

IPSOA

Il Fallimento e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ISSN 0394-2740 - ANNO XL - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

2/2018

 edicolaprofessionale.com/ilfallimento

Società pubbliche e piano di risanamento

**Giuramento decisorio del curatore
fallimentare**

Sequestri penali, confische e fallimento

***Itinerario della giurisprudenza*
Procedura di sovraindebitamento**

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giovanni Lo Cascio

COMITATO DI DIREZIONE

Raffaella Brogi
Giacomo D'Attorre
Francesco De Santis
Massimo Fabiani
Alberto Guiotto
Giovanni Battista Nardecchia
Adriano Patti

COMITATO SCIENTIFICO

Luigi Abete, Giuseppe Bozza,
Luigi D'Orazio, Patrizia De Cesari,
Antonino Dimundo, Massimo Ferro,
Luciano Panzani, Giorgio Tarzia

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 352/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

FAST FINANCE

di **BANCA IFIS**

FAST FINANCE È LA DIVISIONE DEL **GRUPPO BANCA IFIS** SPECIALIZZATA NELL'ACQUISTO DI CREDITI FISCALI, CREDITI COMMERCIALI E DIRITTI LITIGIOSI CONNESSI ALLE PROCEDURE CONCURSUALI.

La cessione dei crediti di difficile esigibilità aiuta gli Organi delle Procedure a conseguire la liquidazione dell'attivo e la rapida chiusura a beneficio dei creditori.

Fast Finance si propone di acquisire crediti fiscali quali IVA, IRPEG ora IRES, ILOR, IRAP - maturati e maturandi, già chiesti a rimborso oppure per i quali il presupposto del rimborso non si è ancora verificato, sorti in costanza di procedura oppure nelle annualità precedenti - nonché altri attivi vantati da Procedure Concorsuali.

Le offerte di acquisto sono formulate pro-soluto con assunzione da parte di **Fast Finance** di tutti i costi inerenti la valutazione, cessione e gestione dei crediti ceduti.

L'esperienza e l'elevato grado di competenza tecnica acquisite, nonché la capillarità su tutto il territorio nazionale, consentono a **Fast Finance** di garantire un'assistenza costante e qualificata sin dalle prime fasi della valutazione nonché la massima efficienza nella successiva gestione.

La solidità patrimoniale di **Banca IFIS** e l'esperienza pluriennale vantata nel mercato, rendono **Fast Finance** un partner di riferimento affidabile, trasparente e professionale. **Fast Finance** valuta accuratamente ogni posizione tenendo conto della tipologia di imposta, dell'effettiva esigibilità del credito nonché della tempistica prevista per il rimborso.



**LIQUIDAZIONE ED IMMEDIATO
SMOBILIZZO DEL CREDITO**



**RAPIDA CHIUSURA
DELLA PROCEDURA**



NESSUN ONERE PER IL CEDENTE



**ASSISTENZA PRESSO OGNI
CIRCOSCRIZIONE DI TRIBUNALE
GARANTITA DA UN REFERENTE
COMMERCIALE IN LOCO**



**PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO
PRESSO UNO STUDIO NOTARILE
CON SEDE NELLA CITTÀ
DEL TRIBUNALE DI COMPETENZA**

BANCA IFIS **DIAMO VALORE AL TUO LAVORO**

Il **Gruppo Banca IFIS** è, in Italia, l'unico gruppo bancario indipendente specializzato nella filiera del credito verso le PMI, del credito di difficile esigibilità e del credito fiscale.

I marchi attraverso cui il Gruppo opera sono: *Banca IFIS Impresa, Banca IFIS Pharma, Banca IFIS Area NPL, CrediFamiglia, Fast Finance e IFIS Finance*. Nel mercato retail, Banca IFIS è presente con il conto deposito ad alto rendimento *rendimax* e con il conto corrente *crowd contomax*.

Quotato in Borsa Italiana nel segmento **Star**, il **Gruppo Banca IFIS** è una realtà innovativa e in crescita costante.

Fast Finance

Via De' Poeti, 1/7 - 40124 Bologna - **T** +39 051 235150 - **F** +39 051 238307 - commerciale.fastfinance@bancaifis.it - www.fastfinance.it

Banca IFIS S.p.A. - Sede legale e Dir. Generale - Via Terraglio, 63 - 30174 Venezia Mestre - **T** +39 041 5027511 - **F** +39 041 5027555 - www.bancaifis.it



OPINIONI

Fallimento	CRISI D'IMPRESA E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ di <i>Adriano Patti</i>	129
	I PIANI DI RISANAMENTO E DI RISTRUTTURAZIONE NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE di <i>Giacomo D'Atorre</i>	139

IN ITINERE

	NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Massimo Ferro</i>	149
--	--	------------

