nulla dispone** circa l'azione sociale di responsabilità (non la esclude

www.osservatorio.oci.org

espressamente), oppure offre in cessione solo dei **beni determinati**, escludendo i beni non contemplati in quanto non offerti: **non si può presumere** che l'azione di responsabilità rientri comunque nella cessione (la presunzione di cessione anche di essa può operare solo quando l'offerta riguarda non singoli determinati beni, ma l'intera azienda sociale).

-**Problema**:

.è possibile un CP liquidatorio con **trasferimento di solo parte** dell'attivo patrimoniale? (con trattenimento alla società, fra l'altro, dell'asr)?

..Secondo Trib. Trento 3/3/2016 si violerebbe l'art. 2740 c.c., che stabilisce che l'intero patrimonio del debitore è a garanzia dei creditori

..art. 160 prima di riforma però parlava di *cessione di tutti i beni*, ora dice solo *cessione dei beni*;

-**Comunque**:

..se si ammette possibile cessione parziale e il piano non dice nulla o trasferisce solo beni determinati, non si può presumere che l'asr sia trasferita;

..se non si ammette cessione parziale, nel piano liquidatorio si presume trasferita anche l'asr;

..se è CP con continuità aziendale oggettiva (gestione dell'azienda da parte di un terzo): se si esclude che l'asr costituisca un elemento dell'organizzazione aziendale, non resta nell'azienda e va considerata trasferita ai creditori;

se non è nominato un liquidatore (perché non c'è cessione beni), resta legittimato il debitore/amministratore?

..se è CP con continuità aziendale soggettiva (la società continua la gestione dell'azienda): l'asr resta alla società, che non è obbligata al suo esercizio, se non è prevista nel piano di CP;

..se è CP misto (continuità aziendale + liquidazione dei "beni non funzionali"): l'asr può essere compresa tra i beni "non funzionali all'esercizio dell'impresa", dunque trasferita ai creditori.

-**Dunque**: **se l'asr non è trasferita ai creditori**:

-il liquidatore designato non può esercitare l'azione né proseguire il giudizio già promosso;

-l'azione rimane nella disponibilità della **società** debitrice, che può esercitarla, anche durante la procedura, secondo le regole ordinarie (**salve solo le deroghe previste per la rinuncia o transazione**, per le quali è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato a pena di inefficacia, art. 167 LF);

-**Se, invece, l'asr è trasferita ai creditori**:

-**Primo problema**: è necessaria una **previa delibera** dell'assemblea dei soci (che si ritiene necessaria anche per la srl in bonis)?

.l'art. 152 LF rimette agli amministratori il potere di decidere se fare la proposta e le condizioni, con tutte le implicazioni circa il conflitto di interessi con l'amministratore destinatario dell'azione di responsabilità;

.critiche alla necessità della delibera dell'assemblea:

www.osservatorio.oci.org

..la società trasferisce l'asr ai creditori, come bene (risarcimento danni), mettendoglielo a disposizione, senza la condizione della delibera assembleare favorevole;

..la delibera è richiesta in 2393 e, secondo tesi, in 2476 perché l'asr ha rilevanza mista, tra gestione e governance (ma si tratta solo di rapporti intersocietari, tra amministratori e soci, non più rilevanti nel CP);

..la delibera assembleare sembra necessaria solo per la rinuncia-transazione;

..se il piano prevede la cessione dell'asr a terzi, ciò può implicare una transazione: la società cede l'azione in cambio di un prezzo e non può più esercitare il diritto al risarcimento danni contro gli amministratori; dunque non può più esservi una delibera assembleare;

.in definitiva, sembra doversi **escludere la necessità della delibera assembleare** in caso di trasferimento dell'asr a terzo, perché non si pone più alcun problema di conflitto interno alla governance della società.

Si veda **Trib. Trento 3/3/2016**, per il quale:

.la **cessione dei beni** **non** può essere **parziale**, per cui nella cessione sarà **sempre ricompresa anche l'azione di responsabilità** contro gli amministratori, che dunque sarà esercitata dal liquidatore.

.**non è necessaria** la delibera dell'**assemblea**:

"Una **srl in liquidazione ed in concordato preventivo**, ha esercitato, **in persona del suo liquidatore sociale e del liquidatore giudiziale**, **azione di responsabilità nei confronti dei suoi ex amministratori**…..

Riconosciuta, pertanto, l'**azione sociale di responsabilità** degli amministratori anche nella **società a responsabilità limitata**, vi è da prendere atto che tale azione è poco o nulla regolamentata. In particolare, il suo esercizio non è subordinato alla previa adozione di una **delibera dell'assemblea** dei soci, ovvero di una decisione dei sindaci, come previsto dall'art. 2393 c.c. Al riguardo si è però osservato che lasciare agli amministratori la decisione in ordine al promuovimento dell'azione di responsabilità appare incongruo, sia perché, nell'ipotesi in cui tale azione sia promossa contro un amministratore ancora in carica, ciò comporterebbe il rischio che tale strumento venga utilizzato all'interno del consiglio di amministrazione per condizionare l'operato di un amministratore, sia in quanto, se il potere di disporre dell'azione di responsabilità spetta alla società, e per essa all'assemblea dei soci, all'assemblea deve altresì essere riconosciuto il potere/dovere di deliberarne il promuovimento (cfr. Trib. Padova 12 luglio 2012)….

Concludendo, pertanto, sul punto: **l'esercizio dell'azione di responsabilità è nella specie regolato dall'art. 2476** c.c., giacché Cosbau si era già trasformata in società a responsabilità limitata al momento della proposizione della domanda; Cosbau è titolare della azione e legittimata al suo esercizio, per le ragioni in precedenza esposte; infine, ai fini della procedibilità dell'azione sarebbe necessaria la previa deliberazione dell'assemblea dei soci o la decisione dei sindaci a maggioranza, ma la validità di tale affermazione va altresì vagliata alla luce del fatto che l'attrice non è società *in bonis*, bensì in concordato preventivo….

A quest'ultima circostanza si collega altra serie di eccezioni proposte dai convenuti, che attengono alla stessa **ammissibilità dell'azione sociale di responsabilità nell'ambito di un concordato preventivo**, nonché all'**individuazione del soggetto legittimato ad esercitarla**.

Fra i convenuti vi è infatti chi ha eccepito il difetto di legittimazione ad agire del liquidatore sociale e di quello giudiziale, affermando quella del commissario giudiziale. Sennonché, la legittimazione del **commissario giudiziale** si presenta **non compatibile** con le funzioni di mera vigilanza sull'esecuzione del concordato, nonché di informazione e consultive, demandate a tale organo della procedura dall'art. 185 l. fall. (cfr. Cass., 7 luglio 2015, n.14052), sì che la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi penali per i reati previsti dal titolo VI della legge fallimentare, riconosciutagli dall'art. 240 di tale legge, appare difficilmente predicabile al di fuori del perimetro tracciato da tale norma.

Va allora innanzi tutto osservato che il concordato proposto da Cosbau è un **concordato con cessione dei beni**, il quale **deve necessariamente riguardare tutti i beni dell'imprenditore**.

