



S.A.F. TOSCO-LIGURE
Scuola Alta Formazione
Dottori Commercialisti

Corso di Alta Formazione Crisi di Impresa
2016-2018

**LE AZIONI DI RESPONSABILITA' E RELATIVE
MISURE CAUTELARI**

Docente: Avv. Antonio Pezzano

29 settembre 2017



S.A.F. TOSCO-LIGURE
Scuola Alta Formazione
Dottori Commercialisti

Corso di Alta Formazione Crisi di Impresa
2016-2018

LE AZIONI DI RESPONSABILITA' E LE RELATIVE MISURE CAUTELARI

Docente: Avv. Antonio Pezzano

29 settembre 2017

INDICE MATERIALI

1. PSP News Speciale Lezione SAF 29.09.2017 - "*In nome di una responsabilità sempre maggiore (parte seconda)*";
2. PSP News n. 33 del 8.02.2017 - "*In nome di una responsabilità sempre maggiore (parte prima)*";
3. Pezzano, *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, in www.ilcaso.it (v. nota 52 su azione di responsabilità e giurisprudenza ivi richiamata);
4. Bottai - Pezzano, *La responsabilità civile dell'attestatore*, in *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore* (a cura di Ambrosini e Tron), Zanichelli, Bologna, 2015;
5. Rossi, *Azione di responsabilità e concordato preventivo*, Slides - Siena 7 aprile 2017;
6. Estratto comparsa di difesa per sindaci su giudicato endofallimentare;
7. Clausola di limitazione degli effetti ex art 1304 cc in caso di transazione;
8. Trib. Pistoia, 19.1.2016;
9. Trib. Milano, 2.2.2017;
10. Trib. Prato, 15.2.2017;
11. Trib. Milano, 20.2.2017;
12. Trib. Roma, 5.6.2017;
13. Trib. Firenze, 12.9.2017.



NEWS

PSP News Speciale Lezione SAF 29.09.2017 - "In nome di una responsabilità sempre maggiore (parte seconda)"

Rinviando anche alla parte prima, torniamo in argomento grazie all'occasione offerta dall'intervento nel Corso di alta formazione in crisi d'impresa 2016-2018 SAF Tosco-Ligure.

In tema di differenza fra netti patrimoniali: per la prima volta la Suprema Corte ne parla con la pronuncia 9983/2017 preoccupandosi però subito di precisare, anche rispetto alla solidale responsabilità della Banca incauta erogatrice di credito, che *"Per liquidare il danno derivante da una gestione della società condotta in spregio dell'obbligo di cui all'art. 2449 cod. civ. (vecchio testo), ovvero dell'attuale 2486 cod. civ., il giudice può ricorrere in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, al criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali. La condizione è che tale ricorso sia congruente con le circostanze del caso concreto, e che quindi sia stato dall'attore allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e siano state specificate le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta"*.

In tema di legittimazione del Curatore: la predetta Cassazione riconosce anche la diretta legittimazione al Curatore ad agire contro la Banca allorché sussista concorso nel comportamento illecito dell'amministratore della società. Quantunque per smentirsi non vi sia mai ...limite o ...tempo visto il diverso indirizzo della sostanzialmente coeva Cass. 11798/2017.

In tema di natura della responsabilità: la dicotomia tra responsabilità contrattuale (azione sociale) ed extracontrattuale (azione dei creditori sociali) sembra sempre granitica alla luce di Cass. 2475/2015 (con il conseguente diverso regime della decorrenza del termine di prescrizione, dell'onere della prova e dei criteri di determinazione dei danni). Quantunque vi sia sempre di più il rischio che si arrivi presto ad individuare in tutti i casi, quantomeno riguardo alla responsabilità dei sindaci (in quanto conseguente già ben individuati obblighi di legge), un'ipotesi di responsabilità da "contatto sociale" e quindi di natura sempre contrattuale. E sembra indirizzare in tal senso anche la previsione di organo di allerta che sembrerebbe

sancito a carico dei sindaci dall'oramai prossima riforma concorsuale.

In tema di sospensione della prescrizione: sebbene ci si continui ad interrogare sulla relativa ragionevolezza per non dire costituzionalità, mentre per gli amministratori la prescrizione dell'azione di responsabilità sociale non decorre durante la vigenza della carica ai sensi dell'art. 2941 n. 7 c.c., per i sindaci tale sospensione non vige e quindi l'azione si prescrive dal compimento dell'evento dannoso [Cass. 13765/2007]. Di contro, tale sospensione non opera rispetto alla prescrizione dell'azione dei creditori sociali, che peraltro comincia a decorrere solo dal momento in cui l'insufficienza patrimoniale è divenuta manifestamente conoscibile da parte dei terzi e dunque spesso in un momento successivo al compimento del singolo fatto dannoso. E quindi anche per i sindaci vi è rischio di restare comunque coinvolti in sede risarcitoria pur se sotto tale diverso - quanto più complesso da gestire per l'attore vertendosi in materia di responsabilità aquiliana - angolo causale.

In tema di mancata denuncia ex art. 2409 c.c.: infine è bene non dimenticare che gli obblighi di denuncia fanno parte dei doverosi compiti di un sindaco, come acutamente ci ricorda il S.C. [Cass. 22911/2010] per rimarcare che tale operoso compito, ove non assolto, può esser fonte di danno risarcibile da parte dell'organo di controllo, quantomeno sotto il profilo del minor danno provocabile.

* * *

Prima di chiudere sei ...flash di merito molto interessanti: due sentenze del foro meneghino, una del foro fiorentino, una pistoiese ed una ovviamente pratese, ma, come dire, tutte le strade conducono a Roma e quindi nella capitale non possiamo che questa PSP News terminare!*

Buona lettura (...anche della prima parte) ed a presto!

Antonio Pezzano

* Trib. Milano, 2.2.2017; Trib. Milano, 20.2.2017; Trib. Firenze, 12.9.2017; Trib. Pistoia, 19.1.2016; Trib. Prato, 15.2.2017; Trib. Roma, 5.6.2017.



*Pensiero Sempre Positivo
convinti come siamo che
ogni situazione, anche la più
difficile, abbia sempre
un "altro punto di vista"*

a.pezzano@studiolegalepsp.it

<http://www.studiolegalepsp.it/index.php/it/risoluzioni-crisi-dimpresa.html>

<http://www.studiolegalepsp.it/index.php/it/pubblicazioni/psp-news.html>

Studio Legale



Pezzano Soldaini & Partners

www.studiolegalepsp.it

FIRENZE

Viale E. Torricelli, 15

TEL. +39 055 229136

FAX +39 055 2280605

ROMA

Via Baldo degli Ubaldi, 112

MILANO

Via Negrolì, 14



NEWS

PSP News n. 33 del 8.02.2017 - "In nome di una responsabilità sempre maggiore (parte prima)"

Ben risentiti.

La responsabilità degli organi gestori e di vigilanza societari è sempre più di attualità nelle pronunce della Suprema Corte.

In tema di giurisdizione: è di questi giorni, infatti, il pronunciamento delle Sezioni Unite [Cass. 24591/2016] secondo cui *“le azioni concernenti la nomina o la revoca (ndr. e quindi anche responsabilità) di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del cd. in house providing.”* E tali azioni di responsabilità è ora certo le possa promuovere anche il curatore perché al fallimento neppure le società pubbliche, comprese quelle in *house*, possono sottrarsi [Cass. 3196/2017].

In tema di competenza: è parimenti recente la statuizione che ha chiarito essere idoneo foro facoltativo ai sensi dell'art. 20 c.p.c. anche il luogo in cui è stato posto in essere l'illecito su cui si fonda la domanda e quindi quasi sempre la sede della società e pertanto, in caso di insolvenza, il Tribunale delle Imprese relativo al foro ove è stato dichiarato il fallimento della società [Cass. 17197/2016] ma, salvo che non vi sia coincidenza, giammai quello fallimentare, a nulla rilevando in proposito l'art. 24 LF dipendendo l'azione di responsabilità da eventi/rapporti che si trovano già nel patrimonio dell'impresa al momento dell'apertura della procedura concorsuale e si pongono con questa in relazione di mera occasionalità [Cass. 19340/2016].

In tema di legittimazione: si ode ancora l'eco della decisione con cui gli Ermellini hanno decretato che la legittimazione *ex art.* 146 LF del Curatore ricomprende, oltre le azioni *ex artt.* 2392, 2393 e 2394 c.c., anche quella *ex artt.* 185 c.p. e 2043 c.c., consentendo così allo stesso di contestare agli amministratori gli effetti pregiudizievoli, almeno per una parte dei creditori, di eventuali pagamenti preferenziali [Cass. 1641/2017]. D'altra parte la Corte si era già *“allenata”* sul punto, chiarendo una volta per tutte che, pur in difetto di un esplicito riferimento in tema nella normativa codicistica sulle srl (a differenza che in quella delle spa: v. art. 2394 *bis* c.c.), anche amministratori e sindaci delle srl possono essere senz'altro convenuti per danni dal Curatore, quantomeno sotto l'angolo visuale della violazione dell'art. 2043 c.c. [Cass. 17359/2016].

In tema di responsabilità degli amministratori non operativi...: la ulteriore tematica su cui la Corte di cassazione sta tornando più volte negli ultimi mesi attiene alla

posizione degli amministratori privi di delega. Lontani i tempi in cui il dito era puntato sulla generale omissione di vigilanza (che odorava di responsabilità oggettiva), il Supremo Collegio ci ribadisce oggi che gli amministratori (non operativi) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (operativi) soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari per agire informati [Cass. 17441/2016].

Il principio è stato confermato dalla sostanzialmente coeva Cassazione penale che ha spiegato come la responsabilità per non aver impedito che nella specie si consumasse il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale (causa del fallimento della società) ricade sull'amministratore privo di delega solo se viene fornita la dimostrazione che il medesimo fosse al corrente della condotta fraudolenta dei membri del consiglio di amministrazione [Cass. Penale 35344/2016].

...ed in tema responsabilità degli amministratori operativi: al contempo la Suprema Corte ha precisato che dopo la riforma societaria del 2003 - ferma sempre l'applicazione della "*business judgement rule*", secondo cui le scelte gestorie sono insindacabili a meno che, se valutate "*ex ante*", risultino manifestamente avventate ed imprudenti - gli amministratori dotati di deleghe (cd. operativi) rispondono, non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell'art. 2392 c.c., bensì in virtù della più rigorosa diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2 c.c. [Cass. 17441/2016].

In tema di *onus probandi*, prescrizione ed "insufficienza patrimoniale": il S.C. si è anche preoccupato di ricordarci che l'azione di responsabilità sociale ha natura contrattuale, sicché la società (o il Curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta *ex art.* 146 LF) deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei doveri previsti dal nuovo testo dell'art. 2392 c.c., così come modificato dalla novella del 2003 [Cass. 17441/2016].

Non solo, si è anche premurato di ribadire che "*l'azione di responsabilità proposta dai creditori sociali ovvero, in caso di fallimento della società, dal curatore del fallimento, nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una società di capitali è soggetta al termine di prescrizione quinquennale, che inizia a decorrere dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti e può anche essere anteriore alla data dell'apertura della procedura concorsuale; l'onere di provare che l'insufficienza del patrimonio sociale si è manifestata ed è divenuta conoscibile prima della dichiarazione di fallimento grava sull'amministratore o sul sindaco che eccepisce la prescrizione e non può essere assolto mediante la generica deduzione, non confortata da utili elementi di fatto, secondo cui l'insufficienza patrimoniale si sarebbe manifestata già al momento della messa in liquidazione della società, in quanto questo procedimento non è necessariamente determinato dalla eccedenza delle passività sulle attività patrimoniali, mentre la perdita integrale del capitale sociale neppure implica la consequenziale perdita di ogni valore attivo del patrimonio sociale*" [Cass. 38/2017].

In tema di quantificazione del danno "generale"...: e lo stesso Collegio, facendo

tesoro delle disposizioni di cui agli artt. 1223, 1225 e 1226 c.c., ha confermato l'insegnamento delle Sezioni Unite 9100/2015, precisando che, con riferimento al problema del danno risarcibile addebitato agli amministratori convenuti nel giudizio di responsabilità, *“una correlazione tra le condotte dell'organo amministrativo e il pregiudizio patrimoniale dato dall'intero deficit patrimoniale della società fallita può prospettarsi soltanto per quelle violazioni del dovere di diligenza nella gestione dell'impresa così generalizzate da far pensare che proprio in ragione di esse l'intero patrimonio sia stato eroso e si siano determinate le perdite registrate dal curatore; o comunque per quei comportamenti che possano configurarsi come la causa stessa del dissesto sfociato nell'insolvenza. Ne discende, in termini generali - nel caso di mancato rinvenimento delle scritture contabili che dall'omessa tenuta della contabilità (che pure integra la violazione di specifici obblighi di legge in capo agli amministratori e che è, di per sé, almeno potenzialmente produttiva di un pregiudizio) non può derivare la conseguenza che il pregiudizio stesso si identifichi nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare. D'altro canto - è stato ancora precisato - il criterio basato sulla nominata differenza può essere bensì utilizzato quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni: ma sempre che il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile, e a condizione che l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo”* [Cass. 38/2017].

...ed in tema di danno “particolare”, come nel caso di differenze di magazzino: davvero interessante, quanto da ben considerare, è poi l'ammonimento che il Giudice di legittimità ha dato in tema di divergenze apparentemente inspiegabili sulle quantità di magazzino, allorché ha precisato che la natura contrattuale della responsabilità dell'amministratore consente alla società che agisca per il risarcimento del danno, o al curatore in caso di sopravvenuto fallimento, di limitarsi a contestare l'inadempimento dell'organo gestorio quanto alla giacenze di magazzino, restando a carico del convenuto l'onere di dimostrare l'utilizzazione nell'esercizio dell'attività di impresa delle merci non rinvenute [Cass. 16952/2016].

In tema di amministratore di fatto e “2497”: deve ricordarsi infine che l'amministratore di fatto rischia davvero molto, e quindi non solo l'azione di responsabilità, allorché svolge contra *ius* una vera e propria attività d'impresa di direzione e coordinamento di altre società; infatti in tal caso è anche fallibile, pur solo a causa dell'insolvenza derivante dalle obbligazioni risarcitorie conseguenti all'abuso sanzionato dall'art. 2497 c.c. [Cass. 15346/2016], tenuto anche conto che l'introduzione della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. non ha eliminato la possibilità di affermare l'esistenza della figura dell'amministratore di fatto e della relativa responsabilità, poiché non è dato ravvisare, in astratto, incompatibilità di situazioni tra la formale esistenza di un gruppo, con conseguente assetto giuridico predisposto per una direzione unitaria, e l'amministrazione di fatto di singole società del gruppo stesso da parte degli *holders*. Quest'ultima corrisponde infatti ad una situazione di fatto nella quale le funzioni di

amministrazione sono svolte, non indirettamente attraverso istruzioni impartite dalla società controllante, bensì direttamente - non diversamente dagli amministratori di diritto - da un soggetto in assenza di una qualsivoglia investitura [Cass.12979/2015].

Ma il Supremo Collegio non ha dimenticato il **concordato preventivo ...e la responsabilità** anche lì ha trattato, facendolo in un delicato caso di annullamento della procedura concorsuale minore.

In particolare ha chiarito che ai sensi dell'art. 138 LF, richiamato dall'art. 186 LF, presupposto per l'annullamento del concordato preventivo è unicamente l'accertata sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo, che ha indotto i creditori a votare nell'erroneo convincimento della sua insussistenza, mentre a nulla rileva che l'attività sottratta o dissimulata possa eventualmente essere recuperata al di fuori della procedura concordataria (nella specie era stata dissimulata un'importante posta attiva risarcitoria derivante, secondo il Supremo Collegio, dall'azione di responsabilità sociale all'evidenza promuovibile contro l'organo amministrativo in conseguenza di condotte illecite solo successivamente a ppese dal Commissario, in quanto occultate nella procedura concordataria omologata, essendo peraltro irrilevante la possibilità per i creditori sociali di recuperare comunque direttamente tale posta attiva attraverso la diversa azione *ex art. 2394 c.c.* [Cass. 11395/2016].

In un contesto così vivace, gli Ermellini non hanno ancora affrontato la problematica della responsabilità di amministratori e sindaci allorché sono posti dinanzi alle scelte concernenti le diverse soluzioni, concorsuali e para, adottabili in caso di impresa in crisi.

Ma nelle Corti minori il “dibattito” s'è già infiammato.

Con quali risultati?

...Alla prossima!

Un cordialissimo saluto

Elena Pasquini, Alessia Gafforio e Antonio Pezzano



*Pensiero Sempre Positivo
convinti come siamo che
ogni situazione, anche la più
difficile, abbia sempre
un “altro punto di vista”*

a.pezzano@studiolegalepsp.it

<http://www.studiolegalepsp.it/index.php/it/risoluzioni-crisi-dimpresa.html>

<http://www.studiolegalepsp.it/index.php/it/pubblicazioni/psp-news.html>

Studio Legale



Pezzano Soldaini & Partners

www.studiolegalepsp.it

FIRENZE

Viale E. Torricelli, 15

TEL. +39 055 229136

FAX +39 055 2280605

ROMA

Via Baldo degli Ubaldi, 112

MILANO

Via Negrolì, 14

ESERCIZIO PROVVISORIO E CONCORDATO FALLIMENTARE: UN PROPIZIO CONNUBIO PER IL FUTURO CONCURSUALE♦

di ANTONIO PEZZANO

Sommario: Prologo - La dispersione del valore aziendale in mancanza di esercizio provvisorio: un ammonimento dal passato – 1. Valore della continuità aziendale nella fase finale dell’impresa: in particolare in sede fallimentare- 2. Un (felice) caso concreto di “continuità aziendale” attuata con l’esercizio provvisorio e successivo concordato fallimentare con assuntore – 3. Considerazioni riepilogative e propositive

PROLOGO

La dispersione del valore aziendale in mancanza di esercizio provvisorio: un ammonimento dal passato

Le O.M.C. - Officine Meccaniche Calabresi, una realtà industriale di assoluta eccellenza, sorta a Locri negli anni ‘20.

Una grande industria meccanica nel sud Italia, che attirava operai e tecnici anche dal nord: in tutto circa 150 dipendenti, di cui la metà donne.

Aveva realizzato anche la bulloneria per il mitico Rex, oltre che delle avveniristiche moto a due tempi.

Dichiarata fallita il 28 novembre 1933, durante il processo di reclamo dalle prigioni si sente il fallito gridare, invano, al curatore: “*Quanti giorni vi erano per distruggere repentinamente le*

♦ Questo articolo sull’importanza dell’esercizio provvisorio è nato dal confronto con il Prof. Antonio Rossi e con il supporto degli amici di studio Alessia Gafforio, Carlotta Puliti e Mario Soldaini. A loro, come all’antesignano Vincenzo Bruzzese dell’O.M.C., un sentito grazie.

Officine? Se questo abilissimo uomo del curatore avesse voluto e saputo, col solo materiale finito e con quello abbozzato, avrebbe potuto realizzare per i creditori una percentuale vicino all'intera spettanza, lasciando così intatte le Officine. A tutto questo senza pensare che egli non ha capito che il valore di un opificio non è dato dal materiale, macchinario e locali, ma sibbene dall'avviamento, dalla rinomanza industriale e dalle conoscenze contenute nelle tecniche e nei prodotti, cioè a dire non dal materiale ma dall'immateriale [cioè il know how, come si dice oggi]. Se l'ingente materiale delle Officine in attività fosse stato venduto durante la guerra d'Etiopia... ”¹

E l'impresa (recte: la relativa organizzazione)² si scioglierà come neve al sole, nonostante l'indubbio *favor* che già la normativa dell'epoca prevedeva per l'esercizio provvisorio.³

¹ Cfr. FUTIA S., *Lo scandalo delle Officine Meccaniche Calabresi*, Franco Pancallo Editore, Locri, 2009, p. 220.

² Nell'impresa moderna, sull'importanza sempre maggiore dell'elemento organizzativo, è stato acutamente osservato come “*l'imprenditore individualista instancabile, dotato di intuito, e di audacia, è stato il solo eroe degli economisti. La grande organizzazione aziendale non riscuote uguale ammirazione (...). Il dover sostenere, per amore della verità, la superiorità dell'organizzazione dell'individuo a importanti fini sociali è una dura prospettiva. Tuttavia è necessario farlo. È agli organismi, non agli individui che è passato il potere dell'impresa e sulla società.*”(J.K. Galbraith, *Il nuovo stato industriale*, Torino, Einaudi, 1968, 54). Con particolare riguardo al tema della nostra indagine, cfr. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, Giuffrè, 2013. V. anche; GALLETTI, PANIZZA, DANOVÌ, FERRI, RIVA, CESARE, QUAGLI, *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Milano, IPSOA, 2013.

³ V. Codice del Commercio del 1882:

art. 750. *Il curatore anche provvisorio può essere autorizzato dal giudice delegato a vendere le cose soggette a deterioramento o ad imminente diminuzione di valore e quelle di dispendiosa conservazione; ed a continuare l'esercizio del commercio del fallito, se non può essere interrotto senza danno dei creditori.*

Le forme e le condizioni della vendita, e le cautele necessarie per la continuazione del commercio, sono determinate dal giudice delegato.

L'ordinanza è provvisoriamente esecutiva, ma è soggetta a richiamo quanto all'autorizzazione di continuare l'esercizio del commercio.

art. 794. *“La vendita dei beni è pure sospesa, se i creditori deliberino che si continui in tutto o in parte ad amministrare il patrimonio commerciale del fallito, per la durata, colle limitazioni e colle condizioni che devono essere da essi precisamente determinate.*

Tale deliberazione non può essere presa, che colla maggioranza di tre quarti dei creditori, in numero ed in somma; i creditori dissenzienti ed il fallito possono farvi opposizione davanti al tribunale, ma questa non sospende l'esecuzione della deliberazione.”

Con la legge fallimentare del '42 si passa ad una disciplina più articolata, ma ancora incompleta e comunque limitante visto che l'antecedente art. 90, comma 1, l.fall. richiedeva anche il requisito dell'"irreparabilità", oltre che del "grave" danno, perché l'esercizio provvisorio fosse disposto.

Solo con il d.lgs. 5/2006 ed il nuovo art. 104 l.fall. abbiamo finalmente una normativa al passo con i tempi di un'impresa che quasi fisiologicamente va più velocemente in crisi pur rimanendo in taluni casi comunque salvabile, come dimostra anche il caso affrontato e brillantemente risolto innanzi ai giudici pistoiesi, qui narrato ed analizzato con il collegato concordato fallimentare.⁴

1. Valore della continuità aziendale nella fase finale dell'impresa: in particolare in sede fallimentare

Come già osservato da chi ci ha preceduto, nel nostro attuale ordinamento la continuità aziendale, intesa ai nostri peculiari fini come capacità dell'impresa di proseguire anche per un breve periodo la propria efficiente attività,⁵ viene valorizzata per quanto possibile anche durante la fase finale della vita dell'impresa.

Per un commento dell'epoca dei due articoli, v. CUZZERI E., *Il codice del commercio commentato, Bolaffio e Vivante*, vol. VIII *Del fallimento*, 1911, Torino, rispettivamente 296-302 e 424-426.

⁴ Ci riferiamo all'esercizio provvisorio con successivo concordato fallimentare di cui, rispettivamente, ai provvedimenti del GD del Tribunale Pistoia del 28 dicembre 2013 ed al successivo decreto di omologa dello stesso Tribunale del 01 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁵ In generale, con riguardo al cd. "going concern" in sede di principi di redazione del bilancio ex art. 2423 bis c.c., cfr. CREACO, *il principio della continuità aziendale*, ODCEC, Il Commerci@lista, Biella, 2015. Sui diversi criteri di valutazione degli organi sociali (*ex ante*) e del giudice (*ex post*) dei presupposti concernenti l'insussistenza della continuità aziendale (come definita dai principi contabili nazionali e sovranazionali), al fine di accertare le eventuali ipotesi di scioglimento della società ex art. 2484 n. 2 e 4 c.c., v. Trib. Milano, 19 aprile 2016, in *www.ilsocietario.it*. Con particolare riguardo alla crisi di impresa, cfr. MARCELLO, *La continuità aziendale nella crisi d'impresa*, Fondazione Nazionale dei Commercialisti, documento del 15 ottobre 2015.

In primis, nella fase della liquidazione ordinaria della società.⁶ In tale ambito il novellato art. 2487, lett. c), c.c.⁷ in tema di modalità dello svolgimento della liquidazione, indica: “*i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione; i poteri dei liquidatori, con particolare riguardo alla cessione dell'azienda sociale, di rami di essa, ovvero anche di singoli beni o diritti, o blocchi di essi; gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo*”.

E' evidente che, se per (cercare di) conseguire (solo) un “*miglior realizzo*”, si rischiasse di bruciare senza costrutto liquidità,⁸ un diligente liquidatore dovrebbe astenersi dall'attivare l'esercizio provvisorio, salva diversa indicazione dei soci, ma fermo comunque il limite invalicabile della ragionevole certezza di piena soddisfazione dei creditori sociali alla cui tutela i liquidatori sono *in primis* preposti.⁹

Ovviamente, come auspicabile, anche nella fase di crisi ristrutturatoria dell'impresa il legislatore si è preoccupato sempre più di offrire strumenti a tutela della continuità d'impresa: dai piani attestati di risanamento ex art. 67 bis, comma 3, lett. d, l. fall., agli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall., anche nella sua variante ex art. 182 septies l. fall., e con il supporto per tutti tali strumenti degli accordi di moratoria sempre da tale ultima norma finalmente regolati.

Naturalmente il culmine si è raggiunto con l'espressa disciplina dedicata al concordato preventivo in continuità di cui

⁶ Che infatti, a mente dell'art. 2484 c.c., ben può aprirsi per autonoma scelta dei soci o comunque per ragioni diverse dalla crisi d'impresa ed in ogni caso per venuta meno della continuità aziendale.

⁷ L'attuale formulazione consegue alla riforma intervenuta con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, art. 4, c. 1, decorrente dal 01 gennaio 2004. In precedenza la normativa non prevedeva il riferimento all'esercizio provvisorio.

⁸ Senza costrutto perché anche la gestione caratteristica del breve periodo non è profittevole ovvero perché non sussistono probabili, quasi certe *chance* di miglior realizzo, tali da risultare compensative, e con un *surplus* rispetto alla liquidità consumata.

⁹ Come ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2491 c. 3 c.c. e 2489 c. 2 c.c., cfr. in tema ROSSI, *Il nuovo diritto delle società* (a cura di) MAFFEI ALBERTI, Padova, Cedam, 2005, 2220 nonché 2239.

all'art. 186 bis l. fall.,¹⁰ che, a fronte del salvataggio della continuità d'impresa (ove anche *pro* nuovo imprenditore in caso di cessione o conferimento aziendale di cui ai commi primo e terzo dell'art. 186 bis l. fall.),¹¹ sembra rappresentare anche una deroga ai fondanti precetti di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c. allorché

¹⁰ Espressa perché in fondo anche in precedenza la continuità concordataria era consentita dall'art.160 l. fall., sin dall'originaria formulazione. E' comunque indubbio che la continuità sia stata privilegiata, rispetto alle altre forme concordatarie (compresa quella, invero rara, liquidatoria con garanzia), dalle scelte legislative del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 proseguite sino al d.l. 27 giugno 2015, n. 83 conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132: e quindi a partire dalla nuova data di decorrenza degli effetti concordatari di cui agli artt.168, 169 e 184 l. fall., come dal concordato con riserva di cui all'art. 161 l. fall. sino a giungere alle ripetutamente integrate discipline di cui agli artt.160, 163, 182 quater, 182 quinquies e 182 sexies l. fall.

¹¹ Non è questa la sede per soffermarci sulla *vexata quaestio* della continuità indiretta a mezzo affitto d'azienda, anche perché sembra oramai prevalere, dopo la riforma *pro* continuità di cui al d.l. 27 giugno 2015, n. 83 conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132, l'indirizzo dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 186 bis l. fall. anche in caso di affitto. Cfr. *post* riforma, Trib. Udine, 05 maggio 2016; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, ambedue in *www.ilcaso.it*. Precedentemente all'"Altra" riforma (la citazione è tratta dalla prefazione di AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale, commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, Giappichelli, 2015), si segnalano Trib. Roma, 24 marzo 2015 e Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, ambedue in *www.ilcaso.it*.

V. anche Trib. Massa, 29 settembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Siracusa, 23 dicembre 2015, in *www.centrostudisiracus.wix.com*; Trib. Busto Arsizio, 01 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, che valorizzano in particolar modo l'aspetto qualitativo in sé della continuità aziendale, a prescindere quindi dal principio della prevalenza, fatto invece proprio dal Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*, soprattutto per il timore di eventuali abusi che potrebbero perpetrarsi allorché "*qualsivoglia segmento di continuità possa trasformare il concordato liquidatorio in concordato sottratto alla regola dello sbarramento, col che la regola verrebbe agevolmente aggirata*".

D'altra parte basterebbe ricordare l'origine del "186 bis".

Tutti lamentavano la mancanza di una norma che favorisse la continuità diretta da parte del debitore/imprenditore e che quindi bisognava favorire attraverso una disciplina *ad hoc*.

E nessuno si sognava di considerare come c.p. in continuità quelli indiretti a mezzo (appunto) affitto d'azienda, perché comunque non permettevano il salvataggio, sia della *crisalide* (il debitore/imprenditore concordatario) che della *farfalla* (la sua impresa). D'altra parte risultava (come risulta tuttora, forse non del tutto condivisibilmente visto anche il novellato art. 182 *quinquies*, c. 3, l. fall. che espressamente valorizza la funzionalità del finanziamento, non *pro* imprenditore in crisi, *recte* o relativi creditori, bensì *pro* impresa) inconcepibile pensare di offrire il beneficio della prededuzione ai finanziatori dell'imprenditore affittuario, come di consentirgli lo scioglimento dei contratti in corso.

Al contempo si avvertiva l'esigenza di preservarsi dai concordati preventivi in continuità "al buio", cioè privi di qualunque disciplina *ad hoc* e quindi non esenti

permette allo stesso imprenditore di mantenere, a concordato omologato ed eseguito, i propri beni organizzati in attività d'impresa pur non saldando integralmente tutti i propri originari creditori.¹²

Ma anche nell'ambito della crisi d'impresa sfociata in insolvenza e quindi dichiarazione di fallimento, il legislatore di cui al d.lgs. 5/2006¹³ si è preoccupato di prevedere una più attenta tutela per la continuità di impresa del debitore fallito, *in primis* attraverso una rinnovata disciplina dell'esercizio provvisorio (art. 104 l. fall.), ma anche con la previsione *ad hoc*, sia per l'affitto (art. 104 bis l. fall.)¹⁴ che per la vendita (art. 105 l. fall.) aziendale.¹⁵

dal rischio di consumare senza controllo giudiziale ulteriore patrimonio, in fondo, già appartenente *ex art.* 2740 c.c. ai creditori anteriori.

Ed il 186 *bis* l. fall. (e collegati articoli) è finalmente giunto con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 e successiva modifica di cui all'art. 13 l. 21 febbraio 2014, n. 9, quantunque oggi richieda senz'altro una riscrittura, se non rispetto al tema sopra trattato (comunque auspicabile per eliminare ogni incertezza sul punto), quantomeno per coordinarlo con la previsione del nuovo art. 110 c. 3, 4 e 5 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cfr. in tema PEZZANO - RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, Fallimento, 2016, 757).

¹² Non solo, anche ad utilizzare i frutti eccedenti della continuità come finanza terza, e quindi liberamente disponibili, allorché la relazione *ex art.* 160, c. 2, l. fall. dimostri che la proposta di concordato in continuità paghi più dell'alternative liquidatorie concretamente praticabili; cfr. Trib. Massa 04 febbraio 2016 e Trib. Prato 07 ottobre 2015, entrambe in *www.ilcaso.it*.

¹³ Ed ora anche quello del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in materia di appalti e concessioni pubbliche con la coraggiosa previsione di cui all'art. 110 c. 3 e 5; per i primi commenti in tema, cfr. ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in *www.osservatorio-oci.org*; PERRINO, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, in *Foro It.*, 2016, V, 304; PEZZANO - RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni* (nt. 11).

¹⁴ Invero, anche in precedenza ritenuta dai più ammissibile: PAJARDI *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1998, 395; MASTROGIACOMO, *L'affitto d'azienda nel fallimento*, Fallimento, 1996, 942 e BONSIGNORI, *Il fallimento*, Trattato Galgano, 640. *Contra* PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974, 1598. In giurisprudenza l'ammissibilità dell'affitto d'azienda in caso di fallimento trova uno dei suoi primi precedenti in Cass., 25 marzo 1961, n. 682, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 969. In generale sull'affitto d'azienda in sede fallimentare, cfr. *ex multis* BASSI, *L'affitto d'azienda*, in *Trattato di Diritto Fallimentare Bonocore - Bassi*, vol. III, 319; FIMMANÒ, *Affitto d'azienda concordato in continuità e fallimento del locatore*, in *Gir. It.*, 2012, fasc. X; Patti, *L'affitto dell'azienda*, in *Fallimento*, 2007, 1088.

¹⁵ Oltre che in qualche modo anche con le peculiari ipotesi di cui all'art. 72 bis l. fall. (contratti relativi ad immobili da costruire in cui il curatore opti per l'ese-

Quantunque il tutto sempre subordinatamente alla tutela del primario interesse dei creditori, i quali, non solo dall'esercizio provvisorio non debbono subire pregiudizio (art. 104, comma 1, l. fall.)¹⁶, ma neppure in caso di affitto d'azienda, che infatti risulta possibile solo “*quando appaia utile ad una più proficua vendita*” dell'azienda (art. 104 bis, comma 1, l. fall.), e quindi sempre *pro* migliore soddisfacimento dei creditori, farò che illumina anche lo scenario della complessiva alienazione aziendale (ovvero, gradatamente, di alcuni suoi rami oppure dei beni o rapporti giuridici individuabili in blocco) che, infatti, intanto può disporsi in quanto risulti, come presunto di regola, liquidazione maggiormente profittevole per i creditori sociali rispetto alla vendita atomistica dei singoli beni (art. 105, comma 1, l. fall.).

Ma in tutti i casi i primi due istituti (esercizio provvisorio e affitto aziendale), proprio perché strumentali alla salvaguardia del valore “continuità d'impresa” (in prospettiva, sì, di una migliore alienazione, *recte*: soddisfazione, *pro* creditori ex art. 105, comma 1, l. fall., ma comunque in presenza anche di un indubbio valore aziendale in sé),¹⁷ vanno sempre attentamente valutati se

cuzione del contratto), all'art. 81 l. fall. (contratto d'appalto privato in cui il curatore scelga la prosecuzione del contratto, ovviamente soprattutto nella veste di appaltatore), ed infine all'art. 155 l. fall. (nelle ipotesi dei patrimoni destinati ad uno specifico affare).

Sulla vendita aziendale in caso di fallimento, cfr. *ex multis* FERRO, *La liquidazione dell'attivo, fase preliminare di osservazione dell'impresa in esercizio fase di progettazione e fase di attuazione nelle nuove vendite*, Dir. Fall., 2006, 805; FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in Comm. Jorio-Fabiani, 2007, II, 245; NONNO, sub art. 105, in Commentario Ferro, 1429; SIGNORELLI, *Liquidazione dell'attivo*, in www.ilfallimentarista.it; VATTERMOLI, commento sub art. 105 in Comm. Nigro – Sandulli – Santoro, 1454.

¹⁶ Tanto nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto dal tribunale con la sentenza di fallimento (art. 104, c. 1, l. fall.) quanto allorché avvenga successivamente su autorizzazione del GD (art. 104, c. 2, l. fall.), sebbene tale seconda disposizione non richiami espressamente il presupposto *de quo*, come invero neppure quello del “*danno grave*”. In senso conforme Trib. Terni, 28 ottobre 2010, in Banca Dati DeJure che ritiene necessaria la sussistenza dei duplici presupposti in ambedue le ipotesi. *Contra* Trib. Bologna 14 agosto 2009, in Giur. comm. 2010, 6, II, 1174, secondo cui l'esercizio provvisorio disposto ai sensi dell'art. 104, c. 2, l. fall. mira soltanto alla miglior valorizzazione dell'attivo fallimentare, senza considerare le altre finalità previste dal primo comma della norma.

¹⁷ Cfr. su tali specifiche tematiche, ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, in Giur. Comm., fasc. VI, parte II, 2010, 1177 ss., che suggestivamente parla di azienda *viable* ritenendo che solo in tale ipotesi l'esercizio provvisorio possa disporsi ex art. 104, c. 1, l. fall., concretizzandosi in tale eventualità un “*danno grave*” dalla cessazione dell'attività d'impresa. Per un

comunque utili da percorrere.¹⁸

Tanto che l'art. 104 ter l. fall. li colloca al primo posto del sempre più importante¹⁹ programma di liquidazione, cioè dell' "atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo" (art. 104 ter, comma 2, l. fall.).²⁰

Pur mirando ambedue a preservare la continuità d'impresa, comunque esercizio provvisorio e affitto d'azienda si pongono su piani diversi e conseguentemente con discipline ed effetti differenti, quantunque in taluni casi anche sinergici se non convergenti.

Il primo strumento, rischiando di bruciare, con il maturare di nuove predeuzioni (art. 104, comma 8, l. fall.), liquidità destinata diversamente ai creditori *ante*,²¹ va molto attentamente ponderato (e poi continuamente monitorato ex art. 104, commi 4, 5

approfondimento, cfr. sempre lo stesso Autore, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa* (nt. 2).

¹⁸ Quindi - e per restare all'esercizio provvisorio - ove anche il tribunale non avesse ritenuto sussistente in prima battuta l'opportunità, *recte* "danno grave" ex art. 104 c. 1 l. fall., comunque ben potrà poi il GD, del caso fruendo delle valutazioni di un curatore manager del settore (dell'impresa fallita) nominato ex art. 28, c. 1, lett. c, l. fall., concludere, pur sempre velocemente, che l'esercizio provvisorio quantomeno si appalesi più funzionale ad una migliore liquidazione dell'azienda (Trib. Bologna 14 agosto 2009 - nt. 16).

¹⁹ Tanto che il legislatore è ripetutamente intervenuto sull'art. 104 ter l. fall., sia in sede di d.l., 22 giugno 2012, n. 83 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134; d.l. 03 maggio 2016, n. 59 conv. in l. 30 giugno 2016, n. 119.

²⁰ E proprio sulla possibilità di rispetto dei termini previsti nel programma di liquidazione si gioca, oltre che la responsabilità o quantomeno il mantenimento della carica da parte del curatore (art. 104 ter, c. 1 e 10, l. fall.), la scommessa dei legislatori 2015 e 2016 in ordine alla velocizzazione della chiusura delle procedure fallimentari e rispetto a cui, quindi, il curatore dovrà prendere sempre più piena consapevolezza del suo ruolo di principale attore, fortemente voluto sin dal d.lgs. 5/2006 in uno con il ruolo terzo di arbitro e non più gestorio del Giudice (v. artt. 25 e 31 l. fall.).

Pertanto, visto anche i nuovi finali due commi dell'art. 28 l. fall., il curatore dovrà aumentare la propria professionalità ed organizzazione (aprendosi quindi verso fenomeni associativi e societari, in linea peraltro con l'art. 28, c. 1, lett. b l. fall.), ricorrendo al contempo sempre più a delegati e coadiutori di sua fiducia ex art. 32 l. fall. (basti pensare all'importanza di un'iniziale e profonda *due diligence*, non solo contabile, ma anche legale e se del caso industriale), senza timori di riduzioni del proprio compenso, che infatti, di fronte a risultati soddisfacenti, troverà comunque adeguata liquidazione, tendendo se del caso verso i valori massimi di tariffe, compensandosi quindi così le riduzioni subite ex art. 32 l. fall.).

²¹ Ove la gestione caratteristica non risulti di segno positivo ovvero non sia compensata in eccesso dal maggior valore del prezzo di vendita dell'azienda mantenuta in vita.

e 6, 1. fall.), sia che risulti attivato subito in sentenza di fallimento ad opera del Tribunale (art. 104, comma 1, 1. fall.), che dopo dal GD su proposta del curatore (art. 104, comma 2, 1. fall.).

Ovviamente l'esercizio provvisorio ha il grande vantaggio dell'immediatezza - verrebbe voglia di dire della *consecutio* - rispetto ad attività di imprese che non possono essere bloccate neppure per pochi giorni, oltre che la prerogativa di potere restare attivato anche per un brevissimo periodo, ad es. per il solo tempo necessario a consentire di esperire una gara tesa alla ricerca di un affittuario ex art. 104 bis, comma 2, 1. fall.²²

Non solo: ove il curatore lo ritenga può proseguire provvisoriamente in tutti i contratti in corso ovvero invocarne la sospensione (oppure anche immediatamente sciogliersi), salvo poi, ad esercizio provvisorio chiuso, decidere in via definitiva il da farsi (art. 104, commi 7 e 9, 1. fall.).²³

²² Cfr. BOTTAI, in Commentario Ferro, 1378. Quantunque dovrebbe ritenersi ammissibile anche la fattispecie dell'affitto "ponte", cioè immediato, con riserva se del caso di indire in una fase successiva la procedura competitiva. Difatti, l'art. 107 c. 1 l. fall prescrive l'adozione di procedure competitive (esclusivamente) per "gli atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione". Ed il novellato art. 104 ter c. 4 l. fall. si preoccupa di ribadire tale precetto, con l'espresso richiamo dell'art. 107 l. fall., anche rispetto alle incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo affidata ad altri professionisti o società specializzate. Di contro, allorché non sia stato ancora possibile redigere il programma di liquidazione e sussistano ragioni di urgenza per il compimento dell'atto (pena il rischio di provocare "pregiudizio all'interesse dei creditori"), l'art. 104 ter, c. 7, l. fall. richiede esclusivamente che l'atto sia autorizzato *ad hoc* dal GD, sentito il comitato dei creditori se già nominato. Quindi appare evidente che in tali casi il legislatore si sia preoccupato di esentare il curatore dall'incombente *de quo*, o, quanto meno, dal doverlo esercitare previamente e/o nei rigorosi limiti temporali prescritti dal novellato art. 107 c.1 l. fall. Quindi, ben potrà accadere che la procedura competitiva fallimentare sia fissata successivamente ad un urgente affitto "ponte"; in fondo come accade oggi nell'omogenea (almeno quanto a regime della competitività) sede concordataria con il nuovo art. 163 bis l. fall., in cui il contratto d'affitto spesso pre-esiste alla stessa domanda di concordato. (Trib. Bergamo, 23 dicembre 2015, in www.ilcaso.it).

²³ Cfr. con riguardo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, l'oramai celebre Cass., 19 marzo 2012, n. 4303, in Fallimento, 1222, con nota di PATTI, *Rapporti pendenti ed esercizio provvisorio tra prededuzione e concorsualità, alla ricerca della regola da applicare*; v. anche in Giur. Comm. 2013, II, 845 con nota di DI GIROLAMO, *Subentro ex lege del curatore nei rapporti giuridici pendenti a seguito dell'esercizio provvisorio e prededucibilità*.

Di contro l'affitto d'azienda non pone alcun rischio di far insorgere prededuzioni²⁴, ma, oltre a non essere immediatamente attivabile (imponendo sempre una qualche preliminare negoziazione e comunque una procedura competitiva ex art. 104 bis, comma 2, 1. fall.), rischia comunque di porre problemi di indennizzo in prededuzione in caso di necessità di anticipato recesso dal contratto (art. 104 bis, comma 3, 1. fall.), come di rendere più difficoltosa la vendita in caso di concesso diritto di prelazione (art. 104 bis, comma 5, 1. fall.)²⁵ ovvero di esporre il fallimento al rischio di non percepire i canoni o di disperdere possibili informazioni rappresentative del patrimonio aziendale qualora non sia poi l'affittuario ad acquistare l'azienda del fallito.²⁶ Non solo : a differenza che nel caso di esercizio provvisorio, il contraente *in bonis* ben potrà recedere dal contratto ex art. 2558, commi 2 e 3, c.c.,

Allorché si giunga poi al momento della cessione aziendale, la normativa fallimentare, ferma ex art. 105, comma 2, 1. fall. la regola della competitività (tesa comunque anch'essa alla ricerca del miglior soddisfacimento *pro* creditori) nonché delle vendite atomistica, ma solo ove risulti prevedibile che l'alienazione

²⁴ Come non pone problemi di vincoli di solidarietà ex artt. 2112 e 2560 c.c. in caso di retrocessione dell'azienda alla luce del rassicurante disposto dell'art. 104 bis, c. 6, 1. fall.

²⁵ Ed a voler prescindere dal diritto di prelazione *ex lege* di cui all'art. 11, c. 2, l. 9/2014, secondo cui : “*nel caso di affitto o di vendita di aziende, rami d'azienda o complessi di beni e contratti di imprese sottoposte a fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa, hanno diritto di prelazione per l'affitto o per l'acquisto le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell'impresa sottoposta alla procedura*”. Quanto invece ai possibili rapporti d'affitto sorti in relazione alle fattispecie di cui all'art. 3 l. 223/91 e proseguiti poi durante la procedura concorsuale interessante l'affittante, va ricordato che il Supremo Collegio è fermo nell'insegnamento secondo cui il diritto di prelazione *ex lege* previsto da tale norma non spetta all'affittuario qualora non sia più *de jure* tale al momento della definitiva determinazione del prezzo di vendita previsto per la procedura concorsuale alienativa (cfr. ex multis Cass., 16 aprile 2015, n. 7753, in Dir. Giust. 2015, 17 aprile).

²⁶ Esprime queste condivisibili preoccupazioni, BOTTAI, in Commentario Ferro, 1378, quantunque il rischio della mancata percezione dei canoni potrebbe, *recte*: dovrebbe, essere previamente sterilizzato dal curatore attraverso l'imposizione di adeguate garanzie ex art. 104 bis, c. 2, 1. fall. Per un'analitica comparazione dei possibili *pro* e *contro* tra i due istituti, cfr. anche PASQUARIELLO, *Esercizio provvisorio d'impresa*, www.ilFallimentarista.it, che evidenzia, tra l'altro, come in caso di revoca del fallimento l'esercizio provvisorio si appalesi, evidentemente, strumento più funzionale per ripristinare lo *status quo ante*.

“*dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori*” (art. 105, comma 1, l. fall.), offre un ventaglio di opzioni per favorirla al meglio, compreso il conferimento dell'azienda o dei rami della stessa in una o più società anche di nuova costituzione (art. 105, comma 8, l. fall.).

