



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di diritto privato e storia del diritto

Corso di dottorato in diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

Curriculum in diritto commerciale e industriale

Ciclo XXXI

L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo

Dottorando

Tommaso Marri

Tutor

Chiar.mo Prof. Roberto Sacchi

Chiar.mo Prof. Vincenzo Pinto

Coordinatrice del dottorato

Chiar.ma Prof. Maria Teresa Carinci

Anno Accademico 2017/2018

CAPITOLO I

Il perimetro del problema in merito all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità

1. Il diritto societario della crisi quale presupposto per analizzare il problema
2. L'art. 185 l. fall. nella ricostruzione della disciplina dell'azione sociale di responsabilità
3. Gli interessi protetti e il diritto societario della crisi
4. La riallocazione dei poteri nel diritto societario della crisi
5. L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo: tra vecchie e nuove prospettive
6. La giurisprudenza
7. Il problema in altri ordinamenti: brevi notazioni
8. Il problema *de iure condendo*

CAPITOLO II

Due modelli alternativi di legittimazione a confronto

9. Il modello di legittimazione autonoma
10. Il modello di legittimazione derivata
11. La soluzione del problema: una legittimazione autonoma o derivata dipende dalla tipologia di soluzione concordataria adottata
12. Dalla fase di pre-concordato all'omologa
13. Il concordato con cessione dell'azione sociale al liquidatore
14. Il concordato in continuità aziendale
15. Il concordato con assuntore
16. Il concordato e le operazioni di fusione e scissione
17. La cessione della controversia all'arbitro
18. La rinuncia e la transazione della pretesa sociale

CAPITOLO III

Le ipotesi di legittimazione derivata. Disfunzioni e correzioni

19. Le interferenze dei soci e la crisi di impresa
20. Disfunzioni del modello e rimedi
 - a) Atti difformi dal piano di concordato: gli inadempimenti dei soci e degli organi concorsuali
 - b) Delibera viziata conforme al piano di concordato
21. Conclusioni

Introduzione

La disciplina concorsuale italiana, in più occasioni novellata nel corso degli ultimi quindici anni, appare oggi decisamente orientata verso modelli e schemi tesi a conferire rinnovata centralità all'esigenza di conservazione dei valori produttivi dell'impresa in crisi nell'ottica di un complessivo ripensamento dei rapporti tra fallimento e procedure alternative – e più in generale dei rapporti tra soluzioni liquidatorie e continuità aziendale – e delle connesse gerarchie assiologiche.

In questo quadro si registra un crescente senso di fiducia verso soluzioni negoziali della crisi e in particolare verso il concordato preventivo, la cui fisionomia complessiva – in effetti – appare ad oggi stravolta rispetto alla disciplina anteriore alla prima novella del 2005.

Al riguardo, il dato forse più significativo – che esprime il senso del mutato approccio del legislatore all'istituto e del rinnovato senso di fiducia verso la soluzione concordataria – è rappresentato dall'estensione dei presupposti soggettivi per l'accesso alla procedura da parte di imprenditori insolventi o comunque in stato di crisi¹: il che ha suscitato – lo si può anticipare sin da subito – una sempre maggiore attenzione degli interpreti e degli operatori del diritto verso questioni tradizionalmente affrontate e studiate, perlopiù, nell'ottica del fallimento. E ciò, non fosse altro che per ragioni meramente statistiche, legate al maggior gradiente di competitività dell'istituto concordatario rispetto alla coeva soluzione fallimentare.

È il caso, tra le altre, della questione relativa all'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori e sindaci di società di capitali che abbiano fatto domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo.

Un tema, questo, che presenta – già ad un primo impatto – sicure ragioni di interesse, sia di ordine teorico che di ordine pratico. Ed infatti, se per un verso le azioni di

¹ Prima della novella del 2005 era prevista la sola possibilità di servirsi di due modelli esecutivi di concordato preventivo: il concordato preventivo con cessione e quello con garanzia; i requisiti oggettivi richiesti (meritevolezza e il raggiungimento del 40%) limitavano l'utilizzo del concordato preventivo e privavano di interesse il tema dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori e sindaci, specie se si intendeva il requisito di meritevolezza quale assenza di atti di *mala gestio* perché lo stesso andava parametrato sulla condotta degli organi sociali. Dal 2005 sono venuti meno questi due requisiti e il meccanismo di voto sul silenzio assenso, unitamente al concordato in bianco e ad altri istituti rivolti a favorire l'esercizio dell'impresa all'interno del concordato preventivo, hanno creato le premesse per una grande diffusione di questo strumento di soluzione negoziale della crisi. Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 13-14; 57-58, la quale afferma che il problema dell'indagine si prestava ad un'univoca soluzione visto che il concordato preventivo si esauriva in quello con cessione totale dei beni.

responsabilità verso gli organi sociali godono di una disciplina espressa nell'ambito del fallimento (ove in primo luogo – per opera dell'art. 146 l. fall. e dell'art. 2394-bis c.c. – si individua nel curatore il soggetto legittimato all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione risarcitoria a tutela dei creditori), per altro nell'ambito del concordato preventivo manca una disciplina espressa dell'istituto, ove solo si consideri che nessuna norma fa chiarezza sul tema della legittimazione ad esercitare il credito (risarcitorio) inerente all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e sindaci di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata.

Si anticipa, sin da ora, che seppur la legge fallimentare non indica espressamente chi sia legittimato all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, non vi sono ostacoli a monetizzare il sotteso credito latente all'interno della procedura concorsuale, per la ricerca della miglior soluzione concordataria. Ciò si evince dall'art. 160, comma 1, lett. a) l. fall. che prevede che la ristrutturazione dei debiti può realizzarsi attraverso qualsiasi forma comprendendo anche la cessione dei beni del debitore, pur non precisando se sia o meno obbligatorio il suo inserimento nel piano di concordato preventivo né l'osservanza delle regole societarie di cui all'art. 2393 c.c., in particolare alla necessità o meno della deliberazione assembleare per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Capitolo I

Il perimetro del problema in merito all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità

1. Il diritto societario della crisi quale presupposto per analizzare il problema

Il tema oggetto di studio propone di indagare l'esercizio dell'azione sociale declinato all'interno di una procedura di concordato preventivo.

Tra le azioni risarcitorie previste dalle norme di diritto societario abbiamo scelto di analizzare in primo luogo quella di cui all'art. 2393 e 2393-bis c.c., in secondo luogo, e per quanto utile ai fini della trattazione, quella di cui all'art. 2394 c.c., richiamata peraltro nei gruppi di società dall'art. 2497, comma 4 c.c., poiché l'azione risarcitoria spettante ai creditori reagisce ad un danno riflesso prodotto nel patrimonio sociale. Tale azione risarcitoria è classificabile come azione di massa ed è suscettibile di essere esercitata da un organo della procedura, al contrario delle azioni individuali *ex art. 2395 c.c.* che reagiscono ad un danno direttamente prodotto nel patrimonio del socio e come tale non attribuisce alcuna legittimazione ad agire in via risarcitoria alla società per azioni in concordato preventivo². Preme, quindi, spendere qualche riga in merito alle norme societarie che trattano azioni risarcitorie verso l'organo gestorio ma che non saranno trattate nell'elaborato indicando i motivi della loro esclusione dalla presente indagine, per poi concentrarci sulle norme societarie e concorsuali oggetto di indagine.

L'azione individuale del singolo socio o del terzo, disciplinata dall'art. 2395 c.c., non verrà trattata poiché non è richiamata dalla disciplina fallimentare³ ed è di natura extracontrattuale⁴. Da ciò deriva la risarcibilità del danno in capo al singolo socio,

² Cfr. N. DE LUCA, *Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità. Spunti di riflessione*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8-9/2018, 948-950, che giustifica l'esercizio da parte del curatore di azioni risarcitorie individuali mediante la costituzione di parte civile nei processi per bancarotta preferenziale sulla base dell'art. 185 c.p., canalizzando il ricavato verso l'attivo fallimentare.

³ R. RORDORF, *Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata*, in *Le Società*, 1995, 748-749; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 9**, Utet, Torino, 1993, 379-380; in nt. 169, 396.

⁴ Cfr. V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2007, 897-907; G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale II, Diritto delle società*, 8° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2014, 400-402, il quale qualifica l'azione risarcitoria *ex art. 2395 c.c.* come un'azione extracontrattuale poiché il socio è un soggetto terzo che non è parte del vincolo giuridico che lega la

danno direttamente arrecato al patrimonio individuale del socio, la cui ingiustizia risiede nella violazione del corretto e lecito⁵ esercizio della funzione amministrativa. Il singolo socio mantiene, in caso di concordato preventivo, inalterata la propria legittimazione attiva, non essendo titolare di un'azione di massa⁶, e rispetto ad una tale azione il patrimonio sociale rimane neutrale.

Infatti, laddove predetta neutralità venga meno, deve essere disattivato l'art. 2395 c.c., con la conseguente attivazione dell'art. 2393 c.c. Inoltre l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è finalizzato ad ottenere valori e utilità che sono attratti all'interno del patrimonio sociale poiché le regole relative alla tutela dell'integrità del capitale sociale impediscono che il singolo socio, pur se danneggiato, possa appropriarsene⁷. Poi risulta più incerto il *dies a quo* del termine di prescrizione: cinque anni non dal compimento dell'atto, ma da quando esso è conosciuto o conoscibile dal singolo socio o dal terzo, a differenza delle azioni di responsabilità poc'anzi analizzate⁸.

Inoltre, non è, neppure, funzionale alla nostra indagine trattare dell'azione dei soci e dei creditori ai sensi del 2497 c.c., perché anch'essa disciplina una responsabilità extracontrattuale, come il richiamato art. 2395 c.c., volta a ristorare direttamente il socio danneggiato, anche se in seguito ad un danno riflesso⁹. Tale azione diretta del

società ai suoi amministratori, non potendo ammettersi alcuna tutela contrattuale né secondo gli schemi del contratto con effetti protettivi ai terzi né secondo gli schemi dell'obbligazione senza prestazione.

⁵ Cfr. M. MOZZARELLI, *Commento all'art. 2395 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1468-1469, il quale applica l'art. 2043 c.c. se l'illecito è commesso fuori dall'esercizio delle funzioni amministrative.

⁶ Nel diritto della s.r.l., cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibbà-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 277-278.

⁷ V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2007, 916-935; cfr. M. MOZZARELLI, *Commento all'art. 2395 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1460-1465, ritiene che il danno riflesso non possa essere risarcito direttamente al socio e non possa essere direttamente canalizzato nel suo patrimonio individuale; Cass. SU, 24 dicembre 2009, n. 27346; Cass., terza sezione, sent. n. 4548/2012; Cass., prima sezione, sent. n. 22573/2014; nel diritto della s.r.l., cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibbà-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 253-257; 268-273, la quale estende la legittimazione passiva anche al socio partecipante della funzione gestoria.

⁸ M. MOZZARELLI, *Commento all'art. 2395 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1469-1470; nel diritto della s.r.l., cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibbà-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 274-276.

⁹ Cfr. V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2007, 935-939, il quale ritiene che la norma disciplina un'ipotesi eccezionale di risarcimento del danno prodotto all'interno del patrimonio sociale che si riflette sul valore delle partecipazioni sociali dei soci, in capo al socio attore e non in capo alla società; M. MOZZARELLI, *Commento all'art. 2395 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1465-1466; G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C.

socio, ha natura surrogatoria, in quanto volta a sopperire all'inerzia della controllata, ed è assorbita dall'art. 146 l. fall.¹⁰, oltre a non presentare profili di particolare interesse all'interno dell'istituto concordatario. Si precisa, infine, che non si tratterà dell'azione sociale di responsabilità esercitata all'interno dei gruppi di imprese in crisi¹¹, poiché difficilmente la società controllante delibererà a maggioranza all'interno dell'assemblea della controllata un'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori che hanno preso parte al fatto lesivo da cui ha tratto vantaggio; considerazioni diverse sono, invece, da avanzare nel caso in cui la società eterodiretta è una s.r.l. in cui l'amministratore compie una scorrettezza a vantaggio della capogruppo, poiché il singolo socio potrebbe esercitare l'azione sociale di responsabilità¹².

Dopo aver circoscritto l'indagine alle norme disciplinate agli artt. 2393, 2393-bis e 2394 c.c. si impongono alcune brevi considerazioni su tali norme per poi declinarle nella disciplina del concordato preventivo, svolgendo alcune riflessioni sull'interazione tra diritto societario e diritto concorsuale¹³.

Nella s.p.a. e nella s.r.l. gli artt. 2393 c.c. e 2476 c.c. prevedono una competenza assembleare all'esercizio dell'azione sociale seppur graduata in modo differente (nella s.r.l. anche il singolo socio può esercitare l'azione sociale di responsabilità)¹⁴.

Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 258-260, la quale ritiene che una tale deroga sia giustificata per il diverso assetto di interessi in un gruppo societario.

¹⁰ Cfr. A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 200-202; nel senso che l'art. 146 l. fall. consenta anche l'azione verso gli amministratori di s.r.l., v. Trib. Catanzaro, R.G. 1182/2015, 8 marzo 2017, in www.ilcaso.it. *Contra*, nel senso che tale azione compete direttamente ai soci e ai creditori e non sia esercitabile dalla s.p.a. controllata verso gli amministratori della controllante e della controllata poiché hanno preso parte al fatto lesivo, G. LANDOLFI, *Le azioni di responsabilità limitata contro gli amministratori nel fallimento della nuova società a responsabilità limitata*, Napoli, Liguori, 2005, 83-89.

¹¹ Cfr. M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, III, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrero- A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), Utet, Torino, 2014, 2693-2705, il quale evidenzia che manca una disciplina che regoli la crisi di un gruppo societario sia a livello comunitario, che a livello nazionale dove l'unica previsione in materia di amministrazione straordinaria è limitata alle imprese di grandi dimensioni.

¹² Si precisa come l'art. 2497, comma 4 c.c., in caso di fallimento, liquidazione coatta, amministrazione straordinaria, regola solamente il trasferimento dell'azione risarcitoria spettante ai creditori della eterodiretta per danno riflesso all'organo della procedura.

¹³ Cfr. G.B. PORTALE, *Verso un "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, 1-4, il quale non ammette un autonomo diritto societario della crisi, ma ritiene che alcune norme italiane pongano le basi per un adattamento dell'organizzazione societaria alla crisi di impresa.

¹⁴ Cfr. P. SPADA, *Diritto commerciale II, Elementi*, II ed. Cedam, Padova, 2009, 73. Cfr. P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nella s.r.l. dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, n. 7, 2004, 809, il quale evidenzia come nel codice del 1942 il sistema delle azioni di responsabilità, mutuato su quello della s.p.a., assorbiva i difetti dovuti all'applicazione del principio maggioritario.

Infatti la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale, nella disciplina della s.r.l., non presenta differenze particolari rispetto a quanto stabilito nella disciplina della s.p.a., poiché, sebbene il singolo socio sia legittimato ad agire in giudizio per esercitare l'azione sociale di responsabilità¹⁵ (il cui esercizio ponderato è garantito dalla inderogabilità dei diritti individuali di controllo)¹⁶, la titolarità della pretesa sociale resta in capo alla società a responsabilità limitata¹⁷. Ciò si evince dal fatto che, nella s.r.l., la rinuncia e la transazione dell'azione sociale determinano l'estinzione del diritto sostanziale¹⁸, mentre, se poste in essere dal socio, producono effetti che sono circoscritti alla sola legittimazione ad agire¹⁹.

Visto che la pretesa sociale resta in capo alla società debitrice saranno trattati, nel corso dell'elaborato, entrambi i tipi societari, seppur accordando prevalenza all'analisi delle ipotesi di s.p.a. in concordato preventivo, poiché il tipo societario della s.p.a.²⁰ offre la certezza di un modello predefinito sul quale l'interprete può fare

¹⁵ Nel senso di qualificare l'intervento del socio come ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, v. R. TETI, *La responsabilità degli amministratori della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 644-645; 648-652; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 1069-1072; cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 330-347, la quale sottolinea come il ruolo di sostituto processuale determina anche altre conseguenze sul piano processuale, quali una su tutte quella che al socio attore sono opponibili le eccezioni che gli amministratori avrebbero potuto opporre alla società; cfr. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 266-269, il quale ritiene sussistere una legittimazione del socio all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità che è concorrente con quella degli organi sociali.

¹⁶ Cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 1117-1122, il quale sostiene, inoltre, che il controllo è strumentale al corretto e inderogabile esercizio individuale dell'azione sociale di responsabilità e della eventuale domanda di revoca dell'amministratore colpevole; cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 352-365, la quale argomenta detta inderogabilità non tanto sul profilo dell'inderogabilità dei diritti di controllo individuale, quanto sul diverso assetto di poteri nella *governance* di una s.r.l.

¹⁷ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 338-343, la quale ritiene che, in un eventuale giudizio di responsabilità contro i suoi amministratori, la s.r.l. sarà citata quale litisconsorte necessario.

¹⁸ F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1414; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010; 1072-1080; P. SPADA, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la Riforma organica del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*. Quaderni romani di diritto commerciale, G. Scognamiglio (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 19; G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 288-296

¹⁹ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 347-352.

²⁰ Si fa anche riferimento, quindi, alla s.p.a. totalmente a partecipazione pubblica, non essendo la controversia per danni cagionati al patrimonio sociale attratta nella giurisdizione dei conti. La società a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente comunale detenga la

considerazioni dotate di una certa stabilità, non essendo un modello flessibile o a struttura corporativa attenuata come la s.r.l.²¹; quest'ultimo, infatti, è un modello organizzativo che è disciplinato, in gran parte, dall'autonomia statutaria dei soci²².

La disciplina della società per azioni prevede la necessità di una delibera assembleare quale condizione per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori ai sensi dell'art. 2393 c.c.

maggioranza o la totalità delle partecipazioni sociali ai sensi dell'art. 1 del D.lgs. n. 175 del 2016 ed inoltre, all'art. 12, si rinvia alle azioni di responsabilità previste dalla disciplina del codice civile in materia di responsabilità degli organi amministrativi e di controllo in quanto se anche si configura la s.p.a. quale articolazione dell'amministrazione pubblica, essa resta uno strumento privatistico, non comportando l'applicabilità di una diversa disciplina in tema di responsabilità gestoria. Infine, ai sensi dell'art. 14 del suddetto decreto legislativo, si applica la disciplina del concordato preventivo anche alle società titolari di affidamenti indiretti quali le s.p.a. *in house*. Cfr. Cass. civ., sez. un., 1.12.2016, n. 24591; Cass., sez. un., 23.02.2010, n. 4309, ritiene che manca una relazione di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'organo amministrativo della partecipata che ha causato un danno al patrimonio sociale,; in senso contrario in merito alla tesi della giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità degli amministratori verso la società *in house*, v. Cass. civ., sez. un., 25.11.2013, n. 26283; secondo poi la Cass., sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886: *“L'affidamento, da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra una relazione funzionale incentrata sullo inserimento del soggetto stesso nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente lo assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito e attuato il rapporto”*.

²¹ Nel senso di sottolineare come la rilevanza centrale del socio, espressa nell'art. 3 della l. delega n. 366 del 2001, nonché i modelli amministrativi personalistici, e i poteri gestori dei soci sono elementi che concorrono a delineare un sistema capitalistico “attenuato” rispetto a quello della s.p.a. v., G. ZANARONE, *Commento all'art. 2475 c.c. Amministrazione della società*, Il Codice Civile. Commentario, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), 927-932; G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in Trattato delle società a responsabilità limitata, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 284-287; P. SPADA, *Diritto commerciale II, Elementi*, II ed. Cedam, Padova, 2009, 51-53; cfr. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in Tratt. di diritto commerciale, G. Cottino (diretto da), vol. V, Cedam, Padova, 2007, 12-13; 41-42; 50, il quale si esprime nel senso di sottolineare la libertà delle forme organizzative e la rilevanza centrale del socio data dalla legge delega; cfr. P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nella s.r.l. dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, n. 7, 2004, 811-812; 815, il quale ritiene che tale modello organizzativo flessibile si adatta a regole previste per la s.p.a., ma anche a quelle di società di persone, rilevando come questa autonomia organizzativa o – per meglio dire – libertà organizzativa impone l'onere ai soci di predisporre regole di organizzazione e nell'organizzazione, idonee a evitare che la libertà degeneri in anarchia; cfr. M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in Tratt. delle soc. a resp. limit. *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, vol. IV, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2009, 35-45, che sottolinea che un tale modello può spingersi sino ad eliminare l'organo gestorio con la conseguenza, però, che si determina una “commistione” tra procedimenti decisionali e doveri gestori in capo ai soci; P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nella s.r.l. dall'assemblea fantasma all'anarchia?* in *Le Società*, n. 7, 2004, 809-811, parla, addirittura, di «assemblea amministratrice».

²² La s.r.l., sin dal Progetto Vivante del 1922, poi con il Progetto D'Amelio del 1925, poi con la legge del codice civile del 1942, sia con la Riforma delle società di capitali del 2003 per arrivare alla novella avente ad oggetto la possibilità di costituire un s.r.l. con un capitale sociale pari ad un euro, anche in forma di *start up*, è il tipo societario – tra le società di capitali – in cui convivono elementi personalistici e diritti corporativi, il cui modello organizzativo viene lasciato all'autonomia dispositiva dei soci, che possono operare liberamente, seppur entro certi limiti fissati da norme imperative. Cfr. A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 4, il quale evidenzia come il carattere di novità della Riforma di cui al d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 sia la “*maggior dose di flessibilità e di personalizzabilità*” rispetto al passato.

Nel diritto delle società per azioni la scelta del legislatore di attribuire competenza esclusiva all'assemblea²³, in merito all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori, si spiegava non solo per la diversa ripartizione di competenze tra assemblea e organo amministrativo, ma anche per il diverso rapporto giuridico (di mandato) tra gli amministratori e i soci²⁴.

Dopo la Riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, inoltre, nel sistema di amministrazione e controllo tradizionale e anche in quello monistico, l'azione sociale di responsabilità continua ad avere un ruolo primario tra gli strumenti esperibili dai soci, oltre che dal collegio sindacale, contro gli amministratori (oltre che contro i sindaci in forza del richiamo operato dall'art. 2407 c.c.²⁵), poiché il potere di autorizzare un atto gestorio introdotto all'art. 2364, comma 1, n. 5 non rappresenta un presidio efficiente contro le irregolarità gestorie.

L'elaborato non tratta, infatti, le ipotesi di responsabilità amministrativa in caso di delibera autorizzatoria dei soci di una s.p.a. ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c. poiché operando il divieto di *venire contra factum proprio*²⁶, viene impedito ai soci di esperire l'azione sociale di responsabilità ex artt. 2393 e 2393-bis c.c.

Tali norme costituiscono ipotesi di responsabilità contrattuale imputabile agli amministratori per danno riflesso ai soci.

²³ Nel sistema dualistico la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale spetta al consiglio di sorveglianza, ex art. 2409-terdecies, comma 1, lett. d, mentre nel monistico sono esclusive dell'assemblea, cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, tomo 2, Cedam, Padova, 2004, 335-342; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010; in nt. 79, 1074.

²⁴ Cfr. P. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Cedam, Padova, 1992, 8-15; 20-23; nel senso di una titolarità esclusiva in capo alla società del diritto alla rinuncia o alla transazione dell'azione sociale di responsabilità, v. A. TINA, *L'esonero di responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 2008, 136-149.

²⁵ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, tomo 2, Cedam, Padova, 2004, 332-334.

²⁶ Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985, 156-159; 258-260, il quale limita la portata del principio, quale declinazione del principio di correttezza e buona fede, ai soli casi in cui la delibera assembleare risulti vincolante per gli amministratori ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 4 c.c., e quindi con effetto preclusivo dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori; sul punto, v. anche A. TINA, *L'esonero di responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 2008, 194-202. Secondo l'A. il divieto per i soci di *venire contra factum proprio* si applica anche se la minoranza resta legittimata all'azione sociale, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c., e ciò costituisce un limite alla disponibilità, per la maggioranza, del diritto al risarcimento del danno sociale, fermo restando che la rinuncia da parte della minoranza è da intendersi in senso processuale e non sostanziale. In senso contrario riferendosi alla rinuncia all'azione sociale da parte della minoranza dei soci, v. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, nt. 332, 345-346.

In particolare l'art. 2393 c.c. prevede che l'azione sociale, nella s.p.a., è di competenza dell'assemblea dei soci o del collegio sindacale, a maggioranza dei 2/3 dei suoi componenti, ed è esercitabile entro cinque anni²⁷ dalla cessazione della carica dell'amministratore responsabile, mentre la rinuncia e transazione, indicata all'ordine del giorno, è di competenza esclusiva dei soci²⁸ ed è subordinata alla mancata opposizione della minoranza qualificata dei soci che abbiano una determinata partecipazione al capitale sociale pari a 1/5 nelle società chiuse e 1/20 in quelle aperte²⁹.

Pertanto l'amministratore, convenuto in giudizio da una società di capitali in concordato, può beneficiare di una rinuncia e transazione in suo favore in assenza del voto contrario espresso dalla minoranza; la stessa minoranza che, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c., è legittimata ad esercitare l'azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art. 81 c.p.c.³⁰, in modo simile a quanto era disciplinato già all'art. 129 t.u.f.³¹, abrogato a partire dal d.lgs. n. 37 del 2004.

²⁷ Nel senso che tale termine deve qualificarsi come prescrizione e non decadenza, anche in relazione al fatto che la decadenza risulta prevista per attribuire certezza a situazioni negative per l'organizzazione dell'ente cosa che non si verifica in questa sede, v. S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., Le società per azioni, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 687-688; F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1412-1413.

²⁸ Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985, 169, il quale nega la natura meramente autorizzatoria, sottolineando come ciò si leghi all'autonomo promovimento dell'azione sociale.

²⁹ Nel senso di sottolineare il difetto di coordinamento tra l'art. 2393, comma 6, c.c. che disciplina il veto della minoranza e l'art. 2393-bis c.c., in seguito alla modifica di cui alla L. n. 262/2005 che abbassa il quorum necessario all'esercizio dell'azione ad 1/40, v. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale II*, Diritto delle società, 8° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2014, 396-397; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., Le società per azioni, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 675-676; cfr. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 114-115, il quale inquadra detta disarmonia non come un difetto di coordinamento, quanto come il tentativo di distinguere tra diversi tipi di società per azioni.

³⁰ Nel senso di qualificare come sostituzione processuale il rimedio, escludendone la natura surrogatoria, v. L. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 869-872; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., Le società per azioni, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 672-674; F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1423-1425.

³¹ Interessante notare come la norma richiedeva il requisito di aver posseduto le azioni legittimanti all'esercizio dell'azione sociale da almeno 6 mesi che decorrono dall'iscrizione nel libro soci, premiando così i soci fedeli e introducendo un elemento personalistico in una struttura corporativa.

Tale istituto che risulta di scarso successo applicativo³², in specie per le spese processuali sostenute dall'attore³³. Perciò, spesso, la minoranza vota in merito all'azione sociale di responsabilità quando la maggioranza si astiene perché è in conflitto di interessi³⁴, ma esercita il voto ai sensi dell'art. 2393 c.c. e non ai sensi dell'art. 2393-bis c.c.

Inoltre preme precisare che l'azione sociale di responsabilità, se viene esercitata in sede di approvazione del bilancio, ai sensi dell'art. 2434 c.c., non determina un discarico di responsabilità a favore degli amministratori³⁵.

L'altra azione risarcitoria che offre rimedio ad un danno riflesso prodotto nel patrimonio sociale è l'art. 2394 c.c. che disciplina un'azione di responsabilità contrattuale³⁶, seppur più circoscritta rispetto a quella di cui all'art. 2393 c.c.³⁷, presentando alcune peculiarità rispetto alla disciplina relativa all'azione sociale di responsabilità: da un lato, prevedendo una legittimazione sostanziale e processuale diretta e autonoma in capo ad un singolo soggetto (il creditore)³⁸, dall'altro, non

³² Cfr. L. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 880-889, i quali ritengono che un tale insuccesso dipenda da plurime ragioni quali: il fatto che il destinatario del risarcimento resta la società e che un'eventuale cessione delle partecipazioni non comporta la cessione del diritto controverso, nonché soprattutto per il fatto che le spese processuali sono a carico del socio attore e seguono il principio della soccombenza senza che il legislatore abbia posto alcuni correttivi quali lo storno di una quota del risarcimento a favore del socio attore o un suo rimborso anche in caso di soccombenza; cfr. anche F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1408-1409; 1428-1432; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. di dir. comm., Le società per azioni*, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 673-674.

³³ Cfr. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 24, il quale sottolinea che la disciplina italiana prevede il rimborso del socio attore solo in caso di vittoria, mentre quella statunitense delle *derivative actions* prevede che la società sia obbligata comunque al rimborso, come anche quella tedesca ai sensi del § 148 AKtG, Abs. 1. In riferimento al regime anteriore alla Riforma delle società di capitali del 2003, in cui mancava la legittimazione all'azione da parte della minoranza e si era tentato di sopperire in via interpretativa, cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 421-427.

³⁴ Cfr. G. DOMENICHINI, *Amministratori di s.p.a. e azione di responsabilità*, in *Le Società*, n. 5, 1993, 615, il quale sostiene che ciò accade quando gli stessi soci di maggioranza sono gli amministratori contro cui si agisce oppure quando i soci di maggioranza sono portatori di un interesse in conflitto con l'interesse sociale.

³⁵ A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 28.2, fasc. II, 2001, 349-352; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. di dir. comm., Le società per azioni*, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 670; nel diritto delle s.r.l., v. R. TETI, *La responsabilità degli amministratori della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 659.

³⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale II*, 8° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2014, 397-400; G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1435-1438. *Contra*, S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. di dir. comm., Le società per azioni*, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 677-680.

³⁷ Nel senso di estrarre dalla norma il principio di diligente cura del patrimonio sociale, come un *quid minus* rispetto al generale principio di diligenza, v. G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1442-1447.

³⁸ Nel senso di motivare la natura diretta dell'azione poiché la rinuncia non è opponibile ai creditori, v. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale II*, 8° ED., M. Campobasso (a cura di), UTET, TORINO, 2014, 397-400; G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto

trovando applicazione nella disciplina delle s.r.l.³⁹, in cui manca una norma *ad hoc* e in cui neppure l'art. 2394 c.c. è richiamato da altra norma mediante la tecnica del rinvio⁴⁰. Infine il termine prescrizione decorre, come anche in relazione all'azione sociale di responsabilità, da quando si è verificato il danno⁴¹.

Pertanto, dopo aver delineato le norme societarie che hanno ad oggetto l'azione sociale di responsabilità, occorre declinare le stesse all'interno della procedura di concordato preventivo e, in specie, esaminare la relazione reciproca tra i due diritti (societario e concorsuale), ponendo l'accento sugli interessi che i due sistemi proteggono in quanto ritenuti meritevoli di tutela.

Il legislatore, sin dalla legge fallimentare del r.d n. 267 del 17 marzo 1942, ha evitato di disciplinare il diritto societario all'interno della disciplina della crisi di impresa⁴², sulla base della convinzione che le imprese collettive – in specie societarie – non presentino differenze rilevanti rispetto all'imprenditore individuale nella fase patologica della vita dell'impresa⁴³.

da), Giuffrè, Milano, 2016, 1438-1442; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., Le società per azioni, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 680; R. RORDORF, *Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata*, in *Le Società*, 1995, 750-751. *Contra*, nel senso di sottolinearne la natura surrogatoria, in quanto la transazione in merito alla responsabilità preclude l'esercizio dell'azione sociale e in quanto surrogatoria risulta assorbita dall'art. 2393 c.c., in relazione al potere del curatore di esperire tali azioni ai sensi dell'art. 146 l. fall., v. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 374-378.

³⁹ Cfr. G. LANDOLFI, *Le azioni di responsabilità limitata contro gli amministratori nel fallimento della nuova società a responsabilità limitata*, Napoli, Liguori, 2005, 28, il quale sottolinea la possibilità per il creditore che ha subito un danno al proprio diritto di credito verso la società di agire, *ex art.* 2900 c.c., in via surrogatoria contro gli amministratori.

⁴⁰ *Contra*, nel senso di applicare in via analogica al diritto della s.r.l. l'art. 2394 c.c., escludendo che altri rimedi quali l'applicazione dell'art. 2900 c.c. o dell'art. 2043 possano sopperire alla tutela patrimoniale della società, v. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 1095-1104; nel senso di escludere l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c., facendo risalire l'azione di responsabilità dei creditori all'art. 2043 c.c., v. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in Trattato delle società a responsabilità limitata, vol. V, C. Ibbà-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 402-418.

⁴¹ G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1447-1449.

⁴² Cfr. G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 14-18, il quale sottolinea che la nostra legge concorsuale non reca un Testo unico dell'insolvenza come in altri paesi quali la Germania con l'*Insolvenzordnung* del 1994, la Spagna con la *Ley concursal* n. 22 del 2003 de 9 Julio.

⁴³ Sottolineavano le poche norme societarie nella disciplina del concordato preventivo: A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, Giuffrè, 1980, 5-10; 39-41; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 213-218; 224-228.

Di recente il legislatore ha regolato solamente singoli profili di diritto societario della crisi di impresa⁴⁴, – si pensi agli artt. 182-quater l. fall. e 182-sexies l. fall. – lasciando per contro privi di una specifica disciplina altri profili nondimeno rilevanti e non trattandone altri come quello del promovimento dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori di una società di capitali in concordato preventivo⁴⁵.

In Italia manca una disciplina codicistica del diritto societario della crisi di impresa, poiché singole norme quali gli artt. 183-sexies l. fall. e 183-quater, comma 3, l. fall. nonché l'art. 183-quinquies l. fall. disciplinano situazioni in cui l'impresa deve adeguare le regole societarie rispetto alla situazione di crisi, ma non si spinge sino a delineare un autonomo diritto societario della crisi di impresa. Per contro vi sono anche alcune norme di diritto societario da cui emerge la rilevanza della crisi: è il caso delle disposizioni relative ai finanziamenti dei soci *ex* artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., nella misura in cui attribuiscono rilevanza alla situazione finanziaria dell'impresa⁴⁶.

Si pone, quindi, il problema di stabilire se la circostanza che una società per azioni sia sottoposta ad una procedura di concordato preventivo incida o meno sulle regole di diritto societario comune, in particolare su quelle che disciplinano la responsabilità degli amministratori.

⁴⁴ Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 9**, Utet, Torino, 1993, 223, il quale afferma che, in un periodo in cui si tende a ripensare anche ad alcuni principi cardine del diritto concorsuale, il legislatore dovrebbe costruire una disciplina della crisi misurata sul tipo di impresa e quindi una disciplina specifica della crisi delle società di capitali. Ci chiediamo se le parole dell'A. oggi potrebbero essere rilette sotto una luce diversa: non la necessità di un diritto della crisi parametrato sulla società di capitali in generale, ma un diritto societario della crisi misurato sui singoli tipi societari, considerazione però che viene smentita dai recenti interventi normativi in tema di s.r.l.: prima con il Decreto Crescita del 2012 si era introdotta la previsione per le *start up* innovative di creare categorie di quote similmente a quanto avviene nella s.p.a. dove è concessa la possibilità di stabilire, in via statutaria, categorie di azioni speciali; tale previsione è estesa alle PMI innovative con il Decreto *Investment Compact* del 2015 e, infine, a tutte le PMI indipendentemente dal carattere innovativo o meno, mediante la Legge di Bilancio del 2017.

⁴⁵ Cfr. U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), III, Utet, Torino, 2014, 2835-2843, il quale sottolinea la mancanza di uno "statuto normativo speciale" della società in crisi.

⁴⁶ Cfr. per la tesi positiva che ammette un diritto societario della crisi, U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, U. Tombari (a cura di), Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 5-10; cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 93-96; 135-140, la quale ritiene necessaria una sintesi tra procedimenti societari e concordatari, nonché di un coordinamento tra atti deliberativi societari e organi concorsuali, riportando il caso di una fusione che deve essere condizionata all'omologa per evitare, se posta successivamente, la risoluzione del concordato preventivo o, se posta precedentemente, il rifiuto dell'omologa del concordato preventivo da parte del Tribunale. Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, F. Anelli-A. A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, in nt. 33, 10, il quale sostiene che è compito dell'interprete costruire un dialogo tra il diritto societario e il diritto della crisi di impresa.

L'esercizio dell'azione sociale ha lo scopo di trarre utilità da una pretesa di natura risarcitoria facente capo alla società di capitali. Ora, se il patrimonio è capiente il debitore, e quindi i soci, possono disporre cercando di aumentarne il valore in modo da massimizzare la redditività della propria partecipazione azionaria⁴⁷; in tal modo tutelano in modo indiretto anche gli interessi dei creditori non tanto perché garantiscono che il patrimonio sociale presenti un attivo sopra una determinata soglia, quanto perché hanno l'obiettivo di incrementare il patrimonio sociale e quindi la vera garanzia per i creditori è costituita dal patrimonio sociale inteso in senso dinamico⁴⁸.

Nella crisi di impresa, invece – stante il passaggio del potere di “controllo” in capo ai creditori – i soci potrebbero non avere alcun interesse ad una gestione corretta da parte degli amministratori e, dunque, al corretto utilizzo degli istituti contenuti nell'art. 2393 c.c.: promovimento, rinuncia, transazione dell'azione sociale di responsabilità.

Quanto detto costituisce applicazione della nota correlazione (almeno tendenziale) tra potere e rischio.

Infatti, è chiaro che, sia nella fase fisiologica della vita di un'impresa societaria che in quella patologica, sono gli investitori che devono avere il controllo dell'impresa societaria e, quindi, questi ultimi determinano la direzione dell'attività d'impresa tutelando i loro interessi e gli amministratori devono agire nell'interesse economico dei soci⁴⁹. Secondo il principio capitalistico, fondato sul binomio potere – rischio, il soggetto che rischia maggiormente di perdere quanto investito ha maggiori incentivi ed interessi ad operare secondo le finalità proprie di un'impresa, le quali ovviamente

⁴⁷ Cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in Riv. soc., anno 49°, 2004, 1045-1046, il quale ritiene che il controllo dell'impresa deve essere allocato sui *residual claimants*; AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, 3° edizione, L. Calvosa-G. Giannelli-F. Guerrera-A. Paciello-R. Rosapepe (a cura di), Giuffrè, Milano, 2017, 1-8; cfr. N. BACCETTI, *La gestione di società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale e eccessivo indebitamento*, in Riv. soc., fasc. 4°, luglio-agosto, 2016, 568-571, il quale ritiene che, nella continuità dell'attività di un'impresa in crisi, il rischio di impresa, derivante da una gestione da parte degli amministratori che avvantaggia i soci che ormai non possono più subire perdite oltre al capitale investito, si trasla sui creditori.

⁴⁸ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in Sistema finanziario e diritto dell'impresa, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 1-4, il quale sottolinea che, in una fase fisiologica della vita dell'impresa, gli interessi dei soci e quelli dei creditori vanno tendenzialmente nella medesima direzione.

⁴⁹ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in Sistema finanziario e diritto dell'impresa, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 69, il quale aggiunge che gli amministratori “...non possono traslare (eccessivamente) il rischio di impresa sui creditori” argomentando che l'art. 2394 c.c. impone loro un obbligo di corretto esercizio della funzione gestoria e che tale correttezza si traduce nell'evitare l'incapienza patrimoniale, nonché nell'aumento dei loro compiti gestori (70-72).

sono diverse nel caso in cui quest'ultima versi o meno in crisi. Pertanto, nella fase patologica, gli investitori sono diventati, in realtà i creditori, e perciò anche l'azione della s.p.a., dovendo tendere a soddisfare gli interessi di questi ultimi, cambia la sua direzione⁵⁰.

Infatti, in una società in crisi, il capitale di rischio è stato eroso dai debiti, per cui, se l'impresa avesse avuto una tale struttura nel momento in cui aveva richiesto credito sul mercato, nessun finanziatore avrebbe acconsentito ad una tale richiesta⁵¹. Se la struttura finanziaria risulta così composta, l'azione della s.p.a. risulta essere sostenuta dai soli creditori (non più dai soci), i quali sono diventati i sostanziali investitori della società.

Pertanto l'azione sociale, dovendo tutelare gli investitori sostanziali, risulta essere subordinata alle finalità della procedura di concordato preventivo ed è, quindi, volta a massimizzare il soddisfacimento dei creditori. Inoltre, gli interessi dei soci costituiscono un limite esterno alla massimizzazione del soddisfacimento dei creditori, che dovrebbero esercitare una posizione di controllo sull'impresa in crisi,⁵² solo nella misura in cui il patrimonio sociale, dopo aver realizzato il miglior

⁵⁰ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in Sistema finanziario e diritto dell'impresa, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 9-11, il quale segnala che lo stato patologico della vita di un'impresa altera il bilanciato sistema di poteri-responsabilità poiché determina un mutamento delle finalità dei soci rispetto a quelle dei creditori; le procedure concorsuali costituiscono il rimedio per ricostruire quel bilanciamento nel rapporto potere-responsabilità, lasciando però scoperta quella zona grigia in cui si inserisce lo stato di precrisi. Ma vi è di più, secondo l'A., in un'impresa in stato di pre-crisi, gli amministratori vedono la loro discrezionalità gradatamente vincolata ai risultati del test di risanabilità della società: costoro devono attenersi a quanto emerge da una presa d'atto, prima, sulla possibilità di risanare un'impresa in crisi, poi, sull'opportunità di operare un tale risanamento (158-165).

⁵¹ Cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1048, il quale scrive: "Si presenta a questo stadio della vita dell'impresa quella struttura finanziaria interamente fatta di debito che all'inizio sarebbe stata inaccettabile per i creditori".

⁵² L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, in nt. 15, 1047-1048, ritiene che i creditori, pur essendo *residual claimants*, non hanno un potere di controllo sull'impresa in crisi equiparabile a quello dei soci di un'impresa sana: si pensi alla possibilità per i soci di distribuirsi utili se risultano dal bilancio di esercizio anche se i creditori non sono stati pagati invertendo l'ordine dei pagamenti, mancando in Italia un *solvency test* a tutela dei creditori; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, 20-33; 49-55, definisce i creditori di un'impresa in decozione come soci senza diritti e come veri soci e sostiene che il controllo sulla procedura - e sull'impresa - da parte dei creditori ricompone quella corrispondenza necessaria tra potere e rischio, ricostruendo, quindi, tale binomio; M. FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 430-439; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 11/2015, 1164, definisce i creditori come proprietari in senso sostanziale dell'impresa..

soddisfacimento dei creditori sociali, presenti ancora un valore netto positivo (*surplus*) che risulta, pertanto, spettare ai soci⁵³.

2. L'art. 185 l. fall. nella ricostruzione della disciplina dell'azione sociale di responsabilità

Lo studio dell'art. 185 l. fall., di recente introduzione, è utile per la ricostruzione della disciplina relativa all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

La norma segna il definitivo abbandono della neutralità organizzativa del concordato preventivo delle società di capitali e è espressione di un nuovo "humus culturale" che potrebbe essere d'aiuto nella ricostruzione della disciplina del diritto societario della crisi di impresa, colmando le lacune relative all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità all'interno di un concordato preventivo.

In materia di proposte concorrenti di concordato preventivo l'art. 185 l. fall. determina un'ingerenza nella *governance* societaria per favorire quella riallocazione di poteri sociali conforme all'ormai mutato rapporto *equity-debts*⁵⁴.

Preliminarmente è da sottolineare come la disposizione in esame è stata introdotta dal legislatore al solo scopo di far fronte all'inadempimento di una proposta concorrente di concordato preventivo avanzata dai creditori.

Nello specifico la norma prevede un rimedio ad un inadempimento di una proposta concorrente di concordato preventivo ed un rimedio per un inadempimento qualificato, laddove la proposta inattuata preveda un aumento di capitale sociale, ai sensi dell'art. 163, comma 7 l. fall., nonché l'esclusione del diritto di opzione e la possibile assegnazione delle partecipazioni sociali ai creditori⁵⁵. Il debitore, se è una

⁵³ F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 575-578.

⁵⁴ Cfr. G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. Comm.*, anno CIV, 2006, 747-772 il quale ritiene che la riorganizzazione del capitale economico (proprio e altrui), e che l'investimento in società in generale, possa essere realizzato mediante assegnazione di partecipazioni ai creditori. Cfr. F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, anno 53^o/2008, 21, i quali ritengono che simili operazioni di ristrutturazione siano da definire «una vendita virtuale dell'impresa a favore dei soggetti - a vario titolo e in vario grado - interessati dalla crisi o dall'insolvenza, che viene effettuata sulla base di una transazione sul valore futuro della società ristrutturata»; V. CALANDRA BONAURA, *La gestione dell'impresa in crisi*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. BARACHINI (a cura di), 3, rileva una possibile «compressione della posizione proprietaria dei soci», causata dalla finalità di tutelare i creditori di un'impresa in crisi.

⁵⁵ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 4/2015, ottobre-dicembre 2015, 98-99, evidenziano come la stessa organizzazione societaria e, quindi, lo stesso controllo sulla società diventa un *asset* contendibile e il debitore ha solo l'obbligo

s.p.a. in crisi, deve essere considerato in senso oggettivo⁵⁶, quale forma di organizzazione collettiva di impresa⁵⁷, per superare l'obiezione che una proposta con aumento di capitale ed esclusione dell'opzione dei soci non possa ammettere, anche, un'attribuzione delle partecipazioni sociali ai creditori.

Pertanto, l'art. 185 l. fall., indipendentemente dal problema circa la sua possibile applicazione all'inadempimento di qualsiasi proposta di concordato preventivo (e quindi anche a quella avanzata dal debitore)⁵⁸, conferma la nascita di un diritto societario della crisi di impresa.

A seconda poi del grado di specialità rispetto al diritto societario generale, muoveranno le considerazioni seguenti⁵⁹.

di predisporre una situazione tale da permettere il corretto adempimento degli obblighi concordatari - con la sottoscrizione delle azioni - ad opera del creditore proponente o di un terzo da questo indicato. *Contra*, nel senso che, nella procedura di concordato in continuità diretta, la finalità della procedura non si concretizza nel trasferimento del controllo sull'impresa ai creditori, v. G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, I. Le proposte concorrenti*, in Fallimenti e società.it (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 10.⁵⁵ Per un'analisi del rapporto tra il diritto fallimentare e il diritto societario nell'ambito di una riorganizzazione dell'impresa in crisi, cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 58-62.

⁵⁶ Infatti, si sottolinea il passaggio dalla concezione soggettiva del debitore a quella oggettiva; cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 87-90; P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 10.

⁵⁷ C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), I, Utet, Torino, 2006, 7-8; 17-20; 24; il quale ritiene che, dopo la Riforma delle società di capitali del 2003, al centro del sistema deve essere posta la struttura organizzativa e l'attività d'impresa ma non più i soci come insieme di persone fisiche e, quindi, l'organizzazione dell'attività della s.p.a. va intesa come organizzazione non dei soli soci (societaria), ma come organizzazione dell'impresa.

⁵⁸ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Studi di Diritto dell'Impresa*, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 111-112, la quale attribuisce "vis espansiva" alla coercizione dell'art. 185 anche all'inadempimento della proposta del debitore; N. ABRIANI, *Dalle proposte concorrenti alle domande concorrenti*, in *Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. Calvosa (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 135-139, il quale ritiene di estendere la disciplina anche alle operazioni connesse all'aumento di capitale sociale. Cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, in nt. 57, 127, il quale ritiene di estendere in via analogica alle operazioni connesse all'aumento nel solo caso di concordato preventivo proposto dalla s.p.a. debitrice poiché la limitazione della portata della norma alla sola operazione di aumento di capitale è giustificata solo per l'attuazione della proposta concorrente, visto che solo in tal caso vi è l'esigenza di consentire al terzo l'acquisizione del controllo.

⁵⁹ Cfr. U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, U. Tombari (a cura di), Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 14-17; in senso non dissimile, cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in Riv. soc., anno 49°, 2004, 1042, che scrive: "Il diritto dell'impresa in crisi, infatti, lungi dall'essere una provincia separata dal diritto che regola l'impresa e le società, ne costituisce proiezione ed attuazione, sia pure in un mutato contesto".

Il diritto societario della crisi deve essere inteso in senso debole poiché le norme societarie continuano ad operare, con il limite che tale operatività sussiste solo qualora le norme concorsuali presentino lacune⁶⁰.

Ciò aiuta a risolvere il problema principale dell'elaborato: la necessaria presenza o meno della deliberazione assembleare ai sensi dell'art. 2393 c.c., all'interno del piano di concordato preventivo, al fine di trasferire il diritto di credito latente e, comunque, per far chiarezza sulla necessità o meno di una tale delibera assembleare per conferire la legittimazione processuale all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità all'interno del concordato preventivo di una società di capitali.

3. Gli interessi protetti e il diritto societario della crisi

Gli interessi tutelati dalle norme sia societarie che concorsuali molto spesso non sono compatibili e sorgono alcuni problemi.

L'attribuzione ai soci del potere di impulso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, ai sensi dell'art. 2393 c.c., sembra porsi in distonia con l'art. 152 l. fall., il quale attribuisce il potere di sottoscrivere il ricorso di concordato preventivo agli amministratori. In tal modo potrebbero darsi conflitti di interessi tra soggetti coinvolti dalla crisi di impresa. Il fatto che lo strumento dell'azione sociale resti a disposizione dei soci della s.p.a. debitrice espone gli interessi dei creditori a una sorta di cortocircuito⁶¹.

È sufficiente considerare che gli amministratori, dall'altro lato, potrebbero esercitare pressioni sui soci minacciando l'apertura di una procedura concordataria non voluta dagli azionisti. Infatti i soci potrebbero essere spinti ad una proposta transattiva poco soddisfacente e, addirittura, a rinunciare al credito per evitare che la società sia posta in concordato preventivo dagli amministratori che, verosimilmente, saranno restii a autoproporsi contro un'azione sociale di responsabilità, inserendola nel piano di

⁶⁰ Cfr. U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, U. Tombari (a cura di), Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 31-33, il quale sostiene che l'art. 182-sexies l. fall., relativo alla crisi patrimoniale di una s.p.a., determini la disapplicazione della disciplina relativa allo scioglimento della società non solo in presenza di perdite ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 4 c.c., ma anche in presenza di una crisi finanziaria che renda impossibile il conseguimento dell'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c.