www.osservatorio-oci.org

Al riguardo non vale invocare la natura negoziale del concordato, per poi inferirne che la limitazione della cessione ad alcuni beni è questione che attiene alla convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare, in quanto tale rimessa al giudizio dei creditori.
Il perimetro della garanzia generica rappresentata dal patrimonio del debitore, la quale riguarda tutti i suoi beni, presenti e futuri, non può, infatti, subire restrizioni se non nei casi previsti dalla legge (art. 2740, commi 1° e 2°, c.c.), la qual cosa esclude che essa possa essere limitata in via negoziale.
Occorrerebbe, pertanto, che nella disciplina del concordato preventivo potesse ravvisarsi una norma che deroga a tale regime, il ché è certamente vero per il **concordato con continuità aziendale**, dal momento che in esso la provvista necessaria al soddisfacimento dei creditori è destinata a rinvenire dai flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività e non dalla liquidazione dei cespiti aziendali, che evidentemente rimangono nella disponibilità del debitore, tant'è vero che la dismissione ne è prevista come meramente eventuale (cfr. l'art. 186 *bis* l. fall.). **Per il concordato con cessione dei beni, invece**, il fondamento normativo vorrebbe cogliersi, non da quel che la norma dice, ma da quel che essa **non dice più** (la circostanza, cioè, che, a seguito della riforma del 2005, l'art. 160 parli di "cessione dei beni" e non di "cessione di tutti i beni"), il che è sinceramente poco, considerato che l'individuazione dei "casi previsti dalla legge" fatti salvi dall'art 2740, comma 2°, c.c. necessita di più sicuri riscontri normativi…
In definitiva, pertanto, poiché la cessione dei beni proposta dall'attrice ha riguardato tutti i suoi beni, ivi inclusi i diritti di credito, non assume alcun rilievo il fatto che l'azione di responsabilità nei confronti del suoi ex amministratori e sindaci fosse o meno espressamente contemplata nel piano concordatario.
Resta ora da concludere il discorso in precedenza iniziato a proposito della condizione di procedibilità prevista dall'art. 2393 c.c….
A prescindere da ciò, deve ritenersi che **la delibera dell'assemblea dei soci**, o la decisione del collegio dei sindaci, **necessaria per la procedibilità dell'azione di responsabilità nel caso di società *in bonis*, non lo sia invece nel caso di società in concordato**.
Si è già osservato, infatti, che la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 2393 c.c. vada ricercata nella finalità di evitare che tale azione venga utilizzata (o minacciata) strumentalmente, come mezzo di coazione esercitato da alcuni membri del consiglio di amministrazione nei confronti di altri, così trasferendo in sede giudiziaria un dissidio che deve (almeno prioritariamente) trovare composizione in forza della dialettica interna al consiglio ovvero dell'assemblea; si è inoltre evidenziata la necessaria correlazione fra il potere di rinunciare e transi-gere sull'azione, sicuramente spettante all'assemblea dei soci, e la decisione di promuovere il relativo giudizio. **In caso di concordato, tuttavia, il fatto che l'esercizio dell'azione avvenga da parte degli organi della procedura** (ove si ritenga attivamente legittimato il **liquidatore** giudiziale, o, argomentando dall'art. 240 l. fall., il commissario giudi-ziale), ovvero, e comunque, sotto il loro controllo (ove la legittimazione venga invece riconosciuta al liquidatore sociale), **neutralizza ed esclude quel rischio**; per altro verso, **con la cessione dell'azione ai creditori l'imprenditore si spoglia del potere di disporne**".

In senso contrario:

-Trib. Bologna 16/8/2016 n. 2121:

.Se una **delibera assembleare** non attribuisce al liquidatore giudiziale il potere di esercitare l'azione di responsabilità sociale, egli è privo di legittimazione ad agire contro gli amministratori della società in concordato preventivo. Osserva il tribunale infatti che la delibera assembleare è condizione sostanziale dell'azione di responsabilità sociale, che la legge trattando di legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità (all'art. 2394 bis c.c.) omette di fare cenno al liquidatore e che, infine, l'imprenditore nel concordato preventivo non perde né la capacità processuale, né la legittimazione attiva o passiva.
.Con l'esercizio dell'azione di responsabilità sociale da parte del **Liquidatore giudiziale** della procedura di concordato preventivo, **in assenza** della **delibera assembleare** deputata al precisato accertamento, lo stesso **esorbita** dai poteri al medesimo attribuiti poiché esercitati su un oggetto estraneo al perimetro dei beni ceduti ai creditori con la domanda di ammissione alla procedura concordataria.
.In assenza di una delibera assembleare che attribuisca al liquidatore lo specifico potere di esercitare l'azione di responsabilità sociale, esso è privo di legittimità ad agire in tal senso verso gli amministratori di società in concordato preventivo. Infatti, considerato che la delibera assembleare è condizione sostanziale dell'azione di responsabilità sociale, che l'art. 2394-bis c.c. trattando di legittimazione degli organi delle procedure concorsuali all'esercizio delle azioni di responsabilità omette di fare cenno al liquidatore giudiziale, che l'imprenditore nel concordato preventivo non perde né la capacità

www.osservatorio.oil.org

processuale né la legittimazione attiva o passiva, l'esercizio da parte del liquidatore di tale azione, senza previa delibera, è da considerare esorbitante rispetto ai poteri ad esso attribuiti.

Tribunale Milano sez. II 19 luglio 2011 n. 9805
Il liquidatore giudiziale è privo della legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società ammessa alla procedura di concordato preventivo **per cessione di beni**, quantomeno nei casi in cui la relativa proposizione non sia stata **deliberata dall'assemblea**, al fine di ricomprenderla nell'attivo concordatario, in tal senso deponendo sia la sua funzione di mero mandatario per la liquidazione dei beni oggetto della cessione sia la previsione dell'art. 2394 c.c. che, nel dettare una disciplina speciale in ordine alla legittimazione degli organi delle procedure concorsuali al fine dell'esercizio dell'azione di responsabilità, non contiene alcun riferimento al liquidatore giudiziale.

Tribunale di Milano 20/2/2017
Alcune questioni in materia di azione di responsabilità degli amministratori: delibera di autorizzazione, profili processuali e sostanziali
Il liquidatore giudiziale, in ipotesi di concordato con cessione dei beni, è legittimato ad **intervenire** nel **procedimento giudiziario introdotto dal debitore in concordato** per la tutela di un proprio diritto di credito, al fine di sostenere le sue ragioni quale mero "gestore dei beni", ai sensi dell'art. 105 co. 2 c.p.c. Il liquidatore è titolare di un interesse qualificato rispetto all'esito del giudizio, in quanto questo potrebbe comportare una variazione in positivo della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari della procedura concorsuale (nel caso di specie, il Tribunale, dopo aver qualificato l'intervento spiegato dal liquidatore come adesivo, ha rilevato la manifesta arbitrarietà della sua pretesa di proporre in sede di udienza di precisazione delle conclusioni la domanda di condanna nella sua originaria estensione, nonostante fosse stata oggetto di parziale rinuncia in sede di memoria ex art. 183, co. 6, num. 1, 1 c.p.c. ad opera dell'attore).

Cassazione civile sez. un. 23 febbraio 2010 n. 4309
Il terzo assuntore del concordato preventivo di una società in stato di insolvenza è legittimato, in qualità di **successore a titolo particolare del liquidatore**, a spiegare **intervento nel giudizio di responsabilità da quest'ultimo promosso**, ai sensi dell'art. 2394 c.c., nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle società, in rappresentanza della massa dei creditori.

Tribunale Trento 10 giugno 2016
In ordine all'ammissibilità **dell'azione sociale di responsabilità** nell'ambito di un concordato preventivo, nonché all'individuazione del soggetto legittimato ad esercitarla, **la legittimazione del commissario giudiziale si presenta non compatibile** con le **funzioni di mera vigilanza** sull'esecuzione del concordato, nonché di informazione e consultive, demandate a tale organo della procedura dall'art. 185 l. fall.

Tribunale Cagliari 07 febbraio 2013
La sopravvalutazione o la non corretta contabilizzazione di crediti e il conseguente occultamento di perdite, anche di entità tale da ridurre il capitale al di sotto del minimo legale, **rilevate dal commissario giudiziale** in relazione agli esercizi precedenti al deposito della domanda di concordato, non integrano atti di frode suscettibili di motivare la revoca dell'ammissione a concordato, bensì rilevano ai diversi fini dell'eventuale **accertamento della responsabilità degli amministratori e dei sindaci per la violazione dei propri doveri**.

-**Secondo problema**: chi è **legittimato** ad esercitare l'asr trasferita ai creditori?
La legittimazione sembra spettare:
-prima dell'omologazione del concordato: alla sola **società**, salva la deroga per rinunce e transazioni (art. 167);
-dopo l'omologazione: al **liquidatore**, che gestisce e dispone dei beni e dei diritti della società, compresa la legittimazione a farli valere in giudizio e a rinunciare e transigere.

www.osservatorio-oci.org

L'art. 2394 bis c.c. non contempla il CP, perché il trasferimento della legittimazione al liquidatore è l'effetto del contenuto concreto del piano, non della procedura di CP in sé.

Pare da escludere la legittimazione del **commissario giudiziale**:

-ha solo compiti di vigilanza;

.la legittimazione assegnata al commissario giudiziale, come al curatore, al commissario liquidatore e al commissario speciale, dall'art. 240 LF (costituzione di poarte civile nel procedimento penale per reati in materia di fallimento), pare debba essere considerata di stretta interpretazione;

.circa i poteri ex art. 185, co. 4 e 5: poteri per provvedere, nel caso in cui, da parte del debitore, vi sia mancato compimento o ritardo degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta di CP.

Forse in questo caso si, può promuovere l'asr. Specialmente se non c'è un liquidatore.

L'azione si esercita davanti al Tribunale delle Imprese.

Secondo alcuni autori (D.Galletti, "*Le azioni di responsabilità esercitate nel corso di procedure di concordato preventivo*", in "Il Fallimentarista", marzo/15):

-Salvo forse che nel caso in cui la delibera ex art.152 lf risulti assunta direttamente dall'assemblea dei soci (ai sensi del relativo co.2), dubito fortemente che nel concordato preventivo liquidatorio con cessione dei beni (e men che mai in quelli ex art.186bis) si possa ritenere "automaticamente" ceduta ai creditori anche l'azione sociale di responsabilità, tanto da consentirne, quindi, la diretta proponibilità a cura del Liquidatore giudiziale (ovvero da parte del Organo Amministrativo nei cp ex art.186bis…caso mai contro sè stesso con previa nomina di un curatore speciale ex art.79 cpc?)