GIURISPRUDENZA

Costituzionale

Fallimento	Corte Costituzionale 6 dicembre 2017, n. 255 L'ESEGESI DELL'ART. 147, COMMA 5, L. FALL., SECONDO IL <i>DIRITTO VIVENTE</i> NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CONSULTA osservazioni di <i>Francesca Angiolini</i>	152
-------------------	--	------------

Legittimità

Concordato preventivo	Cassazione Civile, Sez. I, 25 ottobre 2017, n. 25330 CRITERI E STRUMENTI DI VERIFICA DELL'ESECUZIONE DELL'INCARICO DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO commento di <i>Massimo Cataldo</i>	160
Fallimento	Cassazione Civile, Sez. I, 3 agosto 2017, n. 19418 CURATORE E GIURAMENTO DECISORIO: UNA DECISIONE CHE È UN'OCCASIONE PERDUTA commento di <i>Federico Rolfi</i>	171
Concordato preventivo	Cassazione Civile, Sez. I, 31 luglio 2017, n. 19014 CONCORDATO PREVENTIVO DI "GRUPPO": PRESUPPOSTI ED OPZIONI ALTERNATIVE commento di <i>Luigi Abete</i>	179
Fallimento	Cassazione Penale, Sez. III, 27 luglio 2017 (c.c. 7 marzo 2017), n. 37439 SEQUESTRI PENALI, CONFISCHE E FALLIMENTO commento di <i>Franco Tetto</i>	187
		191

Merito

Concordato preventivo	Corte d'Appello di Bologna 5 giugno 2017 LA LEGITTIMAZIONE DEI CREDITORI EX ART. 2394 C.C. DOPO L'OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO commento di <i>Luca Andretto</i>	205
Fallimento	Tribunale di Udine 11 settembre 2017 QUESTIONI PROCEDURALI E DI MERITO IN TEMA DI EQUO INDENNIZZO PER RECESSO ANTICIPATO DAL CONTRATTO DI AFFITTO DI AZIENDA commento di <i>Pietro Genoviva</i>	214
		216
	Tribunale di Milano 16 febbraio 2017 PRESCRIZIONI PRESUNTIVE E GIURAMENTO DECISORIO <i>DE SCIENTIA</i> DEL CURATORE FALLIMENTARE commento di <i>Riccardo Conte</i>	222
		224

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

Sovraindebitamento LA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA: LO STATO DELL'ARTE

a cura di *Roberto Battaglia*

233

OSSERVATORI

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI DI LEGITTIMITÀ

a cura di *Edoardo Staunovo Polacco*

248

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI DI MERITO

a cura di *Marco Spadaro*

253

INDICE

Indice analitico-alfabetico

260

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

N. Abriani, S. Ambrosini, M. Arato, G. Cabras, G. Cavalli, P.F. Censoni, P. De Cesari, L. Del Federico, S. Fiore, E. Frascaroli Santi, A. Lanzì, F. Macario, F. Marelli, M. Montanari, I. Pagni, U. Patroni Griffi, M. Perrino, G. Presti, A. Rossi, R. Tiscini, G. Trisorio Liuzzi

Il Fallimento e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:
telefono 02 82476.570
telefax 02 82476.055
e-mail: redazione.fallimento.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02 824761 - telefax 02 82476.799
e-mail servizio.clienti@wolterskluwer.com

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/iffallimento

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Tania Falcone

HANNO COLLABORATO

La selezione della giurisprudenza di legittimità è a cura dell'Avv. Dario Finardi

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12
20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano, Italia

STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 10
dell'8 gennaio 1979

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con

il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, entro 60 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/iffallimento
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo: www.edicolaprofessionale.com/iffallimento

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione 268,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 250 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione 536,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 250,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al n. 02 82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761. Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento
Prezzo copia: € 33,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196,
La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano (MI), o inviando un Fax al numero: 02 82476799.

Amministratori

Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società

di Adriano Patti

La (prospettiva della) crisi d'impresa è momento cruciale delle scelte di gestione degli amministratori per il delicato bilanciamento da operare tra tutela delle ragioni della società e dei creditori, nel quadro di una progressiva incidenza dei nuovi modelli concorsuali sulla tradizionale gestione conservativa del patrimonio sociale, che modula in modo nuovo i loro obblighi e il regime della loro responsabilità. La prospettiva della crisi offre allora l'opportunità di alcune riflessioni sistematiche, stimolate da un tale contesto evolutivo, anche alla luce dell'incipiente progetto di riforma, approdato alla legge di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Premessa

La responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei creditori e dei terzi in genere (1), dipendente dall'inadempimento di doveri specificamente posti da disposizioni di legge o di statuto ovvero dal generale dovere di amministrare con lealtà e diligenza, assume una più nitida configurazione proprio in occasione delle crisi di impresa (2).