Vedremo nei capitoli che seguono che anche un altro strumento, ove ben utilizzato anche rispetto al collegamento con l'esercizio provvisorio (ovvero l'affitto d'azienda), può essere ancora più flessibile della disciplina di cui all'art. 105 l. fall.: il concordato fallimentare ex art. 124 e ss. l. fall.²⁷

²⁷ Istituto che il Giudice di legittimità ha avuto modo di ben valorizzare allorché ne ha difeso la stessa tenuta costituzionale di fronte alle eccezioni sul punto del Procuratore Generale, precisando che “*i dubbi di legittimità costituzionale in tal modo prospettati appaiono peraltro il frutto di una rappresentazione soltanto parziale della complessa disciplina risultante dalla riforma, i cui molteplici aspetti devono essere adeguatamente tenuti in conto ai fini di una corretta valutazione. L'apertura ai terzi della legittimazione ad avanzare la proposta di concordato non mira infatti soltanto ad agevolare la soluzione della crisi dell'impresa attraverso strumenti che, nel favorire la riallocazione dei fattori produttivi, consentano al tempo stesso di salvaguardare l'unità dell'azienda, trasferendola nelle mani di chi sia in grado di gestirla utilmente, ma, facendo venir meno la posizione di monopolio riconosciuta al debitore dalla disciplina previgente, risponde anche all'esigenza di facilitare la chiusura del fallimento, nell'interesse dei creditori, in quanto rende possibile la presentazione anche di più proposte concordatarie, in concorrenza tra loro (omissis)... Il pregiudizio cui restano esposti i creditori non insinuati per effetto della limitazione della responsabilità del terzo non si differenzia d'altronde, nella sostanza, da quello che essi sono destinati a subire nell'ipotesi in cui si pervenga celermente alla liquidazione dell'attivo ed alla chiusura del fallimento, e, nell'ipotesi in cui il fallito continui a rispondere dei propri debiti, si configura come un pregiudizio di mero fatto, potendo essi fare pur sempre affidamento sulla capacità del debitore di ricostruire in futuro un patrimonio aggredibile*” (Cass. 29 luglio, 2011, n. 16738, in *Fallimento*, 2012, 51, con nota di BOTTAI, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*). Su alcuni degli aspetti più delicati affrontati dalla giurisprudenza di legittimità rispetto al nuovo concordato fallimentare, v. PEZZANO - CRIVELLI, *Abuso e non abuso del diritto nel concordato fallimentare*, in www.osservatorio-oci.org. In generale sul concordato fallimentare, BUCCARELLA, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, Giuffrè, 2016; DI LAURO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Cedam, Padova, 2011; MINUTOLI – BLATTI, sub art. 124, in *Commentario Ferro*, 1712; PERRINO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Foro It., 2006, parte V, 200.

2. Un (felice) caso concreto di “continuità aziendale” attuata con l’esercizio provvisorio e successivo concordato fallimentare con assuntore.

La Società xxx srl, operante nella produzione a ciclo continuo, con relativa commercializzazione a rivenditori terzi, di particolari vasi in materiale plastico, veniva dichiarata fallita nel dicembre 2013 a seguito di declaratoria di inammissibilità del concordato preventivo in continuità diretta ex art. 186 bis l. fall. dalla stessa depositato a fine marzo dello stesso anno.

Lo stato di crisi era da ricondurre ad un insieme di fattori quali:

- il rallentamento del mercato nazionale ed internazionale a seguito della recessione economica mondiale, con un inasprimento della concorrenza ed un aumento di costi delle materie prime dipendenti dal rialzo del petrolio;

- la contrazione del fatturato;

- ma soprattutto i pesanti oneri finanziari per l’alto indebitamento bancario, sia commerciale corrente, che derivanti da un importante investimento effettuato per la realizzazione del nuovo capannone industriale e per la completa automatizzazione della produzione, attuato tutto con il ricorso all’indebitamento bancario a breve ed a medio termine, in assenza di capitali di rischio e fidando la proprietà, probabilmente troppo ottimisticamente, di poter conseguire un aumento di fatturato;

- infine la sensibile diminuzione del grado di giudizio degli istituti di credito (cd. *rating*) con considerevole accrescimento degli oneri finanziari e riduzione degli importi finanziati, sfociato poi, al momento apicale della crisi, nell’obbligo di rientro rispetto a tutte le linee di credito accordate dal sistema creditizio.

Come sopra precisato, non aveva successo la proposizione di un concordato preventivo c.d. in continuità, che prevedeva, oltre un contenimento dei costi ed innesto di nuova finanza da parte della proprietà (invero effettuato durante la fase di concordato con riserva nella logica ex art. 182 *quater*, comma 2, l. fall.),²⁸

²⁸ Infatti, secondo l’indirizzo prevalente, il finanziamento “in funzione” previsto dall’art. 182 *quater* c. 2 l. fall. deve risultare già effettuato al momento dell’eventuale provvedimento giudiziale autorizzante la prededuzione; cfr. FERRO – FILOCAMO, sub art. 182 *quater*, in Commentario Ferro, 2606; LAMANNA, *La*

la ristrutturazione dell'indebitamento pregresso, in ottica di renderlo sostenibile alla luce delle effettive capacità finanziarie e patrimoniali disponibili.

Una volta intervenuto il fallimento, il rischio (assai concreto ed effettivo) era quello di disperdere i valori dell'organizzazione e dell'avviamento aziendale a causa del blocco del processo produttivo a ciclo continuo, con conseguente irrimediabile perdita delle relazioni di fornitura commerciale, soprattutto estere (pari ad oltre 2/3 del fatturato), basantesi *in primis* sul rispetto della puntualità nelle consegne.

Ciò non è avvenuto grazie al ricorso, prima, all'esercizio provvisorio dell'impresa (disposto dal GD ex art.104, comma 1, l.fall. su istanza del curatore sollecitata da parte di uno degli amministratori e socio della fallita) e, poi, alla presentazione di un concordato fallimentare con assuntore (ex art. 124, comma 4, l. fall.), globale operazione che ha permesso di salvare anche trenta di posti di lavoro.

Per evitare in radice il rischio di bruciare liquidità con l'insorgere di nuove prededuzioni ex art. 104, comma 8, l. fall., era stata presa in esame anche l'ipotesi dell'affitto d'azienda ex art. 104 bis l. fall.

Ma i tempi erano troppo stretti per indire una gara ex art. 104 bis, comma 2, l. fall. rispetto a soggetti concorrenti, peraltro, previamente ricercati dal curatore ma non rinvenuti, forse anche perché il ciclo produttivo richiedeva un particolare *know how* detenuto essenzialmente da uno degli amministratori e socio della fallita, tanto che l'esercizio provvisorio in esame ha trovato uno dei suoi punti di forza proprio nella collaborazione gestoria gratuita²⁹ offerta da tale figura manageriale.³⁰

Gli altri elementi, che hanno indotto il GD all'accoglimento

legge fallimentare dopo il "decreto sviluppo", Milano, Giuffrè, 2012, 9; STANGHELLINI, *Finanziamento – ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1346. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 23 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, 859; Trib. Terni, 06 febbraio 2012, in www.osservatorio-oci.org; Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011, in www.osservatorio-oci.org.

²⁹ In fondo sempre ben possibile se l'art. 32 c. 2 l. fall. la consente anche ad opera dello stesso fallito.

³⁰ Fidante di poter poi, salvaguardata intanto la fondamentale continuità aziendale, dar vita ad un'acquisizione aziendale o ad un concordato fallimentare o comunque ad un accordo con i futuri acquirenti dell'impresa, ipotesi, quest'ultima, poi concretizzatasi.

dell'istanza ex art.104, comma 2, 1.fall. del curatore e poi hanno decretato il successo dell'esercizio provvisorio, sono stati : i) l'esistenza di un convincente piano industriale concordatario preventivo positivamente valutato dal curatore (grazie anche all'innesto della predetta finanza terza effettuata ex art. 182 *quarter*, comma 2, 1. fall proprio pochi giorni prima del fallimento); ii) l'impegno dei soci di maggioranza della fallita a garantire la procedura fallimentare da eventuali perdite di gestione dell'esercizio provvisorio³¹; iii) il rapporto di reciproca stima e collaborazione creatosi tra gli organi della procedura, l'amministratore della società fallita ed i professionisti.

Ed infatti i risultati dell'esercizio provvisorio hanno dimostrato che la continuazione dell'attività imprenditoriale non ha disperso ricchezza, anzi ne ha prodotto, consentendo altresì, non solo di preservare l'organizzazione aziendale esistente, ma di dar inizio al nuovo corso, anche organizzativo, già previsto nel piano concordatario preventivo³², a partire dal reparto amministrativo, per continuare con gli acquisti e la ristrutturazione della

³¹ Impegno formulato unitamente a quello dell'amministratore teso a coadiuvare il curatore nell'esercizio provvisorio d'impresa. Sulla natura dell'impegno *de quo*, ci soffermeremo più diversamente *infra* sub 3. Indubbiamente sulla relativa validità, pur nella sua atipicità, non pensiamo comunque possa dubitarsi essendo senz'altro diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento (art. 1323, c.2, c.c.).

³² Indubbiamente superando quella logica quasi istituzionale, quanto statica e comunque non scolpita nella norma fallimentare in esame, che vede nell'esercizio provvisorio essenzialmente uno strumento conservativo dell'attività d'impresa. Cfr in tali termini, FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 761; PATTI, (nt. 23), 1225; ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, in *GIUR. COMM.*, 2010, II, 1183. SABATELLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, tra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. "sociali"*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, 130. Si pone, invece, su un solco di maggiore apertura alla possibilità di riorganizzazione dell'attività d'impresa, STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto e economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 46, il quale, sul presupposto che non si tratta del risanamento del fallito, bensì eventualmente della sua impresa, correttamente evidenzia che "l'insorgere della crisi non è certo un segnale di salute dell'impresa ma non è neppure un segnale altrettanto inequivocabile dell'opportunità di cessare l'impresa" che ovviamente non significa certo che "l'impresa in crisi debba essere sempre salvata". In senso sostanzialmente conforme, BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in Campobasso – Cariello – Di Cataldo – Guerrera – Sciarrone Alibrandi, in *Società, Banche e crisi d'impresa*, Torino, UTET, 2014, 2874, che parla di possibile "realizzazione di gestioni innovative - tali cioè da incidere sull'originaria fisionomia del complesso aziendale - (perché) potrebbe risultare funzionale ad assicurare una migliore e più efficiente

contabilità di magazzino, per la quale è stato introdotto un nuovo programma informatico, cominciando così a generare un virtuoso contenimento dei costi.

Una parte essenziale del piano è stata poi quella avente ad oggetto l'analisi delle singole voci di costo, con elaborazione per ciascuna di specifiche previsioni nell'ottica della ristrutturazione dell'attività e di una complessiva "*spending review*"; in particolare si è provveduto a rendere più efficiente l'organico aziendale così da poter ottenere risparmi di spesa, non tanto sul lato costo del personale (pur rispetto ad alcuni elementi ridotto), quanto sul versante dei servizi esterni di vario genere fino a quel momento utilizzati in misura rilevante.

Per gli oneri gestionali diversi rispetto al personale impiegato, le previsioni sono state fatte tenendo conto delle mutate esigenze aziendali, nonché dei provvedimenti complessivi di contrazione dei costi già in atto al momento dell'inizio dell'esercizio provvisorio.

Circa il pagamento dei debiti in prededuzione ex art. 104, comma 8, l. fall., si era evidenziato in piano che, a parte per alcune iniziali necessità meramente finanziarie (in pratica affrontabili già con la suddetta finanza terza), sarebbe stato assicurato - come in effetti poi avvenuto - dai positivi risultati della ge-

allocazione sul mercato dell'azienda nel suo complesso... non essendovi cioè – almeno in linea teorica alcuna inconciliabilità con gli obiettivi liquidatori tipici della procedura fallimentare". In linea si pone anche FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in ESI, Napoli, 2011, 64; FERRI, *Le forme di esercizio dell'impresa fallita*, in Riv. Dir. Comm., 2010, I, 183; v. anche PASQUARIELLO, *Gestione e organizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 2010, 113. In giurisprudenza, nel senso propugnato dai due Autori, v., pur se in un *obiter*, Cass., 09 gennaio 1987, n. 71, in Giur. Comm, 1987, II, 562; contra Trib. Messina, 08 luglio 1981, in Dir. Fall., 1982, II, 1257, Trib. Avellino, 14 ottobre 1964, in Foro Padano, 1965, I, 1417. D'altra parte, anche la prassi sembra abbracciare tale indirizzo ed in un settore, quale quello giuslavoristico davvero di rilievo, allorché afferma che spetta per i lavoratori la fruizione "*di CGIS, -per la causale di crisi aziendale di cui all'art. 21 lett. b del d.lgs 148/2015*" quando l'impresa sottoposta a fallimento presenti rispetto al disposto esercizio provvisorio "*un programma di crisi aziendale in cui il piano di risanamento sia volto alla concreta e rapida cessione dell'azienda o di parte di essa*" (Circolare n. 24 del 26 luglio 2016 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in www.ilcodice-deiconcordati.it).

stione dell'esercizio provvisorio, che infatti ha chiuso ampiamente in utile dopo 16 mesi di durata³³ grazie alle più proroghe ritenute concedibili dagli organi della procedura per i risultati soddisfacenti man mano conseguiti.

In definitiva, l'adozione di un serio ed articolato piano di ristrutturazione (anche industriale) di indispensabile supporto all'esercizio provvisorio ha contribuito - nella vicenda sopra descritta - ad ottimizzare la gestione aziendale ed anche a generare quel consenso esterno (di fornitori e clienti) necessario al suo buon esito, rafforzandone la credibilità ed ampliando le opportunità di riuscita, specialmente nell'ottica della proposizione di una domanda di concordato fallimentare in effetti poi formulata da un terzo con assunzione ex art. 124, comma 4, l. fall. cui quindi, omologato in via definitiva il concordato, è stato ceduto il complesso aziendale preservato nel suo valore ed anzi già avviato verso il suo migliore risanamento (tra l'altro anche attraverso un alleggerimento della sua componente immobiliare ceduta a terzi dall'assuntore attraverso la facoltà designazione ex art.1401 cc prevista sin dalla proposta iniziale ex art. 124 l. fall.).³⁴

³³ Una sì tale ampia durata è stata favorita, oltre che dai positivi risultati che man mano emergevano, dalla circostanza che la proposta di concordato fallimentare, nelle more intervenuta, risultava condizionata alla prosecuzione dell'attività d'impresa della società fallita.

³⁴ Facoltà che reputiamo senz'altro ammissibile, considerato anche il *favor* della riforma per le soluzioni negoziali delle crisi di impresa, anche attraverso lo strumento concordatario fallimentare che d'altra parte trova conferma nella piena libertà di forma lasciata al proponente dall'art. 124 c. 2 l. fall., v. Trib. Torino, 27 giugno 1997, Fall. 1997, 1040. Opzione che peraltro legittimamente ha consentito evidenti risparmi fiscali da doppio passaggio (anche in considerazione che gli effetti automatici di trasferimento dei beni all'assuntore, conseguenti alla definitività dell'omologa, possono pattiziamente differirsi ad un momento successivo, come, ad es. all'avvenuta esecuzione della proposta, se del caso operata dallo staggiario, cioè un liquidatore del concordato fallimentare, cfr. *ex multis* Cass., 09 maggio 2013 n. 11027, in www.ilcodicedeconcordati.it. Cfr. in dottrina, BUCCARELLA, *Il Concordato fallimentare coattivo e straordinario*, 253 (nt. 27) DI LAURO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, CEDAM, 2011, 204). Come, per le stesse ragioni, li ha consentiti la scelta dell'assuntore di non attribuirsi la liquidità presente nelle casse fallimentari, rispetto a cui va sempre ben specificato, in caso di patto di limitazione delle responsabilità ex art. 124, c. 4, l. fall. (non presente nella specie), che trattasi liquidità comunque destinata, così come gli ulteriori apporti del proponente, esclusivamente a favore dei creditori ricompresi nel perimetro concordatario (v. in tema Trib. Milano 05 maggio 2016, in www.ilfallimentarista.it). Per una completa disamina delle diverse tassazioni inerenti le varie voci di beni passibili di assunzione concordataria, cfr. Circolare Agenzia delle Entrate del 21 giugno 2012, n. 27/E, in www.agenziaentrate.gov.it.

Alcune notazioni sul collegamento nella specie tra esercizio provvisorio e concordato fallimentare:

1) La bontà dell'esercizio provvisorio ha fatto sì che alla soluzione concordataria si siano avvicinati più potenziali interessati³⁵, quantunque solo una società alla fine ha formulato la proposta di concordato fallimentare.

2) Il proponente il concordato fallimentare, allo scopo di evitare che nelle more della procedura minore l'organizzazione aziendale andasse dispersa, ha posto come prima condizione di validità della proposta il mantenimento dell'esercizio provvisorio fino all'avvenuta definitività del decreto d'omologa (cioè del momento di efficacia della proposta concordataria ex art. 130, comma 1, l. fall.), mantenendo inoltre un continuo confronto con il curatore rispetto alle scelte ex art. 104, comma 7, l. fall. relative ai contratti in corso.

3) Nonostante nei primissimi giorni del fallimento il curatore si fosse sciolto da ogni rapporto di lavoro dipendente, tutti i lavoratori, sebbene ex art. 93 l. fall. avessero già ottenuto il diritto a conseguire il TFR, hanno accettato l'ulteriore condizione di validità della proposta posta dalla società concordataria e consistente nell'adesione di ogni dipendente all'accordo sindacale inerente l'accollo liberatorio per il TFR della fallita società con nuovo accontamento a carico della proponente.

4) Infine la società proponente ed assuntrice ha stilato l'accordo di management con il precedente amministratore della fallita e coadiutore ex art. 32, comma 2, l. fall. del curatore nell'esercizio provvisorio.

In sintesi e per concludere l'esposizione sul caso concreto *de quo*, può affermarsi che, prima l'esercizio provvisorio e poi il concordato fallimentare, hanno valorizzato al meglio, nella piena e leale collaborazione tra i vari soggetti ed organi interessati, il piano di ristrutturazione aziendale, che era stato elaborato per il concordato preventivo ex art. 186 bis l. fall.,³⁶ piano che si

³⁵ Va evidenziato come il curatore, al fine di favorire al massimo ogni possibile competitività, si sia alacrememente attivato in proposito offrendo, previa autorizzazione ex art. 90, c. 3, l. fall. ed assunzione degli opportuni obblighi di riservatezza, tutte le informazioni del caso, anche relativamente agli esiti man mano emergenti dall'esercizio provvisorio.

³⁶ Cfr., sugli aspetti aziendalistici del piano concordatario in continuità, le interessanti riflessioni di RANALLI, in ROLFI - RANALLI, *Il concordato in continuità*, Giuffrè, Milano, 2015, 109 -219.

è rilevato ben congegnato, quanto comunque favorito dalla maggiore flessibilità, nonché forza persuasiva³⁷ proprie dell'esercizio provvisorio (con effetti positivi poi "saldabili" con il concordato fallimentare) rispetto allo stesso concordato preventivo in continuità.

A partire dalla duttile gestione dei contratti in corso (possibilità per il curatore, a differenza dell'imprenditore concordatario,³⁸ di scegliere sempre durante l'esercizio provvisorio se proseguirli intanto provvisoriamente,³⁹ ovvero sospendersi oppure definitivamente sciogliersi ed in genere senza alcun obbligo di indennizzo),⁴⁰ sino giungere alla ragionevole certezza di pagamento⁴¹ dei crediti sorti durante l'esercizio provvisorio, certezza

³⁷ Quasi eccessiva per certi versi rispetto al regime dei rapporti in corso alla luce della disciplina prevista dall'art. 104 c. 7, 8 e 9 l. fall rispetto allo snodarsi - e relativi effetti - dei contratti, sia durante l'esercizio provvisorio che nella fase post, tanto che qualche Autore ha parlato suggestivamente di "*dumping da procedura concorsuale*": la creativa affermazione è di FIMMANÒ (nt. 15), 1612, ripresa adesivamente da PATTI (nt. 23), 1230. V. anche, a commento di Cass. 19 marzo 2012, n. 4303 con nota di DI GIROLAMO (nt. 23), 849. D'altra parte non va dimenticato che l'impresa in esercizio provvisorio opera sul mercato senza rischio, non tanto e non solo perché priva di capitale (appunto di rischio), ma soprattutto perché fruisce di tutte le garanzie sulla permanenza, sostanzialmente coattiva ed a prescindere dall'eventuale inadempimento del curatore, dei rapporti negoziali (cfr. Cass., 09 gennaio 1987, n. 71, Fall., 1987, 590 e Cass., 06 febbraio 1986, n. 719, Fall., 1986, 96).

³⁸ In grado di farlo solo sino all'ultimo termine utile per modificare la proposta concordataria (prima ex art. 175 c. 2 l. fall. ed ora anche anticipato ex art. 172 c. 2 l. fall.) di cui la richiesta di scioglimento contrattuale rappresenta comunque un elemento; cfr. in tema l'oramai leggendario Trib. Pistoia, 09 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

³⁹ Salvo poi a fine esercizio decidere il da farsi ex art. 104 ult c. l. fall. Con tutti gli effetti quasi didascalicamente enunciati nel noto arresto di cui a Cass., 19 marzo 2012, 4303, con nota di DI GIROLAMO, *Subentro ex lege del curatore nei rapporti giuridici pendenti a seguito dell'esercizio provvisorio e prededucibilità* (nt. 23).

⁴⁰ Se non, come noto, nelle ipotesi di cui agli artt. 79 e 80 e l. fall., ed - ovviamente - salvo che il curatore non possa invocare una causa di validità/inefficacia del contratto.

⁴¹ Invero, pur sussistendo la prededuzione ex art. 104, c. 8, l. fall., anche tale tipologia di crediti soggiace alla disciplina accertativa e distributiva di cui all'art. 111 bis l. fall. e quindi dell'eventualità di cui all'ultimo comma di tale norma (insufficienza di attivo), che ove davvero si verifici rischia di esporre il curatore a possibili responsabilità qualora si dimostri che con negligenza non abbia valutato i rischi di grave insuccesso dell'esercizio provvisorio. Infatti, pur ritenendosi generalmente che il curatore non possa mai rivestire la qualifica di imprenditore allorché come pubblico ufficiale dia corso all'esercizio provvisorio (Cass., 22 dicembre 1994, n. 11047, in *Fallimento* 1995, 743; *contra* MAFFEI ALBERTI, in *Commentario Maffei Alberti*, 703), la sua responsabilità professionale potrebbe

che invece non sussiste in caso di concordato preventivo considerate alcune recenti sentenze di legittimità in tema di crediti con titolo o causa anteriore al concordato⁴² ed atteso che, nonostante l'espressa previsione di prededuzione del nuovo art. 169 bis, comma 2, 1. fall, non risulta comunque del tutto chiaro cosa siano le “prestazioni eseguite legalmente ed in conformità agli accordi o agli usi negoziali”⁴³. Probabilmente crediti prededucibili per

in ogni caso risultare impegnata se, per colpa grave (qualora si acceda alla tesi della sola applicabilità dell'art. 2236 c.c.), venisse a crearsi una situazione di totale o parziale incapacità di pagamento dei creditori prededucibili sorti durante l'esercizio provvisorio amministrato dal curatore medesimo (sul tema in generale, cfr. TRENTINI, *La responsabilità civile del curatore fallimentare*, in www.ilcaso.it). A maggior ragione se si consideri che, una volta scelto il curatore di proseguire, anche provvisoriamente, nel contratto, il contraente *in bonis* non può sciogliersi, *recte*: invocare la risoluzione per inadempimento, neppure se poi il curatore non risulti in grado di adempiere al dovuto (Cass., 09 gennaio 1987, n. 71, cit.; in senso conforme, Cass., 06 febbraio 1986, n. 719 – nt. 37). Peraltro dubiteremmo che la risoluzione (o quantomeno l'eccezione di autotutela ex artt. 1460 e 1461 c.c.) possa fondatamente impedirsi anche qualora, decretato dal GD il diritto al pagamento ex art. 111 bis c. 3 l. fall., comunque il curatore non adempia ovvero si verifichi l'ipotesi di insufficienza di attivo prevista dall'art. 111 bis c. 4 l. fall.

⁴² Difatti, rispetto ad alcuni rapporti di durata (come il contratto di locazione), i Giudici di legittimità hanno concluso che anche i crediti per canoni scaduti *post* concordato hanno comunque nell'originario contratto il titolo (quindi) anteriore ex art. 168, c. 1, l. fall. e pertanto non fruiscono in alcun caso della prededuzione (quindi anche qualora il novellato art. 169 bis, c. 2, l. fall. fosse stato applicabile alle fattispecie oppure) ove anche divenuti, meramente esigibili, *post* deposito del concordato. Ci stiamo riferendo alle note Cass., 25 novembre 2015, n. 24046 e Cass., 20 gennaio 2015, n. 825, ambedue in www.ilcodicedeconcordati.it.

⁴³ Per una possibile chiave di lettura, 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 www.ilfallimentarista.it, 2015, 8-10, «la norma riserva la prededucibilità ai crediti relativi a prestazioni eseguite legalmente ed in conformità agli accordi o agli usi negoziali. Si tratta di puntualizzazione non proprio chiarissima, ma evidentemente intesa a evitare che il beneficio sia richiesto dalla controparte con riferimento a prestazioni rese al di fuori dei patti contrattuali o che, secondo buona fede, si potrebbero evitare in una fase di incerto esito del contratto». Negli stessi termini, STAU-NOVO-POLACCO, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: I contratti pendenti nel concordato preventivo art. 169-bis l. fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 2015, 8, «il tutto, purché le prestazioni post-pubblicazione ed anteriori alla comunicazione di sospensione/scioglimento siano state eseguite “legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali”, vale a dire seguendo le pattuizioni contrattuali o gli usi inter partes e senza che, pertanto, il contraente *in bonis* possa profittare del beneficio per eseguire prestazioni esorbitanti rispetto a quelle negozialmente convenute». V. anche, con alcune puntualizzazioni rispetto alla stessa spettanza del credito, PEZZANO, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale, commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, 226 (nt. 11).

“prestazioni eseguite legalmente” sorti successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo sono solo quelli in cui sussista, sia uno stretto collegamento funzionale al piano tra singola prestazione e controprestazione *post*, quanto autonomia rispetto a prestazioni e controprestazioni *ante*, come ad es. nel rapporto di lavoro o di fornitura.⁴⁴

Tanto che solo in caso di fallimento, se ed in quanto il curatore alla fine dell'esercizio provvisorio decidesse di subentrare in via definitiva nel contratto di fornitura (ad es. perché ritenuto strategico rispetto al mantenimento della vitalità aziendale nello stipulando contratto di vendita o di affitto, anche nella logica di una già presentata seria domanda di concordato fallimentare), il contraente *in bonis* fruirà della prededuzione anche per i crediti relativi alle prestazioni *ante* ai sensi degli artt. 74 e 104, comma 9, l. fall.;⁴⁵ mentre appunto tale eventualità non potrà mai verificarsi in sede concordataria preventiva,⁴⁶ se non eventualmente nei limitati ambiti di cui all'art. 182 quinquies, comma 5, l. fall.

Vedremo comunque meglio nel capitolo che segue gli indubbi vantaggi che l'esercizio provvisorio dell'impresa in crisi, richiesto ex artt. 14 e 15, commi 6, 7 e/o 8, l. fall.⁴⁷ dallo stesso imprenditore insolvente, può offrire nella prospettiva di vendita

⁴⁴ Rispetto a tale ultimo negozio, cfr., soprattutto con riguardo alla procedura fallimentare, le lucide considerazioni di DI GIROLAMO, *Subentro ex lege del curatore nei rapporti giuridici pendenti a seguito dell'esercizio provvisorio e prededucibilità*. (nt. 23), 850; stimolanti anche le riflessioni di DIMUNDO – PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999, 251; v. pure PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2014, 103.

⁴⁵ Cfr. Cass., 19 marzo 2012, n. 4303, (nt. 23.) secondo cui “**conclusivamente, alla luce dei principi giurisprudenziali richiamati e delle norme introdotte dalla riforma, occorre distinguere i crediti che potrebbero esser maturati in tre successivi ma distinti segmenti temporali: a) ante fallimento, b) in pendenza dell'esercizio provvisorio, c) successivi al termine dell'esercizio provvisorio. I crediti del segmento b) sono sempre indiscutibilmente prededucibili; quelli del segmento c) sorgono ovviamente solo se il curatore al termine dell'esercizio provvisorio abbia optato per il subentro nel contratto e, in tal caso, sono del pari sicuramente prededucibili; quelli del segmento a) sono o meno prededucibili a seconda che, sempre al termine dell'esercizio provvisorio, il curatore abbia scelto di subentrare o di sciogliersi dal contratto. Tale ultima soluzione - come ha avvertito una parte della dottrina - è giustificata da ciò che la continuazione del contratto è frutto di opzione legislativa e non del curatore**”.

⁴⁶ Cfr. Cass., 18 maggio 2005, n. 10429, in *Fallimento* 2006, 1, 37; Cass. 30 gennaio 1997, in *Giur.It.* n. 468 e Cass., 05 agosto 1996, n. 7140, in *Giust. civ.* 1997, I,1029.

⁴⁷ Infatti, tanto attraverso una mirata fase istruttoria quanto addirittura in fase cautelare (FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, 762 - nt.

d'azienda attraverso un successivo concordato fallimentare, saldato al primo per finalizzarne il risanamento comunque già avviato attraverso la fondamentale salvaguardia della continuità aziendale.

Indubbiamente vi sarà anche il rischio di amplificarne in qualche modo l'originaria funzione di strumenti propri della liquidazione fallimentare e quindi volti a perseguire la sola migliore monetizzazione dell'attivo attraverso la più efficiente conservazione dell'impresa del fallito, più che il suo risanamento.

Certamente così superando quella logica, quasi istituzionale, quanto statica e comunque non scolpita nella norma fallimentare in esame, che vede nell'esercizio provvisorio unicamente uno strumento, appunto, conservativo dell'attività d'impresa e "*sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocumento*" (così come si esprime la Relazione legis all'art. 104), "*pregiudizio ai creditori*" che invece è l'unico precetto imposto dall'art.104, comma 1, l.fall., da rispettarsi sempre e comunque ed all'evidenza non necessariamente incompatibile, effettuate le verifiche del caso (ed acquisite se del caso garanzie ,non previste dalla norma ma certamente neppure vietate), con l'inizio di un'attività di risanamento, che invece potrebbe generare, già in sede di gestione caratteristica dell'esercizio provvisorio (come appunto avvenuto nella specie) e comunque poi in fase di dismissione dell'azienda, nette utilità ai creditori che peraltro, dinanzi all'ampiezza del concetto di assenza di "*pregiudizio*"(come del termine "*soddisfazione*" del collegato art.105, comma 1, l.fall.), potrebbero essere non strettamente legate al pagamento del singolo credito vantato verso l'imprenditore fallito, ma anche alla profittevole prosecuzione dei rapporti commerciali⁴⁸, come tra l'altro ben potrebbe essere poi proposto in sede concordataria fallimentare alla luce dell'ampio ventaglio negoziale consentito dal novellato art.124 l.fall. per ristrutturare i debiti del fallito e soddisfare i relativi creditori.

32), ben potrà lo stesso debitore fruire allo scopo degli strumenti previsti dal procedimento pre-fallimentare comune di cui all'art. 15 l. fall. Conseguentemente, dopo aver ben documentato la propria istanza ex art. 14 l. fall. (e quindi, con un idoneo piano, anche oltre le strette previsioni normative), il debitore potrà senz'altro richiedere, a conferma dei propri assunti, una consulenza o comunque un atto istruttorio finalizzato a dimostrare l'utilità dell'esercizio provvisorio nel dichiarando fallimento o addirittura nella stessa fase pre-fallimentare ex art. 15, c. 8, l. fall.

⁴⁸ Cfr. anche in tema, ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, 1182 (nt. 17)

Naturalmente non potrà che essere un inizio di risanamento⁴⁹, non fosse altro perchè l'esercizio ex art. 104 l. fall. è, per definizione, "provvisorio" e pertanto la sua durata, pur non essendo stabilita dalla legge (quantunque oggi non potrà essere di regola mai superiore ai due anni visto il novellato art. 104 ter, comma 3, l. fall.), non potrà che essere "temporanea", come appunto previsto dallo art. 104, comma 2, l. fall.

Diversamente, anche per le indubbie guarentigie *pro* impresa fallita in esercizio provvisorio, potrebbero porsi anche problemi di (leale) concorrenza, oltre che gravosi limiti all'attività d'impresa dei contraenti *in bonis* "legati" dalle scelte del curatore ex art. 104, commi 7 e 9, l. fall.⁵⁰

3. Considerazioni riepilogative e propositive

Come abbiamo visto, il caso risolto dal Tribunale pistoiese evidenzia plasticamente un naturale passaggio, *recte* quasi un ideale collegamento tra esercizio provvisorio e concordato fallimentare, che non potrà che essere ulteriormente favorito dall'attuale crisi anche di identità del concordato preventivo⁵¹.

⁴⁹ E giammai una ricostituzione *ex novo* dell'organizzazione d'impresa attraverso le risorse proprie dell'attivo fallimentare, non essendo peraltro estensibile al fallimento la facoltà prevista dall'art. 1 d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 sulla "ri-conversione delle attività imprenditoriali" (cfr. ROSSI, - nt. 2).

⁵⁰ V. nt. 37

⁵¹ Come è noto, la riforma di cui al d.l. 27 giugno 2015, n. 83 conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132, ha segnato un'evidente inversione di tendenza rispetto al *favor* per le soluzioni negoziate delle crisi d'impresa, con la previsione del limite minimo obbligatorio "assicurato" del 20% per i concordati liquidatori, del silenzio-rifiuto in tema di voto, nonché delle offerte e proposte concorrenti. Fra le opere più sistematiche, quanto critiche, in argomento, cfr. AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale, commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, (nt. 11). Per l'autorevolezza delle riflessioni, v. anche FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fallimento*, V, 2016. D'altra parte le prime decisioni sul concetto di "assicurare" sembrano corroborare i timori della dottrina: cfr. Trib. Rovigo, 1 agosto 2016 e Trib. Treviso, 29 luglio 2016, ambedue in www.fallimentiesocietà.it. Offre una diversa chiave di lettura, più in linea con lo spirito di fondo delle riforme degli ultimi dieci anni e delle principali decisioni dei massimi giudici (Corte costituzionale, Ord., 12 marzo 2010 n. 98 e Cass. S.U., 15 gennaio 2013, n. 1521, ambedue pubblicate e commentate in più riviste, fra le quali la prima in *Giur. comm.*, fasc.1, 2011, 80 e la seconda in *Foro it.* 2013, 5, I, 1534), Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in www.ilcaso.it che precisa come "debba affermarsi in modo netto che tale impatto non si è risolto nel introdurre un vincolo contenutistico della

Pertanto reputiamo di essere facili profeti nel preconizzare che lo strumento dell'esercizio provvisorio risulterà sempre più utilizzato, in alternativa o in associazione con l'affitto d'azienda, non solo dal curatore ma, di fatto, anche dall'imprenditore insolvente, che reputerà la sua azienda ancora salvabile.

Infatti, consapevole tra l'altro sempre più che il concordato preventivo non offre le esimenti da responsabilità penale (ex art.236 l.fall.) e civile⁵², ben potrà accadere che l'imprenditore, anche solo per risparmiare gli esborsi per le competenze dell'attestatore ovvero per le spese di giustizia (ma, come accennavamo, oggi ben altre potrebbero essere le ragioni di sì tale

proposta che possa qualificarsi in termini di promessa di pagamento di una determinata percentuale del credito. Nessuna traccia di un tale intento del legislatore si rinviene nella riforma del 2015, anzi al contrario in sede di conversione del D.L. 83/15 sono stati eliminati quei passaggi che potevano risultare equivoci (ad esempio, l'art. 161, co. 2, lett. e) prevedeva nel testo originario l'espressione "utilità procurata" in favore di ciascun creditore, mentre all'art. 163 co. 5 "l'impegno al pagamento" del 40% dei crediti chirografari è stato sostituito da una proposta che "assicuri" ecc) e non vi è dubbio che, in caso contrario, si sarebbe espressamente dato conto di una così stravolgente innovazione, che renderebbe inverosimilmente impraticabile per definizione il concordato liquidatorio".

⁵² In generale, sulle varie problematiche afferenti l'azione di responsabilità nel concordato preventivo (anche rispetto alle possibili ricadute ex art. 173, ovvero ex artt. 186-138 l. fall.), cfr. in giurisprudenza, Cass., 14 settembre 2016, n. 18090 in *www.ilcaso.it*; Cass., 01 giugno 2016, n. 11395, in *www.ilcodicedeconcordati.it*; Trib. Bologna, 16 agosto 2016; Trib. Trento, 10 giugno 2016; Trib. Bolzano, 30 aprile 2015; Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015; ambedue in *Fallimento*, 2015, p. 955 ss.; App. Brescia, 14 maggio 2014, Trib. Padova, 23 ottobre 2014, Trib. Monza, 2 novembre 2011, tutte in *www.ilcaso.it*. In dottrina, D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2015, 15; FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2015, p. 965; LA CROCE, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni cedue*, *Fallimento*, 2015, 314-316; PAGNI - FABIANI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo: un dialogo a due voci*, *Società*, 2015, p. 601. Sui doveri e responsabilità degli organi amministrativi in caso di crisi d'impresa, cfr. BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, *Fallimento*, 2014, 1097; LUCIANO, *La crisi pre-concorsuale delle società*, in *www.ilsocietario.it*; RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, *Società*, 2013, 669; ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, *Fallimento*, 2015, 253; SALLORENZO, *Responsabilità degli organi gestori nell'approssimarsi dell'insolvenza: nuovi "sistemi di allerta" e disciplina vigente*, in *www.ilfallimentarista.it*.

scelta),⁵³ si determini a proporre un'istanza di fallimento in proprio ex art. 14 l. fall.,⁵⁴ ma corredata, oltre che dai documenti di rito, da un serio piano di continuità redatto alla stessa stregua dei fondanti principi in tema dell'art. 186 bis l. fall.⁵⁵ ed in cui il debitore, *recte*: il relativo management, si offra, se del caso anche gratuitamente, come coadiutore ex art. 32, comma 2, l. fall. nella veste di gestore dell'impresa in esercizio provvisorio.

Ed è molto probabile che, qualora il tribunale (ovvero il GD successivamente al fallimento) si convinca della bontà del piano formulato dal debitore (casomai disponendo una veloce CTU all'uopo in forza delle previsioni dell'art. 15, commi 6, 7 e/o 8, l. fall.), autorizzi l'esercizio provvisorio, verosimilmente partendo con un breve periodo di prova.

Naturalmente una positiva decisione potrà essere favorita dalla sussistenza, come nel caso qui rappresentato, di un contratto atipico di "garanzia per la differenza", cioè dell'impegno di un terzo a coprire le eventuali perdite che l'esercizio provvisorio dovesse generare, negozio senz'altro teso a realizzare un interesse meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., che potrebbe inquadrarsi, come *genus*, tra i contratti con obbligazioni del solo proponente regolati dall'art. 1333 c.c., ovvero, qualora specificatamente miri a garantire tali eventuali perdite rispetto all'attività del predetto management, fra gli atti di cui all'art. 1381 c.c.⁵⁶

⁵³ V. nt. 51.

⁵⁴ Un esempio in tema viene offerto dalla decisione del Trib. Alessandria, 09 febbraio 2016, in *www.ilfallimentarista*, in cui l'imprenditore in crisi, preso atto che il progetto di c.p. non aveva concrete possibilità di successo, ha volontariamente scelto la strada dell'istanza di fallimento in proprio con contestuale richiesta di esercizio provvisorio.

⁵⁵ Cfr. ROLFI-RANALLI (nt. 36). Ovviamente di grande supporto potranno risultare anche le linee guida del *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, redatte dal CNDCEDEC, Quaderno Maggio 2016, par. 35. Tra l'altro non va dimenticato che il relativo credito professionale fruirà della prededuzione ex art. 111, c. 2, l. fall.; v. Cass., 09 settembre 2014, n. 18922, in *www.ilcodicedei-concordati.it*.

⁵⁶ Probabilmente i veri giuristi farebbero riferimento anche all'istituto germanico della "Differenzhaftung", cioè alla "responsabilità per la differenza" valevole con peculiare riferimento a quella dei soci nel caso dei conferimenti attraverso prestazioni di servizi o d'opera, introdotta anche dal nostro legislatore con la riforma societaria del 2003 e segnatamente con il novellato art. 2464, c. 6, c.c., secondo cui "Il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti,

Trascorso un anno dall'avvenuto fallimento, e quindi sostanzialmente dall'inizio dell'esercizio provvisorio, ben potrà l'imprenditore fallito (*recte* i relativi soci e/o management)⁵⁷, ovvero società a cui egli partecipi o società sottoposte a comune controllo, formulare ex art. 124, comma 1, l. fall. una proposta di concordato fallimentare che gli consenta, ove abbia esito finale positivo, di riprendere al meglio le redini della propria impresa, senz'altro ristrutturata sul piano debitorio pregresso, ma verosimilmente anche sul quello industriale.

E' naturale che il concordato fallimentare, essendo comunque

per l'intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società. In tal caso, se l'atto costitutivo lo prevede, la polizza o la fideiussione possono essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società". In questa prospettiva, la previsione di una Differenzhaftung comporta l'obbligo del socio di integrare in danaro la minusvalenza dell'apporto (indipendentemente dalla causa che l'ha prodotta) rispetto al valore nominale della quota sottoscritta. E consente di affermare che, anche nella società a responsabilità limitata italiana, "dietro ogni obbligo di eseguire [un conferimento d'opera o di servizi] c'è un'obbligazione sussidiaria di copertura in danaro", che si estingue procurando alla società prestazioni "con corretta ed obiettiva valutazione". Si è ritenuto infatti che l'oggetto del conferimento non sia la prestazione di opera o di servizi, (vista la scarsa idoneità dell'opera e dei servizi ad essere valutati con criteri tendenzialmente oggettivi, per gli elevati rischi legati alla persona), ma oggetto del conferimento sia il suo valore garantito dalla polizza o dalla fideiussione bancaria. (cfr. PORTALE, *La riforma societaria: aspetti sostanziali - Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali*, in *Corriere Giur.*, 2003, 1663).

⁵⁷ Infatti l'art. 124 c. 1 l. fall. si limita a sancire la temporanea improponibilità della domanda solamente rispetto al fallito, società cui egli partecipi o società sottoposte a comune controllo. E rappresentando la disposizione *de qua* in fondo una limitazione all'attività d'impresa e quindi alla libera concorrenza, quantomeno rispetto ai predetti soggetti che non siano il fallito, non può che interpretarsi quale disposizione eccezionale e quindi di stretta interpretazione. Cfr. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, UTET, Torino, 2010, 366. Comunque la conclusione non è pacifica, come compiutamente argomenta BUCCARELLA, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, 26 (nt. 27).

una procedura liquidatoria (ed al contempo direttamente soddisfativa dei creditori),⁵⁸ risulti soggetta al regime della competitività,⁵⁹ che è d'altra parte regola madre di ogni procedura concorsuale se si pensi anche all'innesto dal 2015 delle offerte e delle proposte concorrenti in seno alla procedura concordataria preventiva.

Peraltro tale modalità di affrontare la crisi d'impresa può offrire, come anche testimoniato dall'esperienza *supra* descritta, indubbi vantaggi per tutte le parti interessate

Anzitutto per i creditori concorsuali anteriori perché, se è pur vero che rischiano l'erosione di attivo in conseguenza dell'aumento di crediti poziori prededucibili, è indubbio che la preventivata (a mezzo di apposito piano che, ove anche redatto dal debitore, risulterà comunque poi verificato dagli organi della procedura fallimentare) gestione caratteristica positiva dell'esercizio provvisorio e comunque di finale migliore alienazione dovrebbe sterilizzare un 'si'tale rischio, considerati anche i continui e diversificati controlli ai quali, nel suo itinere, l'esercizio provvisorio è sottoposto (art. 104, commi 3, 4, 5 e 6, l. fall.)

Ancora una volta il virtuoso caso qui raccontato è emblematico (anche) al riguardo: *“L'istituto di cui all'art. 104 l. fall. presenta una duplice finalità: non solo quella privatistica di Consentire il miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma anche quella pubblicistica della conservazione dell'impresa del fallito o da questi gestita, sempre che il ceto creditorio non ne ritragga pregiudizio.*

⁵⁸ Anzi la procedura liquidatoria per eccellenza poiché mira in unico contesto a chiudere il fallimento ed in via definitiva, a differenza che nei casi di cui all'art. 118 n. 3 e 4 l. fall. in cui l'apertura è sempre possibile nei 5 anni dall'avvenuta chiusura del fallimento al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 121 c. 1 l. fall. (salvo ovviamente risoluzione o annullamento del concordato ex artt. 137 e 138 l. fall.). Ed a tacere che, alla luce della *fiction* chiusura prevista dal novellato art. 118 di cui al d.l. 27 giugno 2015, n. 83 conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132, nella sostanza molti degli effetti fallimentari continuano comunque ad avere esplicazione considerato il proseguire delle liti attive in corso con i conseguenti riparti e problematiche connesse; cfr. sul tema BILÒ, *La chiusura del fallimento per ripartizione finale dell'attivo dopo il decreto legge 28.06.2015, n. 83, convertito in legge 06.08.2015, n. 132*, in www.osservatorio-oci.org.

⁵⁹ In tema è già chiaro l'art. 125, c. 2 l. fall., ma in fondo ancor di più il combinato disposto degli artt. 104 ter, c. 1, lett. “b” (riguardante appunto l'eventuale sussistenza di proposte di concordato fallimentare) e 107 c. 1 l. fall., allorché prescrive che ogni atto di liquidazione del programma ex art. 104 ter l. fall., e quindi non solo le vendite, debba scontare il regime competitivo.

Nel caso di specie, come si desume dal contenuto della istanza e dalla allegata documentazione, il proposto esercizio provvisorio realizza entrambi le finalità: conservazione dell'avviamento e dei posti di lavoro, mancato deprezzamento delle merci in magazzino ed evasione degli ordini già acquisiti per E. 1.277.353.