-e d'altra parte, quantomeno su un piano sistematico, anche gli artt. 2394bis , 2409 (nb: e si noti che tali artt. fanno un chiaro riferimento all'azione sociale) e 2497 cc, come l'art. 146 lf, conducono alla stessa conclusione: se il Legislatore solo in determinati casi ha attribuito a soggetti "terzi" la legittimazione ad agire per l'azione (anche) sociale di responsabilità, è evidente, quantomeno ex art.81 cpc, che fuori che da tali casi espressamente previsti per legge nessun altro può agire in sostituzione della società

-infine, il permettere al Liquidatore Giudiziale (…lasciamo stare il legale rappresentante del "cp-186bis"…mi pare davvero troppo…) di agire pro creditori con l'azione di responsabilità Sociale assumerebbe un connotato surrogatorio (v.in tema C.13765/07) che si porrebbe in contrasto logico, prima ancora che giuridico (184 co.1 LF), con il patto concordatario raggiunto con l'omologa (salva, ovviamente, espressa cessione ai creditori dell'azione de qua).

www.osservatorio-oci.org

Dunque (secondo le riflessioni di Giuseppe Dongiacomo, commento del 16/11/2012, *ilFallimentarista.it*), riassumendo e approfondendo riguardo alla previsione o meno del piano di CP circa il trasferimento dell'azione sociale di responsabilità:

Piano escludente la cessione delle azioni di responsabilità

1) Proposta di concordato con cessione che non comprende l'azione sociale.

L'art. 161, comma 4, l. fall. prevede che la **domanda di concordato preventivo deve essere approvata e sottoscritta** a norma dell'art. 152 l. fall., secondo cui, nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata, la **proposta**, salvo diversa disposizione statutaria, è **deliberata dagli amministratori**.

Può accadere, quindi, che gli amministratori decidano di proporre un concordato con cessione di beni che non comprenda l'azione sociale di responsabilità, ma la decisione è assunta con il voto determinante degli stessi amministratori responsabili o di amministratori che con i responsabili (es. gli amministratori cessati o i soci ex art. 2476, comma 7, c.c.) abbiano una relazione qualificata e, quindi, **in conflitto di interessi** con la società e, precisamente, tra l'interesse degli amministratori, per sé o per altri, a che l'azione sociale non sia ceduta ai creditori e l'interesse della società a superare lo stato di crisi mediante un'offerta che sia concretamente appetibile per i creditori.

Lo stesso è a dirsi per il caso in cui la decisione di presentare la domanda di concordato è rimessa alla **decisione dell'assemblea dei soci**: può accadere, infatti, che i soci deliberino di escludere l'azione sociale tra i beni offerti con il voto determinante di soci (non amministratori), che, in quanto legati con i responsabili da una relazione qualificata, versino in conflitto di interessi con la società, o, addirittura, con il voto determinante di soci amministratori che, come è noto, a norma dell'art. 2373, comma 2, c.c., non possono votare nelle deliberazioni che, come quella in esame, riguardino (anche) la loro responsabilità.

Si tratta, come è evidente, di situazione in cui la **decisione** consiliare o assembleare, in quanto presa con il voto determinante di amministratori o soci in conflitto di interessi con la società, **sono invalide** (artt. 2391, comma 3, 2475 *ter*, 2373 e 2479 *ter* comma 2, c.c.) e sono, quindi, impugnabili.

Ora, a prescindere dalla loro possibile impugnazione (con i possibili effetti di arresto, in caso di successiva caducazione o sospensione cautelare di tali decisione, della procedura di concordato aperta *medio tempore*), **si pone il problema della rilevanza concorsuale dei predetti vizi**.

In particolare, **può il tribunale sindacare la legittimità** della domanda di ammissione al concordato sotto il profilo della illegittimità, per le ragioni esposte, della decisione consiliare o assembleare di presentare una proposta che non contempli o che escluda tra i beni offerti l'azione sociale di responsabilità?

La risposta è senz'altro positiva.

Se, infatti, il tribunale non può certamente sindacare il merito della scelta di non comprendere tra i beni offerti l'azione sociale (salvo, forse, il solo caso previsto dall'art. 180, comma 4°, l. fall., in tema di classe dissenziente e conseguente controllo sulla convenienza del concordato rispetto all'alternativa fallimentare), può, invece, in sede di verifica dei requisiti di ammissione (nella fase dell'ammissione, durante la procedura e poi in sede di omologazione), controllare, in via incidentale, che tale decisione sia stata presa in modo valido.

E tal **controllo può**, in definitiva, **concretizzarsi**:

1) nell'invito ex art. 162, comma 1, l. fall. a produrre un atto deliberativo che sia conforme alle norme che presiedono alla sua formazione;

2) nella declaratoria immediata dell'inammissibilità della proposta per la mancanza di validi (o, comunque, di stabili) presupposti (art. 162, comma 2, l. fall.);

3) nella revoca (art. 173, ult. comma, c.c.) o nella mancata omologazione del concordato (art. 180, comma 3, l. fall.) per la mancanza di validi e stabili presupposti.

In ogni caso, la decisione della proposta, assunta in conflitto di interessi nei termini predetti, è denunciabile dal commissario in sede di illustrazione della proposta ai creditori.

Comunque, **se l'azione sociale non è compresa** tra i beni offerti, ciò significa che:

- il **liquidatore** designato a norma dell'art. 182 l. fall., a differenza del passato, **non può** esercitarla né proseguire il giudizio eventualmente già promosso;
- **l'azione** rimane nella disponibilità della **società debitrice**, che può esercitarla, anche durante la procedura, secondo le regole ordinarie (salve solo le deroghe previste dall'art. 167 l. fall. per ciò che

www.osservatorio-oci.org

riguarda la sua **rinuncia o transazione**: norme che, come è noto, trovano applicazione anche per i beni e i diritti non compresi nella cessione), ed, a maggior ragione, dopo l'omologazione.

E ciò vale non solo nel caso di concordato **con cessione che non comprenda** l'azione sociale ma, a maggior ragione, **nel concordato che non contempli alcuna cessione,** quale, ad es., il concordato con promessa di pagamento garantita ovvero con continuazione dell'impresa sociale da parte della società, oppure il concordato che prevede la conversione delle pretese creditorie in azioni, quote o titoli obbligazionari: in tali ipotesi, infatti, l'omologazione non determina alcun trasferimento dell'azione, per cui la società conserva in via esclusiva la sua titolarità e gestione (fermi restando solo i limiti previsti dall'art. 167 l. fall in pendenza della procedura).

Piano comprendente la cessione delle azioni di responsabilità

2) Proposta di concordato con cessione che comprende l'azione sociale.

Se, invece, la proposta di concordato comprende l'azione sociale, la situazione non è dissimile da quella conseguente, nel vecchio regime, al **concordato con cessione**, nel senso che:

1. **prima dell'omologazione del concordato**, e cioè durante la procedura di concordato, la legittimazione spetta solo alla **società**, secondo le regole ordinarie (es. legittimazione del singolo socio, del collegio sindacale, necessità della delibera assembleare, ecc.), salve le deroghe conseguenti all'applicazione dell'art. 167 l. fall. in ordine alla rinuncia e alla transazione (e cioè la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato a pena di inefficacia verso la massa), e fermo restando che la rinuncia e la transazione vanno decise nelle forme speciali previste dagli artt. 2393 e 2476 c.c.;
2. **la legittimazione** all'esercizio dell'azione sociale spetta **al liquidatore** designato ex art. 182 l. fall., **a partire dall'omologazione**, che, appunto, attribuisce al liquidatore giudiziale il potere di gestire e disporre dei beni e dei diritti della società, ivi compresa, evidentemente, la legittimazione a farli valere in giudizio nonché a rinunciare e a transigere.

Il liquidatore può agire (o rinunciare o transigere) senza l'autorizzazione del giudice delegato o del comitato dei creditori, a meno che non siano prescritte, quali modalità della liquidazione, dal decreto di omologazione a norma dell'art. 182 l. fall..

Anche nella disciplina in vigore si pone il problema della legittimazione del liquidatore giudiziale ad agire in giudizio con l'azione sociale **soltanto con l'autorizzazione di un organo sociale** a ciò abilitato (assemblea dei soci, decisione dei soci, collegio sindacale).

Nel senso della **necessità** di tale autorizzazione potrebbe deporre il fatto che l'art. 2394 *bis* c.c. non contempla, tra le procedure nelle quali è previsto il trasferimento dell'azione, il concordato preventivo.