Perché in esse si specifica in modo più evidente quell'obbligo di *diligenza*, oggettivato dal novellato art. 2392, comma 1, c.c. nella natura dell'incarico e nelle specifiche competenze degli amministratori: da assumere, come puntualmente è stato osservato, non solo alla stregua di criterio di valutazione di un comportamento, ma di categoria di contenuto del dovere di buona gestione societaria e da coniugare con la perizia come canone per scelte informate e meditate (3).

Nella condizione di crisi diviene davvero cruciale e particolarmente delicata la valutazione di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società in relazione alla natura e dimensione dell'impresa, posta dall'art. 2381, commi 3 e 4, c.c.

Ed essa esige una prudente verifica in relazione alla possibilità di esercizio di un sindacato giudiziale, per la sua interferenza con il principio di *business judgement rule*, che attiene, infatti, alla bontà o meno dei risultati delle scelte gestionali, in assenza di violazione di obblighi giuridici. Proprio per questa ragione esso preclude il controllo su tali scelte al giudice, cui è richiesta un'adeguata maturità professionale, non soltanto per competenza tecnico-giuridica, ma anche per equilibrio e chiara consapevolezza dei limiti del proprio potere di intervento: all'incrocio tra regole giuridiche e di mercato, nell'attenta considerazione anche degli *effetti* delle proprie decisioni (4).

Quando l'impresa entra in una condizione di crisi, gli amministratori sono esposti ad una responsabilità che assume non soltanto una cruciale delicatezza, in funzione del più oculato impegno gestorio comportato in particolare dalla scelta della via da percorrere per affrontarla (e auspicabilmente, risolverla), ma addirittura una diversa conformazione, dipendente dall'obbligo (fino ad allora inedito) di gestione conservativa del patrimonio sociale, per l'incidenza della causa di scioglimento (che verosimilmente sempre, o quasi sempre, è integrata dalla

(1) Nelle S.p.a. rispettivamente ai sensi degli artt. 2393 e 2393 *bis* c.c., degli artt. 2394 e 2394 *bis* c.c. e, in relazione all'azione individuale, dell'art. 2395 c.c. e analogamente nelle S.r.l., ai sensi degli artt. 2476, 2485 e 2486 c.c. (i due ultimi ovviamente vevoli anche per le S.p.a.).

(2) Così, anche: R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli am-*

ministratori di società di capitali in crisi, in *Società*, 2013, 669.

(3) In tale senso: G. Bozza, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in questa *Rivista*, 2014, 1098, 1099.

(4) In proposito, si rimanda alle riflessioni di: A. Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano 2009, 235 ss.

situazione di crisi) sull'oggetto sociale, determinandone una "curvatura liquidatoria". E la sua violazione, cui dalla riforma del 2003 consegue esclusivamente una responsabilità per *risarcimento del danno* e non più anche eventualmente per *debito* (come secondo il previgente art. 2449 c.c., nei confronti delle controparti delle nuove operazioni indebitamente compiute) (5), si deve oggi pure confrontare con soluzioni di (possibile) risanamento, essenzialmente basate, spesso attraverso ristrutturazioni significative, su una prosecuzione dell'attività d'impresa, a tutta prima confliggente con il detto obbligo di gestione conservativa.

E ciò provoca ad un più generale ripensamento, nei limiti del presente contributo, dei principi cui informare la responsabilità degli amministratori, anche nella prospettiva (allo stato ancora *de iure condendo*) indicata dai principi direttivi della L. 19 ottobre 2017, n. 155, di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

La responsabilità da *mala gestio* degli organi sociali nel fallimento

Nell'angolazione prospettica della crisi di impresa, le ipotesi di responsabilità degli amministratori possono essere ricondotte a comportamenti essenzialmente consistenti nell'aver: a) cagionato il danno o aggravato la crisi di impresa; b) tardivamente percepito i sintomi di crisi e non avere ad essi reagito tempestivamente; c) fatto un cattivo uso degli strumenti per fronteggiare o limitare la crisi (6).

In merito alla prima ipotesi, di produzione di un danno o di aggravamento della crisi, assume cruciale e decisivo rilievo l'(in)adempimento dell'obbligo fondamentale di curare la predisposizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società in relazione alla natura e dimensione dell'impresa (art. 2381, commi 3 e 4, c.c.).

Ed un tale obbligo basilare, in riferimento più specifico all'ambito dei gruppi di imprese e segnatamente all'esercizio di attività di direzione e coordinamento delle società, assume la modulazione non diversa del dovere di attenersi ai "principi di cor-

retta gestione societaria e imprenditoriale" (art. 2497, comma 1, c.c.): il cui inadempimento dà luogo ad un'azione, non già nuova, ma ad una modalità di esercizio dell'azione di responsabilità per *mala gestio* (7).