*Quanto sopra esclude la ragionevole possibilità di pregiudizio per i creditori”.*⁶⁰

Ma è lato salvataggio del valore impresa – e quindi anche per

⁶⁰ Cfr. Trib. Pistoia, 28 dicembre 2013, cit. In altri termini, purché non crei un pregiudizio ai creditori, l'esercizio provvisorio può sempre disporsi qualora miri a tutelare il valore dell'organizzazione di un'impresa (e quindi anche delle sue maestranze) meritevole di proseguire il suo corso, quanto meno ai fini di una sua migliore vendita fallimentare ovvero più redditizia liquidazione di semilavorati necessitanti quindi di esser completati. Cfr. in argomento Trib. Catania, 18 giugno 2016, in www.ilcaso.it, che parla di neutralità dell'esercizio provvisorio rispetto ai creditori e di convenienza al fine di mantenere il valore di avviamento. V. anche Trib. Alessandria, 09 febbraio 2016 (nt. 54) che precisa che il tribunale deve “accertare, se non il vantaggio, l'indifferenza per il ceto creditorio della prosecuzione dell'attività aziendale”, aggiungendo come “la valutazione in ordine alla sussistenza del pregiudizio deve essere effettuata tenendo conto dei risultati complessivi della procedura, associando al risultato provvisorio della gestione il plusvalore derivante dall'alienazione di un complesso funzionante, in luogo di una liquidazione atomistica dei beni che compongono l'azienda; ritenuto in altri termini che a tal fine il Tribunale dovrebbe poter disporre ed essere messo in grado di effettuare il confronto tra il prezzo reputato ricavabile dalla vendita dell'azienda a cui si affianchi l'esercizio provvisorio, al netto delle variazioni finanziarie generate dalla sua prosecuzione, il prezzo ricavabile dalla vendita dell'azienda cui non si affianchi l'esercizio provvisorio e infine il valore che si stima ricavabile dalla vendita atomistica dei singoli beni, potendosi disporre l'esercizio provvisorio non solo ove il primo dato sia certamente più favorevole rispetto alle altre due ipotesi liquidatorie, ma anche nel caso in cui il risultato sia sostanzialmente equivalente, posto che anche in tal caso verrebbe rispettato il requisito minimale dell'indifferenza per il ceto creditori”. Negli stessi termini, Trib. Udine, 10 dicembre 2011, in www.unijuris.it, secondo il quale “non è necessario che l'esercizio provvisorio si concluda con risultato positivo dal momento che l'eventuale perdita economica del periodo può essere neutralizzata dal maggior realizzo che, grazie alla conservazione del valore azienda ed in primis dell'avviamento, il curatore riesca a conseguire dalla vendita dell'azienda”. Invero si è anche giunti a sostenere (fortunatamente solo) in un obiter che nell'“autorizzare l'esercizio provvisorio il tribunale può tener conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato” (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, Foro it. 2014, 1, 113). La conclusione della Suprema Corte non convince; infatti, ove anche sulla connotazione del requisito del “danno grave” si voglia convenire (anche perché oggi, a differenza del passato, non è richiesto che il danno sia anche “irreparabile”), la lettera della legge ci pare inequivocabile allorché impone l'ulteriore, e non certo alternativo, requisito dell'assenza di pregiudizio rispetto alla massa dei creditori.

il debitore che l'affronti per tempo con l'istanza di auto fallimento - che lo strumento dell'esercizio provvisorio può far apprezzare al meglio i suoi vantaggi, ove poi coniugato ad una proposta di concordato fallimentare.

Anzitutto perché - come accennato - il curatore, eventualmente grazie alle indicazioni emergenti dal piano fatto redigere *ad hoc* dallo stesso debitore, potrà subito sciogliersi dai contratti più onerosi o comunque non più utili, senza esborsi risarcitori da dover affrontare (art. 72, comma 4, 1. fall., a differenza peraltro che in caso di concordato preventivo alla luce dell'art. 169 bis, comma 2, 1. fall.).

Come ai sensi dell'art. 104, comma 7, 1. fall., potrà proseguirli provvisoriamente⁶¹, ad es., sin quando il curatore non avrà trovato un fornitore da sostituire ad uno ritenuto essenziale ma esoso ovvero semplicemente per poi sciogliersi definitivamente a fine esercizio provvisorio ex artt. 104, comma 9, 1. fall.⁶² Scervo così dal rischio di subire l'interpello ex art. 72, comma 2, 1. fall. ovvero di soggiacere ai ristretti limiti temporali previsti *ex lege* rispetto a taluni contratti (artt. 79, 80 e 81 1. fall.).

Tra l'altro, senza neppure che l'impegno al pagamento (in prededuzione) non adempiuto regolarmente possa provocare la risoluzione contrattuale, sia perché l'esercizio provvisorio del curatore non comporta un'attività, *recte* rischio d'impresa da parte del medesimo, trattandosi pur sempre di una fase (eventuale) della procedura fallimentare svolta come organo di giustizia rispetto all'impresa del fallito, sia in quanto anche tali pagamenti sono da assolversi secondo i criteri procedurali, non negoziali ma concorsuali, previsti dall'art. 111 bis 1. fall.⁶³

⁶¹ A differenza di quanto previsto ordinariamente dall'art. 72, c. 1 e 2, 1. fall. (ed in precedenza dalla stessa disposizione - l'abrogato art. 90 - sull'esercizio provvisorio che infatti non disciplinava *ad hoc* il regime dei rapporti pendenti durante l'esercizio provvisorio).

⁶² V. anche in tema la cit. Cass., 19 marzo 2012, n. 4303 (nt. 23).

⁶³ Crf. in senso univoco sulle problematiche trattate le risalenti, ma mai smentite, Cass., 09 gennaio 1987, n. 71 e Cass., 06 febbraio 1986, n. 719 (nt. 37). Peraltro i novellati precetti di cui all'art. 72, c. 5 e 6, 1. fall., ci sembrano ispirati alla stessa logica, così come, ed anzi ancor più, l'art. 110, c. 3 e 5, d.lgs. 50/2016, con la netta (ndr: eccessiva?) valorizzazione dell'esercizio provvisorio nella prosecuzione ed addirittura stipula di contratti d'appalto e concessione pubblici, pur se con la garanzia del doppio controllo di GD ed ANAC. Peraltro, come già accennato, dubiteremmo che la risoluzione (o quantomeno l'eccezione di autotutela ex artt. 1460 e 1461 c.c.) possa fondatamente impedirsi anche qualora, decretato dal GD il diritto al pagamento ex art. 111 bis c. 3 1. fall., comunque il curatore non

E proprio il diritto alla prosecuzione (anche provvisoria) dei contratti ancora in corso apre una finestra davvero interessante, oltre che rispetto ai rapporti di fornitura delle *utility*, relativamente ai contratti di finanziamento.

Infatti, se fino alla novella del d.lgs. 5/2006 non era seriamente dubitabile che tutti i contratti di credito dovessero considerarsi tutti alla stessa stregua di crediti scaduti ai fini e per gli effetti del concorso ex art. 55 l. fall., a partire dall'introduzione degli artt. 72 ter, comma 2, e 72 quater, comma 1, l. fall. qualche certezza granitica potrebbe incrinarsi⁶⁴.

Difatti tali nuove disposizioni prevedono l'espressa possibilità, rispettivamente, che i contratti di finanziamento destinati ad un specifico affare e di *leasing* possano proseguire anche durante il fallimento⁶⁵.

Dunque, salvo che il curatore decida diversamente, dovrebbe proseguire, intanto provvisoriamente ex art. 104, comma 7, l. fall., un contratto di apertura di credito con affidamento non completamente utilizzato (ad es. in caso di finanziamento a "sal") o una linea di credito autoliquidante⁶⁶ relativi ad un'atti-

adempia ovvero si verifichi l'ipotesi di insufficienza di attivo prevista dall'art. 111 bis c. 4 l. fall.

⁶⁴ Come, dopo la previsione dell'art. 186 bis c. 3 l. fall. sulla non risolubilità automatica dei contratti, anche rispetto alla continuità concordataria; v. in tal senso. Trib. Marsala, 5 febbraio 2014, con nota di LEUZZI, *Note sui mutui pendenti nel concordato preventivo, tra scadenza anticipata e moratoria*, in *Il Diritto Fallimentare*, Cedam, vol. XC, n. 1/2015, 109, che ha ritenuto il contratto di mutuo perseguibile e quindi non soggetto alla disposizione dell'art. 55 l. fall. richiamata dall'art. 169 l. fall. e quindi anche provvisoriamente ex art. 104, c. 7 e 9, l. fall. in caso di esercizio provvisorio.

⁶⁵ E quindi anche provvisoriamente ex art. 104, c. 7 e 9, l. fall. in caso di esercizio provvisorio, come tra l'altro espressamente prevede per il rapporto di *leasing* l'art. 72 quater, c. 1, l. fall.

⁶⁶ Mentre in caso di concordato preventivo, ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti, anche per le linee di credito autoliquidanti in essere, è comunque necessaria ex art. 182 quinquies, c. 3, l. fall. la previa autorizzazione giudiziale, concedibile tra l'altro solo allorché si dimostri la funzionalità ed urgenza del finanziamento rispetto all'esercizio dell'attività aziendale che in difetto resterebbe irreparabilmente pregiudicata non essendo in grado il debitore di reperire *aliunde* tali finanziamenti. Non solo, in sede di accordi o convenzioni ex art. 182 septies l. fall., visto il relativo comma sette, in nessun caso vi è modo di mantenere gli affidamenti esistenti rispetto ai creditori non aderenti. Cfr. sub art. 182 quinquies l. fall. BOTTAI e sub art. 182 septies BOMBARDELLI, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale, commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, (nt. 11), rispettivamente 289 e 303.

vità d'impresa del fallito in cui il curatore, pur sempre un pubblico ufficiale e terzo, così decida, esponendosi peraltro al possibile rischio di personale responsabilità qualora, per colpa⁶⁷, la prededuzione maturanda non risulti soddisfatta, ovvero - sotto un diverso angolo visuale - i creditori *ante* risultino pagati in misura minore o addirittura totalmente insoddisfatti, per aver negligenzemente dato corso (ex art.104, comma 2, l.fall.)⁶⁸ ovvero proseguito l'esercizio provvisorio.

D'altra parte, come risulterebbe mai immaginabile un serio esercizio provvisorio ai sensi del nuovo art. 110, comma 3 e 5, d.lgs. 50/2016 rispetto alla prosecuzione di un contratto d'appalto pubblico se, ad es., l'eventuale concesso finanziamento a "sal" ancora da realizzare non potesse venire più utilizzato?

Peraltro per il contraente finanziante *in bonis* non sarà semplice sottrarsi alla prosecuzione del rapporto, neppur recedendovi su base pattizia, altrimenti il cogente disposto dell'art. 72, comma 6, l. fall., prescrivente l'inefficacia delle clausole di risoluzione automatica del contratto in caso di fallimento, rischierebbe di venire comunque aggirato.

Ma forse è nella possibilità di stipula da parte del curatore di un nuovo contratto di finanziamento durante l'esercizio provvisorio⁶⁹ che può essere valorizzata la forza della continuità

⁶⁷ Colpa che, come osservato (nt 40), deve comunque essere "grave" concernendosi una sfera d'azione, certamente d'ambito professionale e non imprenditoriale, relativa a problematiche la cui soluzione presenta "speciale difficoltà" ex art.2236 c.c. (Cass., 06 febbraio 1986, n. 719; parla invece genericamente di "colpa" e Cass., 09 gennaio 1987, n. 71; - nt. 37) In dottrina, cfr. PASQUARIELLO, *Esercizio provvisorio dell'impresa*, in www.ilfallimentarista.it, che anche in tali casi di specifico danno verso singoli creditori ipotizza la sola legittimazione passiva della procedura, a propria volta poi legittimata ad agire ex art. 38, c. 2, l. fall., nei confronti del curatore revocato; pur in consapevole dissenso con la giurisprudenza prevalente (puntualmente richiamata), con meditate e convincenti argomentazioni, ipotizza una concorrente legittimazione solidale, soprattutto in caso di già avvenuta chiusura del fallimento, TRENTINI, *La responsabilità civile del curatore fallimentare* (nt. 41).

⁶⁸ Sulla circostanza che l'autorizzazione giudiziale non sia di per sé esimente cfr. TRENTINI, *La responsabilità civile del curatore fallimentare* (nt. 41).

⁶⁹ In un tal contesto potrebbe porsi il problema di stabilire se il curatore, una volta disposto l'esercizio provvisorio, possa compiere liberamente anche gli atti di natura straordinaria, per ciò potendosi intendere convenzionalmente (argomentando dall'art. 35, c. 2, l. fall.) quelli prevedenti impegni di spesa superiore ad euro 50 mila.

Dovrebbe concludersi affermativamente. Infatti l'art. 104 l. fall. nulla prevede in proposito, tra l'altro stabilendo che il Giudice possa unicamente decidere se disporre e proseguire l'esercizio provvisorio, determinando specificatamente la

dell'attività d'impresa in sede fallimentare.

Ovviamente l'istituto finanziatore dovrà essere stimolato alla concessione di nuova finanza, oltre che dal conseguimento della prededuzione ex lege e prima ancora dalla valutazione del merito creditizio dell'operazione (favorito, appunto, anche da un serio piano del debitore predisposto a supporto dell'esercizio provvisorio, se del caso nell'auspicio di un concordato fallimentare proprio o di una società di gruppo), da un remunerativo tasso di interesse, finanziandosi pur sempre un'operazione con un certo grado di rischio. Purtroppo, però, l'attuale normativa "anti usura"⁷⁰ non prevede, incredibilmente, alcunché in proposito. In fondo basterebbe la previsione di una soglia più alta di tassi di interessi rispetto al particolare finanziamento delle imprese in crisi, se del caso distinguendo anche tra piani di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d l. fall. e accordi di ristrutturazione ex artt. 182 bis e septies l. fall., da una parte, e concordati ed esercizi provvisori fallimentari, dall'altra.

Peraltro tale mancato adeguamento denota un difetto di coordinamento anche rispetto alla citata normativa sugli appalti pubblici, perché appare poco coerente implementare ivi, giustamente, l'istituto dell'esercizio provvisorio (art. 110, comma 3, e

sola durata, prevedendo inoltre quanto al Comitato dei Creditori che possa solo chiederne la cessazione. D'altra parte anche la provvisoria prosecuzione di un contratto in essere potrebbe provocare impegni di spesa superiori alla predetta cifra. Peraltro una 'sì tale facoltà determinativa del curatore dovrebbe essere quasi connaturale allo svolgimento, dinamico, di un'attività oggettivamente pur sempre connotati di imprenditorialità.

D'altra parte, se agirà con la dovuta diligenza, *recte*: prudenza (anche pro domo proprio), sarà quasi scontato che, eventualmente invocando il precetto dell'art. 104, c. 5, parte seconda, l. fall. (se non direttamente l'art. 35 l. fall.), ricorra al confronto con il Comitato dei Creditori se non anche con il GD.

Naturalmente tutto ciò a maggior ragione ove si acceda alla tesi, derivata dalla giurisprudenza in punto di art. 167, c. 2, l. fall., che gli atti di straordinaria amministrazione sono quelli potenzialmente suscettibili di essere dannosi per la massa dei creditori (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291, in Giust. Civ. Mass. 2005, 7/8).

Ancor di più ove si concluda, come autorevole dottrina (BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 1121), che ogni qual volta la straordinaria amministrazione debba essere rapportata con un'attività in qualche modo d'impresa, la stessa consiste in quegli atti che modificano la struttura economico organizzativa dell'impresa stessa (Cass., 05 dicembre 2011, n. 25952, in Giust. Civ. Mass., 2011, 12, 1727).

Va evidenziato che nel caso pistoiese in esame il GD, in sede i provvedimento autorizzativo ex art. 104, c. 2, l. fall., ha disposto che il curatore richieda l'autorizzazione al GD per compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

⁷⁰L. 108 del 7 marzo 1996 e successive modifiche.

5 d.lgs. 50/2016) e poi, nonostante il previsto controllo del GD e dell'ANAC, non favorire, concretamente l'accesso a nuovo credito bancario.

Ecco che, in un tale contesto di impresa sempre “viva”, ben si può innestare una proposta di concordato fallimentare.⁷¹

D'altra parte, se è pur vero che lato impresa anche una compravendita ex art. 105 l. fall. potrebbe, *recte* può, condurre al relativo definitivo salvataggio, non vi è dubbio che, prendendo in esame anche il punto di vista della procedura fallimentare, grazie al concordato vi sarebbe, come già accennato, anche l'incontestabile vantaggio di definitivamente chiudere il fallimento (tra l'altro evitando tutte le ipotesi di riapertura della stessa ex art. 121 l. fall., salvi gli eventuali casi di risoluzione o annullamento del concordato).

Inoltre il concordato fallimentare, a differenza della semplice compravendita aziendale, potrebbe consentire al meglio:

i) di modulare ex art. 124, comma 2, lett c, l. fall. nel modo più variegato, anche temporale, la soddisfazione dei creditori e quindi in ultima analisi di saldare il prezzo (anche della cessione aziendale ricompresa nel perimetro della proposta concordataria)⁷², che invece nel caso dell'art. 105 l. fall. può avvenire solo in denaro e con il limitato accollo di cui all'art. 105, comma 9, l. fall., oltre che ragionevolmente non superare una dilazione di dodici mesi alla luce del novellato disposto dell'art. 107, comma 1, l. fall.⁷³

ii) di coltivare ex art. 124, comma 4, l. fall. azioni non ancora intraprese contro terzi (anche) rispetto all'azienda ceduta e che

⁷¹ Atteso che l'apertura ai terzi della legittimazione ad avanzare la proposta di concordato mira anche “*ad agevolare la soluzione della crisi dell'impresa attraverso strumenti che, nel favorire la riallocazione dei fattori produttivi, consentano al tempo stesso di salvaguardare l'unità dell'azienda, trasferendola nelle mani di chi sia in grado di gestirla utilmente*”, oltre a rispondere “*all'esigenza di facilitare la chiusura del fallimento, nell'interesse dei creditori, in quanto rende possibile la presentazione anche di più proposte concordatarie, in concorrenza tra loro*” (Cass., 29 luglio 2011, n. 16738 – nt. 27).

⁷² Sull'ammissibilità anche attraverso il c.f. dell'acquisizione aziendale, e non solo dell'atomistico complesso dei beni, cfr. Tribunale Milano, 16 marzo 2016, www.ilfallimentarista.it.

⁷³ Infatti non può che indurre a questa conclusione lo specifico richiamo effettuato dall'art. 107, c.1, l.fall. (anche) all'art. 569, c.3, terzo periodo, c.p.c., cioè proprio al periodo riguardante la massima dilazione di mesi dodici.

la semplice cessione non sempre pare consentire con certezza.⁷⁴

iii) di favorire, possedendo il proponente i requisiti soggettivi, la prosecuzione imprenditoriale degli esercizi provvisori inerenti le imprese di farmacie (art. 113 r.d.l. 27 luglio 1934, n. 1265) nonché gli appalti e le concessioni pubbliche (art. 110 d. lgs. 50/2016).⁷⁵

iv) ma soprattutto di maggiormente fidare che gli eventuali finanziamenti o linee autoliquidanti concessi in sede di esercizio provvisorio non vengano revocati a danno del proponente il concordato ex art. 2258, comma 2, c.c. (disposizione senz'altro analogicamente applicabile anche all'ipotesi di trasferimento aziendale a mezzo concordato fallimentare). Difatti l'ente finanziatore, oltre ad aver diritto ad incassare senz'altro in prededuzione quanto maturato (ad es. per rate, interessi, spese e commissioni) *ante* definitività del decreto di omologa del concordato, manterrà comunque tale "super privilegio"⁷⁶ anche rispetto al proprio residuo credito che verrà utilizzato successivamente, in quanto il relativo contratto è sorto comunque durante l'esercizio provvisorio.

A maggior ragione se si consideri che anche la procedura di concordato fallimentare dovrebbe generare prededuzioni a favore dei creditori del proponente vista la chiara lettera dell'art. 111, comma 2, parte seconda, l. fall., salvo volerla considerare -

⁷⁴ Difatti, mentre risulta pacifica la possibilità di agire in forza della successione contrattuale ex art. 2558 c.c., invece, allorché si discuta dei c.d. "crediti puri", cioè non aventi a fronte alcun debito corrispettivo di cui all'art. 2559 c.c., il problema può porsi quantomeno rispetto alle situazioni rappresentative non (ancora) di crediti, bensì di mere pretese (cfr. in tema, pur se con riferimento al fenomeno della cessazione dell'ente sociale, Cass., S.U., 12 marzo 2013 n. 6070, in Foro it. 2014, 1, I, 228).

Ed a tacere che, ove si tratti di credito risarcitorio contro gli organi sociali per lesione provocata al patrimonio dell'azienda ceduta, o esiste la previa delibera sociale (Cass. 06 giugno 2003 n. 9090, in Giust. civ. 2004, I, 2341), e nel qual caso transita automaticamente con il contratto di cessione (Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in Giust. civ. Mass. 2007, 10), salvo patto contrario (Cass., 13 giugno 2006, n. 13676, in Giust. civ. Mass. 2006, 6), oppure solo il c.f. ne consentirà l'acquisizione ex art. 124, c. 4, come, naturalmente, per tutte le altre azioni di pertinenza della massa ove anche non inerenti lo stretto perimetro dell'azienda ceduta con il c.f..

⁷⁵ Cfr PEZZANO - RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, (nt. 11); v. anche Cass. 28 luglio 2016, n. 15698, in www.cortedicassazione.it; Cass. 26 maggio 2009, n. 12140 in www.ilcodicedeconcordati.it.

⁷⁶ Cfr. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in www.ilcaso.it.

ma non vediamo proprio come - qualcosa di diverso da una “*procedura concorsuale*”.

Ed il che, in un diritto dell’insolvenza che ha visto oramai già sorgere ipotesi di prededuzioni sostanziali,⁷⁷ cioè esulanti anche da procedure non concorsuali (ci riferiamo ovviamente a quelle degli ADR ex art. 182 bis l. fall., anche nella sua variante “*septies*”, di cui agli ex artt. 182 quater e 182 quinquies l. fall.), potrebbe aprire davvero nuovi ed interessanti scenari implementativi di una prassi comunque virtuosa quale quella qui narrata.

⁷⁷ D’AMORA, *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org; PEZZANO, Sub art. 111, in *Commentario FERRO*, 2014, 1540.

Strumenti del diritto

Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestore

"Principi di attestazione" e riforma del 2015

opera diretta da
Stefano Ambrosini e
Alberto Tron

ZANICHELLI EDITORE



CAPITOLO 4

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'ATTESTATORE¹

LUIGI AMERIGO BOTTAI e ANTONIO PEZZANO

SOMMARIO: **1.** La natura della responsabilità civile dell'attestatore verso il debitore – **2.** Responsabilità e danni nei confronti del debitore – **3.** La natura della responsabilità civile dell'attestatore verso i creditori e gli altri terzi – **4.** I profili probatori e di danno nei confronti del creditore e degli altri terzi

1. La natura della responsabilità civile dell'attestatore verso il debitore

L'attestatore di cui all'art. 67, 3° co., lett. d), l. fall. è esposto a responsabilità sia di tipo civile che penale².

¹ Il presente lavoro è frutto della stretta collaborazione tra i due autori, quantunque i par. 1 e 2 siano da attribuirsi essenzialmente ad Antonio Pezzano, mentre i 3 e 4 a Luigi Amerigo Bottai.

² Si ricorda che i profili della responsabilità penale del professionista nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, 3° co., lett. d), 161, 3° co., 182 bis, 182 quinquies e 186 bis l. fall. sono stati regolati dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto anche gli artt. 236 e 236 bis l. fall. Nella fase di prima stampa del presente volume, il legislatore è nuovamente intervenuto sul diritto concorsuale, emendando anche la rubrica dell'236 bis l. fall. con l'aggiunta del riferimento al nuovo istituto dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria *ex* art. 182 septies l. fall., introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 (ndr: d'ora in poi nel presente scritto anche d.l. 83/2015 o l. 132/2015). Tra l'altro la nuova normativa evidenzia, se non uno spirito «controriformistico» rispetto alle soluzioni negoziali delle crisi d'impresa (fortemente invece perorate dalle iniziali riforme degli anni 2005, 2006 e 2007), quantomeno una certa natura «inquisitoria», che indubbiamente tradisce una mancanza di fiducia verso l'imprenditore in crisi. Ci riferiamo alle disposizioni di cui agli artt. 161, 5° co. (trasmissione al P.M. di tutti gli atti concordatari più salienti, comprese attestazione del professionista e relazione del commissario), 165, 5° co. (comunicazione al P.M. di tutti i fatti potenzialmente rilevanti sul piano penale, quantunque sembri solo allorché vi siano già indagini preliminari in corso), 172, 1° co. (possibili utilità in caso di fallimento con specifico riguardo alle azioni recuperatorie, risarcitorie e revocatorie), 182 septies (trasmissione al P.M. della relazione dell'eventuale

Ma per ben apprezzare la natura di tale responsabilità dobbiamo subito rilevare come si tratti di un professionista *sui generis*, in quanto il ruolo che il medesimo è chiamato a svolgere non pare assimilabile a nessun'altra figura, pur simile, prevista dal nostro ordinamento³.

ausiliario) e 185 (nomina di un amministratore giudiziario) l. fall. Neppure la nuova disciplina ha, invece, previsto nulla rispetto al professionista *ex art.* 160, 2° co., l. fall., rispetto il quale comunque dovrebbe restare ferma la sanzione penale generale di cui all'art. 483 c.p. In ogni caso sul punto si rinvia alle più diffuse considerazioni di cui allo specifico Capitolo 5. Tra i primi commenti editi sulla recente novella, si vedano AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, 2015; AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella «miniriforma» del 2015*, in *www.ilcaso.it*; BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma (d.l. 83/2015)*, in *www.fallimentiesocieta.it*; FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*; GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, *ibidem*; LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità e soluzioni finanziarie» n. 83/2015: un primo commento*, in *www.ilfallimentarista.it*; MARINONI, NISIVOCIA, SANTORIELLO, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015; RANALLI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari. Alcune considerazioni critiche*, in *www.ilfallimentarista.it*; VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*. Con specifico riferimento alla materia dell'attestazione, v. D'ORAZIO, FILOCAMO, PALETTA, *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, Assago, 2015. Per una delle prime decisioni edite, dall'ampio respiro, sulla riforma, cfr. Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*.

³ Quali i sindaci *ex art.* 2397 e ss. c.c., i revisori legali dei conti *ex art.* 2409 bis e ss. c.c., ovvero gli esperti *ex art.* 2501 sexies c.c. (quantomeno nelle ipotesi di srl vista in tal caso la nomina sempre a diretta cura dell'imprenditore). Circa l'accostamento con le società di revisione, cfr. Trib. Milano, decr., 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 92 e in *Dir. fall.*, 2011, II, 479. Sicuramente assimilabile è la figura professionista *ex art.* 160, 2° co., l. fall., non fosse altro che per gli stessi requisiti soggettivi art. 67, 3° co., lett. d) l. fall., nonché per il fatto che le valutazioni – estimative quanto comparative – richieste a tale professionista sono anch'esse sancite per legge, pur se trattasi di valutazioni meramente eventuali e cioè da rendersi solo ove trattasi di un concordato preventivo in cui il debitore abbia scelto di far valutare a tale professionista se sussistono, e se sì in che misura, i presupposti di (in)capienza patrimoniale per non pagare integralmente i creditori prelatizi, pur se sempre nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione (v. in argomento Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, in *Fall.*, 2013, 1452, con commento di FERRO, *Controllo giudiziale sulla fattibilità e limite d'incapienza del privilegio*). Tanto che, essendo anche tale relazione da esaminarsi *ex art.* 162, 2° co., l. fall. ai fini dell'ammissibilità della proposta, la natura dei relativi vizi, così come la rilevabi-

Infatti solo il professionista *ex art. 67, 3° co., lett. d) l. fall.*, pur nominato da una parte, svolge una funzione terza ed indipendente che tanto si riverbera in un procedimento giurisdizionale – quantomeno con riguardo al concordato preventivo e per certi versi anche rispetto agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l. fall.* – da farlo ritenere soggetto che «svolga funzioni assimilabili a quelle di un **ausiliario del giudice**»⁴.

D'altra parte, anche prima della riforma del 2012⁵, si era già giunti ad affermare che la figura dell'attestatore risultava ca-

lità (d'ufficio), va valutata come in caso di attestazione *ex art. 161, 3° co., l. fall.* (Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, in *www.ilcodicedeconcordati.it*).

Per un approfondimento sul tema, soprattutto con riguardo alla comparazione con le agenzie di *rating*, cfr. BERTOLINI CLERICI, BOTTAL, PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, Milano, 2014, 23 e ss.

Non ci pare invece assimilabile la figura dell'organismo di composizione della crisi, di cui all'art. 15, l. 27 gennaio 2012, n. 3, così come modificato dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221, sui procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio, in quanto trattasi di figura nominata giudizialmente o comunque ad opera di organismi pubblici, pur se con il compito, tanto di coadiuvare il debitore nella predisposizione del piano (art. 7, 1° co., e art. 15, 5° co.), quanto di verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei relativi documenti, così come di attestare la fattibilità del piano (art. 9, 2° e 3° bis co., art. 12, 1° co., art. 14 ter, 3° co., e art. 15, 6° co.), con sanzioni anche penali (art. 16, 2° e 3° co.) in qualche modo similari a quelle previste per l'attestatore *ex art. 67, 3° co., lett. d) l. fall.* dall'art. 236 bis l. fall. D'altra parte i compiti dell'organismo di composizione della crisi sono ancora più variegati ed incisivi per l'intendimento del legislatore di conseguire «il duplice risultato di garantire omogeneità di contenuti negli accordi, con una standardizzazione delle procedure, con maggiore celerità delle stesse e di conseguire un primo vaglio valutativo da parte degli stessi sul contenuto dell'accordo e del piano, onde rassicurare i creditori e convincerli in qualche misura ad aderire all'accordo in quanto già scrutinato in modo approfondito da organismi pubblici», tanto da potersi qualificare come pubblico ufficiale considerati anche i requisiti soggettivi per la nomina di cui all'art. 28 l. fall. ed atteso che «l'organismo svolge anche funzioni simili a quelle del commissario giudiziale, del liquidatore, del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario» (così D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi d'impresa*, 2013, Milano, 899 e 902).

⁴ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, pubblicata su tutte le principali riviste giuridiche di settore, tra cui in *Fall.*, 2013, 149 e ss., con commento di FABIANI, *La questione «fattibilità» del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*; nonché in *Giur. comm.*, 2013, II, 343 e ss., con nota di CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo*.

⁵ Ovviamente ci riferiamo all'intervento di cui al d.l. 22 giugno 2012, n. 83, citato, secondo cui deve trattarsi di un «professionista indipendente designato dal

ratterizzata da una duplice natura, non riscontrabile in altre professionalità: «Il richiesto duplice requisito di professionalità (revisore dei conti ed avvocato o dottore commercialista/esperto contabile) e l'implicito requisito di indipendenza [...] nonché la nomina proveniente dallo stesso imprenditore-debitore, nel cui precipuo interesse viene redatta l'attestazione o la relazione accompagnatoria del piano, sembrano costituire i tratti comuni di questa 'figura di garanzia'»⁶.

E questa unicità e delicatezza delle proprie funzioni, attestative e certificative, deriva evidentemente dall'importante ruolo che il professionista riveste in quel particolare, quanto rilevantissimo, mondo degli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa⁷, che tanti variegati e spesso confliggenti interessi coinvolge⁸.

Tanto che la riforma del 2012, oltre a prevedere sanzioni penali, e ad allargare la sfera d'azione dell'attestatore (come ora

debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b), deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore».

⁶ Così, testualmente, FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 889.

⁷ Piani attestati ex art. 67, 3° co., lett. d), l. fall., accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall., e concordati preventivi liquidatori ed in continuità ex artt. 160 e 186 bis l. fall.

⁸ Come non pensare alle ormai riecheggianti frasi della monumentale Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274 (in *Giur. comm.*, 2012, II, 298 e ss., con commento di FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*) in tema (anche) di valutazione (negativa) della sussistenza del conflitto di interessi tra creditori, nella comunione occasionale in caso di procedure per la risoluzione della crisi d'impresa: «ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) *homo homini lupus* nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso».

ulteriormente fatto dalla recente novella del 2015)⁹, è giunta a

⁹ Aggiungendo il d.l. 83/2012 alle attestazioni di cui agli artt. 67, 3° co., lett. d), 161, 3° co., e 182 bis l. fall., le nuove disposizioni di cui agli artt. 182 quinquies e 186 bis l. fall., che, oltre a prevedere l'ancora più stringente concetto generale (?) di funzionalità del piano al «migliore soddisfacimento dei creditori» [v. sullo specifico tema PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 2013, 1099; PEZZANO, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Assago-Padova, 2014, 1541], hanno inserito i requisiti c.d. 'speciali', rispettivamente, di utilità del finanziamento rispetto all'attività d'impresa sino all'omologazione (del concordato ovvero degli A.d.R.), di essenzialità dei beni o servizi per la prosecuzione dell'attività d'impresa (in concordato ovvero in A.d.R.), nonché, infine, di ragionevole capacità di adempimento dei contratti pubblici (da proseguire o iniziare in sede concordataria).

Ed il d.l. 83/2015 non è stato da meno atteso che, dopo aver rivoluzionato il sistema concordatario con il novellato art. 160, 4° co., l. fall., prevedente ora l'obbligo della percentuale minima assicurata del 20% per i concordati non in continuità (con ogni conseguente maggiore difficoltà nell'attestazione quantunque non si tratti di percentuale da garantirsi, ma di impegno al pagamento della stessa, rilevante quindi sul piano risolutorio, salvo che appaia manifesta *ab initio* la sua irrealizzabilità; cfr. BOTTAI, in AA.Vv., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 97 ss.; in giurisprudenza cfr., Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, cit., secondo cui «assicurare», non è sinonimo di «promettere» bensì equivale a «proporre fondatamente il pagamento»), con l'emendato art. 161, 2° co., lett. e) l. fall., ha affidato al professionista il nuovo compito di pronunciarsi sull'«utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore» (o più probabilmente categoria di creditori, come acutamente osservato da AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato*, cit., 20). Inoltre, con il riformato art. 163, 5° co., l. fall., il legislatore ha onerato l'attestatore della sostanziale funzione di «arbitro» sull'ammissibilità delle proposte concorrenti che, infatti, «non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, 3° comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale» di almeno il 30%, v. RATTI, in AA.Vv., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 133 ss. In giurisprudenza cfr., Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, cit. Inoltre, considerato il 4° comma sempre della novellata norma, potremo assistere anche a possibili «duelli» tra attestatori qualora il (o «i» in caso di più proposte concorrenti) professionista del proponente concorrente giunga a conclusioni differenti su alcuni aspetti della fattibilità (o anche degli stessi dati aziendali, essendo solo una facoltà quella prevista sul punto nella norma *de qua*) rispetto a quelle assunte dall'attestatore designato dal debitore. Infine, con la previsione dei nuovi istituti integrativi degli A.d.R. ex art. 182 bis l. fall., e cioè l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria di cui al nuovo art. 182 septies l. fall., il professionista, non solo dovrà attestare l'attuabilità dell'accordo tra gli aderenti ed i non aderenti finanziari rispondenti ai requisiti richiesti dalla nuova norma, così come la relativa idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei diversi da banche ed intermediari finanziari, ma ai sensi del 5° comma del

richiedere dei **requisiti di indipendenza** straordinariamente stringenti¹⁰, quasi ai limiti della indefinibilità, se si pensi a quel richiamo effettuato all'assenza anche di «rapporti di natura personale», che è un concetto probabilmente più restrittivo della stessa previsione di cui all'art. 51, 1° co., n. 2, c.p.c., in tema di – verrebbe quasi voglia di dire, «mera» – commensalità abituale, sancita rispetto allo stesso giudice ed ai suoi diretti ausiliari.

Per tutto quanto sopra, appare evidente che la relazione del professionista non possa essere equiparata ad una consulenza di parte: la legge stabilisce, infatti, che il medesimo deve «attestare», vale a dire certificare al tribunale, chiamato a pronunciarsi sulla **ammissibilità** della proposta concordataria (ovvero sull'omologazione dell'A.d.R.), che i dati aziendali siano veridici e che il piano risulti fattibile, anche nel senso più stringente, ora dopo l'ultima riforma del 2015, che sia idoneo ad «assicurare»¹¹ il pagamento di almeno il 20% dei creditori

predetto articolo dovrà anche effettuare l'attestazione speciale sull'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici rispetto agli enti creditizi non aderenti all'eventuale propedeutica convenzione di moratoria, v. BOMBARDELLI, in AA.Vv., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 303 ss.

¹⁰ A parte quelli già derivanti di per sé dall'iscrizione all'albo professionale, che comportano la sottoposizione dell'attestatore anche alla vigilanza degli organi preposti, oltre che al rispetto delle regole deontologiche della categoria, uniformandone la condotta nell'ottica del decoro e della dignità professionale, così BRESCIA, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 365 e ss. Come d'altra parte tenuti a fare i professionisti presentatori, quantunque «l'attività professionale di consulenza funzionale alla predisposizione e la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182 bis l. fall. non deve essere svolta obbligatoriamente da un iscritto ad un apposito albo, mentre tale requisito è richiesto per il professionista designato dal debitore per attestare la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali, figura, quest'ultima, distinta dalla prima in ragione anche del requisito della terzietà e del fatto che il suo incarico è necessariamente successivo» (Cass., sez. I, 19 marzo 2015, n. 5524, in *www.ilcodicedeiconordati.it*).

¹¹ Invero già il legislatore dell'iniziale riforma concorsuale (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 14 maggio 2005, n. 80) aveva introdotto il concetto di «assicurare» con riguardo all'attestazione sull'idoneità dell'accordo con particolare riferimento al pagamento integrale dei creditori di cui all'art. 182 bis, 1° co., l. fall., tanto che la giurisprudenza più avveduta ha avuto già modo di evidenziare per ciò il fondamentale quanto delicato ruolo negli A.d.R. del professionista *ex art.* 67, 3° co., lett. d), l. fall., fondandosi il giudizio d'omolo-

chirografari nei concordati non in continuità (art. 160, 4° co., l. fall.) ovvero quantomeno il 40% – oppure il 30% in caso di concordati in continuità – qualora il debitore miri a non rendere ammissibili proposte concorrenti (art. 163, 5° co., l. fall.). Così come ora sarà suo compito attestare la sussistenza dell'«utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore» [art. 161, 2° co., lett. e) l. fall.]. Ed in questa logica rientra senz'altro nei poteri del tribunale «verificare che [...] la relazione del professionista, attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano»¹².

gazione del tribunale essenzialmente sulla sua sola attestazione, e «per tanto alla effettiva corrispondenza dei dati riferiti alla realtà sostanziale, e quindi rinviando direttamente alla responsabilità dell'attestatore che ne ha attestato l'esistenza e la sussistenza» (Trib. Ancona, 20 marzo 2014; sullo stesso solco si muove Trib. Roma, 5 novembre 2009, entrambe in *www.ilcaso.it*). Peraltro, solo ora a riforma 2015 intervenuta, si è ritenuto che l'attestatore rivesta un nuovo ruolo per via del termine «assicurare» tanto da reputare la sua relazione «un'attestazione aggravata» (COSÌ ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno*, in *www.ilcaso.it*, 8).

¹² Così Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105, insegnamento che poi si è evoluto con il noto arresto di cui alla citata Id., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., in cui è stato precisato che tale tipo di valutazione non è comunque «di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista. [...] viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario». Tanto che «ai fini della dichiarazione di ammissibilità della proposta al tribunale è conferito il compito di esaminare criticamente la relazione del professionista che accompagna il piano indicato dall'imprenditore». Tale indirizzo è stato recentemente confermato (Cass., sez. IV, 4 settembre 2015, n. 17569, in *www.ilcodicedeconcordati.it*) anche rispetto alla relazione giurata ex art. 160, 2° co., l. fall., chiarendosi che «l'indicazione di dati incompleti o parziali (n.d.r. di detta relazione) che potrebbero indurre a ritenere l'inesistenza di alternative o di migliori possibilità di realizzo, sono sostanzialmente contrari, alla *ratio legis*, e danno luogo, pertanto, ad una violazione dei presupposti giuridici della procedura che risulta quindi sindacabile dal giudice» (Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, cit.).

Sulla base di queste considerazioni, da parte di taluni, era stata anche ipotizzata la possibilità di attribuire all'asseveratore la qualifica di 'pubblico ufficiale'¹³.

In realtà, è possibile obiettare che, pur avendo l'attestatore il ruolo di terzietà attribuitoli per legge, l'evidenziato rapporto di fiducia tra l'attestatore ed il debitore – che lo ha nominato preferendolo ad altri – di per sé rende ardua l'assimilazione al pubblico ufficiale¹⁴.

Finalmente le Sezioni Unite della Cassazione civile hanno confermato che a tale esperto debba essere attribuita la funzione di fornire a Tribunale e creditori dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri obiettivi.

Pertanto – conclude la Corte nell'esercizio della propria funzione nomofilattica – deve ritenersi che l'attestatore, «pur non essendo un consulente del giudice – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo – ha le caratteristiche di indipendenza e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo [...]».

Deve dunque ritenersi, come già accennato, che l'asseveratore «svolga funzioni assimilabili a quelle di un **ausiliario del giudice**»¹⁵.

In un tale contesto, la responsabilità civile dell'attestatore non può che porsi su più livelli, ed ha diversa natura a seconda dei soggetti nei confronti dei quali operi: debitore/imprenditore (ovvero curatore in caso di successivo fallimento), relativi soci, creditori o qualsiasi altro soggetto interessato¹⁶.

Per quanto concerne la natura di detta responsabilità, l'orientamento prevalente la qualifica come di tipo extracontrat-

¹³ STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in *www.ilfallimentarista.it*.

¹⁴ Cfr. Cass. Pen., 13 febbraio 2008, n. 31656, in *Cass. pen.* 2009, 12, 4736.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

¹⁶ MONTELEONE, *La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d'impresa*, in *www.osservatorio-oci.org*, 14 maggio 2013; VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Milano, 2013, 14 e ss.

tuale nei confronti dei creditori e degli altri terzi (ad esempio i titolari di garanzie reali sui beni del debitore, i nuovi finanziatori, gli eventuali garanti, ecc.)¹⁷.

Anche se non manca chi ritiene che a detta responsabilità debba essere riconosciuta comunque natura contrattuale o, meglio, da 'contatto sociale', quale particolare forma di responsabilità civile elaborata dalla giurisprudenza, sussistente, a prescindere dall'esistenza di un vero e proprio contratto, ogni qual volta tra il danneggiato e il danneggiante esista una particolare relazione sociale, considerata dall'ordinamento giuridico idonea a determinare doveri comportamentali specifici, non riconducibili al più generico dovere del *neminem laedere*¹⁸.

Circa, invece, la natura della responsabilità professionale **nei confronti del debitore**, questa può essere senz'altro qualificata come di tipo **contrattuale**, in quanto sorge in virtù del contratto di opera professionale tra il debitore stesso e l'attestatore, che si viene a concludere nel momento in cui il primo conferisce al secondo l'incarico professionale¹⁹.

Con tutto ciò che ne consegue circa la più favorevole ripartizione degli oneri probatori gravanti sul debitore (rispetto a

¹⁷ Cfr. ROLFI e STAUNOVO-POLACCO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Autonomia negoziale e concorsualità*, Milano, 2013, 66 e dottrina ivi richiamata. In giurisprudenza v. Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*.

¹⁸ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7^a ed., Milano, 2008, 105 e ss.; BERTOLINI CLERICI, BOTTAI, PAGLIUGHI, *op. cit.*, 25 e ss.; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 177 e ss.; DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, sub art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988.

In giurisprudenza, *ex multis*, in generale sul concetto di contatto sociale, cfr. Cass., 18 maggio 2012, n. 7936; Id., 11 luglio 2012, n. 11642, entrambe in *www.dejure.giuffre.it*.

¹⁹ Si sono interrogati sulla responsabilità contrattuale dell'attestatore nei confronti del debitore: GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1211; FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in ID. (a cura di), *La legge fallimentare*, 2014, cit., 907; FORTUNATO, *op. cit.*, 893; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 1334-1335; DE MATTEIS e GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 451 e ss., 1325 e ss.; DISEGNI (a cura di), *L'impresa in crisi: soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, cit.

quella dettata dalla responsabilità extracontrattuale), con particolare riferimento alla presunzione di colpa *ex art. 1218 c.c.*, che pone a carico dell'inadempiente l'onere di provare che l'inadempimento, oppure il ritardo nell'adempimento, sia dipeso da causa a lui non imputabile.

Dalla fonte negoziale e soprattutto legale di detta obbligazione professionale discende anche che la responsabilità dell'attestatore sarà da commisurarsi, secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico, non già a quella ordinaria del buon padre di famiglia²⁰, bensì a quella qualificata del professionista²¹, e cioè la diligenza normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione.

Nell'adempimento dell'obbligazione professionale va infatti osservato che la diligenza qualificata ai sensi dell'**art. 1176, 2° co., c.c.**, è quel «modello di condotta che si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi»²².

Per poter configurare la responsabilità civile dell'attestatore nei confronti del debitore-imprenditore che gli ha conferito l'incarico è pertanto necessario, quanto sufficiente, che la condotta del professionista sia stata negligente.

²⁰ Cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583, in *Ragiusan*, 2005, fasc. 255, 495.

²¹ Sul punto, *ex multis*, v. Cass., 31 maggio 2006, n. 12995, in *Immobili & dir.*, 2007, fasc. 6, 14.

²² Così Cass., 25 settembre 2012, n. 16254, in *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 293. Per la distinzione tra «normale concetto di diligenza» e «*diligentia quam in concreto*» v. Id., 22 ottobre 2003, n. 15789, in *Foro it.*, 2004, I, 2182. E sul rapporto tra diligenza e colpa «l'orientamento nettamente prevalente è nel senso che la norma di cui all'art. 1176 c.c., sebbene riferito all'adempimento, sia anche una regola che completa il regime della responsabilità per inadempimento, fungendo da criterio d'imputazione in quanto integra il contenuto dell'art. 1218 c.c.» (così BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fall.*, 2014, 1097).

Ma quale è il grado di **diligenza** richiesto per il corretto espletamento del delicato compito dell'attestatore?

Come la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di porre in rilievo²³, i limiti di tale responsabilità sono invero quelli generali in tema di responsabilità contrattuale professionale presupponendo questa l'esistenza della c.d. colpa lieve, e cioè il difetto dell'ordinaria diligenza.

Pare quindi indubbio che l'asseveratore risponderà anche per **colpa lieve**, al pari di ogni altro professionista intellettuale²⁴.

Giacché l'attestatore dovrà impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo *standard* professionale della sua categoria²⁵, tale *standard* varrà quindi a determinare, in conformità alle regole generali, il contenuto della perizia dovuta e la cor-

²³ In particolare cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769.

²⁴ «Le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, s'impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato e non a conseguirlo. Ne consegue che l'inadempimento del medesimo non può essere desunto senz'altro dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale ed in particolare al dovere di diligenza, per la valutazione del quale trova applicazione, in luogo del criterio tradizionale della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c., il quale deve essere commisurato alla natura dell'attività esercitata» (Cass., 16 novembre 2012, n. 20216, in *www.dejure.giuffre.it.*).

Con specifico riguardo alla figura dell'attestatore, v. Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, cit.