La norma, peraltro, si spiega, come nel passato, ed a maggior ragione nella vigente disciplina, con la regola per cui il **concordato non necessariamente comprende** la **cessione dei beni e**, tanto meno, la **cessione dell'azione sociale**.

Una possibile soluzione può essere rinvenuta nel fatto che, con il nuovo concordato, l'azione è ceduta solo se prevista o, comunque, non espressamente esclusa dalla proposta: per cui l'**autorizzazione** all'azione può ben essere rinvenuta **nella decisione** degli amministratori o dell'assemblea di proporre una soluzione concordataria che contempli l'azione sociale, vale a dire una decisione che, direttamente o indirettamente, è riconducibile al capitale sociale.

In tal senso potrebbe deporre anche la norma dell'art. 240, comma 1, l. fall. che, nei reati di bancarotta, consente al commissario giudiziale ed al commissario liquidatore di costituirsi parte civile, per proporre l'azione sociale di responsabilità, senza che sia a tal fine necessaria alcuna delibera assembleare.

Naturalmente, se si ritiene che l'azione possa essere proposta o proseguita solo con l'autorizzazione dei soci o dei sindaci, **e tale autorizzazione non venga data**, l'unico rimedio è, in presenza dei presupposti previsti, la risoluzione del concordato e, se del caso, la dichiarazione di fallimento della società.

Anche nella nuova disciplina, peraltro, in caso di cessione dell'azione al liquidatore giudiziale, valgono le regole già affermate nel passato **per il caso in cui l'azione non sia esercitata dal liquidatore**: in caso di inerzia del liquidatore, la società, già durante l'esecuzione e a maggior ragione dopo la sua cessazione ha il potere di proporre o proseguire l'azione sociale.

In caso di annullamento o risoluzione del concordato o di mancata omologazione, se è dichiarato il fallimento, trova applicazione la norma generale dell'art. 146, comma 2, l. fall., con la conseguente

www.osservatorio-oci.org

legittimazione del curatore a proporre o proseguire l'azione sociale. Se, invece, il fallimento non è dichiarato, la legittimazione ritorna alla società secondo le regole ordinarie.

Il liquidatore giudiziale che esercita l'azione sociale **non deve integrare il contraddittorio con la società**: la sua legittimazione, infatti, pur concretizzandosi nell'esercizio di un diritto altrui in nome proprio, non è qualificabile come un'ipotesi di sostituzione processuale, la quale presuppone che il titolare del diritto sia nella condizione giuridica di farlo valere, se vuole, in giudizio: ciò che va, appunto, escluso, in caso di società ammessa al concordato preventivo successivamente omologato che, almeno nei confronti della massa dei creditori, non può disporre dei beni e dei diritto ceduti, a pena della risoluzione del concordato.

Piano trasferente la titolarità delle azioni di responsabilità

3) Proposta di concordato che determina il trasferimento della titolarità dell'azione sociale.

La proposta di concordato può consistere - oltre che nella cessione dei beni (ivi compresa l'azione sociale di responsabilità) che comporta il potere di amministrazione e disposizione da parte del liquidatore giudiziale (ferma restando la titolarità degli stessi in capo alla società debitrice) - **nel trasferimento a terzi addirittura della titolarità** (in tutto ma, si ritiene, anche in parte) dei beni e dei diritti della società debitrice a terzi (ivi compresa l'azione sociale di responsabilità).

Ciò può, in concreto, accadere nel caso di:

- concordato che prevede la cessione di beni e diritti ad un assuntore;
- concordato che prevede operazioni di fusione o di scissione della società debitrice, che prevedano il trasferimento alla società risultante dalla fusione o alla società incorporante ovvero ad una delle società derivanti dalla scissione, il patrimonio (o una parte del patrimonio sociale che comprenda l'azione sociale di responsabilità);
- concordato che prevede la cessione traslativa (e cioè immediatamente satisfattivo) di beni e diritti, come l'azione sociale di responsabilità, in favore della comunione dei creditori.

In siffatte ipotesi, peraltro, l'azione, a seguito dell'omologazione, è trasferita non alla mera gestione del liquidatore giudiziale, ma direttamente alla **titolarità giuridica di un terzo, il quale, quindi, potrà esercitarla ovvero rinunciarvi o transigervi secondo le norme di diritto comune**, e non in base a quelle societarie o concorsuali.

Infine, se l'azione rimane nella disponibilità della società ovvero è trasferita alla titolarità di un terzo (assuntore, comunione dei creditori, ecc.), questi potranno far valere il relativo credito risarcitorio **senza limiti** ulteriori ai danni cagionati dagli amministratori responsabili.

Se, invece, l'azione sociale è attribuita alla **gestione del liquidatore giudiziale**, la stessa, al pari della liquidazione di tutti gli altri beni e diritti, deve essere liquidata nei limiti del concordato omologato.

Ciò può significare, in concreto, che se la cessione non contiene la previsione di una precisa percentuale oltre la quale la liquidazione non deve spingersi, la liquidazione dei bei e dei diritti offerti prosegue senza limiti di *quantum* ricavabile e ripartibile.

Se, invece, la proposta, come è possibile, contiene la previsione di una percentuale oltre la quale il debitore è liberato, il liquidatore deve contenere la sua liquidazione entro tali limiti, oltre i quali non ha interesse a spingersi, ed il residuo spetta alla società.

c) AZIONE EX ART. 2497 C.C.

*([1] **Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società** agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente **responsabili nei confronti dei soci di queste** per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, **nonché nei confronti dei creditori sociali** per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

*- [2] **Risponde in solido** chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.*

*- [3] **Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente** che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.*

*- [4] **Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria** di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario*"

www.osservatorio-oci.org

Si ripropongono le stesse questioni.
L'ultimo comma di cui all'art. 2497 ripete quanto detto dall'art. 2394 bis.

Può la società eterodiretta agire contro la società coordinatrice, o la legittimazione ad agire contro quest'ultima e i suoi amministratori appartiene solo ai soci e ai creditori della società eterodiretta?
I soci agiscono per il mero riflesso del danno causato al patrimonio sociale della società eterodiretta; i **creditori sociali** agiscono per la lesione dell'integrità di tale patrimonio sociale.
La prevalente giurisprudenza è ora favorevole ad ammettere la legittimazione ad agire anche da parte della società eterodiretta, titolare del patrimonio direttamente danneggiato dalle condotte abusive della controllante (anche ai sensi del diritto ad agire ex art. 24 Cost.).
Legittimati passivi sono, oltre la società controllante, anche i suoi amministratori, ai sensi dell'art. 2497, co. 2, in via aquiliana.

Dunque:
Si ripropone la questione: l'asr spettante alla società eterodiretta, nel caso questa sia ammessa al CP, in sede di esecuzione del CP, è ammissibile e da chi va proposta?

d)AZIONE DEI CREDITORI SOCIALI (art. 2394 c.c.)

1) L'azione dei creditori sociali nei confronti degli organi sociali consiste nel diritto dei creditori della società di agire nei confronti degli amministratori della società stessa, i quali, violando con dolo o colpa i doveri loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, li abbiano danneggiati pregiudicando il loro completo soddisfacimento.
I creditori sociali hanno diritto di essere risarciti dagli amministratori per i danni subiti per non aver ricevuto la prestazione dovuta dalla società debitrice.
-Per le spa **art. 2394 c.c.**
-Per le srl **art. 2476, co. 3, c.c.**: "*L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio….*":

..L'**art. 2476, co. 3**, non prevede (espressamente) la responsabilità degli amministratori nei confronti dei **creditori sociali**, come invece avviene per le spa ex art. 2394 c.c.;

..Alcuni, sulla base di ciò, ritengono che, poiché l'art, 2476, co., 3, legittima il socio, in via esclusiva, all'azione di responsabilità contro gli amministratori di una srl, ne deriva che non può considerarsi legittimato alla proposizione di tale azione, avente natura contrattuale, il creditore della società, non socio (es.: Trib. Torino 8/6/2011);

..Tuttavia, successivamente, è stato osservato come la legittimazione dei creditori sociali ad esercitare tale azione sia prevista per le srl in fase di liquidazione (artt. 2485, 2486, 2491), e per le medesime società soggette a direzione e coordinamento (art. 2497);

..inoltre, i creditori sociali possono esperire, in virtù del richiamo operato dall'art. 2477, ult, co., c.c., l'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci;

www.osservatorio-oci.org

..Si osserva, dunque, che una **ricostruzione sistematica** di tali norme consente di affermare l'attuale sussistenza della legittimazione dei creditori sociali ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori;

..la conclusione è spiegata da taluni in ragione dell'**applicazione analogica** della norma di cui alll'art. 2394 alla srl, da altri sulla base della norma generale di cui all'**art. 2043**; secondo la giurisprudenza, la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali trova la stessa ratio nella spa come nella srl (es.: Trib. Roma 8/6/2015 n. 12474; Trib. Milano 18/1/2012).