⁶¹ Cfr. M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. delle procedure concorsuali*, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa, Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 468, il quale ritiene che i conflitti siano un dato comune rispetto a tutte le procedure concorsuali, essendo immanenti tra determinati soggetti: debitore e creditori, creditori, creditori e terzi.

concordato preventivo (mentre un po' meno lo saranno contro gli amministratori non più in carica). Tuttavia gli amministratori, scegliendo di non aprire una procedura di concordato preventivo per loro vantaggiosa per evitare che sia disposto il promovimento dell'azione sociale di responsabilità e ottenere una sorta di esonero da responsabilità nel concordato preventivo, oltre a rischiare conseguenze sul piano penale in specie ai sensi degli artt. 213 e 214 l. fall.⁶², si espongono ad un rischio: qualora, in seguito, la società di capitali venga sottoposta a procedura fallimentare i creditori potranno agire in via contrattuale nei loro confronti, chiedendo un risarcimento del danno pari alla differenza tra quanto avrebbero ricavato in sede di concordato preventivo rispetto a quanto, invece, è stato loro ripartito in sede fallimentare⁶³. Le azioni di responsabilità verso questi ultimi e le conseguenze penali si pongono come deterrente, tuttavia una norma *ad hoc* sarebbe auspicabile, qualora i meccanismi di disincentivi, quali quelli adesso menzionati, non funzionino, poiché le norme societarie di diritto comune riservano, anche nella crisi di impresa, la gestione della stessa all'organo amministrativo nominato dalla maggioranza dei soci⁶⁴.

L'interprete, anzitutto, deve verificare se i potenziali conflitti di interessi possono essere neutralizzati, ricostruendo una disciplina sulla legittimazione all'esercizio dell'azione sociale.

Più in particolare l'interprete deve:

- a) analizzare gli interessi protetti dalle norme di diritto societario;
- b) verificare l'interferenza tra regole concorsuali e norme societarie e individuare criteri di priorità o gerarchie assiologiche;
- c) adattare, di conseguenza, le norme societarie al contesto concorsuale.

Infatti, tramite l'analisi del diritto societario generale e del diritto della crisi di impresa, l'interprete deve verificare gli interessi protetti dalle singole norme indagate per tentare di costruire un diritto societario relativo alla fase patologica dell'impresa,

⁶² Cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1049-1052, il quale oltre a sottolineare che gli amministratori rispondono al pari dell'imprenditore dei reati di bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, ai sensi degli artt. 213 e 214 l. fall., evidenzia che questi ultimi, nella gestione dell'impresa nella sua fase patologica, ovvero in presenza di un rischio di insolvenza, devono tenere conto anche degli interessi dei creditori.

⁶³ Cfr. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. Civ.*, n. 2, 2016, 377-379.

⁶⁴ L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1051-1052.

se del caso dotato di piena autonomia, con norme societarie adeguate alla situazione di crisi ed al tessuto normativo concorsuale, risolvendo l'apparente conflitto tra norme societarie e norme concorsuali⁶⁵.

Si potrà giungere così – già lo si anticipa – ad applicare l'istituto dell'azione sociale di responsabilità all'interno della crisi in maniera non pienamente conforme al dettato di cui all'art. 2393-2393-bis c.c., norme che potrebbero infatti produrre anomalie nel sistema concorsuale.

L'azione sociale nella s.p.a. *in bonis* si pone come punto di perfetto equilibrio e bilanciamento tra i diversi interessi sociali dei soci, essendo concepita sia come strumento proprio della maggioranza sia come strumento di reazione proprio della minoranza dei soci contro l'inerzia del gruppo di controllo. Infatti l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci è strumento che tutela gli interessi dei soci di maggioranza poiché il promovimento dell'azione è di competenza dell'assemblea dei soci. Non solo: l'assemblea circoscrive la sua competenza e il suo potere di supervisione anche a fronte di rinuncia e transazione. A tal riguardo l'assemblea – come è stato evidenziato – «approva espressamente»⁶⁶ la delibera e non si limita più ad «autorizzarla»⁶⁷, così indicando le istruzioni che gli amministratori devono seguire nella stipula dei negozi abdicativi o transattivi. Pertanto la maggioranza dei soci esercita un potere di controllo sull'operato degli amministratori, propedeutico all'accertamento di una loro eventuale responsabilità.⁶⁸ In questo contesto si inserisce altresì la previsione di una legittimazione straordinaria della minoranza all'esercizio dell'azione di responsabilità, dunque all'espletamento – in via surrogatoria – di quel potere di controllo sull'operato gestorio che il nesso di derivazione dell'organo amministrativo dalla maggioranza azionaria potrebbe in concreto rendere inattuabile.

⁶⁵ Cfr. U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), III, Utet, Torino, 2014, 2843-2846.

⁶⁶ A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 28.2, fasc. II, 2001, nt. 26, 345-346, intende il termine approvazione in senso atecnico e, quindi, non quale atto collegato ad un atto precedentemente compiuto dall'amministratore.

⁶⁷ Cfr. F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale* (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1404-1405, il quale evidenzia che la delibera non ha valore autorizzatorio, perché, altrimenti, lascerebbe gli amministratori liberi di non attuarla, e deve quindi essere distinto il potere di decidere ai sensi dell'art. 2393 c.c. dal potere di autorizzare dell'art. 2364, comma 1, n. 5 c.c.

⁶⁸ Cfr. A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 28.2, fasc. II, 2001, 352-355; 358-359, il quale sottolinea il legame tra ripartizione di poteri-connesse responsabilità e lo scopo di gestire in modo efficiente l'impresa.

Inoltre la posizione della minoranza si rafforza e si completa con la previsione di un potere interdittivo in ordine alla rinuncia⁶⁹ o alla transazione. In questa prospettiva la minoranza ha un potere rilevante che si riflette sulla società di capitali e sui suoi soci, in quanto impedisce un atto di disposizione patrimoniale da parte della maggioranza; tale potere ha natura di controllo indiretto sulla gestione societaria⁷⁰. Ciò premesso in linea generale è da rilevarsi che, all'interno della crisi, gli interessi da tutelare sono, prioritariamente, quelli dei creditori, i quali costituiscono non più un limite esterno ai comportamenti degli organi sociali, come nella s.p.a. in bonis⁷¹, bensì il fine stesso a cui tali comportamenti deve tendere e questo costituisce senza dubbio un principio generale del diritto della crisi di impresa.

E una tale diversa scansione degli interessi in gioco potrebbe richiedere o imporre adattamenti delle regole che prevedono la possibilità per la società per azioni in crisi (o per il socio di s.r.l. in crisi)⁷² di promuovere l'azione sociale di responsabilità.

Peraltro la prospettiva di indagine si arricchisce di un'ulteriore considerazione ovvero che l'interesse sociale va diversamente inteso in pendenza di una crisi⁷³ e che, addirittura, inizia a mutare già dallo stadio di pre-crisi⁷⁴, comportando – già in tale

⁶⁹ Cfr. A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 28.2, fasc. II, 2001, 361-362, il quale ritiene che l'art. 2393 c.c. disciplini la sola rinuncia successiva, ma non anche quella preventiva.

⁷⁰ In merito alla considerazione che una responsabilità gestoria possa sorgere non solo da irregolarità nella gestione, ma anche da mancanza di flussi informativi, adeguati e improntati ai principi di trasparenza e correttezza, dall'organo gestorio verso l'assemblea, cfr. P. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Cedam, Padova, 1992, 182-183, il quale sottolinea un diritto all'informazione del socio. Nel caso di socio di s.r.l., cfr. G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni. Liber Amicorum a G.F. Campobasso*, III, Utet, Torino, 2007, 589-593; 618-619, la quale sostiene come il potere di controllo del socio sia stato ampliato rispetto alla situazione precedente alla Riforma del 2003, poiché risulta non essere più condizionato dalla presenza o meno del collegio sindacale, oltre ad aver previsto la consultazione non più per i soli libri sociali, ma anche estesa a tutte le scritture contabili, valorizzando i caratteri personalistici di un tale tipo societario.

⁷¹ L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1066.

⁷² In materia di s.r.l. l'azione sociale può essere esercitata anche dalla società, spiegando così la legittimazione del curatore disciplinata all'art. 146 l. fall. e cfr. A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 195-197.

⁷³ Per uno spunto in tal senso in merito al contenuto della definizione di interesse sociale, cfr. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 171-176. Cfr. A. ZOPPINI, *Emergenza della crisi e interesse sociale (Spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)* in *Diritto societario e crisi di impresa*, U. Tombari (a cura di), Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 56-57; cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985, 12, secondo il quale "...nell'esercizio delle loro funzioni, sono investiti anche di una responsabilità che impone loro di sacrificare l'interesse dei soci quando questo si pone in conflitto con quell'interesse superiore che si ritiene che essi siano chiamati a perseguire". Cfr. C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgement rule*, in *Riv. dir. Comm.*, n. 4, 2012, 573-588, il quale ritiene che gli amministratori scelgono tra i vari interessi sociali coinvolti.

⁷⁴ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 12-13, il quale parla di "twilight zone", affermando che la crisi latente si compone di tre fasi: lo stadio di incubazione,

fase – una sorta di inversione dell’ordinaria gerarchia assiologica fondata sulla centralità degli interessi dei soci e sulla “marginalità” degli interessi dei creditori.

In effetti, una valorizzazione della fase preconcorsuale⁷⁵, in tal senso, emerge da una pluralità di indici normativi.

Infatti gli amministratori delegati della società di capitali devono aver predisposto assetti interni adeguati a far emergere una carenza di continuità spesso sintomatica di una situazione di crisi di impresa⁷⁶.

Una tale esigenza di emersione della crisi è già soddisfatta, nella speciale disciplina prevista dal testo unico di società a partecipazione pubblica introdotto dal d.lgs. del 19 agosto 2016 n. 175, il quale, ai sensi dell’art. 14, attribuisce all’organo amministrativo il potere-dovere di attivarsi e di predisporre un idoneo piano di risanamento quando la crisi è ancora in uno stadio “embrionale”, a pena di commettere una grave irregolarità sanzionabile ai sensi dell’art. 2409 c.c.⁷⁷. Questa

in cui vi sono segnali di squilibrio economico, lo stadio di maturazione, in cui le perdite diminuiscono il valore del capitale economico e lo stadio in cui le perdite incidono sui *cash flow*; resta fuori dalla “*twilight zone*” l’ipotesi di insolvenza dell’impresa. L’A. ritiene, però, che la fase di pre-crisi non muti l’interesse sociale, visto che manca una norma che depona in tal senso, ma che essa determini una graduazione dei diversi scopi sociali (72-76); A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (Spunti dalla teoria dell’emerging insolvency)* in in Diritto societario e crisi di impresa, U. Tombari (a cura di), Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 54-56; 59-60, ritiene che nella fase di *emerging insolvency* nasca un dovere fiduciario degli amministratori verso i creditori e non più solamente verso i soci; cfr., all’interno di un gruppo societario, M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in Società, banche e crisi d’impresa, III, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo- F. Guerrera- A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), Utet, Torino, 2014, 2705-2724, il quale ritiene che, da un lato, gli amministratori della capogruppo, devono gestire il patrimonio in modo conservativo, appena si verifica la perdita della continuità aziendale sintomatica di una imminente crisi, dall’altro, sostiene che gli amministratori della eterodiretta devono valutare, oltre alla realizzabilità dell’operazione, i rimedi compensativi, quale limite al perseguimento dell’interesse di gruppo, che possono tradursi in flussi informativi tra la capogruppo e le eterodirette per la redazione di un *solvency test* che misuri la liquidità delle imprese (sia in un’ottica di prevenzione che in una di riduzione della crisi) oppure in altri rimedi.

⁷⁵ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in Sistema finanziario e diritto dell’impresa, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 19-20, il quale parla di diritto societario preconcorsuale, sottolineando come tale fase sia regolata dalle sole norme di diritto societario e che, almeno sotto il profilo economico, non esiste alcuno stato di pre-crisi essendo già integrato lo stato di crisi.

⁷⁶ Cfr. R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, in giur. comm., 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 305-310, il quale rileva come sia i principi contabili IAS/IFRS sia quelli nazionali impongono di valutare l’impresa in un’ottica di continuità aziendale e indica, inoltre, altre norme del codice civile da cui emerge un dovere gestorio di monitorare la continuità aziendale, quali quelle in materia di patrimoni destinati in merito all’indicazione dei flussi di cassa con cui procedere alla realizzazione dell’affare o al rimborso del finanziamento, nonché quelle che disciplinano la fusione a seguito di acquisizione con indebitamento.

⁷⁷ La disciplina della crisi delle società a partecipazione pubblica fornisce un utile spunto: pur escludendosi un’interpretazione analogica nella disciplina comune delle società di capitali, un tale obbligo di attivazione dell’organo amministrativo potrebbe declinarsi dal generale dovere di diligenza di cui all’art. 2392 c.c. Questo anche in considerazione del fatto che, in generale, sia nella legge fallimentare che nel Codice civile, il legislatore sta ampliando sempre più le competenze in capo all’organo amministrativo (si pensi all’art. 152 e all’art. 185 l. fall., ma anche nel Codice civile, dal 1942 ad oggi, alla sottrazione di competenze assembleari ed a una riallocazione delle stesse in capo all’organo amministrativo).

situazione di rilevanza dello stato di pre-crisi è, altresì, confermata dalla disciplina della direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive* c.d. *BRRD*), ex art. 17, la quale prevede che il presupposto per l'attivazione della procedura possa, anche, identificarsi in una irregolarità gestoria da cui deriva il rischio di una futura crisi di impresa.

4. La riallocazione dei poteri nel diritto societario della crisi

Una riallocazione dei poteri e delle risorse dell'impresa, secondo criteri di gerarchia assiologica che vedono gli interessi dei creditori acquisire priorità su quelli dei soci, giustifica il fatto che il sacrificio patito dai secondi deve essere strettamente funzionale al benessere procurato, anche in una visione prospettica, ai primi. Questo in quanto, all'interno del concordato preventivo, l'interesse comune dei creditori in quanto tali⁷⁸ deve guidare l'azione della società – limite esterno all'azione della società di capitali in crisi è l'interesse ad appropriarsi del surplus dei soci⁷⁹ – e si traduce nel nuovo interesse sociale della stessa e cioè nella scelta, lasciata alla maggioranza dei creditori votanti, di quella che per loro è la miglior soluzione della crisi alternativa a quella fallimentare⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 238-240; 242, il quale sembra inizialmente ammettere una *Interessengemeinschaft* tra i creditori chirografari poiché i loro interessi sono in rapporto di strumentalità e ciò lo si rileva anche nella scelta di soddisfare le proprie pretese creditorie mediante concordato preventivo e conseguente assoggettamento alla regola della *par condicio creditorum*. L'A. nega, però, che sia possibile sostenere in ogni fattispecie un tale assunto: se il principio della *par condicio creditorum* viene inciso poiché si prevede un trattamento differenziato tra i creditori chirografari, allora viene meno anche il rapporto di strumentalità tra gli interessi dei creditori (non più perfettamente omogenei) e con esso la possibilità di spiegare il principio di maggioranza nel concordato secondo regole privatistiche (288-289; 306-311). Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre*, 2018, 140-144, il quale sembra ammettere questa visione dell'interesse sociale inteso come "*fasci di interessi rilevanti*" (corsivo mio) di una s.p.a. in crisi in cui si inserisce l'interesse comune dei creditori.

⁷⁹ Cfr. G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, n. 3/2012, 482-485, il quale sottolinea il conflitto nelle operazioni di ristrutturazione del capitale proprio tra soci e creditori e adotta come soluzione quella di rinvenire nell'omologa del concordato preventivo un titolo giuridico idoneo ad assicurare la produzione degli effetti di tutto quanto contenuto nel piano di concordato preventivo, indipendentemente da qualsiasi intervento dei soci.

⁸⁰ Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre*, 2018, 144-148, il quale ritiene che l'interesse dei creditori è quello di ottenere, nella scelta della miglior soluzione alternativa, un *surplus* rispetto a quanto otterrebbero dalla liquidazione fallimentare sia che il piano preveda la liquidazione dei beni sia che preveda la continuità aziendale. Cfr. G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, n. 3/2012, 488-489; G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 105, sostiene che gli interessi primari sono tutelati da strumenti collettivi (approvazione a maggioranza del concordato preventivo), mentre quelli secondari da strumenti individuali (diritto di opposizione del singolo socio).

Invece l'opposta tesi, che nega l'esistenza di un interesse comune dei creditori, che si inserisce tra gli interessi rilevanti all'interno dell'interesse sociale, sembra da non accogliere perché si fonda su corretti presupposti giuridici senza, però, tenere conto della situazione economica del debitore. Infatti chi sostiene che vi è un interesse comune solo nel fallimento, in quanto centro autonomo dell'interesse comune dei creditori, e che, invece, non vi è nel concordato preventivo, dove il voto dei creditori produce effetti sulle singole posizioni giuridiche individuali, trascura il dato economico, secondo cui la struttura finanziaria dell'impresa è ormai composta dai soli apporti dei creditori e non più da quelli dei soci poiché il capitale di rischio è stato totalmente perduto⁸¹.

Questo interesse comune dei creditori, quale scopo perseguito dall'impresa in crisi, giustifica l'esistenza di un diritto societario della crisi, non codificato dal legislatore delegato dalla l. delega n. 366 del 2001⁸² e, in particolare, rafforza l'idea che, in un concordato preventivo, la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità possa essere attribuita anche ad un soggetto diverso dall'assemblea dei soci e dalla minoranza di questi ultimi, forzando i dettati normativi di cui agli artt. 2393 e 2393-bis c.c.

⁸¹ Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre*, 2018, 69-76, il quale accoglie l'idea di un interesse comune dei creditori concordatari quanto meno perché le regole concorsuali disciplinano un'equa riallocazione delle conseguenze del dissesto tra i suoi investitori, primi tra tutti, i suoi creditori chirografari e anche in considerazione del trasferimento del controllo sull'impresa dai soci ai creditori in conseguenza dell'effetto leva del credito; L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1058, il quale ritiene che l'interesse comune tra i creditori sia reso possibile grazie alla regola concorsuale dell'*automatic stay*, che si sostanzia nel divieto per i creditori di porre in essere azioni esecutive individuali. Cfr. anche M. STELLA RICHTER JR, *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra i soci*, in *Saggi di diritto commerciale*, A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, in nt. 17, 83, il quale sottolinea che vi sono due modelli di controllo: il primo interno del socio di maggioranza e in assenza il controllo passa ai creditori; il secondo nel caso in cui il socio di controllo di una società indebitata, pur di ottenere la proroga di determinati prestiti, si obbliga a seguire le direttive delle banche creditrici.

⁸² Infatti, all'art. 1 della citata legge delega, veniva espressa l'esigenza di un coordinamento tra diritto societario e diritto concorsuale; cfr. A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 177-178. Cfr. R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *giur. comm.*, 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 304-305, il quale rileva un difetto di coordinamento tra normativa societaria e normativa concorsuale, in specie in materia di selezione del diritto nazionale applicabile, dove l'A. sostiene che nel diritto concorsuale ai sensi del Reg. CE 1346/2000 ex art. 18 il criterio selettivo è dato dal COMI (*Center of main interest*), mentre in quello societario il criterio selettivo è dato dal luogo di costituzione della società, e ipotizza un superamento del conflitto adottando il parametro del COMI anche per il diritto societario nazionale applicabile, strumento idoneo a aumentare la tutela dei creditori; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 202-203.

Il coordinamento suddetto è un meccanismo interpretativo che aiuta nella ricostruzione del diritto societario della crisi ed è funzionale all'indagine circa la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Ciò può avvenire in 3 modi:

- 1) prevalenza delle norme concorsuali su quelle societarie;
- 2) prevalenza delle norme societarie su quelle concorsuali;
- 3) modifica di alcune norme societarie per adattarsi a norme concorsuali che sono espressione di principi – o criteri – generali da osservare in caso di crisi⁸³.

Seguendo la prima impostazione suesposta, l'art. 152 l. fall., a cui fa rinvio l'art. 161 l. fall., detta il principio generale per cui come agli amministratori spetta la competenza a sottoscrivere la proposta di concordato preventivo; ad essi spetta quindi, la competenza a disporre del credito latente sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità inserendolo nel piano di concordato preventivo – non prendendo per adesso posizione circa la legittimazione processuale all'esercizio di tale azione risarcitoria⁸⁴. Infatti se, in merito agli aspetti patrimoniali di una s.p.a. in crisi, l'art. 152 l. fall. è inteso come una norma generale che attribuisce una competenza agli amministratori – competenza che può comportare una modifica della struttura organizzativa societaria e dell'investimento iniziale dei soci⁸⁵ –, quando la società è in crisi, in base ad un rapporto gerarchico tra norme, deve essere disapplicata la norma societaria di cui all'art. 2393 c.c.

⁸³ In senso non dissimile, mettendo in relazione l'art. 182-*quater* con gli artt. 2476 c.c. e 2497-*quinquies* c.c., nonché l'art. 182-*sexies* c.c. con l'art. 2484 n. 4 c.c., v. U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), III, Utet, Torino, 2014, 2851-2860.

⁸⁴ Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, in nt. 7, 258; 260-263.

⁸⁵ Cfr. R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in giur. comm., 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 310, il quale giustifica un tale potere perché "elemento centrale di ogni strumento di composizione negoziale è il piano e l'esame dei piani compete all'organo consiliare, ai sensi dell'art. 2381, comma 3, c.c. (richiamato per il consiglio di gestione dall'art. 2409-*novies*, comma 1, c.c.)". V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in Trattato delle società per azioni, IV, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 1991, 114-116; nt. 106, 212, ritiene che, nella fase fisiologica, quando gli amministratori nel perseguimento dell'oggetto sociale, modificano la struttura societaria, per il rispetto del principio di diligenza, devono sottoporre l'atto ad autorizzazione dei soci ai sensi dell'art. 2364, comma, 1 n. 4 (adesso n. 5) c.c., come anche nel caso di ratifica di un atto *ultra vires*; V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di spa*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Utet, Torino, 2006, 659-682, sostiene la realizzazione di una piena emancipazione del potere gestorio da quello di rappresentanza. Il legislatore si è sbilanciato a favore della protezione dei terzi e dei traffici giuridici a discapito dei soci e della società di capitali.

L'impostazione della prevalenza delle norme concorsuali su quelle societarie è, ormai, superata e, nel caso in esame, si presta ad alcuni elementi di criticità: il primo è che, traslando la competenza a disporre del credito della società di capitali sugli amministratori, essi possono, in conflitto di interessi, articolare la proposta di concordato preventivo e il connesso piano, strumentalizzando il concordato preventivo, al fine di ottenere un esonero da responsabilità gestoria⁸⁶.

Invece il secondo modello si basa sul criterio della prevalenza delle norme societarie su quelle concorsuali si fonda sul principio di neutralità organizzativa del concordato preventivo: il concordato preventivo non produce alcun effetto sull'organizzazione sociale e presuppone la prevalenza delle norme societarie di carattere organizzativo su quelle del diritto dell'impresa in crisi; perciò prevale la discrezionalità del voto dei soci che conservano inalterata anche in merito alla possibilità di esercitare l'azione sociale di responsabilità verso amministratori e sindaci all'interno di una crisi di impresa.

Quindi affermare la neutralità organizzativa del concordato preventivo significa sostenere che, quando una s.p.a. è in crisi, continuano a operare le regole societarie e, in particolare, sopravvivono inalterate le competenze assembleari tra cui anche quelle disciplinate dall'art. 2393 c.c.

Tuttavia preme rilevare ai fini della nostra indagine che una delibera sulla responsabilità gestoria ha natura non solo organizzativa (si pensi all'ipotesi in cui la delibera sia idonea, poiché è adottata con il *quorum* qualificato pari a un quinto del capitale sociale, a revocare un amministratore che svolge una funzione altamente qualificata)⁸⁷, ma anche e soprattutto patrimoniale e, pertanto, oltre che superata, tale

⁸⁶ Cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Trattato delle Società per azioni, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 434-435, il quale ammette l'esonero solo se, in via preventiva, una delibera assembleare lo ha autorizzato.

⁸⁷ Cfr. P. BENAZZO, *Azione sociale di responsabilità, revoca ex lege degli amministratori e nomina dei nuovi amministratori*, in *Giur. comm.*, I, 1991, 554-576, il quale sostiene che non è preclusa comunque una sua rielezione, non escludendo un tale amministratore dall'elettorato passivo per il solo fatto di essere soggetto all'azione sociale di responsabilità. Nella s.r.l. la richiesta di revoca prescinde dai quorum richiesti nel diritto azionario, pur richiedendo la presenza di gravi irregolarità nonché un'indicazione all'ordine del giorno. Inoltre la domanda di revoca dell'amministratore responsabile deve considerarsi autonoma rispetto alla domanda avente ad oggetto l'azione sociale di responsabilità; pertanto una sua rinuncia o transazione non disattivano il procedimento volto ad ottenere la revoca dell'amministratore da parte del socio né determinano una sua reintegrazione: G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 1080-1088; G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in Trattato delle società a responsabilità limitata, vol. V, C. Ibbà-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 307-309; 376- 388; R. WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, in Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 544-547; R. TETI, *La responsabilità degli amministratori della s.r.l.*, in Il nuovo diritto delle società per azioni,

tesi pare inidonea ad applicarsi all'istituto dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Infine il terzo modello ha origine dalla legge concorsuale tedesca che, a propria volta, si ispira al modello di riorganizzazione dell'impresa in crisi di cui al *Chapter 11 U.S.C.* Il modello statunitense, infatti, è destinato ad una esportazione per i suoi caratteri elastici e versatili (si pensi all'istituto della *discharge*⁸⁸ adottato nella procedura uniforme tedesca con il nome di *Rechtschuldbefreiung*⁸⁹). Il principio a cui la legge tedesca si ispira è quello dell'assorbimento, intendendosi l'assorbimento delle regole societarie dell'impresa in crisi: disapplicazione delle regole societarie e sostituzione con le regole di cui al *Chapter 11*.

Infatti i conflitti societari sono regolati dall'*Insolvenzplan* (piano di regolazione dell'insolvenza), dato che in Germania la procedura è uniforme. La fonte dispositiva è il piano di regolazione della crisi, approvato dai creditori e dai soci, che sostituisce la delibera dei soci, quale fonte immediata degli effetti organizzativi e, quindi, idonea ad incidere sulle posizioni dei soci.

L'ipotesi che prevede un adeguamento delle norme societarie al contesto concorsuale, che si fonda sul superamento del principio di neutralità organizzativa, sembra la più ragionevole⁹⁰, poiché i valori dell'impresa in crisi determinano una modificazione qualitativa delle regole del diritto societario per adeguarle alla situazione patologica in cui versa l'impresa⁹¹. Questo è il caso in cui un diritto settoriale (quello delle società di capitali) subisce l'influenza dei principi di un diritto

Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 652-656; in senso contrario, cfr. P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nella s.r.l. dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, n. 7, 2004, 814, il quale ritiene che deve esservi la contestuale promozione dell'azione sociale, quale presupposto alla revoca dell'amministratore responsabile.

⁸⁸ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Le forme (e gli effetti) degli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi di impresa*, in AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 192, Giuffrè, Milano, 1999, 1-8, la quale ritiene che tale istituto favorisca il reinserimento dell'imprenditore in crisi nel mercato, cosa che in Italia non potendo avvenire mediante lo strumento del concordato preventivo, si raggiungeva grazie all'utilizzo di rimedi privatistici quali il c.d. concordato stragiudiziale; cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, in nt. 54, 1063-1064.

⁸⁹ G. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. Comm.*, 29.1, gennaio-febbraio, 2002, parte I, 69-71.

⁹⁰ La tesi della modifica qualitativa delle regole societarie, riferendosi all'art. 185, comma 6, l. fall. è propria di V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, n. 1, 2017, 116-119; per uno spunto in merito al superamento del principio di neutralità organizzativa all'interno delle procedure concorsuali, cfr. G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 95-97.

⁹¹ Cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, n. 1, 2017, 100-105. Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre*, 2018, 138-139.

generale (il diritto della crisi di impresa)⁹²: le norme societarie devono quindi adattarsi al sistema normativo del concordato preventivo, costruendo, così, il diritto societario della crisi di impresa.

Sostenere l'esistenza del diritto societario della crisi, quale microsistema autosufficiente, ha come presupposto che la riallocazione dei poteri sociali in una crisi di impresa sia realizzata tramite l'adesione alla teoria dell'assorbimento.

5. L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo:
tra vecchie e nuove prospettive

Oggi senza dubbio il tema dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo riveste una maggiore importanza rispetto al passato (quando non vi era un rilevante interesse nella prassi applicativa) in considerazione dello sviluppo che ha avuto la procedura concordataria⁹³ negli ultimi tempi e dell'erosione della primazia del fallimento⁹⁴, che, peraltro, ha ormai perso gli originari tratti caratteristici⁹⁵, in concomitanza con l'esclusione del requisito della meritevolezza come presupposto per accedere alla procedura di concordato preventivo e idoneo a sanzionare, seppur indirettamente, le condotte inadempienti degli amministratori in luogo dell'azione sociale di responsabilità. Infatti, con il venir meno di tale requisito, l'azione sociale di responsabilità acquista di nuovo un certo interesse all'interno del concordato preventivo⁹⁶.

Il tema della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, ai sensi dell'art. 2393 c.c., – che comprende sia il potere di inserire nel piano di concordato

⁹² Cfr. F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, U. Tomabari (a cura di), in Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 76, il quale sostiene che le norme societarie e quelle concorsuali devono adattarsi le une alle altre reciprocamente; cfr., in merito al rapporto di un diritto settoriale rispetto ad un settore generale del diritto, F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanito (a cura di), n. 52, Giuffrè, Milano, 2011, 45-49.

⁹³ F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanito (a cura di), n. 52, Giuffrè, Milano, 2011, 1-6, pone enfasi sugli ampi spazi lasciati all'autonomia privata per favorire il superamento della crisi di impresa.

⁹⁴ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2015, n. 1, 15-16.

⁹⁵ Cfr. G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanito (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 1-14, il quale rileva che la disciplina fallimentare dai precedenti romanistici fino al r.d. del 17 marzo del 1942, comportava conseguenze personali e patrimoniali per il fallito e che il r.d. non fosse adeguato alla mutata realtà socio-economica.

⁹⁶ M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 142-144.

il relativo credito latente sia il potere di concretizzare un tale inserimento mediante l'esercizio dell'azione processuale – non può andare disgiunto rispetto all'analisi della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dei creditori ai sensi dell'art. 2394 c.c.

Infatti, se il danno, risarcibile dalla società ai sensi dell'art. 2393 c.c., consiste in uno squilibrio tra attivo e passivo che si traduce nel minor valore del primo rispetto al secondo⁹⁷ è lo stesso danno per cui il creditore agisce in via giudiziaria sulla base dell'art. 2394 c.c.⁹⁸, tutti i problemi connessi alla necessità di una delibera assembleare per inserire la posta di credito nel piano di concordato preventivo e per esercitare, in sede processuale, detta azione verrebbero meno.

Quindi il problema è capire se il diritto individuale e autonomo⁹⁹, disciplinato dall'art. 2394 c.c., si concursualizza all'interno del concordato preventivo, diventando in realtà un'azione esercitabile dalla massa dei creditori chirografari¹⁰⁰ e quindi dagli organi della procedura di concordato preventivo, escludendo quindi

⁹⁷ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, nt. 11, 65-66, il quale evidenzia che l'art. 2394 c.c. tutela il patrimonio in senso dinamico prevedendo un obbligo di conservazione dello stesso in capo agli amministratori che differisce dall'art. 2486 c.c.

⁹⁸ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, in nt. 134, 54, il quale segnala che i creditori possono essere mossi anche da un interesse a disattivare la revoca automatica dell'amministratore per evitare la decorrenza del termine prescrizione e l'A. rileva anche che le eccezioni opponibili alla società sono opponibili ai creditori che agiscono in via surrogatoria.

⁹⁹ Nel senso di sostenere la natura diretta e autonoma dell'azione di cui all'art. 2394 c.c.: G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale II*, 8° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2014, 397-400, il quale rileva che la rinuncia non è opponibile ai creditori; G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1438-1442; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 439-443; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. di dir. comm.*, *Le società per azioni*, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 680; R. RORDORF, *Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata*, in *Le Società*, 1995, 750-751; cfr. A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, Giuffrè, 1980, 199-201, il quale sottolinea, infatti, che gli effetti esdebitativi del concordato sulla società di persone non precludono l'esercizio di un'azione diretta e autonoma dei creditori. *Contra*, nel senso di azione surrogatoria, v. B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Utet, Torino, 2007, 629-630; cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 9**, Utet, Torino, 1993, 374-378, il quale motiva la tesi sul fatto che la transazione in merito alla responsabilità preclude l'esercizio dell'azione sociale.

¹⁰⁰ Cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 435-436, il quale sostiene che nel fallimento tale azione spetta solo al curatore; cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 113-127, il quale ritiene che i creditori prelatizi hanno comunque diritto ad un soddisfacimento integrale, *pertanto non avrebbero interesse alla disposizione dell'azione sociale di responsabilità (enfasi aggiunta)*. Cfr., in senso contrario, R. RORDORF, *Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata*, in *Le Società*, 1995, 754-755, che sottolinea il possibile esercizio del creditore sostenendo che l'azione risarcitoria di cui all'art. 2394 c.c. non urta contro il divieto di azioni esecutive individuali, poiché diversi sono *petitum* e *causa petendi*, e ancora I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in *materiali del master fiorentino su: La crisi di impresa nell'era del credito deteriorato*, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 263-269.

l'intervento dei soci, applicando suddette considerazioni anche alle s.r.l. in crisi, così da conferire nuovo vigore al vecchio dibattito in merito all'applicazione dell'art. 2394 c.c. all'interno della disciplina delle società a responsabilità limitata (pur se ciò non è previsto dal diritto societario comune)¹⁰¹. Questo anche in virtù del fatto che lo stesso diritto è attribuito, ai sensi dell'art. 2497, comma 4, c.c. al curatore fallimentare nel caso di s.r.l. soggetta ad attività di direzione e coordinamento che sia, in seguito, dichiarata fallita.

Il diritto individuale dei creditori ad agire per il risarcimento dei danni al patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2394 c.c., non è più esercitabile, se la società di capitali è in crisi, individualmente da ogni creditore bensì da un soggetto predeterminato: un creditore in rappresentanza della collettività o un organo della procedura che abbia la legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria finalizzata a reintegrare il patrimonio quale garanzia generica della collettività dei creditori.

In tal caso non si avrebbe un'azione sociale esercitata *ex art.* 81 c.p.c., ma un'autonoma azione esercitata dagli organi della procedura.

È da ritenersi superata la motivazione, secondo la parte minoritaria della dottrina, che riteneva che l'effetto remissorio del concordato sarebbe violato ove si fosse permesso, dopo l'omologa del concordato preventivo, di incrementare la percentuale per effetto dell'esercizio individuale e autonomo dell'azione risarcitoria al singolo creditore, poiché l'art. 184 l. fall. disciplina gli effetti novativi-collettivi sul

¹⁰¹ Per la tesi che prevede di applicare, in via analogica, al diritto della s.r.l. l'art. 2394 c.c., cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 142-143, la quale sottolinea che la norma non è eccezionale ma espressione di un principio generale e di sistema visti i numerosi richiami normativi nel diritto della s.r.l. che confermano la responsabilità degli amministratori verso i creditori; cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010; 1095-1104, il quale esclude che altri rimedi, quali l'applicazione dell'art. 2900 c.c. o dell'art. 2043 c.c. possano sopperire alla tutela patrimoniale della società; cfr. R. TETI, *La responsabilità degli amministratori della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007*, 660-664, il quale sottolinea che un decremento della responsabilità gestoria non risulta né dalla legge delega alla riforma del 2003 e neppure da alcune norme codicistiche; per la tesi che non ritiene applicabile l'art. 2394 c.c. in materia di s.r.l., cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 402-418, la quale riduce le norme a protezione dei creditori all'art. 2043 c.c.; M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 73-85; M. FABIANI, *L'azione di responsabilità tra operazioni successive allo scioglimento nel passaggio fra vecchio e nuovo diritto societario*, Nota a sent. Corte d'Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in *Il Fallimento*, n. 3, 2004, 298, sottolinea che gli artt. 2485 e 2486 c.c. costituiscono un titolo di responsabilità ma non una fonte di legittimazione all'azione di responsabilità dei creditori di una s.r.l.; M. CASSOTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi di impresa*, Nota a sent. Corte di Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in *Il Fallimento*, n. 3, 2004, 299.

patrimonio del debitore e non sul diverso patrimonio dell'amministratore che, pertanto, resta quindi aggredibile anche dal singolo creditore (in rappresentanza degli altri vista la concorsualizzazione dell'azione risarcitoria *ex art. 2394 c.c.*)¹⁰².

Inoltre, anche la rubrica dell'art. 2394 c.c. parla di azione verso i creditori, alludendo quindi ad un'azione di massa.

Pertanto, visto l'intreccio di esigenze di continuità e contendibilità dell'impresa emerso dalle recenti novelle in specie tra 2012 e 2015, l'esercizio dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. risulta pacificamente ammesso anche nell'ipotesi di procedura concordataria, in cui si inseriscono proposte concorrenti avanzate dai creditori, sia in merito al suo inserimento nel piano di concordato preventivo sia in merito al suo concreto esercizio in sede processuale.

Il dubbio che si pone è se gli amministratori della s.p.a. debitrice abbiano o meno il potere di rinunciare alla procedura per evitare un'azione di responsabilità nei propri confronti, inserita nella proposta concorrente, agendo quindi in conflitto di interessi.

L'impresa è contendibile e come tale il debitore non ha alcun potere di disattivare la procedura. Infatti la rinuncia alla domanda da parte del debitore non comporta l'estinzione della procedura, e delle proposte ivi contenute, se non è accettata da tutti i creditori, poiché la domanda di concordato preventivo risulta essere un mero atto di impulso processuale e non va a tutelare il solo diritto del debitore, ma si pone a tutela di un interesse collettivo. Ciò che valorizza la domanda sono le proposte di concordato preventivo, in generale, e non, solamente, quelle originate dal soggetto che ha avviato la procedura. Pertanto può ritenersi che la rinuncia all'azione del debitore non determina l'estinzione del procedimento, qualora al suo interno siano presenti proposte concorrenti di concordato preventivo¹⁰³.

¹⁰² Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell'impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 59-62, la quale ricostruisce molto bene i contrasti dottrinali e giurisprudenziali relativi all'azione *ex art. 2394 c.c.*; ID., Op. cit., 135-138, nega che possa aversi una concorsualizzazione dell'art. 2394 c.c. all'interno del concordato preventivo per la mancanza di una norma *ad hoc* che preveda un tale effetto sull'azione risarcitoria dei creditori.

¹⁰³ In tal senso, sostenendo la tesi, che si basa sull'applicazione dell'art. 306 c.p.c., per cui l'estinzione della procedura sarebbe possibile solo laddove fosse accettata da tutti i creditori proponenti, v. E.M. NEGRO, *Proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 12 febbraio 2016, 8-12; G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, I. Le proposte concorrenti*, in *Fallimenti e società.it* (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 47-49. In senso contrario, sottolineando che la rinuncia conduce all'estinzione della procedura di concordato in quanto legittimato in via esclusiva ad avanzare una domanda di concordato risulta essere il debitore e non i creditori proponenti, v. G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 11/2015, 1173-1175; P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal*

Per le considerazioni suesposte, anche la revoca all'ammissione alla procedura *ex art.* 173, comma 1, l. fall., determina l'improcedibilità della domanda solo se è presente una sola proposta di concordato preventivo all'interno della procedura concorsuale¹⁰⁴. Pertanto, si accetta la tesi secondo cui le proposte avanzate dai creditori non subiscono gli effetti degli atti del debitore già dalla fase di pre-concordato¹⁰⁵, neppure nel caso in cui gli obblighi siano in capo al debitore poiché opera l'art. 186 l. fall.¹⁰⁶

Sia la continuità dell'impresa che i meccanismi competitivi volti a rendere l'impresa in crisi contendibile sono strumenti che si intrecciano tra loro e sono predisposti dal legislatore per il miglior soddisfacimento dei creditori. Essi, quindi, devono operare senza che l'attuarsi dell'uno determini la non attuazione dell'altro (la competizione seleziona il soggetto più meritevole e che è in grado, continuando l'impresa, di assicurare la migliore soddisfazione delle pretese creditorie).

Il dubbio che da queste prime considerazioni si esprime è che l'esercizio dell'azione risarcitoria contro gli amministratori, esercitata *ex art.* 2393 c.c. o *ex art.* 2394 c.c., rischia di compromettere la continuità aziendale e di rendere meno contendibile

concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 25-27, sostiene che il proponente subisce un arresto della procedura legato ad un comportamento del debitore e che il suo danno verrà risarcito solamente in sede fallimentare o ordinaria; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 32-33, ritiene che la rinuncia determini l'estinzione della procedura solo se posta in essere almeno 15 giorni prima dell'adunanza; F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" N. 83/2015: un primo commento*, Parte II: Le modifiche riguardanti il concordato preventivo. "Proposte/piani" ed offerte concorrenti, in *Il FALLIMENTARISTA* (<http://www.ilfallimentarista.it>), 29.06.2015, 6-8; cfr. G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, II. Le offerte concorrenti*, in *Fallimenti e società.it*, (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 99-101, il quale ritiene che la rinuncia della proposta del debitore determini una caducazione dell'offerta vincitrice ivi inserita, ma non del corrispondente contratto di trasferimento concluso (che però non farà più parte del piano concordatario).

¹⁰⁴ In tal senso, v. P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 25-27; E.M. NEGRO, *Proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 12 febbraio 2016, 12-14. In senso contrario, soprattutto ove la revoca conduca alla dichiarazione di fallimento, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 4/2015, ottobre-dicembre 2015, 101-102, i quali sostengono che al creditore proponente, travolto dalla revoca all'ammissione alla procedura di concordato, spetta il solo risarcimento del danno; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 11/2015, 1173-1175.

¹⁰⁵ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 4/2015, ottobre-dicembre 2015, 96-97; 104-109, i quali ritengono che la proposta concorrente di concordato preventivo imponga sempre obblighi in capo al solo creditore proponente, cessionario del patrimonio del debitore, secondo lo schema del concordato con assuntore. In senso contrario, per la tesi che il creditore proponente si obbliga con la proposta in nome e per conto del debitore e che, pertanto, solo in capo al secondo si imputano gli obblighi concordatari, v. A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *Il Caso.it* (<http://www.ilcaso.it>), 23 novembre 2015, 7-11.

¹⁰⁶ G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 11/2015, 1179-1180, sostiene che l'art. 186 l. fall. protegga dall'inadempimento altrui.

l'impresa in crisi ed allora si impongono soluzioni differenti a seconda della tipologia di concordato preventivo che si deve eseguire¹⁰⁷.

6. La giurisprudenza

Il tema di indagine risulta trattato in una recente sentenza del Tribunale di Bologna ovvero nella sentenza n. 2121 del 16 agosto del 2016 in cui viene esaminata la possibilità, all'interno di un concordato preventivo con cessione di beni, per il liquidatore giudiziale di esercitare l'azione sociale contro gli amministratori di una s.r.l.

Il Tribunale, in via preliminare, definisce i principi generali che operano nel diritto della s.r.l. nell'ipotesi di esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro i suoi amministratori, come si evince da questo passo che si riporta di seguito: *“E vale fin d'ora sottolineare che la delibera assembleare è unanimemente qualificata quale condizione dell'azione ovvero, a differenza dei presupposti processuali, quale condizione sostanziale di proponibilità della domanda o quale possibilità giuridica - al pari della legittimazione (in senso tecnico) e dell'interesse ad agire - di decidibilità nel merito della stessa.*

In altri termini la condizione dell'azione attiene alla verifica della ricomprensione dell'azione nella fattispecie normativa di riferimento e, dunque, all'esistenza o meno di una norma che preveda effettivamente, con essa, il diritto oggetto di tutela”.

Di seguito il medesimo Tribunale analizza il tema della legittimazione del liquidatore nominato in sede di omologa del concordato preventivo, sostenendo la tesi della necessaria presenza della delibera assembleare oltre che del necessario inserimento nel piano di concordato preventivo del sotteso credito latente, cose che nel caso in esame mancavano entrambe.

Il Tribunale nega la ricostruzione della legittimazione autonoma all'esercizio dell'azione sociale da parte del liquidatore sulla base delle seguenti motivazioni: il liquidatore non può avere un potere simile a quello del curatore fallimentare vista la

¹⁰⁷ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 156-159; 160-161, la quale, in relazione ai dubbi sull'effettiva valorizzazione dell'azione sociale quale strumento di *recovery* a vantaggio dei creditori, sottolinea che spesso conviene per i creditori che non sia esercitata alcuna azione risarcitoria perché una collaborazione con gli amministratori è funzionale alla continuità di impresa.

diversità delle due procedure concorsuali e che, comunque, anche il curatore necessita di un'autorizzazione, seppur proveniente dal giudice delegato; l'art. 2394-bis omette ogni riferimento al liquidatore giudiziale oltre al fatto che vista l'eccezionalità della norma deve negarsi una sua applicazione estensiva; la mancata indicazione del credito latente nel piano di concordato preventivo con cessione di beni rileva ai sensi dell'art. 173 l. fall., ma anche dell'art. 236 l. fall.; non potrebbero, infine, trarsi argomenti a favore della tesi della legittimazione autonoma dall'art. 240 l. fall., "*...quale norma definita extravagante dalla stessa dottrina citata dagli attori e/o frutto di mero difetto di coordinamento per essere originariamente riferita al commissario giudiziale dell'abrogata procedura di amministrazione controllata*".

Dello stesso avviso è il Tribunale di Milano, II sez. civ. con la pronuncia del 19.7.2011 n. 9805, poiché sostiene la legittimazione derivata degli organi concorsuali per esercitare l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori della società debitrice in concordato preventivo liquidatorio.

Infatti il Tribunale milanese afferma che: "*È infatti da considerare, da un canto, che 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 dei 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 (per i limiti della legittimazione processuale del liquidatore nel concordato preventivo cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 5515), sia la previsione dell'art. 2394 bis 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.*

Peraltro, anche a voler ritenere che quando la cessione abbia per oggetto genericamente tutte le attività della debitrice, tra queste rientri anche l'eventuale azione di responsabilità non ancora deliberata, è da escludersi in ogni caso, alla luce del carattere eccezionale delle previsioni di cui all'art. 2394 bis c.c. e dell'art.147 L.F., che il liquidatore possa esercitarla senza la deliberazione dell'assemblea".

Parte della giurisprudenza si è pronunciata per la legittimazione autonoma all'esercizio dell'azione sociale poiché in un concordato preventivo con cessione dei beni si è spezzata quella connessione tra pretesa sociale e società, visto che il credito futuro, in realtà, è stato trasferito mediante la sua inclusione nel piano di concordato preventivo.

Questo è il caso del Tribunale di Trento che il 10.6.2016 con sentenza esecutiva si pronuncia per il superamento della necessità della delibera assembleare, così da consentire al liquidatore di un concordato con cessione di beni l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di una s.r.l. debitrice.

Infatti tale sentenza prevede che: *“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 promovimento (cfr. Trib. Padova 12 luglio 2012)”*.

Tale Tribunale nega la possibilità di un concordato preventivo con liquidazione parziale dei beni in quanto: *“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 che 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. Del resto, nel caso del concordato con continuità, alla deroga si accompagna la salvaguardia prevista dall'art. 186 bis, comma 2°, lett. b), l. fall., la funzionalizzazione cioè della prosecuzione dell'attività di impresa al miglior soddisfacimento dei creditori...”

Inoltre, in merito al problema del necessario inserimento del credito latente nel piano di concordato preventivo il provvedimento appena citato riporta che: *“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 dei suoi ex amministratori e sindaci fosse o meno espressamente contemplata nel piano concordatario”*.

Per quel che concerne la necessità di una delibera assembleare ai sensi dell'art. 2393 c.c. per esercitare l'azione sociale di responsabilità all'interno del concordato preventivo: *“...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 transigere 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 giudiziale), 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 disporre”.

Parte della giurisprudenza per aggirare il problema della necessaria delibera assembleare ha ritenuto di poter legittimare liquidatore di un concordato con cessione dei beni mediante l'art. 2394 c.c., ritenendo tale azione essere un'azione di massa, poiché volta al fine di reintegrare la garanzia patrimoniale del debitore su cui i creditori chirografari si soddisferanno nei limiti della percentuale concordataria e nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Infatti l'azione dei creditori, essendo autonoma rispetto all'azione sociale di responsabilità, può essere esercitata anche all'interno di un concordato preventivo e l'eventuale eccedenza rispetto alla percentuale concordataria non viola l'art. 184 l. fall. poiché la norma si riferisce al patrimonio dell'impresa e non al patrimonio di un terzo ovvero dell'amministratore.

Inoltre, per giustificare il trasferimento della legittimazione di cui all'art. 2394 c.c. dal singolo creditore al liquidatore giudiziale, occorre accettare la tesi della concorsualizzazione dell'azione risarcitoria all'interno del concordato preventivo.

Il Tribunale di Piacenza del 12.2.2015 con sentenza non definitiva n. 113 così si esprime: l'art. 184 l. fall., pur non apparendo dirimente, sancisce comunque il principio della vincolatività del concordato preventivo, ma si riferisce al patrimonio dell'imprenditore e non dell'amministratore; che l'azione di cui all'art. 2394 c.c. non può essere utilizzata per superare le difficoltà, in specie la necessità di una delibera assembleare richiesta dall'art. 2393 c.c. vista l'assoluta autonomia tra le due norme e visto che deve escludersi che l'art. 2394 c.c. abbia una natura surrogatoria, non prevedendo quella situazione di inerzia della società, disciplinata dalla norma generale dell'art. 2900 c.c.

Pertanto detto Tribunale di Piacenza sostiene il possibile esercizio dell'azione risarcitoria da parte del singolo creditore all'interno del concordato preventivo, ma non arriva a sostenere una sua concorsualizzazione e il suo conseguente trasferimento al liquidatore; inoltre neppure sostiene che la società debitrice perda la sua

legittimazione ad agire contro gli organi sociali e, quindi, nega che il meccanismo di cui all'art. 2394 c.c. possa essere utilizzato come rimedio alle disfunzioni della necessità della delibera assembleare espressa nell'art. 2393 c.c.

7. Il problema in altri ordinamenti: brevi notazioni

Il problema sulla legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità si pone all'attenzione degli interpreti anche in altri paesi.

Un'analisi sulla risoluzione del medesimo problema in altri paesi è funzionale allo sviluppo dell'elaborato, nel senso che può rafforzare o indebolire una determinata tesi interpretativa per le soluzioni che sono state offerte dai legislatori stranieri.

Una possibile trasposizione di norme straniere nel nostro ordinamento è ammissibile, laddove sia necessario colmare una lacuna nel settore del diritto societario, solamente laddove siano soddisfatte due condizioni: che il contenuto della norma straniera protegga i valori che l'interprete vuole promuovere richiamandola e che le esperienze giuridiche da regolare siano simili¹⁰⁸.

Si procederà, dunque, ad una breve ricognizione dello status quo negli ordinamenti di *civil law*, in Spagna, Germania e Francia, e in quelli di *common law*, ovvero in Inghilterra e negli Stati Uniti.