Nell'ottica della riforma poi, come si vedrà, il dovere (dell'imprenditore e degli organi sociali) di "istituire assetti organizzativi adeguati" assume una rilevanza ancora più significativa e delicata, nella stretta connessione con l'ipotesi sub b), in funzione della "rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale", nonché dell'attivazione "per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale" (art. 14, comma 1, lett. b), L. 19 ottobre 2017, n. 155).

Sicché, gli amministratori devono operare un monitoraggio costante della condizione dell'impresa per una tempestiva percezione dei sintomi della crisi e per una solerte adozione degli opportuni rimedi.

Dal punto di vista giuridico, un tale obbligo comporta, nel caso di perdite rilevanti (oltre il terzo del capitale sociale, senza altre conseguenze), quello di convocazione "senza indugio" dell'assemblea per gli opportuni provvedimenti (art. 2446, 2482 bis c.c.) e, qualora tale misura rilevante delle perdite riduca il capitale al di sotto del limite legale, l'obbligo di convocazione (nuovamente e a maggior ragione) "senza indugio" dell'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il suo contemporaneo aumento ad una cifra non inferiore a detto minimo, ovvero la trasformazione della società (art. 2447, 2482 ter c.c.).

Secondo le regole del diritto societario, l'accertamento di una causa di scioglimento (tra cui quella in esame, di preludio se non proprio di manifestazione della crisi dell'impresa, cui la legge delega di riforma aggiunge, in via di più chiara esplicitazione, "l'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale" (8)) comporta per gli amministratori, a norma degli artt. 2485 e 2486 c.c., un obbligo di gestione conservativa del patrimonio sociale. E ciò per l'incidenza della causa di scioglimento sull'oggetto sociale, che ne determina, come detto, una

(5) Per un approfondimento al riguardo, si rinvia principalmente, anche per maggiori riferimenti, a: R. Rordorf, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successe alla perdita del capitale*, in *Società*, 2009, 279 ss.

(6) Sono questi i tre possibili scenari prefigurati da: R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 669 ss.

(7) Così, in particolare: M. Mozzarelli, *Attività di direzione e coordinamento e (insussistenza di) responsabilità per i debiti della controllata*, in questa *Rivista*, 2016, 468, in nota di commento a Cass. 12 giugno 2015, n. 12254, *ivi*, 2016, 462.

(8) Come prevede l'art. 14, comma 1, lett. c), l. delega 19 ottobre 2017, n. 155.

“curvatura liquidatoria”: posto che, secondo un’autorevole affermazione, se l’interesse dei creditori, da vincolo all’autonomia di gestione, verosimilmente diventi scopo della stessa, certamente si riflette sui poteri e i doveri degli amministratori (9). Sotto il profilo economico, una tale condizione importa per gli amministratori un attento e calibrato giudizio sulla continuità aziendale, che, come meglio si vedrà in più appropriato riferimento al concordato preventivo, può derogare all’obbligo di gestione conservativa, ovviamente esponendo gli amministratori ad una responsabilità, non più per le singole operazioni che ne eccedano l’ambito (per l’abrogazione dell’art. 2449 c.c. nel testo previgente, come già anticipato), ma per l’aggravamento della condizione di crisi e quindi del danno.

Ma la tardiva percezione dei sintomi di crisi e la reazione non tempestiva interpella soprattutto, nella prospettiva di riforma, l’adozione delle misure di allerta (10), ossia di quelle “misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi”, individuate (su richiesta degli amministratori ovvero, in caso di inerzia, degli organi di controllo della società, ovvero di creditori qualificati: art. 4, comma 1, lett. c), d), L. 19 ottobre 2017, n. 155) dall’organismo di assistenza del debitore nella procedura di composizione assistita della crisi istituito presso la CCIAA (art. 4, comma 1, lett. b), e), L. cit.) e comportanti le responsabilità, le misure protettive e premiali ivi previste (art. 4, comma 1, lett. f), g), h), L. cit.). Ed una tale sensibilità per l’obbligo degli amministratori di tempestivo intervento sulle situazioni di crisi è in sintonia con quei doveri, posti dall’art 18 della proposta di Direttiva UE 22 novembre 2016 (riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti) (11) a carico dei dirigenti (12), di assumere, in particolare, misure immediate per ridurre al mini-

mo le perdite e misure ragionevoli per evitare l’insolvenza: con l’istituzione così di un vero e proprio obbligo per essi (*idest*: gli amministratori) di attivarsi alle prime avvisaglie di difficoltà serie, senza attendere il conclamarsi dell’insolvenza, in un delicato equilibrio tra misure per la salvaguardia dell’interesse dei creditori e l’adozione di comportamenti mirati al salvataggio dell’impresa (13).