Si tratta di una **azione autonoma** che appartiene al patrimonio del debitore e **non** può qualificarsi come **surrogatoria** rispetto a quella proposta dalla società (ex Art. 2393 c.c) (Trib. Piacenza 12/2/2015). Il risarcimento ottenuto va direttamente al creditore, non alla società (come nell'asr).

Secondo la giurisprudenza prevalente, ha natura **extracontrattuale**, mancando un vincolo obbligatorio preesistente tra creditori sociali e amministratori; la responsabilità sorge, in quanto gli amministratori hanno cagionato una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da renderlo inidoneo ad assolvere la funzione di garanzia patrimoniale ex art. 2740.

Nel concordato preventivo:

-Un argomento contrario deriverebbe dal fatto che gli amministratori non siano contemplati nell'**art. 184** ("*Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese…Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso*"); ma si tratta solo della disciplina dell'effetto esdebitatorio del concordato nei confronti di tutti i creditori e riguarda i corresponsabili per il debito sociale, mentre l'art. 2394 fa sorgere un debito risarcitorio degli amministratori;

-**Non comporta alcuna alterazione della par condicio creditorum** in quanto tale principio si deve rispettare in sede di riparto dell'attivo ricavato dalla liquidazione dei beni sociali e non riguardo invece il soddisfacimento del singolo creditore per un danno subito ad opera di un soggetto diverso dalla società debitrice, quale appunto l'amministratore che, tra l'altro, non può successivamente agire in via di regresso nei confronti della società da lui amministrata;

-Il creditore **matura** il diritto al risarcimento del danno prima del CP (al limite con il CP sorge la legittimazione all'azione ex art. 2394 e inizia il termine per la prescrizione); l'efficacia esdebitatoria del CP incide sul diritto dei creditori nei confronti della società debitrice, non sul diritto risarcitorio, già sorto, nei confronti degli amministratori;

A favore della **legittimazione del singolo creditore** e non del liquidatore e del commissario giudiziale: Trib. Napoli 25/7/2013; Trib. Milano19/7/2011, che ha negato la legittimazione attiva la liquidatore di società in concordato, data la sua funzione di mero mandatario per la liquidazione dei beni oggetto della cessione.

www.osservatorio-oci.org

Non è un'azione di massa (sennò sarebbe legittimato attivo il liquidatore), ma un'azione di singoli creditori, ai quali viene poi erogato direttamente il risarcimento (Trib. Piacenza 12/2/2015;Trob. Bolzano 30/4/2015).

Tale azione **non** può qualificarsi come **un'azione sociale in surroga** (non segue cioè il destino giuridico che caratterizza l'azione sociale) e quindi deve ritenersi possibile esercitarla:
-durante la procedura di concordato e anche dopo l'omologazione, salva la necessità di dedurre dal danno richiesto o liquidato il valore della quota promessa;
-dopo l'esecuzione e/o l'efficacia estintiva/modificativa del concordato, con la necessità di dedurre dal danno richiesto o liquidato il valore di quanto percepito;
-anche dopo la risoluzione del concordato, a condizione che ad essa non sia seguito il fallimento, poiché, in quest'ultimo caso l'azione spetta al curatore.

-**Trib. Piacenza 12/2/2015**:
.La giurisprudenza di merito ha in più occasioni affermato la compatibilità e ammissibilità di tale azione nei riguardi di amministratori di società in CP (App. Brescia 14/5/2014, in motivazione; Trib. Napoli 25/7/2013, Trib. Napoli 5/7/2013, Trib. Vicenza 26/7/2010, Trib. Bologna 8/8/2002).
Il vantaggio che il creditore può ricavare dall'azione non consiste in un incremento del patrimonio della società, bensì in un ristoro diretto del suo patrimonio. Tale esito favorevole non comporta alcuna alterazione della par condicio creditorum in quanto tale principio si deve rispettare in sede di riparto dell'attivo ricavato dalla liquidazione dei beni sociali e non riguardo invece il soddisfacimento del singolo creditore per un danno subito ad opera di un soggetto diverso dalla società debitrice, quale appunto l'amministratore che, tra l'altro, non può successivamente agire in via di regresso nei confronti della società da lui amministrata.

Un argomento contrario all'ammissibilità dell'azione dei creditori sociali (da Giuseppe Dongiacomo, commento del 16/11/2012, citato):
Nondimeno, la dottrina e parte della giurisprudenza hanno ritenuto di individuare argomenti che **renderebbero giuridicamente incompatibile l'azione dei creditori sociali** con l'ammissione della società debitrice al concordato preventivo, come l'art. 184, comma 1, l. fall., a norma del quale il concordato preventivo ha effetto obbligatorio per tutti i creditori anteriori.
Si è, in particolare, affermato che, se il concordato ha l'effetto di modificare e conformare le pretese creditorie in conformità della proposta così come omologata, ciò vuol dire che i creditori della società non possono conseguire dagli amministratori della società qualcosa di più rispetto a quanto ottenuto o promesso in sede concordataria: per tale differenza, infatti, essi, semplicemente, non sono più creditori della società.
L'argomento, però, non appare decisivo, e ciò sia nel concordato che (quando omologato) produce un effetto immediatamente satisfattivo delle pretese creditorie (come nel caso di conversione dei crediti in azioni o quote di capitale), sia nel concordato che (quando omologato) produce un effetto meramente modificativo dei crediti concorsuali, nel tempo e/o nel *quantum*, cui deve seguire l'adempimento (se del caso nei limiti di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni offerti).

Alessandro Di Majo:
Il Tribunale di Piacenza, con la sentenza 12/2/2015, ha ritenuto ammissibile l'azione di responsabilità promossa dal singolo creditore nei confronti di amministratori e sindaci di una

www.osservatorio.oci.org

società a responsabilità limitata ammessa alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni.

.**In passato** sia la dottrina che la giurisprudenza non hanno trovato un indirizzo univoco sulla questione in esame.

.Difatti, **la tesi negativa** esclude la configurabilità degli amministratori quali coobligati *ex* art. 184 legge fallim., l'ammissibilità di un soddisfacimento dei creditori sociali in misura superiore alla percentuale concordataria pattuita e l'attribuzione all'azione di cui all'art. 2394 cod. civ. di un **carattere surrogatorio** rispetto all'azione sociale, che contrasterebbe con l'effetto esdebitatorio del concordato.

Del resto, è stato affermato che i creditori sociali perderebbero la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità o al momento della presentazione della proposta di concordato o, secondo altri, all'omologazione o ancora all'esaurimento della fase di esecuzione del concordato, in quanto i creditori vengono soddisfatti con il pagamento della percentuale concordataria e, pertanto, estinto il credito con il pagamento in percentuale, non avrebbero più titolo all'esercizio dell'azione.

.**Altro indirizzo** (favorevole) sostiene invece la totale **assenza di limitazione all'esercizio dell'azione *ex* art. 2394** cod. civ. nel corso della procedura di concordato preventivo, poiché essa, essendo di **natura autonoma e diretta**, ha ad oggetto un rapporto obbligatorio sul quale non può incidere l'effetto remissorio del concordato, sia che si voglia ricomprendere gli amministratori nel novero dei «coobligati» del debitore *ex* art. 184 legge fallim., sia che li si voglia considerare terzi estranei alla convenzione concordataria.

Tribunale Piacenza 12 febbraio 2015 n. 113

.***È ammissibile l'azione di responsabilità avverso gli amministratori e sindaci promossa dal creditore di una società ammessa alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni****, non essendo ciò impedito né dalla previsione di cui all'art. 184 legge fallim. che disciplina l'effetto esdebitatorio del concordato nei confronti di tutti i creditori, né dal principio della* par condicio creditorum*, trattandosi di azione di danni esperita dal singolo creditore nei confronti degli amministratori. La suddetta azione di responsabilità di cui all'art. 2394 cod. civ. può essere esperita dal singolo creditore* ***non comportando la procedura la perdita della capacità in favore del Commissario Giudiziale ovvero del Liquidatore***

.L'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. può essere esperita **dal singolo creditore** ai sensi della previsione di cui all'art. 2394 bis c.c., **non comportando la procedura concordataria la perdita della capacità processuale in capo agli organi sociali** in favore del commissario giudiziale ovvero del liquidatore.

.**L'eventuale accoglimento dell'azione di responsabilità degli organi sociali esercitata nel corso di una procedura concordataria** non comporta un'alterazione della par condicio creditorum, dal momento che tale principio attiene alla violazione del riparto dei crediti vantati dai creditori nei confronti della società, e non già al soddisfacimento del singolo creditore per un danno subìto ad opera dell'amministratore, soggetto diverso dalla società debitrice.