La disciplina tedesca, ispirandosi alla *Reorganization* del *Chapter 11* statunitense, prevede un'unica procedura per la dichiarazione di insolvenza, avviata dagli amministratori di società di capitali¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. G.B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in Riv. soc., fasc. 2-3, 2013, 325-330; cfr. Á. ROJO, *Codificación Comercial Italiana y Española, in 1882-1982 Cento anni dal Codice di Commercio. Atti del Convegno internazionale di studi. Taormina 4-6 novembre 1982*, in Quaderni di Giur. comm., n. 54, Giuffrè, Milano, 1984, 192-193, il quale sostiene che: “*La diversidad de técnicas legales no comporta diversidad de sistemas*”.

¹⁰⁹ L'*Insolvenzverfahren* si attiva oltre che in caso di incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni da parte del debitore, anche se questi è in stato di pre-crisi, o se la crisi finanziaria rischia di evolversi in crisi patrimoniale che metta a rischio la continuità di impresa (§§ 18-19 InsO). Infatti il § 18 recita in rubrica “*Drohende Zahlungsunfähigkeit*” (lett. pericolo di insolvenza) in cui “*Die Anreize zur frühzeitigen Insolvenzantragstellung schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit werden durch das ESUG verstärkt*”, a conferma che lo stato di pre-crisi acquista, ormai, una rilevanza concreta nell'ambito dell'*Insolvenzverfahren*. Inoltre, il § 19 disciplina l'importanza di favorire *die Fortführung des Unternehmens* anche mediante finanziamenti degli azionisti quando le attività sono inferiori alle passività. Le parole virgolettate sono proprie di SCHRÖDER, § 18 InsO, in *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, A. Schmidt (a cura di), Carl Heymanns Verlag, 2012, 178. Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 48-49, il quale, oltre a sottolineare che lo stato di pericolo di insolvenza è stato inserito

L'*Insolvenzplan* può includere, qualora il debitore sia una società di capitali i diritti partecipativi dei soci che attribuiscono la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale o più semplicemente può prevedere che le regole ordinarie, tra cui quelle relative all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, siano derogate secondo quanto ivi previsto, come risulta dal § 217 ("*... die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens können in einem Insolvenzplan abweichend von den Vorschriften dieses Gesetzes geregelt werden*"), determinando, in capo all'*Insolvenzverwalter*, un'attrazione della competenza a far valere la pretesa sociale nei confronti degli amministratori della società di capitali. Così nel procedimento di risanamento dell'impresa (ossia nella procedura equivalente al nostro concordato preventivo), quando il debitore rimane in possesso dei suoi beni¹¹⁰, anche il § 270 attribuisce, in capo al *Sachwalter* una legittimazione autonoma all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori della società di capitali debitrice.

Nella disciplina concorsuale spagnola si ha un'unica procedura che regola la crisi dell'imprenditore commerciale: il procedimento inizia con una *declaracion de concurso* del debitore dove il legislatore prevede la *unidad del procedimiento de concurso* e all'*Exposición de motivo* n. 6 prevede che *el convenio es la solución normal del concurso*.

Infatti la procedura concorsuale spagnola del *concurso* può prevedere due soluzioni: una volta alla liquidazione dei beni, l'altra volta al *convenio*, tra debitore e creditori, che assicura la conservazione dell'impresa.

in una norma e acquista rilevanza, avanza considerazioni non dissimili in merito al divieto di effettuare i pagamenti ai soci in stato di precrisi (*Zahlungsverbot*).

¹¹⁰ "*Das ESUG schafft damit der Anordnung der Eigenverwaltung durch das Gericht Planungssicherheit für den Schuldener...*": così scrive FIEBIG, § 270 a), b), c), in *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, A. Schmidt, Carl Heymanns Verlag, 2012, 1840.

La recente riforma spagnola ha disciplinato in maniera unitaria s.p.a. e s.r.l.¹¹¹ come si evince dalla Ley n. 3 del 3 dicembre 2014 che modifica la *Ley de Sociedades de Capital* (LSC)¹¹².

La *Ley concursal* stabilisce che, nel *convenio*, che preveda il pagamento nel termine di 5 anni di almeno la metà dei debiti, possono essere ceduti beni e diritti del debitore se ciò è previsto dal *plan de pagos*, mentre dal *plan de viabilidad* è prevista l'attuazione delle pretese creditorie mediante soddisfacimento sui flussi di cassa derivanti dalla continuazione dell'impresa.

Nel *plan de pagos* è ammessa la cessione del diritto di credito sotteso all'azione sociale di responsabilità ai creditori ai sensi dell'art. 100.4 LC. Infatti “*en dicho plan deben detallarse los recursos obtenidos de la enajenación de «determinados bienes y derechos del concursado», no limitando por tanto el objeto de los recursos por enajenaciones a los obtenidos por ventas de unidades productivas*”¹¹³ e, quindi, l'esercizio dell'azione risarcitoria¹¹⁴ è di competenza dell'organo concorsuale legittimato.

¹¹¹ MEGÍAS LÓPEZ, *Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas*, in Diario La Ley, N° 8608, Sección Doctrina, 18 de Septiembre de 2015, Ref. D-337, Editorial LA LEY, 1-35. L'A. scrive (p. 3): “*El legislador español actual, confirmando la tendencia de los últimos años hacia la aproximación de tipos, entiende superada la cuestión tipológica que enfrenta el régimen de la sociedad anónima con el de la sociedad limitada, en la comprensión de que ambas formas de organización permiten acoger una estructura de la propiedad concentrada con restricciones a la transmisión de la condición de socio - no sólo reguladas por Ley o estatutos, sino por limitaciones de mercado - , y destacada implicación de los socios en la vida societaria por un interés mayor en los resultados de la empresa, sin que existan razones de peso para impedirlo*”.

¹¹² La disciplina è frutto di uno studio da parte di una Commissione di esperti che, nominata dal Consiglio dei Ministri e, in attuazione di una parte del *Plan Nacional de Reformas de 2013* novella il *Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital del 2010* per reagire alla crisi finanziaria degli anni 2008-2009, con l'obiettivo di migliorare profili di efficacia e responsabilità nella gestione delle imprese. La Commissione è stata nominata il 10 maggio 2013 e si è costituita il 31 maggio 2013, data in cui è stata, anche, pubblicata la *Propuesta del Código Mercantil*, posta in essere dalla Commissione Generale, che contiene specifiche norme per la *sociedad cotizada* e prevede, in via suppletiva, di applicare le norme previste per la *sociedad anónima*. Di tale *Propuesta* la Commissione degli Esperti ha tenuto conto negli interventi di modifica del *Texto refundido* che delineano la normativa vigente. Cfr. *Preámbulo* alla Ley n. 31 del 2014, III, in <https://www.boe.es>.

¹¹² Il *Texto refundido*, approvato dal Governo spagnolo il 2 luglio 2010 con il *Real Decreto Legislativo 1/2010*, contiene: la sezione 4° del titolo I del Libro II del *Código de Comercio* de 1885, il *Real Decreto Legislativo* n. 1564/1989 del 22 dicembre con cui si approva la *Ley de Sociedades Anónimas* e la *Ley 2/1995* del 23 marzo con cui si approva la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* ed, infine, il contenuto del titolo X della *Ley 24/1988* del 28 luglio, del Mercato dei Valori relativa a *las sociedades anónimas cotizadas*. Cfr. *Exposición de motivos. I; II; III*, in <https://www.boe.es>, sez. *Legislación consolidada, Texto Consolidado*, 2010, da cui emerge la difficoltà di armonizzare e regolarizzare così tante discipline in un testo che risulta suddiviso per materie e non per tipi societari, all'interno del *Real Decreto Legislativo 1/2010*,

¹¹³ Così A. NÚÑEZ-LAGOS, *El convenio del concurso: contenido y procedimiento*, in *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n. 6/2003, 41-42.

¹¹⁴ L'azione risarcitoria per irregolarità gestorie può essere esercitata in via surrogatoria dai creditori ai sensi dell'art. 240 della *Ley de Sociedades de Capital* che in rubrica menziona *Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social* e ha il seguente contenuto: “*Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido*

Ai sensi dell'art. 100.3 LC però è ammessa la sola cessione parziale, con la possibilità, quindi, che la cessione dell'azione sociale non si verifichi se non è prevista nel *plan* e che la *sociedad de capital* spagnola si riservi l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità¹¹⁵.

Nella disciplina statunitense si ritrovano somiglianze, rispetto alla disciplina tedesca, in merito alla classazione dei titolari di interessi che approvano il concordato preventivo, ma manca una norma che attribuisca l'esercizio, in via autonoma, dell'azione sociale di responsabilità ad un organo concorsuale.

Infatti, dal *Title 11, Chapter 11, Subchapter II, del Bankruptcy Code § 1123 "Contents of plan"*, emerge l'attenzione per: (2) *specify any class of claims or interests that is not impaired under the plan*; (3) *specify the treatment of any class of claims or interests that is impaired under the plan*" e al punto b) 3 (B): *"the retention and enforcement by the debtor, by the trustee, or by a representative of the estate appointed for such purpose, of any such claim or interest"*.

Pertanto il credito latente resta a disposizione del *debtor in possession* che può inserirlo nel *plan of confirmation* per destinarlo alla ristrutturazione dell'impresa, altrimenti tale posta economica non è destinata al soddisfacimento dei creditori.

Per quel che concerne la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale questa spetta, dopo l'apertura della procedura e prima dell'omologazione del *plan of reorganization*, al *debtor in possession* (DIP), ai sensi del § 1107 (a), salvo il caso in cui sia nominato un *trustee*, dalla Corte, il quale ai sensi del § 1108: *unless the court, on request of a party in interest and after notice and a hearing, orders otherwise, the trustee may operate the debtor's business*. Dopo l'omologazione del *plan of reorganization*, il *trustee*, se risulta espressamente autorizzato dal debitore, che perde lo status di DIP, gestisce il *trust* in cui sono trasferite, dall'*estate* del

ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos"; cfr., in relazione al testo previgente al *Texto refundido*, R. LARA, *La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad*, in *Tratados La responsabilidad de los administradores*, Á. Rojo-E. Beltrán (Directores), Valencia, 2005, 85 *parla di acción subrogatoria*, ai sensi dell'art. 134 LSA; cfr. J. JUSTE, *Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social*, in *Tratados La responsabilidad de los administradores*, Á. Rojo-E. Beltrán (Directores), Valencia, 2005, 118, il quale afferma che si tratta di *"legitimación de los acreedores sociales, subsidiaria respecto de la reconocida a la sociedad y a sus accionistas..."*.

¹¹⁵ Cfr. in riferimento agli interessi coinvolti nel *convenio*, G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto*. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre, 2018, 100-102; A. NÚÑEZ-LAGOS, *El convenio del concurso: contenido y procedimiento*, in *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n. 6/2003, 44-45.

debitore, le “*fiduciary duty claims*”; egli può, così, esercitare l’azione sociale di responsabilità in modo autonomo.

Pertanto, dopo l’omologazione, se indicata nel piano di ristrutturazione dell’impresa, l’azione sociale può essere esercitata dal soggetto legittimato al suo esercizio dal *plan of reorganization*¹¹⁶.

Quindi, nella fase esecutiva della procedura, *the debtor*, trasferisce il credito latente sotteso all’azione sociale di responsabilità ad un terzo – al trustee –, mediante il suo inserimento nel *plan of reorganization*, il quale risulta legittimato all’esercizio per i poteri che sono propri di tale figura all’interno della procedura, oppure lo stesso *debtor* può, previo inserimento del credito latente nel *plan of reorganization*, conservare egli stesso la legittimazione all’esercizio dell’azione risarcitoria, in via esclusiva; infine in assenza di disposizioni nel *plan of reorganization* la pretesa sociale si intende rinunciata, implicitamente, dal debitore.

Invece i creditori che, prima dell’omologazione del *plan of reorganization*, esercitano azioni volte a reintegrare il patrimonio sociale, agiscono singolarmente quali rappresentanti processuali della società di capitali. Dopo l’omologazione, dato che le azioni individuali dei creditori restano precluse, l’azione risarcitoria può essere esperita solo mediante un *creditor’s committee*, nominato in rappresentanza del ceto creditorio, per reagire al mancato rispetto dei *fiduciary duties (duty of care and duty of loyalty)*, da parte degli amministratori nei confronti dei soci. I creditori quindi esercitano una “*derivative action*” e non una “*direct action*”, poiché il presupposto della legittimazione all’esercizio dell’azione sociale è dato dalla violazione dei *fiduciary duties* che i directors hanno verso i soli soci e non verso i creditori, nonostante questi ultimi siano, ormai, divenuti *residual claimants*¹¹⁷.

Tanto che una volta che sia avvenuta la *confirmation’s plan of reorganization*, il debitore può continuare tale azione qualora la stessa non sia esaurita.

¹¹⁶ In tal senso si esprime A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell’Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 19-20.

¹¹⁷ La tesi nel testo in merito alla legittimazione dei creditori è propria di A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell’impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 21-27; la quale sottolinea, per le sole *corporations* e non per le *Limited Liability Company*, che i creditori possono esercitare solo una *derivative action*, riportando il caso Gheewalla della Suprema Corte del Delaware; ID., Op. cit., 28-34, la quale sottolinea come gli organi della procedura se la legittimazione è a loro trasferita mediante previsione nel *plan of reorganization* possono esercitare autonomamente le azioni risarcitorie che, altrimenti, continuano a spettare al debitore.

L'altro ordinamento di *common law* è quello inglese: che per quel che qui rileva prevede accordi formali del debitore con i creditori comprendendo anche i soci quali *residual claimants* e accordi informali senza l'intervento del giudice con i soli creditori che si inseriscono nelle seguenti procedure che sono: l'*Administration* (in alternativa alla procedura di *winding-up*) che comporta lo spossessamento totale del debitore (omologo del nostro fallimento), una procedura liquidatoria secondo lo *Scheme of Arrangement (SoA)* disciplinato nel *Company's Act* del 2006 e, infine, il *Company Voluntary Arrangement (CVA)* regolato nell'*Insolvency Act* del 1986¹¹⁸.

Nella prima procedura *the administrator (che spesso coincide con l'Insolvency Practitioner)*¹¹⁹ *that can be appointed by: the court, the holders of qualifying floating charge, the company or company's directors*¹²⁰, assume le vesti di un liquidatore con tutti i poteri connessi alla liquidazione in modo autonomo e indipendente e ha una legittimazione autonoma all'esercizio della pretesa sociale poiché i suoi poteri derivano dal provvedimento di nomina del Tribunale, oppure acquisisce il controllo della direzione dell'impresa per una migliore liquidazione, se questa assicura *the better result of creditors as a whole*. Un tale potere ben può coesistere con l'obiettivo primario di recuperare l'azienda in crisi¹²¹. Infatti, con la modifica della Schedule B1 dell'*Insolvency Act* del 1986 da parte dell'*Enterprise Act* del 2002, "*Administration involves handing control to an outsider - the insolvency practitioner (IP) and is thus not a debtor in possession ('DIP') system*"¹²². Il difetto principale di questa procedura sono le eccessive spese, difetto che si acquisisce quando essa tende al recupero dell'impresa in crisi e non alla sua liquidazione¹²³, mentre i vantaggi sono l'automatica moratoria dei creditori e il meccanismo di *cram-down*¹²⁴.

¹¹⁸ Per lo studio di questa disciplina e di come tali accordi siano visti sotto la lente del conflitto di interessi si rinvia a G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto*. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre, 2018, 86-93.

¹¹⁹ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 331; 360-361; 366-369, i quali sottolineano che l'*Insolvency Practitioner (IP)* è un *outsider* che prende il controllo dell'impresa e che opera sotto la supervisione del Tribunale (*court*).

¹²⁰ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 312-313.

¹²¹ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, nt. 92, 315.

¹²² Le parole virgolettate sono proprie di V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 316.

¹²³ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 342-345.

¹²⁴ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 348-349.

Invece *in the reorganization under SoA and CVA*, (tralasciando le differenze tra le due tipologie di accordi ad esempio il fatto che il primo è un accordo formale, il secondo informale e che non prevede una moratoria automatica mentre prevede la necessaria approvazione del 75% dei creditori¹²⁵), le procedure sono volte a realizzare *an arrangement between company and its creditors* con l'aiuto di un *insolvency practitioner* nominato dai *directors*. Se *the arrangement* viene approvato dai creditori esso è attuato dall'*insolvency practitioner*, (*that can act like administrator or liquidator or trustee or supervisor*), autorizzato da un organismo di regolamentazione. Egli esercita l'azione sociale di responsabilità se prevista dall'accordo con i creditori avanzato dai *directors* e a cui lui stesso ha partecipato alla redazione. Se il credito latente è previsto nell'accordo e se l'*Insolvency Practitioner* agisce con i poteri corrispondenti alle prime tre figure di cui sopra, egli può esercitare l'azione sociale di responsabilità, altrimenti se ha funzioni di *supervisor* affianca il debitore e, quindi, l'intervento dei soci risulta indispensabile per esercitare l'azione sociale di responsabilità.

Questa visione che sostanzialmente conferisce ad un terzo soggetto la legittimazione autonoma all'esercizio della pretesa sociale è in linea con quanto emerge dalle *recommendations of Cork Committee*, in riferimento all'*Administration*, contenute nell'*Insolvency Act* del 1986, da cui emerge l'esigenza che una *distressed company* sia gestita da un terzo soggetto (*administrator*) che la diriga verso un obiettivo di recupero o verso una fase di liquidazione¹²⁶.

Tuttavia, il *CVA* potrebbe non prevedere un *Insolvency Practitioner* e lasciare suddetta legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in capo ai *directors* che devono attuare l'accordo tra società debitrice e creditori¹²⁷.

Tale procedura ha avuto scarso successo, dovuto spesso all'apertura tardiva rispetto allo stato di crisi e agli alti costi¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 414; 420-421; 424-425, i quali prevedono che *one disadvantage is that doesn't involve moratorium*, salvo che una società sia una *Small Company*.

¹²⁶ V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 301-302.

¹²⁷ Cfr. V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 412, i quali non ritengono necessaria la nomina dell'*Insolvency Practitioner* quale *outsider*.

¹²⁸ V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017, 305-306.

Nella disciplina concorsuale francese l'azione di responsabilità esercitata contro gli amministratori per "*fautes de gestion*" è esercitabile dalla società e dai soci, ma non dai singoli creditori, nemmeno in via surrogatoria, sia nelle sia nella *société anonyme* (SA), sia nella *société à responsabilité limitée* (SARL), come previsto dal *Code de Commerce*. "*Fanno eccezione le ipotesi (raramente riscontrate e ammesse dai giudici) in cui gli amministratori abbiano commesso una faute séparable (o détachable) de ses fonctions*"¹²⁹. Una tale ripartizione del potere di esercitare l'azione risarcitoria si ritrova anche all'interno delle procedure concorsuali francesi, seppur con qualche peculiarità dovuta all'apertura della procedura. Infatti il tema della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale si inserisce anche all'interno delle due procedure concorsuali francesi: la *procédure de sauvegarde* disciplinata dall'art. L. 620-1 ss. e quella di *redressement judiciaire* dall'art. L. 631-1 ss. del *Code de Commerce*: la prima procedura non richiede quale presupposto oggettivo la *cessation des paiements*, mentre la seconda procedura richiede la *cessation des paiements*¹³⁰, anche se entrambe trovano la propria ragion d'essere oltre che nel miglior soddisfacimento dei creditori anche nell'obiettivo di prosecuzione dell'impresa e nel mantenimento dei livelli occupazionali.

Le due procedure (la prima è l'omologo della nostra procedura fallimentare, mentre la seconda è l'omologo del nostro concordato preventivo) sembrano però accomunate dal maggior potere, rispetto alla disciplina italiana, riservato agli organi concorsuali per la tutela degli interessi collettivi dei creditori.

La disciplina francese della *procédure de sauvegarde*, all'art. L. 620-1, comma 1, detta una disciplina finalizzata a favorire la continuità aziendale, mediante la riorganizzazione dell'impresa in crisi, avendo riguardo anche agli interessi pubblici circa il mantenimento dei livelli occupazionali¹³¹.

¹²⁹ Il virgolettato è proprio di A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell'impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 38.

¹³⁰ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell'impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 34-37, la quale evidenzia che la *cessation des paiements* è richiesta per una sola delle due procedure e che nella *procédure de sauvegarde* è lasciato maggior potere di agire al debitore, incentivando la collaborazione tra costui e gli organi della procedura; cfr. anche C. LÉGUEVAQUES, *La procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire*, in Petites Affiches, in www.lextenso.fr, 21 settembre, 2006.

¹³¹ Infatti: "*Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*", oltre a consentire l'accesso alla procedura a una platea di soggetti che non è limitata al solo imprenditore commerciale ai sensi dell'art. L. 620-2, comma 1. La stessa esigenza si ritrova nella *procédure de sauvegarde accélérée* "*...qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise*", ai sensi dell'art. L. 628-1, comma 2.

Secondo l'art. L. 621-3, comma 1, la *procédure de sauvegarde* si apre con la domanda giudiziaria; da quel momento inizia un periodo di osservazione dell'impresa pari a 6 mesi e, ai sensi dell'art. L. 621-4, comma 3, "...*le tribunal désigne deux mandataires de justice qui sont le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire, dont les fonctions sont respectivement définies à l'article L. 622-20 et à l'article L. 622-1*". Inoltre, il Tribunale nomina *un deuxième administrateur judiciaire et un deuxième mandataire judiciaire* al ricorrere di particolari condizioni ai sensi dell'art. L. 621-4-1.

Suddette figure hanno la comune funzione di controllare il regolare svolgimento della procedura, poiché entrambe nominate dal Tribunale, nell'obiettivo di una comune collaborazione per garantirne il buon esito¹³². A tale funzione, però, si affiancano anche differenti competenze che evitano una sovrapposizione di poteri tra le due figure.

L'*administrateur judiciaire* ai sensi dell'art. L. 622-1 ha solo funzione di assistere il debitore, e la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, anche ove inserita nel *plan de sauvegarde*, non potrebbe essere esercitata in assenza di previa delibera assembleare, poiché i poteri dell'*administrateur judiciaire* non conducono mai ad uno spossessamento del debitore¹³³.

Invece, indipendentemente dall'inserimento del predetto credito latente nel *plan de sauvegarde*, il *mandataire judiciaire* può esercitare l'azione sociale di responsabilità nell'interesse collettivo dei creditori, come disciplinato dall'art. L. 622-20, disposizione che addirittura prevede in caso di "...*carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat*", conferendo la legittimazione ad agire ad un qualsiasi creditore. La norma è simile all'art. L. 651-3 del *Code de Commerce* "...*sotto il profilo della legittimazione ad agire, i soggetti legittimati a esperire l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif sono il liquidateur nominato nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziaria e il pubblico ministero. In caso di inerzia*

¹³² Cfr. D. VOINOT, *La nouvelle procédure de sauvegarde*, in www.lextenso.fr, in Gazette du Palais, 8 settembre 2005, il quale sottolinea che le due figure agiscono in rappresentanza degli interessi del ceto creditorio e che appena cessano le loro funzioni vengono sostituiti dal *commissaire à l'exécution du plan ou au liquidateur*.

¹³³ Rileva bene tale carattere della *procédure de sauvegarde*, sottolineando che le minori competenze dell'*administrateur judiciaire* sono compensate dalle maggiori competenze del debitore, nell'obiettivo di aumentare l'appetibilità di una tale procedura di ristrutturazione dell'impresa, A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell'impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 36; cfr. anche ID., Op. cit., 46-47.

del liquidatore, e previa sua messa in mora, è altresì legittimata ad adire il tribunale la maggioranza dei creditori nominati controllori (contrôleurs), i quali agiscono nell'interesse collettivo dei creditori”¹³⁴.

Infatti, ai sensi dell'art. L. 626-1, comma 3 “...*le mandataire judiciaire exerce les missions confiées au liquidateur*” se previsto dal *plan de sauvegarde* poiché “*Le plan désigne les personnes tenues de l'exécuter et mentionne l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles et qui sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. Ces engagements portent sur l'avenir de l'activité, les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, le règlement du passif soumis à déclaration ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution*”, ai sensi dell'art L. 626-10, comma 1. Tutto ciò salvo che il giudice non ritenga che la mancata cessione dell'azione sociale assicuri il proseguimento dell'impresa se così si interpreta la possibilità per il Tribunale di dichiarare inalienabile un bene dell'impresa ai sensi dell'art. L. 626-14, comma 1. Il decreto del giudice francese è quindi fonte di legittimazione autonoma per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Tale legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è, poi, trasferita all'*administrateur*¹³⁵ solo in attuazione del piano se previsto dal Tribunale e se il piano di ristrutturazione risulta non eseguito dal debitore, *ex art. L. 626-24: “Le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes, nécessaires à la mise en oeuvre du plan, qu'il détermine”¹³⁶.*

Infatti, ai sensi dell'art. L. 626-25, comma 1, il Tribunale nomina “...*l'administrateur ou le mandataire judiciaire en qualité de commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan. Le tribunal peut, en cas de nécessité, nommer plusieurs commissaires*” e in autonomia “...*est également habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers*”, con una spiccata valenza di controllo.

¹³⁴ Le parole tra virgolette sono proprie di A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell'impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 40; v. ancora, ID. Op. cit., 47-48, la quale fa un parallelismo con l'art. L 651-3 Code de Commerce che prevede una disposizione ad hoc attributiva della competenza all'esercizio dell'azione sociale al *liquidateur judiciaire*.

¹³⁵ Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in L'unità del diritto. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre, 2018, 93-97, il quale sottolinea come la disciplina francese sia finalizzata alla riorganizzazione e al salvataggio dell'impresa in crisi e in quest'ottica in riferimento al nostro tema di indagine individua i casi di legittimazione autonoma all'esercizio delle azioni di massa.

¹³⁶ Cfr. D. VOINOT, *La nouvelle procédure de sauvegarde*, in www.lextenso.fr, in Gazette du Palais, 8 septembre 2005, il quale sottolinea che gli atti necessari all'attuazione del piano sono compiuti dal debitore e solo in caso di inerzia acquistano la legittimazione ad eseguire il piano gli altri soggetti previsti dalla legge.

Invece nella procedura di *redressement judiciaire*, che il debitore può richiedere entro 45 giorni dalla cessazione dei pagamenti ai sensi dell'art. L. 631-4 sia l'*administrateur* sia il *mandataire judiciaire* sono legittimati all'esercizio della pretesa sociale¹³⁷. L' *administrateur judiciaire* a differenza del *mandataire judiciaire* è legittimato all'esercizio se ciò è previsto nei poteri fissati dal Tribunale, fatta salva la generale competenza di assistere il debitore nel compimento di atti *ex art.* L. 631-12, commi 1-2, indipendentemente dal suo inserimento all'interno del *plan de redressement* redatto dallo stesso *administrateur*, con l'assistenza del debitore, *pendant la période d'observation*, ai sensi dell'art. L. 631-19. Una tale legittimazione non è vincolata alla presenza di una deliberazione assembleare. Ciò è testimoniato dal fatto che addirittura "*Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise*" ai sensi dell'art L. 631-19-1, comma 1, attribuendo alla Corte un potere di rimozione dei componenti dell'organo gestorio del debitore. Inoltre rafforza tale tesi anche il fatto che, qualora sia disposta la cessione dell'impresa dal *plan de redressement* al fine di attuare *le redressement de l'entreprise*, come si evince dall'art. L. 631-21-1, l'*administrateur* può attuare la predetta cessione dell'impresa e tutti gli atti contenuti nel piano.

I citati ordinamenti offrono spunti per la soluzione interpretativa del problema, in quanto la comparazione deve essere funzionale ad aiutare gli operatori del diritto e il futuro legislatore nazionale a colmare le lacune nel tessuto normativo societario e concorsuale.

8. Il problema *de iure condendo*

Nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma che prevede la possibilità di vendere, in una crisi di impresa, la posta relativa all'azione sociale di responsabilità e ciò si riproduce nell'incertezza degli operatori in merito alla canalizzazione o meno del valore positivo, ottenuto dal suo esercizio, verso il patrimonio sociale. Infatti non vi è un mercato dell'azione sociale di responsabilità nelle società di capitali né *in bonis* né in crisi sul presupposto che chi acquista la partecipazione riceve già un indennizzo

¹³⁷ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di diritto dell'impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 48-49.

implicito nel minor valore della partecipazione, a seguito del danno patrimoniale cagionato dall'amministratore.

Questa mancanza di un mercato delle azioni di responsabilità impone di interrogarsi su chi deve monetizzare tale pretesa sociale in una crisi di impresa, anche *de iure condendo*, auspicando cioè che il legislatore intervenga a colmare tale lacuna.

Un tentativo in tal senso è stato fatto dal disegno di legge, redatto dalla Commissione Rordorf¹³⁸, che è da esaminare distintamente rispetto a quanto poi è stato formulato nel Codice della crisi e dell'insolvenza; perciò, sono da analizzare tutti gli aspetti che coinvolgono il tema di indagine.

Le soluzioni adottate dalla Commissione Rordorf possono suddividersi in due gruppi: un primo gruppo racchiude soluzioni volte ad assicurare la continuità aziendale per un miglior soddisfacimento dei creditori¹³⁹, un secondo gruppo racchiude soluzioni che rafforzano i poteri-doveri di controllo degli organi giudiziari, prevedendo una soluzione precisa sul tema della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Sotto il profilo della agevolazione della continuità di impresa, con la Riforma Rordorf, il legislatore conferma il rilievo per lo stato di pre-crisi e l'esigenza di offrire tutela anche in questa «zona grigia», esigenza che risulta finalizzata all'obiettivo di garantire la continuità aziendale, come si evince, dall'art. 4 comma 1 lett. c) del

¹³⁸ Lo Schema di disegno di legge delega, recante “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*” è elaborato dalla Commissione ministeriale, istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni), presieduta dal Dott. Renato Rordorf, presidente della I sezione civile della Corte di Cassazione e supportata da un Comitato scientifico. Il menzionato Schema, recante “*Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza*”, è stato adottato, con alcune varianti, dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016 e presentato allo Stampa il giorno 11 febbraio 2016 per poi approdare alla redazione del Codice della crisi e dell’insolvenza. Cfr. M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi di impresa*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 3/2016, 261-269, il quale diminuisce la portata innovativa un tale intervento, pur non sminuendo il lavoro della Commissione, qualificandolo un “*restyling delle procedure in atto*”.

¹³⁹ Sul tema, per una riflessione “*circolare*” che analizza l’ipotesi dell’esercizio dell’impresa all’interno della procedura fallimentare e in quella di concordato preventivo in continuità, sottolineando come pur se tutti i rischi della gestione si riflettono sui creditori, la prosecuzione – per non dire la non interruzione – dell’impresa tende ad un miglior soddisfacimento delle pretese creditorie sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, v. F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell’esercizio provvisorio: continuità dell’impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, banche e crisi d’impresa*, Liber Amicorum P. Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), III, 2865-2876.

decreto istitutivo della Commissione Rordorf (cosa che aveva già provato a fare la Commissione Trevisanato nel 2004).

Infatti, in materia di procedure di allerta e composizione assistita della crisi¹⁴⁰, è previsto un potere-dovere di attivazione delle procedure da parte dell'organo di controllo che ravvisi indizi di crisi e/o la perdita di continuità aziendale, e tali meccanismi di allerta sono coerenti con il *favor legis* verso la conservazione dei valori produttivi dell'impresa nel quadro della continuità aziendale (si pensi alla percentuale diversificata in base al tipo di concordato, al nuovo art. 186-bis l. fall. ma anche avendo riguardo alla intera disciplina fallimentare alle norme che promuovono tale obiettivo quali gli artt. 104-104-bis l. fall.) di un'impresa resa sempre più contendibile¹⁴¹.

Già nella fase di pre-crisi, è attribuito agli amministratori un potere-dovere di attivazione delle procedure¹⁴² qualora ravvisino indizi di crisi e/o la perdita di continuità aziendale¹⁴³, e tali meccanismi di allerta sono già previsti nelle norme del nostro codice civile¹⁴⁴.

La regolazione di uno stato di pre-crisi è strettamente connessa con l'esigenza di assicurare la continuità aziendale, esigenza espressa già nello Schema di disegno di legge delega, avente ad oggetto la riforma organica della disciplina della crisi di

¹⁴⁰ In senso critico nel nostro ordinamento manca una disciplina di allerta e mediazione per la soluzione della crisi, prevista dalla Raccomandazione europea del 12 marzo 2014.

¹⁴¹ Ad eccezione delle ipotesi di concordati preventivi di società in stato di liquidazione, il cui programma societario ormai prevede la cessazione dell'attività di impresa, cfr. A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1973, 39-41.

¹⁴² Gli artt. 14-18 del Codice della crisi e dell'insolvenza parlano di organo di controllo che si riferisce, oltre che al collegio sindacale e al revisore legale dei conti, anche all'organo amministrativo ed anzi questa "doppia" legittimazione di attivare la procedura di allerta (ricavata dal combinato disposto dell'art. 4 e dell'art. 13, comma 1, lett. b) del disegno di legge Rordorf, poi prevista nella bozza di Codice della crisi e dell'insolvenza, pare idonea ad assicurare la corretta e tempestiva rilevazione di segnali di indizio di una crisi. Infatti il collegio sindacale, *ex art.* 2403 c.c., si attiva laddove ravvisi delle irregolarità gestorie che manifestano sospetti di crisi o laddove ciò emerga dai dati contabili, mentre l'organo amministrativo si attiva laddove, operando con la diligenza richiesta dall'art. 2392 c.c., acquisisca consapevolezza di una futura crisi di impresa. Necessario sarà dotare le imprese societarie di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati e che lo siano in ogni fase della vita di un'impresa e che siano in grado di favorire, mediante flussi informativi intraorganici, la corretta rilevazione di una crisi anche in stadio embrionale.

¹⁴³ In tal senso, v. art. 4 lett. b) e c) dello Schema del disegno di legge della Commissione Rordorf, poi inseriti nella bozza del Codice delle crisi e dell'insolvenza, artt. 14-18, in cui, nella prima fattispecie, viene delineato un sistema di flussi informativi tra debitore e creditori. Infatti gli organi di controllo sociali devono avvisare dell'esistenza di fondati indizi della crisi l'organo amministrativo o, in caso di inefficienza di quest'ultimo, l'organismo di composizione della crisi, mentre, nella seconda fattispecie, si impone ai creditori qualificati, a pena di perdere il privilegio connesso al loro credito, di informare l'organismo di composizione della crisi laddove vi siano frequenti inadempimenti di importo rilevante.

¹⁴⁴ Il Codice della crisi e dell'insolvenza *ex art.* 17 prevede che le imprese ai sensi di un novellato art. 2086 c.c. siano dotate di assetti organizzativi idonei a rilevare lo stato di pre-crisi.

impresa, della Commissione Rordorf, in specie nei principi generali di cui all'art. 2 comma 1, lett. g), che disciplinano il «superamento della crisi attraverso la continuità aziendale»¹⁴⁵.

In quest'ottica – lo si accenna solamente – addirittura l'originario Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, art. 6, comma 1, lett. a), aveva ritenuto inammissibile il concordato preventivo essenzialmente liquidatorio, previsione che non è poi stata confermata dal legislatore delegato¹⁴⁶.

Per quel che concerne il secondo profilo, inoltre, tutti i soggetti chiamati ad operare una valutazione in merito alla fattibilità economica del piano concordatario devono essere indipendenti dal debitore in crisi, specialmente quando valutano la fattibilità economica dell'ipotesi di esercizio dell'azione sociale di responsabilità, o meglio dell'ipotesi prospettica dell'entità del risarcimento che sarà realizzato da tale esercizio. Il professionista potrebbe essere in conflitto di interessi insieme alla maggioranza dei soci rispetto agli interessi dei creditori, profilo ancora più accentuato all'interno della disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo.

Per non onerare di eccessivi compiti del commissario e al contempo garantire l'indipendenza¹⁴⁷ del professionista attestatore, il legislatore potrebbe adottare lo Schema del disegno di legge della Commissione Rordorf presentato alla Stampa l'11.02.2016, modificando l'art. 2, comma 1, lett. n), prevedendo l'istituzione di un albo presso il Ministero della giustizia, con indicazione dei requisiti di

¹⁴⁵ Sul problema dell'assegnazione del *surplus* da continuità aziendale, cfr. M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. Crisi d'Impresa e Fallimento, 9 dicembre 2016, 15-16, il quale segnala che una risposta a tale domanda dovrà essere data dal legislatore italiano, laddove la Proposta di direttiva europea del 22 novembre 2016 venga convertita in direttiva europea, analizzando, in particolare, il considerando n. 28 della stessa.

¹⁴⁶ Cfr. M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. Crisi d'Impresa e Fallimento, 9 dicembre 2016, 1-2, il quale ritiene che la Commissione Rordorf abbia “negato dignità” a soluzioni liquidatorie, cogliendo i suggerimenti della Commissione Europea poi tradotti nella proposta di direttiva 2012/30/EU COM (2016) del 22 novembre 2016.

¹⁴⁷ G. BERSANI, *La valutazione di fattibilità giuridica del concordato preventivo nell'interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla verifica del contenuto dell'attestazione del professionista ex art. 161 l. fall.*, in www.ilcaso.it, 20 ottobre 2014, 15-19, segnala che il requisito dell'indipendenza deve riferirsi a rapporti personali e contrattuali con il proponente, ritenendo che l'attestatore sia indipendente laddove non si trovi nelle situazioni di incompatibilità previste per le società di revisione rispetto all'impresa e ai principali creditori; ID., *Op. cit.*, 19-28, afferma che il professionista, solo con una visione complessiva dell'azienda, potrà effettuare il giudizio sulla fattibilità economica che, ove positivo, attesti che la situazione futura cristallizzata nella proposta di concordato sia il logico sviluppo delle premesse del piano e della sua esecuzione.

professionalità, indipendenza ed esperienza che devono possedere i soggetti che sono nominati, non solo dal tribunale, ma anche dal debitore – con inclusione quindi dell’attestatore – e che sono destinati a svolgere una funzione di controllo nella procedura di concordato preventivo. Ciò darebbe maggiore garanzia a quanto attestato nella proposta del debitore e, pertanto, il commissario giudiziale, nella sua relazione, potrebbe limitarsi ad attestare quanto dichiarato dal professionista, senza svolgere un controllo impegnativo¹⁴⁸.

Infine la procedura si chiude con il decreto di omologa che, potrebbe lasciare spazio ad un controllo che va oltre quello di mera legalità, da parte del Tribunale, nel solo caso in cui siano state avanzate proposte concorrenti di concordato preventivo¹⁴⁹, e ciò risulta trovare conferma nello Schema del disegno di legge della Commissione Rordorf presentato alla Stampa l’11.02.2016, che modificando l’originario Schema, prevede, in capo al Tribunale, all’art. 6, comma 1, lett. f), «poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica», sulla base dei dati aziendali veritieri descritti alla lettera precedente; ci si chiede se nel caso di una valutazione economica errata in merito al valore del risarcimento realizzabile con il promovimento dell’azione sociale di responsabilità, il Tribunale potrebbe essere legittimato a rifiutare l’omologazione del concordato preventivo.

Nelle recenti novelle menzionate emerge, inoltre, l’esigenza che, in merito all’azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo, siano esplicitati: “*presupposti legittimazione ed effetti*” (esigenza espressa già nel Progetto della Commissione Rordorf, ai sensi dell’art. 6 comma 2 lett. b).

Il Ministro della giustizia e quello dello sviluppo economico hanno presentato al Parlamento l’11 novembre 2016 il disegno di legge n. 3671 bis-A che delega il governo a riformare la disciplina della crisi e dell’insolvenza, poi approvato in

¹⁴⁸ L. CALVOSA, *La recente riforma del diritto fallimentare introdotta da D.L. n. 83/2015*, in un Seminario organizzato da F. BARACHINI, presso l’Università di Pisa, 12 dicembre 2015, la quale sottolinea che le stesse operazioni poste in essere dall’attestatore sono poi svolte (con maggiori garanzie di indipendenza e spesso anche di imparzialità) anche dal commissario giudiziale, creando quindi un’inutile duplicazione di attività, con un evidente spreco di risorse attive che si traduce, da un lato, in un disincentivo, sia per i creditori che per l’imprenditore in crisi, a risolvere la crisi con la procedura di concordato preventivo, dall’altro, in un corrispondente incentivo alla procedura fallimentare, sotto questo profilo più vantaggiosa.

¹⁴⁹ Il controllo sarebbe ampliato ancor di più se fosse accolta la Proposta di direttiva europea del 22 novembre 2016 che prevede l’obbligatorietà della classazione dei creditori ed un controllo di merito azionabile ogni volta in cui una classe non abbia approvato il concordato e non su iniziativa del creditore della classe dissenziente o del singolo in mancanza di classazione, attribuendo al tribunale una sorta di «*cram-down potenziato*».

Assemblea della Camera e del Senato e diventato la legge delega con il n. 155 del 19 ottobre 2017, iscritta in Gazzetta ufficiale serie generale n. 254 del 30 ottobre 2017, entrata in vigore il 14 novembre 2017.

Il Governo è stato delegato dal Parlamento alla «riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza». Nella bozza di decreto delegato presentata dalla c.d. 'Commissione Rordorf' al Ministro della Giustizia il 22 dicembre 2017, recante il «Codice della crisi e dell'insolvenza», si prevede espressamente un'unica procedura a carattere liquidatorio e una soluzione negoziale che consente la continuità di impresa.

La legge delega n. 155/2017, all'art. 14 la cui rubrica è intitolata "Modifiche al codice civile", al comma 1, lett. a), prevede l'applicabilità dell'art. 2394 c.c. alla s.r.l. e la scomparsa dell'art. 2394-bis dal codice civile.

Il *favor* verso la continuità aziendale risulta dallo stesso art. 2, comma 1, lett. g, dove si esprime il dovere di dare prevalenza a proposte che assicurino la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, se egli è in grado di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori rispetto alla liquidazione giudiziale.

Inoltre anche ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. i, è prevista un'integrazione della disciplina del concordato in continuità, prevedendo, ai nn. 2-3, che tale disciplina si applica al concordato misto (con liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa) se è rispettato il criterio di prevalenza, richiedendo che i creditori siano soddisfatti in misura prevalente dall'attivo realizzato dalla continuità di impresa, peraltro anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto.

In questo *favor* verso la continuità aziendale si inserisce il tema della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità: infatti, se la procedura riguarda una società di capitali, l'art. 6, comma 2, lett. a) stabilisce che il proponente deve esplicitare presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale e dell'azione dei creditori, in conformità ai principi del codice civile, non facendo riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.

All'art. 6, lett. b, si prevede, altresì, il ricorso all'attuazione coattiva della proposta ineseguita, non richiedendo più che sia necessariamente avanzata una proposta concorrente di concordato preventivo, e si fa riferimento alla tutela informativa dei soci che deve essere garantita anche in sede concorsuale, anche se è l'amministratore

giudiziario, in esecuzione del piano di concordato preventivo, ad esercitare il voto in assemblea.

Queste disposizioni sembrano rafforzare la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria (sia *ex art. 2393* che *ex art. 2394 c.c.*) qualora sia inserita all'interno del piano di concordato preventivo e quindi con il consenso del proponente, ma a prescindere dalla presenza di una deliberazione assembleare che è invece richiesta dall'*art. 2393 c.c.*

Tali previsioni sono poi confermate da una norma *ad hoc* che prende espressa posizione sul punto. Infatti, nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza, la legittimazione all'esercizio della pretesa sociale è disciplinata all'*art. 120*, il quale prevede la legittimazione autonoma all'esercizio dell'azione di responsabilità ad opera del liquidatore, mentre per il concordato in continuità si osserva la disciplina del diritto societario comune.

L'*art. 120*, quindi, stabilisce che non si ammette una cessione parziale poiché anche l'esclusione delle azioni risarcitorie da parte del debitore sono inopponibili al liquidatore che le esercita in autonomia e che la diversa azione *ex 2394 c.c.* è esercitabile solo singolarmente dai creditori, lasciando intendere che la norma non si concorsualizza e che l'azione risarcitoria non è da qualificare come azione di massa. La norma deve essere letta in coordinato con l'*art. 92* il quale indica quale pre-requisito all'esercizio dell'azione risarcitoria che la stessa sia prevista dal piano di concordato preventivo.

Quindi non si chiarisce il tema dell'esercizio dell'azione sociale in relazione al concordato in continuità né a quello con assuntore, mentre si nega espressamente una concorsualizzazione dell'*art. 2394 c.c.*¹⁵⁰.

Infine un ultimo interessante profilo è quello espresso dalla Proposta di direttiva della Commissione Europea del 22 novembre 2016¹⁵¹. Il considerando n. 16 della proposta

¹⁵⁰ In accordo con parte delle criticità rilevate nel testo, cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 162-164.

¹⁵¹ Si precisa come nell'esercizio della delega il governo ha recepito, come indicato dall'*art. 1* della presente legge, le indicazioni provenienti dal Reg. UE n. 848/2015 e, per quello che qui interessa, dalla Raccomandazione europea n. 135 del 12 marzo 2014. Il legislatore europeo ha tentato di migliorare l'efficienza nella gestione delle imprese decotte, in specie quelle organizzate in forma di società di capitali, in modo tale da ridurre quella crisi economica che ha investito tutti i paesi europei e da evitare che le situazioni di crisi in cui versano le loro imprese degeneri in insolvenza, come previsto dai Considerando n. 1 e 16 della Raccomandazione della Commissione europea n. 135 del 12 marzo 2014. In tal senso, v. P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 8-13.

di direttiva in tema di ristrutturazione preventiva, visto il suo carattere ibrido (prevede alcuni elementi propri del concordato preventivo e altri degli accordi di ristrutturazione) deve orientare l'opera dell'interprete ovvero occorre che le norme concorsuali siano lette in un'ottica di recupero dell'impresa in crisi¹⁵².

¹⁵² Cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, in nt. 23, 110, il quale sottolinea che in prospettiva europea vi sia un *favor* per la ristrutturazione dell'impresa in fase precoce. Cfr. A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. 2, n. 2, parte II, 2017, 205-214, il quale ritiene che: la ristrutturazione preventiva è una figura ibrida tra il nostro concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, all'art. 2, n. 2, ritiene che l'obbiettivo della ristrutturazione precoce sia la continuità dell'impresa, come anche le agevolazioni ai finanziamenti interinali sino all'omologazione con previsione di predeuzione (se prevista dal legislatore nazionale) e, ancora, che in caso di opposizione all'omologa (per ristrutturazione trasversale dei debiti o contestazione in ordine al rispetto dell'*absoluty priority rule*), il Tribunale deve valutare il valore dell'impresa in continuità aziendale e non i singoli cespiti da liquidare; cfr. M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. Crisi d'Impresa e Fallimento, 9 dicembre 2016, 15-16, il quale analizzando, in particolare, il considerando n. 28 della stessa direttiva, si chiede come concretamente bisogna procedere nella riallocazione delle risorse generate dal c.d. *going concern* di una s.p.a. in concordato preventivo; cfr. L. STANGHELLINI, *Una considerazione in materia di concordato "con continuità aziendale"*, Relatore al convegno dal titolo: L'impresa in crisi fra iniziativa del debitore e poteri dei creditori, Firenze 4 e 23 febbraio 2016, che evidenzia come le disposizioni europee siano «un vincolo all'interpretazione del diritto nazionale».

Capitolo II

Due modelli alternativi di legittimazione a confronto

9. Il modello di legittimazione autonoma

Le incertezze in merito al potere di disporre dell'azione sociale di responsabilità impongono di chiarire quale sia il modello di legittimazione da adottare all'interno di una crisi di impresa, distinguendo i due profili: il primo ha ad oggetto la necessità o meno di inserire, nel piano di concordato preventivo, il credito sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori, oltre alla necessità o meno di una delibera assembleare nelle s.p.a. o di una decisione dei soci nelle s.r.l.¹⁵³, mentre il secondo ha ad oggetto il potere di esercitare in giudizio detta azione risarcitoria. Si anticipa sin da ora che i due profili, nonostante che, spesso, si intreccino tra loro, devono essere tenuti distinti in quanto attengono a due “piani differenti”.

Manca un dato legislativo chiaro e puntuale in merito al problema su chi sia titolare del potere di disporre del credito latente sotteso all'esercizio dell'azione sociale ed i limiti – ammesso che ve ne siano – entro cui il legittimato attivo esercita tale potere.

La procedura fallimentare presenta tratti di somiglianza con il concordato preventivo liquidatorio vista la comune finalità ed entrambe non conducono necessariamente alla estinzione della società per azioni¹⁵⁴, né precludono la continuazione dell'attività di impresa¹⁵⁵, ma anzi agevolano la riorganizzazione dell'impresa stessa¹⁵⁶.

Il legame tra le due procedure è comprovato dal fatto che, spesso, il fallimento si pone come prosecuzione dell'esito negativo della procedura di concordato preventivo e legittima così l'interruzione di processi pendenti aventi ad oggetto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art. 43, comma 3, l. fall., attribuendo la rappresentanza processuale al curatore, mentre, qualora non sia ancora

¹⁵³ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 113-114, la quale sostiene che la legittimazione all'esercizio spetti sempre alla società visto che il singolo socio agisce quale sostituto processuale.

¹⁵⁴ A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 403-406; 430-432.

¹⁵⁵ Cfr., in merito all'esercizio provvisorio, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 365-367.

¹⁵⁶ Cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 294-309.

esercitata la pretesa sociale, quest'ultimo può iniziare il giudizio contro gli amministratori *ex art. 146 l. fall*¹⁵⁷.

Pertanto, in una prospettiva di ricostruzione del potere di esercizio dell'azione sociale di responsabilità all'interno del concordato preventivo, è opportuna un'analisi preliminare delle norme relative alla procedura fallimentare delle società di capitali.

Quindi verificheremo se vi è o meno la possibilità di attribuire una legittimazione autonoma all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori in capo ad un organo concorsuale nel concordato preventivo liquidatorio, provando ad applicare in via analogica le norme che attraggono nella legittimazione del curatore tutte le azioni risarcitorie esperibili contro gli amministratori e sindaci di s.p.a. e anche contro i soci di s.r.l. che hanno concorso nella gestione dell'impresa.

L'unica norma della disciplina fallimentare che contiene una chiara disciplina in merito all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori è l'art. 146 l. fall., norma che attribuisce al curatore fallimentare la competenza all'esercizio dell'azione risarcitoria, individuando il soggetto che ha la legittimazione attiva all'esercizio delle azioni risarcitorie nel fallimento di una società di capitali.

Infatti, ai sensi dell'art. 146 l. fall., il curatore, "*previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori*" esercita, in via esclusiva¹⁵⁸, le azioni risarcitorie di responsabilità, non rinviando alle norme di diritto societario comune né all'art. 2393 c.c., né all'art. 2394 c.c., realizzando una parziale espropriazione a

¹⁵⁷ L'azione del curatore comprende anche il risarcimento per ricorso abusivo del credito posto in essere dall'amministratore e dal funzionario della banca quando la società era in concordato preventivo. Secondo la Cass. civ., sez. I, 1.6.2010, n. 13413, in riferimento alla fattispecie di ricorso abusivo del credito, il curatore può agire contro la banca perché la società fallita è stata parte del contratto di finanziamento e, quindi, l'azione va qualificata, non ai sensi dell'art. 2395 c.c., ma ai sensi dell'art. 146 l. fall. Infatti la banca ha concorso con l'amministratore nel cagionare il danno al patrimonio sociale in caso di condanna per bancarotta fraudolenta (la conferma di un tale potere di agire in capo al curatore è data dall'art. 240 l. fall.), configurandosi una fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c.