Ben si comprende allora come i suddetti oneri di comportamento sostanzino di contenuto quei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” di cui più sopra si è detto.

Un ulteriore profilo di responsabilità degli amministratori è, infine, quello che può derivare da un cattivo uso degli strumenti per fronteggiare o limitare la crisi. Si tratta di un aspetto evidentemente non meno delicato, perché intimamente collegato alla selezione dello strumento di gestione o di risanamento più idoneo, che, come noto, dipende dall’entità della crisi, dalla tipologia di intervento di ristrutturazione della posizione debitoria, dalla composizione del ceto creditorio, dall’appartenenza dell’impresa in crisi ad un gruppo e persino dalla sua ubicazione geografica: in un equilibrato bilanciamento tra esigenze di tempestività e di riservatezza (14).

In tale condizione, la scelta verte tra la predisposizione, da una parte, di accurati piani di salvataggio dell’impresa in crisi per preservarne la redditività e il valore dell’organizzazione, senza aumentare il rischio per i creditori e, dall’altra, l’apertura della liquidazione ovvero la presentazione senza ritardo della richiesta di fallimento, in presenza dei relativi presupposti (15): in un contesto valutativo davvero non facile, nella verosimile incombenza (nell’evoluzione della crisi e sempre che sia tempestivamente percepita e affrontata) dell’insolvenza e nella pluralità delle opzioni possibili (16).

Appare anche evidente come il confine tra responsabilità per inadempimento di obblighi giuridici e

(9) Così: R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 672.

(10) In proposito, si rinvia a: G. Lo Cascio, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in questa *Rivista*, 2017, 1256; S. De Matteis, *L’allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 751 ss.; M. Fabiani, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, in questa *Rivista*, 2016, 266. Per ulteriori riflessioni sul tema più in generale: A. Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, cit., 59 ss.; G. Santoni, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure di anticipazione della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 733.

(11) Per un primo, ragionato commento, si rinvia a: L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in questa *Rivista*, 2017, 129.

(12) Il Considerando 36 della Proposta di Direttiva avverte che “*ai fini della presente direttiva, per dirigenti devono intendersi le persone responsabili dell’adozione delle decisioni relative alla gestione dell’impresa*”.

(13) In tale senso: G. Montella, *Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, in questa *Rivista*, 2017, 1118.

(14) Per una critica illustrazione dei criteri di scelta al riguardo: G. Lombardi - P.D. Beltrami, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un’impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 713 ss.

(15) In tale senso: F. Brizzi, *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, 2441.

(16) Così: G. Bozza, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, cit., 1113.

rispetto del principio di *business judgement rule* assuma qui contorni di estrema labilità, per la pertinenza della scelta in questione all'ambito delle decisioni imprenditoriali, che sempre comportano un fisiologico rischio di insuccesso: tanto più per il collegamento istituito, nella prospettiva di riforma, tra la previsione di misure premiali, sia di natura patrimoniale che di responsabilità personale, e richiesta tempestiva (definita tale se rispettosa del termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare) di omologazione di un accordo di ristrutturazione, ovvero di concordato preventivo, ovvero di apertura di procedura di liquidazione giudiziale (art. 4, comma 1, lett. h), L. 19 ottobre 2017, n. 155).

Sicché, in proposito appare condivisibile l'individuazione di una responsabilità per il cattivo esito di domande di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis* l.fall., soltanto per una non corretta tenuta delle scritture contabili o per altri fatti dipendenti da cattiva organizzazione (17): ancora una volta in coerente collegamento con il fondamentale obbligo di istituzione di assetti organizzativi adeguati.

La responsabilità degli amministratori non operativi

Il puntuale e costante monitoraggio delle condizioni dell'impresa integra, come detto, quell'obbligo di diligenza comportato dalla natura e dalle specifiche competenze amministrative, che ne costituiscono la concreta obiettivazione.

Dal suo inadempimento non consegue, tuttavia, la responsabilità dei soli amministratori (unico o delegati) operativi, direttamente e attivamente investite, ma si producono effetti anche per gli amministratori (deleganti) non operativi, sia pure sotto il diverso riflesso dell'inosservanza del loro obbligo di "tenersi informati".

Ebbene, il suddetto obbligo attinge il proprio fondamento nell'art. 2381, comma 6, c.c., che prescrive a (tutti) gli amministratori di "agire in modo informato" e di acquisire i necessari flussi informativi, potendo "ciascun amministratore ... chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

L'evoluzione dei doveri degli amministratori, nel senso di una più concreta esigibilità di comportamenti adeguati in base all'incarico e alle competenze, ha interessato così anche gli amministratori deleganti: ora tenuti, non più ad un generico obbligo di vigilanza, ma anche ad agire informati, avvalendosi delle informazioni ricevute, pure attivandosi *motu proprio* nel caso in cui i segnali di allarme esigano dati informativi ulteriori non disponibili (18).