.**L'omologazione del concordato preventivo non esclude l'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori verso gli organi sociali**, non implicando il decreto un giudizio di approvazione del loro pregresso operato.

.L'azione di responsabilità dei creditori sociali è esperibile dal singolo creditore, dovendo ritenersi **esclusa la legittimazione processuale del liquidatore giudiziale in quanto nel concordato preventivo non sono previste azioni di massa**.

Tribunale Bologna 08 agosto 2002

Anche nel caso di concordato preventivo omologato è possibile per I creditori sociali esercitare l'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c. contro gli amministratori, in quanto detta azione ha **natura autonoma ed extracontrattuale**, ed in quanto il giudizio di meritevolezza espresso in sede di omologa ha efficacia limitata alle parti della convenzione ed in ogni caso non si esaurisce nella mera valutazione degli atti compiuti dagli amministratori.

Tribunale di Udine, 28 febbraio 2017

L'omologazione di un concordato preventivo **il cui piano non preveda l'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali non inficia il diritto dei singoli creditori** di esercitare le azioni che la legge attribuisce loro direttamente contro i medesimi organi

2) *Danno* risarcibile dopo l'omologazione del CP

-Alcuni dicono che, per l'effetto esdebitatorio, sia inesigibile il residuo credito, non ammesso alla procedura di CP;

-Per altri si può chiedere la differenza tra il credito originario e il valore della quota promessa o poi percepita (proprio perchè non è un'azione sociale in surroga).
Se i creditori accettano una proposta di CP non conveniente e poi pretendono dagli amministratori la differenza, questi ultimi possono eccepire il concorso colposo del creditore, ex art. 1227, co. 1, c.c.

Quantificazione del danno
-Massimo dovuto dall'amministratore: danno alla società;
-tesi del dividendo: risarcimento massimo (uguale al credito integrale del creditore) solo se il contraddittorio è integrato nei confronti della massa dei creditori; altrimenti dividendo;
-niente concorso, non c'è il concorso della massa per questo tipo di credito, chi prima arriva, ottiene soddisfacimento;
-accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento ex art. 10 l. 3/2012.

-**Dalla dottrina** (Alessandro Zanini):
Se ciò di cui gli amministratori possono essere chiamati a rispondere *ex* art. 2394 è **la lesione dell'aspettativa di prestazione** del creditore sociale, al fine di quantificare il danno risarcibile sarà necessario determinare il **valore della diminuzione di quella aspettativa**.
Se prima della riforma l'omologazione del concordato era infatti subordinata all'esito positivo del sindacato di merito del tribunale sulla sua convenienza economica, si è visto che oggi di regola i creditori sono arbitri esclusivi dell'approvazione della proposta, chiamati a valutarla in totale autonomia.

Con il concordato preventivo, i creditori sociali rinunciano a veder soddisfatto il proprio credito nelle forme o per l'importo originariamente pattuiti. La formula per la quantificazione del danno risarcibile deve allora essere adattata ad un contesto in cui i creditori sociali hanno ottenuto la soddisfazione di una parte del credito originario, rinunciando al resto.
Ora, merita ricordare che la funzione svolta dal patrimonio sociale, inteso come garanzia generica delle obbligazioni contratte dalla società, è quella di garantire l'adempimento delle prestazioni, in quanto queste non siano state ancora eseguite. E che quindi è in ragione di quella parte del credito non attualmente soddisfatta che deve essere determinata l'entità del danno risarcibile.
Si deve inoltre considerare che, almeno in teoria, un buon concordato preventivo dovrebbe consentire ai creditori sociali di beneficiare del cd. *surplus* da concordato, per cui le risorse complessivamente destinate alla loro soddisfazione dovrebbero essere superiori a ciò che resta del patrimonio sociale a seguito dell'atto di *mala gestio*.
I parametri di riferimento per calcolare la proporzione fra la lesione alla garanzia patrimoniale e il danno al singolo creditore saranno quindi:
A) il valore della rinuncia del creditore alla soddisfazione del credito nei termini originari (invece che l'intero credito vantato);
B) il valore complessivo di quella parte dei crediti alla quale i creditori, considerati nel loro insieme, accettano di rinunciare (invece che l'ammontare complessivo dei debiti sociali);
C) la misura dell'insufficienza, rispetto ai crediti originariamente vantati, delle risorse che, anche grazie al *surplus* da concordato, vengono destinate alla soddisfazione dei creditori (invece che la misura dell'insufficienza del patrimonio sociale, a seguito dell'atto di *mala gestio*, alla soddisfazione dei creditori);
D) la lesione del patrimonio sociale che sia conseguenza diretta della condotta illecita del soggetto responsabile.
Poiché il danno del quale i creditori sociali possono chiedere il risarcimento equivale alla misura dell'insufficienza delle risorse, ma solo nei limiti in cui la lesione del patrimonio sia conseguenza diretta dell'atto di *mala gestio*, si deve concludere che:
se C > D, la lesione imputabile al soggetto responsabile è pari a D;

www.osservatorio-oci.org

se D > C, la lesione imputabile al soggetto responsabile è pari a C.
Indicando allora con E il valore della lesione all'integrità del patrimonio sociale imputabile al soggetto responsabile, la formula per individuare il danno risarcibile dovrebbe essere espressa nei termini:
A/B = *d*anno subito dal singolo creditore

Si consideri una società che abbia contratto debiti per un totale di 100, ed il cui patrimonio, a seguito di un atto di *mala gestio* degli amministratori al quale sia direttamente riconducibile un detrimento patrimoniale di 20, sia pari a 60. Con il concordato preventivo, il patrimonio sociale viene valorizzato di 15, e tutto il *surplus* da concordato viene redistribuito fra i creditori, alla soddisfazione dei quali viene quindi destinato 75. La misura dell'insufficienza delle risorse alla soddisfazione dei crediti nella loro consistenza originaria è quindi pari a 25. A 25 corrisponde di conseguenza il valore complessivo delle rinunce accettate dai creditori sociali (B), mentre la lesione della garanzia patrimoniale imputabile agli amministratori (E) è pari a 20. Il creditore che, rispetto ad un credito originario di 25, si vedesse soddisfatto nella misura di 20, con una conseguente rinuncia (A) di 5, potrebbe chiedere *ex* art. 2394 agli amministratori il risarcimento di un danno pari a: 20 : (25 : 5) = 4.

Il danno del quale il creditore sociale, nel contesto del concordato preventivo, potrà chiedere il risarcimento, sarà quindi **pari alla misura dell'insufficienza, rispetto ai crediti originariamente vantati, delle risorse destinate con il concordato alla soddisfazione dei creditori, nei limiti in cui sia riconducibile alla condotta illecita** del soggetto responsabile, e calcolata in proporzione all'incidenza della sua rinuncia sul valore totale delle rinunce accettate dai creditori.

Secondo altra tesi (prof. Antonio Rossi):
-il creditore sociale agisce contro l'amministratore con un'azione che ha in sè comunque una componente surrogatoria (rispetto alla società);
-ed allora dovrebbe poter agire per far valere "l'intera colpa" dell'amministratore, cioè chiedendo soddisfazione, per il proprio credito, in relazione all'intera misura del detrimento del patrimonio sociale causato dagli amministratori (cioè, per es.: se gli amministratori hanno depauperato il patrimonio sociale per 25 e il creditore ha un credito rimasto insoddisfatto nella misura di 25, può chiedere il rimborso agli amministratori per l'intero credito di 25, e non una percentuale minore che tenga conto del concorso della massa dei creditori).

e)ALTRE AZIONI, in costanza di CP:
-**Azioni del creditore**: i creditori possono iniziare e proseguire anche durante il CP le azioni **diverse da quelle esecutive e cautelari**
(**art. 168**: dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese al momento in cui il decreto di omologazione del CP diventa definitivo, i creditori non possono iniziare o proseguire tali azioni.
art. 184: Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso),
come:
.le azioni **possessorie** e simili;
.le **azioni di accertamento e condanna** sull'esistenza o l'ammontare dei **crediti** o dei privilegi su di essi; il creditore può agire anche se è stato ammesso al voto;

www.osservatorio-oci.org

omologato il CP, l'azione è preclusa se è stato ammesso senza contestazioni sul suo ammontare e sulla sua natura; in particolare:

..il creditore può agire per accertare il credito o la sua natura (chirografaria o privilegiata): deve chiamare in giudizio il solo debitore (Cass. 4033/95; Trib. L'Aquila 8/9/2011); possono intervenire in giudizio, senza però assumere la qualità di parte, il commissario giudiziale (Cass. 137/88) e il liquidatore (se già nominato) nel concordato con cessione di beni (Cass. 11542/1991);

..per ottenere la condanna del debitore al pagamento di un credito: sono litisconsorti necessari il debitore e il commissario giudiziale (Cass. 363/97; Trib. L'Aquila 8/9/2011);

..Nel concordato con cessione dei beni, il liquidatore giudiziale è contraddittore necessario, nelle domande di condanna o comunque idonee ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato (Cass. 9643/2004; Cass. 3176/2003); non è però legittimato a resistere alle domande aventi ad oggetto diritti dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro (Cass. 14472/2001).