¹⁵⁸ AA.VV., *Codice della crisi di impresa*, F. Di Marzio (diretto da), Giuffrè, Milano, 2017, 923, sottolineano che dopo la dichiarazione di fallimento dette azioni non possono essere esperite da altri soggetti neppure *ex art. 105 c.p.c.* e né per inerzia del curatore, rinviando a Cass. n. 12855/2005. Secondo parte della giurisprudenza si perderebbe la distinzione tra le due azioni, configurandosi una generica azione di responsabilità in capo all'organo concorsuale competente.

danno dei soci¹⁵⁹, anche nell'ipotesi in cui la procedura fallimentare termini con un concordato fallimentare¹⁶⁰.

Quindi la legittimazione a promuovere l'azione sociale di responsabilità è attribuita, ai sensi dell'art. 146 l. fall.¹⁶¹, al curatore fallimentare di una s.p.a. e di una s.r.l. dichiarata fallita¹⁶², verso tutti i legittimati passivi¹⁶³.

Egli, infatti, oltre ad avere poteri di valutazione e di controllo in ordine alla proposta di concordato fallimentare¹⁶⁴, è dotato di un generale potere di gestione dell'impresa, in specie di gestione del patrimonio sociale della s.p.a. e, quindi, in tale potere risultano ricomprese tutte le azioni risarcitorie idonee a reintegrare il patrimonio sociale¹⁶⁵.

Il curatore ha un potere di esercizio dei diritti di credito afferenti al patrimonio, ma ha anche una legittimazione processuale all'esercizio delle relative azioni giudiziarie, poiché la legge prevede espressamente che egli ha la rappresentanza processuale del debitore per l'esercizio dei diritti patrimoniali ricompresi nella massa fallimentare,

¹⁵⁹ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino, parte I, 241-242, la quale sostiene che con l'art. 260 del Codice della crisi e dell'insolvenza, vengono sciolti i dubbi circa la legittimazione del curatore a esercitare le azioni risarcitorie contro gli amministratori *ex art.* 146 l. fall.

¹⁶⁰ Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanito (a cura di), n. 52, Giuffrè, Milano, 2011, 9-11, il quale ritiene che sia il concordato preventivo che quello fallimentare rappresentano una "modalità negoziale per la soluzione della crisi di impresa" (10), dove l'elemento in comune è quello della centralità dell'autonomia privata che trova espressione nella decisione dei creditori.

¹⁶¹ L'articolo in esame prevede che per l'esercizio dell'azione sociale è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, ponendosi come limite esterno al potere gestorio del curatore e, laddove questa sia carente, determina un difetto di capacità processuale, cfr. V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002, 176-183.

¹⁶² Cfr. L. BALESTRA, *Azione di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 6, 2017, 665-667, la quale sostiene che, poiché la versione originaria dell'art. 146 l. fall. attribuiva qualsivoglia azione di responsabilità al curatore, non deve essere esclusa l'applicazione dell'art. 2394 c.c. in una s.r.l. fallita; in senso contrario, cfr. A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 195-197.

¹⁶³ Cfr. Cass., sez. I, 3 novembre 2016 n. 22284; Cass., Sez. I, 12 aprile 2017, n. 9146, da cui si evince che il curatore può esercitare l'azione di responsabilità verso i sindaci dimissionari se la sostituzione non si è perfezionata con l'accettazione, anche per fatti successivi alle dimissioni.

¹⁶⁴ Infatti il curatore ha il compito di valutare la realtà economica dell'impresa insolvente sin dalla legge fallimentare n. 267 del 1942. Egli deve: valutare economicamente la proposta di concordato fallimentare, redigere un parere che consegna al giudice delegato *ex art.* 125, comma 1 l. fall. e controllare l'esecuzione in seguito all'omologa.

¹⁶⁵ Cfr. V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002, 52-54; 56-58, i quali affermano che nel potere gestorio del curatore fallimentare è compreso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

ai sensi dell'art. 43, comma 1, l. fall.¹⁶⁶ e tra gli elementi che compongono la massa fallimentare è presente anche il credito latente sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori.

Pertanto, se una società è fallita, le azioni di responsabilità a tutela del patrimonio sociale diventano azioni di massa, esercitabili in via alternativa all'azione revocatoria a seconda del possibile esito concreto del giudizio¹⁶⁷.

Ai fini della nostra indagine le norme generali degli artt. 42 e 43 della legge fallimentare, attributivi di competenze al curatore, non saranno prese in considerazione poiché la loro portata applicativa al massimo può estendersi al fallimento di consorzi non societari¹⁶⁸ e in caso di fallimento di associazioni riconosciute e fondazioni¹⁶⁹, ma mai a ipotesi di concordato preventivo, visto che si basano su una situazione di spossessamento totale del debitore.

Dopo aver chiarito che il curatore ha una legittimazione esclusiva all'esercizio delle azioni risarcitorie occorre capire se tali azioni sono le stesse di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. e se il loro esercizio nel fallimento prescinde dalla delibera assembleare.

Iniziando dal primo profilo, vi sono tre tesi in merito alla natura dell'azione risarcitoria del curatore fallimentare:

- a) le azioni risarcitorie contenute nell'art. 146, comma 2, l. fall. sono le stesse che spettano alla società di capitali *in bonis* ai sensi degli artt. 2393, 2393-bis e 2394 c.c.

¹⁶⁶ V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002, 209-218, negano che il fallito possa riacquistare la legittimazione processuale anche in caso di inerzia della curatela.

¹⁶⁷ L. BALESTRA, *Azione di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 6, 2017, in nt. 5, 663; 667-671, la quale, trattando della relazione tra le due azioni giudiziarie, include nei danni alla massa dei creditori quelli derivanti da un pagamento preferenziale, ai sensi dell'art. 216, comma 3, l. fall., ritenendo che l'azione di responsabilità sia da esercitare in quanto il fatto che un creditore sia stato soddisfatto anticipatamente rispetto agli altri costituisce una lesione della *par condicio creditorum*.

¹⁶⁸ Cfr. G. D'ATTORRE, *La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie*, in *Banca e Borsa*, 2015, n. 2, parte 1, 162-168, il quale rileva che, nei consorzi, ai sensi dell'art. 2608 c.c., la responsabilità degli amministratori verso il consorzio è esercitata dal curatore in presenza di un pregiudizio patrimoniale, quale sostituto processuale, superando il dettato di cui all'art. 81 c.p.c., e applicando l'art. 43 l. fall., in sostituzione al regime autorizzatorio di cui all'art. 2393 c.c.. L'A. sostiene poi che l'azione dei creditori spetti al curatore in quanto azione di massa a favore di tutti i creditori.

¹⁶⁹ Cfr. G. D'ATTORRE, *La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie*, in *Banca e Borsa*, 2015, n. 2, parte 1, 168-171, il quale sostiene che, per le associazioni, la mancanza dell'art. 146 l. fall. non impedisce la legittimazione autonoma del curatore poiché tale rimedio è posto a tutela dei creditori, mentre per le fondazioni è necessaria l'autorizzazione governativa perché il curatore possa disporre dell'azione sociale di responsabilità, poiché vi sono altri interessi che si inseriscono nella procedura fallimentare insieme a quelli dei creditori.

- ¹⁷⁰, e il curatore deve scegliere quale esercitare nei singoli casi concreti a pena di improcedibilità della domanda, poiché le stesse restano indipendenti¹⁷¹, escludendo che l'azione dei creditori sia esperita in via surrogatoria, ai sensi dell'art. 2900 c.c.¹⁷²;
- b) le azioni risarcitorie, *ex art.* 146 l. fall., sono le stesse spettanti alla società di capitali *in bonis*, ma il curatore deve necessariamente esercitarle entrambe (scrivendo in generale, nell'atto con cui instaura il giudizio, "azione risarcitoria"), sebbene il risarcimento resti unico¹⁷³, senza specificare, quindi, quale delle due esercita, cosa che, però, andrà verificata sulla base dell'interpretazione della domanda giudiziale per individuare il diverso regime giuridico da applicare (prescrizione, danni effettivamente risarcibili)¹⁷⁴;
- c) le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. costituiscono, fondendosi, un nuovo tipo di azione risarcitoria, a seguito della dichiarazione di fallimento, strutturalmente differente.

Intendiamo accogliere la tesi di cui alla lett. b) in quanto conforme al dato positivo secondo cui l'art. 146 l. fall. deve essere coordinato con l'art. 2394-bis c.c., il quale rinvia a entrambe le azioni risarcitorie che conservano una loro autonomia. Le due tipologie di azioni risarcitorie devono restare distinte come lo dimostra il fatto che la

¹⁷⁰ Cfr., per alcune problematiche in merito all'art. 2394 c.c., A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 395-396, il quale sostiene che non sarebbe esperibile l'azione dei creditori ai sensi dell'art. 2394 c.c., a causa dell'effetto esdebitativo nel concordato preventivo a percentuale e neppure in quello con cessione per l'intervenuta cessione al terzo.

¹⁷¹ Cfr. G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 bis c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1451-1454, la quale ritiene che, una volta scelto il rimedio da utilizzare, si applicano gli aspetti sia favorevoli che sfavorevoli dell'azione specificamente individuata; sulla natura autonoma dell'azione dei creditori; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Trattato delle Società per azioni, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 436-437; infine, cfr. M. CASSOTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi di impresa*, Nota a sent. Corte di Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in *Il Fallimento*, n. 3, 2004, 299, il quale ritiene possibile l'esercizio dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. anche da parte del curatore di una s.r.l. fallita.

¹⁷² Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 17-18, il quale non aderisce alla tesi sulla possibile legittimazione surrogatoria all'esercizio del diritto di credito altrui (della s.p.a.) da parte dei creditori sociali.

¹⁷³ Cfr. P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, I, 1988, 550, il quale segnala che la giurisprudenza utilizza le previsioni degli artt. 2393 e 2394 c.c., creando una azione che ne sommi i caratteri, nel senso più favorevole alla massa dei creditori; alcuni autori sostengono che devono considerarsi entrambe proposte nel senso più favorevole ai creditori, ai sensi dell'art. 146 l. fall. e cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino su: *La crisi di impresa nell'era del credito deteriorato*, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 244-245 la quale sostiene che il curatore conserva la facoltà di esercitare le azioni risarcitorie separatamente, non dovendo necessariamente esercitarle entrambe; cfr., infine, L. BALESTRA, *Azione di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 6, 2017, 665-666, la quale ritiene che il curatore possa non indicare se esercita l'azione di responsabilità in base all'art. 2393 o 2394 c.c.

¹⁷⁴ Infatti tale costruzione sembra giustificarsi in virtù della ormai superata concezione afflittiva del fallimento e del fallito che si basava sul presupposto che il fallito fosse un soggetto da sanzionare in quanto non aveva esercitato correttamente l'impresa, utilizzando lo strumento societario in modo inefficiente. La natura sanzionatoria del fallimento è venuta meno e con essa è possibile superare la concezione dell'azione di cui al 146 l. fall. quale azione diversa rispetto alle azioni dei soci e dei creditori di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.

prescrizione dell'una non preclude l'esercizio dell'altra¹⁷⁵. Ciò comporta che, pur se entrambe le azioni risarcitorie hanno l'obiettivo di reintegrare il patrimonio sociale, il curatore può continuare l'azione già proposta solamente nei limiti del *petitum* e della *causa petendi*¹⁷⁶.

Quindi l'autonomia delle azioni di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c. e 2394 c.c. si giustifica per il fatto che l'art. 2394-bis c.c. indica le due azioni in modo distinto e per il fatto che le stesse presentino indubbie connessioni, poiché entrambe sono rimedi applicabili per reagire ad una diminuzione patrimoniale prodotta da atti di *mala gestio*¹⁷⁷, anche se rimane il diverso termine di prescrizione l'art. 2393 c.c. dalla cessazione della carica¹⁷⁸. Però l'art. 2394 c.c. ha come presupposto l'insufficienza patrimoniale che non necessariamente coincide con la perdita del capitale sociale e il danno risarcibile comprende solo il danno emergente, ma non anche il lucro cessante¹⁷⁹, essendo risarcibile il solo decremento patrimoniale¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Cfr. L. CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, in Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa. II, Utet, Torino, 2014, 954-956. Cfr. P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in Giur. comm., I, 1988, 552, il quale evidenzia un altro aspetto ovvero che la giurisprudenza sommava i caratteri delle due azioni per imputare il deficit patrimoniale in cui si traduceva l'insolvenza agli amministratori, "...rovesciando l'onere della prova e imponendo agli amministratori la dimostrazione (pressoché diabolica) dell'inesistenza del rapporto di causalità".

¹⁷⁶ Cfr. AA.VV., *Codice della crisi di impresa*, F. Di Marzio (diretto da), Giuffrè, Milano, 2017, 926-927.

¹⁷⁷ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 52-54; 122, il quale ritiene che si devono coordinare le due azioni risarcitorie per evitare il pericolo del doppio risarcimento; e, inoltre, M. FABIANI, *L'azione di responsabilità tra operazioni successive allo scioglimento nel passaggio fra vecchio e nuovo diritto societario*, Nota a sent. Corte d'Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in Il Fallimento, n. 3, 2004, 294, segnala che il pericolo del doppio risarcimento viene allontanato tanto più è reso rigido e accurato il riscontro probatorio.

¹⁷⁸ Cfr. L. CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, in Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa. II, Utet, Torino, 2014, 935-938, la quale ritiene che il termine sia di prescrizione e non di decadenza, sottolineando le distinzioni tra i due istituti nonché la natura eccezionale della decadenza e (941-942) e evidenzia che se il danno si è prodotto dopo i cinque anni dalla cessazione della carica dell'amministratore contro cui la s.p.a. vuole agire in via risarcitoria, un tale rimedio sarebbe precluso e non aderisce alla tesi correttiva che applica in quei casi l'art. 2395 c.c.

¹⁷⁹ Cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in Trattato delle società per azioni, IV, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 1991, 235-237, il quale riporta l'esempio della violazione del divieto di concorrenza da parte dell'amministratore consistente nel decremento o nel mancato incremento degli affari, quali elementi negativi che si riflettono sul patrimonio sociale; S. MARTUCCELLI-G. DI LORENZO-V. OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, in Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. I, parte II, n.1, 2017, 45-47.

¹⁸⁰ Questo carattere di autonomia e, al contempo, di reciproca connessione delle azione risarcitorie è comprovata dalla disciplina della rinuncia o transazione dell'azione sociale di responsabilità: se l'azione sociale è transatta allora al curatore resta il solo strumento della revocatoria della transazione e, in caso di esito vittorioso, l'esercizio dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2394 c.c.; se l'azione sociale è rinunziata resta possibile al curatore l'esercizio dell'azione dei creditori ai sensi dell'art. 2394 c.c.

La norma dell'art. 146 l. fall., però, richiamando gli artt. 2393 c.c. e 2394 c.c. di diritto societario comune attribuisce al curatore una legittimazione autonoma¹⁸¹ tanto che se una delle due azioni risarcitorie è pendente, quando si apre la procedura fallimentare il curatore può continuarle. Infatti il testo stesso della norma, pur rinviando alle azioni risarcitorie proposte, fuori dalla procedura concorsuale, dalla s.p.a. e dai suoi creditori individualmente¹⁸², attribuisce al curatore un potere autonomo poiché è un potere che trova la propria fonte nella sentenza che apre la procedura fallimentare.

Quindi si prescinde dalla necessità di una deliberazione sociale, perché il curatore possa esercitare l'azione sociale di responsabilità, di cui all'art. 2393 c.c., poiché il debitore ha subito uno spossessamento totale per effetto dell'apertura della procedura fallimentare¹⁸³.

L'art. 146 l. fall., tuttavia, non può essere usato a sostegno della legittimazione autonoma di un organo concorsuale del concordato preventivo liquidatorio poiché è norma settoriale che appartiene alla sola disciplina relativa al fallimento del debitore e, comunque, l'azione risarcitoria del curatore deve essere accompagnata dall'autorizzazione del giudice delegato, che costituisce, quindi, un limite esterno all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori; diversamente può dirsi per l'art. 2394-*bis* c.c. che non si trova nella legge fallimentare che menziona le azioni risarcitorie rinviando agli articoli precedenti e attribuendo il relativo potere di esercizio – processuale e sostanziale – al curatore fallimentare. Tale norma attribuisce il requisito di azioni di massa alle azioni risarcitorie di cui agli artt. 2393 c.c. e 2394 c.c., che spettano in via autonoma ai soggetti indicati e, perciò, da questa norma occorre muovere per verificare se un soggetto terzo può esercitare, in via autonoma, l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci all'interno del concordato preventivo.

L'art. 2394-*bis* c.c. non fa alcun riferimento a soggetti legittimati nel concordato preventivo all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità né prima dell'omologa

¹⁸¹ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 14-15; 125-129, il quale, però, degrada, l'art. 146 l. fall. a norma volutamente procedimentale e non attributiva della legittimazione, lasciando questa funzione alle norme del codice civile.

¹⁸² AA.VV., *Codice della crisi di impresa*, F. Di Marzio (diretto da), Giuffrè, Milano, 2017, 924.

¹⁸³ Contra, L. JEANTET, *Perseguibilità da parte della società tornata in bonis dell'azione di responsabilità esperita dal curatore ex art. 146 l. fall.*, Nota a sentenza Cass. civ. I sez., 28 luglio 2000, n. 9904, in Giur. comm., II, 2001, 227-229, sostiene che l'art. 146 l. fall. attribuisca la sola legittimazione processuale e che è necessaria una delibera assembleare preesistente all'azione in giudizio del curatore.

né dopo l'omologazione del concordato preventivo. Prima dell'omologazione manca una norma che attribuisce detta legittimazione al commissario giudiziale, a differenza di altri casi espressamente disciplinati. Ad esempio, nel caso di amministrazione straordinaria di una banca, il commissario esercita l'azione risarcitoria in autonomia rispetto all'assemblea dei soci, previa delibera della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 72, comma 5, t.u.b.

Inoltre, anche nel caso di nomina di amministratore giudiziario, in presenza di gravi irregolarità gestorie, questi può *ex art. 2409 c.c.* esercitare l'azione risarcitoria, pur non essendo nominato dai soci e pur mancando una delibera assembleare avente ad oggetto il promovimento dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci¹⁸⁴.

Vista l'inapplicabilità al concordato preventivo di suddette norme parte della dottrina e della giurisprudenza ha provato a ricavare, dall'art. 240 l. fall., la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in capo al commissario giudiziale. Questo tentativo è stato respinto dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza con la motivazione che la mancanza di una espressa previsione legislativa, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., costituisce un ostacolo insuperabile¹⁸⁵: «... *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*»¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Per i richiami nel testo degli artt. 72, comma 5, t.u.b. e l'art. 2409 c.c. quali ipotesi di disposizione dell'azione sociale di responsabilità senza delibera assembleare, cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 166-173.

¹⁸⁵ Il Trib. Milano 3.11.2017 n. 11038, sottolinea che manca una norma che conferisce al commissario giudiziale la rappresentanza della società in concordato preventivo, «*i cui organi permangono legittimati a far valere le pretese dell'ente*».

¹⁸⁶ Sul problema di una possibile estensione dell'art. 240 l. fall., in sede civile, ovvero della possibile estensione della legittimazione ad agire, *ex art. 2394 c.c.*, in capo al commissario giudiziale, cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino su: La crisi di impresa nell'era del credito deteriorato, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 278-280, la quale, pur non prendendo espressamente posizione, rileva come forse il commissario giudiziale richiamato nell'art. 240 l. fall. potrebbe essere quello che era chiamato a operare all'interno della amministrazione controllata e che tale richiamo avrebbe dovuto essere eliminato insieme alle altre disposizioni relative alla ormai abrogata procedura; cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 138-140, la quale non ritiene che la norma possa applicarsi, in via estensiva, per attribuire al commissario una legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria, *ex art. 2394 c.c.*; cfr. L. BALESTRA, *Azione di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, n. 6, 2017, 664-665, la quale, in tema di danno da pagamenti preferenziali effettuati dagli amministratori di una s.r.l. in stato di crisi i quali, pertanto, avvantaggiano i singoli creditori in violazione della *par condicio creditorum ex art. 2741 c.c.*, non ritiene che l'art. 240 l. fall. costituisca la fonte di legittimazione per il commissario giudiziale all'esercizio dell'azione di responsabilità verso gli amministratori di una s.p.a. debitrice. Tali considerazioni si estendono anche al caso in cui sia

All'interno della disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo, un argomento a sostegno della tesi della legittimazione autonoma all'esercizio della pretesa sociale da parte del commissario giudiziale può trovarsi nell'art. 185 l. fall., quale rimedio in forma specifica¹⁸⁷, che attribuisce, a quest'ultimo, poteri sostitutivi in presenza di proposte concorrenti, nella fase esecutiva che si è aperta con l'omologazione¹⁸⁸. Parte della dottrina sostiene che il potere di esercitare il voto, che l'art. 185, comma 6, l. fall. attribuisce al solo amministratore giudiziario nel caso in cui più proposte concorrenti siano inserite all'interno della procedura di concordato preventivo¹⁸⁹, possa rientrare nei poteri attribuiti al commissario *ad acta*, di cui al comma precedente, e si esprime anche nel senso di concederli a costui anticipatamente rispetto all'omologa¹⁹⁰.

Tuttavia, prima dell'omologazione del concordato preventivo, non vi è un generale potere gestionale in capo al commissario giudiziale¹⁹¹ e, quindi, l'art. 185 l. fall., essendo una norma specificamente prevista per la fase esecutiva del concordato preventivo non può applicarsi nelle more dell'omologazione; infatti le competenze del commissario giudiziale sono quelle di controllo e di informazione, con la conseguenza che i poteri, previsti dall'art. 185 l. fall., si attivano solo quando si

nominato un pre-commissario prima del deposito della proposta e del piano di concordato preventivo e v. Circolare Assonime del 10 ottobre 2013 n. 31.

¹⁸⁷ In tal senso lo definisce N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 382; cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 125, il quale applica la norma 185, comma 6 l. fall. anche alla proposta avanzata dal debitore, giustificando così l'autonomia del microsistema del diritto societario della crisi.

¹⁸⁸ Prima dell'ultima novella del 2015, nel senso che dal provvedimento di omologa derivi un potere di esecuzione del concordato in capo al proponente e che lo stesso costituisca titolo giustificativo degli effetti organizzativi, indipendentemente dal contributo causale dei soci, v. la tesi di G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. TOMBARI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 95-105; ID., *La struttura finanziaria, La struttura finanziaria della società in crisi*, in RDS, n. 3/2012, 477-490. *Contra*, V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 71-76, il quale non ammette che un tale effetto derivi dall'omologazione, ma nel senso di ritenere che all'interno della procedura le regole del diritto societario sono "adeguate" al vincolo dell'azione sociale al rispetto dei valori che emergono in fase di crisi di impresa e che, quindi, le operazioni straordinarie cristallizzate nel piano concordatario devono essere adottate mediante un procedimento deliberativo atipico, che non lascia alcuna discrezionalità agli organi sociali.

¹⁸⁹ Cfr. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 386-387, il quale sostiene che non è il diritto di voto ad essere limitato o espropriato in quanto è la società a subire le limitazioni della propria capacità di agire, dovendo adempiere agli obblighi concordatari tramite i propri amministratori.

¹⁹⁰ Cfr. A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in Il Caso.it (<http://www.ilcaso.it>), 23 novembre 2015, 12-14, il quale ritiene che il commissario abbia un ruolo attivo in sede esecutiva e che un tale ruolo possa essere anticipato nella fase antecedente all'omologa.

¹⁹¹ P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo, Organi ed effetti del concordato*, in Tratt. delle procedure concorsuali, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa, Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 188-198.

verifica in concreto l'inadempimento del concordato preventivo da parte della società di capitali debitrice.

Infatti, è da escludere che al commissario giudiziale sia attribuito un potere autonomo in ordine all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, poiché il suo ruolo è circoscritto alle funzioni propulsive e informative verso i creditori, di cui agli artt. 171 l. fall. e 172 l. fall., le quali sono, peraltro, implementate nel caso in cui siano avanzate proposte concorrenti da parte dei creditori.

Il commissario giudiziale, sin dalla fase di ammissione alla procedura¹⁹², ha un puntuale potere di informativa ai creditori, che si estende sino a fornire agli stessi ogni informazione utile¹⁹³, dopo averne valutato la strumentalità della sua divulgazione rispetto alla presentazione di proposte concorrenti, ai sensi dell'art. 165, comma 3, della legge fallimentare¹⁹⁴. È evidente come la lettera della norma consenta un'estensione di un tale potere informativo, sino a valutare la convenienza per i creditori¹⁹⁵, interpretando letteralmente il riferimento ad "*ogni altra informazione rilevante in suo possesso*", contenuto nell'art. 165, comma 3, l. fall., e, quindi, non limitando il potere informativo alle sole informazioni finalizzate alla presentazione di una proposta concorrente, includendo anche quelle aventi ad oggetto l'eventuale esistenza o meno di un credito latente verso gli amministratori.

Senza altro la nuova disciplina, introdotta dal D.L. 27 giugno 2015 n. 83, prevede che il controllo del commissario giudiziale sia più accurato. Infatti quest'ultimo non ha più un solo potere di mera consultazione dei libri contabili tenuti dal debitore, ma ha un diritto a richiedere ed ottenere una copia informatica e redige più di una relazione¹⁹⁶. Il fine del legislatore è chiaramente quello di ridurre – non di

¹⁹² Cfr. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 369-370.

¹⁹³ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Le proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in Diritto della banca e del mercato finanziario, n. 4/2015, ottobre-dicembre 2015, 95-96, sostengono che il nuovo art. 165, comma 3, l. fall. riduce le asimmetrie informative tra debitore e creditori, tuttavia il divieto a presentare il concordato fallimentare se non sia decorso un anno dalla dichiarazione di fallimento evita che le informazioni siano un incentivo per regolare la crisi all'interno di una procedura fallimentare.

¹⁹⁴ G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, n. 11/2015, 1171, sottolinea come tale valutazione doveva essere rimessa all'organo giudiziario.

¹⁹⁵ Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 50-51.

¹⁹⁶ Cfr. G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, I. Le proposte concorrenti*, in Fallimenti e società.it (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 51-55, il quale ritiene che sarebbe stata sufficiente un'unica relazione e che sarebbe stato utile che avesse acquisito anche la relazione sulla fattibilità, che invece può essere omessa; in senso contrario, ritenendo che la nuova norma rende meramente facoltativa una nuova relazione attestativa sulla proposta concorrente in quanto già presente quella dell'attestatore e la prima relazione del commissario sulla proposta del debitore, v. F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" N. 83/2015: un primo commento*, Parte

eliminare¹⁹⁷ – le asimmetrie informative tra il debitore e i creditori che hanno avanzato una proposta concordataria.

Il commissario giudiziale non ha, quindi, una legittimazione sostanziale a disporre del credito latente della società per azioni, potendo solo acquisire informazioni in relazione al suo valore economico, informando i soggetti verso cui dirige le informazioni¹⁹⁸.

Parte della dottrina ha prospettato una rilettura dell'art. 152 l. fall., visto anche l'impatto dell'art. 185, comma 6 l. fall., per sostenere la possibilità che gli amministratori della s.p.a. debitrice possano attuare tutto ciò che è previsto dal piano di concordato preventivo omologato¹⁹⁹ e, quindi, che essi possano anche esercitare l'azione sociale a prescindere da una delibera assembleare.

Il potere di attuare la proposta di concordato preventivo è compreso nei poteri di colui che articola la proposta di concordato preventivo e ciò risulta confermato anche in materia di proposte concorrenti di concordato preventivo.

Infatti, l'art. 185, comma 6 l. fall., risolve il problema della legittimazione autonoma all'esercizio della pretesa sociale attribuendo un potere "generale" di esecuzione della proposta rimasta inadempita dal debitore²⁰⁰, in capo all'amministratore

II: Le modifiche riguardanti il concordato preventivo. "Proposte/piani" ed offerte concorrenti, in *Il FALLIMENTARISTA* (<http://www.ilfallimentarista.it>), 29.06.2015, 5.

¹⁹⁷ Un livello minimo di asimmetria informativa, tra i soggetti coinvolti dagli effetti della crisi, risulta fisiologico e ineliminabile.

¹⁹⁸ Sul ruolo del commissario giudiziale limitato al controllo, cfr. C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondato da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 62-68; in tal senso, v. anche G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 145-148; cfr. A. USAI, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), tomo III, Utet, Torino, 2016, 3739-3740, il quale mette in relazione suddetto controllo e la conseguente azione di risoluzione qualora vi siano i presupposti.

¹⁹⁹ Cfr. G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 101-102, il quale sostiene che l'organo amministrativo ha il potere di adottare le delibere assembleari non perché si ha un trasferimento di competenze dall'assemblea verso il C.d.a., ma perché tale potere sorge *ex novo* in base al provvedimento di omologa del concordato preventivo; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, n. 1, 2017, 128-130.

²⁰⁰ Al riguardo pare utile un richiamo alle procedure di risoluzione della crisi bancaria ovvero quelle del *burder sharing* e del *bail-in*, che sono state introdotte dal legislatore italiano con D.lgs. 180 del 2015 in attuazione della direttiva 2014/59/UE e del Regolamento n. 806 del 2014, che impongono una modifica del contratto societario in modo non dissimile da quanto evidenziato nel testo. Infatti al considerando n. 120, la citata direttiva prevede una deroga alle direttive europee di diritto societario, al fine di risolvere la crisi. La prima delle procedure menzionate ripartisce le conseguenze negative della crisi sugli azionisti, sino ad arrivare, ai sensi dell'art. 38, ad una vendita coattiva delle loro azioni ad un "ente-ponte" o, ai sensi dell'art. 42, ad affidare la gestione di alcune attività di impresa ad un società-veicolo con la possibilità di un ritrasferimento, in entrambe le ipotesi, al verificarsi di determinate condizioni all'ente soggetto a risoluzione. Nel caso in cui ciò non fosse sufficiente a risanare l'impresa bancaria in crisi, può aprirsi la procedura del *bail-in*, ai sensi dell'art.

giudiziario che può, quindi, porre in essere tutto quanto è stato previsto dal piano di concordato preventivo²⁰¹, superando le resistenze di chi sostiene che la norma non è suscettibile di estensione analogica ai sensi dell'art. 14 delle preleggi in quanto norma eccezionale²⁰².

Nel caso in cui gli amministratori non esercitino l'azione sociale di responsabilità in base all'art. 152 l. fall., nel caso in cui non risulta ancora attivato l'art. 185, comma 6 l. fall.²⁰³ – che disciplina un'ipotesi patologica della fase esecutiva della procedura – occorre esaminare se alcune norme individuano un soggetto diverso dall'amministratore quale soggetto competente all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nella fase esecutiva del concordato preventivo.

43, procedura che ripartisce gli effetti negativi della crisi sui creditori subordinati, in quanto possessori di strumenti di capitale di debito legati all'andamento economico della società, e sui creditori non subordinati.

²⁰¹ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 89-91, la quale comprende tra le sue competenze anche quella di cedere l'azione richiamando il dettato dell'art. 106 l. fall.

²⁰² In tal senso sottolineando come il decreto delegato sembra andare nel senso di estendere la disciplina anche alle operazioni connesse all'aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione, R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in RDS, n. 4, 2016, 777; 779, il quale argomenta una possibile estensione dell'intervento sostitutivo anche al di là delle operazioni straordinarie espressamente previste dalla norma e una sua applicazione anche alle società di persone; N. ABRIANI, *Dalle proposte concorrenti alle domande concorrenti*, in Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. Calvosa (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 135-139.

²⁰³ Una norma simile all'art. 185 l. fall., in materia di gestione dei fondi comuni di investimento, seppur non inserita all'interno di una procedura concorsuale non potendosi applicare le discipline concorsuali poiché la gestione del fondo non è attività d'impresa, è prevista nel t.u.f. Infatti l'art. 56 t.u.f. stabilisce che, qualora il fondo comune sia incapiente, la Banca d'Italia può sciogliere gli organi delle società di gestione del risparmio se ci sono state gravi irregolarità nella gestione del fondo, precisando, però, che la nomina dei nuovi componenti dell'organo amministrativo spetta, per legge, all'assemblea dei soci. Detta norma si applica anche alle irregolarità gestorie commesse dagli amministratori di una Sim o di una Sicav. Un altro articolo, anch'esso estraneo alla disciplina concorsuale, con contenuti simili al nuovo art. 185, ult. comma, della legge fallimentare, è l'art. 2409, comma 4, c.c. che prevede un analogo meccanismo sostitutivo dell'organo amministrativo nei casi più gravi di irregolarità nella gestione dell'impresa societaria. Un sistema analogo è predisposto dall'art. 27, par. 2, lett. a), c), d), f) e g) della direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014, che prevede un "intervento precoce" nella *governance* della banca in crisi da parte dell'Autorità competente. Infatti l'organo di vigilanza - che è la BCE o, in attuazione di indicazioni provenienti dalla BCE, l'Autorità di vigilanza nazionale - prende provvedimenti, in materia di *governance*, volti a risolvere la crisi. Inoltre la BCE può, ai sensi del Regolamento UE n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 ai sensi dell'art. 4, par. 3, adottare atti di indirizzo quali raccomandazioni, orientamenti e decisioni rivolti all'Autorità nazionale affinché provveda in tal senso. Infatti, ex art. 53, lett. d), t.u.b. la Banca d'Italia non solo è parte attiva all'interno della organizzazione dell'impresa, ma può modularne gli assetti organizzativi tramite un potere regolamentare generale o tramite il diniego al compimento di alcune operazioni straordinarie. La Corte di giustizia, con sentenza dell'8 novembre 2016, nella causa C 41/15, ha dichiarato la validità di un'ingiunzione, da parte della Banca d'Italia, ad una banca irlandese a deliberare una ricapitalizzazione mediante aumento di capitale in una crisi. Nei casi di irregolarità più gravi in cui suddetti strumenti si rivelino insufficienti, in base al combinato disposto dell'art. 28 e 29 della direttiva 2014/59/UE, l'Autorità di vigilanza può rimuovere l'organo amministrativo e nominare un amministratore temporaneo, attribuendogli poteri necessari ad attuare il risanamento. La sentenza, di cui sopra, è stata citata da A. MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche (ODC 2017)*, VIII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei professori universitari del diritto commerciale Orizzonti del diritto commerciale, Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso i grandi cantieri aperti, 17-18 febbraio 2017, presso l'Università degli studi di Roma Tre.

Il concordato preventivo con cessione di beni al liquidatore²⁰⁴, l'art. 182 l. fall.²⁰⁵ prevede una cessione al liquidatore della gestione di situazioni giuridiche attive che rientrano nella disponibilità del debitore²⁰⁶ e tra di esse è ricompreso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori di una società di capitali in concordato preventivo.

Nel concordato con cessione dei beni, sin dalla sua prima regolamentazione²⁰⁷, si rileva sin da subito come vi siano forme di cessione diverse²⁰⁸ che risultano carenti di disciplina nella fase esecutiva che va dalla liquidazione alle modalità di ripartizione del ricavato²⁰⁹. Infatti proprio nel caso di concordato preventivo liquidatorio si pongono problemi relativi alla cessione dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori²¹⁰ da esercitarsi *ex novo* o alla possibilità di una sua prosecuzione ad opera del liquidatore²¹¹. Il liquidatore²¹² deve attuare gli interessi dei creditori²¹³; quelli dei soci risultano essere postergati ed i creditori

²⁰⁴ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino su: La crisi di impresa nell'era del credito deteriorato, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 271-278, la quale qualifica tra le azioni di massa anche quella di cui all'art. 2394 c.c., pur mancando la formazione di una massa passiva nel concordato preventivo.

²⁰⁵ Nel senso di un'interpretazione estensiva, v. A. USAI, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), tomo III, Utet, Torino, 2016, 3762.

²⁰⁶ Cfr. C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 245-254, il quale sostiene che il Tribunale, per il diverso caso dell'assunzione dell'incarico di liquidatore da parte del debitore concordatario nominato con decreto, qualora il debitore non offra garanzie a svolgere con diligenza il proprio ufficio quale liquidatore, potrebbe negare l'omologazione del concordato preventivo.

²⁰⁷ Cfr. A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, Giuffrè, 1980, 62-64, il quale indica, come ipotesi di chiusura del concordato preventivo, l'esercizio dell'impresa tornata *in bonis* oppure la liquidazione del capitale fisso che ne consentiva l'esercizio.

²⁰⁸ Nel senso di sottolinearne le difficoltà di un inquadramento unitario, v. G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2014, 526-527.

²⁰⁹ Cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 15-20, sostiene che il debitore, essendosi privato della disponibilità dei beni sociali, deve attendere il termine della liquidazione concorsuale per poi procedere a mettere in liquidazione la s.p.a.

²¹⁰ In merito alla lacunosità della disciplina del concordato preventivo con cessione di beni, v. C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 1-4; per il concordato fallimentare con cessione a un terzo, v. M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. delle procedure concorsuali*, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa, Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 480.

²¹¹ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Concordato fallimentare e cessione delle azioni di massa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 467-471.

²¹² Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare Maffei Alberti*, 6° ed., Cedam, Padova, 2013, 1213-1214, il quale rileva che tale figura fosse, in passato, intesa come mandatario dei creditori e che, invece, dopo le recenti novelle che hanno modificato la disciplina dell'art. 182 l. fall., questa assume connotati di natura pubblicistica pur qualificandosi come un organo della procedura.

²¹³ G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 36-37; 110-113, il quale ritiene che vengano ceduti

esercitano – o dovrebbero esercitare – il controllo sull’impresa in concordato dove l’impresa è destinata alla liquidazione.

Secondo parte della dottrina²¹⁴ il concordato preventivo con cessione dei beni deve necessariamente riguardare tutti i beni del debitore e tra questi anche l’esercizio dell’azione sociale di responsabilità non potendo l’autonomia pattizia esprimere alcuna deroga alla responsabilità patrimoniale del debitore, come si evince dall’art. 2740, comma 1 e 2 c.c., che consente deroghe solo se espressamente previste dalla legge²¹⁵.

Se si accoglie questa tesi del necessario trasferimento di tutto ciò che rientra nel patrimonio del debitore, il trasferimento del credito latente sotteso all’azione sociale di responsabilità in capo al liquidatore opera in automatico.

Riteniamo sia più convincente la tesi che ammette una novazione del rapporto obbligatorio, mediante il concordato preventivo, e che, quindi, ritiene ammissibile anche la cessione parziale dei beni.

Perciò ai fini del trasferimento in capo al liquidatore della legittimazione all’esercizio dell’azione sociale di responsabilità è sufficiente che il soggetto che articola il piano di concordato preventivo indichi, anche in via generica, che la cessione comprende

i beni al liquidatore, ma non la titolarità dei beni che resta in capo al debitore, qualificandolo quale mandatario del debitore.

²¹⁴ Cfr. E. BARCELLONA, *L’esercizio dell’azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare*, Nota a sent. Trib. di Bologna, 16 agosto 2016, n. 2121, in *Giur. comm.*, n. 1, II, 2018, 162-167, il quale ritiene che la liquidazione privatistica consenta al singolo creditore di non aderire al contratto di cessione parziale tale per cui l’esclusione del bene non è a lui opponibile, mentre che nella liquidazione concorsuale, l’interesse del singolo sia travolto dal principio maggioritario e che ciò sia coerente con il fatto che valutazione di convenienza sulla proposta di concordato preventivo sia lasciata alla discrezionalità del ceto dei creditori. L’A. ritiene che, vista la differenza strutturale tra le due forme di liquidazione, è chiaro che la causa del concordato preventivo liquidatorio sia la liquidazione di tutto l’attivo e che tale principio non sia derogabile neppure in base alle considerazioni fatte in merito al principio di maggioranza nel concordato preventivo. In senso contrario, cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Studi di Diritto dell’Impresa*, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 69-74, la quale ritiene che il concordato preventivo con cessione parziale di beni sia ammissibile, avendo ad oggetto non tanto una deroga all’art. 2740 c.c., quanto una rinegoziazione del debito, non traducendosi quindi in una limitazione della responsabilità del debitore.

²¹⁵ In tal senso depono, inoltre, l’art. 120 del Codice della crisi e dell’insolvenza che prevede che è inopponibile al liquidatore l’esclusione della cessione dell’azione sociale di responsabilità da parte della società concordataria; cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino su: *La crisi di impresa nell’era del credito deteriorato*, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 263-266; N. ABRIANI, *Dalle proposte concorrenti alle domande concorrenti*, in *Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. Calvosa (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 141-143, il quale sostiene che L’espressa attribuzione del potere di esercizio dell’azione sociale può essere implicita o esplicitata nel piano di concordato preventivo ma la delibera assembleare non è più “... una condizione indispensabile ai fini della fattibilità giuridica della proposta concordataria”.

tutti i beni del debitore (anche senza la singola individuazione degli stessi), oppure che individui tra di essi l'esercizio della pretesa sociale.

Pertanto, nel primo caso, la pretesa sociale resta sempre monetizzabile dal liquidatore in un concordato preventivo con cessione totale o a liquidazione totale dei beni del debitore, a prescindere dal suo inserimento nel piano di concordato preventivo, anche in assenza di una deliberazione assembleare poiché le regole societarie vengono assorbite da quelle concorsuali e per la posizione di indipendenza del liquidatore che deve attuare il buon fine della procedura concorsuale²¹⁶. Infatti il decreto di omologa e il decreto di nomina del liquidatore hanno lo stesso valore di un'autorizzazione (concorsuale) e sostituiscono la delibera assembleare a contenuto decisorio di cui all'art. 2393 c.c., e da ciò può ricavarsi il potere del liquidatore di esercitare, in via autonoma, l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci senza alcun intervento dei soci.

Nel concordato preventivo liquidatorio totale, occorre argomentare che il liquidatore agisce quale soggetto dotato di poteri autonomi e in grado di assicurare l'adempimento dei doveri a lui assegnati, mediante il decreto di omologa con cui viene nominato, ai sensi dell'art. 182 l. fall., sotto il controllo del commissario giudiziale²¹⁷. Nello svolgere la sua attività di liquidazione egli deve attenersi ai tempi e alle forme dettate dal Tribunale nella sentenza di omologa²¹⁸ e non può discostarsene. Nella diversa ipotesi di concordato preventivo a liquidazione parziale deve essere prevista l'attribuzione dell'esercizio dell'azione sociale al liquidatore nel piano di concordato preventivo, esercizio che può essere attuato, dal liquidatore, in

²¹⁶ Cfr. E. BARCELLONA, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare*, Nota a sent. Trib. di Bologna, 16 agosto 2016, n. 2121, in *Giur. comm.*, n. 1, II, 2018, 167-170, il quale ritiene che le regole societarie siano assorbite da quelle concorsuali e, di conseguenza, che il liquidatore possa prescindere da una delibera assembleare avente ad oggetto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori.

²¹⁷ Cfr. C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 33-36; 41-42; 50-51.

²¹⁸ Cfr. C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 95-100; 232-233; 236-237 il quale ritiene che i poteri del liquidatore siano attribuiti solo con il passaggio in giudicato della sentenza di omologa e in seguito all'accettazione del liquidatore; G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 10-15, ritiene che gli effetti del concordato tra cui quello esdebitativo, nonché l'attribuzione dei poteri agli organi deputati alla sua attuazione si producono già dall'omologazione del concordato preventivo.

conformità a quanto espresso nel decreto di omologa anche a prescindere da una delibera assembleare dei soci²¹⁹.

Colui che esercita l'azione sociale di responsabilità non è un legittimato straordinario della s.p.a. in concordato preventivo né agisce in sostituzione della stessa ai sensi dell'art. 81 c.p.c.²²⁰

Quindi al debitore concordatario non resta che un potere di controllo durante la fase liquidatoria, ma non è necessario un suo intervento attivo perché il liquidatore possa esercitare l'azione sociale di responsabilità, prevista nel piano concordatario a liquidazione parziale²²¹.

10. Il modello di legittimazione derivata

La legittimazione derivata dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità presuppone l'indicazione del credito latente nel piano di concordato preventivo e la presenza della delibera assembleare.

In questo paragrafo non verrà analizzata la possibilità di prevedere un trasferimento della partecipazione sociale ai creditori, cosa che non può prescindere da un intervento del socio²²². La cessione è, espressamente, ammessa nel diritto della s.r.l. ai sensi dell'art. 2471 c.c., articolo richiamato solo nella procedura fallimentare dall'art. 106 l. fall.

Il trasferimento ad opera del socio è consentito, se espressamente previsto in una clausola concordataria, quale elemento del piano di concordato preventivo, idoneo a realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori in attuazione della proposta di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 160, comma 1, lett. a) l. fall., salvo che non

²¹⁹ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino su: La crisi di impresa nell'era del credito deteriorato, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 267-269, la quale esclude la necessità di una delibera assembleare.

²²⁰ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 88-89, la quale ritiene che il liquidatore non agisca in sostituzione processuale, ma che egli abbia un diritto proprio ad agire in giudizio ex art. 2393 c.c.

²²¹ Cfr. C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 88-92; 163-170.

²²² Quando parliamo di partecipazione sociale la usiamo nel significato di azione in maniera impropria poiché come giustamente sottolineato da illustre autore l'azione è l'unità di misura e non la partecipazione sociale "...se per tale si intende la posizione complessiva di ciascun socio nei confronti della società e degli altri soci", v. M. BIONE, *Le azioni*, in Trattato delle società per azioni, 2*, G.E. Colombo-G.B. Portale, Utet, Torino, 1991, 4; cfr. C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, cit. 101-104, il quale sottolinea che l'azione è un bene suscettibile di trasferimento e pertanto oggetto della vicenda di circolazione è la circolazione dei diritti sociali connessi alla partecipazione sociale.

vi siano clausole statutarie che limitano il trasferimento delle azioni ai sensi dell'art. 2355-bis c.c.²²³

Inoltre, la disciplina del concordato preventivo l'art. 160 l. fall. prevede la massima estensione nell'articolazione della proposta e del piano di concordato preventivo, cosicché, i soci possono pattuire che il prezzo di vendita delle partecipazioni sociali lasci intatto il potere di esercitare l'azione sociale in capo all'acquirente.

Tuttavia si rileva un rischio nel caso di successiva risoluzione del concordato preventivo ai sensi dell'art. 186 l. fall.: al creditore, che avendo convertito il proprio credito in capitale di rischio e che al pari di un qualsiasi socio sconta il rischio d'impresa, gli è preclusa l'insinuazione al passivo nel caso di apertura della procedura di fallimento, non potendo restituire le azioni poiché il suo debito è già stato estinto ai sensi dell'art. 1197 c.c. e, inoltre, depone in tal senso anche l'art. 140, comma 3, l. fall. applicabile al concordato fallimentare e estensibile al concordato preventivo per analogia²²⁴.

La nostra indagine si concentra sulla necessità, nel concordato preventivo in continuità e in quello misto, di esercitare l'azione risarcitoria della società di capitali debitrice sulla base di una preventiva delibera assembleare prevista dal piano di concordato preventivo²²⁵.

Parte della dottrina²²⁶ ritiene che la delibera assembleare sia necessaria per la operazione di riorganizzazione dell'impresa in crisi e non sia superabile da teorie che conferiscono il potere di attuare il concordato senza l'intervento dei soci a cui deve essere riconosciuto, pur se in misura ridotta, un qualche interesse meritevole di tutela,

²²³ Cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 143-150, la quale ritiene che il diritto di recesso è esercitabile nel concordato preventivo poiché il rimborso della quota non va soddisfatto in prededuzione ma è postergato al soddisfacimento dei creditori sociali.

²²⁴ Segnala riferimenti in tal senso, T. ARIANI, *La risoluzione del concordato preventivo con attribuzione di azioni*, in RDS, n. 4, 2016, 883-885.

²²⁵ Per l'accoglimento della tesi richiamata, v. G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Riv. soc., 2015, n. 1, 19-23.

²²⁶ Cfr. R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in RDS, n. 4, 2016, 786-787, il quale, pur sottolineando il tentativo di coordinare il potere di proporre un concordato preventivo con quello di adempimento del medesimo che resta in capo ai soci, rileva un attrito tra la possibilità di prescindere dal voto dei soci ai sensi dell'art. 185 l. fall. e la possibilità che per via statutaria sia attribuita competenza all'assemblea in merito alla proposta di concordato preventivo ex art. 152 l. fall; T. ARIANI, *La risoluzione del concordato preventivo con attribuzione di azioni*, in RDS, n. 4, 2016, 888. In senso contrario, v. V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione dell'impresa in crisi*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. Barachini (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 12.

specialmente nei concordati preventivi che consentono al debitore di conservare una frazione dell'attivo patrimoniale.

Nel concordato preventivo in continuità aziendale diretta si applicano le regole societarie di cui all'art. 2393 c.c. e, pertanto, perché si possa disporre del credito sotteso all'azione sociale di responsabilità è necessario il suo inserimento nel piano di concordato preventivo e il suo esercizio è subordinato alla presenza di una delibera assembleare che legittimi la s.p.a. debitrice ad agire contro i suoi amministratori. Nel concordato preventivo in continuità indiretta²²⁷ che, secondo alcuni costituisce una deroga all'art. 2740, comma 1 c.c.²²⁸, il debitore dispone che la liquidazione dei cespiti aziendali è eventuale, sottraendo una parte dei suoi beni al soddisfacimento dei creditori (purché il loro miglior soddisfacimento sia assicurato mediante i flussi di cassa generati dall'attività di impresa). Infatti la deroga dell'art. 2740 c.c. è giustificata dall'attestazione del professionista in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d), quale condizione di ammissibilità del concordato preventivo, «*condizione atta ad escludere che la deroga al regime della responsabilità patrimoniale possa riverberarsi in danno dei creditori, e che anzi è in definitiva diretta a darvi attuazione, in un'ottica dinamica e non meramente statica della garanzia generica rappresentata dal patrimonio del debitore*»²²⁹. A prescindere dall'accoglimento o meno della tesi della deroga all'art. 2740 c.c., il dato rilevante è la sottrazione di beni del debitore giustificata dalla relazione del professionista attestatore.

La legittimazione attiva all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori spetta all'assemblea della società di capitali debitrice se non risulta un'espressa cessione del credito latente a favore del terzo attuata mediante una delibera assembleare inserita nel piano di concordato preventivo²³⁰.

²²⁷ Si parla di concordato preventivo in continuità diretta anche quando muta solo formalmente la totalità della compagine sociale, oltre all'ipotesi in cui anche sostanzialmente si realizza la continuazione dell'impresa ad opera dello stesso soggetto debitore e degli stessi soci. Invece si parla di concordato preventivo in continuità indiretta, se è attuato mediante la cessione del complesso aziendale a un terzo o il conferimento dello stesso in un'altra s.p.a.