²⁵ Soprattutto alla luce del fatto che tali *standards* risultano oramai canonizzati in dettagliati principi di *best practices*, come quelli di cui ai «Principi di attestazione dei piani di risanamento» redatti da AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI, OCRI, un progetto di ricerca, sorto nel 2013 e concluso nel giugno 2014, tra il mondo accademico (AIDEA, Associazione che riunisce i docenti universitari delle discipline aziendali) e quello professionale rappresentato da IRDCEC (Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e Esperti Contabili), da ANDAF (Associazione Nazionale dei Dottori Amministrativi e Finanziari), da APRI (Associazione Professionisti Risanamento delle imprese) e da OCRI (Osservatorio Crisi e Risanamento delle imprese). I predetti principi sono stati approvati in via definitiva il 3 settembre 2014 dal CNDCEC e pubblicati il successivo 11 settembre, trovando tra l'altro la prima applicazione giurisprudenziale già dalla suddetta conclusione (v. Trib. Genova, 7 luglio 2014, in *www.ilcaso.it.*).

rispondente misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo, nonché – di conseguenza – del relativo grado di responsabilità.

In particolare, è noto come le obbligazioni assunte dal professionista vengono tradizionalmente definite come «obbligazioni di mezzi» e non «di risultato»²⁶, nel senso che egli non è tenuto a pervenire necessariamente ad un **determinato** risultato – se mai tale dovesse ritenersi, nella specie, una **attestazione necessariamente positiva** sulla attuabilità/fattibilità di piani o accordi nonché sulla veridicità dei dati – ma ad osservare un comportamento diligente professionalmente nel perseguire quello che è il compito affidatogli, cioè consegnare al proprio cliente la relazione commissionatagli: positivo o – appunto – negativo che sia il relativo esito.

In altri termini, l'attestatore andrà considerato adempiente anche ove non pervenga alla convinzione della fattibilità del piano ovvero alla veridicità dei dati e dovrà pertanto procedere alla stesura di una relazione-attestazione negativa, ogni qual volta raggiunga il convincimento che il piano o l'accordo non abbiano i requisiti richiesti dalla legge.

Sulla tematica v. anche le «Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi», elaborate in collaborazione tra Università degli Studi di Firenze, il CNDCEC ed Assonime, la cui seconda versione è stata pubblicata dal CNDCEC il 28 aprile 2015.

In dottrina cfr. AMBROSINI e TRON, *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC e il ruolo del professionista*, in *www.ilcaso.it*, 8 marzo 2015; RANALLI, *Le attestazioni del professionista nei concordati preventivi*, in *Gest. straord. impr.*, 2013, 125 e ss.; nonché, con specifico riguardo al concordato ex art. 186 bis l. fall., ROLFI e RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, 109 e ss.

²⁶ Quantunque la Corte Suprema abbia definito la distinzione in oggetto «dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio, dalla sentenza delle Sez. Un. 13533/2001 (v. anche Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781)». Così Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, pubblicata sulle principali riviste giuridiche, tra cui *Resp. civ.*, 2008, 856 e ss., con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*.

Il mancato deposito di una attestazione, seppure negativa, lo potrebbe esporre, infatti, alla responsabilità, non solo nei confronti dei creditori e dei terzi interessati, ma anche dello stesso debitore, e quindi del curatore in caso di suo fallimento, e sarebbe un comportamento senz'altro contrario allo stesso concetto di indipendenza.

Infatti potrebbe ben accadere che la scelta di non depositare una attestazione negativa, rinunciando 'tatticamente' all'incarico, prolunghi ingiustificatamente lo stato di insolvenza del debitore, aggravandosi, quindi, evidentemente le conseguenze dannose come meglio vedremo nel paragrafo che segue.

In altri termini, l'attestatore non potrà rinunciare, per i predetti motivi, al mandato offerto, valutato e, poi, accettato. Ovviamente salvo che, ai sensi dell'**art. 2237 c.c.**, sussista una **giusta causa** e, comunque, esercitando detto diritto di recesso in modo da evitare un pregiudizio al cliente.

In particolare, per quanto riguarda la definizione di «giusta causa», autorevole dottrina ha precisato che va considerata tale «ogni fatto sopravvenuto che, in relazione alla natura continuativa e fiduciaria del rapporto, non ne consenta la prosecuzione»²⁷. Si tratta pertanto di fatti che, pur non costituenti inadempimento del contratto, siano tali da minare il rapporto cliente-professionista, impedendone il sereno svolgimento²⁸.

Sembra pertanto evidente che la convinzione circa la non fattibilità del piano (ovvero in ordine alla non veridicità dei dati aziendali prospettati) non sia una giusta causa che esima quindi l'attestatore da portare a termine l'incarico ricevuto, addivenendo, quindi, ad una relazione negativa ovvero – essendo

²⁷ SANTORO-PASSARELLI, voce «Professioni intellettuali», in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 27.

²⁸ In tal senso la giurisprudenza ha individuato, quale giusta causa di recesso, l'inutilizzo sistematico dei pareri forniti dal professionista (a partire da Cass., 6 novembre 1980, n. 5946), ovvero la mora del cliente nel corrispondere il pattuito compenso anche a titolo di acconto (in part. cfr. Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2661, in *Foro it.*, 1997, I, 2141).

evidente che un buon piano (soprattutto relativo ad un'impresa in esercizio) debba redigersi in un continuo previo contraddittorio con il relativo attestatore – ad un confronto che induca il debitore a modificare, anche in ordine agli eventuali dati aziendali non veridici (ad es. un magazzino non correttamente valutato), un piano diversamente non coltivabile.

Trattandosi, inoltre, come detto, di un rapporto di prestazione d'opera intellettuale, ci si dovrà interrogare sull'applicabilità o meno della disposizione di cui all'art. 2236 c.c., che, come è noto, prevede una limitazione di responsabilità ai casi di dolo o colpa grave per le prestazioni che comportino la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Al riguardo è immediato chiedersi se l'esprimere un giudizio di idoneità/fattibilità²⁹ di un piano di un'impresa in crisi, pro-

²⁹ Come in ordine alla verifica della veridicità dei dati aziendali, invero anch'esso aspetto di complessa analisi, considerata la non necessaria coincidenza tra corretti dati aziendali e formali dati contabili, soprattutto qualora si ritenga necessaria anche in sede di concordato preventivo la valutazione sulle possibili azioni da intraprendersi, comprese quelle risarcitorie ed in particolar modo nei confronti degli organi amministrativi e di controllo, tema su cui il dibattito, pur se acceso, è ancora agli albori, con le prime pronunce di merito che cominciano ad affacciarsi (nel senso che trattasi di controllo che l'attestatore non deve effettuare, cfr. Trib. Udine, 16 aprile 2015, nonché G.I.P. Firenze, 25 novembre 2014, entrambe in *www.ilcaso.it*; sembra indirizzarsi in tal senso anche Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, cit. allorché precisa che debbono essere verificati dall'attestatore non i diritti o le azioni, ma solo «i beni materiali ed immateriali esposti in domanda... [e peraltro] il tutto con criterio di prudenza: vale a dire, assumendo al valore più basso, nel dubbio le attività esposte»). In dottrina, sulla circostanza che è prima ancora il debitore a non dover prevedere necessariamente nel proprio piano, anche se di cessione dei beni, le possibili azioni di responsabilità, v. LA CROCE, *La «confessio» salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Fall.*, 2015, 314 e ss. Anche la stessa Suprema Corte, pur se in un *obiter* e con riferimento alla diversa (quanto eventuale) relazione *ex art.* 160, 2° co., l. fall., sembra cominciare a prestare attenzione alla problematica, allorché precisa che nella specie la relazione «era priva di ogni valutazione in ordine alla possibilità di esperire eventuali azioni risarcitorie o revocatorie, risultando così totalmente ignorata una parte del possibile attivo ricavabile in sede di liquidazione» (Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, cit.). Forse la situazione potrebbe ora cambiare alla luce delle recente novella di cui al d.l. 22 giugno 2015, n. 83, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, che ha introdotto, tra gli altri, il nuovo art. 172, 1° co., l. fall.

prio in quanto si traduce in una previsione sul futuro andamento dell'impresa, costituisca, di per sé, un problema tecnico di particolare difficoltà, ovvero – come forse pare più corretto doversi concludere visti anche i molteplici destinatari involontari facenti affidamento sull'attestazione *de qua* – che in detti casi il professionista non dovrebbe accettare l'incarico se non in grado, anche sul piano organizzativo/temporale, di affrontare la fattispecie ritenuta di particolare difficoltà alla luce di un doveroso pregiudiziale primo esame della stessa.

Detta esimente sembra pertanto, almeno di regola, difficilmente applicabile alla peculiare e particolare attività dell'attestatore³⁰.

Né, d'altra parte, la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, potrà valere come criterio di distri-

(illustrazione nella relazione del commissario anch'è delle utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie). Infatti, pur non prevedendosi alcun obbligo specifico al riguardo per debitore e attestatore, è facile ipotizzare che quest'ultimo, per tentare di evitare al massimo ogni profilo di responsabilità, riterrà comunque prudente anticipare il giudizio sul punto del commissario, considerando quindi tra i dati aziendali «potenziali» – o «comparativi» che dir si voglia – anche i predetti *ex art.* 172 cit.

Più in generale, sul tematica dell'azione di responsabilità nel concordato preventivo, cfr. in giurisprudenza Trib. Bolzano, 30 aprile 2015 e Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015, ambedue in *Fall.*, 2015, 955 e ss.; App. Brescia, 14 maggio 2014, Trib. Padova, 23 ottobre 2014, Trib. Monza, 2 novembre 2011, tutte in *www.ilcaso.it*. In dottrina, D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2015, 15 e ss.; FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 965 e ss.; PAGNI e FABIANI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo: un dialogo a due voci*, in *Soc.*, 2015, 601 e ss. Con particolare riguardo alla problematica delle azioni di responsabilità nelle proposte concorrenti, ci sia permesso il rinvio a PEZZANO, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 323-325.

³⁰ Sul tema, ma in chiave più possibilista, cfr.: GALLETTI, sub *art. 160 l. fall.*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 2331; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Padova, 2008; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento al d.lgs. n. 169/2007*, Milano, 2008, 285; ROLFI e STAUNOVO-POLACCO, *op. cit.*, 66 e ss.; PANZANI e TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievole*, in *Fall.*, 2014, 1071.

buzione dell'onere della prova, rilevando essa solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al professionista³¹.

Inoltre, l'eventuale **concorso di colpa del cliente/debitore** potrà determinare la riduzione ovvero l'esclusione del risarcimento «per i danni che il creditore (n.d.r. della prestazione professionale e quindi, nel nostro caso, il cliente) avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza» (art. 1227 c.c.). Concorso che nella specifica tematica – ove non si tratti di cliente/imprenditore individuale – sarà spesso (vista la paternità sul piano da attestare) fonte di corresponsabilità solidale con l'organo amministrativo, con conseguente possibilità/necessità di graduare le colpe nei rapporti interni *ex artt.* 1292, 1298 e 2055 c.c.³².

Detto principio sarà applicabile, ad esempio, allorché con il criterio della prognosi postuma il debitore-cliente (come ovviamente anche i creditori ed i terzi), di fronte ad un fatto sopravvenuto, si sarebbe dovuto rendere conto della non (più) sostenibile attestazione (ma solo) in conseguenza di un piano nel tempo modificatosi e che quindi non sarebbe stato da coltivare ulteriormente³³, ovvero nel caso in cui l'attestazione sia

³¹ Cass., 25 settembre 2012, n. 16254, cit.: «È allora da superarsi, sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori, anche ogni distinzione tra interventi 'facili' e 'difficili', in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla maggiore o minore difficoltà della prestazione, l'art. 2236 c.c., dovendo essere inteso come contemplante una regola di mera valutazione della condotta diligente del debitore».

³² VITIELLO, *Il danno risarcibile nell'azione di responsabilità della curatela*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 163; v. anche BERTOLINI CLERICI, BOTTAI, PAGLIUGHI, *op. cit.*, 59, secondo i quali «da un lato, la responsabilità solidale espone il professionista al rischio di risarcire molto di più di quanto sarebbe a lui imputabile secondo un criterio di 'causalità giuridica', dall'altro lato, tuttavia, l'attestatore 'presta' la sua reputazione all'imprenditore in crisi (che ne ha ben poca) consentendogli di spenderla in tribunale e presso i creditori dinanzi ai quali la responsabilità appare quindi più o meno equivalente».

³³ Con conseguente modifica anche della proposta concordataria, qualora ancora possibile *ex novellato* art. 172, 2° co., l. fall. (e pertanto anche dell'attestazione ove trattasi di modifica «sostanziale» della proposta o del piano ai sensi

stata depositata con ritardo per la disordinata tenuta della contabilità «o per altri fattori derivanti da cattiva organizzazione dell'impresa»³⁴ oppure non gli sia stata fornita dall'imprenditore tutta la richiesta documentazione necessaria per la corretta formazione del giudizio dell'attestatore (*in primis*) in ordine alla veridicità dei dati aziendali o, peggio ancora, qualora gli sia stata dolosamente occultata o artefatta.

Ma trattasi senz'altro di ipotesi residuali e del tutto eccezionali, tenuto conto dei criteri di indagine anche autonomi dettati dai Principi di attestazione dei piani di risanamento e dalle Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi³⁵, che renderebbero, quindi, estremamente difficoltoso per l'attestatore trincerarsi dietro questa previsione limitativa di responsabilità, se non in presenza di dati artatamente falsati, rispetto ai quali ragionevolmente nulla potrebbe essere imputato al professionista.

Pertanto verrebbe anche «a cadere la legittimità di quelle clausole (di stile o meno) che tenderebbero a limitare l'ambito

dell'art. 161, 3° co., l. fall.) ovvero rinuncia alla stessa, se non ancora omologata (cfr. sul punto il recente arresto del giudice di legittimità di cui a Cass., 28 aprile 2015, n. 8575, in *www.ilcodicedeconcordati.it*; in dottrina v. AMBROSINI e AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 4 maggio 2014). Non sussistendo in sede di A.d.R. una norma analoga all'art. 175, 2° co., l. fall., sino all'intervenuta omologa gli accordi *ex art.* 182 bis l. fall. ,con relativi piano ed attestazione, potranno modificarsi – con il consenso dei creditori firmatari – e comunque rinunciarsi – a cura del debitore, ferma l'eventuale responsabilità verso i creditori già aderenti – (ROLFI e STAUNOVO-POLACCO, *op. cit.*, 46 e ss.). Sul criterio della prognosi postuma v. PANZANI e TARZIA, *op. cit.*, 1070-1071. D'altra parte, tale valutazione dei fatti sopravvenuti dovrebbe esser favorita anche dall'attività di vigilanza del commissario *ex art.* 167, 1° co., l. fall., con tutte le possibili ricadute *ex artt.* 173, 3° co., 179, 2° co., l. fall. ovvero, in caso di concordato in continuità, *ex art.* 186 bis, ult. co., l. fall.

³⁴ Ipotesi in cui non può non ravvisarsi una corrispondente responsabilità ovvero corresponsabilità dell'organo amministrativo; cfr. sul tema della responsabilità degli organi amministrativi in caso di crisi d'impresa, BOZZA, *Diligenza e responsabilità*, cit., 1097 e ss.; RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 2013, 669 e ss.; ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2015, 253 e ss.

³⁵ Sul punto v. nota 25.

di controllo – e conseguente responsabilità – assunto (i c.d. *disclaimers*)»³⁶.

Del pari, appare configurabile un **concorso tra il professionista ed il terzo** nel caso in cui l'assuntore o qualunque promittente acquirente di beni da liquidare si riveli in seguito incapiente o comunque non in possesso delle capacità finanziarie per condurre a termine le operazioni proposte nell'ambito del piano e la circostanza sarebbe stata rilevabile dall'attestatore con una corretta previa valutazione delle capacità patrimoniali del terzo.

Lo stesso invero dicasi per l'**eventuale concorso di colpa dei creditori**, non essendoci oramai più spazio per creditori che non siano, come dire, 'professionali/diligenti' anche in caso di crisi d'impresa³⁷. Si pensi semplicemente al creditore che non collabori o lo faccia con ritardo in ordine a specifiche richieste avanzate dall'attestatore sul rapporto sottostante un credito dubbio. Oppure ai ritardi con cui spesso – soprattutto il ceto bancario – si ottempera alle richieste di quantificazione analitica delle varie voci di un credito complesso.

In ogni caso, sul predetto profilo relativo ai creditori, ci soffermeremo più diffusamente *sub* nei par. 3 e 4.

Ci si può infine interrogare se una **clausola di esonero della responsabilità** per danni rispetto all'ipotesi di dolo o colpa grave *ex art.* 1229 c.c. sia valida, quantomeno rispetto al debitore. La risposta, anche alla luce delle considerazioni *supra* svolte in punto di concorso *ex art.* 1227 c.c., dovrebbe essere

³⁶ Così BERTOLINI CLERICI, BOTTAI, PAGLIUGHI, *op. cit.*, 15.

³⁷ In generale, sull'obbligo del creditore di comportarsi secondo buona fede *cfr., ex multis*: Cass. 25 maggio 2010, n. 12714, in *Mass. Foro it.*, 2010, 575; nonché *Id.*, 10 novembre 2009, n. 23734, *ivi*, 2009, 1398; con specifico riferimento agli istituti di credito, v. *Id.*, 25 agosto 2014, n. 18183, *ivi*, 2014, 658; Cass., 3 luglio 2014 n. 15224, in *Foro it.*, 2015, I, 651. In particolare, vi è da chiedersi se possa ravvisarsi un profilo di concorso *ex art.* 1227 c.c. del creditore allorché, ben conscio, dello stato di crisi o addirittura di insolvenza in cui versa il proprio debitore, si attivi con ritardo per sollecitarlo a scegliere un'adeguata soluzione concorsuale negoziale ovvero per provocarne il fallimento.

positiva, con l'unica condizione che non limiti il campo di indagine prescritto per legge a carico dell'attestatore, ma unicamente il risarcimento verso il proprio cliente, generando quindi un vincolo ovviamente non opponibile ai creditori e terzi che intraprendessero una loro autonoma azione risarcitoria³⁸.

Infine: in applicazione dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale, dovrebbe risultare pacifico che, rispetto alla responsabilità (civile) dell'attestatore nei confronti del cliente-debitore (e quindi del curatore in caso di fallimento) risulti applicabile, alla stregua di qualsiasi altro professionista (non anche organo sociale), la **prescrizione decennale** del diritto al risarcimento del danno e non invece quella minore quinquennale che, *ex artt.* 2293, 2407 e 2489 c.c., concerne, rispettivamente, amministratori, sindaci e liquidatori societari. Il che, nelle non infrequenti ipotesi di **concorso (e quindi di responsabilità solidale)**, potrebbe porre non pochi problemi per le domande di regresso dell'attestatore citato in giudizio dopo che l'avvenuta prescrizione dell'azione contro gli altri corresponsabili; salvo ritenere applicabile anche in tal caso, che pur non è di sospensione della prescrizione (ma di diversi termini prescizionali), il precetto in tema della seconda parte dell'art.1310, 2° co., c.c., secondo cui «il debitore (ndr: non beneficiante della sospensione)³⁹ che sia costretto a pagare ha regresso contro i condebitori liberati in conseguenza della prescrizione».

2. Responsabilità e danni nei confronti del debitore

Mentre in ordine alle ipotesi di responsabilità dell'attestatore nei confronti dei creditori e dei terzi lo sforzo dottrinario e della pri-

³⁸ Negli stessi termini BERTOLINI CLERICI, BOTTAL, PAGLIUGHI, *op. cit.*, 15.

³⁹ Come ad es. accade tra amministratori e sindaci rispetto alla sospensione di cui all'art. 2941 n. 7 c.c., che resta sospesa, cioè, solo per le azioni contro gli amministratori; cfr. in tema Cass., 12 giugno 2007 n. 13765, in *Giur. comm.*, 2008, II, 849 (s.m.), con nota di MILANESI, *Le azioni di responsabilità verso gli organi amministrativi di banche poste in liquidazione coatta amministrativa*.

ma giurisprudenza (di merito) è stato senz'altro più approfondito⁴⁰, meno frequentemente ci si è interrogati sulla responsabilità della figura in esame nei diretti confronti dell'imprenditore che lo ha nominato e sulle relative conseguenze risarcitorie⁴¹.

Invero l'aspetto non è certo di scarso rilievo, se si pensi che in caso di fallimento (cioè dell'esito più probabile qualora si disserti di responsabilità dell'asseveratore) le pretese risarcitorie saranno avanzabili *ex art. 43 l. fall.* dal **curatore** in vece del debitore⁴².

E solo in sua sostituzione processuale, poiché, stante il chiaro precetto di cui all'art. 81 c.p.c. (secondo cui nessuno può agire in giudizio per far valere i diritti altrui, se non espressamente previsto per legge), senz'altro il curatore non potrà agire in sostituzione anche dei creditori per far valere i loro diritti risarcitori, difettando, appunto, un'espressa previsione legislativa, come ad esempio quelle di cui agli artt. 2394 bis e 2497, 4° co., c.c. (ed attraverso la tecnica del rinvio di cui all'art. 2489,

⁴⁰ In ogni caso sull'argomento ci soffermeremo diffusamente nei parr. 3 e 4 che seguono.

⁴¹ Sul tema v. *amplius* PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in FABIANI e PATTI (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006; RIVA, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, Milano, 2009; MARINO, *Il professionista attestatore negli accordi di ristrutturazione dei debiti: ruolo e responsabilità*, Napoli, 2013; SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304.

⁴² Ed a tacere del fatto che potrebbe porsi anche l'ipotesi in cui ad un piano attestato *ex art. 67, 3° co., lett. d)*, l. fall. e/o ad un A.d.R. faccia seguito un concordato preventivo con cessione integrale dei beni: potrà il liquidatore giudiziale *ex art. 182 l. fall.* agire per i danni eventualmente provocati al debitore dall'attestatore del/i primo/i procedimento/i, vanamente esitato/i in concordato? Al quesito dovrebbe darsi risposta positiva poiché, per il principio generale di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., la cessione dei beni concordataria deve essere integrale e quindi, non essendo necessaria una previa autorizzazione assembleare, come ad esempio nell'azione di responsabilità sociale *ex art. 2393 c.c.*, il liquidatore giudiziale dovrebbe essere direttamente legittimato a far valere il diritto risarcitorio *de quo*, pur se in legittimazione attiva concorrente con quella del debitore [in generale sul tema delle legittimazione attiva del liquidatore giudiziale e del debitore in caso di concordato preventivo con cessione dei beni, v. FILOCAMO, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, 2014, cit., 2480 con l'ampia rassegna giurisprudenziale ivi raccolta].

2° co., c.c.) per le azioni di responsabilità, anche, dei creditori sociali verso organi gestori, liquidatori e di controllo.

D'altra parte neppure la legge concorsuale è di supporto al riguardo perché l'unica norma sul punto – l'art. 146 l. fall. – si preoccupa di individuare esattamente, in ossequio d'altra parte al precetto del citato art. 81 c.p.c.⁴³, le specifiche tipologie di soggetti aggredibili in via risarcitoria dal curatore, fino ad includere anche i soci delle s.r.l. nella fattispecie di danno di cui all'art. 2476, 7° co., c.c., ma non, appunto, l'attestatore⁴⁴.

Diventa quindi davvero rilevante individuare quali siano i possibili **comportamenti negligenti dell'attestatore** nei confronti (quantomeno) del debitore, perché sono gli unici che, come visto, potranno generare danni risarcibili anche in sede fallimentare.

Questo è quello che cercheremo ora di fare, provando a distinguere anche le possibili tipologie di condotte negligenti **nelle varie ipotesi di attestazioni, comprese quelle 'speciali'** di cui agli artt. 182 bis, 182 quinquies, 186 bis e del nuovo art. 182 septies l. fall.

i) Innanzitutto, ricordiamo che le attestazioni nei piani di risanamento *ex art. 67, 3° co., lett. d), l. fall.*, negli A.d.R. *ex artt. 182 bis e 182 septies l. fall.* ed in sede concordataria preventiva, *ex artt. 161 e 186 bis l. fall.*, hanno tutte un nucleo comune: debbono avere ad oggetto *in primis* **la veridicità dei dati**⁴⁵

⁴³ Al riguardo l'insegnamento del Giudice di legittimità è oramai granitico: Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, nn. 7029-7030-7031, in *Foro it. on line*; Id., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11396, in *Giur. comm.*, 2010, II, 461 (s.m.), con nota di SPIOTTA, *Legittimazione ad escutere le garanzie prestate da terzi per un concordato preventivo risolto e sfociato in fallimento*.

⁴⁴ Cfr., nello stesso senso, TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Assago, 2012, 253 secondo cui non appare agevole rinvenire un danno alla massa in quanto tale, idoneo a collocare il diritto al risarcimento in capo all'organo della procedura, con conseguente esclusione della legittimazione in capo ai singoli creditori. Negli stessi termini, BERTOLINI CLERICI, BOTTAI, PAGLIUGHI, *op. cit.*, 60 e ss.; ROLFI e STAUNOVO-POLACCO, *op. cit.*, 68.

⁴⁵ Secondo Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in *www.ilfallimentarista.it* (con nota 20 marzo 2015 di GRATTERI, *Contenuto di attestazione di funzionalità del*

e (quindi) la **fattibilità del piano**⁴⁶. Per poi, in caso di A.d.R., attestare in particolar modo l'idoneità dell'accordo rispetto alla capacità di «assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei»; mentre rispetto al concordato in continuità l'attestatore deve anche «certificare» che il piano di concordato «è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori».

È pertanto evidente che la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano (accordo in caso di A.d.R.) sono i requisiti fondamentali ed imprescindibili di qualunque attestazione⁴⁷.

finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori negli accordi di ristrutturazione), «non v'è dubbio che, per quanto non espressamente richiesto dalla norma, anche l'attestazione specifica [ex art. 182 quinquies, 1° co., l. fall.] sulla funzionalità dei finanziamenti cosiddetti interinali alla miglior soddisfazione dei creditori debba muovere da una verifica, quella inerente alla veridicità dei dati, senza la quale qualsiasi successiva attestazione non potrebbe che essere, nella sostanza, priva di attendibilità alcuna». Analogamente la dichiarazione del professionista ai sensi dell'art. 182 bis, 6° co., l. fall.; v. in tema Trib. Roma, 13 marzo 2013, in *Fall.*, 2012, 1363, con commento di MASI, *L'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili processuali e di merito*.

⁴⁶ Ovviamente fattibilità economica, essendo quella giuridica demandata alla valutazione del giudice, quantunque è indubbio che l'attestatore non potrà non valutare se il piano presenti *ictu oculi* profili di infattibilità giuridica: ad esempio, qualora il debitore ipotizzi di pagare in misura ridotta un prelatizio, senza però il necessario supporto della relazione giurata ex art. 160, 2° co., l. fall.; cfr. sulla specifica tematica Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, cit. che precisa altresì, rispetto alla fattibilità economica, che non deve trattarsi di un giudizio «di 'possibilità' o di 'probabilità', posto che nella realtà fenomenica quasi tutto è possibile e la probabilità (indipendentemente da livello dichiarato) non soddisfa alcun reale interesse dei creditori, ma di concreta verosimiglianza, nel senso che la situazione (necessariamente futura) prospettata nel piano deve apparire il naturale sviluppo secondo logica esperienza ed in base ai dettami delle discipline economiche e finanziarie, delle premesse di piano e delle condotte attuative, finalizzate all'esecuzione del piano, proposte dal debitore». In generale sul tema della fattibilità economica e giuridica, v. la citata Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.; cfr. per un'evoluzione della tematica Id., 17 ottobre 2014, n. 22045, in *Fall.*, 2015, 435 e ss., con commento di VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla «causa concreta» del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*

⁴⁷ Pur appalesandosi logicamente pregiudiziale l'accertamento della veridicità dei dati aziendali; cfr. AMBROSINI e AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *www.ilcaso.it*, 11 giugno 2014, 20;

Quindi il professionista sarà responsabile, sia qualora abbia certificato dati che non trovino riscontro nella contabilità, oppure che, seppur contabilizzati, non trovino riscontro nella realtà (giudizio di veridicità obiettiva dei dati aziendali)⁴⁸, sia nel caso in cui avrebbe potuto prevedere, in base agli elementi a sua disposizione ovvero conoscibili secondo la particolare diligenza a lui richiesta⁴⁹, che l'attivo disponibile o realizzabile non era sufficiente a consentire il pagamento dei creditori secondo le previsioni di piano (giudizio di fattibilità) o addirittura, nel caso di concordato in continuità, che questo, pur se in qualche modo fattibile, non era comunque funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, considerando le alternative concretamente praticabili del concordato liquidatorio con cessione dei beni, ovvero del fallimento⁵⁰. Significativa sul punto della veri-

GUIOTTO, *L'attestazione negli artt. 67 e 182 bis: profili comparativi*, in *Fall.*, 2014, 1034. In giurisprudenza cfr. Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁸ V. in questi termini Trib. Rovigo 20.03.2015, in *www.ilfallimentarista.it*.

⁴⁹ Al riguardo si rinvia a quanto osservato *sub nota* 25.

⁵⁰ Cfr. sul concetto di miglior soddisfacimento dei creditori PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori*, cit., 1107; TIZZANO, *L'indeterminatezza del giudizio di migliororia e l'attestazione ex art. 186 bis, 2° comma, lett. b), l. fall.*, in *Fall.*, 2014, 138. Con particolare riguardo agli A.d.R. v. VITIELLO, *Le soluzioni concordate*, cit., 74. In giurisprudenza v. Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, cit. secondo cui «Non c'è dubbio che, quando il finanziamento interinale viene erogato in corso di procedura concordataria, ciò che è richiesto all'attestatore è che attesti la convenienza per i creditori, in termini di prospettive concrete di soddisfacimento, della dilatazione dell'esposizione debitoria (della società in crisi) conseguente dalla contrazione di debiti prededucibili coincidenti con gli importi oggetto dei finanziamenti. [...]».

In tali casi, pertanto, l'attestazione specifica del professionista deve inerire alla convenienza per la massa dei creditori del finanziamento e dell'eventuale concessione della garanzia del finanziamento stesso, laddove per convenienza va intesa una prospettiva di soddisfacimento secondo percentuali più favorevoli, rispetto a quelle che potrebbe essere assicurate senza il finanziamento garantito oggetto della domanda. [...].

Quando invece, come nel caso di specie, il debitore stia lavorando nella prospettiva di comporre la crisi con il procedimento degli accordi di ristrutturazione disciplinati dall'art. 182 bis l. fall., va affermato un principio diverso.

Poiché gli accordi di ristrutturazione sono uno strumento di natura negoziale privatistica, implicante la conclusione di un accordo da parte del singolo creditore aderente ed il diritto all'integrale pagamento per chi non aderisca e resti pertanto

dicità dei dati risulta una pronuncia del Tribunale di Benevento in cui si legge: «[...] l'attestatore deve enunciare, in maniera ordinata e coerente, i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti, in modo da rendere manifesti il percorso logico, i ragionamenti e le motivazioni su cui si fonda l'attestazione. Con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, ma, al contrario, comporta che il professionista accerti e attesti che i dati in questione siano 'effettivamente reali'»⁵¹.

Il professionista, quindi, a norma dell'art. 161, 3° co., l. fall., è chiamato a redigere una relazione che attesti ai creditori sociali ed al Tribunale competente «la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano», tanto che il mancato svolgimento di «una verifica puntuale ed analitica dei dati aziendali e delle scritture contabili»⁵² è causa di incompletezza ed inattendibilità della relazione a tal punto da determinare *ex art. 162 l. fall.* la inammiss-

estraneo, essi non pongono alcun problema di rispetto della garanzia patrimoniale generale dei creditori.

Ogni creditore è libero di firmare l'accordo che gli viene proposto, con ciò quindi rinunciando a parte del proprio credito o a parte della propria garanzia patrimoniale, o di restare estraneo, con la conseguente possibilità di pretendere il pagamento integrale.

In tali casi è pertanto necessario riferire il concetto di funzionalità alla miglior soddisfazione ad un generico rafforzamento delle possibilità di riuscita del piano sottostante agli accordi».

⁵¹ Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 1373 con osservazioni di RANALLI. In senso conforme, v. Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, cit.; Trib. Mantova, 28 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*, secondo cui «Il giudizio dell'attestatore di cui all'art.161, legge fallimentare non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell'azienda, che egli deve indagare verificando la reale consistenza del patrimonio, esaminando e vagliando i dati che lo compongono [...]»; Trib. Novara, 29 giugno 2012, in *Fall.*, 2012, 1257; Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, in *www.ilfallimentarista.it*.

⁵² Trib. Napoli, 4 dicembre 2012, in *Fall.*, 2013, 372.

sibilità della proposta di concordato alla luce del richiamato insegnamento delle Suprema Corte a Sezioni Unite⁵³.

In altri termini, l'attestatore dovrà effettuare una propria valutazione dei dati aziendali basata sulla *best practice* professionale e su tecniche ed organizzazioni di revisione che consentano, rispetto al singolo caso e relativa complessità, di giungere alla formulazione di un giudizio di attendibilità dei dati e comunque tale da fornire un quadro veritiero della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società⁵⁴.

Pertanto, secondo l'interpretazione che si sta consolidando, il concetto di «veridicità» deve essere ricondotto a quello di «rappresentazione veritiera e corretta» di cui all'art. 2423 c.c.⁵⁵.

ii) Specularmente avremo responsabilità civile dell'attestatore in caso di **mancata attestazione di piano meritevole**: infatti se è indubbio, come abbiamo visto, che l'attestatore, una volta verificato di poter accettare l'incarico, debba pronunciarsi, anche in modo negativo, sulla veridicità dei dati e fattibilità del piano (senza quindi poter rinunciare «tatticamente» all'incarico per evitare l'incombente), alla stessa stregua è inadempiente nei confronti del proprio cliente il professionista che non provveda ad attestare un piano meritevole di esserlo.

iii) Pensiamo infine al **ritardo** nell'esecuzione della prestazione.

Qualora il ritardo dipenda dall'assunzione di incarichi sproporzionati alla capacità di adempimento della propria organizzazione nei tempi a disposizione, non si potrà invocare, a maggior ragione, il (colpevole a quel punto) ritardo della prestazione, trattandosi di un caso di vera e propria imprudenza.

⁵³ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

⁵⁴ Si esprimono in tal senso AMBROSINI, ANDREANI, TRON, *Crisi di impresa e restructuring*, Milano, 2013, 201, e RANALLI, *Le attestazioni del professionista*, cit., 126 e ss.

⁵⁵ D'altra parte anche lo stesso termine «veridicità» ha un significato tecnico molto ben definito, derivando da «*true and fair view*» di cui alla IV direttiva CEE su cui poggia i propri fondamenti la normativa italiana sul bilancio di esercizio.

Ma quando il ritardo dipenda dalla mancata collaborazione dell'imprenditore (o del professionista incaricato della predisposizione del piano), si configurerà la già esaminata ipotesi di concorso, fino alla possibilità di escludere il risarcimento nei limiti già esposti nel paragrafo che precede.

iv) Infine, si avrà responsabilità dell'attestatore nei confronti del debitore, in presenza dell'assunzione di incarico **in difetto dei requisiti soggettivi**⁵⁶, allorché tale difetto provochi la contestazione del **piano di risanamento ex art. 67 l. fall.** – e dei relativi atti, pagamenti e garanzie – nonché la mancata omologa dell'**A.d.R.** ovvero l'inammissibilità, anche in sede di omologa accertata, del **concordato preventivo**.

Tale differenziazione offre lo spunto per chiarire che, mentre nella predetta **prima tipologia di piano** – e di conseguente attestazione – non vi è un provvedimento che ne «certifichi» giudizialmente l'idoneità [se non in via eventuale e successiva all'insorgere di una fase patologica diretta contro l'attestatore ovvero allorché sorga contestazione *ex art. 67, 3° co., lett. d), l. fall.* sulla idoneità dell'attestazione invocandosi quindi la revocabilità dei relativi atti, garanzie e pagamenti in sede fallimentare]⁵⁷; invece, riguardo ai piani attestati di **A.d.R.** e di **concordato**, tale «certificazione» potrebbe ritenersi sussisten-

⁵⁶ Sul punto cfr. GUIOTTO, *op. cit.*, 1032-1033; NARDECCHIA, *Professionisti attestatori: requisiti stringenti e sanzioni*, *Il Sole 24 Ore*, 9 luglio 2012, nonché SALVARDI, *I requisiti dell'attestatore alla luce della l. 134/12 e della circolare dell'IRDCEC dell'11 febbraio 2013: focus sull'indipendenza*, in *www.ilcaso.it*, 29 settembre 2013.

⁵⁷ Ovvero anche «solo» per contestarsi la responsabilità dell'amministratore per aver scelto una misura che, pur basata su dati aziendali veridici, non si è comunque appalesata idonea al risanamento, ove anche perché alcuni creditori, non previamente coinvolti nelle usuali negoziazioni, spesso di sola interlocuzione bancaria, abbiano deciso di non appoggiarla nei relativi atti esecutivi – consistenti spesso in dismissioni, pegni o ipoteche – procedendo quindi, anche prima del relativo fallimento o del più probabile ricorso *ex art. 182 bis l. fall.* ovvero *ex art. 160 l. fall.*, in atti esecutivi o revocatori in via ordinaria. Sulla specifica tematica, v. diffusamente PANZANI e TARZIA, *op. cit.*, 1063 e ss; ci sia consentito il rinvio anche a BENCINI, MALEVOLTI, PEZZANO, *Imprese in crisi: accordi di ristrutturazione e piani attestati di risanamento*, in *Cont. Fin. e Contr.*, 2010, 334.

te in caso di definitività dei rispettivi decreti di omologa⁵⁸ che, una volta intervenuti, non solo rendono irrevocabili i relativi atti, pagamenti e garanzie *ex art. 67, 3° co., lett. e), l. fall.*, ma parimenti dovrebbero sanare, almeno nei confronti del debitore-cliente (in quanto senz'altro parte del relativo giudizio e comunque in grado, almeno per non aggravare i danni, di modificare il piano negligenzemente o in ritardo attestato ovvero anche rinunciarsi)⁵⁹, ogni eventuale manchevolezza dell'attestazione. Ed ora, con le proposte concorrenti ai sensi del novellato art. 163 l. fall., anche relativamente all'attestazione del professionista incaricato dai creditori proponenti concorrenti. Con la conseguenza che in tal ultimo caso il debitore dovrà opporsi all'omologa del concordato, anche per non rischiare di vedersi preclusa la possibilità di una futura azione risarcitoria contro l'attestatore «avversario» negligente (ferma comunque l'azione contro colui che abbia operato con dolo, come meglio vedremo in appresso).

D'altra parte anche qualunque contestazione sui requisiti soggettivi dell'attestatore e sul relativo operato, afferendo ontologicamente dati fondamentali, *recte* presupposti logico-giuridici del decreto d'omologa, sarebbe, *recte*: è, da sollevarsi, anche d'ufficio, già in fase d'ammissione (in caso di concordato), ma comunque prima dell'intervenuta definitività del decreto d'omologa, afferendo anch'esso aspetto concernente, ai sensi dell'art. 162, 2° co., l. fall., uno «dei presupposti giuridici della procedura e risulta quindi sindacabile dal giudice»⁶⁰.

⁵⁸ In caso di concordato l'attestatore non potrà, invece, invocare a proprio favore il decreto di ammissione cui poi non faccia seguito l'omologa, stante la natura meramente interinale (e quindi solo deliberativa anche rispetto alle conclusioni dell'attestazione e relativa idoneità) del primo provvedimento, come anche Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., ha ribadito.

⁵⁹ V. al riguardo *supra sub* nota 33.

⁶⁰ Così anche la recente Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, cit., in linea peraltro con l'insegnamento inaugurato da Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., secondo cui, anche in sede di omologa, «al tribunale è conferito il compito di esaminare criticamente la relazione del professionista che accompagna il piano indicato

Tale forza sanante cesserà, però, di sussistere ove il concordato si risolva *ex artt.* 186/137 l. fall. (ovvero gli A.d.R. si risolvano per inadempimento secondo le ordinarie regole civilistiche)⁶¹ in conseguenza di un'infattibilità di non «scarsa importanza» derivante da un comportamento negligente imputabile all'attestatore⁶².

dall'imprenditore», considerato anche che tale tipo di valutazione non è comune «di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista. [...] viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario». Pare orientarsi nel senso di chi scrive FORTUNATO, *op. cit.*, 895, pur se sotto il diverso angolo visuale dell'interruzione del nesso di causalità. D'altra parte, allorché la legge ha voluto lasciare libere le parti di agire comunque per danni ove pregiudicate da una relazione tecnica posta a base di operazioni straordinarie societarie non previamente opposte, lo ha espressamente precisato (ovviamente il riferimento è, rispettivamente, agli artt. 2501 *sexies* e 2503 c.c.). Ad ulteriore conforto di quanto qui sostenuto, va inoltre aggiunto che il rinvio alla fattispecie predetta (attraverso il richiamo dell'art. 2501 bis, 4° co., c.c.) è stato anche espressamente espunto dall'art. 67, 3° co., lett. d) l. fall. con l'intervento più ampio di cui al d.l. 83/2012.

Dall'altra parte va anche dato atto che, non essendo l'attestatore parte necessaria del giudizio d'omologa, potrà pur ritenersi che nessun accertamento sull'idoneità della sua relazione sarà invocabile dal decreto *ex art.* 180 l. fall. (pur avendo lo stesso, quale necessario presupposto logico-giuridico, la regolarità, anche contenutistica, dell'attestazione, come già visto). Sembra indirizzarsi in tal senso, almeno nell'ipotesi in cui la risoluzione del concordato non risulti conseguenza dell'assenza di un inadempimento di «non scarsa importanza», BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p.1044 e ss. Forse un'ulteriore precisazione andrebbe fatta rispetto agli A.d.R. fondandosi il giudizio d'omologazione del tribunale essenzialmente sulla sola attestazione del professionista (pur nulla vietando la nomina di un consulente *ex art.* 61 c.p.c. ovvero di un ausiliario *ex art.* 68 c.p.c., come ora espressamente confermato dal nuovo art. 182 septies, 4° co., l. fall.), e «per tanto alla effettiva corrispondenza dei dati riferiti alla realtà sostanziale, e quindi rinviano direttamente alla responsabilità dell'attestatore che ne ha attestato l'esistenza e la sussistenza» (Trib. Ancona, 20 marzo 2014, cit.).

⁶¹ Essendo pacifico che al procedimento *ex art.* 182 bis l. fall. non si applichi il procedimento risolutivo *ex artt.* 186/137 l. fall.; cfr. *ex multis* ROLFI e STAUNOVO-POLLACCO, *op. cit.*, 168 e ss.

⁶² Indubbiamente in caso di concordato preventivo vi è da chiedersi come il debitore, al fine di eccepire un inadempimento rilevante all'attestatore, possa preliminarmente, in difetto di una propria legittimazione al riguardo, provocare la venuta meno dell'omologazione attraverso la risoluzione di un concordato. Forse la risposta sta a monte e cioè nel fatto che, se il concordato regge, il debitore non subisce alcun danno e quindi nulla può contestare all'attestatore.

Naturalmente, ove l'emersa infattibilità (economica) rilevante ai fini risolutivi⁶³ non derivi da un inadempimento dell'attestatore, nulla potrà essergli contestato, ricordando che rispetto al giudizio di responsabilità professionale la relativa valutazione va effettuata sempre con riferimento alle situazioni sussistenti/verosimilmente prevedibili al momento della prestazione (e quindi con giudizio *ex ante*)⁶⁴.

Invece, allorché si passi dal piano dell'infattibilità per negligenze dell'attestatore, a quello della (non) veridicità dei **dati aziendali dolosamente trattati** (a prescindere se con ricadute o meno anche sul piano della fattibilità economica, come verosimile) oppure ad una **fattibilità strumentalmente attestata come tale**, tanto da giungersi *ex artt.* 186/138 l. fall.

⁶³ Sul concetto di inadempimento di «non scarsa importanza», v. Cass., 14 marzo 2014, n. 6022 e Id., 4 marzo 2015, n. 4398; la prima pubblicata in *www.ilcaso.it* e la seconda in *www.ilcodicedeiconcordati.it*.

⁶⁴ Cfr. in generale sulla necessità di valutazione *ex ante* dell'attività professionale, Cass., ord., 21 ottobre 2011, n. 21924, in *Fall.*, 2012, 298, e Id., 8 novembre 2006, n. 23796, in *Mass. Foro it.*, 2007, 240; oltre alla giurisprudenza penalistica, tra cui: Cass. Pen., 10 gennaio 2012, n. 197, in *CED Cass.*, rv. 254151; Id., 27 gennaio 2010, n. 3507, in *CED Cass.*

Nello stesso senso tra i giudici di merito, e proprio con riguardo alla contestata responsabilità dell'organo amministrativo rispetto alla prescelta soluzione negoziata di risoluzione della crisi d'impresa, v. Trib. Firenze, 29 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*, secondo cui «L'approccio ricostruttivo offerto dalla Curatela non pare convincente se, com'è doveroso, il parametro di valutazione dell'operato degli amministratori di una Srl si conformi al canone normativo dell'osservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società, ai sensi dell'art. 2476, 1° comma, c.c.

Se questa è la corretta impostazione da dare al *thema* in esame, allora, appare evidente che, da un lato, non sarebbe corretto ravvisare una responsabilità per *mala gestio* dell'amministratore ogni volta che, alla stregua di un giudizio *ex post*, le sue scelte di strategia aziendale si siano rivelate errate.

[...]. Il discrimine tra la condotta diligente e la *mala gestio* dell'amministratore non può sostanzarsi nella verifica *ex post* dei rischi connessi ad una scelta imprenditoriale che – appare ovvio constatarlo – alla prova dei fatti è risultata perdente; occorre invece accertare se l'amministratore, prima di prendere una certa decisione gestionale, abbia approfonditamente ed adeguatamente ponderato tutti i possibili e prevedibili profili di rischio ad essa connessi, ed abbia a tal fine apprezzato altresì tutti i dati e gli elementi di valutazione concretamente acquisibili nel caso specifico».

all'annullamento del concordato⁶⁵ (ovvero, sempre secondo le regole ordinarie, all'annullamento per dolo degli A.d.R.), allora la responsabilità civile dell'attestatore verso il debitore – e quindi *pro massa* a cura del Curatore in caso di fallimento – si porrà con forza, a nulla quindi rilevando lo schermo dell'intervenuta, ma poi comunque venuta meno, omologa⁶⁶. E si tratterà di responsabilità esclusiva qualora non sussista un concorso del debitore (ad es. perché l'attestatore ha gestito in mala fede alcuni dati aziendali per «conseguire un ingiusto profitto per sé», con conseguente responsabilità anche penale *ex art.* 236 bis, 2° co., l. fall., oltre che civile *ex art.* 2059 c.c. come si vedrà anche fra poco).