6) **OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE** previste in un piano di CP approvato e omologato.

Diritto di recesso dei soci

Deliberazione assembleare propedeutica ad un'operazione c.d. straordinaria la cui esecuzione sia sospensivamente condizionata all'omologazione del CP

a)IN GENERALE

Una società può procedere ad una **fusione** o ad una **scissione** in funzione o in esecuzione di un **concordato preventivo**, come si desume dalle seguenti norme:

-**art. 160**, co. 1, lett. a: "*l'imprenditore può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a)la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, **o altre operazioni straordinarie**...*";

-**artt. 2501, co. 2, e 2506, co. 4 c.c.**: per le fusioni e le scissioni la partecipazione a tali operazioni non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo; dopo la riforma non è più previsto il divieto per le società sottoposte a procedure concorsuali; si applica analogicamente l'art. 2499 previsto per le trasformazioni ("*Può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa*");

-**art. 186 bis**: alla continuità aziendale è sicuramente funzionale la fusione o scissione.

Dunque:

www.osservatorio-oci.org

-L'operazione straordinaria può essere considerata come **modalità di ristrutturazione** del debito e conseguente soddisfacimento del ceto creditorio.
-Fusione sia per incorporazione, sia in senso stretto, sia mediante costituzione di NewCo.
-Il progetto di fusione, così come preparato dal board, va deliberato dall'assemblea secondo le maggioranze statutarie, per giungere poi alla stipula del definitivo atto di fusione;
.la predisposizione del progetto di f/s e la stipula dell'atto finale restano di **competenza esclusiva degli amministratori**, sotto la vigilanza del commissario giudiziale (perchè, secondo la tesi dottrinaria, la f/s prevista nel piano approvato dai creditori e omologato dal Tribunale, non è partecipe della fase di liquidazione- di competenza esclusiva del liquidatore-, ma appartiene alla prefase organizzativa della liquidazione, a carico del debitore, e non può essere gestita dal liquidatore).

Si dice (Appello Firenze 8/3/2916):
-Qualora l'elemento centrale della proposta concordataria sia rappresentato dal compimento di una *operazione di scissione*, per effetto della quale l'ente societario scisso continui l'attività imprenditoriale, liberato dai debiti pregressi e, al tempo stesso, il piano preveda che sia la società scissionaria a dover provvedere, con la liquidazione del patrimonio ad essa trasferito, a pagare i debiti concorsuali, è stato ritenuto sussistere un **difetto di fattibilità giuridica** e, pertanto, la impossibilità di realizzare la continuità dell'attività, sul presupposto che l'art. 2506 quater, co. 3, espressamente prevede che, in caso di scissione, ciascuna società resta responsabile in solido dei debiti, sicchè l'esdebitazione e il ritorno in bonis della società scissa sarebbero contrari a tale norma, non potendo trovare, peraltro, applicazione l'art. 182 che, nel richiamare l'art. 105 LF, consente la cessione di aziende, o rami, senza l'assunzione, da parte dell'acquirente, dei debiti anteriori dell'azienda ceduta.

Se il piano di concordato prevede la fusione o scissione e,
-**dopo il deposito** della domanda di concordato, la società approva il progetto di fusione o scissione, non è necessaria l'autorizzazione giudiziale (a prescindere dal fatto che la stipulazione dell'atto di f/s sia o meno condizionata all'omologazione), neanche per pubblicizzare il progetto, perchè la sola deliberazione del progetto non determina alcun effetto pregiudizievole per i creditori (Cons. notarile Firenze 16/7/2013)- come avviene, invece, dopo, con la stipula dell'atto di fusione e gli adempimenti pubblicitari ad esso relativi-.
Se la società vuole stipulare l'atto di f/s:
-**dopo il deposito** della domanda di concordato, **ma prima dell'omologazione**, se tale stipulazione ha efficacia immediata, cioè **non condizionata** all'omologazione, è necessaria l'autorizzazione del tribunale (ex art. 161, co. 7) o del giudice delegato (art. 167, co. 2) a seconda che la stipulazione avvenga prima o dopo l'ammissione alla procedura;
in tal caso, agli effetti della fusione, la situazione patrimoniale della società in concordato non può tenere conto della falcidia concordataria dei debiti sociali, in quanto manca ancora l'approvazione dei creditori e l'omologazione;

www.osservatorio.oci.org

-**dopo l'omologazione** del concordato non è necessaria un'autorizzazione giudiziale, né si richiede la partecipazione del commissario giudiziale (o di altro soggetto cui è affidata l'esecuzione del concordato);

In caso di f/s condizionata all'omologa del concordato, l'omologazione **esclude** la possibilità di **ulteriori opposizioni** dei creditori (2503 c.c.) alle f/s previste nel piano concordatario (Cons. Naz. Notariato).
Il commissario giudiziale vigila sull'esecuzione del concordato e verifica che la fusione o la scissione siano conformi alle previsioni del concordato approvato e omologato (Cons. Notarile Firenze 16/7/2013)
Non impedisce l'omologazione del concordato la circostanza che la scissione attraverso la quale dovrà essere eseguito il piano non sia stata compiutamente definita dal proponente, posto che la condizione essenziale, al fine di ritenere rispettato il diritto di informazione dei creditori, è che l'operazione di scissione sia stata contemplata nella proposta concordataria e descritta nelle sue linee essenziali, ben potendo le concrete modalità operative essere delineate nella fase esecutiva sotto la vigilanza degli organi della procedura (Trib. Arezzo 27/2/2015).

Quanto alla **trasformazione**, la società in concordato preventivo può deliberare la sua trasformazione, nei limiti di compatibilità con le finalità o lo stato della procedura (art. **2499 c.c.**).
Spetta agli organi della procedura effettuare in via esclusiva il giudizio di compatibilità.
La **delibera** di trasformazione assunta:
-**dopo il deposito** della domanda di concordato (anche con riserva) e prima del decreto di ammissione al concordato, deve essere autorizzata dal tribunale (art. 161, co. 7);
-**dopo il decreto di ammissione** al concordato e **prima dell'omologazione** dlela proposta di concordato deve essere autorizzata dal giudice delegato (art. 167, co. 2);
-**dopo il decreto di omologazione** non richiede alcuna autorizzazione, non essendovi alcuna procedura concorsuale in corso, ma solo l'obbligo di adempiere alla proposta concordataria omologata, su cui vigilano gli organi della procedura.

b) DELIBERAZIONE ASSEMBLEARE propedeutica ad un'operazione c.d. straordinaria la cui esecuzione sia sospensivamente condizionata all'omologazione del CP

Deliberazione assembleare di fusione
Essa va contestualizzata nell'ambito della procedura concorsuale in corso.
Pertanto, l'organo amministrativo, di seguito alle formalità di pubblicità del progetto di fusione, uguale per entrambe le società, sottoporrà all'assemblea il predetto progetto di fusione menzionante le circostanze concorsuali in cui la fusione dovrà operare. Quest'ultime, ad ogni buon conto, dovranno costituire oggetto di una più analitica esposizione nella relazione ex 2501-quinquies che potrà anche avere

www.osservatorio-oci.org

contenuto parzialmente difforme per quanto riguarda la società in crisi e quella in bonis.

In tal consesso (secondo la dottrina), **è auspicabile che la deliberazione assembleare di fusione risulti sospensivamente condizionata al buon fine delle operazioni concorsuali**, ovvero **all'omologazione** del piano concordatario.

È infatti in considerazione di tale omologazione – e della previa approvazione del piano concordatario per mano del ceto creditorio – che l'interesse delle società fondende all'operazione viene preliminarmente realizzato.

Ove difettasse la predetta omologazione, l'interesse ad addivenire alla fusione risulterebbe frustrato e verrebbe, conseguentemente, meno per entrambe le società per i motivi che seguono.

La società incorporante si troverebbe costretta a far integralmente fronte alla passività già incombenti sulla incorporata, stravolgendo dunque le premesse e le aspettative di riduzione - perlomeno parziale – dell'indebitamento originario e così inficiando sulle valutazioni economiche sottostanti all'operazione.

Invero, nell'ipotesi di fusione quale operazione di ristrutturazione del debito, la società incorporante vede nell'aggregazione societaria un'opportunità di efficientamento favorevole ad entrambe le entità coinvolte, soprattutto nel medio-lungo periodo e laddove operanti in settori complementari.