²²⁸ R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in giur. comm., 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 319, parla di “*radicale incompatibilità*” tra l'art. 2740 c.c. e la forma di concordato preventivo in continuità aziendale.

²²⁹ In tal senso si è pronunciato il Trib. di Trento il 10.06.2016 nella causa n. 4586/2013.

²³⁰ I cfr. I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino su: La crisi di impresa nell'era del credito deteriorato, parte I, 28 febbraio-15 marzo 2018, 269, la quale non ritiene che con l'azienda si trasferisca anche l'azione sociale di responsabilità.

Infatti, purché sia mantenuta la continuità aziendale finalizzata al miglior soddisfacimento dei creditori, i soci possono legittimare ad agire il terzo cessionario mediante una delibera assembleare inserita nel piano di concordato preventivo.

Se i soci non deliberano l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità all'interno del piano di concordato preventivo, si presume che il credito risarcitorio non sia ceduto e che, quindi, resti in capo alla s.p.a. cedente. Infatti l'art. 186-bis l. fall. ammette il concordato preventivo misto ovvero quello che si attua mediante la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa e tra questi anche la cessione di un credito, tuttavia ciò deve essere espressamente deliberato dall'assemblea e previsto nel piano di concordato preventivo.

In mancanza di suddetta cessione dell'azione sociale può sostenersi che l'acquirente dell'azienda, al quale è stato escusso il debito, dopo aver pagato in solido e dopo aver esercitato infruttuosamente il regresso, eserciti, in via surrogatoria, l'azione sociale di responsabilità in quanto creditore; oppure che, proprio in quanto creditore della s.p.a. promuova l'azione risarcitoria di cui all'art. 2394 c.c.

11. La soluzione del problema: una legittimazione autonoma o derivata dipende dalla tipologia di soluzione concordataria adottata

Ciascun modello di legittimazione attiva all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci opera in relazione alla tipologia di concordato preventivo scelta dal proponente.

Pertanto le due teorie non si pongono in contrasto tra loro, ma hanno ambiti operativi distinti in relazione al modello esecutivo di concordato preventivo poiché, in base al tipo di concordato preventivo, il legislatore ha predisposto differenti modalità di tutela per i creditori concordatari.

Infatti nel concordato preventivo a liquidazione totale dei beni del debitore, per i poteri che il Tribunale attribuisce al liquidatore e per la sua funzione liquidatoria legata all'adempimento dei suoi obblighi, quest'ultimo può esercitare l'azione sociale di responsabilità senza che sia prevista la delibera assembleare né nel piano di concordato preventivo né *post* omologazione, mentre laddove il concordato preventivo sia a liquidazione parziale i soci devono indicare i beni che intendono cedere – e anche il credito latente – nel piano di concordato preventivo.

A differenti soluzioni si perviene se si considera il concordato preventivo in continuità aziendale diretta o indiretta o anche quello misto (se si applica la disciplina della continuità aziendale).

Nel concordato preventivo in continuità si trasferisce al terzo l'azienda ma ciò non presuppone il trasferimento dello strumento societario dell'azione sociale di responsabilità, dovendosi distinguere i due piani: l'azienda e la struttura societaria²³¹.

Quindi per aversi un trasferimento dell'azione sociale di responsabilità non è sufficiente una fonte di legittimazione che derivi da un provvedimento giudiziario, ma occorre che, in conformità ai principi di diritto societario comune, vi sia una delibera assembleare cristallizzata nel piano di concordato preventivo che attribuisca al cessionario dell'azienda la possibilità di esercitare la pretesa sociale, possibilità, peraltro, che si eleva ad obbligo laddove la monetizzazione del credito latente è funzionale al raggiungimento della percentuale concordataria prevista dalla proposta di concordato preventivo.

Invece può accadere che, in seguito all'esercizio dell'azione sociale da parte del cessionario, la percentuale concordataria sia raggiunta e superata e in tal caso il *surplus* risulta spettare ai soci poiché l'effetto esdebitativo determina una novazione del rapporto credito-debito, in specie riducendo la posizione debitoria e costituendo il presupposto per un risanamento della struttura imprenditoriale, seppur chiaramente in misura diversa rispetto a quanto accade nella fase fisiologica della vita dell'impresa²³².

12. Dalla fase di pre-concordato all'omologa

Il nostro legislatore introduce la possibilità per il debitore in crisi di beneficiare degli effetti protettivi della procedura concordataria anticipatamente rispetto al deposito

²³¹ Per uno spunto sulla distinzione tra società, impresa e azienda riflettendo sul tema del trasferimento del controllo legato al trasferimento dell'azienda, cfr. M. STELLA RICHTER JR, "Trasferimento del controllo" e rapporti tra i soci, in Saggi di diritto commerciale, A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 9.

²³² Lo rileva bene G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in RDS, n. 3/2012, 477-478, il quale parla di eterodestinazione del valore netto del patrimonio per la parte in eccedenza rispetto ai debiti verso i soci e non verso la società a cui detto patrimonio sociale è imputabile; e ancora v. G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 95-97.

della proposta e del piano di concordato preventivo solo a partire dal 2012, al contrario di altri ordinamenti dove un istituto simile era già stato introdotto²³³.

Nella fase di pre-concordato e sino all'omologa, il debitore può esercitare l'azione sociale di responsabilità, spesso sotto la vigilanza, a partire dal d.l. 21.06.2013 n. 69, di un commissario giudiziale nominato dal Tribunale con il decreto con cui assegna i termini per il deposito della proposta di concordato preventivo e, in concreto, l'azione risarcitoria sarà esercitata dai nuovi amministratori o, nel caso in cui l'amministratore responsabile non sia revocato, da un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.*²³⁴

Nel caso di esercizio da parte dei creditori dell'azione autonoma di cui all'art. 2394 c.c. le due azioni vanno coordinate per evitare un doppio risarcimento del danno²³⁵.

In questa fase nessuna norma vieta ai creditori di incrementare la garanzia patrimoniale del debitore nel rispetto della *par condicio creditorum* visto che l'azione è autonoma e che viene esperita per reintegrare il patrimonio sociale da un danno²³⁶

²³³ Cfr. A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in Società, banche e crisi d'impresa, III, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo- F. Guerrera- A. Sciarone Alibrandi (diretto da), Utet, Torino, 2014, 2636-2638, il quale sottolinea che la nostra legge fallimentare, pur essendosi ispirata al modello statunitense del *Chapter 11*, non aveva introdotto lo strumento del pre-concordato, sottolineando come il modello statunitense consentiva già, in particolari, casi l'apertura della procedura anche ai creditori.

²³⁴ M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 163-165 ritiene che il curatore speciale abbia solo poteri processuali e non di disposizione del diritto sostanziale che è chiamato ad esercitare in giudizio e, quindi, quest'ultimo può, al massimo, rinunciare agli atti processuali, ma mai al diritto oggetto della sua azione; in tal senso, nella fase fisiologica dell'impresa, v. F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1407-1408; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Trattato delle Società per azioni, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 428.

²³⁵ A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 115-116, la quale ritiene che è ammesso l'esercizio, prima e dopo l'omologa del concordato preventivo, dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2394 c.c.

²³⁶ Sui criteri di quantificazione del danno mediante saldi di periodo: A. JORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Giuffrè, Milano, 2011, 878-880, ritiene che il criterio di quantificazione del danno corretto sia quello dei saldi di periodo che misurano l'evoluzione negativa del patrimonio netto nel periodo in cui la condotta di *mala gestio* è stata posta in essere. Sul criterio del *deficit* fallimentare: S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., Le società per azioni, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 682-687; G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 bis c.c.*, in Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1456-1459; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Trattato delle Società per azioni, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 336; S. MARTUCELLI-G. DI LORENZO-V. OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, in Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. I, parte II, n.1, 2017, 47-56; R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in Le Società, n. 5, 1993, 622, ritiene che, applicando tale criterio, si semplifica molto l'onere probatorio; P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in Giur. comm., I, 1988, 552-553, ritiene che una sua applicazione conduce a "risultati perversi"; cfr. anche M. COSSU, *Azione di responsabilità della curatela fallimentare e quantificazione del danno risarcibile*, Nota a sent. Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in Giur. comm., parte II, 2016, 529-531; 538, la quale riporta la pronuncia della Corte di Cassazione che sostiene che la mancata tenuta delle

che il singolo creditore ha subito in modo riflesso²³⁷, poiché il rapporto creditori-amministratori resta distinto da quello creditori-società e solo quest'ultimo subisce gli effetti dell'esdebitazione ai sensi dell'art. 184 l. fall.²³⁸

L'azione di cui all'art. 2394 c.c. deve essere coordinata con quella di cui all'art. 2393 c.c. poiché non possono essere accolte entrambe dal giudice, ma una soltanto, ovvero quella più favorevole ai creditori e, verosimilmente, se i soci avessero esercitato l'azione sociale all'interno del concordato preventivo questa deve essere preferita poiché il *petitum* ha ad oggetto un risarcimento di maggiore entità rispetto a quello più circoscritto di cui all'art. 2394 c.c.

Il potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità deve essere ricondotto nel novero degli atti di ordinaria amministrazione²³⁹ di un'impresa in crisi.

scritture contabili non costituisce di per sé fonte di responsabilità per l'amministratore convenuto, per il semplice fatto che lo sbilancio patrimoniale non è causalmente legato alla mancata registrazione delle scritture contabili: la diminuzione patrimoniale è causata dall'atto di gestione posto in essere; perciò in mancanza di prove certe l'irregolarità nella tenuta delle scritture contabili legittima il solo utilizzo del parametro del *deficit* fallimentare per la valutazione in via equitativa del giudice *ex art.* 1226 c.c.; Cass. 3032/2005; v. anche M. CASSOTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi di impresa*, Nota a sent. Corte di Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in *Il Fallimento*, n. 3, 2004, 300; in riferimento al problema nella prospettiva delle proposte concorrenti di concordato preventivo dei creditori, N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. Civ.*, n. 2, 2016, 377-379.

²³⁷ A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Studi di Diritto dell'Impresa*, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 121-123, la quale ritiene che il 20% da assicurare ai creditori non priva questi ultimi di un concreto interesse all'azione risarcitoria di cui al 2394 c.c.

²³⁸ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Studi di Diritto dell'Impresa*, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 124-126; 126-130, la quale rileva bene i diversi rapporti obbligatori sottolineando che l'azione dei creditori non è preclusa dall'omologazione del concordato preventivo e non ritiene che gli amministratori possano qualificarsi come coobbligati della società debitrice.

²³⁹ In tal senso, in relazione al promovimento dell'azione sociale di responsabilità, v. G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2015, n. 1, 17-19. Cfr. R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea di s.p.a.*, Utet, Torino, 1990, 58-66, il quale inquadra il voto del socio nella classica, ma non sempre agevole, distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, ponendosi il problema dell'esercizio del voto del socio sottoposto a procedura concorsuale, tenendo presente, al fine di detta classificazione, il contenuto oggettivo della proposta di delibera su cui l'azionista ha esercitato il proprio potere di voto; cfr. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 415-417; 429-432, il quale riflette sulla qualifica del voto di un creditore nel concordato preventivo e riporta, prima, l'esempio in cui quel creditore sia anche un imprenditore a sua volta soggetto a concordato preventivo e ritiene che la normalità o anormalità di un atto di gestione rispetto a un patrimonio deve essere valutata in base ai criteri di gestione di quel patrimonio. Inoltre l'A. riflette, poi, sulla ordinaria o straordinaria natura del voto espresso dal creditore pignoratizio, in base all'art. 2352 c.c., scegliendo come soluzione per il corretto esercizio del voto quella che ha ad oggetto l'accordo tra i titolari degli interessi coinvolti da un tale esercizio (creditore pignoratizio e socio); cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, IV, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 1991, 121-124, il quale afferma che è difficile definire, in via tassativa, quali sono gli atti di straordinaria amministrazione; in senso non dissimile cfr. A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1973, 85-87, il quale ritiene che non può predeterminarsi un criterio distintivo tra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione poiché tale classificazione è relativa ovvero dipende dal fine specifico perseguito da una determinata gestione dell'impresa: il criterio di normalità rispetto a una determinata gestione deve essere, quindi, integrato da quello della relatività.

Un incremento patrimoniale che coinvolge un patrimonio estraneo rispetto a quello del debitore è, quindi, da annoverarsi in atti di ordinaria amministrazione. Pertanto si applicano le regole del diritto societario comune, in specie l'art. 2393 c.c. ss.; in particolare è necessaria la delibera assembleare quale presupposto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, escludendo una legittimazione attiva, anche concorrente, del commissario giudiziale. Una tale considerazione è coerente con il fatto che la proposta di concordato preventivo non è ancora stata approvata e neppure omologata e, quindi, il diritto di credito verso gli amministratori resta nella piena disponibilità della società di capitali che può scegliere se esercitarlo o meno. In una tale scelta l'assemblea dei soci dovrà valutare le particolari capacità dell'amministratore contro cui l'azione risarcitoria è diretta per evitare di compromettere l'oggettiva continuità aziendale che rileva sia in un concordato liquidatorio in cui l'obiettivo è la vendita dell'azienda sia in un concordato in continuità aziendale²⁴⁰.

Infatti un esercizio scorretto dello strumento dell'azione sociale di responsabilità può influire sul buon esito della procedura concorsuale, comportando una pronuncia di inammissibilità oppure un decreto di revoca provvedimento di ammissione, ex art. 173 l. fall., poiché influisce sulla composizione del patrimonio del debitore e, quindi, sul soddisfacimento dei creditori²⁴¹.

La situazione è resa, inoltre, più complessa nel caso di domanda di concordato "bianconero", poiché prevede un'anticipazione anche solo parziale di quello che sarà il contenuto della proposta e del piano di concordato preventivo.

In tal caso gli amministratori, se anticipano un futuro esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dei soci o una rinuncia della stessa, di fatto vincolano gli stessi soci all'emissione della corrispondente delibera assembleare, a pena di

²⁴⁰ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 76-81, la quale ritiene che, con la novella del 2015 e la modifica dell'art. 172 l. fall., il commissario giudiziale debba evidenziare le responsabilità degli organi sociali, ma che egli non abbia un potere in merito all'esercizio delle azioni risarcitorie, evidenziando che la revoca di un amministratore particolarmente importante potrebbe risultare pregiudizievole per la continuità aziendale.

²⁴¹ M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 144-145; cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2014, 370-371, i quali ritengono che il buon esito della procedura concorsuale sia un principio generale da tutelare; cfr. A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 249-256, il quale intende tale principio come idoneità tecnico-organizzativa a realizzare lo scopo della procedura concorsuale.

inammissibilità alla procedura concorsuale o di revoca del decreto di ammissione alla stessa²⁴².

Perciò i soci di s.p.a. già dalla fase di pre-concordato²⁴³ devono decidere in merito agli atti da compiere:

- a) promuovere l'azione sociale di responsabilità e tentare, anche tramite il risarcimento, di diminuire la crisi al momento che sarà liquidato il danno dal giudice;
- b) rinunciare all'azione sociale di responsabilità in accordo con la minoranza qualificata affinché l'amministratore rimasto in carica conduca la società fuori dalla crisi;
- c) effettuare una transazione dell'azione sociale di responsabilità per monetizzare subito il risarcimento del danno senza dover attendere i tempi di una normale azione di condanna;
- d) proseguire l'azione sociale di responsabilità avanzata prima dell'ammissione alla procedura.

Nonostante gli altri interventi legislativi, portati dal d.l. n. 83/2015, testimoniano un *favor* verso il creditore, ci chiediamo se la previsione normativa che conferisce un potere di esclusiva in relazione all'apertura della procedura di concordato preventivo, a difesa del debitore, non possa essere posta a sostegno della tesi secondo cui nella fase di apertura della procedura, non si è ancora verificato quel passaggio del controllo dai soci ai creditori sull'impresa stessa. Allora, così argomentando, in questa fase si giustifica che l'azione sociale resti in capo al debitore che può: continuarla, rinunziarla o transigerla²⁴⁴.

Invece i creditori anche singolarmente possono già in tale fase inserire una proposta e un piano di concordato preventivo che prevede l'esercizio dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. non potendo esercitare l'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c. di cui resta titolare la sola società di capitali

²⁴² Cfr. R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in giur. comm., 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 316-318; 322.

²⁴³ Cfr. S. COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l.*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 178, il quale ritiene che il socio di s.r.l. eserciti l'azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art. 81 c.p.c.; V. ALLEGRI, *L'amministrazione della s.r.l. dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 164-166.

²⁴⁴ Ciò è confermato dalla titolarità esclusiva in capo alla società del diritto alla rinuncia o alla transazione dell'azione sociale di responsabilità al fine del perseguimento di un interesse sociale, che resta sempre e comunque di natura privata e che è sempre rivolto ad aumentare il profitto per la società, cfr. A. TINA, *L'esonero di responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 136-149.

debitrice²⁴⁵. Nel caso di esito vittorioso dell'azione risarcitoria e di omologa del concordato preventivo, la ricostituzione della garanzia patrimoniale produrrà un vantaggio nel singolo patrimonio dei creditori concordatari nel rispetto della *par condicio creditorum* e senza alterare le cause legittime di prelazione.

Una volta sciolta la riserva, salvo l'ipotesi di concordato preventivo con cessione totale di beni, il sotteso credito latente deve essere inserito nel relativo piano di concordato preventivo. Quindi, sembra chiaro che la posta economica sottesa all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità deve essere, comunque, indicata nell'elenco delle attività del debitore ai sensi dell'art. 161, comma 2 lett. b) l. fall., salvo nel caso di liquidazione totale dei beni; nel caso in cui manchi una tale indicazione i professionisti incaricati di valutare le utilità economiche che rientrano nel patrimonio del debitore dovranno indicare tale posta economica.

Il professionista attestatore, nel verificarne la fattibilità economica, attesta non solo che vi siano i presupposti per una tale azione risarcitoria, ma anche che l'utile sotteso sia quello prospettato nel piano di concordato preventivo²⁴⁶; dette considerazioni saranno oggetto anche del controllo del commissario giudiziale al momento della sua relazione da depositarsi 45 giorni prima dell'udienza fissata per l'omologazione e comporteranno, quindi, una duplicazione di attività di *monitoring* e con essa un aumento dei costi da pagare in prededuzione.

Inoltre, nei concordati preventivi di maggiore rilievo, nel caso di pagamento non integrale dei creditori privilegiati, occorre un'attestazione speciale che attesti la mancanza di alternative che assicurino un miglior soddisfacimento, ai sensi dell'art. 160, comma 2 l. fall., e i problemi sembrano raddoppiarsi qualora si cerchi di stabilire in che rapporto sta l'attestazione speciale con quella generale, se cioè in caso di discordanza tra le due attestazioni deve prevalere la prima sulla seconda o viceversa. Infatti, ove si adotta un criterio di specialità, prevarrà il contenuto dell'attestazione

²⁴⁵ Cfr. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 367-369, il quale ritiene che imporre il limite dei crediti del 10% sia di ostacolo per ammettere nella fase di pre-concordato proposte concorrenti avanzate dai creditori.

²⁴⁶ Cfr. G. BERSANI, *La valutazione di fattibilità giuridica del concordato preventivo nell'interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla verifica del contenuto dell'attestazione del professionista ex art. 161 l. fall.*, in www.ilcaso.it, 20 ottobre 2014, 15-19, secondo cui il requisito dell'indipendenza deve riferirsi a rapporti personali e contrattuali con il proponente, ritenendo che l'attestatore sia indipendente laddove non si trovi nelle situazioni di incompatibilità previste per le società di revisione rispetto all'impresa e ai principali creditori. ID., Op. cit., 19-28, riflette sull'attività del professionista rivolta ad accertare che i dati corrispondano alla realtà aziendale; solo con una visione complessiva dell'azienda egli potrà effettuare il giudizio sulla fattibilità economica che, ove positivo, attesti che la situazione futura, cristallizzata nella proposta di concordato preventivo, sia il logico sviluppo delle premesse del piano e della sua esecuzione.

speciale e, quindi, l'attestatore generale del piano di concordato preventivo deve recepire quanto attestato, dall'attestatore speciale, senza la possibilità di modificare la relazione in ordine al mancato pagamento integrale dei privilegiati. Invece, laddove si neghi una tale prevalenza, l'attestatore generale può liberamente modificare, nella sua attestazione, quanto è stato dichiarato dall'attestatore speciale, specie ove si ritenga che la connessa responsabilità professionale operi, sempre e comunque, in autonomia, per le singole attestazioni, poiché non è ammessa una responsabilità solidale tra i due attestatori.

Possiamo ritenere prevalente la seconda impostazione poiché la mancanza di norme espresse fa presumere che l'attestatore può e deve, liberamente, determinare il contenuto della sua attestazione e che la relativa responsabilità è da ascrivere, in via esclusiva, al suo operato.

Tuttavia, una volta sciolta la riserva, i soci potrebbero revocare la proposta ed il piano connesso e trovare un diverso accordo con i creditori (che sia un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione)²⁴⁷ con l'eliminazione o l'introduzione della clausola concordataria che prevede l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori²⁴⁸.

Infine con la chiusura della procedura termina la "concorsualizzazione" delle azioni risarcitorie e l'azione sociale si risande per effetto di una de-concorsualizzazione a favore della s.p.a. tornata *in bonis*²⁴⁹. Infatti la chiusura della procedura determina la possibilità per la s.p.a. in concordato preventivo di continuare un'azione sociale di

²⁴⁷ Cfr. in senso contrario, R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 426-429, secondo cui il debitore non può revocare la proposta che tutela oltre ai suoi anche gli altri interessi che acquistano, con l'apertura della procedura, rilevanza sul piano giuridico-formale; cfr. F. GUERRERA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. Calvosa (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 66-67, il quale evidenzia come la procedura di concordato preventivo possa concludersi con un accordo di ristrutturazione.

²⁴⁸ Cfr. per la revoca della proposta di concordato nelle more della sentenza di omologa, G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, nt. 5, 3-4.

²⁴⁹ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 132-134, il quale ritiene di non ammettere deviazioni dalla regola secondo cui il diritto al risarcimento si risande in capo alla s.p.a. debitrice una volta chiusa la procedura; cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Studi di Diritto dell'Impresa*, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 135-138, la quale nega una concorsualizzazione dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2394 c.c. per la mancanza di una norma *ad hoc*.

responsabilità anche se la stessa in pendenza della procedura era stata esercitata da un altro soggetto²⁵⁰.

Dopo l'omologazione però si pone sostanzialmente il problema su chi sia il soggetto legittimato all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

13. Il concordato con cessione dell'azione sociale al liquidatore

Il concordato liquidatorio determina una scissione tra titolarità e legittimazione a disporre dei beni ceduti²⁵¹, poiché il potere di liquidare i beni trasferiti spetta al liquidatore (sia nel caso di cessione di beni ai creditori che nel caso in cui non vi sia cessione di beni ai creditori) e implica un conferimento del connesso potere idoneo a monetizzare il credito sotteso all'azione sociale mediante il suo esercizio²⁵².

In via preliminare si segnala come nel caso di concordato liquidatorio parziale il credito deve essere ceduto, mediante indicazione nel piano di concordato preventivo²⁵³, nel caso di liquidazione totale, salvo diversa volontà dei soci, tendenzialmente espressa con una delibera di rinuncia e transazione (cosa che, peraltro, dimostrerebbe che la asserita liquidazione totale in realtà non sarebbe totale, ma parziale), il credito si considera ceduto al liquidatore a prescindere dal suo inserimento nel piano di concordato preventivo. Quindi il credito latente si considera trasferito al liquidatore per la realizzazione della percentuale concordataria ed è

²⁵⁰ Cfr., in riferimento al non dissimile tema del ritorno *in bonis* del fallito legittimato a subentrare nei processi pendenti in cui stava in giudizio il curatore, V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002, 256-258.

²⁵¹ Cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 8-10.

²⁵² Cass. Civ., sez. II, 3.11.2017, n. 26211, stabilisce che il potere di esercitare il credito, attribuito al liquidatore concorsuale, deve essere inteso come una eccezione al generale potere di disporre che è proprio del debitore. Cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 156-161, il quale ritiene che la titolarità dei beni oggetto di cessione rimane in capo al debitore e solleva un dubbio in relazione ai poteri dei liquidatori sui beni ceduti, dando per acquisito che la cessione produce effetti solo obbligatori e non traslativi. L'A. inquadra i poteri del liquidatore in quelli di un sostituto, *ex lege*, dei creditori cessionari-mandatari del debitore-cedente o al più di un submandatario.

²⁵³ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare Maffei Alberti*, 6° ed., Cedam, Padova, 2013, 1055-1056, sostiene che nel piano di concordato preventivo devono essere indicate le modalità e i tempi di adempimento della proposta in cui devono risultare i beni oggetto della cessione nonché il soddisfacimento dei crediti: remissorio, dilatorio o misto.

monetizzabile indipendentemente dalla delibera assembleare di cui all'art. 2393 c.c.²⁵⁴.

L'art. 182 l. fall.²⁵⁵ stabilisce che le parti possono, soltanto, disattivare la modalità esecutiva del concordato preventivo che prevede la nomina del liquidatore, prevedendo un diverso modo di dar attuazione al regolamento negoziale dei loro interessi. Laddove le parti non prevedano nulla nel piano di concordato preventivo²⁵⁶, la disciplina concorsuale stabilisce, come normale modalità esecutiva del concordato preventivo liquidatorio, la nomina del liquidatore, affiancato dal comitato dei creditori che assiste alla liquidazione²⁵⁷, e la cessazione delle funzioni del giudice delegato²⁵⁸.

Con la sentenza di omologa si produce quindi la costituzione dell'effetto traslativo del potere di esercizio dell'azione sociale di responsabilità²⁵⁹. Quindi la s.p.a. debitrice non può, da quel momento, esercitare l'azione sociale di responsabilità²⁶⁰.

²⁵⁴ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 81-84, la quale ammette una tale distinzione nel testo indicando che, dove la cessione sia totale e non siano indicati i singoli beni ceduti, tra questi devono includersi anche le azioni giudiziarie risarcitorie.

²⁵⁵ A. USAI, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), tomo III, Utet, Torino, 2016, 3734-3735, sostiene che il momento iniziale della fase esecutiva coincida con il deposito del decreto e non sia necessario attendere il passaggio in giudicato; cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in Impresa-Società-Fallimento, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 88-92.

²⁵⁶ In tal caso è dubbio se una mancata previsione possa dar luogo ad un'ipotesi di annullamento del concordato preventivo, qualora la si interpreti come sottrazione di una parte rilevante dell'attivo, privando i creditori delle utilità estraibili e appropriandosene solo a chiusura della procedura, oppure se, al contrario, non ricorra in tale fattispecie concreta l'elemento del dolo e, conseguentemente, sia da escludere l'annullamento del concordato preventivo, cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in Impresa-Società-Fallimento, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 235-237.

²⁵⁷ C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 79-88, sottolinea le funzioni del comitato dei creditori volte a tutelare il gruppo di creditori; G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in Impresa-Società-Fallimento, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 143-145.

²⁵⁸ C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 55-62; 68-79 sostiene che, in questa fase, scompare la figura del giudice delegato, non essendovi alcun dato normativo a sostegno degli orientamenti volti ad attribuire alcun ruolo, nella fase esecutiva, a tale figura; in senso contrario, cfr. A. USAI, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), tomo III, Utet, Torino, 2016, 3737; cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in Impresa-Società-Fallimento, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 102-103; 129, il quale ne riconosce un ruolo seppur limitato.

²⁵⁹ Cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in Impresa-Società-Fallimento, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 1-3, il quale ritiene che tale sentenza abbia natura di accertamento e al tempo stesso costitutiva di effetti.

²⁶⁰ C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, nt. 12, 10; nt. 55, 25, sostiene la distinzione tra titolarità sul bene ceduto, propria del cedente-debitore e il potere di disporre in via esclusiva del cessionario-creditore, che è legittimato ad impedire al titolare di disporre del medesimo bene.

Perciò le utilità estratte dal liquidatore sono vincolate, da un lato, a quanto dettato dal Tribunale nel decreto di nomina, dall'altro, al miglior soddisfacimento dei creditori. Nel concordato con cessione totale dei beni al liquidatore, nel caso in cui egli non eserciti alcuna azione risarcitoria, (nel caso in cui si ritenga tale azione diretta e non surrogatoria), i singoli creditori possono esercitare, in via surrogatoria, individualmente e con effetti collettivi l'azione risarcitoria *ex art. 2394 c.c.* verso gli amministratori per reintegrare la garanzia patrimoniale, poiché detta azione nella fase esecutiva del concordato preventivo si concursualizza. I singoli creditori possono, anche, agire in via risarcitoria nei confronti del liquidatore. Per quel che concerne le modalità di esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte del liquidatore del concordato preventivo, nel decreto di nomina possono essere nominati più liquidatori e tale decreto indicherà le modalità con cui detti soggetti dovranno eseguire le operazioni di liquidazione del patrimonio sociale e in che modo essi dovranno esercitare l'azione sociale di responsabilità.

Intanto si ritiene che, per evitare inutili spese e complicazioni processuali, visto il trasferimento del potere di esercitare l'azione sociale in capo al liquidatore, che quest'ultimo abbia una legittimazione esclusiva a iniziare la controversia giudiziaria o a continuarla²⁶¹.

Possono essere nominati più liquidatori anche inseriti nel piano di concordato preventivo, dallo stesso debitore, anche se poi, in ultima istanza, spetta sempre al Tribunale ai sensi dell'art. 28 l. fall., a cui l'art. 182 l. fall. rinvia, valutare se essi siano o meno in conflitto di interessi.

Il Tribunale con il decreto di omologa può prevedere che solo il liquidatore con determinate conoscenze in materia societaria sia competente a esercitare l'azione sociale di responsabilità (o addirittura che possa scegliere tra i vari istituti connessi all'azione sociale: esercizio, rinuncia o transazione) e che gli altri liquidatori siano competenti alle tradizionali operazioni liquidatorie che prevedono la conversione in denaro dei beni presenti nel patrimonio della società per azioni debitrice. Oppure il decreto del Tribunale può stabilire che i liquidatori debbano esercitare l'azione sociale congiuntamente, in quanto una competenza disgiunta creerebbe solo ulteriori

²⁶¹ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 91-93, la quale sostiene la legittimazione concorrente con quella della società o della minoranza dei soci, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c. e, quindi, qualora l'azione fosse già iniziata, il liquidatore, fermo il dubbio in merito all'obbligo di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c., potrebbe intervenire ai sensi dell'art. 105 c.p.c.

complicazioni. In un solo caso anche in tale modello organizzativo di liquidazione, l'operazione compiuta senza l'approvazione degli altri liquidatori è da considerarsi ugualmente ammessa e cioè quando le finalità della procedura lo rendono necessario, per sopperire all'inerzia degli altri liquidatori, applicando un'ipotesi simile a quanto avviene nel diritto societario nel caso di inerzia dell'amministratore in merito ad un'operazione particolarmente importante per la società di persone, ai sensi dell'art. 2258, ult. comma, c.c.

Così, se un liquidatore non si comporta con la diligenza richiesta o resta inerte, l'altro liquidatore deve agire in sostituzione per perseguire il miglior soddisfacimento dei creditori nell'adempimento dei suoi doveri²⁶², tuttavia egli deve anche segnalare tempestivamente l'inadempimento dell'altro liquidatore al commissario giudiziale e al giudice delegato, il quale attiva la procedura in Tribunale, procedura che terminerà con un decreto di revoca del liquidatore, qualora si accerti la responsabilità di quest'ultimo²⁶³.

In caso di istanza di risoluzione per mancato esercizio dell'azione sociale da parte del liquidatore, la società di capitali debitrice potrebbe bloccare la procedura nelle more del procedimento di risoluzione, se provvede a pagare i creditori concordatari, e il potere di esercitare l'azione sociale si trasferisce dal liquidatore alla società debitrice. Se fosse accolta l'istanza di risoluzione, venendo meno l'effetto di esdebitazione, in caso di successiva declaratoria fallimentare, in merito all'azione sociale di responsabilità si produrrebbero alcuni effetti rilevanti. Infatti, il potere di esercizio dell'azione sociale di responsabilità trasla in capo al curatore fallimentare, che ne acquista la legittimazione attiva, ai sensi dell'art. 146, comma 3 l. fall. Però nel caso in cui le utilità economiche fossero già state estratte dal liquidatore e ripartite tra i creditori concordatari, il curatore fallimentare potrebbe utilizzare l'istituto della revocatoria per recuperare le utilità estratte con cui i creditori sono stati pagati e, in conformità con il principio della *par condicio creditorum*, potrebbe provvedere nuovamente ad una redistribuzione delle risorse da essa ricavate²⁶⁴.

²⁶² In merito ai poteri del liquidatore, cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 174-179.

²⁶³ In merito alla procedura di revoca attivata dal giudice delegato, cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 166-168.

²⁶⁴ Cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 225-226, il quale distingue tra atti autorizzati, ex art. 167 l. fall., e atti non autorizzati quindi inefficaci, da atti estranei all'ambito operativo di cui all'art. 167 l. fall.

Infine, si pone il dubbio se il debitore possa o meno riservarsi le competenze del liquidatore e, quindi, escludere eventuali trasferimenti in capo ad un terzo aventi ad oggetto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità²⁶⁵.

Seppur risulta maggiore il rischio che i soci in questo caso agiscano in conflitto di interessi perseguendo un loro interesse terzo rispetto allo status di socio, oppure un loro interesse tipico, in quanto soci, ma atipico rispetto all'attuazione del piano di concordato preventivo, non vi sono norme che impediscono che detta competenza sia attribuita alla stessa s.p.a. debitrice.

14. Il concordato in continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale diretta o soggettiva, non determinando un cambiamento del soggetto che esercita l'impresa, non pone questioni particolari in ordine alla legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità²⁶⁶.

Nel caso di concordato aziendale in continuità indiretta la tesi a cui aderiamo è quella derivativa che si fonda sul presupposto secondo il quale insieme all'azienda non circola anche il credito risarcitorio per irregolarità nella gestione dell'impresa.

Infatti, se aderissimo alla tesi opposta secondo cui insieme all'azienda circola anche il credito latente, si rischierebbe di confondere il profilo dell'azienda, quale insieme di beni volti all'esercizio dell'attività di impresa, con il profilo della struttura societaria quale organizzazione collettiva dell'impresa.

Tanto che i fatti di *mala gestio* non si riflettono sul patrimonio aziendale, ma sul patrimonio sociale e, quindi, le azioni di responsabilità verso gli amministratori non sono destinate ad essere ricomprese negli elementi dell'azienda²⁶⁷.

Pertanto nel concordato in continuità indiretta i corrispondenti crediti che derivano da una gestione scorretta degli amministratori possono essere trasferiti, visto che non sono funzionali alla continuità aziendale oggettiva ai sensi dell'art. 186-bis l. fall.,

²⁶⁵ Per uno spunto, cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, in nt. 117, 93-94.

²⁶⁶ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, la quale ritiene che detta azione spetti alla società debitrice.

²⁶⁷ Cfr., in senso contrario, A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 96-97; 100-101, la quale ritiene che per non aversi il trasferimento del credito verso la società conferitaria o verso il terzo acquirente dell'azienda occorre che la s.p.a. debitrice lo escluda espressamente nel piano di concordato preventivo.

solamente mediante l'inserimento del credito latente nel piano di concordato preventivo e l'emissione di un'apposita delibera assembleare ai sensi dell'art. 2393 c.c., quale presupposto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

I meccanismi della circolazione dell'azienda devono essere analizzati anche alla luce della disciplina delle offerte concorrenti ai sensi dell'art. 163-bis l. fall. Nelle ipotesi normali l'azienda viene ceduta al terzo e non vi sono offerte concorrenti, nel qual caso il terzo, che acquista anche l'azione sociale di responsabilità, paga un corrispettivo maggiore e il tema è se tale corrispettivo per la cessione dell'azione sociale di responsabilità debba essere incluso o meno nel prezzo di vendita oppure se il terzo deve pagare le due cessioni (dell'azienda e dello strumento societario) distintamente. Sembra preferibile la seconda soluzione anche perché il credito latente non si configura come un elemento connesso all'azienda in alcun modo; quindi deve restare distinto rispetto alla vendita dell'azienda.

Da un lato, il terzo perfeziona l'acquisto dell'azienda e, dall'altro, la vendita dell'azione sociale deve restare fuori dal bando di gara per l'aggiudicazione dell'azienda.

Pertanto, se il soggetto (terzo offerente) che acquista l'azienda è anche assuntore e se l'azione sociale risulta ormai trasferita al primo acquirente (soccumbente nella gara), l'assuntore non può né esercitarla né agire in alcun modo nei confronti del soggetto legittimato a monetizzare l'azione sociale di responsabilità, restando, peraltro, obbligato per la percentuale concordataria prevista nella proposta di concordato preventivo.

Inoltre, se l'azione è pendente, l'intervenuta cessione produce un'ipotesi di successione a favore del terzo cessionario-assuntore o al soggetto legittimato diverso dall'assuntore²⁶⁸ ai sensi dell'art. 111 c.p.c.²⁶⁹.

Infine, se il concordato preventivo, è misto si applica il criterio della prevalenza e la relativa disciplina del tipo di concordato preventivo la cui prevalenza (tra

²⁶⁸ Per uno spunto sul problema se si ammetta ai sensi del 186-bis per i beni liquidabili, la nomina del liquidatore e il trasferimento in suo favore dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 101-102.

²⁶⁹ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 98, la quale valuta astrattamente compatibile il concordato con assuntore con tutte le tipologie di concordato.

liquidazione e flussi di cassa) risulta dal caso concreto e non in base alla funzione svolta nel caso concreto dal piano di concordato preventivo.

Sembra che una tale tesi che si basa sulla funzione svolta dal piano di concordato preventivo sia incerta nei suoi perimetri e lasci spazio ad un'eccessiva discrezionalità da parte degli operatori del diritto²⁷⁰.

Le stesse considerazioni sono da avanzare in merito alla diversa tesi della combinazione poiché, da un punto di vista operativo, è difficile determinare a quale parte del piano applicare una determinata disciplina e a quale l'altra disciplina, creando incertezze, senza contare che la legge prevede una secca applicazione dell'una o dell'altra disciplina.

Pertanto, se in base al criterio della prevalenza, il cash flow risulta pagare maggiormente i creditori concordatari rispetto alla componente liquidatoria si applicherà la disciplina della continuità e la tesi della legittimazione derivata all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, il cui credito latente è previsto nel piano di concordato preventivo, mentre nel caso in cui è prevalente la componente della liquidazione, allora, si applica la tesi della legittimazione autonoma all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in capo al liquidatore.

15. Il concordato con assuntore

La fattispecie del concordato preventivo con assuntore deve essere distinta dall'ipotesi in cui il terzo assuma una garanzia tecnica stipulando un contratto di fideiussione con il debitore²⁷¹. Infatti, il fideiussore, in quanto coobbligato, non beneficia degli effetti esdebitativi del concordato preventivo ai sensi dell'art. 184, comma 1, l. fall. tanto che i creditori privilegiati possono far valere il credito non falcidiato nei confronti del coobbligato, poiché questi ultimi hanno diritto al soddisfacimento della percentuale non soddisfatta in sede concorsuale, eccetto che

²⁷⁰ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 101-103, la quale aderisce a detta tesi della funzione svolta in concreto dal piano di concordato preventivo.

²⁷¹ Cfr. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, 99-105; cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in Impresa-Società-Fallimento, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 244-253, il quale sostiene che le norme sulla fideiussione si adattano al tessuto normativo del concordato preventivo; qualora, però, ciò non sia possibile, esse devono essere disapplicate.

nella proposta di concordato preventivo non sia prevista una soddisfazione in misura minore, purché non inferiore alla liquidazione del bene su cui insiste la garanzia²⁷².

Il concordato con assunzione era sorto nella procedura fallimentare e regolava una specifica ipotesi di fattispecie di concordato preventivo con scopo di garanzia, mentre non era ancora previsto nella disciplina del concordato preventivo, scoraggiato da disincentivi quali il maggior rischio dovuto alla mancanza di accertamento dell'attivo e del passivo e dalla mancanza di incentivi poiché non sussisteva nella procedura di concordato preventivo il problema della cedibilità delle azioni revocatorie²⁷³.

Oggi la disciplina di cui all'art. 124 l. fall. (proposta di concordato fallimentare) risulta analoga a quella prevista in tema di concordato preventivo ai sensi dell'art. 160, comma 1, lett. b) l. fall. e, pur tenendo presente che il concordato fallimentare è un sub-procedimento all'interno della procedura fallimentare, mentre il concordato preventivo è una procedura concorsuale con presupposti applicativi diversi, si pongono i medesimi problemi²⁷⁴ in merito alla cedibilità dell'azione sociale di responsabilità di una società di capitali verso i soggetti che sono responsabili di irregolarità nella gestione dell'impresa.

Nel concordato preventivo con assunzione l'assuntore inserisce il suo interesse nel binomio debitore-creditori e si forma un rapporto trilaterale: egli, a fronte dell'assunzione di determinate obbligazioni (accollo) verso i creditori del debitore²⁷⁵,

²⁷² Cfr. Cass. 16.02.2015 n. 3022, che nel caso di una s.n.c., in concordato preventivo, valuta se il terzo datore di ipoteca sia da inserire tra i coobbligati pur se il datore di ipoteca non è inserito tra i coobbligati di cui all'art. 184, comma 1 l. fall. e, inoltre, analizza l'ipotesi in cui il socio illimitatamente responsabile, ai sensi dell'art. 184, comma 2 l. fall., è anche datore di ipoteca, tentando di coordinare i due commi, tanto che compensa le spese per intero vista la novità della questione. Quindi la Corte di Cass. sostiene che il socio in questione debba essere soddisfatto per intero, non subendo alcun effetto esdebitativo e rigetta la richiesta di cancellazione dell'ipoteca a favore della banca creditrice per effetto del concordato preventivo. Più di recente si è pronunciata Cass. civ., sez. I, 22.03.2018, n. 7139, sulla specifica questione della fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile, ritenendo che «*la chiave di volta per la soluzione della questione va individuata proprio nella verifica della validità della fideiussione prestata dal socio, quand'anche lo stesso risulti essere illimitatamente responsabile al momento del rilascio della garanzia personale*». Infatti, da un lato, il socio risponde illimitatamente in via sussidiaria per un debito sociale, in quanto appartenente alla società di persone, dall'altro, conserva la posizione di fideiussore garante di un debito altrui (della società in concordato preventivo), cosicché conserva anche l'azione di regresso verso la società per il pagamento dell'intero al creditore garantito.

²⁷³ V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, in nt. 1, 1-2; 37-39.

²⁷⁴ Nel concordato fallimentare con assunzione, l'assuntore si obbliga a pagare gli obblighi concordatari e nella fase esecutiva e, quindi, si è discusso dell'eventuale decadenza degli organi fallimentari, in specie del curatore, ai sensi dell'art. 120 l. fall.; cfr. M. SPADARO, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, in *Il Fallimento*, n. 3, 2017, 284-287, il quale aderisce alla tesi negativa poiché la chiusura per concordato fallimentare non rientrava nelle ipotesi di cui all'art. 118 l. fall., limitando il significato della decadenza ad una situazione che riduce – ma non elimina – i poteri del curatore fallimentare.

²⁷⁵ V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, 175-177.

risulta cessionario di elementi attivi, tra cui il credito sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, che compongono l'attivo patrimoniale della s.p.a. debitrice.

I problemi che si pongono sono di due tipi: sostanziali e processuali.

Questi profili risultano accentuati nella fase successiva all'omologa del concordato preventivo, posto che, nella fase precedente, non spetta all'assuntore alcun tipo di potere: né un potere di revoca della proposta di concordato preventivo non potendo disporre della stessa²⁷⁶, né un potere di esercizio dell'azione sociale di responsabilità prevista dal piano di concordato preventivo non ancora omologato, che spetta sempre alla società debitrice.

I primi problemi riguardano un profilo oggettivo circa l'ammissibilità di una cessione dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, previa indicazione del credito latente nel piano di concordato preventivo e previa delibera assembleare contenuta nel piano di concordato preventivo, i secondi riguardano un profilo processuale circa l'ammissibilità della prosecuzione da parte dell'assuntore di un giudizio iniziato dal debitore, ma anche la facoltà o meno di esperire, a processo in corso, un atto di rinuncia o transazione, in contrasto con la deliberazione assembleare di esercizio dell'azione sociale contenuta nel piano di concordato preventivo.

Infine un terzo problema riguarda un profilo soggettivo ovvero alcuni dubbi in merito a chi possa assumere la qualifica di assuntore e rendersi cessionario dell'azione sociale di responsabilità.

In merito al primo punto la fattispecie del concordato preventivo con assuntore realizza il trasferimento (totale o parziale) delle attività del debitore e l'assunzione totale o parziale delle passività del debitore in capo a un soggetto terzo (l'assuntore).

Il trasferimento totale²⁷⁷ o parziale dell'attivo della società di capitali debitrice è indipendente dal trasferimento totale o parziale dei debiti all'assuntore e, pertanto, le fattispecie che si declinano possono prevedere un trasferimento parziale delle attività del debitore a fronte di un'assunzione totale oppure il caso inverso in cui vi è un

²⁷⁶ Cfr. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, nt. 119-120, 208.

²⁷⁷ Cfr. Cfr. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, nt. 8, 133, che trattando del concordato fallimentare con assuntore, ritiene possibile la liberazione immediata solo ove la totalità dell'attivo sia ceduta all'assuntore; quindi la cessione totale comporta sempre la liberazione immediata che rende irresolubile il concordato fallimentare.

trasferimento totale delle attività a fronte di un'assunzione parziale dei debiti da parte dell'assuntore.

L'assuntore non è, come il fideiussore, un garante e obbligato di secondo grado, in via di regresso²⁷⁸, rispetto al debitore, ma è un obbligato di primo grado in sostituzione totale o parziale del debitore verso i creditori²⁷⁹. Infatti l'assuntore non ha, salvo patto contrario, diritto di regresso nei confronti del debitore in quanto obbligato all'adempimento del concordato omologato e quindi subentra nel rapporto obbligatorio tra società e creditori; detta novazione dal lato soggettivo si attua solo mediante una delibera assembleare contenuta nel piano di concordato preventivo²⁸⁰.

A fronte delle obbligazioni concordatarie assunte, l'assuntore, nel caso in cui il trasferimento dell'attivo del debitore sia totale le utilità ricavate con l'esecuzione della delibera sociale, avente ad oggetto l'esercizio della pretesa sociale, devono essere canalizzate verso il patrimonio dell'assuntore, a partire da quando quest'ultimo risulta essere obbligato all'adempimento verso i creditori concordatari²⁸¹.

Qualora manchi tale deliberazione assembleare, in ordine all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, deve ritenersi che l'assunzione sia parziale e che non comprenda il potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità, potere che resta in capo alla s.p.a. debitrice: era onere dell'assuntore chiedere la previa delibera assembleare da inserire nel piano di concordato preventivo nel momento in cui è subentrato nei rapporti giuridici passivi della società debitrice.

Inoltre l'eventuale percentuale di utile ricavato, in eccesso rispetto al passivo assunto, deve andare a vantaggio dell'assuntore, non potendo determinare l'incremento della percentuale offerta ai debitori né una modifica della soluzione concordataria cristallizzata nella proposta di concordato preventivo²⁸², poiché sono decorsi i

²⁷⁸ G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 66-68, ritiene che il fideiussore non possa essere, in via di rivalsa, soddisfatto in misura maggiore rispetto agli altri creditori concordatari, poiché ciò determinerebbe una violazione della *par condicio creditorum*.

²⁷⁹ V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, 30.

²⁸⁰ Per un problema simile, cfr. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, 39-44; 53-63, il quale ha trattato della cedibilità delle azioni revocatorie.

²⁸¹ Cfr. G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996, 92-95; 216, il quale ritiene che gli effetti traslativi si producono in capo all'assuntore solo con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione.

²⁸² In tal senso una conferma si ha nel concordato Etruria di cui si è occupato il Prof. L. STANGHELLINI, consultabile

termini di legge che consentivano alle parti di modificare il loro accordo che, ai sensi dell'art. 172 l. fall è fissato nei 15 giorni prima dell'adunanza²⁸³. Quanto detto è valido anche se il concordato preventivo con assunzione è un concordato preventivo misto, dove una società di capitali è un assuntore che si occupa della liquidazione dei beni, mentre l'imprenditore continua l'attività di impresa anche a mezzo di società controllate; infatti l'eventuale percentuale o totale del *cash flow* spetta ai creditori solo nei limiti in cui ciò sia stato previsto nella proposta di concordato preventivo.

Infine in merito ai profili processuali in relazione al caso di continuazione di un'azione sociale pendente (già iniziata dalla s.p.a. debitrice), l'art. 169 l. fall rinviando all'art. 43, comma, 4 l. fall., disciplina, quale effetto del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, l'interruzione dei processi pendenti e, quindi, l'assuntore può:

- a) riassumere la causa ai sensi dell'art. 303 c.p.c.;
- b) evitare l'interruzione della causa con un intervento volontario²⁸⁴.

Quindi l'assuntore può continuare il giudizio già iniziato²⁸⁵, purché con la sua opera non determini una *mutatio libelli*. Quindi l'assuntore può continuare la causa contro l'amministratore inadempiente della società di capitali in concordato preventivo, se non muta l'oggetto della domanda. Nel caso in cui fosse pendente la diversa azione di cui all'art. 2394 c.c., egli può esercitare l'azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 2393 c.c.

https://www.commercialisti.fi.it/tribunale/images/territoriali/documenti_tribunale_firenze/giurisprudenza/PROPOSTA%20DI%20CONCORDATO%20PREVENTIVO%20ETRURIA%20GIUGNO%202011.pdf, 6-7.

²⁸³ In passato la modifica della proposta di concordato preventivo era ammessa sino alle operazioni di voto, con la nuova disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo, introdotta dal d.lgs. del 27 giugno 2015 n. 83, convertito in L. il 6 agosto 2015 n. 132, la modifica della proposta di concordato preventivo è ammessa sino a 15 giorni prima dell'adunanza dei creditori ai sensi dell'art. 172, comma 2 l. fall. Preme sottolineare, che gli artt. 163, comma 5 e 160, comma 4, l. fall., se interpretati letteralmente, sembrano riferire che la modifica della proposta di concordato preventivo escluda il calcolo delle percentuali (di blocco e di ammissibilità) ormai fissate al momento della presentazione della proposta di concordato. Quindi, l'interpretazione più convincente è quella di ritenere che il potere di blocco si cristallizzi con il deposito della proposta di concordato preventivo ed un'eventuale modifica delle percentuali (sia chiaro sempre ammissibile sino a 15 giorni prima dell'adunanza), ivi previste, potrà rilevare solo ai fini del raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori e, quindi, per favorire l'approvazione del concordato preventivo.