Attraverso la condivisione dei flussi informativi, è allora incentivata una continua dialettica tra amministratori deleganti e delegati; sui primi gravando in particolare un obbligo di controllo sull'adeguatezza degli assetti e sull'andamento economico della gestione, in virtù del dovere di informarsi in funzione strumentale a dette attività: e configurandosi, per effetto dell'inadempimento di un tale obbligo, una responsabilità anche degli amministratori deleganti, di natura sussidiaria, causalmente collegata con il pregiudizio arrecato, sul presupposto della violazione di una regola gestoria imputabile agli amministratori delegati (19).

Nuovamente una tale responsabilità degli amministratori non operativi è stata affermata, non già per una condotta di omessa vigilanza che possa trasmodare in una responsabilità oggettiva, ma per la violazione del dovere di agire informati in base, sia ad informazioni che ad essi debbano essere somministrate, sia acquisibili di propria iniziativa in presenza di segnali di allarme (20). Ed infatti, il generico obbligo di vigilanza, previsto dall'originaria formulazione dell'art. 2392, comma 2, c.c., è stato eliminato ed in suo luogo sono stati introdotti il dovere del consiglio di amministrazione di valutare, sulla base della relazione dei delegati, il generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3, c.c.) e quello di ogni amministratore (anche delegante) di *agire informato*, sia pure non continuativo (come invece per il delegato), ma delimitato dai *flussi informativi* periodici sulle vicende della società e con la facoltà di richiedere le opportune ulteriori informazioni.

Ma la facoltà diventa *obbligo* in presenza di segnali di allarme (compimento di atti *ultra vires*; gestione personalistica; risonanza pubblica della vicenda e difficoltà del gruppo di dominio pubblico, anche

(17) In tale senso: R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 675.

(18) Così, tra le più recenti: Cass. 31 agosto 2016, n. 17441, in *Società*, 2017, 218.

(19) In tale senso: S. Serafini, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di infor-*

marsi solo in presenza di segnali di allarme, in *Società*, 2017, 226 ss.

(20) Così: Trib. Milano 31 ottobre 2016, in *Società*, 2017, 881, in esplicito e diffuso richiamo del precedente di legittimità citato in nota 18).

per notizie di stampa; rilievi critici dell'*internal audit* o dell'organismo di vigilanza; operazioni anomale o irragionevolezza di corrispettivi), che devono essere quindi dimostrati, in funzione dell'accertamento di responsabilità anche degli amministratori non operativi, nella loro fattiva percezione, quindi eziologicamente correlata con la concreta possibilità dei predetti amministratori di impedire l'evento dannoso (21).

Un tale obbligo di informazione sull'andamento della società, in una con la non delegabilità dell'attività di formazione del bilancio (artt. 2381, comma 4 e 2423 c.c.), comporta la responsabilità per la sua redazione anche degli amministratori non operativi (22): con rilevanti conseguenze pratiche in ordine alla loro responsabilità per la prosecuzione della gestione sociale tipica nonostante l'avvenuta perdita del capitale, resa spesso possibile attraverso la falsificazione del bilancio (23).

La determinazione del danno: cenni

Anche la determinazione del danno, in esito alla rigorosa scansione logica e giuridica (di comportamento antidoveroso, nesso causale e danno risarcibile) attraverso la quale esso si trasforma da mera perdita economica ad evento giuridicamente rilevante da provare nella sua esistenza (24), deve trovare una più coerente sintonia con la conformazione della responsabilità degli amministratori nel contesto della crisi d'impresa.

Ed in effetti, il criterio della sua liquidazione in base al *deficit* fallimentare, ancora recentemente ribadito, sia pure in via non diretta, né automatica e

tuttavia residualmente recuperabile in via di liquidazione equitativa (chiarite le ragioni ostative all'accertamento degli specifici fatti pregiudizievoli riconducibili alle condotte degli amministratori) (25), mostra da tempo la sua inadeguatezza.

Sicché, anche il legislatore delegante ha esplicitamente posto, tra i principi direttivi della riforma, l'indicazione dei "criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro l'organo di amministrazione della società fondata sulla violazione di quanto previsto dall'art. 2486 c.c." (art. 14, comma 1, lett. e), L. 19 ottobre 2017, n. 155).

Al riguardo, occorre prendere atto della necessità di una più matura e generale riflessione, anche in relazione agli elementi probatori correttamente utilizzabili nella ricostruzione dell'andamento degli affari sociali, in funzione valutativa dell'operato degli amministratori per accertarne le eventuali responsabilità (26).