Va infine osservato che l'avvenuta omologa sanerà anche le **eventuali irregolarità afferenti i requisiti soggettivi dell'attestatore** così come richiesti dall'art. 67, 3° co., lett. d), l. fall., essendo aspetti afferenti, appunto, la regolarità della procedura e pertanto contestabili solo sino all'avvenuta omologazione dell'A.d.R. ovvero del concordato preventivo⁶⁷. Al con-

⁶⁵ Pur dovendosi ricordare che all'annullamento del concordato potrà giungersi solo ove si tratti di fattibilità illegittimamente attestata per dolosa esagerazione del passivo ovvero sottrazione o dissimulazione dell'attivo, non essendo «ammessa alcuna altra azione di nullità».

⁶⁶ Ovviamente, qualora il dolo rilevi di per sé sul piano del diritto penale, l'attestatore risponderà comunque dei danni civili, anche non patrimoniali, ove pure non si consegua l'annullamento del concordato o dell'A.d.R.

⁶⁷ Anche se vi sarebbe da chiedersi se comunque il debitore-cliente possa almeno ripetere le somme pagate a titolo di compenso professionale ad un soggetto, ad es. millantatore di una laurea invero mai conseguita (in tal caso: «quando la prestazione professionale è eseguita da avvocato non iscritto all'albo professionale, non si può proporre azione per il pagamento del compenso *ex art.* 2231 c.c. e per il rimborso spese» (a partire da Cass., 7 luglio 1971 n. 2526). Pertanto, «nel caso di esercizio della professione forense in difetto dell'iscrizione all'albo professionale al momento in cui il contratto d'opera professionale è stato stipulato e sono state poste in essere le relative attività professionali, il professionista non ha diritto al compenso» (Cass., 19 febbraio 2007, n. 3740, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 16, 80).

Infatti, in assenza di una esplicita previsione della legge fallimentare, dovrebbero trovare applicazione in proposito le regole di diritto civile e, quindi, l'art. 2231 c.c., che esclude il diritto al compenso per le prestazioni esecutive di contratti conclusi con professionisti non iscritti in un albo o elenco, se l'iscrizione era prescritta dalla legge, come nel caso del professionista *ex art.* 67, 3° co., lett. d) l. fall.

trario, proprio perché in sede di piano di risanamento dall'art. 67, 3° co., lett. d), l. fall., difetta il previo controllo giudiziale, un'attestazione redatta da professionista privo dei requisiti previsti per legge, lo esporrà alla possibile azione di responsabilità da parte del debitore, oltre che dei creditori e dei terzi che sul piano di risanamento regolarmente attestato hanno fatto affidamento.

Ancora più complesso è verificare a quali profili di responsabilità si espone il professionista nelle **attestazioni c.d. 'speciali'** di cui agli artt. 182 bis, 6° co. (dichiarazione idoneità sulla proposta di A.d.R.), 182 quinquies, 1°, 5° e 6° co., l. fall. (finanziamenti in funzione e pagamenti dei fornitori strategici)⁶⁸, 186 bis, 3° e 5° co., l. fall. (capacità di adempimento dei contratti pubblici e relativa conformità al piano) ed ora anche *ex art.* 182 septies, 5° co., l. fall. (omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra tutti i creditori bancari e finanziari interessati alla convenzione di moratoria).

Infatti trattasi di attestazioni che, a differenza di quelle generali *supra* esaminate, sono deputate a regolare interessi di determinati soggetti e **nei casi di cui all'art. 182 quinquies l. fall.** neppure in una logica di rispetto della *par condicio creditorum*⁶⁹, pur se sempre finalizzate alla «migliore soddisfazione dei creditori»⁷⁰. Con il rischio quindi, in caso di insuccesso

⁶⁸ Tanto da concludersi anche che in questi casi «se non più che in altri il legislatore assegna all'esperto un ruolo cruciale nel sistema di tutele del ceto creditore», così BRIOLINI, *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui «finanziamenti autorizzati» a norma dell'art. 182 quinquies, commi 1°-3°, legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 12 e ss.

⁶⁹ Infatti le due ipotesi di cui all'art. 182 quinquies, 1°, 4° e 5° co., l. fall., mirano a creare prededuzioni o comunque situazioni di *favor* rispetto agli altri creditori; cfr. in argomento, rispetto all'ipotesi concordatarie, VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva ed in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall.* 2013, 1141 ss.; PEZZANO, *Le interconnessioni fra prededuzioni nelle procedure concorsuali*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, 2014, cit., 1548. Relativamente all'attestazioni speciali in caso di A.d.R., v. GUIOTTO, *op. cit.*, 1037 e ss.

⁷⁰ Come d'altra parte quelle 'speciali' e 186 bis, 3° e 5° co., l. fall. atteso che presuppongono comunque l'esistenza del piano completo del concordato in continuità.

del tentativo di soluzione negoziata della crisi d'impresa per la colposa o dolosa attestazione afferente le ipotesi *ex art. 182 quinquies l. fall.*, di poter provocare un danno, oltre che ai creditori concorrenti, al debitore pregiudicato anch'esso da finanziamenti o pagamenti autorizzati in forza di attestazioni rivelatesi poi – ma pur sempre ante avvenuta omologa (che, come visto, potrebbe sanare l'operato dell'attestatore, salva l'ipotesi di dolo) – inadeguate tanto da pregiudicare il buon esito del generale piano.

Infatti, a parte il ricorrere dell'ipotesi di concorso di colpa, è comunque l'attestazione che costituisce il presupposto necessario (pur se non sufficiente) perché le autorizzazioni *ex art. 182 quinquies l. fall.* vengano concesse⁷¹. E se poi il generale progetto di superamento della crisi d'impresa non riesca o riesca in minor misura in conseguenza di tali autorizzati finanziamenti (non) funzionali o pagamenti di crediti di (supposti) creditori strategici, pare evidente che l'attestatore possa essere chiamato a rispondere al debitore-cliente e, in caso di suo fallimento, al curatore.

Tutto quanto detto vale a maggior ragione ove si ritenga che le attestazione 'speciali' *ex art. 182 quinquies l. fall.* concretizzino **ipotesi di asseverazioni senza piano**, nel senso di limitato, alla specifica operazione da autorizzare⁷². Essendo invece legate necessariamente al piano del debitore, e segnatamente a quello generale del concordato in continuità aziendale, **per le attestazioni 'speciali' di cui agli art. 186 bis, 3° e 5° co., l. fall.** valgono, invece, le considerazioni *supra* svolte relativamente agli eventuali profili di responsabilità dell'attestatore rispetto al piano, appunto, generale.

⁷¹ Pur se con i diversi effetti previsti dalla norma tra concordato preventivo e A.d.R.; v. diffusamente in tema FILOCAMO, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, 2014, cit., 2622 e ss.

⁷² Sulla problematica offre un quadro dello 'stato dell'arte' di dottrina e giurisprudenza FILOCAMO, *op. ult. cit.*, 2624.

Ovviamente con quella dose di ancor maggior rischio per l'attività dell'attestatore «speciale», se si consideri che questi dovrà verificare, non solo che piano e contratto pubblico risultino sinergicamente votati al miglior soddisfacimento dei creditori, ma anche che sussistano tutte le condizioni per ritenere ragionevole che tale contratto risulti regolarmente adempiuto.

Molto delicata si appalesa anche la funzione dell'attestatore speciale di cui all'**art. 182 bis, 6° co., l. fall.**, ma soprattutto quella di cui al nuovo **art. 182 septies, 5° co., l. fall.** Infatti il legislatore del 2015, a parte attribuire al professionista aziendale *de quo* un ruolo in qualche modo di esperto giuridico (almeno con riguardo alla omogeneità della posizione giuridica fra i vari creditori interessati alla convenzione di moratoria, tanto nel concordato preventivo che in quello fallimentare è proprio del Tribunale *ex artt.* 163 e 125 l. fall.), gli ha anche conferito il sostanziale potere, come d'altra parte nel caso di cui alla dichiarazione *ex art.* 182 bis, 6° co., l. fall., di essere il soggetto determinante l'attuarsi o meno di particolari diritti, pur se solo in via provvisoria, considerata la successiva fase di verifica, necessaria nel caso dell'attestazione di cui all'**art. 182 bis, 7° co., l. fall.** ed eventualmente in quella della dichiarazione di cui all'**art. 182 septies, 6° co., l. fall.**

Ed a parte il caso di dolo, pare evidente che, oltre i creditori direttamente pregiudicati da una attestazione o dichiarazione negligenzemente resa, anche il debitore non possa dolersi contro il professionista che abbia effettuato una negligente attestazione o dichiarazione ovvero l'abbia resa con colpevole ritardo.

Ma **quali danni** potrà invocare il debitore e, in caso di suo fallimento, il curatore?

Resta fermo che *ex art.* 1223 c.c. potrà richiedersi sia il danno emergente che il lucro cessante, purché in relazione immediata e diretta⁷³ (e senza interruzione del nesso di causalità)

⁷³ A tal riguardo anche recentemente la Suprema Corte ha confermato che «ove anche risulti provato l'inadempimento del professionista alla propria obbligazio-

con l'inadempimento, salvo si tratti di responsabilità per dolo, nel qual caso, ai sensi dell'art.1225 c.c., il risarcimento risulta invocabile anche per gli eventi pregiudizievoli subiti dal debitore-cliente non prevedibili allorché l'incarico fu conferito all'attestatore.

Anzitutto, **in caso di negligente o ritardata attestazione** ovvero in ipotesi di **mancaza dei requisiti soggettivi – i), iii) e iv)** – il debitore potrà richiedere a titolo di **danno emergente** la restituzione di quanto versato per il pagamento dell'opera dell'attestatore e di tutti i professionisti coinvolti per un inutile (tentativo di) concordato preventivo (ovvero A.d.R. oppure Piano di risanamento).

Potrà inoltre ottenere anche il rimborso di tutti quegli oneri fiscali originati da eventuali operazioni dismissive avviate (qualora operazioni comunque dannose negli scenari alternativi) e, più in generale, di tutte quelle spese a quel punto inutilmente affrontate nonché di tutte gli ulteriori danni che, con il previo doveroso accertamento del nesso di causalità, siano derivati dal rilascio dell'indebita attestazione (ovvero dal ritardo nel conseguimento della stessa), compreso, se del caso ed ove provato, l'aggravio del dissesto, ben possibile, ad esempio, qualora l'inadempimento o il colpevole ritardo dell'adempimento dell'attestatore sia relativo ad un piano di risanamento *ex art. 67, 3° co., lett. d), l. fall.*, non fruendo infatti tale piano attestato di alcuno dei benefici al riguardo previsti invece dagli artt.168 e 169 l. fall. in caso di concordato, e solo parzialmente in caso di A.d.R. (ed a tacere della tematica, invocabile però dai singoli creditori – e

ne, per negligente svolgimento della prestazione, il danno derivante da eventuali sue omissioni deve ritenersi sussistente solo qualora, sulla scorta di criteri probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato comunque conseguito» (così Cass.,14 maggio 2013, n. 11548; cfr. sullo stesso solco Id., 22 novembre 2004, n. 22026; Id., 9 giugno 2004, n. 10966; Id., 27 marzo 2006, n. 6967; Id., 26 aprile 2010, n. 9917, tutte pubblicate in *Foro it. on line*).

che quindi si tratterà nei successivi paragrafi – concernente i danni conseguenti alle revocatorie non più esperibili)⁷⁴.

Invece, a titolo di **lucro cessante** si potranno considerare risarcibili, una volta provatosi il nesso causale, i danni da perdita di *chance*⁷⁵ per il ritardo con il quale è stata presentata la domanda o addirittura non la si è più potuta depositare, perdendosi così, in uno scenario, ad es., di concordato in continuità, la dimostrata possibilità di cessione a prezzi più convenienti di cespiti aziendali non strumentali ovvero di partecipare ad una gara pubblica.

Nell'ipotesi di parziale esecuzione di un piano che sia poi esitato in negativo, c'è chi ipotizza, sempre a titolo di danno da lucro cessante, la differenza tra i risultati economici concretamente ottenuti e quelli cui si sarebbe potuti addivenire seguendo un piano di risanamento alternativo⁷⁶, con tutte le difficoltà che ne conseguono, rispetto ad una tale ricostruzione retroattiva, per l'imprenditore in crisi o poi sul curatore del relativo fallimento (come per i singoli creditori ovvero i terzi danneggiati), sul qual grava l'onere della prova, considerando comunque spesso il ricorrere del **concorso di colpa ex art. 1227 c.c.** del cliente/debitore (ma creditore della prestazione), sebbene in concreto 'neutralizzato' dalla corresponsabilità dei

⁷⁴ Sulla problematica strettamente connessa della *consecutio* tra procedure di concordato preventivo e fallimento, anche alla luce della regolamentazione normativa prevista dall'art. 69 bis, 2° co., l. fall., v. Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *www.ilcodicedeconcordati.it* e secondo cui «non esclude la consecuzione tra procedure uno iato temporale fra le stesse allorché si riferiscano comunque alla medesima crisi dell'impresa debitrice».

⁷⁵ Ovviamente purché si dia sempre prova che tale peculiare danno sia comunque conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'attestatore ai propri obblighi legali ed eventualmente specifici contrattuali (ad es. l'impegno a consegnare un'attestazione 'speciale' ex art. 182 quinquies l. fall. entro un termine essenziale per riuscire a conseguire un fondamentale finanziamento). Sulla tematica in generale del danno da perdita da chance, v. Cass., 26 marzo 2010, n. 7414, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1786 (s.m.), con nota di BERTONCINI.

⁷⁶ Così ROMEO, *Piani di risanamento e responsabilità civile del professionista attestatore*, in *La resp. civ.*, 2012, 566 ss.

relativi organi sociali qualora non si tratti di un imprenditore individuale.

Sotto altro angolo visuale, allorché la negligente attestazione abbia provocato ovvero concorso in maniera rilevante a ritardare la dichiarazione di fallimento di un'impresa ancora in esercizio, sarà possibile applicare il criterio della quantificazione del **danno fondato sul c.d. «differenziale dei patrimoni netti»**⁷⁷, ponendo cioè a confronto la situazione patrimoniale nel momento in cui l'impresa avrebbe dovuto chiedere il fallimento e quella in cui il fallimento è avvenuto.

Ovviamente detta operazione di calcolo necessiterà, di volta in volta, di correttivi in relazione al caso concreto: ad esempio depurando dalla situazione patrimoniale iniziale quelle poste dell'attivo la cui valorizzazione si giustifica esclusivamente in una prospettiva di continuità aziendale (salva la possibilità di un utile esercizio provvisorio *ex art. 104 l. fall. finalizzato alla vendita dell'impresa in esercizio*); così come non potrà tenersi conto di tutti quei costi che comunque sarebbero stati affrontati anche nel caso di pronta/corretta messa in procedura alternativa.

Allo stesso modo, **in caso di mancata attestazione di un piano meritevole – ii)** – il professionista dovrà sopportare, a titolo di **danno emergente**, il risarcimento di tutti i compensi degli altri professionisti inutilmente coinvolti, oltre agli aggravii conseguenti al ritardo di accesso alla procedura (basti pensare, ad es., al decorso degli interessi, invece, bloccati – per i creditori chirografi – e limitati – per i prelatizi – dal deposito della domanda di concordato *ex artt. 169/55 l. fall.*); così come non potrà pretendere, ovviamente, il pagamento del proprio compenso⁷⁸.

⁷⁷ Criterio richiamato anche da VITIELLO, *Le soluzioni concordate*, cit., 17.

⁷⁸ Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, cit. e Trib. Milano, di pari data, in *www.iffallimentarista.it*, con nota 17 Maggio 2012 di BOTTAI, *Concordato revocato e degradazione al privilegio del credito dell'attestatore. La responsabilità «contrattuale» del professionista*.

Anche in tale caso potranno richiedersi, a titolo di **lucro cessante**, i danni per perdita di *chance*, come *supra* ipotizzati.

Inoltre la responsabilità dell'attestatore potrà rilevare su un piano di risarcimento **danni non patrimoniale ex art. 2059 c.c.**⁷⁹ ove si concretizzi la fattispecie penalistica di cui all'art. 236 bis l. fall.

Ci si può infine interrogare se in presenza dell'inadempimento dell'attestatore, l'altra parte contrattuale possa limitarsi a chiedere il risarcimento del danno, come sopra individuato, ovvero debba contestualmente domandare la risoluzione del contratto, con effetti sulle restituzioni delle prestazioni già rese.

L'orientamento giurisprudenziale più recente, che pare del tutto condivisibile in applicazione dei principi generali in materia di inadempimento⁸⁰, ritiene che la richiesta di restituzione del corrispettivo da parte del creditore comporti implicitamente quella volta ad ottenere la risoluzione del contratto, la quale ne costituisce (anche qualora non formulata in modo espresso) l'antecedente logico-giuridico⁸¹.

A chiusura un breve cenno **sulla responsabilità del professionista ex art. 160, 2° co., l. fall.** e sulla tipologia dei

⁷⁹ Andrà comunque tenuto conto dei principi delineati in materia di risarcimento del danno non patrimoniale da Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it. on line* (annotata sulle principali riviste giuridiche) che, come è noto ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., nel senso di un ristoro per il danno *ex c.d.* «morale» non solo quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato, ovvero quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali); ma quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale.

⁸⁰ Cfr. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 84, 92 ss.

⁸¹ Cass. 5 ottobre 2009, n. 21930, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1336; Trib. Roma, 5 giugno 2006, in *Contratti*, 2007, 759. *Contra*, Cass. 24 novembre 2010, n. 23820, in *Mass. Foro it.*, 2010, 1028, secondo cui la domanda di risoluzione non può ritenersi implicita nella domanda di risarcimento del danno. Ed, a rigore, il compenso pagato al professionista, non può essere qualificato *ex se* come un danno. In tal senso BERTOLINI CLERICI, BOTTAI, PAGLIUGHI, *op. cit.*, 56-57.

danni richiedibili nei suoi confronti da parte del debitore concordatario⁸².

Vista la sicura assimilabilità tra le due figure (v. sul punto *sub* nota 3), può senz'altro affermarsi che trattasi di responsabilità contrattuale, invocabile in caso di fallimento dal curatore *ex art.* 43 l. fall.

Quanto ai danni, a parte quelli da ritardo della prestazione (sovrapponibili se sussistenti e diversi da quelli dall'attestatore)⁸³, i pregiudizi più significativi lato debitore potrebbero verificarsi allorché il professionista abbia redatto una negligente relazione provocante l'inammissibilità ovvero la mancata omologa del concordato, come potrebbe accadere anche su rilevazione d'ufficio trattandosi di aspetto afferente, come visto, i

⁸² Sui criteri di redazione della relazione ai sensi dell'art.160, 2° co., l. fall. di rilievo risultano i principi enunciati ne *La relazione giurata estimativa del professionista nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, pubblicata dal CNDCEC il 19 febbraio 2009. In dottrina, cfr. BENEDETTI, *op. cit.*, 1044 e ss.; CECCHERINI, *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione delle crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 299 e ss.; CAPALBO e SORRENTINO, *I rapporti tra «valore di mercato» e «ricavato in caso di liquidazione» nella «relazione giurata» ex art. 160, 2° comma, l. fall.*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 331 e ss.

⁸³ Con la precisazione che, qualora il debitore scelga di proporre un pagamento non integrale dei prelatizi, ritenendo quindi che ne sussistano i presupposti, non deve comunque predisporre un previo piano sul punto, come invece nel caso del piano concordatario generale e relativa attestazione *ex art.* 161, 3° co., l. fall., bensì limitarsi a chiedere al designato professionista se la propria scelta – *rectius*: ipotesi di scelta – risulti fondata ed eventualmente in che misura, per poi, ove la relazione del professionista *ex art.* 160, 2° co., l. fall. conforti la sua ipotesi ed il debitore decida, quindi, di avvalersi della facoltà riconosciutagli dalla norma, procedere di conseguenza al (la proposta di) pagamento ridotto dei prelatizi. Ovvero anche dilazionato secondo «tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione in caso di concordato cosiddetto liquidativo) [...] alla luce della relazione giurata *ex art.* 160, 2° comma, l. fall.» (Cass., 2 settembre 2015, n. 17461, in *www.ilcaso.it*; in senso assolutamente conforme Id., 26 settembre 2014, n. 20388, in *Fall.*, 2015, 273; Id., 9 maggio 2014, n. 10112, in *Foro it.*, 2014, I, 3171).

«presupposti giuridici della procedura e risulta quindi sindacabile dal giudice»⁸⁴.

Con conseguenti possibili danni, tanto sul piano di quelli emergenti (per inutili costi dovuti sopportare) che da lucro cessante (negli stessi termini già *supra* trattati rispetto alle attestazioni)⁸⁵.

3. La natura della responsabilità civile dell'attestatore verso i creditori e gli altri terzi

Per comprendere e rettammente interpretare il ruolo che il moderno diritto della crisi d'impresa ha ritagliato per il professionista chiamato ad asseverare i piani di ristrutturazione o risanamento dei debiti aziendali non pare sufficiente soffermarsi ad analizzare le disposizioni contenute in varie norme della legge fallimentare (artt. 67, 161, 182 bis, 182 quater, 182 quinquies, 186 bis e 217 bis, alle quali oggi si aggiunge, dopo la conversione del d.l. 83/2015 ad opera della l. 6 agosto 2015, n. 132, il nuovo art. 182 septies e il novellato art. 163), occorrendo piuttosto studiare il contesto ordinamentale nel quale questo esperto si trova ad operare. Figura e funzioni dell'attestatore nascono, infatti, per soddisfare le due fondamentali esigenze di qualunque mercato (e di quello delle imprese in crisi, in particolare):

a) assicurare la massima trasparenza della situazione patrimoniale, economica e finanziaria in cui versa il debitore propo-
nente e, al contempo,

⁸⁴ Cfr. Cass., 13 marzo 2015, n. 5107, cit., riguardante proprio un caso di censurata relazione *ex art.* 160, 2° co., l. fall.

⁸⁵ Reputiamo che, per quanto già *supra* osservato (v. anche note 60 e 62), una volta intervenuta l'omologa del concordato, il professionista in esame inadempiente – così come l'attestatore – difficilmente con successo potrebbe essere chiamato a rispondere di danni nei confronti del debitore, salvo si giunga ad una delle due soluzioni patologiche di cui agli artt. 186/137 o 138 l. fall. per fatti imputabili all'attività del professionista.

b) fornire il più vasto spettro di informazioni utili a valutare l'effettiva realizzabilità del progetto di superamento della crisi presentato ai creditori⁸⁶.

Lungo queste due direttrici si sviluppano le discipline giuridiche ed economiche che presiedono ai settori della società contemporanea nei quali esiste e opera il mercato.

Queste informazioni (o la loro scarsità), affinché non danneggino i destinatari, necessitano di continui controlli da parte di chi è preposto al regolare svolgimento dei traffici: durante la fisiologica vita delle imprese operano il collegio sindacale, l'organo di vigilanza e i revisori legali; nella crisi d'impresa uno dei soggetti a ciò preposti – anzi il primo fra tutti, in ordine di tempo (tribunale e commissari, ove previsti, intervengono in seguito) – è proprio il professionista chiamato ad asseverare la veridicità dei dati aziendali sui quali si fonda il piano di ristrutturazione e la fattibilità del medesimo. Non basterà un'informazione generica al mercato, ma occorre che essa sia certa, veritiera, completa e non costosa: tutte qualità assicurate dalle attuali norme della legge fallimentare, tali da configurare ormai l'informazione medesima non solo come un metodo di formazione del consenso, bensì alla stregua di un vero e proprio bene (*rectius*, diritto) suscettibile di essere scambiato – i creditori «pagano» l'attestatore con moneta prededucibile – e, quindi, di generare responsabilità.

Ci si accorge, infatti, che se il mercato (come sistema di informazioni) può fallire per l'insufficiente informazione degli agenti al momento della decisione – e un'azienda in crisi rara-

⁸⁶ Le norme che stabiliscono gli obblighi informativi, essendo inderogabili, garantiscono ai creditori, i quali in tutto o in parte ne sono sforniti, i dati necessari per prendere una decisione pienamente consapevole. Un'altra funzione delle attestazioni in parola è da taluno definita «istruttoria» (limitatamente alle procedure giudiziali), in quanto esse sostituiscono le c.t.u. che, nel vecchio regime, venivano sovente affidate dai tribunali a professionisti di propria fiducia affinché fornissero al collegio giudicante gli elementi contabili e aziendalistici utili a valutare l'ammissibilità delle proposte di concordato preventivo giusta i presupposti contenuti nell'art. 160 l. fall. vigente fino al 2005.

mente rivela le cause di essa, protraendo l'attività con i capitali e i mezzi dei creditori –, il ruolo della legge (*recte*, del diritto commerciale e fallimentare) è di ridurre tali asimmetrie e incertezze⁸⁷.

In Italia le norme di cui agli artt. 2423 ss. e 2485-2487 c.c., applicabili nella fase precedente il dissesto, hanno quell'obiettivo; in seguito, al medesimo scopo, scattano le cautele e gli incentivi innestati nella legge fallimentare dall'art. 33, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134. Così si dovrebbe pervenire alla «allocazione efficiente, ma anche equa delle risorse a tutela del soggetto debole, portatore di deficit informativo», realizzando al contempo un risultato ottimale per l'economia secondo la teoria di Pareto, che sia anche equo eticamente e giusto per il diritto⁸⁸.

Ne deriva che il sistema giuridico, essendo basato sul principio della responsabilità individuale, tende ad incepparsi laddove sorgano dubbi nella valutazione dei nessi di causalità o imputabilità degli eventi, non sempre nitidamente individuabili. Si assiste, quindi, all'indebolimento della concezione della responsabilità per colpa nel quadro del crescente orientamento al rischio dei sistemi giuridici moderni, con conseguente ampliamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva quale strumento di amministrazione del rischio e successiva socializzazione dei costi delle decisioni (rischiose) per mezzo del ricorso al mercato delle assicurazioni private⁸⁹. Al contempo, però, si

⁸⁷ Le asimmetrie informative sono in parte insopprimibili, in quanto derivanti dal costo di raccolta delle informazioni (a sua volta dipendente dal modo in cui sono strutturati gli agenti e i mercati di riferimento e dalla presenza o meno di incentivi alla rivelazione dei dati: ogni incremento di obblighi informativi genera, pertanto, maggiori costi, che vanno a gravare sui creditori, come emerge palese ad es. dalla nomina del commissario «provvisorio», a mente del novellato art. 161, 6° co., l. fall.), e in parte indispensabili affinché si abbiano scambi commerciali (se tutti avessero le medesime informazioni vi sarebbe un unico prezzo sul mercato e non si produrrebbe l'effetto positivo della concorrenza).

⁸⁸ BOCCHINI, *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, I, 2^a ed., Asago, 2011, 4 ss.

⁸⁹ LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it. di G. Corsi, Milano, 1996.

va radicando l'orientamento che tende a valorizzare il dato del «contatto sociale qualificato», onde trarne conseguenze giuridiche determinate.

Calando il ragionamento nella materia qui trattata (la funzione dell'attestatore nei piani di soluzione delle crisi aziendali), occorre partire dalla posizione del Supremo Collegio giudicante⁹⁰, la quale al riguardo ha enunciato che «Al detto attestato deve essere attribuita la funzione di fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi tutti che sarebbero altrimenti acquisibili soltanto tramite un consulente tecnico nominato dal giudice. Ne consegue dunque che, pur non essendo un consulente del giudice – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo –, il professionista attestatore ha le caratteristiche di indipendenza (ulteriormente indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali previste dalla l. fall., art. 236 bis, introdotto con il d.l. 83/2012) e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo. Deve dunque ritenersi che egli svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice, come pure si desume dal significativo ruolo rivestito in tema di finanziamento e di continuità aziendale (l. fall., art. 182 quinquies, di cui al d.l. 83/2012), circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori e viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario».

Da ultimo la Corte di legittimità ha avuto modo di precisare che il tribunale ha il compito di esaminare criticamente la relazione del professionista che accompagna il piano indicato dall'imprenditore, verificando che l'attestazione di veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano medesimo non solo trovi puntuale riscontro nella documentazione allegata,

⁹⁰ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, par. 12.4.

ma sia sorretta da argomentazioni logiche, idonee a dar conto della congruità delle conclusioni assunte rispetto ai profili di fatto oggetto di esame (Cass., 4 settembre 2015, n. 17659; Id., 31 gennaio 2014, n. 2130), al fine di consentire ai creditori la piena valutazione della convenienza della proposta. Pare a chi scrive superata, per le considerazioni che seguiranno, la concezione che ricostruisce l'attività del professionista in discorso come soggetta ai canoni della responsabilità extracontrattuale, sia pur dall'angolo visuale della lesione del credito da parte di terzi.

Stante l'insostituibile ruolo di garanzia del ceto creditorio svolto dall'esperto, presidiato ora da una grave sanzione penale (che prevede contemporaneamente reclusione e multa: v. art. 236 bis), appare più consono alla premessa ravvisare nelle varie disposizioni di legge che lo riguardano l'attribuzione di specifici obblighi c.d. di protezione a tutela di una cerchia predeterminata di soggetti – il cui interesse informativo, ai sensi dell'art. 1174 c.c., appare specularmente corrispondente –, piuttosto che generici doveri riconducibili al generale precetto aquiliano del *neminem laedere*. Se dovesse prevalere la tesi della responsabilità contrattuale (nella versione «da contatto sociale») del professionista nei confronti dei creditori, le agevolazioni previste dalla legge per l'attore in giudizio, quanto a contestazioni e regime probatorio (artt. 1218 e ss. c.c.), renderanno difficoltosa la difesa⁹¹; e già si riscontra un correlato sviluppo del mercato delle polizze assicurative a copertura di siffatti rischi, allo stato neppure emersi in tutta la loro pericolosità, data la novità della disciplina sanzionatoria.

⁹¹ Un tema, questo del tipo di responsabilità che grava sul professionista attestatore nei confronti dei creditori dell'impresa in crisi e dei terzi con i quali egli viene in contatto per effetto della propria opera, non ancora oggetto di decisioni edite in giurisprudenza (salvo quel Trib. Milano, 9 febbraio 2012, in *www.ilfallimentarista.it*, che ha decurtato per inesatto adempimento il credito dell'esperto insinuato al passivo negandogli la chiesta prededucibilità) e tuttavia particolarmente sentito dalla categoria professionale chiamata in causa.

Le fonti normative dell'operato dell'attestatore.

A tal fine il ragionamento deve muovere dal quadro normativo che disciplina la figura e i compiti dell'attestatore.

Fino all'emanazione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134 [entrata in vigore il 12 agosto 2012, ma applicabile *ex art.* 33, 3° co., del d.l. ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione, nonché ai piani attestati di risanamento elaborati successivamente al predetto termine (i.e. dall'11 settembre 2012)], le norme che disciplinavano la figura e l'attività del professionista chiamato ad attestare, rispettivamente, la ragionevolezza del piano di risanamento, l'attuabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti e la fattibilità del piano di concordato preventivo erano tanto esigue quanto piuttosto generiche.

Con il menzionato intervento legislativo del 2012 la regolamentazione dell'attività degli esperti in parola è mutata in misura notevole sia dal punto di vista delle incompatibilità finalmente stabilite (divenute assai stringenti), sia sotto il profilo dell'estensione del ruolo e dei compiti ad essi affidati in ormai tutte le fasi della crisi d'impresa, fino alla previsione di un'apposita figura di reato proprio – denominato «Falso in attestazioni e relazioni» (art. 236 bis), con esplicite aggravanti.

La novella del 2012, rimodellando il 3° comma, lett. d) dell'art. 67, al pari del 1° comma dell'art. 182 bis, «sì da uniformare il compito dell'esperto al dettato dell'art. 161, 3° comma, ha prescritto *in primis* che la relazione si occupi espressamente della veridicità dei dati aziendali e, per l'effetto, della fattibilità anche dei piani di ristrutturazione, in modo da conferire omogeneità, in tutti e tre gli strumenti di soluzione della crisi, all'incarico di asseverazione».

Si è preso atto, quindi, che il lavoro del professionista è molto articolato e comporta un impegno notevole, sol considerando come l'attestatore debba, in primo luogo,

a) verificare puntualmente la regolare tenuta della contabilità, procedendo a riscontri effettivi e non accontentandosi di rilievi a campione (per lo meno nei casi in cui il proponente non usi sistemi contabili e di controllo interno sofisticati), e la precisione e correttezza dei bilanci (almeno gli ultimi cinque, onde avere un quadro fedele) e dei modi di contabilizzazione delle voci;

b) procedere alla circolarizzazione di tutti i crediti e i debiti, invitando le controparti a dichiarare il proprio titolo, scomposto dalla quota I.V.A.; indi

c) inventariare tutti i beni, recandosi in sede o assicurandosi (tramite testimonianze scritte di collaboratori, dirigenti, dipendenti e custodi) della loro giacenza e persistenza;

d) rivedere e condividere le stime di beni, crediti e pretese (es. le svalutazioni di crediti al di fuori degli indici comunemente utilizzati, le riserve di appalti non iscritte in bilancio o le cause risarcitorie da intentare, prive di solide basi documentali) operate dai periti incaricati dall'imprenditore, anche agli effetti della falcidia dei privilegi (art. 160, cpv.); nonché

e) valutare la corretta formazione delle classi, ove articolate, poiché tale scelta incide sulla predisposizione del piano (all'evidenza ideato a favore di talune categorie, a scapito di altre) e sulla distribuzione dell'attivo, potendo risultare preclusiva dell'ammissione prima o dell'omologazione poi; infine

f) pronosticare l'avveramento, seppur parziale, delle *assumptions* cui il piano di risanamento è soggetto, valutando inoltre l'impatto giuridico-economico dei contratti in corso di esecuzione e, per il concordato con continuità aziendale, motivare (provandolo) che la prosecuzione dell'attività d'impresa, così come in determinati casi il pagamento di debiti pregressi, è funzionale ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori

(artt. 186 bis e 182 quinquies, 5° co., l. fall.: clausola generale che connota ormai i concordati)⁹².

Il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. con modif. dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, ha integrato il contenuto della proposta di concordato inserendo all'art. 161, 2° co., lett. e), la seguente proposizione: «in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore» (su cui evidentemente l'attestatore deve pronunciarsi). E all'art. 160 l. fall. ha aggiunto un nuovo 4° comma, che introduce la soglia minima del 20% di soddisfazione per i crediti chirografari nei concordati liquidatori (anche su tale soglia l'asseveratore deve convenire e assicurarne il raggiungimento). Appare, dunque, intuitiva la maggiore complessità e responsabilità dell'opera cui l'attestatore è chiamato rispetto a quella dell'esperto in tema di fusioni (figura cui rinviava il previgente art. 67, 3° co., lett. d); ed è per tale ragione che il legislatore del 2012, ideatore dell'estensione dei compiti attribuiti al detto professionista, ha ritenuto di espungere il richiamo all'art. 2501 bis c.c., onerando così gli interpreti di individuare in maniera più appropriata l'oggetto della prestazione in discorso.

Alle fonti normative primarie che regolano la specifica materia – la legge fallimentare e le disposizioni del codice civile dedicate ai principi e criteri di redazione e valutazione del bilancio (vale a dire gli artt. 2423-2429), nonché gli artt. 14 e 15, d.lgs. 39/2010, che dettano le regole per la revisione legale dei conti –, si affiancano le regole tecniche e i codici di comportamento, gli *standards* di *best practice* e i principi contabili cui il professionista attestatore (necessariamente iscritto nel registro dei revisori) deve attenersi nell'esecuzione dell'incarico.

⁹² Cfr. AA.Vv., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit. Il controllo dell'asseveratore si estende, inoltre, ai profili giuridici della proposta rivolta ai creditori, in ossequio ai principi-guida di qualunque procedimento volto al superamento della crisi d'impresa.

Tra le fonti specifiche, della massima importanza sono oggi i «Principi di attestazione dei piani di risanamento», che il CNDEC ha approvato il 3 settembre 2014 e costituiscono il risultato di un progetto di ricerca svolto in collaborazione tra il mondo accademico (AIDEA, associazione che riunisce i docenti universitari delle discipline aziendali) e quello professionale (rappresentato da varie associazioni di categoria), con l'intento dichiarato di «indicare modalità operative e costruire modelli virtuosi di comportamento» idonei a fungere da *best practices* nella redazione delle attestazioni (principio 1.2)⁹³. Come suggerisce il titolo tali principi sono pensati per le situazioni di continuità aziendale, attagliandosi solo parzialmente a strumenti di tipo liquidatorio. Ma nei limiti di compatibilità dovranno trovare applicazione anche nei concordati liquidatori.

Poiché il piano di ristrutturazione oggetto di analisi e valutazione è composto da parti invariabili, quali

- la diagnosi della crisi;
- i dati di bilancio e le opportune rettifiche (secondo i principi OIC);
- le ipotesi di base del piano e le metodologie di predisposizione;
- le misure operative finalizzate al risanamento;
- la durata del piano;
- le risorse necessarie e quelle a copertura dei rischi;
- eventuali variabili (prevedibili) e altre peculiarità.

Il primo riferimento che il professionista deve tenere presente è, naturalmente, il disposto dell'art. 161, 2° co., l. fall. (richiamato anche dall'art. 182 bis, 1° co., l. fall.), nella parte in cui elenca i documenti da presentare al tribunale insieme alla domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione (per i piani attestati vige il medesimo obbligo, seppur non testualmente prescritto, per

⁹³ V., *e pluribus*, AMBROSINI e TRON, *op. cit.*, sez. Articoli, 8 marzo 2015.

logica deduzione: come potrebbe attestarsi la fattibilità di un piano se prima non si verificasse la veridicità dei dati contabili e aziendali di partenza?), che debbono assolutamente essere vagliati dall'asseveratore:

a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;

b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;

c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;

d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;

e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Ma è solo l'inizio: l'oggetto dello scrutinio dell'esperto è costituito da tutte le scritture contabili e fiscali obbligatorie (v. artt. 2214 ss. c.c.; quelle facoltative, come ad es. il libro cespiti ammortizzabili, rappresentano il riscontro o l'approfondimento di quanto già contenuto nelle prime), al pari di tutti i documenti aziendali che si reputano rilevanti al fine (fatture, ordini, prime note, mastrini, sottoconti, ecc.); oltre a quelli, settoriali, che le attestazioni specifiche di cui agli artt. 182 quinquies e 186 bis dovessero implicare.

Con la novellazione dell'art. 163 l. fall. ad opera del d.l. 83/2015 (conv. in l. 132/2015)⁹⁴, qualora l'attestatore non dichiari che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale *ex art. 186 bis*, di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari, i creditori che

⁹⁴ Le modifiche all'art. 163 si applicano ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente alla entrata in vigore della legge di conversione (21 agosto 2015).

rappresentano almeno il 10% dei crediti⁹⁵ risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'art. 161, 2° co., lett. a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. In tale ipotesi la relazione di attestazione può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano.

Laddove con l'introduzione da parte del medesimo decreto legge del nuovo art. 182 septies l. fall., rubricato «Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», l'asseveratore dovrà, fra l'altro, attestare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla convenzione di moratoria (una o più banche o intermediari finanziari: v. 5° comma).

Il secondo riferimento è ai principi di revisione nazionali e internazionali in tema di verifica delle scritture contabili (richiamati dal d.lgs. 39/2010), atteso che l'obbligo prioritario inerisce alla certificazione della veridicità dei dati aziendali posti a base del piano.

Al riguardo occorre rilevare che a livello europeo i principi di revisione vigenti sono quelli emanati dalla commissione dell'IFAC (*International Federation of Accountants*) denominata IAASB (*International Auditing and Assurance Standard Board*). L'applicazione degli *International Standards on Auditing* è divenuta obbligatoria dal 2008, giusta quanto previsto dalla direttiva 2006/43/CE del 17 maggio 2006, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, il cui art. 26 impone agli Stati membri di prescrivere che i revisori legali e le imprese di revisione contabile eseguano le revisioni dei conti conformemente ai principi di revisione internazionali adottati

⁹⁵ Ai fini del computo della percentuale del 10% non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo.

dalla Commissione, con l'obiettivo di pervenire all'armonizzazione della funzione della revisione legale dei conti delle imprese. Il recepimento della direttiva nel nostro Paese è avvenuto con il d.lgs. 39/2010.

Tra i documenti elaborati e raccomandati dallo IAASB vi sono gli ISAE (*International Standards on Assurance Engagements*), che costituiscono i principi di revisione applicabili negli incarichi di «*assurance*» – ossia di «attestazione» –, nell'ambito dei quali principale rilievo assume il documento ISAE 3400, che definisce gli standard di comportamento nel processo di verifica e successivo giudizio sulle proiezioni finanziarie previsionali fondate su assunti ipotetici. Esso rappresenta una *best practice* per l'esperto, dal momento che approfondisce tutte le fasi di svolgimento dell'incarico, a partire dalla conoscenza del business indagato e del settore di riferimento (dati statistici e indici di raffronto).

Sul piano nazionale il riferimento primo è ai principi contabili codificati dall'Organismo Italiano di Contabilità, in particolare nei c.d. OIC 5 (applicabili ai piani di liquidazione) e OIC 6 – circa il trattamento contabile e l'informativa integrativa da fornire in merito agli effetti prodotti dalle operazioni di ristrutturazione del debito poste in essere da un'impresa in continuità aziendale.

Ferma la descrizione dei sistemi di organizzazione, gestione e controllo interni all'impresa e delle misure improntate al *turnaround*, la cui adeguatezza e sostenibilità sono da verificare con metro severo (è la *disclosure* che consente di ridurre le asimmetrie informative a svantaggio dei creditori), occorre considerare che quanto maggiore sia il periodo di previsione tanto minore ne risulterà l'attendibilità; di qui la preferenza (di creditori e tribunali) per piani basati su un arco temporale «ragionevolmente contenuto», come ha ribadito la Suprema Corte (Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.), comunque coordinati con la struttura finanziaria dell'impresa.

Altra autorevole fonte di regolamentazione dell'attività asseverativa è data dalle «Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa» (elaborate dal CNDCEC – Commissione di studio crisi e risanamento di impresa nel 2009: in *www.cndcec.it*), le quali, mostrando le sempre più ampie ed interessanti prospettive per tutti quei professionisti che si occupano delle ristrutturazioni aziendali, tendono ad esigere dagli stessi sia una solida preparazione giuridica, al fine di individuare le soluzioni che meglio si conciliano con la crisi dell'impresa, sia adeguate competenze in materia aziendalistica, allo scopo di valutare l'aleatorietà di tutti gli strumenti in loro possesso e l'impatto delle varie alternative possibili al fine di superare le difficoltà in cui l'imprenditore può venirsi a trovare.

Ulteriore traccia di lavoro può rinvenirsi nelle «Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi», predisposte nel 2010-2011 collegialmente da noti accademici dell'Università di Firenze, Assonime e CNDCEC, periodicamente aggiornate⁹⁶ e citate in molteplici saggi ed articoli su riviste pubblicati presso gli editori più accreditati, non limitate al particolare profilo del finanziamento in pendenza di procedura.

Si aggiungano, quali termini di riferimento per vari aspetti dell'attività degli esperti, le «Linee-guida dell'ABI per la valutazione degli immobili in garanzia delle esposizioni creditizie», gli «*Impairment test* in contesti di crisi» emanati dall'Organismo Italiano di Valutazione e le «Linee-guida alla redazione del *business plan*» (fonte: CNDCEC), oltre alle «Norme di comportamento del collegio sindacale nella crisi d'impresa», sempre a cura del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti.

Ma l'intervento più aggiornato e specifico, si ripete, è rappresentato dai menzionati «Principi di attestazione dei piani di

⁹⁶ Cfr. in *www.unifi.it/nuovodirittofallimentare*; *www.assonime.it*.

risanamento», approvati dal CNDEC nel settembre 2014, dei quali si occupa diffusamente il presente volume.

A chiusura della cornice normativa non si può non rammentare il presidio penale dell'attività asseverativa inserito nell'art. 236 bis l. fall., in forza del quale il professionista che «espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro», salve specifiche aggravanti.

Queste essendo le principali fonti di disciplina dell'opera degli attestatori, appare indubitabile che ci si trova al cospetto di un'attività altamente qualificata e di massima specializzazione, in cui il fattore intellettuale e l'elemento fiduciario predominano.

Come efficacemente descritto l'attestazione è espressione non di una discrezionalità valutativa assoluta bensì di una discrezionalità tecnica – in ordine sia allo sviluppo del lavoro, sia ai mezzi da impiegare –, che ne determina la sindacabilità, in principio, sotto il profilo della correttezza del metodo adottato, della completezza e coerenza dell'analisi, della plausibilità dei risultati⁹⁷. E a tale conclusione è giunta da tempo la Suprema Corte⁹⁸.

Dal punto di vista processuale, le disposizioni legislative in rassegna legittimano la precostituzione (fuori del giudizio) di un mezzo di prova, avente valore di indizio (al pari di ogni documento proveniente da un terzo), il cui apprezzamento è affidato alla valutazione discrezionale del giudice, ma della quale non è obbligato a tenere conto⁹⁹.

⁹⁷ NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Appendice di aggiornamento 2012*, in *www.mulino.it*; PATTI, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa*, Assago, 2010, 324.

⁹⁸ Oltre a Cass., Sez. Un., 1521/2013, cit., si v. anche Cass., 11497/2014, in *Foro it.*, 2014, I, 3170, e 11423/2014, in *Mass. Foro it.*, 2014, 387; Id., 2130/2014, in *Fall.*, 2014, 765, e Id., 21901/2013, in *Mass. Foro it.*, 2013, 697 e altre precedenti.

⁹⁹ Cass., 22 aprile 2009, n. 9551, in *Arch. circolaz.*, 2009, 909.

Dando per acquisito che il professionista chiamato ad esprimere un giudizio di veridicità sui dati e di ragionevolezza *ex ante* sul piano di sistemazione della crisi (ragionevolezza e fattibilità sono qui concetti sinonimi) opererà in maniera differente, a seconda che debba valutare

- l'idoneità di esso a risanare l'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria [art. 67, 3° co., lett. d)] ovvero

- l'attuabilità degli accordi di ristrutturazione conclusi sulla base di quel piano, con particolare riguardo all'integrale (non più regolare) pagamento dei creditori non aderenti nei termini all'uopo fissati dall'art. 182 bis (centoventi giorni)¹⁰⁰, ovvero ancora

- la fattibilità del piano di concordato preventivo, sia nel contesto di continuità aziendale (*going concern*: art. 186 bis) sia nel più frequente (e meno complesso) scenario liquidatorio (artt. 160 e 182), ivi comprese eventuali «modifiche sostanziali della proposta o del piano» (art. 161, 3° co., ult. periodo)¹⁰¹;

- in dipendenza della decisione economica dell'imprenditore e dei suoi consulenti, in tutte le ipotesi previste l'intervento dell'esperto ha la funzione di garantire (in senso lato), attraverso attestazioni dotate appunto di particolare affidabilità, sia la corrispondenza a realtà dei dati forniti dal debitore, sia l'idoneità delle proposte o dei programmi del medesimo a soddisfare gli interessi coinvolti¹⁰²⁻¹⁰³.