²⁸⁴ G. TRISORIO LIUZZI, *Concordato fallimentare e cessione delle azioni di massa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 483-486.

²⁸⁵ Cfr. Cassazione civile, sez. un., 23.02.2010, n. 4309. La pronuncia ha ad oggetto, in materia di s.p.a. *in house*, il caso in cui un socio ente pubblico di una s.p.a. in concordato preventivo, escludendo ogni rilievo della propria posizione di socio, si accolla i debiti della società quale assuntore del concordato preventivo e esercita l'azione sociale di responsabilità anche continuando quella esercitata dal liquidatore della società, ai sensi dell'art. 2394-bis c.c.

Invece se fosse pendente l'azione risarcitoria di cui all'art. 2393 c.c., l'assuntore non potrebbe esercitare un'azione *ex art. 2394 c.c.*, se ciò determinasse una *mutatio libelli*.

Inoltre l'assuntore non potrebbe esercitare l'azione sociale se fosse inserita nel piano di concordato preventivo la sua rinuncia o transazione, mentre potrebbe rinunciare all'esercizio dell'azione sociale se il ricavato non fosse destinato ad essere imputato al patrimonio dei creditori ma a quello dell'assuntore.

Infine se, invece, le parti (assuntore e debitore) hanno inserito una clausola concordataria nel piano di concordato preventivo che prevede che l'assuntore operi in veste di sostituto processuale, l'assuntore non acquista la titolarità del potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità e un eventuale giudizio pendente, avente ad oggetto la controversia tra società di capitali e amministratori, la quale deve proseguire in capo all'assuntore, tuttavia i benefici economici che ne derivano devono essere destinati al patrimonio sociale. L'ipotesi citata si verifica nelle ipotesi di concordato preventivo con assunzione parziale dei debiti²⁸⁶.

Inoltre, nel caso di apertura del fallimento dell'assuntore, si applica l'art. 146 l. fall. con la conseguenza che l'assuntore, nel caso in cui non abbia esercitato l'azione sociale di responsabilità, ha dimostrato di non interessarsi all'estrazione delle utilità ad essa sottese e, perciò, si vede sottratto il potere di esercitare il diritto all'utile futuro sotteso all'azione sociale di responsabilità che transita in capo al curatore fallimentare, quale effetto traslativo prodotto dalla sentenza dichiarativa di fallimento.

In merito al terzo profilo, circa limiti soggettivi in capo all'assuntore che è chiamato ad esercitare l'azione sociale di responsabilità, non è presente un limite soggettivo all'assunzione della posizione di assuntore che impedisca all'amministratore, il quale rischia di subire un'azione sociale di responsabilità, al fine di evitarne le conseguenze negative, di farsi assuntore del concordato preventivo. Laddove l'amministratore/assuntore sia l'unico obbligato al risarcimento del danno, l'ipotesi ha, inevitabilmente, ad oggetto la fattispecie di rinuncia all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e, infatti, il responsabile del danno ha, quindi, ritenuto che

²⁸⁶ Cfr. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, 149-153, il quale afferma che la risoluzione di un concordato fallimentare con assunzione cumulativa risulti ingiustificata sul piano pratico per il fatto che spesso l'inadempimento non è imputabile al debitore fallito, ma al solo assuntore del concordato.

la soluzione più proficua fosse quella di beneficiare di un esonero da responsabilità gestorie conseguito attraverso un atto dispositivo dell'azione sociale di responsabilità, offrendo come controprestazione il pagamento dei creditori concordatari.

Infine la medesima situazione si determina qualora il piano di concordato preventivo preveda una delibera assembleare di rinuncia all'azione sociale condizionata all'assunzione del concordato preventivo da parte dell'amministratore.

16. Il concordato e le operazioni di fusione e scissione

Le operazioni straordinarie sul capitale sociale altro non rappresentano che una modalità di distribuzione degli asset dell'impresa in alcuni casi ai soci (si pensi alla riduzione volontaria del capitale sociale) in altri casi a enti societari (nel caso di operazioni concentrative quali la fusione o disgregative quali la scissione)²⁸⁷.

Il potere dispositivo degli organi della procedura concorsuale riguarda il patrimonio sociale e non anche "*lo strumento societario*" di cui i soli legittimati a disporre sono i soci²⁸⁸.

In quest'ultimo caso le operazioni di fusione e di scissione sono consentite espressamente dalla legge, e, da un lato, rispetto ad un concordato preventivo in continuità esse risultano strutturalmente compatibili, dall'altro, rispetto a quello liquidatorio dovranno risultare più convenienti per i creditori in termini di minor tempo e maggior soddisfacimento del credito rispetto alle alternative concretamente praticabili²⁸⁹. Le operazioni di fusione o di scissione devono comportare dei vantaggi per la società o le società in crisi. Ad esempio, in caso di fusione le sinergie da essa generate devono comportare dei vantaggi operativi e finanziari per la società risultante dalla fusione e gli amministratori devono valutare già nel bilancio di

²⁸⁷ Cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 9-10; Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 5-6; 89-90; 121-124, il quale sottolinea che la scissione può avere anche una funzione concentrativa e afferma che solo in un'ipotesi di scissione totale che coinvolge l'intera compagine sociale può sostenersi che tale operazione è l'opposto della fusione, venendo meno tale assunto, invece, nei casi in cui difetti uno dei due elementi menzionati.

²⁸⁸ Le parole virgolettate sono proprie di F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 592-593.

²⁸⁹ Cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 13-14.

fusione gli elementi dell'attivo rapportandoli alla continuità di impresa, per far emergere il valore reale degli elementi dell'attivo²⁹⁰. Una tale valutazione prospettica sugli elementi attivi del patrimonio del debitore deve essere posta in essere anche nel momento in cui gli amministratori redigono il piano di concordato preventivo che sorregge la proposta di concordato preventivo e deve essere posta in essere anche dal professionista attestatore e inserita dal commissario giudiziale nella sua relazione ai sensi dell'art. 172 l. fall. Tra queste valutazioni ben rientra quella in merito all'utile che potrà essere ricavato dal promovimento dell'azione sociale di responsabilità anche dalla società di capitali post fusione²⁹¹, poiché esso costituisce un valore positivo che è destinato a realizzarsi nelle more dell'omologazione o in via successiva.

Anche nel caso di scissione nel progetto redatto dagli amministratori sono inseriti gli elementi attivi da trasferire alla beneficiaria, a fronte di azioni da assegnare ai soci della scissa. Quindi l'operazione di scissione ha una struttura che consente il trasferimento del credito latente dalla scissa alla beneficiaria, se gli amministratori contro cui si agisce sono del C.d.a. della scissa, altrimenti, nel caso inverso, se sono gli amministratori della beneficiaria i soggetti passivi, l'assegnazione delle partecipazioni sociali ai soci della scissa legittima l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro di loro.

Sebbene tali operazioni non sono vietate (prima della Riforma delle società di capitali del 2003 erano espressamente vietate dalla legge)²⁹², in assenza di un piano concordatario nel caso di domanda di concordato preventivo con riserva, si pongono problemi informativi verso i creditori. Quella funzione informativa svolta dal piano di concordato preventivo nei confronti dei soggetti interessati dalla crisi, in primo luogo i creditori, è traslata in capo al pre-commissario le cui funzioni sono anticipate sin dalla proposizione della domanda di concordato preventivo.

²⁹⁰ Lo rileva bene M.C. DIMARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 19-20.

²⁹¹ Cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 53-59, la quale afferma, in merito alla fusione contabile negativa in cui l'incorporata è in crisi, che il disavanzo dovuto al patrimonio netto negativo dell'incorporata viene coperto dall'emersione del valore reale dello stesso così da poter ottenere un concambio positivo a favore dei soci dell'incorporata.

²⁹² Cfr. per un tentativo di superare il divieto previsto dalla disciplina previgente, A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 191-193.

I problemi informativi erano estesi anche alle delibere di fusione e scissione non ancora iscritte presso il Registro delle Imprese alla data della presentazione della domanda di concordato preventivo (specie se neppure era ancora iscritto presso il Registro delle Imprese il relativo progetto di fusione o scissione). Da qui la prassi di condizionare tali delibere all'omologazione del concordato preventivo, purché le società di capitali interessate da dette operazioni presentino, se in stato di crisi, proposte di concordato preventivo distinte, ferma restando la possibilità di un unico piano economico per gestire unitariamente la procedura²⁹³.

Parte della dottrina sostiene che i concordati riorganizzativi²⁹⁴, aventi ad oggetto le modificazioni soggettive o oggettive della s.p.a. in crisi, comportano un coordinamento tra le delibere assembleari richieste per l'esecuzione del piano e la procedura concordataria, mentre altra parte della dottrina, estromette i soci dal potere di disporre di tutto ciò che è previsto dal piano di concordato preventivo²⁹⁵, poiché ritiene che la fonte di legittimazione per l'esecuzione di quanto previsto nel piano di

²⁹³ Cfr. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 370-372, il quale rileva tali problemi informativi e si esprime positivamente per la possibilità di redigere un unico piano economico, pur tenendo distinte le masse attive e passive da indicare nelle distinte proposte di concordato preventivo nell'ipotesi di fusione di società in crisi; tuttavia nonostante la possibilità di un piano unitario non deve ammettersi un concordato di gruppo. Infatti la Cass. civ., sez. I, n. 20559, del 2015 ritiene che poiché, allo stato, la disciplina del concordato preventivo non reca disposizioni specifiche in relazione ai gruppi societari, non è ammissibile – neanche in via d'interpretazione – un concordato di gruppo, sicché le singole imprese appartenenti al gruppo dovranno essere trattate distintamente e, per essere ammesse al concordato, dovranno proporre distinti ricorsi dinanzi al tribunale nella cui circoscrizione si trova la sede principale della società, con distinzione delle relative masse attive e passive. La Cassazione ha cassato il provvedimento della Corte d'appello che respingeva i reclami, proposti dai creditori, contro il decreto con cui il Tribunale di La Spezia omologava il concordato preventivo di una s.n.c., costituita da società di capitali, quali soci illimitatamente responsabili, che hanno conferito in essa la quasi totalità del loro patrimonio sociale. La decisione della Corte d'appello riconosceva l'ammissibilità di un concordato di gruppo e quindi: la competenza, ai fini dell'omologazione, era in capo al Foro di La Spezia, luogo in cui vi era la sede legale della neo costituita s.n.c., vi era un unico piano concordatario comprensivo di tutti i creditori relativi alle imprese soggette ad attività di direzione e coordinamento, l'effetto esdebitativo era esteso ai soci illimitatamente responsabili della s.n.c. La Corte d'appello si pronunciava nettamente a favore di una gestione unitaria della crisi di impresa, rigettando quindi i reclami avanzati dai creditori dissenzienti. In seguito, questi ultimi ricorrevano, quindi, presso la Corte Suprema di Cassazione di Roma. La Corte Suprema di Cassazione, dopo aver riunito i ricorsi, cassa senza rinvio ai sensi dell'art. 382, 3° comma, c.p.c. il provvedimento della Corte d'appello.

Non è ammissibile un unico provvedimento di omologa di un concordato che produca l'effetto esdebitativo nei confronti dei creditori sociali di tutte le imprese aderenti al gruppo, né tanto meno che detto effetto si produca verso i creditori particolari delle stesse.

²⁹⁴ Cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 84-87, la quale indica operazioni tramite cui i creditori sottoscrivono un aumento di capitale con esclusione di opzione, oppure in via indiretta mediante una *newco* costituita *ad hoc* dai creditori e destinata a fondersi con la s.p.a. in crisi.

²⁹⁵ Cfr. R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in RDS, n. 4, 2016, 776-778, il quale ritiene che la tesi di G. Ferri Jr trovi conferma nell'art. 185 l. fall. in materia di proposte concorrenti di concordato preventivo; cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, in nt. 39, 115, il quale nega che la legittimazione autonoma trovi la propria fonte nel piano di concordato preventivo omologato.

concordato preventivo, tra cui l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, sia il decreto di omologa.

Per quel che concerne la fusione, se l'iscrizione dell'atto di fusione presso il Registro delle imprese avviene prima dell'omologazione del concordato preventivo, il soggetto che risulta dalla fusione può deliberare l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, qualora ancora manchi una deliberazione avente tale oggetto.

Se l'iscrizione dell'atto di fusione avviene dopo l'omologazione bisogna distinguere tra concordato liquidatorio e concordato in continuità indiretta.

Nel primo il liquidatore è chiamato ad esercitare, in via autonoma, l'azione sociale di responsabilità, anche se la relativa posta non è inserita nel piano di concordato preventivo della s.p.a. in crisi, poiché non è ammessa una fusione parziale e viene trasferito tutto l'attivo patrimoniale del debitore nel patrimonio di un altro soggetto e senza la necessità di una delibera assembleare preesistente avente ad oggetto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Invece per il concordato in continuità indiretta, la delibera assembleare (si pone il dubbio se l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità possa essere contenuto nella stessa delibera che disciplina la fusione seppur è presa dall'assemblea riunita in sede straordinaria) deve indicare quali sono i beni oggetto di trasferimento al terzo cessionario e, inoltre, dovrà indicare il promovimento dell'azione sociale, come risulta dal piano di concordato preventivo della società partecipante alla fusione; in caso contrario, alla società di capitali risultante dalla fusione, è precluso l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci della s.p.a. che ha partecipato alla fusione.

La s.p.a. risultante dalla fusione (terzo-cessionario) può esercitare l'azione sociale di responsabilità, se ciò è stabilito nel piano di concordato preventivo in continuità indiretta e se è emessa una deliberazione assembleare da parte della società debitrice, in virtù del fatto che la fusione realizza “...un'alterazione dei centri di imputazione dei vari rapporti giuridici riguardanti tutte le partecipanti (fusione in senso stretto) o solo alcune di esse (incorporazione); tali rapporti subiscono una modifica formale

*della loro intestazione che dalla precedente società (estinta in conseguenza dell'unificazione) passa alla società post-fusione*²⁹⁶.

In merito al coordinamento con il diritto di opposizione dei creditori, di cui all'art. 2503 c.c.²⁹⁷, che si propone sia nel concordato preventivo liquidatorio sia in quello in continuità indiretta, non si pone nessun problema se viene assicurato il loro soddisfacimento integrale oppure se vengono depositate le relative somme presso una banca.

In caso contrario l'applicazione dell'art. 2503 c.c. comporta alcuni problemi.

Infatti il diritto di opposizione alla fusione, se venisse esercitato dai creditori nel concordato preventivo, pregiudicherebbe il buon esito della procedura e il possibile esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci della s.p.a. debitrice. Perciò i creditori della società di capitali incorporante maggiormente patrimonializzata potrebbero trovare svantaggiosa l'operazione e bloccarla: se essa è prevista nelle more dell'omologazione il Tribunale pronuncia la revoca del decreto di ammissione, mentre il concordato preventivo viene risolto se la sua attuazione è prevista dopo l'omologazione.

Una soluzione, per evitare le conseguenze negative poc'anzi dette, è quella di anticipare l'esercizio del diritto di opposizione dei creditori *ex art. 2503 c.c.* rispetto alla proposizione del piano concordatario nel senso che, in negativo, la mancata opposizione deve essere un requisito indispensabile per ottenere un giudizio positivo in merito alla fattibilità del piano di concordato preventivo, da parte dell'attestatore, fattibilità oggetto del giudizio di legittimità del Tribunale in sede di omologazione.

Pertanto, se interviene l'opposizione dei creditori nelle more dell'omologazione, si ha la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, poiché non sono rispettati i requisiti di cui all'art. 160 e 161 l. fall.

²⁹⁶ Il passo riportato nel testo è proprio di M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 72.

²⁹⁷Cfr. R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *RDS*, n. 4, 2016, 789-791, il quale ritiene che il potere di opposizione, previsto dalla norma societaria, è sostituito da quello di opposizione all'omologa, previsto dalla norma concorsuale, rinforzato poiché consentito anche ai creditori di una classe consenziente o ai creditori che, in mancanza di classi, non raggiungono una percentuale qualificata di cui all'art. 180 l. fall.; M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 164-170, la quale evidenzia come l'art. 2503 c.c. prescinde dall'appartenenza del creditore opponente ad una classe dissenziente o al fatto che egli raggiunga una percentuale qualificata del credito, così risultando incompatibile con la disciplina di cui all'art. 180 l. fall.

Invece, nel caso di fusione successiva all'omologazione, l'opposizione all'operazione da parte dei creditori determina la risoluzione del concordato preventivo ai sensi dell'art. 186 l. fall.

Un'altra possibile soluzione al problema è quella di consentire ai creditori l'esercizio del diritto di opposizione solo in sede di omologa (il diritto di opposizione non sembra sostituibile con il potere di non approvare la proposta), in specie solo a quelli che raggiungono il 20% o appartengono ad una classe dissenziente o, in caso contrario, agli interessati²⁹⁸; in quest'ultima ipotesi, però, non potendo chiedere al Tribunale un esame di merito, l'interessato dispone di un rimedio che è inefficiente.

La diversa ipotesi di scissione condizionata all'omologazione, anch'essa da inquadrare nella categoria delle operazioni di riorganizzazione di un'impresa in crisi pone problemi per certi versi simili alle ipotesi di fusione delineate sopra.

Infatti, se la società scissa è in concordato preventivo in continuità il cui piano prevede la creazione di una società beneficiaria di nuova costituzione il cui scopo è solo quello di liquidare i beni trasferiti e pagare i creditori concordatari²⁹⁹ e, in via subordinata, se il concordato preventivo non viene omologato e l'operazione di scissione non viene posta in essere, sarà la debitrice stessa a continuare l'attività e liquidare i beni in attuazione di un concordato preventivo misto³⁰⁰.

Di seguito cercheremo di elencare i casi di azione sociale verso gli amministratori delle società di capitali che partecipano all'operazione di scissione, per poi declinarle nelle singole tipologie di concordato preventivo, in specie nella fase esecutiva.

Preliminarmente occorre già anticipare che la scissione pur essendo per certi versi simile al conferimento d'azienda non si esaurisce in esso e quindi non si identifica

²⁹⁸ Cfr. R. BROGI, *La fusione per incorporazione nella società in concordato preventivo*, Nota a sent. Cass. civ., 18 gennaio, 2018, n. 1181, Pres. A. Didone; Est. F. Terrusi, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2018, 552-555, la quale auspica *de iure condendo* un assorbimento del rimedio di cui all'art. 2503 c.c. in quello dell'opposizione all'omologa ai sensi dell'art. 180 l. fall. anche laddove gli oppositori siano i creditori della società incorporanda che non versa in stato di crisi, poiché allo stato deve essere applicata la disciplina societaria e, quindi, perché il piano di concordato preventivo sia fattibile occorre che siano accantonate le somme volte a pagare i creditori che possono far opposizione ai sensi dell'art. 2503 c.c. o che i termini per l'opposizione ivi previsti siano spirati.

²⁹⁹ Inoltre, il concordato preventivo in continuità aziendale tollera che beni non necessari alla continuità aziendale siano liquidati, prevedendo un *business plan* con cui pagare i creditori concordatari. Tuttavia, nel piano di un concordato preventivo in continuità, ai sensi dell'art. 186-bis l. fall., i compiti dell'attestatore risultano più ampi in quanto egli deve attestare che il piano e, quindi, l'operazione di scissione è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori e pertanto che l'eventuale cessione dell'azione sociale sia a ciò diretta.

³⁰⁰ Trib. Ravenna 29.10.2015 della causa n. 5/2015.

necessariamente in un trasferimento d'azienda³⁰¹ dalla società scissa alla società beneficiarie già costituite o di nuova costituzione.

Nell'ipotesi in cui la scissione abbia ad oggetto un trasferimento d'azienda, i principi in tema di scissione integrerebbero le lacune relative al profilo interno dell'imputazione tra le parti dei rapporti attivi e passivi³⁰² che, peraltro, esulano comunque dal tema in esame in quanto il credito latente all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità non si qualifica come credito dell'azienda.

Il trasferimento del credito sotteso all'azione sociale di responsabilità si perfeziona con l'adempimento dell'ultima pubblicità prevista dalla legge e, quindi, in analogia a quanto detto in merito alla fusione, a partire dall'iscrizione dell'atto di scissione presso il registro delle imprese³⁰³, e non concerne il problema della circolazione della partecipazione azionaria all'interno dell'operazione di scissione³⁰⁴. Nella prassi, di solito, si ha una scissione parziale dove la società di capitali scissa è *in bonis* e la società di capitali beneficiaria è in crisi con assegnazione delle azioni della stessa ai soci della scissa. In questa operazione societaria l'azione sociale di responsabilità deve essere esercitata verso gli amministratori della società scissa e viene ceduta nel patrimonio sociale della beneficiaria, poiché è previsto il trasferimento dell'attivo all'interno del progetto di scissione³⁰⁵. In questo caso non si pongono particolari rilievi per l'esercizio dell'azione sociale contro gli amministratori della società di capitali scissa *in bonis* da parte della società beneficiaria. Se la società di capitali beneficiaria è in concordato preventivo in continuità indiretta, in caso di scissione

³⁰¹ Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 84-85, il quale sottolinea come nel Codice di Commercio, mancando una regolamentazione della scissione, spesso le ristrutturazioni di imprese in crisi venivano realizzate mediante l'istituto del trasferimento d'azienda.

³⁰² Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 178-181; 189-192, il quale sostiene che i cespiti patrimoniali si trasferiscono alla società beneficiaria se sono desumibili dal progetto di scissione, potendo però il progetto indicare in via generica che oggetto del trasferimento è l'azienda.

³⁰³ Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 140-146.

³⁰⁴ L'operazione di scissione ha ad oggetto il credito latente all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità che presuppone un trasferimento della legittimazione sostanziale e processuale ad agire senza che si abbia necessariamente un trasferimento della partecipazione azionaria qualificata richiesta dall'art. 2393 c.c. per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Sul tema cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 151-156.

³⁰⁵ Ove non fosse previsto si applica la disciplina generale di cui all'art. 2506-bis, comma 2 c.c., che recepisce l'art. 3, comma 3, lett. a) della direttiva 82/191/CEE che disciplina che l'attivo di cui non è previsto il trasferimento deve essere ripartito tra le società partecipanti all'operazione di scissione se viene trasferito tutto il patrimonio della scissa, altrimenti se la scissione è parziale resta in capo alla trasferente. Nel nostro caso dovrebbe disapplicarsi la norma in favore di quanto previsto dal piano di concordato preventivo.

totale³⁰⁶, la beneficiaria può agire in giudizio, previa delibera assembleare della scissa indipendentemente dall'inserimento o meno del credito latente nel piano di concordato preventivo della beneficiaria, perché è trasferito alla società di capitali beneficiaria tutto il patrimonio della società di capitali scissa; mentre in caso di scissione parziale³⁰⁷, la società di capitali beneficiaria può agire in giudizio contro gli amministratori della società di capitali scissa *in bonis* solo se questa ha previamente deliberato in tal senso e la società di capitali beneficiaria ha inserito tale deliberazione nel piano di concordato preventivo.

Nel caso, invece, in cui venga deliberata dall'assemblea straordinaria una scissione dalla società di capitali scissa in crisi con trasferimento dell'attivo alla società di capitali beneficiaria *in bonis* con la conseguente assegnazione delle azioni della società di capitali beneficiaria alla scissa in crisi e in cui l'azione sociale di responsabilità è da esercitare verso gli amministratori della società di capitali beneficiaria *in bonis*, il ricavato va ad incrementare il patrimonio sociale della scissa in crisi. Nel caso in cui la società di capitali scissa sia sottoposta a un concordato preventivo liquidatorio parziale sia che sia sottoposta ad un concordato preventivo liquidatorio totale, è necessaria una delibera assembleare della beneficiaria e il suo inserimento nel piano di concordato preventivo perché il liquidatore eserciti l'azione sociale contro gli amministratori della società di capitali beneficiaria *in bonis* e lo stesso se la scissa è in concordato in continuità indiretta.

Invece nel caso in cui la scissa è in concordato preventivo liquidatorio o in continuità per esercitare l'azione sociale per irregolarità gestorie commesse dai propri amministratori, la delibera assembleare che legittima all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità deve essere inserita nel piano di concordato preventivo, altrimenti il credito latente si intende ceduto alla società beneficiaria.

In questa ipotesi abbiamo una cessione di un credito dalla scissa alla beneficiaria e si pone il dubbio se deve o meno osservarsi la disciplina in tema di conferimenti aventi ad oggetto un credito ai sensi dell'art. 2255 c.c. a cui rinviano sia la disciplina della s.p.a. che quella della s.r.l.

³⁰⁶ Non riteniamo che sia necessario inserire nel progetto di scissione un'indicazione analitica dei beni oggetto di trasferimento patrimoniale.

³⁰⁷ Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 136-140, il quale ritiene che oggetto del trasferimento può essere anche un singolo bene e non per forza una pluralità di beni e, inoltre, egli sottolinea che non è detto che laddove vi sia una pluralità di beni essi facciano parte dell'azienda.

Posto che tecnicamente non può parlarsi di conferimento poiché non viene effettuato dai soci ma dalla società scissa e posto che il trasferimento patrimoniale non riguarda necessariamente crediti, anche nel caso in cui sia trasferito solo il credito latente sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità non sembra applicabile la disciplina dei conferimenti dove prevede una garanzia ex lege in capo a colui che trasferisce il credito, in deroga all'art. 1267, comma 1 c.c.

Ciò premesso è ammissibile che un tale accordo sia lasciato all'autonomia delle parti nel configurare tale operazione straordinaria sul capitale sociale che, laddove, si accordino in tal senso garantiscono il rispetto del principio di effettività del capitale sociale della beneficiaria in crisi, qualora esso sia formato mediante suddetto trasferimento patrimoniale e non a fronte di nuovi conferimenti, e assicurano anche la copertura del valore nominale delle nuove azioni o quote assegnate ai soci della scissa³⁰⁸.

Una norma che sottolinea l'importanza di monetizzare l'azione sociale verso gli amministratori inadempienti della società di capitali scissa in crisi è l'art. 2506-quater, comma 5 c.c., la quale afferma che i debiti della società di capitali scissa in crisi, nei limiti del patrimonio assegnato, sono pagati in solido dalla società di capitali beneficiaria.

Infine l'eventuale annullamento o risoluzione del concordato preventivo non pregiudica la fusione o la scissione dal momento in cui è posto in essere l'ultimo adempimento pubblicitario³⁰⁹ e neppure il trasferimento della competenza ad esercitare l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori o i sindaci di una delle società di capitali che hanno partecipato all'operazione straordinaria.

17. La cessione della controversia all'arbitro

Il tema che ha ad oggetto la cessione dell'azione sociale di responsabilità, stavolta non tra le parti, ma ad arbitri, acquista importanza in considerazione del mutato atteggiamento del legislatore a partire dalla legge delega n. 366 del 2001³¹⁰. Infatti quest'ultimo favorisce la cessione delle liti giudiziarie ad arbitri anche per aumentare

³⁰⁸ Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 223-228.

³⁰⁹ Cfr. R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *RDS*, n. 4, 2016, 788-789.

³¹⁰ S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 1-10.

la competitività del nostro ordinamento societario rispetto ad altri paesi, contrastando il fenomeno di *forum shopping*³¹¹.

L'arbitrato è uno strumento di risoluzione delle controversie che comporta dei costi e questi costi potrebbero aggravare la crisi di impresa e per questo, in relazione alle procedure concorsuali, non trova una diffusa applicazione.

Premetto che non tratteremo del problema dell'arbitrato internazionale, viste le problematiche circa la individuazione della legge regolatrice del rapporto ovvero del coordinamento tra le singole leggi che si applicano alle singole parti del rapporto. Non analizzeremo neppure del problema riguardante il rapporto tra arbitrato comune e arbitrato societario, rilevando solamente che il secondo non si applica, ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 5/2003, alle s.p.a. quotate e che la clausola compromissoria statutaria è un modello speciale della clausola compromissoria comune di cui all'art. 808 c.p.c.³¹².

Non risulta configurabile una competenza in capo al tribunale fallimentare in merito all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e, quindi, non ci sono ostacoli alla devoluzione ad arbitri della controversia tra società e amministratori, mediante una clausola compromissoria che sia autonoma dal contratto o dallo statuto in cui è inserita³¹³, e neppure all'attribuzione di tale competenza mediante un contratto di compromesso.

³¹¹ Sul tema del diritto di stabilimento della sede sociale all'estero, v. G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (Capitale sociale quo vadis?)*, in Riv. soc., 2010, 1238-1239; sul punto v. le note sentenze: G. COSCIA, *Commento alla sentenza EugH, 5 novembre 2002 -C- 208/00 (überseering) La teoria della sede effettiva o sitztheorie e la libertà di stabilimento societario*, in Giur. It., n. 4, 2003, 702-711; R. WEIGMANN, *Commento alla sentenza EuGH, 30 settembre 2003 -C- 167/01 (Inspire Art)*, in Giur. It., n. 2, 2004, 325-333. Nella prima delle sentenze richiamate si sottolinea come già nella precedente giurisprudenza della Corte di giustizia erano eliminati i limiti al diritto di stabilimento, visto il divieto di applicare a enti stranieri condizioni sfavorevoli rispetto a enti originari di quello Stato. Gli articoli 43 e 44 del Trattato CE affermano che la libertà di stabilimento presuppone il riconoscimento dell'ente straniero come persona giuridica. Nella seconda sentenza richiamata si afferma che le restrizioni a detta libertà possono essere giustificate solo per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica ex art. 46 del Trattato CE.

³¹² S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 17-19; 22. Cfr. G. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da)*, Utet, Torino, 2006, 244-246, il quale applica la disciplina della nullità nel caso in cui una società per azioni aperta adotti una clausola ex art. 34 d.lgs. n. 5/2003, mentre se la società per azioni chiusa poi diventa una s.p.a. quotata, la clausola compromissoria diviene inefficace.

³¹²Cfr. in merito all'esercizio dell'azione sociale da parte del curatore fallimentare, A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, v. 382-386; cfr. A. BONSIGNORI, *Arbitri e fallimento*, 2 ed., in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), Cedam, Padova, 1995, 14-15, il quale ritiene che l'art. 24 l. fall. è irrilevante rispetto agli effetti del compromesso o della clausola compromissoria sulla procedura fallimentare.

³¹³ Cfr. S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 30-31; 36-38; 41, il quale ritiene che non ci sia la possibilità di inserire in un atto separato dello statuto la

Infatti, preliminarmente, la devoluzione della controversia sul diritto di credito latente ad arbitri non è in conflitto con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 2907 c.c.³¹⁴, in specie se si consideri che i soci, in una crisi di impresa, possono non avere quell'interesse ad agire in via giurisdizionale richiesto dall'art. 100 c.p.c.³¹⁵

Nel caso in cui sia pattuito un contratto compromissorio, la delibera assembleare si pone come elemento necessario a perfezionare l'atto di compromesso³¹⁶ ed è interessante porla in relazione alla fase esecutiva del concordato preventivo senza riflettere sulla distinzione tra clausola arbitrale comune e clausola arbitrale societaria, avendo presente che solo quest'ultima prevede la eterodesignazione degli arbitri da parte di un terzo, ai sensi dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003³¹⁷.

Quindi verrà trattato il tema se sia ammissibile o meno sostenere l'opponibilità della clausola arbitrale o del contratto, che devolve la singola controversia all'arbitro, al liquidatore o al terzo cessionario dell'azione sociale che vuole, invece, agire in via giudiziale.

L'azione sociale di responsabilità è arbitrabile poiché transigibile e rinunziabile, in quanto ha ad oggetto un diritto disponibile ai sensi dell'art. 806 c.p.c., ed è lasciata alla disponibilità dei soci in una società *in bonis*³¹⁸, ma il dubbio è se questa

clausola compromissoria societaria, come si evince dal tenore letterale dell'art. 34 d.lgs. n. 5/2003; cfr. G. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 216-217; 220-221, il quale sottolinea le maggioranze più elevate, richieste dall'art. 34 d.lgs. n. 5/2003, rispetto a quelle prescritte per le modifiche statutarie e la connessa facoltà di recesso del socio a prescindere da un pregiudizio subito.

³¹⁴ M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. delle procedure concorsuali*, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa, Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, in nt. 5, 458.

³¹⁵ M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. delle procedure concorsuali*, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa, Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 459-460.

³¹⁶ G. FERRI, *Arbitrato libero e responsabilità degli amministratori nei confronti della società*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1967, 469-477.

³¹⁷ S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 158-159, il quale ritiene che nelle ipotesi di violazione della modalità di nomina prevista dalla legge, l'arbitrato diviene un arbitrato societario "ordinario" sottoposto alla disciplina di cui all'art. 806 ss. c.p.c. e alla nomina dell'arbitro mediante il doppio binario.

³¹⁸ In tal senso, riferendosi pur sempre all'azione sociale anche se esercitata dalla minoranza, v. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 358-362; M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 227-229; cfr. S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 176-180; 184-185; 198-199, il quale ritiene che la compromettibilità di una clausola arbitrale avente ad oggetto l'invalidità delle delibere assembleari non risiede nel legame tra tipo di invalidità della deliberazione sociale e disponibilità del diritto, in quanto, al più, è il voto ad essere disponibile e non la deliberazione assembleare; F. CORSI, *Diritti disponibili e arbitrato societario*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, 286-288, sottolinea come il legislatore non abbia inciso la disciplina dell'arbitrato comune riconfermando l'esclusione delle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili anche per quello societario.

disponibilità deve essere disattivata, atteso che si verifica un trasferimento dell'azione sociale di responsabilità a terzi soggetti cessionari nella fase quanto meno esecutiva del concordato preventivo (liquidatorio e in continuità indiretta). La disponibilità dell'esercizio dell'azione sociale e del diritto risarcitorio ad essa sotteso non viene meno per effetto dell'apertura della procedura di concordato preventivo né con l'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 173 l. fall., poiché il diritto di credito resta a disposizione dell'assemblea dei soci e non diviene indisponibile³¹⁹. Quindi, sino all'omologa del concordato preventivo, la controversia è compromettibile mediante clausola compromissoria, se il Tribunale ha disposto l'autorizzazione all'inserimento nello statuto societario o se la stessa era già presente, prima dell'apertura della procedura, resta valida ed efficace.

La devoluzione della controversia ad arbitri, anteriore o successiva all'apertura della procedura di concordato preventivo è opponibile, purché sia prevista nel piano di concordato preventivo, al liquidatore nel concordato preventivo liquidatorio parziale o totale, o al terzo cessionario, nel concordato preventivo in continuità indiretta, dato che l'esistenza di una tale clausola arbitrale potrebbe aver incentivato i creditori ad accettare la proposta di concordato preventivo.

Infatti si trovano tracce di una compatibilità tra arbitrato e procedure concorsuali e il fatto che non vi sia incompatibilità lo confermano alcune norme relative alla procedura fallimentare: l'art. 25 comma 1 n. 7 l. fall. afferma che il giudice delegato su proposta del curatore nomina gli arbitri³²⁰, (la *vis attractiva* di cui all'art. 24 l. fall. per diversità di contenuto non disapplica la facoltà delle parti di devolvere la controversia ad arbitri)³²¹, l'art. 35 l. fall. prevede che il curatore fallimentare può

³¹⁹ In merito alla disponibilità o meno del diritto, cfr. S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 208-209; 212-213.

³²⁰ L'articolo in esame è stato modificato dalla riforma della legge fallimentare del 2006 e non prevede più al comma 1, n. 6, una competenza generale del giudice delegato ad autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione del curatore fallimentare, salvo il disposto dell'art. 35 l. fall. Detto articolo prevedeva un'autorizzazione peculiare che era di competenza del giudice delegato se l'oggetto dell'atto era inferiore ad un certo importo, in mancanza l'atto posto in essere dal curatore fallimentare era da considerarsi inefficace e cfr. V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002, 183-186; 193-194; cfr. A. BONSIGNORI, *Arbitri e fallimento*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), Cedam, Padova, 1995, 20-21; 38, il quale sostiene che non è di ostacolo alla stipula del compromesso il fatto che sia già pendente il giudizio contro gli amministratori, sottolineando come la legittimazione alla scelta fra lo scioglimento del contratto di compromesso o il subentro nello stesso derivi dal provvedimento del giudice.

³²¹ A. BONSIGNORI, *Arbitri e fallimento*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), Cedam, Padova, 1995, 22-23; 46-49.

sottoscrivere compromessi previa autorizzazione del comitato dei creditori³²², l'art. 83-bis l. fall. afferma che, se il curatore fallimentare non si scioglie dal contratto, ai sensi dell'art. 72 l. fall., il giudizio arbitrale prosegue anche nel caso in cui la procedura si chiuda con un concordato fallimentare³²³ e, inoltre, in caso di mancato subentro, il curatore fallimentare potrebbe stipulare un nuovo accordo con effetti novativi del precedente. In materia di concordato preventivo l'art. 169-bis l. fall. afferma che lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria ivi contenuta. Da queste norme applicabili ai contratti pendenti si ha la sensazione che il legislatore voglia rafforzare la possibilità di mantenere la destinazione ad arbitri di una controversia legata ad un contratto pendente stipulato dal debitore.

Le norme depongono per un'astratta compatibilità tra arbitrato e concordato preventivo, confermata dal fatto che la cessione dell'azione sociale di responsabilità deve essere cristallizzata nel piano di concordato preventivo con la previsione della devoluzione ad arbitri e quindi ciò che viene ceduto è l'esercizio dell'azione sociale di fronte ad arbitri con cui risolvere la controversia con gli amministratori (anche se non viene indicata espressamente la natura arbitrale è sufficiente l'indicazione dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci). Al socio dissenziente, che non è stato chiamato a sottoscrivere la clausola ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c.³²⁴, spetta comunque il diritto di recesso il cui *dies a quo* decorre dalla sua introduzione, e la conseguente liquidazione della quota non è un credito prededucibile, ma anzi è un credito postergato al soddisfacimento dei creditori chirografari.

Invece la devoluzione della lite ad arbitri non prevale sulla volontà di instaurare la controversia dinanzi ai giudici, se la clausola compromissoria o il contratto di compromesso vengono posti in essere dopo l'omologazione del concordato

³²² Cfr. V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002, 4-5; 62-68; 128-130; 173-176 i quali sostengono che l'autorizzazione conferisce la legittimazione all'esercizio del potere di sottoscrivere un compromesso da parte del curatore, la cui mancanza comporta l'inefficacia dell'atto; cfr. A. BONSIGNORI, *Arbitri e fallimento*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), Cedam, Padova, 1995, 7-8, il quale sostiene che l'art. 35 l. fall. non risolve però il problema dell'opponibilità o meno al fallimento di una clausola compromissoria o di un compromesso anteriore alla dichiarazione di fallimento.

³²³ In senso non dissimile nell'ordinamento concorsuale spagnolo, il legislatore specifica all'art. 52 L.C. che: *“a declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado”* indicando un principio generale della continuazione derogandone solo suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos”.

³²⁴ S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 96-98; G. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 222-225.

preventivo qualora la legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria sia attratta tra le competenze del liquidatore, nel concordato preventivo liquidatorio totale o in quello parziale se il credito latente da far valere in sede giudiziaria era previsto nel piano di concordato preventivo; in quelle del nuovo titolare-cessionario dell'azienda, nel concordato preventivo in continuità indiretta, se il credito latente era previsto nel piano di concordato preventivo e se era presente anche una delibera assembleare che prevedeva l'esercizio dell'azione risarcitoria in sede giudiziaria.

Pertanto, un contratto di compromesso o una clausola arbitrale inseriti dopo l'omologa non risultano opponibili al liquidatore o al terzo cessionario, che sono legittimati all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità di fronte ai giudici³²⁵.

18. La rinuncia e la transazione della pretesa sociale

Gli atti abdicativi del credito sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità sono condizionati alla mancata opposizione di una minoranza qualificata di soci della società di capitali debitrice come previsto dall'art. 2393 c.c. per la disciplina della s.p.a. e dall'art. 2476 c.c. per la disciplina della s.r.l.

La rinuncia (ma anche la transazione visto che determina una riduzione della pretesa sociale) all'azione sociale di responsabilità, per le conseguenze quantitative e qualitative che determina sul patrimonio sociale³²⁶, è da annoverare tra gli atti di straordinaria amministrazione – e, quindi, prima dell'omologazione del concordato preventivo, la delibera assembleare che dispone del credito latente deve essere accompagnata dall'autorizzazione del giudice delegato.

³²⁵ In merito al recesso del socio per introduzione o soppressione di clausola compromissoria, con cui il singolo socio si sottrae alle ormai modificate regole organizzative dell'ente, cfr. S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino, 81-85; 97-98.

³²⁶ G. DELL'ATTI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2012, 175-181, il quale evidenzia che la rinuncia all'azione risarcitoria è un mezzo per creare valore nonostante la dismissione del credito; cfr. F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Utet, Torino, 2006, 645-647, il quale ritiene che una delibera di scarico, nel caso di specie che autorizza gli amministratori ad appropriarsi di un'opportunità sociale, determini una situazione corrispondente a quella della rinuncia all'azione sociale di responsabilità, specificando però (ivi, 646, nt. 97) che non è ammissibile una rinuncia implicita all'azione sociale di responsabilità.

Preme rilevare che, qualora il piano di concordato preventivo disponga una cessione d'azienda è dubbio se sia da applicare il meccanismo competitivo di cui al 163-bis, ult. comma l. fall., agli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

Un'interpretazione letterale dell'articolo sembra estendere la portata della norma a tutti gli atti da autorizzare, invece sembra preferibile ritenere che la norma si riferisca solo alle operazioni di cui al primo comma: vendite, futura cessione, ma non rinuncia di un credito.

Un esercizio scorretto della legittimazione a disporre della pretesa sociale può influire sul buon esito della procedura, comportando una pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato preventivo oppure determinando, nel caso in cui la società di capitali debitrice fosse stata ammessa al concordato preventivo, un decreto di revoca ex art. 173 l. fall., poiché non si realizza il miglior soddisfacimento dei creditori³²⁷.

Il credito risarcitorio è rinunciato dagli organi concorsuali nel fallimento, ma manca una disciplina nel concordato preventivo.

L'utilità risarcitoria derivante dall'esercizio dell'azione sociale deve essere comparata con quella estraibile dalla conservazione in carica dell'amministratore. Se egli ha conoscenze in una particolare materia e non è, quindi, facilmente sostituibile, in luogo dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, che può comportarne la revoca³²⁸, i soci opteranno per una sua rinuncia³²⁹. Questo senza dubbio avviene – o dovrebbe avvenire – in un concordato in continuità, mentre l'esercizio dell'azione

³²⁷ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 144-145. Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2014, 370-371, i quali ritengono che tale principio generale in materia concorsuale; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 249-256, il quale intende tale principio come idoneità tecnico-organizzativa a realizzare lo scopo della procedura concorsuale.

³²⁸ S. COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l.*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 171-180, sottolinea l'autonomia tra azione sociale di responsabilità e azione di revoca dell'amministratore, poiché le due azioni richiedono per il loro esperimento differenti presupposti nel diritto della s.r.l.

³²⁹ P. BENAZZO, *Azione sociale di responsabilità, revoca ex lege degli amministratori e nomina dei nuovi amministratori*, in *Giur. comm.*, I, 1991, 554-576, ritiene che l'amministratore sia rieleggibile mediante una nuova delibera di nomina da parte dell'assemblea; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., *Le società per azioni*, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 658-659.670-671; F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1409-1411.

sociale è preferito rispetto ad un negozio abdicativo in un concordato preventivo liquidatorio³³⁰.

Infatti il soggetto legittimato a verificare la valutazione economica del potere di esercizio dell'azione sociale è, in un primo momento il proponente del concordato preventivo, sia esso il debitore o il creditore, in relazione non solo al possibile esito delle azioni risarcitorie, ma anche alla loro rinunzia e transazione (mentre in un concordato fallimentare, è il giudice delegato che fa proprie le valutazioni del curatore³³¹, dovendo autorizzare la cessione dell'azione sociale di responsabilità³³², in un secondo momento, è il commissario giudiziale che è deputato a tale controllo sul valore assegnato alla disposizione dell'azione sociale di responsabilità.

Infatti l'art. 172, comma 1 l. fall. prevede che: «*nella relazione il commissario deve illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi*».

Nella disciplina fallimentare i poteri del giudice delegato si pongono come limiti alla cessione dell'azione sociale al curatore (che incidono anche il merito), nell'ambito della procedura di concordato preventivo, invece, i poteri del commissario costituiscono un limite meno intenso. Infatti pur ritenendo che il controllo del commissario è da qualificarsi come controllo di merito³³³, e ciò trova conferma nel fatto che egli esprime le sue considerazioni in relazione alle utilità estraibili già indicate nel piano di concordato e connesse all'esercizio o all'atto di disposizione dell'azione sociale di responsabilità, tuttavia un tale controllo non vincola il debitore

³³⁰ G. DELL'ATTI, *La rinunzia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2012, 175-181, che ritiene che la rinunzia all'azione sia un mezzo per creare valore nonostante la dismissione del credito.

³³¹ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Concordato fallimentare e cessione delle azioni di massa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 481-483.

³³² Questo ruolo dell'autorità giudiziaria è in controtendenza rispetto al suo indebolimento; nel senso di sottolineare una tale compressione attuata con le recenti riforme dal 2005 al 2007 ed alla corrispondente espansione dell'autonomia privata finalizzata a favorire le risoluzioni negoziali della crisi di impresa e a conservare un qualche valore dell'impresa in luogo di una sua eliminazione dal mercato, cfr. M. FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 420-422.

³³³ Infatti riteniamo che il commissario giudiziale svolge una funzione di controllo anche di merito, e ciò è confermato anche in relazione alla nuova disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo, dovendo effettuare una comparazione tra le stesse, comparazione che non può prescindere dall'introdurre, all'interno della propria valutazione, una qualche considerazione di merito.

né in un concordato preventivo liquidatorio né in un concordato preventivo in continuità indiretta.

Inoltre la s.p.a. che dispone, nel piano di concordato preventivo, una tale previsione abdicativa può essere mossa da plurimi interessi che si differenziano in ordine alla tipologia di concordato preventivo: in quello liquidatorio totale, *ex art. 152 l. fall.*, gli amministratori che predispongono il piano concordatario potrebbero avere interessi atipici rispetto alla procedura di concordato preventivo; i soci (anche di minoranza, visto che hanno un potere di veto) potrebbero agire perseguendo interessi atipici, poiché sono interessi estranei alla procedura concorsuale in esame.

L'unico rimedio che sembra ammissibile è la bocciatura della proposta e del piano di concordato preventivo da parte dei creditori votanti o una loro opposizione in sede di omologa.

Infine un ultimo rimedio risiede nella possibilità per i creditori di inserire l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2394 c.c. nelle proposte concorrenti di concordato preventivo e, se si aderisce alla concorsualizzazione dell'azione risarcitoria, questa è esercitata con effetti collettivi³³⁴, ed è un utile strumento per reagire alla rinuncia dei soci nella proposta di concordato preventivo avanzata dal debitore.

A considerazioni diverse deve pervenirsi in merito ad una transazione dell'azione risarcitoria da parte del debitore, poiché riduce la pretesa creditoria verso gli amministratori, ma favorisce una veloce risoluzione della controversia, cosa che è in linea con la gerarchia degli interessi da perseguire all'interno della procedura di concordato preventivo e non solleva particolari dubbi in merito a eventuali conflitti di interesse. Infatti la transazione dell'azione sociale impedisce che si attivi il rimedio di cui all'art. 2394 c.c. e ai creditori non resta che l'azione revocatoria come menzionato dall'art. 2394, ult. comma c.c.

³³⁴ Cfr. A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell'Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018, 151, la quale ritiene che tale azione non è un'azione di massa e che essa spetta solo ai singoli creditori e così anche che la transazione vincola solo le parti dell'accordo transattivo violando la *par condicio creditorum*, cosa inammissibile in un concordato preventivo.

Capitolo III

Le ipotesi di legittimazione derivata. Disfunzioni e correzioni

19. Le interferenze dei soci e la crisi di impresa

Il modello di legittimazione derivata non funziona quando c'è resistenza da parte dei soci o nelle ipotesi in cui la delibera assembleare, avente ad oggetto l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, sia viziata.

Abbiamo infatti verificato che, nelle ipotesi di: concordato preventivo con assuntore, in quello in continuità aziendale, è necessario che sia rispettato il presupposto della delibera assembleare³³⁵ perché possa essere esercitata efficacemente l'azione sociale di responsabilità.

Infatti, dal momento che all'assuntore viene trasferito l'attivo, solo in via facoltativa³³⁶, perché egli sia legittimato all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, il debitore deve, quindi, avere indicato se il credito risarcitorio sia oggetto di trasferimento, mediante una deliberazione assembleare inserita nel piano di concordato preventivo, non derogandosi all'art. 2393 c.c., che stabilisce la competenza a deliberare in capo all'assemblea dei soci di s.p.a., confermando quanto già era previsto sin dal Codice di Commercio del 1882³³⁷. Inoltre lo stesso avviene nei concordati preventivi misti in cui il debitore trattiene presso di sé una parte dei beni afferenti al proprio patrimonio, poiché egli deve indicare cosa viene trasferito al terzo. A maggior ragione nel concordato preventivo in continuità diretta continuano ad applicarsi le regole societarie, come anche in quello in continuità indiretta dove,

³³⁵ Non presenta particolari peculiarità in relazione al nostro studio il fatto che nel modello dualistico, ai sensi dell'art. 2464-bis c.c., la delibera promana dal consiglio di sorveglianza, salvo che la gestione non diligente non sia posta in essere dai consiglieri di sorveglianza che sono legittimati passivi dell'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza e cfr., anche per l'incidenza dell'azione sociale nei rapporti tra i poteri degli organi societari nei vari modelli di amministrazione e controllo, D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 158-165.

³³⁶ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale 3, Contratti Titoli di credito Procedure concorsuali*, 5° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2015, in nt. 162, 410-411.

³³⁷ Cfr., sul ruolo dell'assemblea, G. FERRI, *La disciplina delle società nel codice di commercio del 1882*, in *1882-1982 Cento anni dal Codice di Commercio. Atti del Convegno internazionale di studi. Taormina 4-6 novembre 1982*, in Quaderni di Giur. comm., n. 54, Giuffrè, Milano, 1984, 102-103; in riferimento al dibattito intorno alla ripartizione di competenze assemblea-amministratori nel codice di commercio del 1882, v. V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985, 94-101; M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in Riv. soc., n. 2/3, 2013, 336-337.

perché si perfezioni il trasferimento del credito latente sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, è necessaria una delibera assembleare inserita nel piano di concordato preventivo.

Vi è, infatti un potenziale conflitto tra norme di diritto societario sul procedimento assembleare e clausole concordatarie aventi ad oggetto il sotteso credito latente previste dal piano di concordato preventivo. Il conflitto deve essere neutralizzato, mediante l'utilizzo di regole e principi che si ritrovano all'interno del concordato preventivo e che impongono un adeguamento delle regole di diritto societario comune al sistema delle procedure concorsuali³³⁸, nella ricostruzione di quel microsistema del diritto societario della crisi di impresa che è stato il presupposto di tutto l'elaborato.