La possibilità di sfruttare le sinergie derivanti dalla fusione, in uno alla diversa gestione per mano del management della risultante, sgravata da parte delle passività incombenti sull'incorporata, sono elementi chiave nel processo di riorganizzazione così programmato.

È pertanto evidente che ove le passività di quest'ultima non fossero ridotte o perlomeno riscadenziate, l'originaria valutazione di economicità in merito all'operazione verrebbe indubbiamente meno.

Pertanto, le deliberazioni di cui sopra, ai fini di un opportuno collegamento funzionale tra operazione e perfezionamento della procedura concorsuale, dovranno prevedere esplicitamente una **condizione sospensiva** che subordini l'eseguibilità dell'atto di fusione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista.

Tribunale Ferrara 08 aprile 2014
Nell'ambito di un concordato di gruppo, è ammissibile una proposta fondata sulla fusione societaria, sospensivamente condizionata all'omologazione del concordato, sul presupposto che questo debba essere approvato dai creditori di ciascuna società, singolarmente considerata, trattandosi di soggetti giuridici allo stato autonomi e distinti. Costituisce una modifica inammissibile dell'originaria proposta di concordato preventivo di gruppo la previsione della stipula immediata dell'atto di fusione, con anticipazione degli effetti della condizione, risolutivamente sottoposta alla mancata omologa del concordato, perché ciò comporterebbe una radicale modifica dell'assetto concordatario senza che i creditori possano esprimersi su di essa

Tribunale Monza sez. III 24 aprile 2012
Deve ritenersi ammissibile la presentazione di un unico ricorso per concordato preventivo, basato su un piano unitario, da parte di due società legate da rapporto di controllo e da una sostanziale direzione unitaria e che in vista del concordato abbiano previsto e deliberato la fusione

www.osservatorio.oci.org

c)**DIRITTO DI OPPOSIZIONE** in caso di operazioni di fusione e scissione previste in un piano di CP approvato e omologato
Tribunale competente a decidere l'opposizione

In caso di fusione/scissione condizionata all'omologa del concordato, **l'omologazione esclude** la possibilità di **ulteriori opposizioni** dei creditori (2503 c.c.) alle f/s previste nel piano concordatario (Cons. Naz. Notariato).
In ogni caso: dovrebbe essere competente non il Tribunale delle Imprese, ma il Tribunale della procedura concordataria, incidendo queste opposizioni sul piano di CP che contempla l'operazione straordinaria.

Prima dell'omologa, secondo la dottrina:
Con riguardo al diritto di opposizione ex art. 2503 c.c., in dottrina ci si è interrogati circa l'applicabilità del richiamato articolo al caso in cui la fusione sia prevista come parte integrante della proposta di concordato. Ci si è chiesti se, dato il contesto concorsuale, fosse invece più opportuno inferire la sola applicabilità rispetto ai creditori concordatari dell'articolo 180 L.F.

Al fine di ricostruire correttamente la vicenda, vanno distinti in primo luogo i creditori a cui far riferimento, ovvero a) quelli concordatari e b) quelli della società in bonis.
Per **i creditori della società in bonis** è pacifico ravvisare la piena operatività dell'art. 2503, c.c., considerata la loro estraneità alla vicenda concorsuale e quindi l'assenza di un qualsivoglia loro coinvolgimento nelle fasi della stessa.

Di converso, **all'interno della categoria dei creditori concordatari**, dovrà ulteriormente distinguersi tra **creditori "pre-concorsuali"** e **creditori diversi da quelli di cui all'art. 184, L.F.** (ovvero **quelli non anteriori** alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda concordataria) il cui credito sia sorto anteriormente alla pubblicazione del progetto di fusione.
Per quest'ultimi, vista la peculiare natura del loro credito, sorto durante la procedura concorsuale, la dottrina considera altresì **applicabile il menzionato art. 2503**, c.c.
Resta allora da chiarire la posizione dei **creditori individuati come "pre-concorsuali"**. Con riguardo a questi soggetti è opportuno evidenziare che quest'ultimi, analogicamente a quanto disposto nei confronti degli obbligazionisti ex 2503-bis, vedono i loro interessi tutelati non già in via individuale ma piuttosto come insieme di soggetti accomunati da un interesse valorizzato – precipuamente – in sede concorsuale.
In tal sede infatti è previsto, oltre alla possibilità di manifestare il **voto contrario all'approvazione della proposta concorsuale**, il rimedio endo-concorsuale della **opposizione all'omologa** (ove ne sussistano i requisiti).
Invero, laddove fosse prevista in capo a tali creditori la possibilità di opporsi alla fusione nelle modalità di cui all'art. 2503, c.c., le maggioranze di cui all'art. 177 L.F.

www.osservatorio-oci.org

in tema di approvazione del concordato diverrebbero inconsistenti e la scelta legislativa di subordinare il concordato alla volontà della maggioranza dei creditori risulterebbe dunque palesemente frustrata.

Di talché, può rinvenirsi nel rimedio dell'opposizione all'omologa di cui all'art. 180 L.F. l'unica tutela esperibile da parte dei creditori concordatari, dovendosi escludere invece l'esistenza di un diritto all'opposizione individuale ex art. 2503 c.c. se non nei casi su esposti.
A diversa conclusione si dovrebbe pervenire laddove, nel contesto di fusione deliberata (in via non condizionale) prima dell'approvazione del concordato, non sussiste ancora un diritto di opposizione all'omologa in capo ai creditori. Nel qual caso, la dottrina è incline a ravvisare la sussistenza del diritto all'opposizione ex 2503, c.c., ritenuto in tal contesto insopprimibile.

In definitiva:
-Per quanto attiene all'istituto dell'opposizione ex art. 2503, c.c., quest'ultimo sarà esperibile unicamente dai soli (i) creditori della società in bonis e/o (ii) dai creditori successivi al deposito della domanda di concordato, il cui credito sia sorto anteriormente alla pubblicazione del progetto di fusione;
-Agli altri creditori concordatari, in considerazione della loro comunanza d'interessi la cui tutela è rinvenibile prettamente mediante rimedi endo-concorsuali, va riconosciuta unicamente la possibilità di opporsi all'omologazione della proposta concordataria ai sensi e per gli effetti di quanto disposto dall'art. 180 L.F.

La quesitone non è del tutto pacifica. Infatti, si è osservato, in contrasto con le tesi esposte, che con l'opposizione all'omologa non possono essere sollevate questioni di "convenienza", per cui i rimedi endo-concorsuali citati non permetterebbero ai creditori concordatari una tutela completa dei loro interessi.

d) **DIRITTO DI RECESSO** dei soci in caso di operazioni di fusione e scissione previste in un piano di CP approvato e omologato

Il recesso (in caso di fusioni-scissioni e trasformazioni) è previsto dagli artt. 2437 (spa), 2473 (srl) , 2497 quater (società eterodirette).

In caso di esercizio del diritto di recesso da parte dei soci non consenzienti alla delibera di trasformazione:
i) **il valore della partecipazione** è determinato in conformità agli articoli 2437-bis (per le Spa) e 2473 (per le Srl) alla data del recesso e dunque tiene conto del presumibile eccesso di debiti rispetto all'attivo non potendosi giovare della eventuale e futura falcidia concordataria;
ii) **anche qualora** il valore così determinato nell'ambito del procedimento di liquidazione dagli amministratori fosse positivo e, ex artt. 2437-bis e 2473 c.c., non si addivenga all'acquisto da parte di altro socio o di un terzo, non è comunque possibile

www.osservatorio.oci.org

procedere al rimborso della partecipazione se non dopo l'omologazione del concordato e comunque nel rispetto della disciplina societaria ordinaria

Tra le potenziali complessità della scelta si può dover tenere conto dell'impatto sostanziale che, come già sottolineato, può derivare, nelle società a responsabilità limitata, **dall'esercizio del diritto di recesso da parte dei soci dissenzienti in caso di scissioni e fusioni (art. 2473, comma 1, c.c.)** e, in generale, dall'esercizio del diritto obbligatorio di vendita in caso di scissione non proporzionale, ex art. 2506 bis c.c. **Si tratta di situazioni che possono comportare un sacrificio economico da definire nell'ambito del piano**, specie in dipendenza dell'entità della partecipazione coinvolta, anche se, in concreto, lo stato di crisi non può che penalizzare i valori patrimoniali e di mercato, e limitare quindi l'incidenza sul piano dei relativi esborsi.

In caso di recesso dopo l'omologa:
.si tratta di creditore successivo all'omologa, non postergato;
.ma il rimborso della quota va fatto sul netto del patrimonio, dopo che è stato adempiuto il piano concordatario, non potendo il predetto recesso incidere sull'adempimento del CP.

www.osservatorio-oci.org