¹⁰⁰ Oltre alle nuove prescrizioni di cui all'art. 182 septies, 5° co.

¹⁰¹ Oltre a quanto dispone ora l'art. 163, 4° co., per l'ipotesi di proposte concordatarie concorrenti.

¹⁰² Per le c.d. attestazioni specifiche introdotte con il d.l. 83/2012 l'obiettivo sarà, di volta in volta, quello di ottenere le autorizzazioni del tribunale a contrarre finanziamenti oppure a pagare creditori strategici (art. 182 quinquies) ovvero a partecipare a gare di appalto (art. 186 bis).

¹⁰³ È prevedibile che se il tribunale (in ipotesi di c.p.) dovesse rilevare incomplezze o incongruenze della relazione, non considerate gravi, il debitore possa ottenere un termine di 15 giorni per integrare dette lacune (art. 162, 1° co.).

Aspetti salienti del rapporto con creditori e terzi.

Poiché l'attestatore deve pronunciarsi anzitutto sulla verità dei dati aziendali¹⁰⁴ – anche in relazione ai piani di risanamento e agli accordi di ristrutturazione, come acclarato dalla modifica degli artt. 67, 3° co., lett. d) e 182 bis, 1° co. –, viene anzitutto a cadere la legittimità di quelle clausole (di stile o meno) che tenderebbero a limitare l'ambito di controllo – e conseguente responsabilità – assunto (i c.d. *disclaimers*).

Per svolgere compiutamente l'opera demandatagli il professionista ha il potere-dovere di ottenere dall'imprenditore tutte le informazioni e i documenti utili, posto che la norma impone la predetta verifica. La mancata attivazione in tal senso e l'omessa richiesta di spiegazioni e/o chiarimenti ridonderà a carico dell'esperto stesso in sede di scrutinio della sua responsabilità.

A seconda delle dimensioni delle imprese in crisi potrà presentarsi il problema di eseguire una completa verifica di tutti i dati aziendali in tempi ragionevoli e con costi non esorbitanti; in tal caso il professionista dovrà porre particolare attenzione¹⁰⁵:

«(a) agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi, con particolare riferimento, in considerazione dell'entità dei flussi di cassa attesi, alle componenti del capitale circolante;

(b) agli elementi che presentino profili di rischio ai fini dell'attestazione (*assumptions* e beni immateriali);

(c) all'insussistenza di elementi che destino sospetti circa la correttezza e l'affidabilità delle rappresentazioni contabili dei fatti di gestione.

¹⁰⁴ L'assunzione di responsabilità da parte del professionista attestatore in ordine alla veridicità dei dati sui quali si fonda il piano costituisce un elemento ineludibile, non potendo la relazione di detto professionista limitarsi a rimandare, sul punto, alle risultanze dei controlli effettuati da una società di revisione: v. Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 479.

¹⁰⁵ Cfr. le Linee-guida per il finanziamento delle imprese in crisi.

Ne consegue che:

(1) in presenza di dati forniti unicamente dal debitore, senza precise assunzioni di responsabilità da parte di soggetti indipendenti e qualificati (quale il soggetto eventualmente incaricato del controllo contabile o esperti nominati ad hoc per la valutazione di specifici cespiti), il professionista si assume l'integrale responsabilità dell'attendibilità dei dati aziendali;

(2) in presenza di dati recenti verificati da un revisore, è legittimo per il professionista riporre un sia pur non completo e incondizionato affidamento sul lavoro già svolto. Lo stesso può dirsi, limitatamente ai dati che ne sono oggetto, in presenza di perizie, verifiche e pareri di congruità provenienti da soggetti che appaiano qualificati in relazione all'indagine concretamente effettuata. Anche in presenza di verifiche fatte da altri, tuttavia, qualora emergano elementi di anomalia (c.d. *'red flags'*), il professionista deve indagare al fine di giungere ad un giudizio che, lo si ribadisce, deve essere (e non può non essere) di attendibilità dei dati».

L'esperto potrà non condividere il contenuto o il metodo di rappresentazione dei dati: in simili casi il suo giudizio potrà rimanere sostanzialmente positivo, seppur accompagnato da «rilievi» o eccezioni, i quali consentono ai destinatari della relazione di valutare meglio le possibilità di realizzazione delle misure proposte. Qualora, però, le riserve formulate afferiscano ad aspetti essenziali del piano, difficilmente l'attestazione sarà rilasciata in forma positiva e, allora, occorrerà procedere – ove ancora possibile – alla trasformazione del genere di piano (es. in liquidatorio puro)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La possibilità di redigere una relazione negativa circa la veridicità dei dati o la fattibilità del piano, rara nella prassi, potrà verificarsi unicamente in presenza di insanabile discordanza di vedute con il committente. Meno infrequente risulterà l'impossibilità di attestare, per mancata condivisione dei dati, delle stime o dei criteri contabili utilizzati dall'impresa committente, nel qual caso sarà interesse dell'esperto comunicare per iscritto alla parte le ragioni di detta conclusione.

Mentre sono ammesse ipotesi subordinate («laddove non si verifichi quell'evento presupposto, si potrà realizzare l'alternativa subordinata, con quelle conseguenze ben ponderate», purché il mutamento sia previsto nella proposta e avvenga in modo pressoché automatico), non è consentito introdurre condizioni (ad es. se la transazione fiscale verrà accolta o se la banca erogherà il prestito o se il cliente acquisterà un dato bene o quantitativo di merce), altrimenti i creditori non avrebbero un unico scenario da approvare o respingere, ma mutevoli possibilità: ogni incertezza va dunque adeguatamente preveduta e descritta e coerentemente valutata negli effetti, sempreché la tenuta complessiva del piano non abbia a risentirne¹⁰⁷.

In presenza di scostamenti dalle indicazioni del piano occorrerà soppesarne l'entità: qualora si rivelino di lieve portata, il riallineamento del piano e, quindi, della relazione, non comporteranno soverchie difficoltà; qualora, però, essi cagionino «falle» consistenti o richiedano interventi di sostegno di maggiore spessore, l'esperto dovrà fermare la propria opera finché non si saranno realizzati gli indispensabili correttivi. In difetto, si ripete, è giocoforza tentare di trasformare la natura del piano (ad es. in liquidatorio puro, art. 186 bis, ult. co.). Di certo egli non potrà accontentarsi delle rassicurazioni fornitegli dall'impresa o da terzi verbalmente o con lettere d'intenti, prive di quella vincolatività che, sola, autorizza la conclusione favorevole della relazione asseveratrice¹⁰⁸.

Non si può pensare, però, che tale professionista abbia poteri divinatori o che sia in grado di fornire con la propria relazione certezze di risultato ai creditori. Trattandosi, per la parte riguardante la fattibilità dei piani, di stime e valutazioni prognostiche, insuscettibili di essere giudicate secondo lo sche-

¹⁰⁷ Inoltre, allo scopo di agevolare le valutazioni dei destinatari, si è soliti utilizzare indici contabili o di bilancio da confrontare con le medie di settore e/o dello specifico mercato locale in cui si opera.

¹⁰⁸ GUIOTTO, in FABIANI e GUIOTTO (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 113.

ma logico vero/falso (bensì secondo il ben più opinabile metro ragionevole/irragionevole), il responso dell'esperto apparirà sempre caratterizzato da una spiccata soggettività circa la conseguibilità delle ipotesi date, che in definitiva è la peculiarità delle professioni intellettuali¹⁰⁹.

Di talché si è giunti ad affrontare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, all'interno della generale categoria delle obbligazioni di fare¹¹⁰.

Mantenendo il discorso al tema dell'attestatore, par lecito dedurre che, ove il piano di risanamento o di concordato avesse successo, ma la relazione dell'esperto fosse obiettivamente carente o superficiale, ben potrebbe l'imprenditore committente eccepire l'inesatto adempimento del professionista al fine di vederne ridotto il compenso. Per converso, se l'attestazione fosse corretta e il piano non andasse a buon fine (per cause esogene imprevedibili), i creditori nulla potrebbero eccepire nei confronti dell'esperto.

¹⁰⁹ RIVA, *Il rischio di selezione avversa sul «mercato» degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo*, in *www.ilfallimentarista.it*, sez. Focus e Approfondimenti, rileva che se, da un lato, è legittimo pretendere serietà, onestà e capacità (tutti elementi costituenti peraltro il concetto stesso di etica professionale) da chi decide di svolgere questo ruolo, dall'altro lato emerge con evidenza che sarebbe un gravissimo errore, proprio per gli interessi che la riforma desidera tutelare, non riconoscere che costui non potrà fornire che «garanzie di metodo» che derivino dalla retta applicazione di standard condivisi e non «garanzie assolute di risultato».

¹¹⁰ Essa, come noto, risale alla dottrina francese del primo Novecento e ha ottenuto notevole eco fino ai giorni nostri essenzialmente per le implicazioni sul diverso regime probatorio fra le due tipologie. Già il più autorevole studioso della materia (MENGONI, ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011) riconobbe l'utilità di delimitare il tema separando i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (il risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse – che forma il substrato del rapporto – da cui l'obbligazione trae origine. Nelle obbligazioni di comportamento (termine preferito dalla dottrina), infatti, ciò che si attende dal debitore affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta è un comportamento «idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo». Purtroppo in questa sede non è possibile dar conto della teorica sottesa alla differenziazione e delle conseguenze giuridiche che essa comporta.

Tuttavia la dilagante interpretazione estensiva del concetto di diligenza, in virtù della quale essa non è solo un criterio di valutazione del contegno del debitore, ma implica addirittura la determinazione concreta del contenuto dell'obbligo, facendo coincidere il dovere di diligenza con il dovere di adempimento e, corrispondentemente, la negligenza con l'inadempimento oggettivo (salvo il caso fortuito)¹¹¹, ha condotto di recente al superamento della distinzione tradizionale fra i due tipi di obbligazioni. Soprattutto rispetto alle prestazioni professionali si constata una «frequente commistione delle diverse obbligazioni poste in capo al medesimo o a distinti soggetti in vista dello stesso scopo finale, a fronte della quale una diversità di disciplina normativa risulterebbe ingiustificata (Cass., Sez. Un., 15781/2005)»¹¹².

Sicché la Corte regolatrice, nella sua più alta composizione, ha avuto agio di statuire come la distinzione sia «dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio, dalla sentenza delle Sez. Un., 13533/2001»¹¹³.

Il ragionamento svolto dalla Cassazione in tema di responsabilità medica ben si adatta all'operato dell'attestatore, il quale non soltanto mostra i medesimi caratteri della prestazione del medico – regolati entrambi da norme giuridiche e tecniche e

¹¹¹ Diverso il ragionamento nel campo della responsabilità extracontrattuale, ove fin da Gaio la colpa, anche per imperizia, è un fatto costitutivo dell'obbligazione medesima.

¹¹² Così Cass., 18 maggio 2011, n. 10920.

¹¹³ Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., afferma che «in ogni obbligazione (derivante da contratti di prestazione d'opera intellettuale) si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile»; per altro verso, tuttavia, enuncia come la dicotomia in parola sia stata finora utilizzata al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova e l'individuazione del contenuto dell'obbligo, ai fini del giudizio di responsabilità, ampliando tale sfera «attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso (cfr., segnatamente per la responsabilità del medico, Cass., 19 maggio 2004, n. 9471), definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio».

da obblighi di protezione verso i pazienti/creditori, a tutela di diritti costituzionalmente garantiti (il diritto alla salute in parallelo a quello di azione a presidio del diritto di credito: artt. 24 e 42, 3° co., Cost.) –, ma presenta una disciplina positiva ben più dettagliata e vincolante di quella sanitaria, con una sanzione penale persino specifica per quell'attività (reato proprio, che il medico non ha). Di talché l'inadempimento rilevante nelle obbligazioni c.d. di comportamento è unicamente quello che costituisce «causa o concausa efficiente del danno». Ne consegue che anche l'allegazione del creditore deve attenersi ad un inadempimento qualificato nel senso appena indicato. Mentre il debitore, per andare esente da responsabilità, dovrà dimostrare l'inesistenza dell'inadempimento ovvero il difetto di nesso eziologico efficiente sulla produzione del danno.

Dunque, l'onere di provare l'adeguatezza del modello di comportamento adottato incombe sul debitore, alla luce del *dictum* delle Sez. Un., 13533/2001 (principio generale di presunzione della persistenza del diritto, che reca, come corollario, la presunzione di inadempimento)¹¹⁴, tanto nelle obbligazioni di risultato quanto in quelle di mezzi.

Siffatta soluzione contempera, in definitiva, le esigenze contrapposte di creditore e debitore, mediante il ricorso al principio della riferibilità o vicinanza della prova, 'sì da contemporaneamente ovviare alla difficoltà per il creditore di fornire la prova di un fatto negativo (l'inesattezza della prestazione) e agevolare il debitore nel reperimento degli elementi utili per paralizzare la domanda, conoscendo costui le norme e le procedure tecniche seguite'.

Sotto diverso profilo, la previsione di obblighi collaterali particolarmente rigidi in capo all'asseveratore – di informazione verso i creditori e terzi e di formulazione a beneficio degli stessi di un giudizio realistico circa le probabilità di riuscita del

¹¹⁴ Ribadito ancora da Cass., 18 maggio 2011, n. 10920, cit.

piano proposto – implica l’inserimento del risultato perseguito nel contenuto della prestazione principale, in misura proporzionale al grado di certezza affermato, con conseguente automatica valutazione della relativa responsabilità anche in base alla percentuale di realizzabilità prospettata (se bassa, tuttavia, la proposta non sarà creduta/omologata; se alta, il mancato avveramento determinerà una maggiore responsabilità dell’esperto a causa dell’affidamento ingenerato).

Obblighi di protezione o generici doveri di *neminem laedere*?

Nell’indagare il reale atteggiarsi dell’obbligazione dell’attestatore nei confronti dei creditori e dei terzi che dovessero venire in contatto con esso (acquirenti di *assets*, controparti nei contratti in corso di esecuzione, futuri finanziatori o fornitori strategici, ecc.), si giunge al problema centrale, che riverbera effetti sul tema della responsabilità: quale rapporto si instaura fra il professionista e i destinatari della sua relazione attestativa, ossia i creditori? E quale rapporto con i terzi coinvolti o meno dal piano di ristrutturazione?

Due sono le teorie che si contendono il campo, tralasciando in questa sede la disamina della c.d. terza via, cioè il percorso – tuttora in uno stadio iniziale, anche a livello comunitario, ancorché degno della massima attenzione – verso la costruzione di una figura universale di responsabilità da informazioni economiche non veritiere e da giudizi scorretti, frutto della combinazione di elementi propri dell’uno e dell’altro modello di responsabilità¹¹⁵.

L’approccio tradizionale si fonda sulla teorica dell’illecito civile ed evidenzia, in primis sotto il profilo strutturale, come mol-

¹¹⁵ È d’obbligo il rinvio sull’argomento a CANARIS, trad. it. a cura di DI MAJO, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 567; ID., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; critico CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, 458 ss.; diffusamente anche RICCI, *Due diligence e responsabilità*, Bari, 2008.

ti doveri di informazione posti in capo ai professionisti (quali gli attestatori) non siano considerati oggetto di veri e propri crediti esigibili, rilevando quale fonte di responsabilità unicamente a seguito della loro violazione ove ricorrano i canonici presupposti di cui all'art. 2043 c.c., esattamente come avviene negli illeciti ascrivibili all'area extracontrattuale.

L'indeterminatezza dei destinatari delle attestazioni non consentirebbe, poi, di configurare quella forma di «relazione o contatto sociale» fra i creditori e gli esperti al fine di assoggettare il rapporto alla disciplina sull'adempimento negoziale. Né detti terzi riceverebbero alcuna utilità diretta dall'esecuzione della prestazione asseverativa.

Nella prospettiva delle fonti dell'obbligazione, inoltre, non si intravederebbe alcuna disposizione legislativa che consenta di focalizzare una previsione instaurativa di un rapporto diretto con i creditori o con altri terzi coinvolti nell'operazione di ristrutturazione, di guisa che l'invocata interpretazione analogica degli artt. 1218 ss. c.c. per le obbligazioni c.d. da contatto sociale, a fronte della norma generale dell'art. 2043, si infrangerebbe contro il principio dell'art. 12 cpv. delle preleggi¹¹⁶.

Quanto, infine, all'ingiustizia del danno procurato, è ormai acquisita in giurisprudenza la risarcibilità di svariate posizioni giuridiche prive della consistenza del diritto soggettivo, sia esso relativo o assoluto¹¹⁷. Fino ad arrivare al c.d. danno da perdita di chance, ormai definitivamente ammesso a riparazio-

¹¹⁶ A differenza di quanto ora vige nell'ordinamento tedesco, che con la novella degli artt. 241, 2° co., e 311, commi 2° e 3°, del *BGB* ha modernizzato lo *Schuldrecht* esplicitamente introducendo anche la categoria degli obblighi di protezione, dotati di autonomia rispetto alle obbligazioni da contratto e da fatto illecito, ma ricondotti all'area della responsabilità *ex contractu* quanto a onere della prova, misura dei danni risarcibili e termine di prescrizione: v. RESCIGNO, *Obblighi negoziali al di là del contratto?*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 73 ss.

¹¹⁷ Basti guardare al «diritto» alla libera determinazione negoziale o all'integrità del proprio patrimonio: Cass., 3 aprile 1995, n. 3903, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2423, Id., 4 febbraio 1992, n. 1147, in *Foro it.*, 1993, I, 3359, ma soprattutto si veda la nota sentenza Id., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it. on line*, sulla risarcibilità degli interessi legittimi.

ne¹¹⁸. Tutto ciò a condizione che le aspettative deluse siano qualificate come «legittime», i.e. supportate da appigli normativi, e non «mere».

In realtà, nelle crisi d'impresa le aspettative dei creditori sono pur sempre fondate sul combinato disposto degli artt. 2740 e 2910 c.c., i quali trovano copertura costituzionale nell'art. 24 della Carta (come ha ribadito Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.), perché la possibilità di aggredire il patrimonio del debitore è la protezione occorrente al creditore, costituendo l'essenza del suo diritto. E la procedura concorsuale giurisdizionale rappresenta il necessario succedaneo dell'azione esecutiva individuale (a tutela anche di altri interessi rilevanti per l'ordinamento), offerto dalla legge onde evitare il *vulnus* costituzionale al sistema, con l'obiettivo di pervenire – mediante il risanamento, ove possibile, o la liquidazione dell'impresa – alla distribuzione del ricavato ai creditori nella maggior misura resa possibile dallo strumento adottato.

L'insoddisfacente risposta della tesi tradizionale alle esigenze che la moderna economia pone, essenzialmente in termini di maggiore informazione degli operatori onde cercare di colmare quelle asimmetrie cognitive (dei dati di partenza) che il pensiero economico studia da sempre, ha condotto altra parte degli studiosi del diritto civile e commerciale a confrontare le discipline delle attività di revisione e di attribuzione di *rating* – le più «vicine» a quella degli attestatori, da poco entrati in scena, pur considerando le dovute differenziazioni – con l'obiettivo di enucleare delle parti comuni che possano contribuire alla regolamentazione dei rapporti esterni con i soggetti destinatari dei giudizi e delle informative resi da detti asseveratori.

Punto di partenza di questa linea ermeneutica, che solo per brevità espressiva chiameremo «contrattualistica» – in verità propugna l'applicazione delle regole generali sull'adempimen-

¹¹⁸ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3121, che ha deciso la controversia CIR/Fininvest per il controllo della Mondadori.

to delle obbligazioni –, è la propensione, rilevabile dalle numerose disposizioni di legge, a garantire la maggior tutela ai citati destinatari/beneficiari delle funzioni certificative e valutative dei professionisti esperti in un dato settore (nella specie le crisi d'impresa), mediante l'utilizzo di un criterio di imputazione (con conseguente responsabilità) che non renda oltremodo difficoltoso per l'attore dimostrare l'inadempimento dell'esperto e, al contempo, non scoraggi l'assunzione di simili incarichi. Scopo che lo schema extracontrattualistico non assicura, dovendo l'asserito creditore provare il fatto colposo, se non doloso, il nesso causale e l'ingiustizia del danno.

Del resto, l'attività dei professionisti in parola, vigilata da plurimi fronti disciplinari, può essere considerata a ragion veduta come una delle più «rischiose» che l'ordinamento conosca: nessun'altra professione, infatti, risulta presidiata da altrettanto stringenti prescrizioni, persino di rango penale. Il passaggio successivo impone, allora, di chiedersi se sia configurabile, in base alle norme vigenti, uno specifico dovere di rendere informazioni veritiere e corrette in capo all'attestatore, idoneo ad indurre nei creditori e nei terzi ai quali sono rivolte le relazioni asseverative un autentico affidamento circa la loro esattezza, esaustività e attendibilità prognostica.

Le plurime e dettagliate disposizioni della legge fallimentare, più volte passate in rassegna (dall'art. 161 all'art. 186 bis, con il significativo aggancio all'art. 236 bis), sembrano autorizzare l'affermazione, sia pure per via interpretativa, di un affidamento qualificato dallo status professionale dell'obbligato e dalla serie di cautele e garanzie imposte dalle richiamate prescrizioni normative a tutela della genuina formazione del convincimento e della conseguente volontà negoziale dei soggetti cui è rimessa la decisione in ordine alle proposte di composizione delle crisi aziendali.

Tale conclusione, giustificata dall'esplicazione anche in questo campo dei principi di correttezza e di buona fede (oggettiva),

a termini degli artt. 1175 e 1375 (e 1366 per l'interpretazione) c.c., determina l'insorgenza di corrispondenti obblighi di protezione in capo ai professionisti, che si possono far risalire al principio di solidarietà (qui economica) sancito dall'art. 2 Cost.

Che si tratti di veri e propri obblighi (di protezione), anziché di generici doveri, esigibili da parte dei destinatari, lo si ricava tanto dal sistema normativo degli artt. 171-173 l. fall., in virtù dei quali il commissario ha tutti i poteri per richiedere le necessarie rettifiche al piano, quanto dall'art. 175, 3° co., che abilita ogni creditore in adunanza a sollevare contestazioni o eccepire l'inammissibilità, oltre alla specificità dei contenuti delle relazioni e alla determinatezza delle parti del rapporto: il progressivo affinamento delle prescrizioni imposte agli attestatori, vuoi dalla legge vuoi dalle regole dell'arte professata, unitamente alla funzione informativa e istruttoria assegnata a tale figura dall'ordinamento, rendono detti obblighi di protezione pressoché coincidenti con gli obblighi di prestazione discendenti dal contratto stipulato con l'impresa committente, le quali prestazioni – si ripete – sono previste soprattutto a beneficio dei creditori e dei terzi che vengono a contatto con il proponente la ristrutturazione dei debiti (con la sola esclusione della fattispecie dei piani attestati *ex art. 67 non resi pubblici*).

E l'esigibilità dei ridetti obblighi informativi da parte dei creditori, anche tramite il ruolo del commissario, viene predicata anche in dottrina¹¹⁹, stanti i rigidi vincoli e cautele che il legislatore ha posto all'attività dell'attestatore. Una serie di elementi depongono in tal senso:

i) in primo luogo la disciplina legislativa del ruolo e dei compiti ad esso affidati già nel momento di assunzione dell'incarico (artt. 67, 182 bis e 161-186 bis l. fall.), in quanto esperto indipendente, è tarata sulla preminente esigenza di tutela dei creditori-destinatari delle relazioni asseverative (anche di quelle spe-

¹¹⁹ PATTI, *op. cit.*

ciali introdotte dal d.l. 83/2012) (cfr. Cass., Sez. Un., 1521/2013, cit.);

ii) in secondo luogo, siffatta tutela è volta, come pacificamente condiviso, a rendere edotti i creditori e i terzi (controparti di contratti pendenti, acquirenti o promissari di *assets* oggetto di liquidazione nel piano, fideiussori, ecc.) della veridicità dei dati aziendali, della regolarità della contabilità e soprattutto dell'attendibilità del piano di ristrutturazione proposto con l'obiettivo di soddisfare al meglio le pretese creditorie;

iii) le disposizioni *de quibus* sono imperative e il giudizio dell'attestatore (ancorché in parte probabilistico) è idoneo ad ingenerare nei destinatari delle informazioni un legittimo affidamento sulla corrispondenza al vero di tutti i dati e/o documenti da lui esaminati: ciò significa che la prestazione è a favore dei creditori¹²⁰;

iv) i creditori, nell'ipotesi di concordato, sono diretti titolari di espliciti diritti (di eccepire l'inammissibilità o la non convenienza della proposta, contestare gli altri crediti, intervenire in adunanza, a mente dell'art. 175, 3° co.) e, indirettamente tramite il commissario, anche di penetranti poteri d'ispezione e di indagine (artt. 171-173); laddove in caso di accordi di ristrutturazione hanno il semplice ma efficace potere di veto ovvero – se non aderenti – il diritto all'integrale pagamento;

v) sussistono, dunque, tutti gli indici per configurare nella fattispecie ipotesi di responsabilità contrattuale: dalla preesistenza degli obblighi (rispetto all'eventuale inadempimento) al

¹²⁰ Gli obblighi di protezione in questione, a causa dei danni direttamente producibili in ipotesi di informazioni e giudizi inesatti o incompleti, sussistono nei confronti di soggetti che si trovano in una posizione di «prossimità qualificata» rispetto all'asseveratore (il quale appartiene peraltro una professione c.d. «protetta»), atteso che sono questi stessi soggetti a determinare l'approvazione del piano. Né, in contrario, pare sostenibile l'eccezione per cui l'attestatore potrebbe rifiutarsi di fornire le informazioni richieste, poiché è la legge ad obbligarlo e la sanzione sarebbe ipso facto l'improcedibilità (*recte*, l'inammissibilità della proposta di concordato o della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, ovvero il rigetto delle medesime).

risultato utile per i destinatari delle informazioni (i creditori), fino all'esigibilità degli obblighi suddetti da parte dei creditori, vuoi direttamente vuoi per il tramite del commissario.

Di qui l'inserimento del rapporto nella figura del contatto sociale qualificato (rilevante per il diritto).

Certo, come ha cura di precisare un'importante pronuncia¹²¹ a proposito del mandato attribuito ad una società di consulenza in operazioni riguardanti il pubblico risparmio, «non è sufficiente, per l'affermazione di una responsabilità contrattuale da contatto sociale, la sola circostanza di fatto di essere investiti da conseguenze riflesse di un'attività svolta su incarico conferito da altri (cfr. Cass., 14934/2002)», risultando «essenziale la violazione di obblighi preesistenti di comportamento posti a carico di un soggetto dalla legge per la tutela di specifici interessi di coloro che entrano in contatto con l'attività di quel soggetto, che la legge stessa regola». Ma siccome il ruolo dell'attestatore consiste nell'obbligo – per nulla vago nel contenuto – di apprestare relazioni asseverative in ordine alla verità di dati e alla fattibilità di piani, indirizzate a (tribunale e) creditori (salvo il caso del piano di risanamento rimasto «nel cassetto»), ecco che l'interesse di costoro a ricevere la prestazione esatta coincide con il risultato specifico a cui tende l'obbligazione; e la violazione di siffatti obblighi di informazione, con o senza prestazione che siano, dà luogo a responsabilità contrattuale ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c. Anche in ciò sembra concretarsi quel passaggio «dalla giurisprudenza dei concetti alla giurisprudenza degli interessi»¹²².

Se tale ricostruzione è corretta, non sembra residuare spazio per la responsabilità aquiliana, dove danneggiante e danneggiato instaurano una relazione (rilevante per il diritto) solo dal momento della produzione del pregiudizio (che peraltro dev'essere «ingiusto»). Si verte, dunque, in tema di responsabilità per

¹²¹ Cass., 11 luglio 2012, n. 11642, cit., in motivaz. punto 4.

¹²² Mirabilmente colta da Pietro RESCIGNO, *Obblighi negoziali*, cit., 73 ss.

fatto proprio – non oggettiva e non per culpa in vigilando –, con tutto quello di vantaggioso che una tale situazione determina per i creditori sul piano dell'onere della prova, potendo gli stessi limitarsi ad allegare l'inadempimento e il nesso causale e a dimostrare soltanto l'entità del danno. Grava, invece, sull'attestatore la dimostrazione dei fatti che potrebbero escludere o attenuare la sua responsabilità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1218, 1176, 2° co., e 2236 c.c.

Allo stesso tempo diviene tuttavia indifferibile l'individuazione di elementi concettuali idonei a limitare le conseguenze risarcitorie addebitabili all'esperto, onde impedire che possa essere chiamato a rispondere di danni che solo in minima parte può aver concorso a cagionare. Al riguardo, come subito si dirà, due sembrano gli argomenti decisivi: la ponderazione dell'incidenza del «filtro» frapposto dal tribunale con il vaglio di ammissibilità/omologazione e l'eventuale negligenza del creditore (*ex art. 1227 cpv., c.c.*) nel valutare la relazione del professionista.

A seconda dello strumento regolatorio della crisi prescelto dal debitore l'obbligo dell'esperto di verificare se le prescrizioni poste dal legislatore in funzione della predisposizione del piano di ristrutturazione siano state rispettate e se il programma sia concretamente realizzabile in quel dato contesto è indirizzato non soltanto al committente, quanto piuttosto ad altri destinatari:

— nei piani attestati *ex art. 67 l. fall.*, che non sono negozi giuridici ma abbisognano di venire tradotti in negozi giuridici (contratti, garanzie, transazioni, novazioni, ecc.), i creditori potrebbero non essere affatto coinvolti e, dunque, non venirne mai a conoscenza. Solo dal d.l. 83/2012, invero, è stata introdotta la possibilità per il proponente di dare pubblicità al piano depositandolo presso il Registro delle imprese. O, viceversa, alcuni o tutti i creditori potrebbero essere contemplati (il punto è dibattuto in dottrina) – magari in sede di trattative tramite

l'invio di comunicazioni (documentabili) volte a sondarne le disponibilità allo scopo di raggiungere una certa percentuale di adesioni —, al pari dei terzi contraenti con i quali si prevede di dare esecuzione al piano. Proprio a salvaguardia di tali situazioni, volte ad agevolare la conservazione dei fattori produttivi aziendali, la legge fallimentare ha apprestato le esenzioni dalla revocatoria *ex art. 67* e dal reato di bancarotta ai sensi dell'art. 217 bis;

— negli accordi di ristrutturazione dei debiti i c.d. non aderenti («estranei»), i quali dovranno ricevere il pagamento «integrale» entro centoventi giorni, potrebbero legittimamente non sapere dell'iniziativa del loro comune debitore, almeno fino all'omologa (anche se i tribunali generalmente dispongono che siano preavvisati);

— nei concordati preventivi, invece, la pubblicità è massima fin dal primo atto del procedimento (art. 161) e gli obblighi informativi sono tassativi, di talché nessun creditore o terzo dovrebbe risultare pretermesso.

Sicché anche la soluzione da dare al quesito circa l'operatività del regime contrattuale o extracontrattuale dipenderà, volta per volta, dalle singole modalità che il caso presenta: nelle fattispecie di cui agli artt. 67, 3° co., lett. d) e 182 bis l. fall., verso i terzi (non creditori) non contemplati, né coinvolti nel piano o negli accordi non si configura un previo obbligo (e rapporto) dell'attestatore, dal momento che nessun affidamento viene ingenerato nella loro sfera di autodeterminazione; di conseguenza, non sembrano profilarsi ostacoli all'applicabilità della disciplina aquiliana secondo il paradigma dell'art. 2043 c.c. laddove uno specifico pregiudizio venga loro arrecato.

All'inverso, qualora i creditori e/o le controparti contrattuali, i nuovi fornitori e i futuri acquirenti degli *assets* da liquidare vengano inseriti nel piano o negli accordi, siccome consenzienti e disponibili a sostenere il risanamento o la liquidazione, ovvero «estranei» nei casi di cui all'art. 182 bis, non pare residua-

re spazio operativo per il regime extracontrattuale, difettando il requisito imprescindibile dell'inesistenza di un previo obbligo (di prestazione o di protezione) di comportamento fra i soggetti in questione.

Del pari, nel concordato preventivo, i vincoli informativi e di controllo dell'asseveratore nei riguardi dell'intero ceto creditorio, nominativamente indicato nell'elenco di cui all'art. 161, come pure dei terzi contemplati nel piano (controparti, acquirenti, futuri fornitori) ed oggetto dei giudizi valutativi e prognostici del professionista, non consentono di ricorrere alla disciplina della responsabilità aquiliana ove un danno risulti provocato dalla negligente attuazione della funzione attestativa.

I precisi obblighi di prestazione che la legge impone all'esperto proprio verso quei soggetti che risultano destinatari diretti della sua attività certificativa e previsionale¹²³, posti a confronto con le discipline positive delle attività «affini» della revisione legale dei conti (artt. 14 e 15, d.lgs. 39/2010) e delle agenzie di rating (artt. 8 e 35 bis del Reg. CE n. 1060/2009, modificato dal Reg. UE n. 462/2013), con le quali si ravvisano punti di contatto, emergono addirittura maggiormente stringenti – non foss'altro che per la presenza di una sanzione penale – e comunque basati sul principio fondamentale per cui i giudizi nei quali si compendia l'attività non rappresentano mere opi-

¹²³ Obblighi che, dato lo *status* del debitore, sono severamente sanzionati e che, come detto, appaiono esigibili dai medesimi destinatari, se del caso per il tramite dell'intervento del tribunale o del commissario nelle fattispecie di cui agli artt. 160 e 182 bis l. fall., in quanto stabiliti da varie e specifiche disposizioni legislative (artt. 162, 171-175) in funzione della protezione degli interessi di tali soggetti. Con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. dalla l. 98/2013) l'introduzione della figura del «pre-commissario giudiziale» nell'art. 161, 6° co., l. fall. ha «riequilibrato» l'assenza di controlli effettivi nella periodo di predisposizione del piano e della proposta, fornendo al ceto creditorio (e al tribunale) uno strumento assai efficace di vigilanza sulla condotta del debitore e sulla gestione dell'impresa in quel rischioso frangente, stante l'assunzione di obbligazioni prededucibili che gravano sull'attivo; efficace, perché la sanzione in caso d'inosservanza delle prescrizioni imposte è l'inammissibilità del concordato, con conseguente possibilità di dichiarare il fallimento su richiesta del P.M. o di uno dei creditori.

nioni, bensì valutazioni tecniche collegate al corretto sviluppo di processi logico-giuridici condivisi a livello internazionale. Con la conseguenza che la regolamentazione di settore assurge al rango di parametro vincolante, alla stregua della normativa primaria e sullo sfondo della tutela costituzionale del diritto di credito¹²⁴.

Ne discende che l'inosservanza di tali prescrizioni-obblighi funzionali rende applicabile la statuizione contenuta nel recente arresto della Suprema Corte sopra richiamato¹²⁵, per la quale «La cosiddetta responsabilità 'da contatto sociale', soggetta alle regole della responsabilità contrattuale pur in assenza d'un vincolo negoziale tra danneggiante e danneggiato, è configurabile non in ogni ipotesi in cui taluno, nell'eseguire un incarico conferitogli da altri, nuoccia a terzi, come conseguenza riflessa dell'attività così espletata, ma soltanto quando il danno sia derivato dalla violazione di una precisa regola di condotta, imposta dalla legge allo specifico fine di tutelare i terzi potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante, tanto più ove il fondamento normativo della responsabilità si individui nel riferimento dell'art. 1173 c.c. agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico».

A rafforzare i diritti di voce dei creditori nel concordato preventivo è poi previsto (art. 161, 8° co.) che, oltre al decreto che dispone gli obblighi informativi periodici, relativi anche alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini del-

¹²⁴ Come avverte chi da sempre studia il diritto delle obbligazioni (ancorché in senso critico verso la responsabilità da contatto sociale), «è un'esigenza oggettiva, presente in quasi tutti i sistemi, di graduare diversamente la responsabilità del soggetto a seconda che egli si trovi in una particolare relazione con altri oppure abbia di fronte un *quisque de populo*»: DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 69 ss.

¹²⁵ Cass., 11 luglio 2012, n. 11642, cit., in una fattispecie di responsabilità di società di consulenza per erronea fissazione del prezzo di emissione delle nuove azioni in occasione di un aumento di capitale.

la predisposizione della proposta e del piano, il tribunale possa «in ogni momento sentire i creditori».

Oggi, dunque, i creditori più interessati hanno la facoltà di essere coinvolti direttamente nel procedimento di concordato, intervenendovi formalmente ove il giudice lo consenta. Di talché si rafforza la concezione fin qui illustrata sulla posizione di «garanzia» (dei creditori) di cui è investito l'attestatore.

In conclusione, proprio i caratteri della preesistenza del vincolo legale a tutela di specifici interessi (art. 1173 c.c.), dell'*utilitas* procurata a soggetti individuabili *ex ante*, nonché della previa esigibilità di un comportamento data dalla particolare «qualità dell'attività o della funzione» svolta dal soggetto in possesso di speciale abilitazione (Cass., 18 maggio 2012, n. 7936, qualità che sia prevista e definita dalla legge) aiutano a distinguere chiaramente la forma della responsabilità contrattuale da quella extracontrattuale, tendente unicamente a riparare i danni provocati mediante un regime probatorio sbilanciato.

In altri termini si osserva che l'abrogazione del requisito della «meritevolezza» dall'art. 160 l. fall. tra le condizioni cui era assoggettata l'ammissibilità del concordato preventivo *ante* 2005 (gli accordi di ristrutturazione dei debiti venivano, invece, perseguiti solo *praeter legem* e stragiudizialmente) si è resa possibile addossando a un professionista esperto di crisi d'impresa l'obbligo e la responsabilità di garantire ai creditori e al tribunale la regolarità e l'aggiornamento della contabilità tenuta dal debitore, al pari della ragionevolezza (oggi fattibilità) del piano di risanamento/liquidazione.

Ebbene, siffatta scelta di politica del diritto – avvenuta unicamente in Italia (in ciò distinguendoci dai modelli di riferimento) – ha determinato la nascita di una nuova figura di professionista, in possesso di elevate cognizioni giuridiche ed economico-aziendali, che risulta attualmente imprescindibile per la legittimità di qualunque tentativo di soluzione (negoziale o concordata) della crisi d'impresa.

4. I profili probatori e di danno nei confronti dei creditori e degli altri terzi

Nei paragrafi precedenti si è potuta tratteggiare la struttura dell'obbligazione professionale di «attestazione», sia *inter partes* sia nel rapporto con creditori e terzi, individuandola grazie alle lenti con le quali si deve esaminare oggi l'obbligazione, ossia attraverso l'essenza relazionale della stessa e la presenza di obblighi funzionali al soddisfacimento degli interessi dell'altro contraente o dei terzi con i quali si entra in contatto. Il contenuto della prestazione si riflette ovviamente sul regime di responsabilità civile cui è assoggettabile¹²⁶.

In Italia ancora resiste la classica dicotomia tra i due tipi di responsabilità, fra i quali – per la poca riflessione dovuta alla scarsità di casi concreti (ora però in aumento, a causa del dilagare dei tentativi naufragati di proporre concordati) e all'inesistenza di precedenti giurisprudenziali editi – non è ancora stato univocamente classificato il danno da errata attestazione.

Ma come si determina l'applicazione dell'una forma in luogo dell'altra?

La giurisprudenza di legittimità in proposito afferma che «la responsabilità extracontrattuale ricorre solo allorché la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della

¹²⁶ Nella *common law* la differenza tra i due tipi di responsabilità, risalenti alle figure dei *contracts* e dei *torts*, per ragioni storiche non è mai stata netta come da noi; ma anche nel diritto continentale (soprattutto francese) inizierebbe a prevalere in letteratura una tesi «intermedia», che rende evanescenti i confini tra le due aree della responsabilità e del danno, da inadempimento e da atto illecito, giungendo così a negare la distinzione di «natura» fra le due categorie di obbligazioni – in forza di un utilizzo unitario del concetto di colpa derivante dal principio generale di cui all'art. 1176 c.c. – e mantenendo diversi regimi disciplinari quanto a onere della prova, rilevanza del fortuito, entità del pregiudizio, termini di prescrizione: v. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, 74 ss.

pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale»¹²⁷. E precisa il carattere sussidiario della prima, ravvisandola solo se il fatto prospettato come generatore del danno avvenga al di fuori di qualsiasi relazione intersoggettiva di carattere obbligatorio.

Esattamente in ciò si rinviene lo spazio «grigio», tra contratto e torto, in cui è sorta e si è consolidata la teoria degli obblighi di protezione e la conseguente responsabilità da «contatto sociale qualificato», sopra delineata¹²⁸.

Come si è anticipato, coesistono molteplici indici sintomatici della natura *lato sensu* «contrattuale» della responsabilità dell'attestatore in ipotesi di inosservanza dei doveri impostigli dai vari tipi di norme disciplinanti la sua attività – obblighi funzionali alla corretta informazione del ceto creditorio –, così sintetizzabili:

i) predeterminazione legislativa del ruolo e dei compiti ad esso affidati già nel momento di assunzione dell'incarico (artt. 67, 182 bis e 161-186 bis l. fall.), in ossequio al canone fondamentale dell'art. 1174 c.c. secondo cui la prestazione deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore;

ii) preventiva individuazione della cerchia dei destinatari-beneficiari delle relazioni asseverative (i creditori, già presenti nella contabilità del committente, e i terzi, parimenti già

¹²⁷ Sin da Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, 3520, e Id., 1° ottobre 1994, n. 7989, in *Giust. civ.*, 1995, I, 137.

¹²⁸ Non si può dare per scontato che il contatto sociale costituisca fonte legale di obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. (come sembra fare, tra gli altri, Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. it.*, 2012, 2547), occorrendo un contatto sociale «qualificato», ossia una particolare «qualità dell'attività o della funzione» svolta (Cass., 18 maggio 2012, n. 7936, cit.), qualità che sia prevista e definita dalla legge. Cfr. Id., 11 luglio 2012, n. 11642, cit., per la quale – come detto – è «essenziale la violazione di obblighi preesistenti di comportamento posti a carico di un soggetto dalla legge per la tutela di specifici interessi di coloro che entrano in contatto con l'attività di quel soggetto, che la legge stessa regola».

noti all'esperto perché controparti di contratti pendenti, acquirenti o promissari di *assets* liquidati nel piano, fideiussori);

iii) funzionalizzazione di tali relazioni alla più completa informazione di creditori e terzi circa l'attendibilità del piano di ristrutturazione proposto (obbligo di protezione): in ciò consiste l'utilità del lavoro dell'esperto;

iv) conseguente legittimità dell'affidamento ingenerato in tali destinatari¹²⁹;

v) i creditori, poi, nell'ipotesi di concordato, sono titolari di espliciti diritti (di eccepire l'inammissibilità o la non convenienza della proposta, contestare gli altri crediti, intervenire in adunanza, a mente dell'art. 175, 3° co.) e, indirettamente tramite il commissario, anche di penetranti poteri d'ispezione e di indagine (artt. 171-173 e 240 l. fall.), laddove negli accordi di ristrutturazione hanno il semplice, ma efficace potere di veto.

Indici che, unitamente alla residualità dell'illecito atipico *ex* art. 2043 c.c. (v. Cass., 9911/1998 e Id., 7989/1994, cit.), dovrebbero far propendere l'interprete per siffatta opzione¹³⁰.

Gli effetti immediati di questa scelta si dipanano anzitutto sul piano probatorio e sono ben evidenziati nella nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 30 ottobre 2001, n. 13533, già richiamata, secondo la quale «il creditore che agisca per la riso-

¹²⁹ La rilevanza della figura professionale dell'attestatore e la quantità e qualità delle regole poste alla sua attività concorrono a costruire il corrispondente statuto di responsabilità, al contempo inducendo nei creditori, destinatari diretti delle relazioni asseverative, quell'affidamento legittimato dalla clausola generale di buona fede (oggettiva): cfr., sull'affidamento in generale, CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 679. È la clausola generale della buona fede (oggettiva), non disgiunta dai doveri di correttezza di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., a determinare l'ingresso degli obblighi funzionali nell'oggetto dell'obbligazione, prima, e della responsabilità (professionale), poi. Buona fede e correttezza arricchiscono il rapporto di una serie di obblighi gravanti su ciascuna parte, creando le condizioni per farle cooperare alla realizzazione dei rispettivi interessi (nei limiti di uno sforzo ragionevole, parametrato al grado di diligenza richiesto dall'art. 1176): v. Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071, in *Riv. not.*, 2013, 388.

¹³⁰ Si tratta di responsabilità per fatto proprio, non oggettiva né per *culpa in vigilando*.

luzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento» o da altro modo di estinzione dell'obbligazione (es. per impossibilità sopravvenuta)¹³¹.

Al fine di andare esente da responsabilità il debitore-professionista dovrà allora

a) indicare le verifiche effettuate, nonché la metodologia e i criteri seguiti per pervenire all'attestazione di veridicità dei dati aziendali e di realizzabilità del piano¹³² e

b) dimostrare (a parte il caso fortuito o di forza maggiore) di aver eseguito la prestazione a regola d'arte oppure di non aver causato neanche in minima parte il danno¹³³ ovvero di non aver potuto operare diversamente sulla scorta dei dati attentamente raccolti e riscontrati, ove questi siano risultati artefatti

¹³¹ «Eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui sia dedotto l'inesatto adempimento (per violazione di doveri accessori ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento». Anche se, sul punto, la dottrina quasi unanime osserva che il creditore, quando contesta l'esattezza dell'adempimento, allega a fondamento della domanda specifiche circostanze ulteriori rispetto alla mera esistenza del titolo, che dovrebbero essere da lui stesso provate siccome aventi valore costitutivo rispetto alla pretesa azionata (la difformità della prestazione rappresenta il fatto lesivo del credito). E ciò in conformità al principio di riferibilità o di vicinanza della prova, in virtù del quale «l'onere della prova viene ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione».

¹³² V. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105, e Id., 23 giugno 2011, n. 13817, *id.*, 2011, I, 2308.

¹³³ Cfr. Cass., 1° febbraio 2011, n. 2334, in *Danno e resp.*, 2011, 835.

in maniera tanto sofisticata, quanto complessa da disvelare per un esperto dotato di competenze elevate come quelle richieste nella specie.