Perciò lo strumento societario della deliberazione assembleare nel sistema tradizionale della s.p.a. (applicabile anche alla s.r.l. la cui disciplina conserva, comunque, il *favor legis* verso il metodo collegiale quale meccanismo di imputazione delle deliberazioni alla società di capitali)³³⁹, volto per sua natura alla tutela dell'interesse sociale, inteso come interesse della maggioranza dei soci di una società per azioni sana, deve essere declinato all'interno della crisi di impresa dove la sua concreta operatività sul mercato è garantita dagli apporti finanziari dei creditori, i quali approvano, poi, a maggioranza il concordato preventivo³⁴⁰.

La necessaria presenza di una deliberazione assembleare nella crisi di impresa³⁴¹ emerge anche da recenti disposizioni concorsuali (si pensi all'art. 182-sexies l. fall.³⁴², ma anche all'art. 185 l. fall. in cui, il legislatore, nonostante si disponga la

³³⁸ Cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 105-110, il quale prospetta una risoluzione del conflitto, sostenendo che debba effettuarsi un giudizio di prevalenza tra i valori di fondo sottesi alle due discipline: societaria e concorsuale.

³³⁹ R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 32-36; in nt. 71, 43, rileva come il metodo collegiale sia uno strumento con il quale si ricava dalle singole manifestazioni di volontà un'unica volontà riferibile al gruppo - cristallizzata nella delibera assembleare - entro la quale la singola dichiarazione di voto perde la sua autonoma rilevanza. L'A. ritiene, altresì, che il metodo collegiale è una modalità con cui giustificare l'imputazione della deliberazione al gruppo dei soci anche dissenzienti; anche il singolo dissenziente è tutelato, poiché nella fase della discussione egli ha la possibilità di cercare di orientare il voto degli altri soci in una determinata direzione.

³⁴⁰ Cfr. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 14-19, il quale cerca di risolvere l'apparente dicotomia tra principio maggioritario e natura contrattuale del concordato preventivo; l'A. distinguendo il metodo collegiale dal principio maggioritario configura il primo come "...un corrispettivo della restrizione dell'autonomia privata..." (72).

³⁴¹ Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in Sistema finanziario e diritto dell'impresa, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 146-147, il qual ritiene che la delibera assembleare per le operazioni societarie di competenza dell'assemblea è necessaria per attuare un piano di risanamento nella gestione della crisi pre-concorsuale.

³⁴² R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in giur. comm., 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 323-328, ritiene che la disattivazione della regola ricapitalizza o liquida persegue il fine

disattivazione di alcune regole societarie, prevede l'intervento dell'assemblea dei soci)³⁴³. Inoltre, la tesi che rimarca la necessità della deliberazione assembleare per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità riceve conferma anche dalla diversa disciplina della procedura fallimentare. Infatti anche la società di capitali, prima dichiarata fallita e, poi, tornata *in bonis*, può esercitare l'azione sociale di responsabilità sulla base della vecchia deliberazione (sempre ammesso che non sia intervenuta una delibera di segno opposto, ovvero di rinuncia o transazione)³⁴⁴.

Infatti, se nella procedura fallimentare è riconosciuto seppur in tal caso un valore alla delibera assembleare, a maggior ragione lo si deve riconoscere, seppur in limitate ipotesi, in una s.p.a. che è sottoposta alla procedura di concordato preventivo.

La delibera assembleare conferisce, quindi, il potere di esercitare il credito risarcitorio ad un organo terzo rispetto alla società cosicché, a partire dall'omologazione del concordato preventivo, detta delibera assembleare³⁴⁵, e quindi la situazione giuridica predisposta da quest'ultima (ovvero la cessione del credito latente), non sarebbe più oggetto di possibili modifiche da parte dei soci mediante delibere di segno opposto.

Perciò il modello derivativo presuppone una tutela degli interessi dei soci, espressi tramite il principio maggioritario di approvazione delle delibere assembleari³⁴⁶; tale strumento societario, però, con l'avanzare della procedura di concordato preventivo deve essere sempre più rivolto alla tutela delle ragioni dei creditori.

di favorire la continuità aziendale e lascia intatto l'onere degli amministratori di convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti ai sensi dell'art. 2446 c.c.

³⁴³ Sembra quasi che il legislatore ritenga che il procedimento assembleare costituisca, se non condizione di esistenza della delibera assembleare, il meccanismo giuridico con cui imputare la delibera alla società per azioni; per una critica a tale ricostruzione, ridimensionando il ruolo dell'assemblea e dei soci, cfr. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 165-171; nt. 29 (171).

³⁴⁴ L. JEANTET, *Perseguibilità da parte della società tornata in bonis dell'azione di responsabilità esperita dal curatore ex art. 146 l. fall.*, Nota a sentenza Cass. civ. I sez., 28 luglio 2000, n. 9904, in *Giur. comm.*, II, 2001, 223-227. *Contra*, Cass. sez. Un., 23 gennaio 2017, n. 1641, ritiene che la legittimazione attiva spetti sempre al curatore, anche per la lesione della *par condicio creditorum* conseguente a un pagamento preferenziale, poiché egli agisce in virtù dell'interesse procedimentale all'attuazione della *par condicio creditorum* ed è legittimato a esercitare tutte le azioni di massa tra cui quella, ex art. 2394 c.c., e anche quella sociale in quanto gestore del patrimonio del debitore ex art. 2393 c.c.

³⁴⁵ In senso contrario, cfr. R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *giur. comm.*, 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 312; 315, il quale ritiene che gli amministratori dispongono la convocazione dell'assemblea e che vi sia la conseguente delibera dei soci o decisione in caso di s.r.l. prima della presentazione della domanda di concordato preventivo, permettendo così una compiuta attestazione del professionista e un più penetrante controllo del Tribunale in conformità alla sent. Cass., sez. Un., n. 1521 del 2013.

³⁴⁶ Cfr. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza*, cit. 151-152; 167-171. L'A. spiega l'operatività del principio maggioritario con la relazione di strumentalità tra gli interessi dei soci all'attuazione del contratto di società.

Un tale modello potrebbe incentivare l'acquisto delle partecipazioni idonee ad azionare l'azione sociale di responsabilità ai sensi degli artt. 2393 e 2393-bis c.c.³⁴⁷; tale acquisto è tanto più incentivato quanto più bassi sono i quorum legittimanti all'azione sociale da parte del socio che possiede una partecipazione sociale pari ad una determinata aliquota di capitale. Una tale percentuale può così abbassarsi, in via statutaria, sino al minimo della singola unità azionaria, parificando il socio di s.p.a. al socio di s.r.l. ed introducendo un elemento personalistico in una struttura corporativa.

Questo ragionamento porta a chiedersi se il socio in realtà vota per tutelare un proprio diritto sostanziale che risiede nella propria partecipazione sociale e, se l'impresa è in crisi, per tutelare il proprio diritto patrimoniale al *surplus* da ristrutturazione, che residua dopo il pagamento dei creditori concordatari.

A questi fini sembra utile qualche breve considerazione, in merito all'azione sociale della minoranza³⁴⁸, che nella dottrina tedesca è stata posta alla base di uno studio in merito alla *Mitgliedshaft*, poi sviluppato nel diritto della GmbH § 46, che afferma l'esistenza di un diritto individuale del socio quale contitolare del patrimonio sociale che è l'omologo del nostro art. 2476 c.c.³⁴⁹. Si ritiene infatti che il soggetto, pur agendo in difesa di un diritto corporativo di appartenenza all'ente, di fatto esercita un credito sociale che dovrà confluire nel patrimonio sociale di cui è contitolare. Nel concordato preventivo, però, le utilità ottenute non sono assorbite dal patrimonio sociale ma, transitano dal patrimonio sociale a quello dei creditori concordatari, tranne che per il *surplus* da ristrutturazione, che resta in capo alla società di capitali debitrice³⁵⁰, o meglio in capo ai soci della società di capitali, poiché la loro

³⁴⁷ Cfr. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 129-134.

³⁴⁸ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in Quaderni di giur. comm., n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 200-208, il quale ritiene che non sia necessaria una delibera assembleare, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c., ma che sia sufficiente la nomina di un rappresentante comune che acquista la legittimazione processuale ad agire in giudizio e che la società di capitali possa intervenire, in quanto litisconsorte necessario, nell'azione promossa dal rappresentante comune; cfr. D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 169; 192; 195-200.

³⁴⁹ Gli studi e i richiami alla disciplina tedesca sono propri di D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 91-97.

³⁵⁰ Il problema si pone nelle ipotesi di concordati espropriativi, e per la tesi che ammette un concordato ostile, v. G. D'ATTORRE, *I concordati "ostili"*, Giuffrè, Milano, 2012, 1-7; 55-123; 205-266, il quale sostiene che nel concordato fallimentare il fallito conserva il diritto di proprietà, pur limitato in pendenza della procedura, e ciò trova conferma nei poteri di controllo sulla procedura o in quello di opporsi all'omologa, nonché negli effetti della chiusura sulle limitazioni patrimoniali previsti all'art. 42 della legge fallimentare; M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in www.il caso.it, sez. Crisi d'Impresa e Fallimento 9 dicembre 2016, 7-15, ritiene che sia meritevole di tutela l'interesse del fallito a conservare il *surplus* e «a subire il concordato» nei limiti del miglior

partecipazione sociale rappresenta il valore dell'impresa (e quindi il valore del suo patrimonio sociale netto)³⁵¹. Così ragionando i soci trasferiscono mediante l'inserimento dell'azione sociale nel piano di concordato in continuità indiretta o con assuntore un proprio diritto patrimoniale pro quota che compone il credito risarcitorio della s.p.a. soggetta alla procedura di concordato preventivo.

Le medesime considerazioni sono da avanzare per le decisioni adottate dai soci di s.r.l, in via extra-assembleare, poiché anche tale ultima modalità di adozione presuppone quanto meno una proposta su cui i soci dovranno esprimere il proprio voto³⁵², a prescindere dall'adozione o meno del metodo collegiale. Infatti, sebbene è ammesso che il singolo promuova l'azione sociale di responsabilità, quest'ultima può essere, sempre e comunque, esercitata anche dalla s.r.l. sia in forma collegiale piena

soddisfacimento dei creditori; nel senso di una ammissibilità nell'assegnare il *surplus* ai soci, nell'ipotesi di concordato in continuità sempre più "de-strutturato/de-concorsualizzato", sostenendo che con le proposte concorrenti di concordato il *surplus* generato dalla prosecuzione dell'impresa sia diventato un patrimonio comune dei creditori e dei soci che può essere riallocato in maniera asimmetrica: ai primi spetta quanto avrebbero ricevuto in una liquidazione, operando la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. solo in relazione al patrimonio liquidabile, mentre il *surplus* generato dal piano in continuità diviene contendibile e, pertanto, distribuibile anche ai soci. Nel senso di negare una violazione dell'art. 2740 c.c., L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Le Società*, n. 1/2014, 91-92; G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale" dal titolo "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi", Roma, 21-22 febbraio 2014, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 1-33, ritiene che non vi sia alcuna violazione dell'art. 2740 c.c. sia nel concordato in continuità soggettiva che in quello in continuità oggettiva e con cessione parziale dei beni; G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 99-100, ritiene che può parlarsi di esproprio solo quando la crisi si accompagna ad una incapienza patrimoniale e allora occorre un meccanismo di indennizzo a favore del socio. Cfr. G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, I. Le proposte concorrenti*, in *Fallimenti e società.it* (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 5-15, il quale ritiene incostituzionale una tale previsione nella fattispecie di concordato preventivo in continuità aziendale diretta, dove gli *assets* dell'impresa devono essere impiegati e utilizzati dal solo debitore per generare flussi aziendali con cui pagare i debitori, mentre costituzionalmente legittimo nel caso in cui si tratti di concordato preventivo liquidatorio visto che gli *assets* sono comunque destinati alla liquidazione e ciò non configura una violazione dell'art. 42 della Costituzione; ancora cfr. D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in <http://www.dirittodellacrisidelleimpres.it>, 2014, 14-17, il quale ritiene che attraverso una proposta, che assegna, ai vecchi soci, quote sociali in mancanza di un soddisfacimento integrale dei creditori, si realizza una violazione del principio di universalità di cui all'art. 2740 c.c. e non si rispetta l'ordine di distribuzione verticale del patrimonio responsabile; cfr. ID., *Concordato con continuità aziendale*, cit., 17-27, il quale sottolinea come, nel concordato in continuità, in analogia a quanto previsto dal *Chapter 11* statunitense, quale strumento di reazione contro i vecchi soci che conservano la partecipazione sociale senza il soddisfacimento integrale dei creditori, il Tribunale in via di eterotutela dovrà dichiararne l'inammissibilità della domanda o, in una fase successiva, che i creditori potranno opporsi con successo al concordato preventivo, ad eccezione del caso in cui le azioni della società risanata assegnate ai vecchi soci in base al piano concordatario – il cui valore risulta positivo solo per effetto della falcidia concordataria – siano acquistate dai soci con nuovi apporti al valore del prezzo di mercato (calcolato secondo un *business plan* contenente il *cash flow* atteso e certificato dal professionista attestatore).

³⁵¹ Così scrive G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, n. 3/2012, 479; cfr. G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 95 99-100.

³⁵² In riferimento alle ipotesi di collegialità attenuata, cfr. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di diritto commerciale*, G. Cottino (diretto da), vol. V, Cedam, Padova, 2007, 183-188.

che attenuata (non rientrando tra quelle materie per cui è necessario osservare l'iter assembleare ai sensi dell'art. 2479 c.c.)³⁵³.

I rischi di tale modello di legittimazione derivativa, che pone in rilievo la posizione del socio, sono quelli di introdurre una responsabilità del socio per scorretto esercizio del voto che sussiste quando il socio vota in modo difforme al contenuto del piano di concordato preventivo³⁵⁴.

Inoltre un profilo di dubbio è se il terzo sia obbligato ad adempiere alle istruzioni dei soci contenute nella delibera assembleare, prevista nel piano di concordato preventivo³⁵⁵. Ad esempio ci chiediamo se la volontà dei soci possa essere disattesa quando le spese processuali quindi sono a carico della parte soccombente e gli amministratori della s.p.a. debitrice sono convinti che perderanno la causa, ai sensi dell'art. 91 c.p.c.; lo stesso accade nella diversa ipotesi di lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c., poiché gli effetti si ripercuotono solamente su coloro che sono stati parte del processo essendo la soccombenza aggravata dal loro personale contributo o – per meglio dire – dal loro agire con colpa grave o malafede essendo una specificazione dell'art. 2043 c.c.³⁵⁶

20. Disfunzioni del modello e rimedi

a) Atti difformi dal piano di concordato: gli inadempimenti dei soci e degli organi concorsuali

Il modello derivativo presuppone che la società per azioni debitrice inserisca il credito sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel piano di concordato preventivo e che venga emessa una delibera assembleare che costituisce il presupposto per l'esercizio dell'azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 2393 c.c., all'interno del concordato preventivo di una società per azioni.

³⁵³ Per un elenco, cfr. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in Tratt. di diritto commerciale, G. Cottino (diretto da), vol. V, Cedam, Padova, 2007, 198-202.

³⁵⁴ Cfr., per alcuni spunti sul tema di abuso di maggioranza nel procedimento di deliberazione assembleare nell'ottica però del conflitto tra maggioranza e minoranza di soci, M. STELLA RICHTER JR, "*Trasferimento del controllo*" e rapporti tra i soci, in Saggi di diritto commerciale, A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996, 231-239.

³⁵⁵ Cfr. F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1405-1407.

³⁵⁶ D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007, 366-372, specifica che il danno può coincidere in un danno reputazionale per gli amministratori, nonché nel conseguente deprezzamento delle azioni.

Non sempre suddetta delibera è inserita nel piano di concordato preventivo, ma nel piano di concordato preventivo è inserito il credito latente quale posta economica che è destinata ad incrementare quella frazione di patrimonio sociale destinata ai creditori concordatari.

Quando il piano di concordato preventivo prevede un trasferimento del credito latente in capo al terzo, i soci possono decidere, in violazione rispetto a quanto stabilito nel piano di concordato preventivo, di non approvare nessuna delibera di esercizio dell'azione sociale di responsabilità per far sì che, nella fase esecutiva, il soggetto terzo non possa esercitarla o i soci, addirittura, possono deliberare un atto dispositivo del credito risarcitorio.

La reiezione della proposta di esercizio dell'azione risarcitoria in sede assembleare non necessariamente implica, in senso contrario, una rinuncia al relativo esercizio³⁵⁷, ma non consente di monetizzare la pretesa sociale in difformità da quanto previsto nel piano di concordato preventivo. La delibera negativa dei soci, che non approvano l'azione sociale di responsabilità³⁵⁸, e che, di conseguenza, non rendono possibile l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel piano di concordato preventivo, rischia di compromettere le finalità della procedura concorsuale. Infatti la mancanza della delibera assembleare determina la mera inefficacia dell'atto e non la nullità, in base all'art. 1399 c.c.

Pertanto, come in una s.p.a. *in bonis*, nella fattispecie di mancata delibera di esercizio dell'azione sociale³⁵⁹, è possibile una ratifica prima della pronuncia del giudice, così accade anche se la società di capitali è sottoposta alla procedura di concordato preventivo ovvero una delibera sopravvenuta dei soci sana l'inefficacia dell'atto posto in essere da un soggetto privo di poteri³⁶⁰.

Tuttavia, spesso, ciò non accade perché i soci possono avere disincentivi all'adempimento di una proposta di concordato preventivo e, così, occorre cercare di

³⁵⁷ Cfr. M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, nt. 153, 97.

³⁵⁸ Cfr. R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea di s.p.a.*, Utet, Torino, 1990, 67-76, il quale sottolinea il problema della rilevanza o meno dell'astensione - o meglio - degli effetti che una tale astensione determina sul risultato finale dell'esercizio del voto (deliberazione) distinguendo un effetto neutrale se l'astenuito non è computato nel quorum deliberativo, da un effetto di dissenso in caso contrario.

³⁵⁹ Cfr. A. TINA, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità in mancanza di preventiva delibera assembleare*, Nota a sent. Cass. civ. sez. lav., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. comm.*, 40, parte II, 2013, 40-43.

³⁶⁰ Cfr. A. TINA, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità in mancanza di preventiva delibera assembleare*, Nota a sent. Cass. civ. sez. lav., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. comm.*, 40, parte II, 2013, 33-37.

ridurre il conflitto di interessi tra soci e creditori, evitando che, mediante una delibera assembleare non conforme al piano di concordato preventivo che legittima un terzo all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, i soci introducano interessi atipici rispetto a quelli che sono tutelati dalla procedura di concordato preventivo.

In questo caso la mancanza della delibera assembleare o la delibera negativa comportano la risoluzione del concordato preventivo per inadempimento, ai sensi dell'art. 186 l. fall.; invece se la percentuale di soddisfacimento concordata nella proposta di concordato preventivo risulta ugualmente raggiunta gli inadempimenti relativi al piano di concordato preventivo non producono effetti all'interno della procedura concorsuale.

Un rimedio sussiste in capo al notaio, nell'ipotesi in cui viene adottata una delibera di segno opposto rispetto a quanto previsto dal piano di concordato preventivo omologato. Infatti il notaio ha l'onere di non verbalizzare la delibera avente oggetto illecito, in quanto in violazione delle norme sul concordato. Quest'ultima impostazione avente ad oggetto la verifica, da parte del notaio, circa il corretto adempimento della proposta di concordato preventivo, contenuta nel decreto di omologazione, conduce alla seguente conseguenza: se la delibera assembleare non è conforme al piano di concordato preventivo, quest'ultima non deve essere verbalizzata in quanto assunta dai soci in violazione dei doveri di correttezza e buona fede.

Si è appena fatto riferimento alla violazione di correttezza e buona fede dei soci all'interno del concordato preventivo poiché la delibera assembleare, se si accoglie la teoria antiunitaria, altro non è che la somma delle singole volontà dei soci espresse con il voto in assemblea e, quindi, è un atto complesso formato da una pluralità di dichiarazioni volitive che mantengono una propria autonomia e che, mediante il principio maggioritario, formano la dichiarazione volitiva della società per azioni³⁶¹. Infatti, pur non configurandosi alcun rapporto fiduciario tra azionisti³⁶², il socio, che vota in difformità dal piano di concordato preventivo, viola un generale dovere di correttezza e buona fede. Però, mentre in una s.p.a. *in bonis* le partecipazioni sociali hanno un carattere oggettivo che, in quanto tale, annulla la posizione soggettiva del

³⁶¹ Per un'analisi della teoria unitaria e antiunitaria in merito alla delibera assembleare, v. M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, 50-63.

³⁶² Cfr. C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, nt. 122, 341.

socio azionista e, in virtù di una tale «spersonalizzazione», non può configurarsi una responsabilità deliberativa degli azionisti per non avere esercitato il diritto di voto in una determinata direzione³⁶³; invece, in una società di capitali in crisi³⁶⁴, se la società per azioni è in concordato preventivo, una tale spersonalizzazione dell'azionista risulta attenuata nella misura in cui gli azionisti devono tener conto di interessi (dei creditori concordatari) diversi da quelli che guidavano la società di capitali quando non era in crisi, interessi che si appuntano sul nuovo interesse sociale³⁶⁵.

La conseguenza è che i creditori concordatari (danneggiati) possono agire per il ristoro dei danni subiti nei confronti della s.p.a., la quale avrà un diritto di rivalsa in proporzione ai voti esercitati dagli azionisti, responsabilità che si aggrava se la partecipazione sociale attribuisce il voto derogando al principio *one share-one vote* in misura più che proporzionale³⁶⁶; accade l'inverso se la deroga avviene in misura meno che proporzionale.

Perciò viene in rilievo il diritto di voto, non solo come potere di *voice* che guida l'azione della s.p.a., ma anche come fonte di responsabilità in una nuova conformazione del binomio potere-rischio, laddove il rischio non è più limitato all'investimento del socio, ma è comprensivo di una sua eventuale responsabilità deliberativa³⁶⁷.

³⁶³ In tal senso e il virgolettato è proprio di C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, 342.

³⁶⁴ C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, nt. 122, 345-349, rileva che il piano di rilevanza dell'impresa testimonia che su di essa si appuntano interessi ulteriori rispetto a quelli di una società per azioni.

³⁶⁵ Per uno spunto in tal senso, v. C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, nt. 122; nt. 128, 343-344.

³⁶⁶ I due nuovi istituti (voto plurimo e maggiorazione del voto) del diritto societario che consentono al socio azionista di esprimere più di un voto in assemblea, in deroga al principio ponderale, sono stati introdotti con il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91 (c.d. decreto competitività), poi convertito con la legge 11 agosto 2014, n. 116. Tale intervento legislativo modifica sia il Codice civile, ammettendo azioni a voto plurimo fino a un massimo di tre voti, che il Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria, consentendo una maggiorazione del voto fino a un massimo di due, limitata però al solo socio che detenga la partecipazione azionaria per un determinato periodo di tempo. Il legislatore ha, così, introdotto una diversa correlazione tra potere di voto e rischio d'impresa, nonché una disparità di trattamento nell'esercizio del diritto di voto non tanto in relazione agli azionisti a voto plurimo cui è riconosciuto il rango di categoria speciale di azioni, quanto per quelli a voto maggiorato qualora non si ritengano essere una categoria speciale di azioni.

Il decreto in esame prevede, altresì, un'estensione applicativa, anche alle società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio oltre a quelle non quotate, della facoltà dei soci di prevedere clausole di tetto massimo di voto e voto scaglionato, che possono cumularsi ai meccanismi di maggiorazione del voto, non operando un criterio di esclusione tra gli stessi.

³⁶⁷ Nel senso di lasciare aperta una possibilità di far derivare la responsabilità dell'azionista da una violazione del principio di buona fede nei rapporti interni alla società, delineando una responsabilità "*da contatto sociale*", cfr. C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, 339-344. Cfr. per uno spunto, M. STELLA RICHTER JR, "*Trasferimento del controllo*" e rapporti tra i soci, in Saggi di diritto commerciale, A. Gambino-B. Libonati

Una tale responsabilità è imputabile al socio, mediante un meccanismo di indennizzo simile a quello previsto dall'art. 2373 c.c., posto che in questo caso un danno c'è stato e tale danno va qualificato in termini di mancate opportunità di risolvere la crisi mediante l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori della società di capitali debitrice³⁶⁸.

Al di là del rimedio risarcitorio, occorre provare ad apprestare dei correttivi alla delibera positiva o negativa non conforme a quanto previsto dal piano di concordato preventivo.

Tali effetti possono allora derivare direttamente dal decreto di omologa poiché, il diritto societario della crisi deroga il principio per cui la delibera assembleare deve essere intesa quale atto corporativo i cui effetti non possono essere prodotti da un atto di natura giudiziaria (si pensi all'art. 185 l. fall.).

Potremmo provare ad applicare il principio espresso nell'art. 185, comma 6 l. fall. seguendo questa impostazione: siccome la volontà dei soci è irrilevante ai fini dell'esistenza della deliberazione assembleare, ma anche ai fini della validità della stessa³⁶⁹, il legislatore concorsuale, disattivando le fasi della procedura assembleare e attribuendo conseguenti poteri di adozione della delibera assembleare a soggetti esterni alla s.p.a., nell'ipotesi di proposte di concordato preventivo avanzate dai creditori, vuole consentire la creazione di una delibera assembleare valida ed efficace potendo, giungere sino a far approvare dall'assemblea una delibera positiva conforme al piano di concordato preventivo e votata dal solo amministratore giudiziario.

(a cura di), Giuffrè, Milano, 1996 257-259; 278-284, il quale segnala il tentativo del legislatore di introdurre un principio di correttezza all'interno dell'art. 2247 c.c. nell'ottica di un dovere di collaborazione tra i soci. In tal senso ci chiediamo se un tale principio di correttezza che si traduce in solidarietà e collaborazione tra le parti contrattuali non sia applicabile al contesto della crisi di impresa e regoli anche il rapporto tra soci e creditori; questi ultimi, infatti, sono comunque coinvolti dalle vicende relative al contratto societario, vista la loro possibilità di incidere sulla *causa societatis*.

³⁶⁸ Cfr. per alcuni spunti sul tema, tra cui il riconoscimento di una responsabilità gestoria gravante sull'azionista, in modo non dissimile da quanto avviene per il quotista di s.r.l., A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Giuffrè, Milano, 2013, 138-141.

³⁶⁹ Cfr. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 102-103; 118, il quale sottolinea come l'errore del presidente nell'interpretare la volontà sociale (qualitativo) o nel conteggio dei voti (quantitativo) sia da considerarsi irrilevante ai fini dell'esistenza della delibera anche per quell'esigenze di certezza nei rapporti con i terzi, che altro non è che la ratio del temperamento all'annullabilità contenuto nella previsione di cui all'art. 2377, comma 5, n. 2 c.c., e che, argomentando proprio dall'errore di calcolo dei voti, ritiene che anche il voto di un estraneo porti all'applicazione di tale norma.

La norma elimina solo l'elemento della discussione della proposta all'ordine del giorno, ma fa salvo il diritto all'informazione dei soci, prerogativa volta a tutelare la funzione dell'assemblea di assicurare l'adozione di una delibera informata per i soci di una s.p.a. in crisi³⁷⁰.

Infatti l'inadempimento della proposta di concordato preventivo può essere dovuto sia a conflitti esterni alla compagine sociale tra società e creditori che hanno avanzato la proposta concorrente, sia a conflitti interni nel caso di ostruzionismo, in assemblea, della minoranza nei confronti della maggioranza. Pertanto sembra evidente che il problema di una mancata attuazione del piano concordatario si pone sia nel caso in cui la proposta sia avanzata dal debitore, che in quello in cui la proposta sia avanzata dal creditore³⁷¹. Un tale strumento è finalizzato a tutelare più che il singolo proponente, la proposta di concordato preventivo in sé, intesa come veicolo idoneo ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto delle esigenze di speditezza³⁷². Pertanto, gli effetti di una delibera assembleare, rilevante per il buon esito del concordato preventivo devono essere salvaguardati³⁷³.

L'articolo richiamato, ai commi 5 e 6, può essere suddiviso in tre parti:

- 1) Il commissario, su autorizzazione del Tribunale, può compiere atti necessari all'attuazione della proposta concorrente di concordato in caso di inadempimento del debitore (comma 5).

Nei casi più gravi (comma 6):

- 2) se il debitore è una società il Tribunale revoca l'organo amministrativo e nomina un amministratore giudiziario che attua la proposta concorrente;

³⁷⁰ Cfr. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 29-33, il quale sostiene che si sacrificano le prerogative individuali dei soci, poiché è ammesso un loro intervento solo a fini informativi e non funzionale all'esercizio del diritto di voto né al condizionamento delle scelte di altri presenti, riducendo la “polifunzionalità del diritto di intervento”. Cfr. A. SERRA, *Il procedimento assembleare*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, II, Utet, Torino, 2006, 37-90, il quale sottolinea l'importanza del ruolo dell'informazione in specie nella fase della riunione poiché all'art. 2374 c.c. una minoranza qualificata può chiedere il rinvio, ma non è applicabile a coloro che si sono opposti in assemblea totalitaria ed hanno già beneficiato di un'informativa integrativa.

³⁷¹ In tal senso, v. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, n. 1, 2017, 62-67.

³⁷² La tesi è sostenuta da F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 34-35.

³⁷³ In tal senso, non ritenendo né che la mancata convocazione dell'assemblea (e non è questo il nostro caso) determini una delibera inesistente, potendo operare in via extrassembleare come per legge accade nella s.r.l. né che la mancata riunione dei soci (solo eventuale e ininfluenza nel nostro caso) ha tale effetto sulla deliberazione, v. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 35-37; 44-49; 77-79; ed infatti l'A. scrive: “...non tutto ciò che qualifica la delibera sul piano del modello ideale è, perciò solo, condizione imprescindibile per la sua giuridica esistenza” (p. 50).

- 3) nel caso in cui la proposta concorrente di concordato preventivo di una società di capitali preveda un aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione l'amministratore giudiziario convoca l'assemblea straordinaria ed esprime il voto necessario affinché la delibera sia approvata.

In tutti e tre i casi la nuova disciplina rende più difficile l'inadempimento degli obblighi concordatari e, conseguentemente, può impedire, ai sensi dell'art. 186 della legge fallimentare, che il concordato preventivo sia risolto. Tuttavia, occorre distinguere:

- 1) la prima ipotesi risulta contenere un principio generale (o meglio un rimedio generale) suscettibile di applicazione analogica anche alla proposta del debitore qualsiasi contenuto abbia, purché egli si sia reso inadempiente³⁷⁴.
- 2) La seconda ipotesi prevede un rimedio generale da applicare ai casi in cui il debitore sia una società e l'amministratore sia inadempiente, rimedio generale, suscettibile di applicazione analogica anche alle proposte avanzate dal debitore che sia una società.
- 3) L'ultima ipotesi disciplina una particolare e circoscritta operazione straordinaria. È ammissibile una sua applicazione anche alle proposte concorrenti che impongono obblighi concordatari con effetti equivalenti a quelli di una delibera assembleare di aumento del capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione dei soci e alla delibera assembleare aventi ad oggetto una trasformazione cui segue un aumento di capitale dell'ente trasformato o in caso di delibera assembleare di riduzione del capitale sociale e contestuale delibera di ricapitalizzazione. Una tale linea interpretativa potrebbe avere, quale riflesso indiretto, quello di favorire le proposte concorrenti avanzate dai creditori che hanno un forte interesse ad inserirsi nella compagine sociale e che hanno un interesse imprenditoriale³⁷⁵.

Quindi appare utile sostenere un'applicazione analogica dell'art. 185, comma 6 l. fall., alla proposta di concordato preventivo avanzata dal debitore, rileggendo la norma in coordinato con l'art. 152 l. fall. come attributiva agli amministratori del potere di esercitare l'azione sociale contenuta nel piano di concordato preventivo³⁷⁶.

³⁷⁴ In tal senso, v. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 388.

³⁷⁵ Infatti detti creditori sono animati da un interesse alla prosecuzione dell'impresa, non finalizzato alla liquidazione del proprio diritto di credito, ma dal fine ultimo di subentrare ai soci nell'organizzazione dell'impresa; inoltre questi ultimi vedrebbero maggiori garanzie dalla presentazione di una proposta concorrente (assistita da rimedi idonei a disapplicare le regole di diritto societario che risultano incompatibili con le finalità della procedura di risoluzione della crisi).

³⁷⁶ Nel senso di applicare il rimedio specifico anche alla proposta del debitore e di estendere la norma anche alle delibere prodromiche a quella di aumento del capitale sociale, v. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 77-84. ID., Op. cit., 84-88, arriva a prospettare una rilettura

La tesi trova conferma nel fatto che la fonte di legittimazione dei poteri esecutivi del piano di concordato è il provvedimento di omologa del concordato preventivo³⁷⁷ e, nella fattispecie in esame, dal provvedimento di nomina dell'amministratore giudiziario³⁷⁸. Tale norma deve essere intesa come un principio che guida l'interprete per risolvere le interferenze tra norme di diritto societario e norme di diritto concorsuale.

Quindi il decreto di omologazione del concordato preventivo può spingersi sino a produrre un atto giuridico (la delibera assembleare) in presenza di un impegno dei soci a cui, però, non si è dato seguito, avente ad oggetto il voto della maggioranza dei soci in merito all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità³⁷⁹. Il rischio a cui si espone tale tesi qui sostenuta è che un tale ragionamento potrebbe reintrodurre un controllo di merito del Tribunale: come il Tribunale può disallinearsi dalla attuale volontà dei soci in sede di omologa, rendendosi interprete della volontà sociale cristallizzata nel piano di concordato preventivo depositato, così può discostarsi dalla stessa andando a selezionare l'alternativa nel merito più favorevole ai creditori.

b) Delibera viziata conforme al piano di concordato preventivo

dell'art. 152 l. fall, ritenendo che l'organo amministrativo risulta competente, oltre che a determinare il contenuto della proposta, anche a porre in essere, in via autonoma, le decisioni di carattere organizzativo contenute nel piano omologato ai sensi dell'art. 185, comma 6, l. fall. Similmente, nel senso di ritenere applicabile il rimedio specifico anche alle proposte del debitore, v. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 388-392. Inoltre Id., Op. cit., 394-395, segnala - quale possibile interpretazione coraggiosa - che la norma si applichi *tout court* alle delibere di competenza dell'assemblea straordinaria, potendo avanzare anche l'ulteriore tesi che, forse, le l'obbligo di convocazione dell'assemblea si riferisce alle sole proposte concorrenti, mentre per quella del debitore l'amministratore potrebbe compiere atti idonei a vincolare la società senza convocare l'assemblea dei soci, venendo meno quindi non solo il diritto di voto dei soci, ma anche il diritto all'informazione degli stessi.

³⁷⁷ T. ARIANI, *Proposte concorrenti ex art. 163 L. fall. spunti di riflessione*, Corso di perfezionamento "Il Nuovo Diritto Fallimentare", in <http://www.nuovodirittofallimentare.unifi.it>, parte I, 349, rileva tale conflitto poteva essere stato risolto *ex ante* l'omologa del concordato preventivo, se il legislatore avesse previsto il raggruppamento dei soci in classi e il loro diritto di voto sulla proposta concorrente.

³⁷⁸ Prima dell'ultima novella del 2015, nel senso che dal provvedimento di omologa derivi un potere di esecuzione del concordato in capo al proponente e che lo stesso costituisca titolo giustificativo degli effetti organizzativi, indipendentemente dal contributo causale dei soci, v. la tesi di G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 95-105; ID., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in RDS, n. 3/2012, 477-490. *Contra*, nel senso di non ammettere che un tale effetto derivi dall'omologazione, ma nel senso di ritenere che all'interno della procedura le regole del diritto societario sono "adeguate" al vincolo dell'azione sociale al rispetto dei valori che emergono in fase di crisi di impresa e che, quindi, le operazioni straordinarie cristallizzate nel piano concordatario devono essere adottate mediante un procedimento deliberativo atipico, che non lascia alcuna discrezionalità agli organi sociali, v. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 71-76.

³⁷⁹ Cfr., per la disciplina sul controllo del Tribunale nella legge fallimentare del 1942, R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 316-323, il quale riteneva che il controllo sulla convenienza del concordato preventivo non fosse limitato alle sole ipotesi di situazioni patologiche nella votazione del concordato preventivo.

La votazione da parte del socio³⁸⁰ non rilevava, già a seguito della riforma delle società di capitali del 2003, ai fini dell'esistenza della deliberazione assembleare come si evince dal riferimento testuale di cui all'art. 2377, comma 5, n. 2 c.c.³⁸¹, ma ai fini di eventuali vizi nel procedimento deliberativo. Una delibera viziata è dotata di «un'efficacia precaria»³⁸².

In questo paragrafo non preme mettere in evidenza i tratti distintivi della disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari nel diritto delle società per azioni da quella prevista nel diritto delle società a responsabilità limitata ma, al contrario, si tratterà generalmente di invalidità delle delibere di società di capitali per il fatto che le due discipline regolano alcune fattispecie in modo omogeneo³⁸³.

Il problema è, comunque, circoscritto, poiché già la l. delega n. 366 del 2001, all'art. 4, comma 7, lett. b) poneva come obiettivo quello di implementare gli strumenti di tutela diversi dall'invalidità e ciò ha indotto il legislatore delegato a prevedere limitazioni all'azione giudiziaria di invalidità³⁸⁴, completando, così, con la riforma delle società di capitali del 2003, quel fenomeno di emancipazione della disciplina dell'invalidità nel diritto societario dall'invalidità del diritto dei contratti³⁸⁵.

³⁸⁰ Cfr. M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, 139-142; 152-157, il quale rileva che l'ipotesi di cui all'art. 2379 c.c. fa salvi gli effetti degli atti compiuti in esecuzione della delibera, in violazione del divieto di legge, dagli amministratori.

³⁸¹ In riferimento all'esistenza della delibera addirittura anche in mancanza di votazione, cfr. M. CENTONZE, *L'"inesistenza" delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 54-59.

³⁸² Le parole virgolettate sono di C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, 337; R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni. Liber Amicorum a G.F. Campobasso*, II, Utet, Torino, 2007, 135-165, ritiene che il legislatore della Riforma del 2003, abbia disciplinato una diminuzione dei rimedi reali e un corrispondente ampliamento di quelli obbligatori (escludendo, peraltro, che i due rimedi siano cumulabili), in funzione di una stabilizzazione degli effetti della deliberazione dei soci.

³⁸³ Per un'analisi sul punto, v. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di diritto commerciale*, G. Cottino (diretto da), vol. V, Cedam, Padova, 2007, 313-324.

³⁸⁴ Cfr. R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea di s.p.a.*, Utet, Torino, 1990, 200-204, il quale ritiene che un vizio che concerne il voto di soggetti non legittimati produce l'annullabilità della delibera assembleare, quando questo sia stato determinante per l'adozione della delibera, riferendosi agli azionisti con voto sospeso; cfr. P. SPADA, *Diritto commerciale II, Elementi*, II ed. Cedam, Padova, 2009, 63-68, il quale ritiene che si abbia inefficacia irreversibile solo quando l'oggetto della delibera è impossibile o illecito, mentre in tutte le altre ipotesi il rimedio reale arretra a favore di quello obbligatorio.

³⁸⁵ Ne sottolinea il mutamento, P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè 2011, 564-570. Ad esempio, si pensi alle limitazioni che sono contenute: nella disciplina di cui all'art. 2434-bis c.c. in tema di invalidità del bilancio di una società di capitali, nella preclusione di dichiarare invalidità per le delibere straordinarie sul capitale sociale che hanno avuto parziale esecuzione per le s.p.a. aperte e nella disciplina della nullità *ex art.* 2379 c.c. che prevede la possibilità di una sanatoria precludendo una pronuncia giudiziaria di caducazione degli effetti.

Tuttavia gli effetti dell'invalidità della delibera assembleare³⁸⁶ devono declinarsi all'interno del diritto societario della crisi di impresa.

Nella ipotesi di delibera positiva occorre eliminare gli effetti dei vizi invalidanti la deliberazione³⁸⁷, in quanto gli effetti di una sua eventuale impugnazione, da parte dei soci, andrebbero a danno dei soli creditori chirografari.

Il potere di impugnazione della delibera assembleare per vizi deve essere declinato all'interno di una procedura di concordato preventivo e, perciò, non può non subirne gli effetti. Manca, infatti, una specifica disciplina che regola i vizi, a differenza di quanto accade nella procedura fallimentare in cui il potere di impugnativa spetta al curatore, ai sensi dell'art. 43, comma 1 e 3 l. fall. Allora, posto che la delibera assembleare non ha riflessi solo interni, e non è neutra rispetto alla procedura fallimentare, il curatore può impugnare tale delibera nell'adempimento delle sue funzioni e, in giudizio, egli può rilevare che i vizi sono cause di nullità o di annullabilità della deliberazione sociale, circoscrivendo il *thema decidendum*³⁸⁸.

Nel concordato preventivo, invece, non vi è una norma espressa che disciplina i vizi della deliberazione né che regolamenta una sua impugnazione. Infatti il socio³⁸⁹ può disporre dello strumento dell'impugnativa della delibera fino a che la proposta di concordato preventivo diviene imm modificabile. Le fattispecie di nullità e annullabilità sono volte alla tutela di interessi che si concretizzano con la sua

³⁸⁶ Cfr. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 1-11; 19-22, il quale, in merito al problema circa il campo applicativo delle ipotesi di invalidità tipizzate dagli artt. 2377 ss. c.c., esclude i casi di delibera inesistente e riporta le incertezze in dottrina riguardo ai confini di tale categoria, declinando il modello ideale di delibera come il combinato rispetto di due requisiti: formali (regole procedimentali) e sostanziali (approvazione da parte di titolari di azioni rappresentative di una certa aliquota di capitale sociale). Cfr. A. TINA, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità in mancanza di preventiva delibera assembleare*, Nota a sent. Cass. civ. sez. lav., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. comm.*, 40, parte II, 2013, 43-45, che ritiene, in riferimento alle decisioni in violazione di norme imperative ma adottate dalla compagine sociale che rappresenta il totale del capitale sociale, che, in mancanza di un difetto assoluto di informazione, residua il rimedio dell'annullabilità della delibera assembleare.

³⁸⁷ R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea di s.p.a.*, Utet, Torino, 1990, 204-216; nt. 80, 216; 222-224, il quale ritiene che tali effetti si traducano nell'invalidità della delibera qualora il voto del rappresentante (in caso di delega al voto) sia viziato o in caso di illegittimo esercizio di voto inerente ad azioni su cui gravano diritti reali, infine nel caso di vizi del volere del votante, solo se questi implicino una violazione della disciplina che attiene a una o più fasi del procedimento di formazione della delibera assembleare, anche per evitare l'aumento di ipotesi di invalidità, non conformi peraltro a quell'arretramento della tutela reale a vantaggio della tutela obbligatoria del socio di s.p.a.

³⁸⁸ Cass. civ., sez. I, 30.01.1989, n. 553; Cass. civ., sez. I, 15.11.2000, n. 14799.

³⁸⁹ Il potere di impugnativa potrebbe anche spettare al titolare del diritto frazionario ai sensi dell'art. 2352 c.c. La Cass. civ., sez. I, 11.11.2005 n. 21858, sottolinea che il potere di voto di un custode penale nel caso di sequestro di azioni è connesso al suo potere di impugnare la delibera assembleare adottata nonostante il suo dissenso, escludendo quindi una legittimazione concorrente del socio.

rimozione ovvero con l'eliminazione del valore incorporato nella delibera³⁹⁰, ma che in una crisi di impresa devono essere adattati al contesto di una società di capitali in concordato preventivo.

Infatti occorre distinguere tra il deliberare e il deliberato cercando di capire se è possibile disattivare un vizio della delibera, senza che questa sia sanata da un'altra delibera sostitutiva dei soci, mediante un provvedimento del giudice³⁹¹.

La soluzione è quella di ritenere, quindi, che il decreto di omologazione abbia un'efficacia sanante della deliberazione assembleare, poiché sulla deliberazione assembleare stessa non si appuntano più (soltanto) gli interessi dei soci di maggioranza, ma anche gli interessi dei creditori che, pure, non hanno preso parte all'adozione della delibera e che non dovrebbero risentire degli effetti negativi della stessa.

Quindi il Tribunale ha un potere di ingerenza nella *corporate governance* che è limitato alla sanatoria della deliberazione invalida, contenuta in un piano di concordato preventivo.

Pertanto il socio non può, perseguendo un suo interesse individuale, in quanto azionista della s.p.a. in concordato preventivo, rimuovere una delibera sociale, e neppure mediante il rimedio dell'opposizione al concordato preventivo in sede di omologa, sollevando un vizio di legittimità della deliberazione assembleare e con essa della procedura di concordato preventivo³⁹². Infatti, se il socio dissenziente, sollevando un vizio della delibera, ai sensi dell'art. 180, comma 4 l. fall., si oppone all'omologa del concordato preventivo, il Tribunale non valuta nel merito la convenienza della proposta di concordato preventivo ma solo la regolarità formale della stessa³⁹³. Quindi il Tribunale rigetta l'opposizione e omologa il concordato preventivo perché sana, in quella sede, il vizio, evitando che quest'ultimo si estenda

³⁹⁰ M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 193-194; 198.

³⁹¹ Cfr. P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè 2011, 572-574.

³⁹² Nel senso di escludere il potere di opposizione del socio poiché titolare di un interesse di fatto e poiché non ha impugnato la delibera assembleare con cui ai sensi del previgente art. 152 l. fall., la società aveva avanzato una proposta di concordato preventivo, v. Cassazione civile, sez. I, 05.05.1995, n. 4919.

³⁹³ Cfr. G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, n. 3/2012, 488, il quale ritiene che il diritto di opposizione del socio, quando agisce per ottenere un *surplus*, legittimi il Tribunale ad un controllo di merito sulla proposta di concordato preventivo; G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 104.

alle eventuali altre deliberazioni connesse per il raggiungimento dello scopo economico del piano di concordato preventivo³⁹⁴.

Inoltre, anche nel caso in cui il vizio non venga rilevato e quindi sanato in sede di omologazione del concordato preventivo, quest'ultimo è irrilevante, poiché la contestuale esecuzione della deliberazione assembleare viziata, da parte del debitore in concordato in continuità diretta o infine del terzo nel caso di concordato con assuntore o in continuità indiretta, che esercita l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori della s.p.a. debitrice ne sanerebbe il vizio, anche perché l'atto in esecuzione della delibera assembleare non è altro che un atto con i terzi e come tale è soggetto alla disciplina di cui all'art. 2377, comma 7 c.c., poi richiamato anche dall'art. 2379 c.c.³⁹⁵.

21. Conclusioni

L'indagine sulla legittimazione all'esercizio dell'azione sociale porta a concludere che, nonostante la mancanza di una espressa disciplina, in qualche misura l'istituto subisce gli effetti dell'apertura di una procedura di concordato preventivo.

Non si è ritenuto, infatti, di poter applicare in via analogica la norma che regola le azioni risarcitorie nel fallimento ovvero l'art. 146 l. fall. non tanto per la differenziazione funzionale tra le due procedure, che se valutata in relazione al concordato di tipo liquidatorio si assottiglia, quanto per la diversa collocazione del debitore nell'ambito della procedura di concordato preventivo, poiché quest'ultimo può gestire i suoi beni comprendendo in una nozione ampia di bene anche i suoi crediti derivanti dall'esercizio di un'azione risarcitoria³⁹⁶.

Il modello di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale si differenzia a seconda della tipologia di concordato preventivo³⁹⁷ a cui l'imprenditore è assoggettato.

³⁹⁴ C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, 320-321; nt. 100, 327-330.

³⁹⁵ Cfr. C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, nt. 106, 334, il quale segnala il problema del fatto che la sentenza che accoglie l'impugnativa di una delibera viziata faccia stato o meno anche nei confronti delle delibere connesse.

³⁹⁶ Cfr., seppur in riferimento al diverso problema della disciplina applicabile ai rapporti pendenti nel concordato preventivo nella normativa previgente, A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1973, 10-14.

³⁹⁷ Cfr. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 390-395, il quale dopo aver dimostrato che è inutile procedere ad una classificazione meramente descrittiva della natura del concordato preventivo (contrattuale o pubblicistica), ritiene che all'interno della

La ricostruzione dello statuto normativo dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è finalizzata ad ampliare la tutela dei creditori sociali e ad implementare il ricorso allo strumento del concordato preventivo.

Perciò nel corso dell'elaborato abbiamo cercato di rendere funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori entrambi i modelli di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità (modello di legittimazione autonoma e modello di legittimazione derivata) declinati all'interno di un'impresa in crisi.

Per far ciò occorre, nei limiti del possibile, giustificare un modello di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità che non dipende dalla delibera assembleare, dall'altro, qualora non si possa ancorare tale modello a solide basi normative e sistematiche, si applica il modello di legittimazione derivata all'esercizio dell'azione sociale descritto dalle norme di diritto societario, cercando di temperare il presupposto costituito dalla deliberazione assembleare, correggendo eventuali disfunzioni.

L'elaborato ricostruttivo di una disciplina in merito alla legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori della società di capitali in concordato preventivo ruota intorno a due poli: da un lato, si è provato ad estendere al concordato preventivo liquidatorio la legittimazione autonoma, in capo al liquidatore, all'esercizio delle azioni risarcitorie idonee a ricostituire il patrimonio sociale; dall'altro si è previsto che, nel concordato preventivo in continuità aziendale diretta, indiretta, in quello con assuntore, è necessaria la presenza di una delibera assembleare.

Il tema di indagine risulta ancora più complesso laddove vengano prese in considerazione le proposte concorrenti di concordato preventivo³⁹⁸ e la disciplina delle offerte concorrenti dell'acquisto dell'azienda dell'imprenditore in crisi³⁹⁹.

specifica disciplina del concordato preventivo deve essere utilizzato il metodo di interpretazione analogica per colmare le lacune, se ricorre il presupposto della *eadem ratio* ovvero: analogia della situazione e analogia degli interessi coinvolti.

³⁹⁸ Per una posizione in parte contraria, v. M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 6 agosto 2015-2; 14.