E poi rimeditare l'idoneità, ai fini di liquidazione del danno in parola, del generico raffronto tra le situazioni patrimoniali della società all'inizio della gestione amministrativa di interesse e di quella risultante al momento della dichiarazione di fallimento (27). In proposito, nell'ambito di un giudizio di responsabilità nei confronti degli organi sociali di amministrazione e di controllo, che ha coinvolto pure l'attestatore del piano ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall. per l'erronea attestazione della fattibilità economica (28), è stato affermato che il danno non possa essere esclusivamente quantificato in base al criterio cd. dei netti patri-

(21) In tale senso: G. Milano, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni*, Commento a Trib. Milano 31 ottobre 2016, in *Società*, 2017, 885 ss.

(22) Sull'esclusione della possibilità dell'amministratore di confidare acriticamente nei bilanci redatti dai precedenti amministratori, anche se con il giudizio positivo delle società di revisione: Cass. 7 maggio 2015, n. 9193, in *Giur. comm.*, 2016, II, 780.

(23) Così ancora: G. Milano, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi: nuove e vecchie questioni*, Commento, cit., 890, il quale aggiunge che ad integrare la responsabilità in oggetto concorre anche l'inderogabilità della competenza consiliare, relativa alle attribuzioni riguardanti l'attuazione degli adempimenti conseguenti alla perdita rilevante del capitale sociale, ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. (art. 2381, comma 4, c.c.).

(24) In proposito, si rinvia a: A. Patti, *La determinazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità per la perdita del capitale sociale: quale criterio?*, in questa *Rivista*, 2013, 172 ss., che predilige, per la liquidazione del danno, il criterio differenziale dei cd. "netti patrimoniali rettificato" con applicazione del principio contabile OIC 5. Per un approfondimento, in funzione di una valutazione del patrimonio netto, più corrispondente ai dati di realtà in ordine al criterio di valutazione, a date iniziale e finale, a valori di liquidazione e pertanto delle attività non più a

costo storico, ma di realizzo per stralcio, al netto degli oneri e delle passività a valore di estinzione, al lordo di eventuali oneri, con appostamento di un fondo per costi e oneri di liquidazione: G. Verna, *La determinazione del danno causato dagli amministratori che continuano l'impresa dopo la perdita del capitale*, in *Le Società*, 2011, 37, part. 43 ss.

(25) Così: Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100, in questa *Rivista*, 2015, 934, con osservazioni di G. Carmellino, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite*, ivi, 2015, 939 e in *Dir. fall.*, 2015, II, 509, con nota di A. Penta, *La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire*, ivi, 510.

(26) In proposito: Cass. 16 giugno 2016, n. 12454, in *Italgireweb*, Rv. 640108-01, che ha ritenuto che, a tali fini, il giudice ben possa tenere conto delle risultanze di scritture contabili informali, ossia non conformi alle prescrizioni di legge.

(27) Per la ritenuta insufficienza di un tale criterio: Cass. 2 ottobre 2015, n. 19733, in questa *Rivista*, 2016, 876, *sub art.* 146 (s. m.).

(28) Sulla natura, i presupposti della responsabilità dell'attestatore e la sua comparazione con quella degli altri soggetti coinvolti nella vicenda: A. Napolitano, *Azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: corresponsabilità dell'attestatore del piano ex art. 182bis l.f. e criteri di quantificazione del danno*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1053.

moniali, qualora il ritardo nell'assunzione dei provvedimenti a norma degli artt. 2446, comma 2 e 2447 c.c. sia dovuto all'esenzione di cui all'art. 182 bis, comma 6, l.fall. Perché in questi casi, laddove la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una domanda di concordato preventivo abbia colpevolmente ritardato la dichiarazione di fallimento, il danno imputabile ad amministratori, sindaci e attestatore del piano deve essere determinato sulla base del maggior indebitamento che si sarebbe evitato se il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente (29).

Il concorso della banca nella *mala gestio* degli amministratori

Sempre più frequentemente, negli ultimi tempi, si è venuta configurando, nelle azioni di responsabilità promosse dalle curatele fallimentari contro amministratori e sindaci, la responsabilità della banca, quale terza solidalmente tenuta per il danno cagionato alla società fallita per abusivo ricorso al credito da parte degli amministratori: azione in qualche modo succedanea a quella diretta, fino ad oggi inutilmente tentata, nei confronti degli istituti per abusiva concessione di credito, in ordine alla quale la giurisprudenza di legittimità ha costantemente negato la legittimazione attiva del curatore (30). Posto che tale soluzione è talvolta prospettata come insoddisfacente e poco sintonica con una più corretta individuazione delle azioni esercitabili dal curatore, in funzione della ricostituzione del patrimonio fallimentare (31), mi pare opportuno, non

condividendo una tale critica a mio avviso non giuridicamente fondata, offrire qualche riflessione sistematica al riguardo, compatibilmente con lo spazio consentito dal presente contributo.