Per l'attestatore (come pure per il revisore legale e il *rater*) non dovrebbe risultare oneroso reperire la documentazione utile a respingere gli addebiti mossi da uno o più creditori asseritamente danneggiati (o dal curatore, ove sia legittimato), in quanto essa è la medesima sulla cui base ha rilasciato il suo giudizio o redatto le relazioni asseverative. Né comporterà uno sforzo eccessivo il dover illustrare il metodo seguito per pervenire alle valutazioni di veridicità dei dati aziendali e/o di fattibilità del piano di ristrutturazione, posto che si tratterà di ripercorrere il procedimento prescritto dalle *leges artis* e dai principi delle materie cui si è attinto, i quali si presumono ben conosciuti dall'esperto (iscritto ad un Albo professionale e al registro dei revisori, oltre che soggetto agli obblighi di formazione continua).

Non va sottovalutato, poi, che l'eventuale interferenza di terzi tra la condotta e l'evento – quali, esemplificativamente, l'ammissione al concordato o l'omologa degli accordi di cui all'art. 182 bis oppure l'inadempimento del terzo assunto, ovvero il mancato rilascio di garanzie promesse o qualunque altro fatto estraneo alla sfera di prevedibilità *ex ante* dell'attestatore di media preparazione – potrebbe interrompere la necessaria relazione tra causa ed effetto, sancita dall'art. 1223 c.c.

È vero che il vaglio del tribunale sulla relazione *ex art.* 161 l. fall. in sede di ammissione al concordato, come delimitato da Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521 (e dalle successive pronunce), non parrebbe risolutivo, potendo il commissario rinvenire «falle» nel lavoro dell'attestatore e chiedere la revoca o la non omologazione del concordato; in siffatti e analoghi casi l'incidenza causale del primo sindacato giudiziale, ormai avvenuto con esito positivo, attenuerebbe comunque la responsabilità dell'esperto.

La medesima interferenza di terzi potrebbe, inoltre, dar luogo ad ipotesi di concorso tra attestatore e organi sociali (amministratori e sindaci) ove, ad es., i dati contabili fossero artefatti. Qualora, poi, l'interferenza si rivelasse inidonea a far venir meno del tutto il nesso eziologico ma venisse qualificata come imprevedibile al momento del deposito dell'asseverazione, condurrebbe a limitare ulteriormente la risarcibilità del pregiudizio lamentato (art. 1225).

Infine, la prescrizione: normalmente considerata decennale (art. 2946 c.c.), solo nei casi espressamente contemplati da una norma avrebbe una durata inferiore. Ma non è il caso dell'attestatore, per il quale non risulta alcuna disposizione limitativa.

Qualora, invece, si prediligesse l'alternativa extracontrattuale, il quadro fin qui accennato dovrebbe essere ribaltato: graverebbe sul creditore concorsuale che agisce per il risarcimento del danno l'onere di dimostrare

1) la condotta colposa o dolosa dell'attestatore, ai sensi dell'art. 1176, 2° comma (dovendo all'uopo disporre di conoscenze tecniche specifiche, in grado di rilevare dove si è verificata la negligenza, imprudenza o imperizia del professionista),

2) il criterio di imputazione del fatto all'attestatore, in ipotesi di concorso con altri soggetti (art. 2055),

3) la sussistenza di una relazione diretta fra condotta ed evento dannoso (artt. 2043, 2056), non interrotta da eventi esterni¹³⁴

4) e l'ingiustizia del danno, ossia (secondo l'opinione prevalente) la lesione di interessi protetti dall'ordinamento, seppur non necessariamente eretti in diritti soggettivi¹³⁵, come sembra per taluno il diritto dei creditori ad essere informati correttamente.

Con riguardo al nesso causale, anche qui ci si deve domandare se l'omologazione del tribunale (per concordato e accordi *ex art. 182 bis*), poi superata dalla risoluzione giudiziale, sia ido-

¹³⁴ V. Cass., 6 ottobre 2011, n. 20496.

¹³⁵ Cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 183.

nea a far venir meno la consequenzialità tra attestazione fallace e nocumento per i creditori: appare arduo negarlo, indipendentemente dalla concezione accolta circa l'ambito del sindacato riconosciuto al tribunale nel giudizio di omologa. Diversa valutazione potrebbe desumersi dal mero decreto di apertura della procedura concordataria (art. 163 l. fall.), in quanto le successive indagini del commissario potrebbero rivelare le eventuali deficienze della relazione asseverativa (non emerse *prima facie*), lasciando sopravvivere un contributo eziologico dell'esperto alla causazione dei danni da ritardato fallimento.

In ordine alla quantificazione del danno, le due possibili forme di responsabilità non si atteggianno in modo molto diverso, se non per la questione della prevedibilità (art. 2056, che non richiama l'art. 1225). Tuttavia l'esimente della colpa lieve, laddove la prestazione implichi problemi tecnici di speciale difficoltà – *i.e.* allorché il caso sia nuovo od oggetto di dibattiti dottrinari o giurisprudenziali e, in generale, quando l'impegno richiesto sia superiore a quello intellettuale del professionista di medio livello nel settore –, potrebbe non essere egualmente invocabile dai terzi nella disciplina aquiliana, atteso che l'art. 2236 (che la contempla) è applicabile solo ai rapporti contrattuali di prestazione d'opera. Peraltro, se l'esperto fosse venuto meno ai doveri di diligenza qualificata prescritti dall'art. 1176 cpv., diverrebbe irrilevante l'indagine in discorso, posto che il rapporto tra le due disposizioni è di integrazione per complementarità e non già per specialità¹³⁶, cosicché vale come regola generale quella della diligenza del buon professionista (art. 1176, 2° co.).

La scelta per l'uno o l'altro dei sistemi di responsabilità patrimoniale con cui può essere giudicato l'operato dell'attestatore è, *in primis*, rimessa all'apprezzamento dell'attore; ma, in definitiva, dipenderà dalla selezione degli interessi tutelabili ad

¹³⁶ Cfr. Cass., 15 gennaio 2001, n. 499, in *Giur. it.*, 2003, 460.

opera dell'ordinamento. Dal quadro normativo e, prim'ancora, dai principi generali del diritto della crisi d'impresa emerge in maniera irrefutabile che la preoccupazione principale del legislatore è per la posizione dei creditori¹³⁷. Anche nella fattispecie dei piani attestati, di cui all'art. 67, la dottrina ravvisa nel contratto sulla composizione della crisi, attuativo del piano di risanamento, l'architrave che regge l'intero edificio, a beneficio sia del debitore che dei creditori¹³⁸.

Ne discende che l'opzione di politica del diritto della disciplina concorsuale sembra tendere ad agevolare la salvaguardia degli interessi dei soggetti che hanno subito pregiudizio dal dissesto o dalla crisi dell'impresa (i quali sono pure assistiti dalla tutela costituzionale dell'art. 24) e, pertanto, la valutazione giudiziaria della responsabilità degli esperti indipendenti che affiancano il debitore nella presentazione dei programmi di rientro/liquidazione seguirà con ogni probabilità lo schema contrattualistico, ancorché con la precisazione che si tratta della *species* «obbligazione senza prestazione (diretta)» o, come oggi usa definirsi (Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.), da contatto sociale qualificato dal particolare status professionale dell'agente. Ciò in virtù della maggiore efficienza del criterio di imputazione della responsabilità da inadempimento, a differenza del modello da illecito atipico, nel quale ogni creditore incontra soverchie difficoltà probatorie, non disponendo della necessaria documentazione di supporto¹³⁹.

¹³⁷ Cfr. VITIELLO, *Le soluzioni concordate*, cit.

¹³⁸ Cfr. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 130.

¹³⁹ Si deve evitare, tuttavia, di far rispondere l'asseveratore dell'intero danno che potrebbe contribuire a cagionare, secondo il modello della responsabilità solidale con gli amministratori dell'impresa in crisi: le obiettive difficoltà (se non impossibilità) di condurre le verifiche revisionali su tutti i fatti rilevanti della gestione aziendale, in una con la natura prettamente estimativa – e dunque opinabile – di varie poste di bilancio, soprattutto i c.d. *intangibles*, rendono urgente l'individuazione di formule o criteri che aiutino a mitigare la personale responsabilità (illimitata) del professionista.

Una considerazione di fondo va però, da ultimo, precisata affinché tale affidamento non trascolori in ingenuità e la correlata protezione non diventi benevolenza: nel ventaglio degli strumenti approntati dall'ordinamento per superare lo stato di crisi delle imprese sarebbe errato identificare i creditori *tout court* (diversi dai dipendenti) quali soggetti deboli del rapporto, da proteggere per definizione. Anzitutto, *de iure*, perché raramente ricorre alcuna delle ragioni ispiratrici delle normative a favore dei contraenti-imprenditori c.d. «deboli» (es. abuso di dipendenza economica, contratti di agenzia, *franchising*, ecc.); in secondo luogo, *de facto*, perché la valutazione del rischio di credito sulla controparte, almeno nei rapporti a breve scadenza, si deve effettuare nel momento in cui si conclude il contratto (si accetta l'ordine o si effettua la fornitura o il finanziamento), rimanendo altrimenti imputabile a se stessi la leggerezza nella contrattazione.

Il danno risarcibile.

Particolare attenzione merita il tema del danno risarcibile, nelle varie ipotesi di responsabilità dell'attestatore, che potrebbe risultare non immediatamente percepibile o essere confuso con quel tipo di pregiudizio «inferto al diritto all'integrità del patrimonio e, più specificamente, al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio stesso» (Cass., 2765/1982)¹⁴⁰; il quale pregiudizio, invece, può venire in rilievo solo per i terzi, non già creditori, che ad es. contraggano con l'imprenditore in crisi quali acquirenti di *assets* poi revocati per la mancata copertura delle esimenti di cui all'art. 67, 3° co., lett. d) ed e).

Chi già riveste la qualità di creditore nei confronti dell'impresa in crisi potrà subire un diverso tipo di danno, più concreto di quello appena accennato e consistente nella maggiore perdita

¹⁴⁰ V. anche Cass. 3 aprile 1995, n. 3903, cit.

subita o mancato raggiungimento del risultato utile prefissato nello strumento risolutore della crisi. Che però si attegga in maniera assai differente, a seconda che si tratti di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione (e piani attestati), poiché distinti sono gli effetti che la legge riconnette a tali procedimenti: l'omologazione del concordato determina ipso iure l'estinzione del residuo debito non pagato, mentre l'omologa degli accordi, al pari dell'attestazione ragionevole dei piani di risanamento, concedono solamente un'esenzione da revocatoria (oltre agli effetti fiscali e penali recentemente introdotti).

Fermo restando che deve comprendersi sia il danno emergente come il lucro cessante, purché in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento (art. 1223), la Suprema Corte in materia di contratto d'opera intellettuale ha enunciato che «ove anche risulti provato l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione, per negligente svolgimento della prestazione, il danno derivante da eventuali sue omissioni deve ritenersi sussistente solo qualora, sulla scorta di criteri probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito»¹⁴¹. *Mutatis mutandis*, nel caso di erronea/inadeguata attestazione, il risultato da raggiungere equivale agli obiettivi posti dal piano di risanamento (o di ristrutturazione o liquidatorio che sia) – se maggiormente soddisfatti rispetto al fallimento – e cioè alla percentuale proposta, nel tempo indicato, ovvero, in difetto di esplicito impegno da parte del debitore, al presumibile recupero che ciascun credito avrebbe concretamente ottenuto al termine dell'esecuzione del programma¹⁴².

¹⁴¹ Cass., 14 maggio 2013, n. 11548, cit., che richiama, fra le tante, Id., 22026/2004, cit., 10966/2004, cit., 6967/2006, cit., 9917/2010.

¹⁴² Procedendo per casi generali si possono enucleare alcune macro-ipotesi: a) danni (da colposa o dolosa attestazione) a carico dei creditori che abbiano riposto legittimo affidamento sulla relazione del professionista, nelle sotto-ipotesi di piani di risanamento, accordi di ristrutturazione e concordato preventivo; b) danni (da colposa o dolosa attestazione) a carico dei creditori non coinvolti o «non aderenti» nei piani e negli accordi *ex art. 182 bis*, nonché dissenzienti/opponenti all'omo-

Se, per buona sorte, gli obiettivi del piano venissero egualmente realizzati nonostante l'attestazione si fosse rivelata carente, l'inadempimento del professionista sussisterebbe per intero (proprio perché non si tratta di obbligazione di risultato), ma l'entità del danno potrebbe ridursi a una minima decurtazione del compenso dovuto dal committente, per la minore qualità dell'opera svolta, non constatandosi ripercussioni su altri soggetti.

Ma, in ogni altra ipotesi, per arrivare a determinare la misura esatta del pregiudizio, occorrerà

— impiegare il consolidato principio della causalità efficiente o adeguata (alla produzione di un danno¹⁴³;

— determinare le (verosimili) probabilità, secondo criteri oggettivi applicati alla situazione al momento del deposito della relazione, che l'obiettivo prefisso avrebbe avuto di essere conseguito, senza la condotta colposa (o dolosa) dell'asseveratore e, infine,

— verificare che non siano sopraggiunti fattori esterni, indipendenti e imprevedibili, in grado di interrompere o attenuare il nesso causale,

— valutare l'utilità che sia stata comunque realizzata dal creditore in via concordataria, esecutiva o fallimentare.

Per converso, se la domanda di omologazione degli accordi o la proposta di concordato fossero dichiarate inammissibili (per i piani di risanamento le conseguenze sono più articolate), il danno imputabile all'attestatore per averle maldestramente asseverate potrebbe limitarsi all'aggravio di costi prededucibili

loga nel concordato preventivo; *c*) danni (da errata attestazione) nei confronti dei terzi, non creditori preesistenti, entrati in contatto con l'impresa in crisi in occasione del piano, a loro volta da distinguere fra *i*) terzi che divengono creditori o controparti dopo la pubblicazione del piano, quali contraenti, acquirenti di beni o fornitori, e *ii*) terzi che subiscono la revocatoria fallimentare di atti, pagamenti o garanzie posti in essere in esecuzione del piano irragionevole o degli accordi o del concordato non omologati. Al loro interno tali ipotesi presentano ulteriori sfaccettature che richiederebbero maggiore spazio di quello qui disponibile.

¹⁴³ Cfr. Cass., Sez. Un., 577/2008 e 20496/2011, cit.

o privilegiati venuti a gravare sul patrimonio del debitore per effetto di quell'asseverazione (compensi degli *advisors* e del pre-commissario, obblighi di prestazioni contrattuali proseguite, perdita di serie occasioni di vendita di *assets* previste nel piano, interessi maturati sui crediti per effetto del venir meno della sospensione *ex art. 55*)¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

Per quanto concerne le attestazioni specifiche introdotte negli artt. 182 quinquies e 186 bis l. fall. l'approccio sarà diverso, poiché esse – invece di essere rivolte a piani industriali e finanziari integralmente definiti – verranno appuntate su singoli aspetti di volta in volta rilevanti, con le cautele rispettivamente previste, a partire dalla possibilità di contrarre finanziamenti interinali (ante omologa) prededucibili, all'opportunità di pagare fornitori pregressi che risultino essenziali alla prosecuzione dell'attività, al diritto di mantenere i contratti pubblici dimostrando la capacità di adempimento, fino alla possibilità di partecipare alle gare di assegnazione di appalti.

¹⁴⁴ Per ZANICHELLI, *La responsabilità civile del professionista e dell'attestatore*, in FABIANI e GUIOTTO (a cura di), *Il ruolo del professionista*, cit., in ipotesi di mancata omologazione del concordato «per causa riconducibile unicamente all'insufficienza della relazione, il danno, potrebbe consistere nella differenza tra quanto ottenibile dall'esecuzione coattiva e quanto proposto. Sarebbe invece il danno di modesta entità se l'interruzione della procedura derivasse dalla insufficienza non tanto formale dell'attestazione quanto da quella sostanziale per aver errato gravemente l'attestatore nel valutare le reali prospettive dell'impresa, posto che in tal caso potrebbe consistere solo nella ritardata percezione di quanto ricavabile in esito ad esecuzione singolare. Decisamente più consistente potrebbe essere il risarcimento nell'ipotesi in cui il debitore abbia occultato una parte dell'attivo e l'attestatore abbia colposamente o dolosamente ignorato la circostanza inducendo così i creditori a ritenere vantaggiosa e ad approvare una proposta in realtà deteriore rispetto alla soluzione fallimentare».

¹⁴⁵ Anche nel caso di risoluzione o annullamento del concordato occorrerà poi la prova che il creditore avrebbe potuto beneficiare di un trattamento più favorevole ove il concordato non fosse stato omologato, prova «difficile posto che di regola l'alternativa al concordato sarà il fallimento e che, com'è noto, la liquidazione fallimentare non dà risultati esaltanti»: PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 181 ss.

In ciascuno degli elencati contesti l'attestazione risulta destinata direttamente al tribunale, onde ottenere quell'autorizzazione indispensabile a proseguire, e solo in via mediata al ceto creditorio, che potrà beneficiare degli auspicati effetti incrementativi del patrimonio (e correlativamente sopportare le eventuali perdite, in prededuzione). Proprio perciò i danni non saranno immediati, ma filtrati dal provvedimento autorizzatorio del giudice e, dunque, gli aggravii della debitoria complessiva e la diversa incidenza (prededucibile) dei nuovi impegni così contratti difficilmente potranno essere addebitati all'attestatore.

Al contrario, invece, gli si potrà imputare la inidonea attestazione di un pagamento a un fornitore strategico essenziale o di un finanziamento vitale, non autorizzati dal tribunale e senza i quali l'impresa sia stata costretta a trasformare il piano in liquidatorio o a fallire. Si tratterà allora di verificare chi sarà legittimato a contestare l'inadempimento.

La legittimazione all'azione del curatore fallimentare.

Ulteriore profilo problematico meritevole di (breve) trattazione è rappresentato dalla dubbia legittimazione del curatore del fallimento (dichiarato in conseguenza del non riuscito tentativo di soluzione alternativa della crisi) ad esperire l'azione di danno nei confronti dell'esperto attestatore in nome e per conto dei creditori concorrenti.

Si è visto come l'azione concomitante degli organi dell'impresa committente poi fallita e del professionista attestatore possa cagionare un medesimo evento di danno, consistente nella diminuzione del patrimonio dell'impresa in crisi per effetto di più o meno gravi negligenze o inosservanze normative e disciplinari (da revisione) che non hanno saputo

i) disvelare la non fattibilità del piano proposto per uscire dalla crisi o all'inverso,

ii) ravvisare l'attuabilità di modifiche semplici al piano o,

iii) approntare tempestivamente un piano, asseverato infine con ritardo, incorrendo in cospicui, quanto infruttuosi, esborsi preliminari¹⁴⁶.

Amministratori e sindaci (in caso di società di capitali) e asseveratore possono aver operato in modo concorrente, magari inconsapevolmente gli uni dall'altro e sicuramente a diverso titolo fra loro (nell'ambito del rapporto gestorio o di controllo i primi e del contratto d'opera professionale il secondo), a produrre il danno al patrimonio dell'impresa di lì a poco dichiarata fallita e ai creditori concorsuali¹⁴⁷. Per la prima eventualità (nocumento al patrimonio dell'impresa) *nulla quaestio* sulla legittimazione del curatore *ex art. 43 l. fall.* per l'azione derivante dal contratto d'opera¹⁴⁸ nei confronti dell'attestatore e per quella ai sensi dell'art. 146 l. fall. verso amministratori e sindaci inadempienti agli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio aziendale loro imposti dalla legge¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Esemplificando, ricordiamo le occasioni perdute di cessione a prezzi convenienti, i compensi ai consulenti che hanno assistito l'impresa nella redazione del piano e al commissario, il più lungo decorso degli interessi gravanti sui debiti ipotecari (art. 54, ult. co., l. fall.) e su quelli chirografari nel caso del piano *ex art. 67* o degli accordi di ristrutturazione, le commissioni dovute agli istituti di credito per finanziamenti o, ancora, gli oneri fiscali originati da eventuali operazioni dimissive avviate e, in genere, tutte le spese sostenute per mantenere in piedi l'organizzazione aziendale (che invece avrebbe dovuto essere smantellata in funzione dell'autofallimento), dedotte, naturalmente, le spese inevitabili anche in assenza dell'inadempimento del professionista.

¹⁴⁷ Vero è che, da un lato, la responsabilità solidale espone il professionista al rischio di risarcire molto più di quanto sarebbe a lui imputabile secondo un criterio di «causalità giuridica», dall'altro lato, tuttavia, l'attestatore «presta» la sua reputazione all'imprenditore in crisi (che ne ha ben poca) consentendogli di spenderla in tribunale e presso i creditori, dinanzi ai quali la responsabilità appare quindi più o meno equivalente (analoga considerazione in PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in *Banca borsa*, 2007, I, 177).

¹⁴⁸ Trova applicazione l'art. 1227, 1° co., c.c., e vi potrà essere concorso del fatto colposo del creditore, eccepibile dall'attestatore convenuto, dovendosi allora procedere a graduare le rispettive colpe.

¹⁴⁹ V. Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, in *Foro it.*, 2011, I, 856. La loro responsabilità, pur a diverso titolo e con l'attenuazione del principio di cui all'art. 1227 c.c., resterebbe solidale, salvo poi distinguere e graduare le colpe nei rapporti interni di regresso, come previsto dal combinato disposto degli artt. 1292, 1298 e 2055 c.c., nonché ora dall'art. 15, d.lgs. 39/2010 sui revisori legali.

Invece la legittimazione del curatore come organo della massa (in sostituzione dei creditori) sembra esclusa da ripetute pronunce della Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, che negli ultimi anni hanno ribadito le ragioni ostative a siffatta prospettazione, non ultima la circostanza per cui il pregiudizio può essere diverso per ciascun creditore e verso alcune categorie può anche mancare (ad es. per i crediti privilegiati comunque capienti)¹⁵⁰. Anche la dottrina è concorde nell'escludere la configurabilità di un'azione di massa esperibile dal curatore fallimentare¹⁵¹.

¹⁵⁰ Per Cass., Sez. Un., 11396/2009, cit.: «Non è invero agevole sostenere l'esistenza di un generale potere-dovere del curatore di sostituirsi ai creditori del fallito nell'esercizio di azioni corrispondenti a diritti di cui essi siano titolari, quando non si tratti di azioni volte alla ricostruzione del patrimonio del fallito o quando una siffatta legittimazione non sia stata espressamente prevista dal legislatore, come ad esempio accade nel caso dell'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali contro gli amministratori della società fallita». V. anche Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7029, cit.

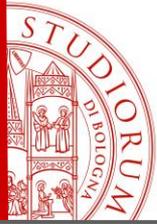
¹⁵¹ Cfr. AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in ID., CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in COTTINO (diretto da), in *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, 749; ID., *La revisione legale dei conti*, in ABRIANI, AMBROSINI, MONTALENTI, CAGNASSO, *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 1, Assago, 2010, 814.



Azioni di responsabilità
e
concordato preventivo

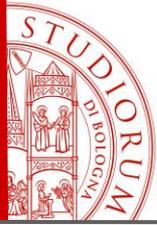
Siena, 7 aprile 2017

Antonio Rossi
Dipartimento di Scienze Giuridiche
antonio.rossi@unibo.it
www.unibo.it



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

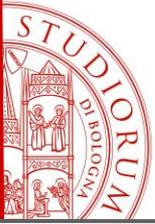
- La “novità” del tema, derivante dall’alleggerimento dei requisiti di accesso al CP (NO meritevolezza, NO “regolare contabilità”)
- La rilevanza del tema:
 - a) obbligo di dischiudere nella proposta di CP i fatti che possano generare responsabilità degli organi sociali (rischio di revoca ex art. 173 l.f. per occultamento di parte dell’attivo)
 - b) nuova relazione del commissario giudiziale ex art. 172 l.f.



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- I punti della relazione:
 - 1) l'azione sociale di responsabilità *nel* CP;
 - 2) l'azione dei creditori sociali *nel* CP;
 - 3) la responsabilità *da* CP.

(*focus*: società di capitali)
- Terreno di confronto (scontro?) tra diritto della crisi d'impresa e diritto societario ... in attesa della riforma: v. **art. 6.2.a** D.D.L. n. 3671-*bis*



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

1) Azione sociale di responsabilità

- *A quali condizioni* e *da chi* l'ASR può essere promossa nella fase di esecuzione del CP ? (NO preCP, NO procedura)
- L'ASR quale *asset* spendibile nel piano/proposta di CP (anche tramite proposta concorrente “parassitaria”)
- presupposto: l'ASR non deve essere stata efficacemente rinunciata, prima del deposito della domanda di CP, ex artt. 2393/6 e 2476/5 c.c. (salvo qualificare la rinuncia come atto di frode → possibile *abuso* del CP)
- dubbio pregiudiziale: lecito trasferire ai creditori solo *parte* dell'attivo patrimoniale del debitore e quindi “trattenere” nella società debitrice l'ASR? → Le diverse tesi sul CP “al risparmio” (art. 2740 c.c. *vs.* MSC)
- Nessun problema (di legittimità del piano) per il caso di esplicito “trasferimento” della ASR ai creditori

Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- Dubbio: *quid* in caso di **silenzio** sull'ASR??
 - a) piano liquidatorio → presunzione di trasferimento dell'intero attivo ai creditori (non si può incrementare l'asimmetria informativa a loro carico: il "risparmio" di cespiti, anche qualora ammissibile, deve essere esplicitato dal debitore) → l'ASR si deve intendere trasferita ai creditori (*contra*: D'Attorre; v. anche Trib. Udine, 16.02.2017)
 - b) CPCA oggettiva: se si esclude che l'ASR costituisca un elemento dell'organizzazione aziendale (che transiti quindi all'acquirente dell'azienda), l'ASR si deve intendere trasferita ai creditori (→ problemi in caso di omessa nomina del liquidatore ex art. 182)
 - c) CPCA soggettiva: l'ASR resta alla società debitrice, che *non è obbligata* all'esercizio dell'ASR se non è prevista nel piano di CP
 - d) CP "misto" (CA soggettiva + liquidazione "beni non funzionali"): l'ASR può essere compresa tra i beni "non funzionali all'esercizio dell'impresa"



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

In caso di trasferimento dell'ASR ai creditori:

- 1) è necessaria una previa deliberazione dell'assemblea dei soci?
 - 2) quale organo è legittimato all'esercizio dell'azione?
- L'art. **152** l.f. rimette (di *default*) agli amministratori il potere di decidere il se ed il come del CP (problemi di conflitto d'interessi, se si tratta di amministratori coinvolti nella potenziale responsabilità → difficili equilibri di *governance*)
 - Ammissibile una proposta di CP che preveda il trasferimento dell'ASR ai creditori senza una previa e conforme deliberazione assembleare?



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- Argomenti a favore della necessità dell'intervento dell'assemblea:
 - a) l'art. **2394 - bis** c.c. non richiama gli organi del CP
(cfr. Trib. Milano, 19.07.2011; Trib. Bolzano, 30.04.2015)
 - b) l'art. **146** l.f. non è richiamato dalla disciplina sul CP
 - c) il trasferimento dell'ASR ai creditori è **atto di disposizione dell'azione**
≈ **alla rinuncia/transazione**

Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- Critica: il trasferimento dell'ASR **non è atto "abdicativo"** ma, al contrario, è l'atto con il quale la società esercita il proprio diritto al risarcimento del danno per metterlo a disposizione dei creditori (\neq cessione dell'ASR)
- **Ratio** della deliberazione assembleare ex art. 2393 c.c. (anche per s.r.l., per chi ritenga applicabile l'art. 2393 per analogia: dubbio): ASR come atto a rilevanza mista, **tra gestione e governance** (ma solo nei rapporti intrasocietari, tra amministratori e soci, ad es.)
- La deliberazione assembleare risolve un problema di legittimazione all'esercizio dell'azione (condizione dell'azione), non di esistenza/esigibilità del credito risarcitorio
- L'ASR costituisce azione (molto particolare) con n legittimati (extra - procedura concorsuale) che insistono tutti sullo stesso diritto sostanziale (della società): assemblea, collegio sindacale, soci ex art. 2393-*bis* c.c., soci ex art. 2476/1 c.c., consiglio di sorveglianza ex art. 2409-*terdecies* c.c., amministratore giudiziario ex art. 2409 c.c. → la deliberazione assembleare è (veramente) necessaria solo per rinuncia/transazione (salvo consiglio di sorveglianza ex art. 2409-*decies* c.c)

Azioni di responsabilità e concordato preventivo

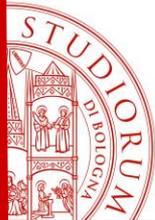
- Dubbio sulla necessità di deliberazione assembleare a monte, invece, se la prop. conc. prevede la **cessione a terzi dell'ASR**, inserita o non nel complesso aziendale (assuntore, ad es.), non perché, in mancanza di deliberazione, l'ASR non possa essere esercitata, ma perché la cessione può implicare gli stessi effetti della transazione (la società incassa qualcosa - prezzo della cessione - in luogo del diritto al risarcimento del danno)
- In generale: l'esercizio dell'ASR trasferita ai creditori non richiede alcuna deliberazione assembleare (Pagni), poiché **non si pone alcun problema di “conflitto” interno alla *governance* della società**
- Il **liquidatore**, se la prop. conc. prevede (anche implicitamente) il “trasferimento” dell'ASR ai creditori, è l'organo che riceve il potere di disporre dell'attivo della società destinato alla soddisfazione dei creditori e, dunque, è l'unico legittimato all'esercizio dell'azione, anche senza deliberazione assembleare
- L'art. **2394-bis** c.c. non contempla il CP perché il trasferimento della legittimazione al liquidatore è l'effetto del contenuto concreto del piano, non della procedura di CP in sé
- Legittimazione del commissario giudiziale?
 - a) v. art. **240** l.f. (Tribunale di Napoli, 25.07.2013)
 - b) possibilità di attribuzione del “potere” di azione ex art. **185/4+5 l.f.?**



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

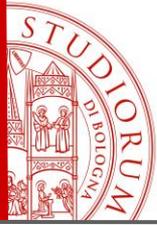
2) L'azione dei creditori sociali

- Problemi “classici”:
 - a) natura **contrattuale** *vs.* **extracontrattuale** della responsabilità
 - b) **s.r.l.?** (v. art. 13/1/a D.D.L. n. 3671-*bis*)
 - c) natura **autonoma** *vs.* **surrogatoria** dell'azione
- Dubbio pregiudiziale:
esiste un danno risarcibile dopo l'omologazione del CP?
- C'è chi dice no (D'Attorre): con l'**efficacia esdebitatoria** del CP, il credito “si riduce” a ciò che può/deve essere adempiuto (meglio: credito inesigibile per residuo, senza novazione) →
NO credito, NO danno risarcibile, NO legittimazione



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- “Argomento”: l’art. 184/2 l.f. non richiama, tra i coobbligati, gli amministratori
- Critica: l’art. 184/2 l.f. riguarda i corresponsabili per il debito sociale; l’art. 2394 c.c. fa sorgere un debito **risarcitorio** degli amministratori
- Segue: il creditore matura il diritto al risarcimento del danno *prima* del CP (al limite, con il CP sorge la legittimazione all’azione ex art. 2394/2 c.c.: v. giur. in tema di prescrizione)
- L’efficacia esdebitatoria del CP incide sul diritto dei creditori nei confronti della società debitrice, non sul \neq diritto risarcitorio (già sorto) nei confronti degli amministratori (Tribunale Piacenza, 12.02.2015)



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- L'“accettazione” della prop. conc. costituisce (nella migliore delle ipotesi) **il minore dei mali**, non l'integrale soddisfazione della ragione creditoria pregiudicata dalla violazione, da parte degli amministratori, degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale
- A tutto concedere, se i creditori “accettano” una prop. conc. (che cristallizza il danno risarcibile massimo = falcidia) non conveniente, gli amministratori potranno eccepire il concorso colposo del creditore ex art. **1227/1** c.c., non certo l'inammissibilità dell'azione
- Azione sempre esperibile: prescinde da piano/proposta di CP
- Legittimazione?
 - a) se azione di massa: liquidatore (Pagni)
 - b) se azione dei singoli: creditori → risarcimento erogato direttamente al creditore attore(Tribunale di Piacenza, 12.02.2015 e Tribunale di Bolzano, 30.04.2015)



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- **Quantificazione del danno?**

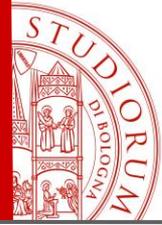
a) massimo dovuto dall'amministratore = danno alla società – PN positivo

b) la tesi del “dividendo” (Fabiani), ovvero del concorso applicato all'azione ex art. 2394 c.c.:

partecipazione paraconcorsuale dei creditori al monte massimo → diritto del creditore attore al risarcimento max. = credito *solo se* **il contraddittorio è integrato nei confronti della massa dei creditori**, altrimenti dividendo

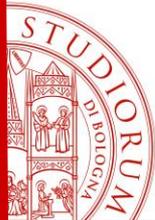
c) la tesi del *first come, first served*, ovvero: perché applicare le regole del concorso su un patrimonio (dell'amministratore) fuori concorso?

d) se si vuole il concorso, si proceda con accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento (dell'amministratore) ex art. 10 L.n. 3/2012



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- In conclusione (dei temi riguardanti le azioni di responsabilità *nel* CP):
già oggi (anche prima della “Riforma”) il CP non è più un *safe harbour* nel quale l’imprenditore/gli amministratori possano rifugiarsi per sfuggire alle intemperie della responsabilità civile e penale, ma strumento di composizione della crisi da utilizzare con la piena consapevolezza delle sue potenzialità, ma anche dei suoi limiti.

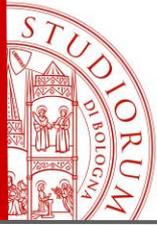


Azioni di responsabilità e concordato preventivo

3) Responsabilità da concordato preventivo

(ovvero, più ampiamente, da tentativo di composizione della crisi:
responsabilità *commissiva*)

- Principio: scelta di allocazione di risorse → BJR anche per scelta della procedura (→ rilevanza dell'istruttoria) (← assetti organizzativi?)
- Non è *in sé* fonte di responsabilità l'accesso ad istituti volti ad intraprendere una “fase di osservazione” (consentono una “adeguata istruttoria”):
 - a) domanda di CP con riserva
 - b) proposta di ARD ex art. 182-*bis*/6 l.f.
 - c) convenzione di moratoria

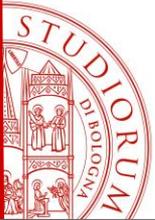


Azioni di responsabilità e concordato preventivo

- La responsabilità può derivare da:
 - a) aggravamento del passivo da “perdita di tempo”
 - b) contenuto del piano (ma BJR)
 - c) atti di frode
- Istanza di fallimento → *exit* senza responsabilità, anche se sussiste l’esigenza di conservare il valore dell’impresa

Capacità “conservativa” del fallimento (v. artt. 104 e 104-*bis* l.f.)

Al limite: responsabilità da omessa *disclosure* in sede di istruttoria prefallimentare



Azioni di responsabilità e concordato preventivo

Grazie per l'attenzione

Antonio Rossi

c1) Sulla inammissibilità dell'azione per sussistenza di un giudicato endofallimentare e/o preclusione pro iudicato e/o comunque per l'effetto preclusivo connesso alla chiusura della fase di verifica del passivo con ammissione senza rilievi/riserve/contestazioni dei crediti vantati dai Sindaci per compenso maturato per l'attività solo oggi contestata

Emerge, in via preliminare, nella vicenda di cui è disputa, un dirimente profilo di inammissibilità e/o improcedibilità legato alla cristallizzazione del giudicato endofallimentare sulla domanda di ammissione al passivo dei componenti scrivente, coprendo, come noto, il giudicato endofallimentare il dedotto e deducibile¹.

I componenti del Collegio Sindacale hanno presentato regolare istanza di ammissione al passivo del fallimento avente ad oggetto le spettanze maturate per lo svolgimento dell'attività di Sindaco della detta società e sono stati ammessi al passivo del fallimento per i loro compensi senza alcun rilievo e/o riserva e/o contestazione, né in sede di progetto di stato passivo né in sede di udienza di verifica dinnanzi al Giudice Delegato .

Questo dopo che la Curatela, anche ai fini della redazione della Relazione ex art. 33 L.F., ha senz'altro avuto modo di valutare ed approfondire il comportamento degli organi societari (ricordiamo che la società è fallita con sentenza del.....). In particolare, la contestazione relativa alla asseritamente già intervenuta perdita del capitale al.....

La Curatela ha invero esaminato la domanda di ammissione al passivo, effettuando quel controllo prodromico all'ammissione che investe, secondo la ormai pacifica giurisprudenza, "il titolo posto a fondamento della pretesa, la sua validità, la sua efficacia e la sua consistenza", e, all'esito di detto controllo, ha concluso per l'ammissione del credito nulla eccependo, neanche in

¹ V. Cass. 2476/2010.

compensazione, in punto di eventuali responsabilità omissive dei componenti del Collegio Sindacale atte ad inficiare il corretto svolgimento dell'incarico e, quindi, il diritto al compenso; nemmeno, pur avendone tutti gli elementi dati gli accertamenti già a quel momento compiuti², ha paventato un'eccezione ex art. 1460 c.c., oppure un'eccezione di (se del caso riservata) compensazione del credito per prestazioni professionali, la controprestazione rappresentata dal diritto al risarcimento del danno di cui alla instauranda azione di responsabilità. Nulla di tutto questo.

Ne deriva che un consapevole e circostanziato accertamento dell'operato del Collegio Sindacale è già stato effettuato in sede di verifica dei crediti da ammettere al passivo e che detto accertamento - ripetesì consapevole e circostanziato - non ha condotto ad alcun rilievo atto a mettere in discussione in alcun modo il diritto dei Sindaci alla corresponsione del compenso per l'attività svolta nell'esercizio delle loro funzioni.

In virtù della efficacia preclusiva, seppur "meramente" endofallimentare, del decreto ex art. 96 L.F., si determina, quindi, l'inammissibilità e/o improcedibilità nonché in ogni caso infondatezza dell'odierna azione di responsabilità nei confronti del Collegio Sindacale.

* * *

² La Curatela già attraverso l'audizione del debitore e soprattutto la Relazione ex art. 33 LF possiede già una nitida panoramica del contesto fallimentare, inclusiva di un'attenta disamina sui profili di responsabilità emergenti nella procedura, che in tali sedi è per legge tenuto ad approfondire.

**CLAUSOLA DI LIMITAZIONE DEGLI EFFETTI EX ART 1304 CC IN CASO DI
TRANSAZIONE**

Le parti precisano che, essendo quella in oggetto un'obbligazione risarcitoria solidale ed avendo la Curatela intendimento di continuare l'azione di responsabilità ex art. 146 LF di cui in premessa nei confronti del solo AU (sì che sussiste la necessità di evitare che egli – quale appunto condebitore solidale - profitti della presente transazione ex art. 1304 c.c.), la presente transazione ha effetto limitato alle sole rispettive quote interne di detta obbligazione risarcitoria solidale facenti carico ai membri del collegio sindacale stipulanti, con conseguente automatico scioglimento del vincolo solidale fra di loro e l'altro condebitore convenuto (in ossequio, del resto, al consolidato insegnamento della Suprema Corte: cfr. ad esempio, infatti, Cass.8957/1990, Cass.7413/1991, Cass.13701/1991, Cass.2931/1999, Cass. 16050/2009, Cass. 30174/2011, Cass. 947/2012, Cass. 1025/2013). La Curatela ad ogni modo, intendendo liberare i sindaci sottoscrittenti la transazione da eventuali pretese del detto AU in forza del vincolo di solidarietà interna, si obbliga a richiedere a quest'ultimo solo ed esclusivamente quanto di spettanza da parte dello stesso e quindi al netto della quota facente carico ai sindaci stipulanti, riducendo di conseguenza le richieste risarcitorie di cui alla domanda già azionata.

N. R.G. 3449/2011



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI PISTOIA

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Fabrizio Amato	Presidente
dott. Sergio Garofalo	Giudice relatore
dott. Carlo Carvisiglia	Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. r.g. **3449/2011** promossa da:

FALLIMENTO **IN PERSONA DEL CURATORE DOTT.**
, rappresentato e difeso dall'avv. _____,

ATTORE

contro

_____ e
rappresentato e difeso dagli avv.ti _____ e _____
e _____, rappresentati e difesi dall'avv.to
rappresentata e difesa dagli avv.ti _____ e _____

e _____

_____, rappresentato e difeso dagli avv.ti ELENA PASQUINI e ANTONIO PEZZANO,
, rappresentato e difeso dall'avv. _____

CONVENUTI

e

_____, rappresentato e difeso dall'avv. _____

_____, rappresentato e difeso dall'avv. _____

_____, in persona del rappresentante generale *pro tempore*,



rappresentata e difesa dagli avv.ti F _____), _____ e _____ I,

_____ in persona del responsabile sinistri dott. _____
rappresentata e difesa dall'avv. _____

_____ in persona di _____, procuratore speciale del
rappresentate _____, rappresentati e difesi dagli avv.ti _____ E

contumace

CHIAMATI IN CAUSA

CONCLUSIONI

Per parte attrice: “*come da ricorso in riassunzione*” e quindi <<Voglia l'Ecc.ma Corte accertare e dichiarare la responsabilità solidale dei convenuti per i danni subiti dalla società e dai creditori concorsuali a causa dell'omesso adempimento agli obblighi del loro ufficio e, conseguentemente, condannare gli stessi al risarcimento di tutti i danni nella misura che sarà ritenuta di giustizia e/o risulterà comunque dovuta a seguito di espletanda CTU, oltre rivalutazione monetaria e interessi dal giorno del dovuto al saldo, sia sul capitale sia sugli interessi scaduti dal giorno della domanda giudiziale; con vittoria di spese ed onorari>>.

Per _____: “*come da conclusioni rassegnate all'ud. del 9.3.2015*” e quindi <<voglia il Tribunale, ogni contraria istanza disattesa, in via preliminare respingere ogni domanda avversaria perché prescritta, nel merito e in tesi accertare e dichiarare che l'accertamento dei fatti e di qualsivoglia responsabilità del convenuto è coperto, ex art. 652 cpp, dal giudicato penale costituito dalla sentenza n. 810/11 del Tribunale Penale di Pistoia., per l'effetto respingere ogni domanda avversaria; sempre nel merito ed in ipotesi respingere ogni domanda avversaria in quanto del tutto infondata>>

Per _____ e _____: “*come da conclusioni rassegnate all'ud. del 9.3.2015*” e quindi <<Piaccia al Tribunale illustrissimo, ogni contraria istanza, deduzione ed argomentazione disattese, respingere la domanda attrice perché infondata in fatto e in diritto. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa e con condanna in proprio del curatore ex art. 94 cpc. Con condanna al risarcimento dei danni ex art. 96 cpc per aver agito in giudizio con mala fede e/o colpa grave nella misura che sarà ritenuta di giustizia>>

Per _____: “*come da comparsa di costituzione in riassunzione*” e quindi <<1. In via preliminare: accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione dei diritti e dell'azione ex adverso proposta nei confronti della Dott.ssa _____; 2. Sempre in via preliminare: accertare e dichiarare la inammissibilità dell'azione promossa nei confronti della comparente e del Collegio Sindacale per sussistenza di un giudicato endofallimentare e/o preclusione pro iudicato e/o comunque per l'effetto preclusivo connesso alla chiusura della fase di verifica del passivo con ammissione dei



Per _____: “come da comparsa di costituzione in riassunzione” e quindi <<chiede che, alla luce del giudicato formatosi con l'ammissione del dr. _____ il passivo del fallimento

_____, senza eccezioni di sorta del curatore, le domande oggi avanzate siano dichiarate inammissibili perché precluse; - chiede che il diritto del curatore sia considerato prescritto per tutte le richieste ed i presupposti della domanda anteriori al quinquennio precedente la notifica dell'atto di citazione e/o alla diffida del 22.11.06; - nel merito perché la domanda avanzata nei confronti del Dr. _____ sia completamente respinta; - che siano respinte tutte le eccezioni degli amministratori e della compagnia _____ s.p.a., la quale dovrà essere tenuta a rispondere in qualità di delegataria e rappresentante delle compagnie in coassicurazione, _____ s.p.a. e _____ s.p.a. - in ogni caso che gli amministratori citati dal curatore e quelli chiamati in causa e/o comunque presenti nel giudizio e costituiti e/o contumaci (sig. _____

_____ s.p.a.) nonché il liquidatore della società siano tenuti a rilevare indenne il dr. _____ da ogni e qualsiasi pronuncia in suo pregiudizio; - in denegata ipotesi, che la responsabilità degli amministratori predetti e del liquidatore sia dichiarata prevalente con condanna dei medesimi ad una quota risarcitoria maggiore; - che in ipotesi di condanna, la responsabilità sia solidalmente a carico anche degli altri componenti il collegio sindacale; - in ogni caso con la manleva della compagnia assicuratrice ed in ipotesi di soccombenza per la condanna della medesima al pagamento dell'intero risarcimento anche per le quote delle compagnie per le quali essa è delegataria e rappresentanti _____ s.p.a. e _____ s.p.a.

_____ s.p.a. - Con condanna del curatore ex art 96 c.p.c. per temerarietà della domanda. - In via istruttoria, per l'ammissione di tutti i mezzi richiesti con la memoria ex art. 183, VI co., n. 2) c.p.c., opponendosi all'ammissione dei mezzi istruttori avversari per i motivi di cui alla memoria ex art. 183 VI co. n. 3) c.p.c. - Vittoria di spese, diritti ed onorari del giudizio”

Per _____ i: “come da comparsa di costituzione in riassunzione” e quindi << **-in via preliminare:** chiede a Codesto Tribunale di Pistoia adito che, posta la oggettiva e totale mancanza di allegazioni di fatti concernenti la condotta di _____ accertati e dichiarati la nullità degli atti di citazione per chiamata in causa del terzo _____ i per indeterminatezza dell'oggetto e adotti ogni conseguente provvedimento di legge; **-in via preliminare:** chiede a Codesto Ill.mo Tribunale di Pistoia adito di dichiarare le domande formulate nei suoi confronti dai sindaci chiamanti in causa inammissibili e/o improcedibili; **-in via principale:** chiede a Codesto Ill.mo Tribunale di Pistoia adito che, previ accertamento e istruttoria di rito, rigetti le domande formulate nei suoi confronti dai sindaci chiamanti in causa e le domande di parte attrice perchè infondate in fatto e in diritto>>.