³⁹⁹ Ad esempio, in tema di offerte concorrenti nell'ipotesi in cui due imprese in concordato sono proprietarie rispettivamente una dell'azienda, mentre l'altra dell'immobile in cui l'attività viene svolta. Nel caso in cui l'azienda non sia agevolmente o proficuamente trasferibile in altro luogo, poiché le offerte concorrenti, per espressa disposizione di legge, non possono essere subordinate ad alcuna condizione e neppure quella avente ad oggetto il trasferimento dell'immobile all'offerente vincitore, si ha un disincentivo ad offerte di acquisto dell'azienda. L'unica soluzione praticabile è che il Tribunale apra un'unica procedura competitiva e assegni entrambi i cespiti con il rischio – se non la certezza – che quantomeno la vendita dell'immobile non venga effettuata al miglior prezzo possibile e che, quindi, non sia stata posta in essere nella migliore soddisfazione

Il legislatore è consapevole che le possibilità di massimo realizzo per i creditori aumentano solo attraverso meccanismi competitivi, attraverso la prosecuzione dell'impresa in crisi⁴⁰⁰, nonché attraverso la corretta gestione della stessa⁴⁰¹, in modo da evitare che la situazione di crisi in cui versano le loro imprese degeneri in insolvenza, come previsto dai Considerando n. 1 e 16 della Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014⁴⁰². La corretta gestione dell'impresa in crisi e dello strumento societario dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è idonea a incrementare il patrimonio sociale a vantaggio dei creditori chirografari ed è il sistema più efficiente per salvare le imprese in crisi. Per questo la continuità va preferita alla liquidazione in talune ipotesi: si pensi all'impresa che ha richiesto investimenti non recuperabili per 1.000.000,00 e fornisce un M.O.L. rendimento annuo pari al 2% degli investimenti (20.000,00); se la continuità di impresa risulta conveniente per i creditori concordatari e, se la stessa è messa in crisi dalla revoca dell'amministratore inadempiente, conseguente all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità volto a monetizzare il credito risarcitorio; allora il valore economico della monetizzazione dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità deve essere comparato con quello della continuità di impresa che si avrebbe solamente grazie all'amministratore contro cui sarebbe rivolta tale azione risarcitoria⁴⁰³.

Infatti si è cercato di declinare il modello di legittimazione nelle diverse fattispecie di concordato preventivo non con la pretesa di esaurire ogni singola ipotesi, ma nel tentativo di dare un quadro di insieme cercando di trovare un equilibrio tra le esigenze di continuità dell'impresa che, lo si ribadisce, non devono mai tradursi in un accanimento terapeutico⁴⁰⁴.

dei creditori. L'esame del caso di specie e la soluzione prospettata sono proprie di P.G. CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte*, in www.ilcaso.it, 28 giugno 2016, 4-6; 11, il quale nega che l'offerta concorrente si realizzi in mancanza di una previa accettazione.

⁴⁰⁰ Per il rilievo che la continuità assume in relazione alle responsabilità degli amministratori in Usa e in Germania, cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, nt. 20, 1050.

⁴⁰¹ M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 6 agosto 2015, 6-7.

⁴⁰² In tal senso, v. P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 8-13.

⁴⁰³ L'esempio nel testo è proprio di L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1053.

⁴⁰⁴ Cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1054-1055, il quale ribadisce che spesso un'impresa è composta da più aziende (o rami di azienda) e che solo alcune di esse hanno cagionato la crisi. Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 176-180, il quale afferma che l'organo gestorio valuta se l'impresa ha prospettive di risanamento o se, invece, una cessazione dell'attività di impresa evita una dispersione della ricchezza, in un'

Spesso, infatti, il singolo amministratore, specie nelle piccole società di capitali, ha un bagaglio di conoscenze, c.d. *know-how* dell'impresa, tale da essere vitale per la continuazione dell'impresa e allora, prima ancora del percepimento dello stipendio⁴⁰⁵, un incentivo a operare correttamente nella crisi di impresa potrebbe essere quello di evitare l'esercizio di un'azione risarcitoria la cui competenza, per gli interessi in gioco, deve essere attribuita ad un soggetto che rappresenti i creditori e non alla maggioranza dei soci.

Perciò si è cercato di introdurre, un modello di legittimazione autonoma all'esercizio della pretesa sociale che, altro non produce, se non un incremento di quella eterotutela volta a rafforzare le ragioni dei creditori concordatari, nonché di correggere il modello di legittimazione derivata di esercizio della pretesa sociale nei casi in cui attribuisce ai soci un potere di interferenza nella ristrutturazione di un'impresa in crisi.

Nel caso in cui si applichi il modello di legittimazione derivata, si è notato che la delibera assembleare è il presupposto che legittima la riscossione di un credito futuro derivante dall'azione sociale di responsabilità, la cui titolarità è già stata trasferita mediante l'inserimento della cessione di predetto credito nel piano di concordato preventivo omologato.

Inoltre oltre ai problemi di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale nel concordato preventivo – dovuti alla mancanza di una norma *ad hoc* – si inseriscono sul piano pratico alcune difficoltà nel valutare le utilità estraibili dall'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, utilità da cui dovranno essere detratti, oltre che i costi *standard*⁴⁰⁶, anche i costi occulti, quali ad esempio i costi della necessaria perizia per valutare se ad una determinata condotta gestoria è causalmente connesso uno specifico danno al patrimonio sociale. Tutti questi costi sono da considerare come prededucibili, perché hanno apportato un'utilità al buon esito della procedura concorsuale ai sensi dell'art. 111 l. fall.

ottica preconcorsuale tale valutazione si traduce in un suggerimento all'assemblea che decide nel merito, in una crisi, poiché il potere di deliberare la proposta di concordato preventivo spetta agli amministratori, a questi ultimi spetta anche il potere di gestire la crisi e in questo potere di gestione in senso ampio rientra anche il potere di sciogliere la società.

⁴⁰⁵ Cfr., per uno spunto, L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, in nt. 49, 1061.

⁴⁰⁶ Cfr. M. FABIANI, *La variabile dei costi nei procedimenti di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, n. 10, 2017, 1092-1093, il quale inserisce, nel catalogo dei costi *standard*, il compenso del curatore fallimentare a cui rinvia l'art. 165 l. fall. in materia di compenso del commissario giudiziale.

I costi sono differenti a seconda del tipo di concordato preventivo. Nel concordato liquidatorio i costi dovuti all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, unitamente a quelli per la liquidazione dei beni, devono essere inferiori a quelli dovuti all'interno dell'alternativa fallimentare, oppure è necessario che il promovimento dell'azione sociale di responsabilità determini, comunque, un plusvalore che supera i costi e le percentuali promesse ai creditori⁴⁰⁷: nell'uno o nell'altro caso si evita che i costi determinino un assorbimento dell'attivo ricavato dalla liquidazione dei beni del debitore. Questo doppio patrimonio su cui potersi soddisfare avvantaggia i creditori concordatari o meglio incrementa la provvista concordataria⁴⁰⁸. Il fatto che il patrimonio dell'amministratore inadempiente è messo a disposizione della procedura concorsuale nella misura in cui è quantificato il danno, non viola alcuna regola, in tema di effetto esdebitativo del concordato, disciplinata ai sensi dell'art. 184 l. fall., poiché la norma ha ad oggetto il solo patrimonio della s.p.a. e non quello dell'amministratore inadempiente; né si determina una deroga all'art. 2740 c.c. in quanto i beni sono finalizzati al soddisfacimento delle pretese che i creditori hanno nei confronti del debitore e quindi la responsabilità patrimoniale del debitore risulta diversamente attuata ma mai derogata⁴⁰⁹.

Il depotenziamento delle competenze assembleari, che si è completato con la Riforma del diritto societario del 2003⁴¹⁰, addirittura, in una crisi di impresa, culmina nella

⁴⁰⁷ Nel senso di sottolineare le due opzioni, cfr. M. FABIANI, *La variabile dei costi nei procedimenti di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, n. 10, 2017, 1095-1096.

⁴⁰⁸ Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 6, 2017, 638-641, il quale ritiene che il miglior soddisfacimento, determinato mediante la votazione della proposta di concordato preventivo a maggioranza dei creditori concordatari, è dato in via oggettiva dalla maggior percentuale e dal minor tempo di soddisfacimento del credito totale e non va parametrato a utilità soggettive che il singolo potrebbe prediligere in quanto il concordato preventivo è governato dal principio di maggioranza.

⁴⁰⁹ Cfr. M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015, 43-49, il quale sottolinea come l'azione dei creditori sia rivolta ad un patrimonio aggiuntivo e separato rispetto a quello del debitore e che l'amministratore non sia da intendere come un coobbligato.

⁴¹⁰ Nel senso di una traslazione delle competenze dall'organo assembleare a quello amministrativo, v. P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, G. Cottino (diretto da), IV, 2, 2004, Cedam, Padova, 163-166; R. LENER, *L'assemblea nelle società di capitali. Prospettive di una ricerca*, in *Trattato di diritto privato. Le società di capitali. L'assemblea nelle società di capitali*, M. Bessone (diretto da), R. Lener-A. Tucci (a cura di), Giappichelli, Torino, 2000, 1-8, cfr. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, n. 2/3, 2013, 337-338 ritiene che i rapporti fra i due organi risultino invertiti rispetto al regime anteriore al Codice civile del 1942, poiché il legislatore ha tenuto conto della disciplina tedesca. Per una ricostruzione delle competenze assembleari nel sistema anteriore alla Riforma del 2003. Era prevista dalla legge "l'attribuzione all'organo amministrativo di un nucleo di competenze originario e con estensione generale, tale da comprendere, secondo un criterio di residualità rispetto alle competenze speciali dell'assemblea, l'intero ambito della gestione dell'impresa", le parole virgolettate sono di V. PINTO, *Commento all'art. 2364 del Codice civile*, in *Le società per azioni*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 840-841; P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, 3*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 1994, 31. G.B.

eliminazione o svuotamento di poteri dell'assemblea dei soci che ivi esercitano il voto. In entrambe le ipotesi di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità si è tentato di fornire soluzioni interpretative che riconoscono nel microsistema del diritto societario della crisi di impresa un sistema autonomo quanto ai principi che lo governano e idoneo a correggere eventuali disfunzioni della disciplina del diritto societario comune.

Quindi, come nella disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo l'interesse del proponente (creditore) è tutelato da inadempimenti del debitore, sia nella fase di apertura sia anche in quella successiva all'omologa del concordato preventivo⁴¹¹, così anche l'eventuale comportamento difforme dal piano di concordato preventivo, da parte dei soci, viene ad essere disattivato sulla base della convinzione che la monetizzazione della pretesa sociale deve prescindere da eventuali delibere dei soci.

La mancata attuazione di quanto contenuto nel piano di concordato preventivo rileva anche se a parlarne in essere è l'organo gestorio per tutte quelle operazioni ivi contenute, a partire dal deposito del ricorso per l'azione risarcitoria verso l'amministratore responsabile di una gestione scorretta.

Sotto tale profilo il C.d.a. risponde dei danni arrecati alla società, salvo un tale inadempimento non si riveli in concreto vantaggioso per la società.

In questo caso la discrezionalità gestoria è vincolata all'adempimento del piano di risanamento dell'impresa, visto che l'ipotesi di non attuazione della strategia programmata nel piano di concordato preventivo costituisce un'ipotesi eccezionale e molto rischiosa per gli amministratori che nella gestione della crisi decidano di non

PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale (a cura di), II, Utet, Torino, 2006, 5-33, il quale sostiene che, pur se sia stato attuato tale depotenziamento, il legislatore consenta un trasferimento di poteri tra i due organi, il quale ha un'intensità maggiore dall'assemblea verso l'organo amministrativo; ID., *Lezioni pisane di diritto commerciale*, F. Barachini (a cura di), Pisa University Press, aprile 2014, 71-85. Nel senso di un effetto volutamente asimmetrico di tale trasferimento, cfr. C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012, 351; in tal senso cfr. anche V. PINTO, *Commento all'art. 2364 c.c.*, cit., 841; cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 119-120, il quale sottolinea che l'attribuzione delle competenze gestorie, all'assemblea è limitata al fine di garantire una gestione dell'impresa che sia efficiente e che crei una ricchezza tale da garantirne la permanenza sul mercato.

⁴¹¹ I problemi e le disfunzioni sono corretti solo laddove sia corretta la dissociazione soggettiva tra coloro che sono legittimati a predisporre una soluzione negoziale della crisi e coloro che sono legittimati a compiere atti che, su di essa, influiscono e il problema è sollevato, in ambito di proposte concorrenti, da P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 25-27.

attenersi a quanto preventivamente concordato tra società e creditori in un piano omologato dal giudice⁴¹².

Forse sarebbe stato opportuno che il legislatore dell'ultima riforma della disciplina concorsuale (avvenuta con d.lgs. n. 83/2015) prima ancora che promuovere il mercato delle imprese in crisi e dei *distressed debts*⁴¹³ avesse previsto una norma *ad hoc* che attribuisse la legittimazione agli organi della procedura di concordato preventivo a monetizzare eventuali crediti che il debitore ha verso i componenti dei propri organi sociali che si sono resi inadempienti. Infatti, nel caso di concordato preventivo, gli organi della procedura e non i soci dovrebbero essere legittimati, in quanto rappresentanti (*agents*) dei creditori (*principals*) a esercitare l'azione sociale nell'interesse di questi ultimi.

Quale criticità si rileva che, nonostante l'azione sociale di responsabilità sia posta a tutela delle ragioni creditorie, il legittimato attivo non è un soggetto nominato dai creditori⁴¹⁴.

Purtroppo, a conclusione dell'indagine prospettata, a me pare che siamo ancora lontani dall'obiettivo preannunciato dalla nuova stagione di riforme concorsuali apertasi con la Commissione Rordorf, il cui Schema del disegno di legge presentato alla Stampa l'11.02.2016, *ex art. 2, comma 1, lett. l)*, auspicava di raggiungere e cioè dalla "*certezza e uniforme applicazione delle norme in materia di concordato*".

Tutte queste incertezze sarebbero risolte, ove si riuscisse ad applicare l'art. 2394 c.c. quale azione individuale, poi, diventata un'azione di massa per effetto dell'omologazione del concordato preventivo. L'azione risarcitoria dei creditori si concorsualizza per effetto delle disposizioni che assicurano la tendenziale inderogabilità della *par condicio creditorum* ovvero: il divieto di azioni esecutive individuali e cautelari (*automatic stay*), ai sensi dell'art. 168 l. fall., nonché il rispetto delle cause legittime di prelazione (*absolutly priority rule*), ai sensi dell'art. 160 l. fall.

⁴¹² Cfr. A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in Sistema finanziario e diritto dell'impresa, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano, 206-208, il quale si esprime in senso non dissimile in riferimento a un piano di risanamento nella fase di crisi preconcorsuale.

⁴¹³ In tal senso, v. F. LAMANNA, F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 26.

⁴¹⁴ L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1075-1077, il quale evidenzia la mancanza di nomina del rappresentante (commissario giudiziale) da parte dei rappresentati (creditori), mediante una ricca analisi comparata.

Un tale ragionamento trova conferma in una considerazione di coerenza logica: non si può attribuire ai soci uno strumento societario posto, ormai, a tutela dei creditori concordatari⁴¹⁵ al cui miglior soddisfacimento è finalizzata la procedura concorsuale⁴¹⁶.

La concorsualizzazione dell'art. 2394 c.c. e le correzioni della delibera assembleare ex art. 2393 c.c., mancante o viziata, e la legittimazione mediante decreto di omologa del concordato preventivo, però, non risolvono i problemi in merito all'eventuale *surplus* che il promovimento dell'azione sociale abbia generato e che i soci rivendicano come proprio.

L'appropriazione delle utilità in eccedenza da parte del debitore non si pone in contrasto con l'art. 2740 c.c. in specie nella parte in cui vincola, al soddisfacimento dei creditori, anche “*i beni futuri*” del debitore⁴¹⁷.

Ciò avviene sia nel concordato preventivo liquidatorio parziale che in quello in continuità, poiché l'effetto esdebitativo integra un effetto novativo del rapporto credito-debito, in specie l'esposizione debitoria della società di capitali viene ridotta e l'eventuale *surplus* spetta ai soci.

Nel primo caso il debito è ridotto e i crediti non vengono ceduti ma restano in capo alla s.p.a. debitrice e con essi anche quello sotteso all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci.

Nel secondo caso il miglior interesse dei creditori, assicurato dalla continuità aziendale, implica che il soddisfacimento sia maggiore rispetto all'alternativa di liquidazione volontaria o concorsuale, ma non si traduce nel massimo soddisfacimento dei creditori concordatari. Così, nel caso di concordato preventivo

⁴¹⁵ In senso non dissimile, v. G. D'ATTORRE, *La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie*, in Banca e Borsa, 2015, n. 2, parte 1, 168-171.

⁴¹⁶ Infatti gli artt. 186-bis e 182-quinquies l. fall. indicano quale principio generale della procedura di concordato preventivo “il miglior soddisfacimento dei creditori”, nonché quale criterio a cui il professionista attestatore e il tribunale devono attenersi nel valutare le scelte del debitore. Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, n. 6, 2017, 637-638; 645-647, il quale sottolinea che l'attestazione del professionista in ordine al miglior soddisfacimento dei creditori (esclusa per il concordato meramente liquidatorio – con cessione totale dei beni –) è idonea a supplire asimmetrie informative tra debitore e creditori; cfr. E.M. NEGRO, *Proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 12 febbraio 2016, 15-16, che illustra il problema di un accesso ai dati aziendali e ai documenti disponibili al solo debitore nell'ipotesi in cui vi è la seguente sequenza: proposta del creditore- proposta del debitore.

⁴¹⁷ Cfr., G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in Il Fallimento, n. 3, 2017, 317-319, il quale sostiene che l'art. 2740, comma 1, c.c. è derogato nel caso di concordato preventivo in continuità diretta sia nel caso di concordato preventivo in continuità indiretta.

in continuità indiretta, il prezzo della cessione non viene necessariamente attribuito ai creditori, ma viene destinato ai creditori fino al raggiungimento della percentuale prevista dalla proposta di concordato omologata. Infatti non si ha una deroga all'art. 2740 c.c.⁴¹⁸ ma l'effetto esdebitativo ex art. 184 l. fall. costituisce una limitazione del debito, poiché vengono ridotte le loro pretese in misura concordataria e la regola di destinazione dell'attivo ai creditori viene temperata dal principio di maggioranza con cui è approvato il concordato preventivo⁴¹⁹; perciò il *surplus* può essere attribuito ai soci poiché le somme che lo compongono non sono vincolate al soddisfacimento dei creditori concordatari⁴²⁰.

Infatti ciò non contrasta con il principio dell'*absolute priority rule* che vige tra i soli creditori e richiede che l'ordine di prelazione non sia alterato, lasciando quindi ai creditori la scelta di non applicare tale principio verso i soci, potendo anche trasferire ai soci un valore dell'impresa superiore al netto patrimoniale, poiché il loro soddisfacimento risulta essere maggiormente garantito da una continuità aziendale da parte degli stessi soci⁴²¹.

⁴¹⁸ Cfr. E. BARCELLONA, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare*, Nota a sent. Trib. di Bologna, 16 agosto 2016, n. 2121, in *Giur. comm.*, n. 1, II, 2018, 162-167, il quale ritiene che il valore prospettico della continuazione dell'impresa assicura una miglior soddisfazione rispetto alla immediata liquidazione dei beni.

⁴¹⁹ G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Il Fallimento*, n. 3, 2017, 321-322.

⁴²⁰ Cfr. G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Il Fallimento*, n. 3, 2017, 324-325. Nel senso di sottolineare come la direttiva europea del 22 novembre 2016 art. 10 (*best interest of creditors*) impone però che il miglior soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria assicurato dalla continuità aziendale va parametrato rispetto al singolo creditore nel rispetto di un ordine gerarchico che, utilizzando il criterio della continuità aziendale, impone il rispetto della gerarchia tra i *claimants* ai sensi dell'art. 11 (*absolute priority rule*) e quindi la distribuzione ai soci solo in seguito al consenso di tutte le classi di creditori; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Il Fallimento*, n. 8-9, 2017, 876-877. Cfr. A. ZANARDO, *Il concordato con cessione (parziale) dei beni: ammissibilità e disciplina*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 6, 2017, 1367-1369, la quale ritiene che la mancata ammissibilità di un *surplus* ai soci contrasterebbe con il principio di continuità soggettiva di cui all'art. 186 bis l. fall.

⁴²¹ G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, n. 3/2012, 486-487.

I soci non hanno alcun diritto di voto, pur essendo *residual claimants*, in merito alla proposta espropriativa di concordato preventivo⁴²². Essi hanno a disposizione lo strumento dell'opposizione all'omologazione ai sensi dell'art. 180, comma 4, l. fall⁴²³: strumento inefficiente, perché il Tribunale non può sindacare il merito né modificare la proposta e il piano di concordato preventivo.

Chi lamenta un pregiudizio ha il diritto a vedersi accantonata la somma idonea ad eliminare un tale pregiudizio; tuttavia non sembra esservi alcun strumento legislativo, precedente all'omologazione del concordato preventivo, idoneo a consentirlo. Pertanto, il socio potrà arrivare alla compensazione del pregiudizio solo successivamente all'omologazione. Alcune forme di compensazione diverse dal denaro e tali da non estromettere il socio dalla vita della società potrebbero essere quelle di: assegnare azioni di godimento al socio o strumenti finanziari partecipativi, permettendo al possessore – che in tal caso perde la qualifica di socio – di esercitare, comunque, diritti patrimoniali e/o amministrativi nell'impresa societaria.

In alternativa i soci potrebbero utilizzare lo strumento del recesso per opporsi al piano di concordato preventivo che prevede operazioni o fatti legittimanti il recesso ai sensi

⁴²² Infatti manca la possibilità di prevedere una classe che approva il concordato formata da soci titolari di interessi omogenei (a anche più classi nel caso di azioni speciali o con prestazioni accessorie). Nel senso di segnalare che tale possibilità è ammessa dal legislatore tedesco che, ispirandosi alla *Reorganization* del Chapter 11 statunitense, prevede che, qualora il piano concordatario modifichi gli assetti organizzativi interni di una società in crisi, la proposta concordataria deve contenere un'obbligatoria suddivisione in classi di tutti i partecipanti alla crisi (soci e creditori) e la proposta approvata è vincolante per i soci dissenzienti, v. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 67-71. Sul punto, v. anche G. D'ATTORRE, *I concordati "ostili"*, Giuffrè, Milano, 2012, in nt. 170, 98; ID., *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, n. 11/2015, 1171; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 383.

⁴²³ Cfr. R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in RDS, n. 4, 2016, 782-783, il quale ritiene che l'opposizione del socio è un rimedio inefficiente perché consente il solo sindacato di legittimità, auspicando una disciplina specifica che regolamenti l'opposizione dei soci; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, n. 11/2015, 1170-1171; G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 104; T. ARIANI, *Proposte concorrenti ex art. 163 L. fall. spunti di riflessione*, Corso di perfezionamento "Il Nuovo Diritto Fallimentare", in <http://www.nuovodirittofallimentare.unifi.it>, parte I, 347-349; 356; N. ABRIANI, *Dalle proposte concorrenti alle domande concorrenti*, in Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. Calvosa (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 125-126; 128-130. Per una posizione in parte diversa, cfr. M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in Diritto Commerciale Interno e Internazionale, Giappichelli, Torino, 2017, 201-205, la quale sostiene che l'opposizione del socio legittimi un controllo di merito in presenza di proposte concorrenti di concordato preventivo per circoscrivere il *surplus* da ristrutturazione che gli spetta. Ma non solo, sembra evidente che l'intera disciplina delle proposte concorrenti preveda disposizioni volte a rendere meno brusco questo cambiamento del tipo di controllo dall'imprenditore verso i creditori (si pensi all'implementazione dei flussi informativi in merito al dissesto che circolano tra commissario-Tribunale-creditori, ma anche alle relazioni integrative che è chiamato a redigere il commissario giudiziale); si tenga presente poi che tale controllo di merito è ammesso non per sindacare la valutazione di convenienza dei creditori, ma solo per riallocare il *surplus* da ristrutturazione verso i suoi legittimi proprietari (i soci).

degli artt. 2437 c.c. e 2473 c.c., oltre che l'esercizio della pretesa sociale a vantaggio dei creditori concordatari. Inoltre, il diritto del socio receduto, a vedersi corrisposto un importo in denaro pari al valore della sua partecipazione sociale, non dovrebbe determinare alcun pregiudizio al miglior soddisfacimento dei creditori, poiché il costo del recesso del socio non verrà pagato nell'ambito della procedura concordataria, non essendo tale credito né sorto anteriormente all'apertura della procedura di concordato né da qualificarsi come prededucibile⁴²⁴. Tuttavia, anche questo strumento, non consente ai soci di appropriarsi del *surplus* che spetta loro⁴²⁵.

Infine un'ultima considerazione concerne i risultati raggiunti dalla Commissione Rordorf più volte menzionata nel corso dell'elaborato.

La legge delega e i decreti attuativi si pongono infatti come ultimo atto di un percorso riformatore finalizzato all'obiettivo di salvare l'impresa in crisi, evitando che la crisi degeneri in insolvenza⁴²⁶.

Gli interventi sulla materia vanno dalla rilevanza riconosciuta allo stato di crisi preconcorsuale che legittima l'apertura di una procedura di allerta alla nuova nozione di crisi intesa come possibilità di insolvenza, fino all'utilizzo di strumenti endosocietari che in passato non erano regolati, come ad esempio l'istituto dell'azione sociale di responsabilità, per far fronte all'ormai avvertita esigenza di un recupero dell'impresa in crisi.

Il progetto di riforma ha regolato con certezza l'ipotesi del concordato liquidatorio attribuendo legittimazione al liquidatore, mentre non si è pronunciato nel caso di concordato in continuità aziendale indiretta, tipologia di concordato che oggi incontra un atteggiamento di favore da parte del legislatore⁴²⁷.

⁴²⁴ In tal senso, cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione dell'impresa in crisi*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, F. Barachini (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 15-16; N. ABRIANI, *Dalle proposte concorrenti alle domande concorrenti*, in *Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. Calvosa (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 140-141.

⁴²⁵ L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1041-1081.

⁴²⁶ Cfr. G. LO CASCIO, *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2018, 525.

⁴²⁷ Cfr. A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1973, 63-68, il quale segnala come il concordato liquidatorio fosse la tipologia più usata nel regime previgente e che, comunque, la conservazione dell'organismo produttivo rappresenta un interesse che trova una tutela secondaria rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori.

In tal caso abbiamo provato a far fronte a tale mancanza per via interpretativa regolando la fattispecie mediante regole societarie che in tal caso non possono essere disapplicate, ma solo adeguate alla procedura di concordato preventivo.

La legge delega n. 155/2017 aveva conferito il compito al Governo in 12 mesi di emanare decreti attuativi, i primi due decreti delegati sono stati licenziati nel mese di dicembre 2018: quello destinato a dar vita al Codice della crisi e dell'insolvenza destinato a rimpiazzare il r.d. n. 267 del 1942 e la l. n. 2 del 2012 e quello rivolto ad apportare modifiche al codice civile in attuazione dell'art. 14 della legge delega.

Il Codice della crisi e dell'insolvenza verrà attuato solo dopo che è trascorso un lungo periodo di *vacatio legis* e non sarà in vigore, come originariamente previsto, entro il 27 dicembre 2018 (data di scadenza della legislatura), per evitare che la norma e le disposizioni in essa contenute debbano essere di nuovo modificati per recepire la direttiva europea in materia fallimentare del 22 novembre 2016 n. 723.

Pertanto il Governo potrà rinviare alle commissioni competenti il testo per nuovi interventi in tutto l'arco di tempo di *vacatio legis*.

A nostro avviso, seppur reso necessario dalle circostanze, un periodo così lungo di *vacatio legis* rischia di creare incertezza più che certezza del diritto.

Nonostante ciò il progetto deve essere apprezzato per lo sforzo profuso nel costruire i singoli istituti tra cui quello dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità mediante norme *ad hoc* che mettono ordine in un sistema concorsuale divenuto ormai caotico.

In un tale sforzo la riforma stabilisce un dialogo tra il diritto societario e quello concorsuale, ma, come abbiamo poc'anzi evidenziato, evita di farlo nel caso di concordato preventivo in continuità indiretta dove non regola l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

La scelta di inserire nel testo anche le considerazioni di una riforma non ancora attuata si giustifica per l'auspicio che questa possa trovare piena attuazione e, comunque, poiché prende espressamente in esame il problema della legittimazione all'esercizio di responsabilità nel concordato preventivo liquidatorio.

Bibliografia

- AA.VV., Codice della crisi di impresa, F. Di Marzio (diretto da), Giuffrè, Milano, 2017, 920-958.
- P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975, 1-202.
- N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in Giust. Civ., n. 2, 2016, 365 ss.
- N. ABRIANI, Dalle proposte concorrenti alle domande concorrenti, in Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. CALVOSA (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 111-143.
- V. ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 149-169.
- S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in Tratt. di dir. comm., Le società per azioni, Vol. 4, Tomo I, Cedam, Padova, 2010, 658 ss.
- C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), I, Utet, Torino, 2006, 5-24.
- C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, anno 52^o/2007, fasc. 6, novembre-dicembre, 2007, 1217-1237.
- C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2006, 675 ss.
- C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, F. Messineo-P. Schlesinger (diretto da), Giuffrè, Milano, 2012.
- C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgement rule*, in *Riv. dir. Comm.*, n. 4, 2012, 583-588.

- T. ARIANI, *La risoluzione del concordato preventivo con attribuzione di azioni*, in RDS, n. 4, 2016, 882-897.
- N. BACCETTI, *La gestione di società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale e eccessivo indebitamento*, in Riv. soc., fasc. 4°, luglio-agosto, 2016, 568-647.
- L. BALESTRA, *Azione di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, n. 6, 2017, 662-671.
- F. BARACHINI, *Delega gestoria e disciplina dei "flussi informativi": poteri, doveri e responsabilità*, in <http://www.la legislazione penale.eu>, 7.04.2016, 1-14.
- F. BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, Diritto commerciale interno e internazionale, Collana fondata da P. Abbadessa- C. Angelici - G.F. Campobasso- A. Cerrai- A. Mazzoni, Giappichelli, Torino, 2008.
- F. BARACHINI, *L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di s.p.a.*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Utet, Torino, 2006, 605-655.
- F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in Società, banche e crisi d'impresa, Liber Amicorum P. Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), III, 2865-2876.
- E. BARCELLONA, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare*, Nota a sent. Trib. di Bologna, 16 agosto 2016, n. 2121, in Giur. comm., n. 1, II, 2018, 153-173.
- A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 99-129.
- C. BAVETTA, *Il liquidatore dei beni ceduti con il concordato preventivo*, in saggi di dir. comm., T. Ascarelli (fondata da), A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996.
- P. BENAZZO, *Azione sociale di responsabilità, revoca ex lege degli amministratori e nomina dei nuovi amministratori*, in Giur. comm., I, 1991, 529 ss.
- P. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Cedam, Padova, 1992.

P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nella s.r.l. dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Le Società*, n. 7, 2004, 808-815.

G. BERSANI, *La valutazione di fattibilità giuridica del concordato preventivo nell'interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla verifica del contenuto dell'attestazione del professionista ex art. 161 l. fall.*, in www.ilcaso.it, 20 ottobre 2014, 1-29.

F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle Società per azioni*, G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE (diretto da), 4, Utet, Torino, 1991, 323-458.

A. BONSIGNORI, *Arbitri e fallimento*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), Cedam, Padova, 1995.

L.A. Bottai, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8-9/2018, 977-983

G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, I. Le proposte concorrenti*, in *Fallimenti e società.it* (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 2-75.

G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti, II. Le offerte concorrenti*, in *Fallimenti e società.it*, (<http://www.fallimentiesocietà.it>), 15 dicembre 2015, 75-105.

F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1380 ss.

F. BRIOLINI, *Commento all'art. 2393 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1402-1416.

R. BROGI, *La fusione per incorporazione nella società in concordato preventivo*, Nota a sent. Cass. civ., 18 gennaio, 2018, n. 1181, Pres. A. Didone; Est. F. Terrusi, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2018, 550-555.

G.M. BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni. Liber Amicorum a G.F. Campobasso*, III, Utet, Torino, 2007, 585-619.

G.M. BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa, Liber Amicorum P. Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi* (diretto da), III, Utet, Torino, 2541-2591.

G.M. BUTA, *Commento all'art. 2394 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1434-1448.

G.M. Buta, *Commento all'art. 2394 bis c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1449-1459.

G. CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, in *Quaderni di giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 1978.

- O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in Tratt. di diritto commerciale, G. Cottino (diretto da), vol. V, Cedam, Padova, 2007.
- V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione dell'impresa in crisi*, in Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali, F. BARACHINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 1-27.
- V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di spa*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Utet, Torino, 2006, 659-682.
- V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in Società, banche e crisi d'impresa, Liber Amicorum P. Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), III, Utet, Torino, 2593-2617.
- V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in Trattato delle società per azioni, IV, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 107-240.
- L. CALVOSA, *Le principali novità della riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. CALVOSA (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 15-28.
- L. CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, in Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa. II, Utet, Torino, 2014, 935-959.
- M. CASSOTANA, *Responsabilità degli amministratori nella crisi di impresa*, Nota a sent. Corte di Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in *Il Fallimento*, n. 3, 2004, 298-301.
- G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale 2*, Diritto delle società, 8° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2014.
- G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale 3*, Contratti Titoli di credito Procedure concorsuali, 5° ed., M. Campobasso (a cura di), Utet, Torino, 2015.
- P.G. CECCHINI, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti*, in www.ilcaso.it, 28 giugno 2016, 1-14.
- P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo, Organi ed effetti del concordato*, in Tratt. delle procedure concorsuali, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa,

Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 183-260.

M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

M. CENTONZE, *La delibera nulla: tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, II, Utet, Torino, 2006*, 310-353.

S. CERRATO, *La clausola compromissoria nella società. Profili sostanziali*, 2012, Giappichelli, Torino.

M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Tratt. delle soc. a resp. limit. Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, vol. IV, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2009, 3-45.

M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003.

M. CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella nuova spa* in *Il nuovo diritto della società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Utet, Torino, 2006*, 737-760.

S. COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l.*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 171-180.

F. CORSI, *Diritti disponibili e arbitrato societario*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, 281-290.

M. COSSU, *Azione di responsabilità della curatela fallimentare e quantificazione del danno risarcibile*, Nota a sent. Cass. civ, Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. comm.*, parte II, 2016, 529-552.

A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007*, 392-412.

A. DAL MORO-A. MAMBRIANI, *Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. e s.r.l. Principali questioni processuali e sostanziali in tema di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e SRL; orientamenti della sezione VIII civile Tribunale di Milano*, in www.ilcaso.it, 1-19.

F. D'ALESSANDRO, *Il «nuovo» concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 397 ss.

G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale" dal titolo "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi", Roma, 21-22 febbraio 2014, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 1-33.

G. D'ATTORRE, *La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie*, in *Banca e Borsa*, 2015, n. 2, parte 1, 162 ss.

G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?* in *Il Fallimento*, n. 3, 2017, 316-327.

G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 11/2015, 1163-1180.

G. DELL'ATTI, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2012.

G. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 207-253.

M.S. DESARIO, *Esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 62, 1° comma, l.b. e applicabilità dell'istituto della prorogatio ai commissari straordinari delle aziende di credito*, in *Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, parte I, 1991, 651-657.

N. DE LUCA, *Pagamenti preferenziali e azioni di responsabilità. Spunti di riflessione*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8-9/2018, 945-955.

L. DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, in *Quaderni di giur. comm.*, 28, Milano, Giuffrè, 1980.

V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976.

M.C. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordate della crisi*, in *Diritto Commerciale Interno e Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

- F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 52, Giuffrè, Milano, 2011.
- F. DI MARZIO, *'Contratto' e deliberazione nella gestione della crisi d'impresa*, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 73 ss.
- A. DOLMETTA- A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Commento all'art. 2396 c.c.*, in *Le società per azioni* P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1470-1485.
- G. DOMENICHINI, *Amministratori di s.p.a. e azione di responsabilità*, in *Le Società*, n. 5, 1993, 612-616.
- G. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 16 novembre, 2012.
- M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 385, Giuffrè, Milano, 2015.
- M. FABIANI, *La variabile dei costi nei procedimenti di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, n. 10, 2017, 1091-1100.
- M. FABIANI, *L'azione di responsabilità tra operazioni successive allo scioglimento nel passaggio fra vecchio e nuovo diritto societario*, Nota a sent. Corte d'Appello di Bologna, 15 aprile 2003, in *Il Fallimento*, n. 3, 2004, 292-298.
- M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. delle procedure concorsuali*, IV, Concordato, Liquidazione coatta amministrativa, Tutela dei diritti, Profili penali, A. Jorio-B. Sassani (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, 456-672.
- M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 6 agosto 2015,
- M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità per le operazioni successive allo scioglimento nel passaggio tra nuovo e vecchio diritto societario*, in *Fallimento*, 2004, 294 ss.
- M. FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 413 ss.

- G. FERRI, *Arbitrato libero e responsabilità degli amministratori nei confronti della società*, in Riv. dir. comm., II, 1967, 469 ss.
- G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. Tombari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 95-105.
- G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in RDS, n. 3/2012, 477-490.
- G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in Riv. dir. Comm., anno CIV, 2006, 747-772.
- G. FERRI, *La disciplina delle società nel codice di commercio del 1882, 1882-1982 Cento anni dal Codice di Commercio. Atti del Convegno internazionale di studi. Taormina 4-6 novembre 1982*, in Quaderni di Giur. comm., n. 54, Giuffrè, Milano, 1984, 93-106.
- C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in Giur. Comm., 29.1, gennaio-febbraio, 2002, parte I, 65-87.
- FIEBIG, § 270 a), b), c), in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, A. Schmidt, Carl Heymanns Verlag, 2012, 1825-1848.
- V. FINCH-D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Third edition, Cambridge, 2017.
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, tomo 2, Cedam, Padova, 2004, 271-324.
- F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, U. Tombari (a cura di), in Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 65-93.
- F. GUERRERA, *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in Il diritto della banca e della borsa, F. Martorano-G.B Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 575 ss.

F. GUERRERA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Atti del Convegno del 5 settembre 2016 su *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di Riforma*, L. CALVOSA (a cura di) svoltosi presso Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Pacini, Pisa, 2017, 63-69.

P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964.

P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, I, 1988, 548.

L. JEANTET, *Perseguibilità da parte della società tornata in bonis dell'azione di responsabilità esperita dal curatore ex art. 146 l. fall.*, Nota a sentenza Cass. civ. I sez., 28 luglio 2000, n. 9904, in *Giur. comm.*, II, 2001, 223-229.

A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, III, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo- F. Guerrera- A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), Utet, Torino, 2014, 2633-2642.

A. JORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, 871-880.

A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1973.

J. JUSTE, *Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social*, in *Tratados La responsabilidad de los administradores*, Á. Rojo-E. Beltrán (Directores), Valencia, 2005,

C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, fasc. 6, novembre-dicembre, 2016, 1026-1069.

A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 181-198.

F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" N. 83/2015: un primo commento*, Parte II: Le modifiche riguardanti il concordato preventivo. "Proposte/piani" ed offerte concorrenti, in *Il FALLIMENTARISTA* (<http://www.ilfallimentarista.it>), 29.06.2015, 1-14.

- F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 25-66.
- G. LANDOLFI, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 53, Cedam, Padova, 2000.
- G. LANDOLFI, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nel fallimento della nuova società a responsabilità limitata*, Napoli, Liguori, 2005.
- R. LARA, *La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad*, in *Tratados La responsabilidad de los administradores*, Á. Rojo-E. Beltrán (Directores), Valencia, 2005,
- D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, Torino, 2007.
- C. LÉGUEVAQUES, *La procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire*, in *Petites Affiches*, in www.lextenso.fr, 21 septembre, 2006,
- A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, in *Sistema finanziario e diritto dell'impresa*, F. Anelli-A.A. Dolmetta-G.B. Portale-G. Presti (collana diretta da), n. 9, Giuffrè, Milano.
- J.O. LLEBOT, *Deberes y Responsabilidad de los administradores*, in *Tratados La responsabilidad de los administradores*, Á. Rojo-E. Beltrán (Directores), Valencia, 2005, 23-54.
- G. LO CASCIO, *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2018, 525-534.
- A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare Maffei Alberti*, 6° ed., Cedam, Padova, 2013.
- J.O. LLEBOT MAJO, *El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)*, en *RdS*, 20° aniversario, en F. Rodríguez Artigas et al., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Tomo II, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016, 319-341
- A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, Giuffrè, 1980.

E. MARCHISIO, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di s.p.a.*, in Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. I, parte I, n.1, 2017, 103-146.

F. MARTORANO, *Compensazione del debito per conferimento*, in Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), I, Utet, Torino, 2006, 521-549.

S. MARTUCCELLI-G. DI LORENZO-V. OCCORSIO, *Mala gestio e responsabilità*, in Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, fasc. I, parte II, n.1, 2017, 19-67.

V. MELI, *La responsabilità dei soci nella srl*, in Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 667-699.

G. MINERVINI, *Un buco nero: la disciplina delle società quotate in borsa*, in Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società. Quaderni romani di diritto commerciale, G. Scognamiglio (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 75-79.

M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in Società, banche e crisi d'impresa, III, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo- F. Guerrera- A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), Utet, Torino, 2014, 2693-2759.

P. MONTALENTI-S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, Zanichelli, Bologna, 2010.

P. MONTALENTI-F. RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Giur. comm., 44.5, settembre-ottobre 2017, 775-799.

P. MONTALENTI, *I doveri degli amministratori degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 34-47.

M. MOZZARELLI, *Commento all'art. 2395 c.c.*, in Le società per azioni P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, 1459-1470.

M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori delle società quotate*, in Giur. comm., I, 2000, 61 ss.

L. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2007, 861-889.

- E.M. NEGRO, *Proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 12 febbraio 2016, 1-20.
- A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in Riv. dir. comm., fasc. 2, parte II, 2017, 201-221
- A. NIGRO, *“Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in Giur. comm., 2013, I, 457-479.
- A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Abbadessa-Portale (diretto da), Utet, Torino, 2006, 177-203.
- A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Tratt. Colombo-Portale, 9**, Utet, Torino, 1993, 209 ss.
- A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, V. Santoro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003, 3-23.
- A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- A. NÚÑEZ-LAGOS, *El convenio del concurso: contendido y procedimiento*, en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n. 6/2003, 35-50.
- G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, in L'unità del diritto. Collana del dipartimento di giurisprudenza Università di Roma Tre, 2018.
- I. PAGNI, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, in materiali del master fiorentino, I, 241-280.
- G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, in Diritto Commerciale Interno e Internazionale, Giappichelli, Torino, 1999.
- L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il D.L. n. 83/2015*, in Crisi di impresa e procedure concorsuali, O. CAGNASSO-L. PANZANI (a cura di), III, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2016, 3107-3165.
- C. PAZ-ARES, *Anatomía del deber de lealtad*, en RdS, 20° anniversario, en F. Rodríguez Artigas et al., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Tomo II, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016,
- M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in RDS, parte I, n. 2/2016, 267- 293.

- V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in Riv. soc., n. 1, 2017, 100-133.
- V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, II, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), Utet, Torino, 2007, 893-938.
- V. PINTO, *Riorganizzazione dell'impresa in crisi e tutela dell'azionista*, durante un Ciclo di seminari dal titolo: *La tutela dell'azionista: principi e problemi*, presso la Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, 4 luglio 2017.
- G.B. PORTALE, *Verso un "diritto societario della crisi"*, in Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 1-4.
- G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in Il diritto della banca e della borsa, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanito (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 1-18.
- G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Impresa-Società-Fallimento*, A. Bonsignori-G. Ragusa Maggiore (a cura di), n. 19, Cedam, Padova, 1996.
- A. RECALDE, *El riesgo de ser administrador y el Derecho de Sociedades*, 31 dicembre 2014, (consultabile nel blog dell'Autore).
- G.A. RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in Il nuovo diritto della società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, I, Utet, Torino, 2006, 447-484.
- A. ROJO, *Codificación Comercial Italiana y Española*, in *1882-1982 Cento anni dal Codice di Commercio. Atti del Convegno internazionale di studi. Taormina 4-6 novembre 1982*, in Quaderni di Giur. comm., n. 54, Giuffrè, Milano, 1984, 175-199.
- R. RORDORF, *Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata*, in *Le Società*, n. 6, 1995, 748-755.
- R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, n. 5, 1993, 617-624.
- G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, in *Studi di diritto privato*, A. Dalmartello-L. Mengoni (diretti da), Giuffrè, Milano, 1967, 1-135.
- A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 6, 2017, 637-647.

- A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *Il Caso.it* (<http://www.ilcaso.it>), 23 novembre 2015, 1-23.
- R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *giur. comm.*, 41.2, maggio-giugno, 2014, parte I, 304-330.
- R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Utet, Torino, 2006, 135-165.
- R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984.
- R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea di s.p.a.*, Utet, Torino, 1990.
- R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *RDS*, n. 4, 2016, 776-791.
- N. SALANITRO, *Cenni tipologici sugli strumenti finanziari diversi dalle azioni*, in *Il nuovo diritto della società*. *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, I, Utet, Torino, 2006, 721-726
- P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un'applicazione alla funzione amministrativa di s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, I, *Liber Amicorum Pietro Abbadessa, M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo- F. Guerrera- A. Sciarrone Alibrandi* (diretto da), Utet, Torino, 2014, 579-603.
- P. SCHLESINGER, *Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè 2011, 563-577.
- G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, vol. V, C. Ibba-G. Marasà (diretto da), Cedam, Padova, 2012, 253-425.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Utet, Torino, 2007 947-971.

- S. SCOTTI CAMUZZI, *La società per azioni come impresa e altri studi in tema di regole giuridiche dell'attività economica*, in Studi di diritto privato, A. Dalmartello-L. Mengoni (diretti da), Milano, Giuffrè, 1979.
- SCHRÖDER, § 18 InsO, in *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, A. Schmidt, Carl Heymanns Verlag, 2012, 177-181.
- SCHRÖDER, § 19 InsO, in *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, A. Schmidt, Carl Heymanns Verlag, 2012, 181-198.
- A. SERRA, *Il procedimento assembleare*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, II, Utet, Torino, 2006, 37-90.
- L. GENGHINI-P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, in *Manuali notarili*, L. Genghini (a cura di), Vol III, Tomo I, 2 ed., Cedam, Padova, 2015.
- P. SPADA, *L'amministrazione arbitrata*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, I, Utet, Torino, 2006, 257-266.
- P. SPADA, *Diritto commerciale I, Parte generale. Storia, lessico, elementi*, II ed. Cedam, Padova, 2009.
- P. SPADA, *Diritto commerciale II, Elementi*, II ed. Cedam, Padova, 2009.
- P. SPADA, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la Riforma organica del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*. Quaderni romani di diritto commerciale, G. Scognamiglio (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 11-22.
- M. SPADARO, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, in *Il Fallimento*, n. 3, 2017, 284-290.
- V. SPARANO-B. SPARANO, *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, in *Impresa-Società-Fallimento*, G. Ragusa Maggiore-E. Frascaroli Santi (a cura di), n. 60, Cedam, Padova, 2002.
- A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea della s.p.a. La nuova disciplina Art. 2377-2379 ter*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, II, Utet, Torino, 2006, 169-216.

- L. STANGHELLINI, *Una considerazione in materia di concordato "con continuità aziendale"*, Relatore al convegno dal titolo: *L'impresa in crisi fra iniziativa del debitore e poteri dei creditori*, Firenze 4 e 23 febbraio 2016.
- L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, anno 49°/2004, 1041-1081.
- L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), III, Utet, Torino, 2014, 3201-3243.
- L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Il Fallimento*, n. 8-9, 2017, 873-878.
- M. STELLA RICHTER JR, *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra i soci*, in *Saggi di diritto commerciale*, A. Gambino-B. Libonati (a cura di), Giuffrè, Milano, 1996.
- M.C. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, A. Cicu- F. Messineo-L. Mengoni (già diretto da) e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2011, 234-237; 460-490; 656-665.
- G. TERRANOVA, *La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2014, 523-576.
- G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, in *Quaderni romani di dir. comm.*, B. Libonati-P. Ferro Luzzi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004.
- A. TINA, *L'esonero di responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Giuffrè, Milano, 2008.
- R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*. Liber Amicorum a G. F. Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 631-664.
- A. TINA, *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità in mancanza di preventiva delibera assembleare*, Nota a sent. Cass. civ. sez. lav., 7 luglio 2011, n. 14963, in *Giur. comm.*, 40, parte II, 2013, 22-45.
- A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 28.2, fasc. II, 2001, 334-366.

U. TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in Società, Banche e Crisi d’impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), III, Utet, Torino, 2014, 2835-2860.

U. TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in Diritto societario e crisi di impresa, U. Tombari (a cura di), Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 5-33.

G. TRISORIO LIUZZI, *Concordato fallimentare e cessione delle azioni di massa, Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, F. Di Marzio-F. Macario (a cura di), in Il diritto della banca e della borsa, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), n. 49, Giuffrè, Milano, 2010, 465-487.

S. TURELLI, *Gestione dell’impresa e società per azioni in liquidazione*, in *Il diritto della banca e della borsa*, F. Martorano-G.B. Portale-N. Salanitro (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012.

A. ALONSO UREBA, *El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015*, en RdS, 20° aniversario, en F. Rodríguez Artigas et al., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Tomo II, Cizur Menor [Thomson Reuters – Aranzadi], 2016

A. USAI, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in Crisi d’impresa e procedure concorsuali, O. Cagnasso-L. Panzani (diretto da), tomo III, Utet, Torino, 2016, 3729-3791.

A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, in nt. 60, 833-885.

P. VELLA, *La contendibilità dell’azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 1-32.

A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in Giur. Comm., 2013, I, 128 ss.

D. VOINOT, *La nouvelle procédure de sauvegarde*, in www.lextenso.fr, in Gazette du Palais, 8 septembre 2005.

A. ZANARDO, *Il concordato con cessione (parziale) dei beni: ammissibilità e disciplina*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, n. 6, 2017, 1357-1389.

A. ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Studi di Diritto dell’Impresa, n. 9, Giappichelli, Torino, 2018.

G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2475 c.c. Amministrazione della società*, ne Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 927-941.

G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. La responsabilità degli amministratori*, ne Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 1047-1104.

G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Commento all'art. 2476 c.c. Il diritto di controllo e la responsabilità dei soci*, ne Il Codice Civile. Commentario, tomo II, P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), Giuffrè, Milano, 2010, 1104-1138.

G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, P. Abbadessa-G.B. Portale, I, Utet, Torino, 2006, 57-96.

F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società. Quaderni romani di diritto commerciale, G. Scognamiglio (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 29-37.

G.E. VELASCO, *La acción individual de responsabilidad*, in *Tratados La responsabilidad de los administradores*, Á. Rojo-E. Beltrán (Directores), Valencia, 2005,

P. VELLA, *La contendibilità dell'azienda in crisi. Dal concordato in continuità alla proposta alternativa del terzo*, in www.ilcaso.it, 2 febbraio 2016, 1-4.

A. GARCÍA VIDAL, *Las Instrucciones de la Junta General a los Administradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Thomson Aranzadi, 2006

R. WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, in Il nuovo diritto delle società per azioni, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Utet, Torino, 2007, 543-555.

A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (Spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)* in Quaderni Cesifin, Giappichelli, Torino, 2014, 49-61.