In via di estrema sintesi, è noto che il curatore derivi la propria legittimazione processuale o direttamente dal fallimento (art. 24 l.fall.), per l'originaria concorsualità della sua ragione creditoria, ovvero per espressa previsione normativa (come nel caso appunto delle azioni di responsabilità: art. 146 l.fall.), ovvero per sostituzione del fallito (art. 43 l.fall.), quale riflesso processuale dello spossessamento dei suoi beni, nella disponibilità del curatore medesimo (art. 42 l.fall.).

Mi pare che l'azione di abusiva concessione di credito non rientri tra le azioni di massa, se correttamente definite (32), in quanto il fallimento, lungi dal costituire il presupposto essenziale di loro derivazione (basti pensare all'azione di massa per antonomasia, quale l'azione revocatoria fallimentare), costituisce un mero evento storico, non integrante elemento costitutivo dell'azione (33): né potendosi fare improprio riferimento ad una nozione generica di "ricostituzione del patrimonio del debitore", in quanto ogni azione di natura anche meramente recuperatoria, al di fuori del contesto dei principi propri della concorsualità sistematizzata (34), assolve ad una funzione *lato sensu* ricostitutiva del patrimonio (così anche quella di recupero dei crediti, che nessuno dubita essere esercitata dal curatore *utendo iuribus* del fallito, ossia in base a diritti esi-

(29) In tale senso: Trib. Venezia 19 maggio 2015, ord., in *Dir. fall.*, 2016, II, 1040, commentata dall'autore citato alla nota precedente e secondo cui, in particolare, "la situazione di mercato e la condizione della stessa società avrebbero dovuto indurre gli amministratori a non presentare piani di ristrutturazione che avrebbero avuto, secondo giudizio *ex ante*, scarsa possibilità di attuazione" e "l'attestatore, contraddicendo l'evidenza della situazione di crisi del mercato immobiliare esistente e dando il proprio giudizio di fattibilità economica" avrebbe operato una "scorretta valutazione di ripresa del mercato ... tanto più evidente" nel "triennio 2012-2014" in quanto "già nel corso del 2011 ... il mercato immobiliare nessun segno di ripresa aveva dato, anzi aggravandosi nelle more la situazione di crisi del settore".

(30) Così: Cass., SS.UU., 26 marzo 2006, n. 7030, in questa *Rivista*, 2006, 1125; Cass. 1° giugno 2010, n. 13413, *ivi*, 2011, 306; Cass. 12 maggio 2017, n. 11798, *ivi*, 2017, 905.

(31) In tale senso, in particolare: L.A. Russo, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 619, che critica l'esclusione della legittimazione attiva del curatore, anche attraverso una, a suo avviso, corretta definizione dell'azione cd. di massa, come di ricostituzione del patrimonio del debitore, di cui si avvantaggino tutti i creditori impersonalmente considerati; sicché il discrimine per individuare il potere sostitutivo del curatore sarebbe non già il vantaggio individuale del creditore, ma l'impiego verso detta ri-

costituzione. Più recentemente: L. Balestra, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, in questa *Rivista*, 2017, 1163.

(32) Per una definizione di "azioni che derivano dal fallimento", quali appunto quelle cd. di massa: Cass. 9 ottobre 2001, n. 12368, in questa *Rivista*, 2002, 1157, secondo cui tali sono quelle "che al fallimento debbono la loro origine, nel senso che senza la dichiarazione di fallimento e l'instaurarsi della procedura concorsuale non sarebbero concepibili ... azioni inerenti a situazioni e rapporti giuridici, coinvolgenti i creditori, il fallito ed i terzi, sui quali la dichiarazione di fallimento è destinata a produrre effetti, nel senso di modificarli, e che nel fallimento ... debbono trovare una nuova sistemazione in relazione alla ricostruzione del patrimonio del fallito, in funzione dell'attuazione della *par condicio creditorum* (dunque, cause relative a rapporti destinati ad essere disciplinati dalle norme sostanziali e processuali della legge fallimentare in relazione alle finalità della procedura concorsuale: il soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del fallito, ricostruito attraverso gli strumenti giuridici funzionali al ristabilimento e all'attuazione della *par condicio creditorum*)".

(33) Così, in particolare: App. Bari 2 luglio 2002, in questa *Rivista*, 2002, 1165.

(34) Sul punto si rinvia alla definizione di azione di massa enunciata *retro*, *sub* nt. 32).