Per _____: “fa proprie le conclusioni rassegnate dal precedente difensore avv. _____ e ribadite in comparsa di costituzione in riassunzione” e quindi <<in via istruttoria insistendo per l'ammissione delle prove richieste con la seconda memoria ex art. 183, VI comma, cpc depositata il 15.3.2013 e nel merito per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate con la prima memoria ex art. 183, VI comma cpc, depositata in data 25.1.2013>>



Per _____ “come da conclusioni rassegnate all’ud. del 9.3.2015” e quindi <<Voglia l’Ill.mo Tribunale adito, contrariis rejectis, così giudicare:

Nel merito, in via principale:

respingere le domande tutte svolte nei confronti della Dott.ssa _____ perché infondate in fatto e in diritto, oltre che sformite di prova e, conseguentemente, respingere la domanda di manleva da quest’ultimo svolta contro _____ in base alla Polizza n. _____

Nel merito, in via subordinata:

accertare e dichiarare la non operatività della copertura assicurativa di cui alla Polizza n. _____ per le ragioni esposte in atti e, per l’effetto, respingere la domanda di manleva svolta dalla Dott.ssa _____ i contro _____;

In via ulteriormente subordinata:

nella denegata ipotesi in cui la Dott.ssa _____ i fosse condannata a risarcire, anche parzialmente, i danni subiti dal Fallimento _____ previa determinazione della quota di responsabilità direttamente imputabile alla Dott.ssa _____ in proporzione della rispettiva colpa e dell’entità delle conseguenze che ne sono derivate,

- accertare e dichiarare che la Polizza n. _____ opera a secondo rischio rispetto ad eventuali altre coperture assicurative;
- accertare e dichiarare l’obbligo indennitario di _____ entro il limite massimo di indennizzo di Euro 250.000,00 per ogni Richiesta di Risarcimento ed in aggregato annuo, con applicazione della franchigia di Euro 5.000,00 ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall’art. 25 di Polizza, sempreché il predetto limite massimo di indennizzo non sia già stato eroso in tutto od in parte a seguito del pagamento di indennizzi rientranti nell’ambito della medesima annualità di Polizza.

In ogni caso:

con vittoria di spese e competenze del presente giudizio>>

Per _____ “come da conclusioni rassegnate all’ud. del 9.3.2015” e quindi <<**IN VIA PRELIMINARE ACCERTARE E DICHIARARE** la inoperatività della garanzia assicurativa per tutti i motivi di cui al punto 1. - 1.B della comparsa di costituzione e risposta, con ogni conseguenza di causa; **SEMPRE IN VIA PRELIMINARE ACCERTARE E DICHIARARE** l’intervenuta prescrizione dei diritti e dell’azione spiegata dalla attrice nei confronti del Dr. _____

relativamente al quinquennio precedente alla spiegata domanda; **ANCORA IN VIA PRELIMINARE ACCERTARE E DICHIARARE** la inammissibilità delle domande spiegate dalla Curatela Fallimento Società _____ nei confronti del convenuto Dr. _____ per le ragioni espresse al punto 2 della comparsa di costituzione e risposta; **NEL MERITO ED IN VIA PRINCIPALE RIGETTARE** tutte le domande di parte attrice in quanto infondate in fatto ed in diritto e, comunque, non provate; **IN VIA DI MERO SUBORDINE** Nella denegata ipotesi in cui fosse provata l’operatività della garanzia assicurativa e riconosciuta una qualche responsabilità del Dr. _____

LIMITARE la condanna del convenuto assicurato alla sola somma accertata in corso di causa e che sarà comunque ritenuta di giustizia e per l’effetto **CONTENERE** la domanda di



derivante dalla prosecuzione dell'attività al netto dei costi che la società avrebbe comunque sostenuto anche se fosse rimasta inattiva".

Tutti i convenuti si sono costituiti chiedendo il rigetto, sotto plurimi profili, della domanda.

... e ... hanno eccepito, inoltre, la nullità dell'atto di citazione per "indeterminatezza della cosa oggetto della domanda e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della stessa". Inoltre i componenti del collegio sindacale hanno chiamato in causa

... ri e ... , già amministratori della ... , e ciascuno le proprie compagnie di assicurazione per la responsabilità civile ... la

... i la ... e ...
la ...) formulando nei confronti dei predetti le medesime domande riportate in epigrafe.

... ha dedotto la nullità della citazione per indeterminatezza dell'oggetto, l'inammissibilità della domanda di manleva e comunque l'infondatezza della stessa e di quella attorea.

... ha concluso per il rigetto delle domande.

Le compagnie di assicurazioni hanno rassegnato le medesime conclusioni sopra riportate.

Non accolte le richieste istruttorie formulate dalle parti, la causa è stata trattenuta in decisione all'ud. del 9.3.2015 con assegnazione dei termini di legge per il deposito delle difese conclusive.

Con ordinanza del 7.5.2015 è stata dichiarata l'interruzione del processo in seguito alla morte dell'avv. ... , difensore del sig. ... Il processo è proseguito, a seguito di ricorso ex art. 302 cpc proposto dal fallimento ... e notificato alle parti costituite ed al sig. ... in proprio.

All'ud. del 7.9.2015 le parti hanno rassegnato le conclusioni sopra riportate e la causa è stata trattenuta in decisione con termini ex art. 190 cpc per conclusionali e repliche.

IN DIRITTO

Il curatore del fallimento ... ha esercitato l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci ai sensi dell'art. 146 c. 2 l. fall. Stando alla prospettazione attorea, la



responsabilità solidale degli amministratori e dei sindaci troverebbe il proprio fondamento nell'aver i primi proseguito l'attività d'impresa, con il colpevole difetto di vigilanza dei secondi, nonostante l'avvenuta riduzione del capitale sociale al di sotto dei limiti di cui all'art. 2447 c.c. in ragione delle perdite esistenti sin dall'esercizio 2005 ed artatamente occultate.

I)

Si palesano infondate le preliminari eccezioni di nullità dell'atto di citazione formulate dai convenuti e . Sotto un primo profilo non rileva la dedotta "indeterminatezza degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda" posto che la sanzione di nullità colpisce l'atto di citazione che sia privo dell'esposizione dei fatti posti a fondamento della domanda (art. 164 c. 4 cpc) e non delle ragioni di diritto. Sotto un secondo profilo (*indeterminatezza della cosa oggetto della domanda*) non può affermarsi che il *petitum* della domanda sia omesso o assolutamente incerto posto che, dalla valutazione complessiva dell'atto, si ricava agevolmente la richiesta di condanna dei convenuti al risarcimento del danno arrecato per la "prosecuzione dell'attività". Questione diversa, che attiene al merito, è quella della prova del lamentato danno. E' ugualmente infondata l'eccezione formulata da di nullità dell'atto di citazione per chiamata in causa atteso che i fatti costituenti le ragioni della domanda sono individuati dai sindaci chiamanti nei medesimi fatti dedotti da parte attrice a fondamento della domanda di risarcimento del danno (e quindi prosecuzione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento). I chiamanti hanno formulato nei confronti di una domanda di accertamento della sua responsabilità esclusiva e, in subordine, domanda di manleva: a prescindere dalla fondatezza delle domande è innegabile la determinatezza del *petitum* mediato ed immediato.

II)

Quanto al merito, deve premettersi che l'azione di responsabilità, esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146 legge fall., secondo la granitica giurisprudenza della Corte di Cassazione "*cumula in sè le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 cod. civ., a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, onde il curatore può formulare istanze risarcitorie (nella specie,*



*verso i sindaci) tanto con riferimento ai presupposti della loro responsabilità contrattuale verso la società, quanto a quelli della responsabilità extracontrattuale nei confronti dei creditori; ma, una volta effettuata la scelta nell'ambito di ogni singola questione, egli soggiace anche agli aspetti eventualmente sfavorevoli dell'azione individuata, riguardando le divergenze non solo la decorrenza del termine di prescrizione, ma anche l'onere della prova e l'ammontare dei danni risarcibili” (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 15955 del 20/09/2012; negli stessi termini Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10378 del 21/06/2012 e Cass. Sez. U, Sentenza n. 9100 del 06/05/2015). La duplice natura, contrattuale ed extracontrattuale, della responsabilità fatta valere dal curatore comporta rilevanti conseguenze in tema di onere della prova. E' indubbio, tuttavia, (v. sempre Cass. Sez. U, Sentenza n. 9100 del 06/05/2015) che il curatore sia sempre onerato della prova del nesso causale e del danno e, con riferimento all'azione di responsabilità contrattuale, quanto meno dell'allegazione dell' “*inadempimento qualificato*”, come sarà appresso precisato.*

Occorre muovere dall'interpretazione della norma la cui violazione è posta dal curatore a fondamento della responsabilità degli amministratori.

Ai sensi dell'art. 2486 c.c. “*Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'art. 2487 bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società al solo fine della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.*”

Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti o omissioni compiuti in violazione del precedente comma”. Con la detta norma, il legislatore della riforma del 2003, ha superato il divieto di “*nuove operazioni*”, previsto dall'art. 2449 c.c., consentendo agli amministratori, anche nella fase c.d. “*preliquidatoria*”, di compiere ogni atto di gestione purchè finalizzato alla conservazione del patrimonio della società. Concentrando la valutazione sulla finalità della condotta e sull'implicita premessa che anche il mancato compimento di un affare può andare a detrimento dei valori dell'impresa, il legislatore ha consentito all'amministratore il compimento anche di atti nuovi. La norma, quindi, pur vietando il compimento di operazioni che comportino l'insorgere di nuovi impegni ed obbligazioni a carico della società, non vieta una gestione



dinamica dell'impresa tramite la doverosa valorizzazione delle potenzialità aziendali. L'ovvia conseguenza delle suesposte premesse è che la responsabilità dell'amministratore non può sorgere ex sé per il fatto della prosecuzione dell'attività di impresa, poiché ciò è espressamente consentito dall'art. 2486 c.c. La condotta vietata è – invece - quella di gestione non conservativa della società e cioè, ad esempio, di assunzione di nuovi impegni od obbligazioni.

Ciò premesso si deve subito rilevare una carenza di allegazione dei fatti fondanti, in ipotesi, la responsabilità degli amministratori ex art. 2486 c.c. A tal proposito giova richiamare il principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui *"l'inadempimento rilevante nell'ambito delle azioni di responsabilità da risarcimento del danno nelle obbligazioni cosiddette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisca causa (o concausa) efficiente del danno"*, sicché *"l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento per così dire qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno"* (Cass. SSUU n. 577/2008). Tale principio – espresso in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria – è stato ritenuto dalle SS.UU. della Corte di Cassazione (sent. 9100 del 6/5/2015) applicabile anche all'azione sociale di responsabilità degli amministratori proposta dal curatore del fallimento in quanto avente pacificamente natura contrattuale. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza da ultimo citata, hanno sottolineato che l'onere gravante sul curatore del fallimento di allegare e provare i fatti costitutivi della domanda risarcitoria proposta nei confronti degli amministratori (danno e nesso di causalità) imponga, come necessario antecedente logico, l'allegazione di un inadempimento qualificato e cioè di un inadempimento che sia astrattamente idoneo a provocare il dedotto danno. Orbene, nel caso in esame, parte attrice ha lamentato la prosecuzione dell'attività di impresa, comportamento di per sé non vietato, senza precisare quali sarebbero stati gli atti di *mala gestio* e cioè le condotte poste in essere dagli amministratori in violazione del divieto di cui all'art. 2486 c.c. perché consistenti, ad esempio, in assunzione di nuovi impegni od obbligazioni. Né è convincente l'assunto attoreo secondo cui l'incremento del passivo societario dopo il 2005 provverebbe la condotta illecita e cioè una gestione non finalizzata alla conservazione



dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. L'argomentazione, sebbene suggestiva, finisce per far coincidere la condotta illecita con quella di prosecuzione dell'attività di impresa con esiti economicamente sfavorevoli sovrapponendo, così, il piano della condotta a quello dell'evento. Il risultato di esercizio sfavorevole di per sé non integra responsabilità degli amministratori ex art. 2486 c.c. salvo che sia conseguenza di atti di gestione volontariamente (o colposamente) finalizzati a incidere negativamente sull'integrità e sul valore del patrimonio sociale. Giova richiamare sul punto l'argomentazione svolta nella sent. n. 9100/2015 secondo cui l'attività di impresa è *"intrinsecamente connotata dal rischio di possibili perdite il cui verificarsi non può quindi essere considerato per sé solo un sintomo significativo della violazione dei doveri gravanti sull'amministratore, neppure quando a costui venga addebitato di essere venuto meno al suo dovere di diligenza nella gestione, appunto in quanto non basta la gestione diligente dell'impresa a garantire i risultati positivi"*. Muovendo dalle considerazioni che l'art. 2486 c.c. non vieta, al verificarsi di una causa di scioglimento, la prosecuzione dell'attività di impresa e che tale attività può ben determinare un incremento del passivo, senza che ciò implichi necessariamente responsabilità degli amministratori, deve giungersi alla necessaria conclusione che l'allegazione di un inadempimento qualificato presupponga l'individuazione degli specifici atti di gestione che costituiscano causa del lamentato danno (e cioè idonei a provocare la lesione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale).

Giova precisare che le considerazioni sopra esposte, riferite all'azione sociale di responsabilità di natura contrattuale, valgono a maggior ragione per l'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali che ha natura extracontrattuale poiché il curatore che agisce per far valere la responsabilità aquiliana deve non solo allegare ma anche provare il comportamento dei convenuti in violazione del dovere di *neminem laedere*. Parte attrice non ha specificatamente allegato, né tanto meno provato, il compimento da parte degli amministratori degli atti di gestione non finalizzati alla conservazione del patrimonio della società.

La carente allegazione della condotta, integrante la responsabilità degli amministratori, si ripercuote sull'allegazione e prova del lamentato danno. Anche a tal proposito è utile richiamare i



principi espressi dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza 9100/2015. In tale pronuncia la Corte ha sottolineato che, stante l'ampiezza e variabilità dei doveri imposti all'amministratore di società, *"le conseguenze dannose - per la società e per i suoi creditori - che possano eventualmente scaturire dalla violazione dei suddetti doveri, dovendo essere in rapporto di causalità con quelle violazioni, non sono suscettibili di una considerazione unitaria, ma appaiono destinate a variare a seconda di quale sia stato l'obbligo di volta in volta violato dall'amministratore. In tanto, allora ha senso parlare dell'individuazione del danno, del nesso di causalità che deve sussistere tra il danno medesimo e la condotta illegittima ascritta all'amministratore, della liquidazione del quantum debeatur e degli oneri di prova che gravano in proposito sulle parti del processo, in quanto si sia prima ben chiarito quale è il comportamento che si imputa all'amministratore di aver tenuto e quale violazione, tra i molteplici doveri gravanti sul medesimo amministratore, quel comportamento ha integrato"*. Il principio espresso dalla Corte di Cassazione è che nei giudizi di responsabilità promossi dalla curatela fallimentare nei confronti degli amministratori debbano bandirsi criteri di individuazione e liquidazione del danno che prescindano dal rigoroso accertamento di quali siano le conseguenze immediate e dirette delle violazioni contestate e ritenute sussistenti. Ha, infatti, affermato la Corte di Cassazione che il protrarsi della gestione dell'impresa in assenza delle condizioni economiche e giuridiche che giustificano la continuità aziendale non può valere di per sé quale fonte di danno in quanto *"anche in questo caso non sarebbe logicamente corretto nè imputare all'amministratore quella quota delle perdite patrimoniali che potrebbero già essersi verificate in un momento anteriore al manifestarsi della situazione di crisi in tutta la sua portata, nè, soprattutto, far gravare su di lui, a titolo di responsabilità, anche le ulteriori passività che quasi sempre inevitabilmente un'impresa in crisi comunque accumula pur nella fase di liquidazione"*, concludendo quindi che *"nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti dell'amministratore della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere*



verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento”.

La richiamata pronuncia delle SS.UU. del Supremo Collegio conferma, invero, il prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui compete al curatore, il quale eserciti l'azione di responsabilità contro gli organi di una società fallita, dare la prova dell'esistenza del danno, del suo ammontare e del nesso di causalità con il comportamento illecito di determinati soggetti (negli stessi termini v. anche Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7606 del 04/04/2011).

Poiché, per i motivi sopra esposti, l'art. 2486 c.c. non vieta la prosecuzione dell'attività ma solo il compimento di atti di gestione non conservativi, il danno che consegue alla violazione della detta norma dovrà individuarsi nelle perdite causate, in maniera immediata e diretta, dal compimento degli atti vietati e cioè dagli atti che comportino, ad esempio, l'assunzione di nuovi impegni o di nuove obbligazioni, o che comunque siano stati adottati per una finalità diversa da quella di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. L'assunto di parte attrice, secondo cui il danno è individuabile nella *“perdita incrementale derivante dalla prosecuzione dell'attività al netto dei costi che la società avrebbe comunque sostenuto anche se fosse rimasta inattiva”*, si fonda sulla implicita ed errata premessa che sia la *prosecuzione dell'attività* in sé ad essere vietata, mentre l'art. 2486 c.c. consente il compimento di atti di gestione della società, anche di atti nuovi, di talchè l'accertamento del danno passa attraverso la necessaria individuazione delle operazioni tenute in contrasto con la finalità conservativa e l'accertamento delle conseguenze immediate e dirette di tali *determinate* operazioni. A ragionare diversamente, seguendo cioè la tesi di parte attrice, si riesumerebbe il divieto di nuove operazioni di cui al previgente art. 2449 c.c. individuando cioè il fatto illecito nella mera prosecuzione dell'esercizio attivo ed il danno nella perdita incrementale riferita alla detta prosecuzione.

In definitiva è onere della curatela che agisca per il risarcimento del danno ex art. 2486 c. 2 c.c. individuare gli specifici atti compiuti dagli amministratori in violazione della norma e provare il conseguente danno.



Deve, infine, rilevarsi che [redacted], [redacted] i e [redacted] hanno esercitato in tempi diversi le funzioni di amministratori della soc. [redacted] : in particolare il sig. [redacted] quale presidente del C.d.A., dal 1998 al 19.2.2007, il sig. [redacted] quale componente del C.d.A. dal 1998 al 17.12.2007, il sig. [redacted] dal 27.6.2005 all'11.2.2008 (ed in particolare dal 27.6.2005 al 19.2.2007 e dal 12.7.2007 al 17.12.2007 quale componente del C.d.A., dal 19.2.2007 al 12.7.2007 quale presidente del C.d.A., dal 17.12.2007 all'11.2.2008 quale amministratore unico). Orbene una responsabilità concorsuale, e quindi solidale, degli amministratori convenuti può in astratto ipotizzarsi solo nei periodi di amministrazione congiunta mentre è da escludere che l'amministratore possa rispondere delle scelte gestionali (e dei conseguenti eventuali danni) compiute, precedentemente o successivamente, da altri amministratori. Poiché, come detto, i sigg.ri [redacted] i e [redacted] non hanno esercitato i poteri di amministrazioni nei medesimi periodi la curatela aveva l'ulteriore onere di precisare quale fosse, per ciascun convenuto, il danno provocato in ragione della condotta a ciascuno imputabile.

Nel caso in esame parte attrice, come già esposto, non ha assolto all'onere di allegazione degli atti gestori adottati dagli amministratori in violazione del dovere di gestione conservativa e non ha allegato e provato il danno derivante da tali atti. Tale carenza si ripercuote, ovviamente, sulla domanda proposta nei confronti dei sindaci cui si addebita una responsabilità, solidale con gli amministratori, per non aver vigilato sull'operato degli stessi e quindi per non aver impedito la prosecuzione dell'attività e la produzione del danno.

Giova, peraltro, precisare che la curatela ha depositato tutte le scritture contabili senza allegare una loro incompletezza o infedeltà (ad eccezione del profilo relativo alla contabilizzazione dei contributi ministeriali e dei costi concernenti le immobilizzazioni materiali ed immateriali), di talché aveva la concreta possibilità di individuare gli atti di gestione non conservativi posti in essere dagli amministratori e di allegare e provare il danno direttamente connesso a tali atti.

Ciò non è avvenuto e non può il Tribunale espletare le richiesta consulenza tecnica di ufficio al fine di superare il deficit di allegazione e prova imputabile a parte attrice. La consulenza tecnica d'ufficio, lungi dall'integrare un mezzo istruttorio in senso proprio, assolve, in via esclusiva, la



funzione di fornire al giudice una valutazione tecnicamente qualificata di dati già regolarmente acquisiti agli atti di causa. Ne consegue che detto mezzo d'indagine giammai può essere *utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati* (cfr. tra le ultime Cass. Ord. 8.2.2011 n.3130 e Cass. sez. III, sent. 2072 del 30.1.2014). Né appare pertinente il richiamo di parte attrice al principio di riferibilità o vicinanza dei mezzi di prova atteso che detto principio potrebbe, in ipotesi, rilevare nelle azioni di risarcimento del danno promosse dal fallimento nei confronti di amministratori e sindaci solo qualora la mancanza o la irregolare tenuta delle scritture contabili impedisca al curatore di individuare le condotte illecite e provare il danno sofferto (v. Cass. SS.UU. sent. 9100/2015, § 3.5). Nel caso in esame, invece, le scritture contabili sono state rinvenute (e prodotte) e parte attrice non ha allegato la loro incompletezza o comunque l'impossibilità di ricavare dalla contabilità le principali vicende della società.

In ragione delle lacune assertive e probatorie di cui sopra la domanda deve essere respinta.

Le considerazioni sin qui svolte appaiono assorbenti, in base al principio della ragione più liquida (v. Cass. Sez. 6 - L, Sentenza n. 12002 del 28/05/2014 secondo cui *"Il principio della ragione più liquida, imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 cod. proc. civ., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre"*; negli stessi termini Cass. Sezioni Unite, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014), di talchè non occorre valutare né la fondatezza dell'allegazione attorea circa la perdita del patrimonio della società sin dal 2005 né le altre eccezioni di merito svolte dalle parti convenute e dai terzi chiamati.



Il rigetto delle domande risarcitorie formulate dal fallimento comporta l'assorbimento delle subordinate domande di garanzia proposte dai convenuti contro i terzi chiamati in causa.

Le richieste istruttorie su cui hanno insistito [redacted] e [redacted] sono superflue attese le ragioni della decisione.

III)

Le spese di lite seguono la soccombenza. A carico di parte attrice devono essere poste anche le spese sostenute dai terzi chiamati in applicazione del consolidato principio secondo cui le spese sostenute dal terzo chiamato, una volta che sia stata rigettata la domanda principale, vanno poste a carico della parte che, rimasta soccombente, abbia provocato e giustificato la chiamata in garanzia, trovando tale statuizione adeguata giustificazione nel principio di causalità che governa la regolamentazione delle spese di lite. Dette spese sono liquidate, facendo applicazione del dm 55/2014, in ragione del valore indeterminabile della controversia (con applicazione dello scaglione da euro 52.000,00 ad euro 260.000,00) e dell'attività svolta (corrispondente alle fasi di studio, introduttiva, di trattazione e decisionale).

Devono essere respinte le domande di risarcimento del danno ex art. 96 cpc e di condanna del curatore in proprio ex art. 94 cpc. Premesso che il mero rigetto della domanda non implica la temerarietà dell'azione per la cui sussistenza è richiesto il dolo (cioè la consapevolezza della non spettanza della prestazione richiesta) o la colpa grave (e cioè un grado di imprudenza, imperizia o negligenza accentuatamente anormali), il Collegio non ravvisa i presupposti di una responsabilità aggravata di parte attrice, tanto meno del curatore in proprio, poiché in ragione della complessità della domanda, in fatto e in diritto, la condotta della parte soccombente non appare qualificata da dolo nè da colpa grave.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, così provvede:

- rigetta la domanda di parte attrice;



- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] e [redacted] che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge, con distrazione ex art. 93 cpc in favore del procuratore costituito che si è dichiarato antistatario;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 69,62 per esborsi ed euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge, con distrazione ex art. 93 cpc in favore dei procuratori costituiti che si sono dichiarati antistatari;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 58,97 per esborsi ed euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge, con distrazione ex art. 93 cpc in favore dei procuratori costituiti che si sono dichiarati antistatari;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 60,14 per esborsi ed euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da [redacted] che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;



- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da
che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre
rimborso forfetario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;
- condanna parte attrice al rimborso delle spese di lite sostenute da
che liquida in euro 13.430,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario
spese generali al 15%, iva e cpa come per legge.

Così deciso in Pistoia nella camera di consiglio del 7.1.2016.

IL PRESIDENTE

Dott. Fabrizio Amato

IL GIUDICE ESTENSORE

Dott. Sergio Garofalo



Trib. Milano 2.2.2017 n. 1323

Data: 21.4.2017 17:51:27

Trib. Milano 2.2.2017 n. 1323

Concisa esposizione dei motivi della decisione

Con l'atto introduttivo del presente giudizio il fallimento attore ha proposto azione di responsabilità nei confronti di una pluralità di soggetti in relazione a lamentate condotte di mala gestio dagli stessi asseritamente poste in essere nell'esercizio di funzioni di:

- amministratori della fallita Alfa: i convenuti G. (dal 5.7.2006 al 29.4.2004); A., P., L. e V. (dal 2006 al 13.3.2009); M. (AU dal 13.3.2009 al 15.9.2009);

- sindaci della fallita Alfa: il già menzionato M. (dal luglio 2007 al 13.3.2009, con contestuale nomina in CdA), Mo. (luglio 2007 - 4.6.2009); S. (luglio 2007-16.4.08); C. (13.3.2009 - 29.4.2010); T. (4/2009-4/2010);

- amministratori della controllante Beta spa (ex art. 2497 c.c.): i medesimi G., A., P. e V. ed inoltre Tr. e R. (fino al giugno 2009), B. e N. (fino al giugno/luglio 2010);

responsabili della revisione dei bilanci 2007 e 2008: la società Gamma e personalmente il socio incaricato della revisione 2007 V.

In corso di causa la parte ha poi dichiarato di rinunciare agli atti del giudizio (a seguito di sopravvenute transazioni pro quota) nei confronti degli originari convenuti Tr., N., M. e S. i quali hanno ritualmente accettato la rinuncia e a questo punto, su concorde richiesta dei diretti interessati, il g.i. ha dichiarato l'estinzione dei relativi rapporti processuali.

Nella specie si discute di società operativa nei sevizi call center dotata di un capitale di euro 4.000.000 totalitariamente controllata da Beta spa fino al 15.9.2009 (partecipazione poi oggetto di successivi trasferimenti, con parziale modifica degli amministratori e subentro nuovi sindaci). La società risulta dichiarata insolvente in data 29.4.2010 ex art. 3 DLgs 270/99 e poi fallita con sent. 22.11.2010 a seguito di ricorsi per dichiarazione di fallimento proposti da creditori nel dicembre 2009 e successivo ricorso per declaratoria di insolvenza proposto in proprio in data 25.3.2010 (mentre l'originaria controllante Beta risulta essa stessa dichiarata fallita con sent. 8.11.2010).

Nell'atto di citazione iniziale l'attore ha proposto una sintetica ricostruzione delle complessive vicende sociali e in particolare:

ha segnalato innanzitutto quelle che riteneva cause strutturali (di carattere propriamente gestionali) del dissesto della società: di fondo elevati costi fissi bilanciati da consistenti ricavi tuttavia messi a disposizione della controllante secondo un modello di "tesoreria accentrata" così da non essere in grado, di fatto, di far fronte ai propri debiti; esplosione quindi dei costi con la cd "circolare Damiano" (L. 296/2006) che imponeva la trasformazione entro metà 2007 dei rapporti di collaborazione instaurati con contratti di lavoro subordinato;

ha denunciato, in relazione all'esercizio 2007, il deposito di un bilancio a proprio avviso inattendibile, recante l'indicazione di un utile per euro 1.046.076 certificato dai revisori senza riserva ma poi modificato a seguito di impugnazione CONSOB 1/09 dei bilanci di esercizio e consolidato della capogruppo Beta, a questo punto con l'indicazione di una perdita di euro 203.235 (e un patrimonio netto comunque positivo per euro 3.815.691 ma a questo punto non certificato dalla società di revisione; ha evidenziato altresì che il successivo bilancio dell'esercizio 2008 registrava una perdita di euro 20.087.914 con patrimonio netto a questo punto negativo per euro 6.565.219 (in questo caso a fronte di un intervento di copertura perdite eseguito in corso di esercizio);

ha segnalato quindi l'invio in data 11.1.2013 di un avviso di conclusione indagini nei confronti di una pluralità di soggetti (nel documento risultano tra gli indagati i nominativi degli odierni convenuti N., A., G., B. e M.), per reati di associazione a delinquere, bancarotta fraudolenta, frode fiscale ed altro in relazione alla gestione di diverse società tra cui la fallita - avviso poi seguito da decreto di rinvio a giudizio e costituzione di P.C. del fallimento.

Proprio in relazione alle menzionate vicende penali in sede di prima udienza di trattazione le difese A., G. e M. hanno proposto eccezione di estinzione del presente giudizio in relazione alle

rispettive posizioni, con istanza respinta dal g.i. con ord 4.7.2015 nella quale si rilevava innanzitutto che la documentazione prodotta dava conto della menzionata costituzione unicamente nei confronti di G. e A., non anche M., si richiamava in diritto il consolidato orientamento della Suprema Corte secondo cui "il trasferimento dell'azione civile nel processo penale, regolato dall'art. 75 c.p.p., determina una vicenda estintiva del processo civile riconducibile al fenomeno della litispendenza...nel solo caso di effettiva coincidenza delle azioni per petitum e causa petendi" (Cass. 6754/2005; 8353/2013) e a questo punto si osservava che *nella specie nei confronti dell'odierno convenuto A. risulta contestato in sede penale (nel procedimento sopra indicato) unicamente il capo A) della rubrica relativo a fattispecie di "associazione a delinquere", dunque con manifesta diversità (quanto meno) di causa petendi; una situazione analoga sembra rilevabile in relazione alla posizione del convenuto G., nei cui confronti risultano altresì contestate in sede penale fattispecie di bancarotta documentale e patrimoniale (anche in termini di "cagionamento del dissesto" e dunque con un petitum indiscutibilmente comprensivo della richiesta risarcitoria avanzata nella presente sede civile) ma in relazione a specifiche condotte manifestamente diverse da quella oggetto di contestazione in questa sede (causa petendi) relativa unicamente alla formazione di un ingente debito tributario - sia pure in un contesto di insolvenza o comunque in pendenza di una causa di scioglimento della società, secondo le "precisazioni" proposte dall'attore in sede di udienza ...". Nella specie, quale specifico addebito rivolto nei confronti di tutti i convenuti, l'attore ha contestato l'omesso pagamento, protratto nel tempo, dei debiti erariali e previdenziali "in un contesto di illegittima prosecuzione dell'attività di impresa a dispetto del verificarsi di una causa di scioglimento della società", avanzando quindi, conseguentemente, una richiesta risarcitoria espressamente ed esattamente commisurata a "l'incremento dei debiti tributari e previdenziali maturato tra il 31.12.2007 e il 28.2.2010" per il corrispondente importo di "euro 52.311.531,08 oltre interessi e sanzioni dalla data di ogni singola cartella esattoriale" - richiesta successivamente autolimitata al minore importo di euro 7 mln, anche all'esito delle transazioni parziali realizzate (già prima dell'avvio del presente procedimento con il sindaco G.; poi quelle con i convenuti Tr., N., M. e S.).

Nelle more, in sede cautelare, sia il primo giudice che il collegio nella successiva fase di reclamo, hanno ritenuto di dover interpretare la domanda proposta come limitata alla contestazione di omesso pagamento dei debiti tributari e previdenziali osservando in particolare che: "dalla lettura del ricorso ...emerge chiaramente come la prospettazione del FALLIMENTO, pur partendo dalla illustrazione di una situazione di dissesto antecedente rispetto alla data di dichiarazione di insolvenza non riguardi di per sè l'addebito di illecita prosecuzione non conservativa dell'attività sociale in presenza di causa di scioglimento ed il conseguente pregiudizio complessivamente derivato alla società fallita ed alla massa, ma...riguardi invece la "dissennata decisione di non pagare -tra gli altri- i debiti erariali e previdenziali (passati da complessivi 2,4 milioni di euro circa al termine dell'esercizio 2006 a oltre 59 milioni alla data della dichiarazione di insolvenza) ... La pretesa risarcitoria in discussione concerne dunque non tanto un complessivo risultato negativo della indebita prosecuzione dell'attività sociale quanto l'aumento della esposizione tributaria e previdenziale).

Muovendo da tale premessa interpretativa, in sede cautelare il Collegio riteneva di dover individuare l'importo risarcibile in ragione della contestazione avanzata come necessariamente limitato all'ammontare di sanzioni, interessi e spese, al netto invece dell'importo capitale corrispondente ad ordinari costi di gestione.

A seguito di tale pronuncia, in sede di memoria 183 n. 1 c.p.c. l'attore, lamentando l'erroneità della interpretazione così proposta dai giudici della cautela, ha rivendicato di avere invece inteso fin dall'origine contestare propriamente la violazione degli obblighi di cui all'art. 2486 comma 1° c.c., formulando a questo punto le conclusioni poi riproposte in sede di PC e riportate in epigrafe, sottolineando infine (in memoria conclusionale di replica) che "Il fatto illecito contestato dalla Curatela ai convenuti (da declinarsi poi secondo i rispettivi doveri imposti dal diverso ruolo di costoro) è costituito non solo dall'omesso pagamento dei debiti tributari e previdenziali (illecito comunque commesso e qui contestato, dal quale è derivato un danno corrispondente a interessi, sanzioni, somme aggiuntive, aggi e spese), ma anche e soprattutto dall'omessa adozione delle doverose contromisure sia per far fronte allo stato di crisi e di insolvenza conclamato sin dal 31 dicembre 2007, sia per impedire l'aggravamento del dissesto, con conseguente prosecuzione dell'attività sociale in difetto del presupposto della continuità aziendale; il che ha causato alla società e alla massa dei suoi creditori un danno corrispondente al maggior debito (c.d. debito incrementale), che non sarebbe sorto se, invece, quelle contromisure fossero state tempestivamente adottate (id est: in ultima analisi, se l'attività sociale fosse cessata e Alfa fosse stata assoggettata a fallimento).

Tale interpretazione è stata fermamente contestata da tutti i convenuti, che hanno quindi sollevato eccezione di indebita mutatio libelli, secondo accesa controversia protrattasi fino in sede di memorie conclusionali.

Al riguardo il Tribunale, preso atto di una formulazione certamente poco felice dell'atto di citazione notificato alle controparti, ritenuto che in una situazione siffatta vada necessariamente privilegiata l'interpretazione che meglio garantisca la finalità propria dell'atto di consentire l'avvio di un rituale contraddittorio con tutte le parti nella piena chiarezza degli addebiti in contestazione (con l'unica possibile alternativa di una radicale dichiarazione di nullità dell'atto per difetto di editio actionis), reputa di dover condividere pienamente la lettura degli atti iniziali del presente giudizio proposta dai giudici della cautela, atteso che nell'originario atto di citazione, all'interno di un complessivo scenario di mala gestio delineato dall'attore, si sottolineava espressamente l'intento della curatela di "concentrare la propria attenzione su un unico colossale illecito. La gravità della violazione e l'entità del danno che ne è derivato infatti sono tali da assorbire ogni altra questione. Si tratta della dissennata decisione di non pagare - tra gli altri - i debiti erariale e previdenziali (che sono passati da 2,4 mln al termine dell'esercizio 2006 a oltre 59 mln alla data della dichiarazione di insolvenza)", laddove il riferimento ad una ipotizzata situazione di illegittima prosecuzione dell'attività sociale appariva letteralmente formulato come mero elemento di "contesto". A puntuale conferma di tale interpretazione (che naturalmente deve avere riguardo al contenuto del testo oggetto di notifica, al di là di quelle che potevano essere mere "intenzioni" della parte) si deve d'altro canto sottolineare come nelle successive pagg. 25-29 dell'atto espressamente destinate alla individuazione degli specifici addebiti proposti nei confronti dei distinti "gruppi" di convenuti (amministratori, sindaci, società di revisione) semplicemente non compare alcun cenno all'omesso accertamento di una causa di scioglimento e/o all'assunzione di iniziative per la ricapitalizzazione o messa in liquidazione della società).

Sotto diverso profilo, in sede di memoria conclusionale, l'attore ha invocato comunque l'ammissibilità della contestazione di indebita prosecuzione dell'attività in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 2486 c.c. (anche nell'ipotesi in cui fosse ritenuta proposta per la prima volta in sede di memoria 183 n 1) alla luce dell'ampia interpretazione del concetto di "precisazione della domanda" proposta dalla recente pronuncia SS.UU. 12310/15, ma in questo caso con un riferimento che appare non pertinente rispetto al caso di specie. Al riguardo interessanti considerazioni sono state proposte dalla difesa Lancellotti in ordine alla corretta interpretazione della menzionata pronuncia (v. pagg. 6-8 della memoria conclusionale di replica) ma ai fini di causa pare sufficiente osservare che la medesima pronuncia ha comunque fatto riferimento ad una possibile "sostituzione" di elementi propri della originaria domanda, escludendo invece in radice la possibilità di "aggiungere" una nuova causa pretendi a quella originaria - come appunto pretenderebbe l'attore secondo la prospettazione qui in esame.

Nella specie, pur a seguito di una espressa trattazione di tale tema di carattere preliminare (che è parsa doverosa alla stregua dell'ampio spazio che ha trovato nella discussione tra le parti), il Collegio ritiene comunque opportuno, a chiudere definitivamente ogni discussione sul punto, sottolineare la manifesta incongruenza, logica e in diritto, della pretesa di parte attrice di ricondurre alla violazione dei limiti gestori di cui all'art. 2486 c.c. un danno risarcibile commisurato all'entità di "debiti" maturati in capo alla società in epoca successiva all'asserita perdita del capitale sociale.

In tal modo infatti la parte finisce in tutta evidenza per riproporre puramente e semplicemente, con la sola differenza di una invocata legittimazione attiva della procedura al posto dei singoli creditori, la previsione del previgente articolo 2449 comma 1° c.c. abrogata dalla riforma del 2003 (disposizione che appunto faceva riferimento ad una diretta responsabilità degli organi sociali per "i debiti" maturati dalla società), laddove la nuova disposizione dell'art. 2486 c.c. fa piuttosto riferimento al risarcimento di eventuali "danni" procurati al patrimonio sociale in relazione a "perdite" maturate nella gestione sociale, ovvero ad un rapporto negativo tra costi e ricavi di esercizio e dunque, per estensione logica, ad una evoluzione inversamente proporzionale del rapporto crediti/debiti della società: in tal senso, richiamati gli oneri di deduzione e di prova indiscutibilmente gravanti sull'attore in tema di danno e nesso di consequenzialità rispetto alla condotta contestata, pare evidente che il dato relativo alla esistenza di "debiti" maturati in capo alla società in epoca successiva al momento di asserita perdita dei requisiti di capitale è circostanza di per sé semplicemente "neutra" rispetto alla possibile individuazione di un danno risarcibile - mentre deve certamente escludersi la legittimità di un eventuale intervento suppletivo del Tribunale volto a sanare i vizi della prospettazione di parte.

Così limitato il campo di indagine al fatto dell'omesso versamento degli oneri tributari e

previdenziali, in vista di una eventuale risarcibilità di danni astrattamente da individuare nell'importo di interessi, sanzioni e spese di riscossione (ovviamente detratte le quote di responsabilità riferibili ai coobbligati in solido che hanno definito rapporti transattivi), pare innanzitutto di dovere in tutta evidenza escludere ogni possibile responsabilità per i danni astrattamente configurabili in relazione alla contestazione di (mero) omesso pagamento di tributi (quale unica contestazione ritenuta ritualmente dedotta nel presente giudizio e comunque rilevante ai fini di causa) in capo ai revisori (convenuti Gamma spa e Renato V.), quali privi di qualunque potere e dunque responsabilità di gestione, una volta preso atto che nel caso di specie l'esistenza dei debiti tributari impagati risultava chiaramente indicata nei bilanci approvati dalla società.

Ad analoghe conclusioni si ritiene d'altro canto di dover immediatamente pervenire per quanto attiene la posizione dei convenuti C. e T., entrati a far parte del Collegio Sindacale solo nella primavera del 2009 (in data 13.3.2009 il primo, 29.4.2009 il secondo).

Anche per questa parte si deve rilevare come si discuta di soggetti certamente investiti di delicate funzioni di controllo sulla complessiva gestione sociale (e in tali vesti legittimati anche ad una eventuale denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.) ma altrettanto certamente privi di incarichi di gestione.

È dunque in tale ambito che va verificata la possibilità o meno di individuare innanzitutto una condotta di inadempimento ai propri doveri e poi la sussistenza di un effettivo nesso di causalità tra l'inadempimento (eventualmente) accertato e il pregiudizio economico di cui si richiede risarcimento.

In tale prospettiva si deve subito ribadire come il dato relativo al progressivo maturare di un ingente debito tributario e previdenziale è sempre risultato chiaramente esposto nei bilanci della società, inoltre pacificamente oggetto di puntuali e reiterate segnalazioni da parte del Collegio Sindacale, con pressanti sollecitazioni all'assunzione delle iniziative necessarie a superare la situazione venuta a crearsi, anche con espresso riferimento ai provvedimenti ex 2447 c.c. (proprio il carattere non controverso di tali circostanze è venuto a fondare il rigetto delle articolate richieste di prova formulate sul punto dai convenuti).

Alla stregua di tali rilievi (e della documentazione concretamente versata in atti) risulta dunque semplicemente non rispondente al vero la circostanza dedotta dall'attore (in maniera peraltro del tutto apodittica) che i sindaci non si sarebbero "attivati affinché fosse convocata l'assemblea per l'adozione dei necessari provvedimenti..." così che una ipotesi di responsabilità dei menzionati convenuti potrebbe a questo punto risultare fondata, propriamente ed unicamente, con riguardo ad un eventuale ritardo nell'investire il Tribunale di una denuncia ex art. 2409 c.c. ed è proprio su questo punto che occorre allora fermare l'attenzione, secondo valutazione da compiere con riferimento all'insieme delle circostanze in cui i sindaci si sono concretamente trovati ad operare nel breve arco di tempo di permanenza in carica.

Al riguardo pare allora il caso di rimarcare (in estrema sintesi) che:

in data 17.2.2009 la fallita chiede (e successivamente ottiene) la rateizzazione in 72 mensilità del debito previdenziale;

l'assemblea 13.3.2009 (nomina del sindaco C.) vede le dimissioni dell'intero CdA in carica e la delibera di integrale copertura delle perdite al 31.12.2008;

nella propria relazione sul bilancio 2008 il Coll. Sind. segnala "dubbi significativi" in ordine alla sussistenza dei presupposti di continuità aziendale, esprimendo infine parere favorevole sul presupposto del mantenimento degli impegni assunti dal socio di maggioranza per la ricapitalizzazione della società e la messa a disposizione di adeguati mezzi finanziari;

di fatto l'assemblea 29.4.2009 delibera la copertura integrale delle perdite maturare fino al 28.2.2009 per un importo complessivo di euro 21.616.813 con ricostituzione del capitale ad euro 2 mln attraverso rinuncia del socio unico ON a propri crediti;

in data 3.7.2009 il Coll. Sind. prende atto della predisposizione di un nuovo piano industriale da sottoporre ad esame e nel frattempo invita il CdA ad assumere le iniziative opportune, anche ai sensi dell'art. 2447 c.c., a fronte delle ulteriori perdite di periodo;

in data 27.7.2009 viene accolta la domanda di rateizzazione del pagamento delle cartelle ESATRI per euro 9,7 mln di euro presentata dall'AU;

tra il settembre e il dicembre 2009 l'intera partecipazione nella fallita risulta trasferita dapprima a Delta srl, poi Epsilon srl, che in particolare si accolla debiti per euro 20 mln maturati dalla precedente controllante Beta nei confronti della fallita;

a cominciare dal settembre '09 il Collegio Sindacale, richiesto adeguato aggiornamento dell'andamento trimestrale dei conti, sollecita reiteratamente la convocazione dell'assemblea per l'assunzione dei provvedimenti ex art. 2447 c.c. ;

con verbale 23.11.2009 il Coll. Sind., per quanto attiene in particolare le attività di recupero

crediti sollecitate nei confronti del CdA, verifica l'inoltro da parte del CdA di formale richiesta di pagamento del credito vantato nei confronti del socio unico Epsilon per euro 20 mln;
a fine dicembre 2009 risultano presentate istanze di fallimento nei confronti della società;
l'assemblea 30.12.2009 delibera l'integrale copertura delle perdite maturate e la ricostituzione del capitale sociale ad euro 2 mln con impegno del socio unico a provvedere alla dotazione dei necessari mezzi finanziari;

a gennaio-febbraio 2010 il Collegio Sindacale chiede conto al CdA delle iniziative assunte per il recupero dei crediti vantati nei confronti del socio unico, evidenziando in particolare il mancato rispetto degli impegni assunti dal socio; .

in data 25.3.2010 la società presenta istanza per la dichiarazione di insolvenza.

A parere del Collegio, a fronte della successione negli incarichi di gestione della società, di copertura delle perdite 2008, di formale accoglimento delle istanze di rateizzazione dei debiti tributari e previdenziali qui in rilievo, di predisposizione di nuovi piani industriali, di mutamento del socio di controllo con la conseguente assunzione di impegni di supporto finanziario, di formali delibere di copertura perdite addirittura nel dicembre 2009 (secondo iniziative nella specie riferibili ad un ristretto arco di tempo di appena pochi mesi, certo da verificare nei propri esiti effettivi ma altrettanto certamente da valutare sulla scorta degli elementi di informazione e giudizio che all'epoca erano concretamente a disposizione dei sindaci e non invece secondo inammissibile prospettiva ex post, tenendo anche conto della presenza di circa 2.500 dipendenti) deve indiscutibilmente escludersi la possibilità di ritenere "dovuta" una iniziativa dei sindaci ex art. 2409 o più in generale di muovere alcun rimprovero di inerzia e/o negligenza nei loro riguardi fino almeno alla fine dell'esercizio 2009, quando di fatto poteva apparire percorribile (agli occhi dei convenuti da poco immessi in carica di cui qui si discute) un percorso di progressivo risanamento della situazione patrimoniale finanziaria della società. Per il prosieguo, tenuto anche conto della già intervenuta proposizione di domande di fallimento da parte dei creditori, pare invece semplicemente superfluo ai presenti fini (eventuale fondamento di una pretesa risarcitoria) ogni ulteriore approfondimento della materia nella manifesta impossibilità di ipotizzare un intervento del Tribunale (su eventuale iniziativa dei sindaci) idoneo in concreto ad anticipare un qualsivoglia intervento sulla gestione sociale prima della presentazione della istanza di declaratoria di insolvenza e quindi a ridurre l'importo del pregiudizio economico patito dalla società - dunque in palese mancanza di ogni possibile nesso di causalità tra (eventuale) inadempimento e danno conseguentemente risarcibile.

A parere del Collegio un esame più approfondito deve essere necessariamente riservato alla posizione dei soggetti gravati di responsabilità di gestione - ivi compresi, secondo la prospettazione di parte attrice, gli amministratori della controllante Beta - in particolare attraverso una compiuta verifica dei tempi e modalità di formazione del debito tributario (per interessi, sanzioni e spese) ancora di interesse da condurre anche attraverso conferimento di apposita CTU come da separata ordinanza contestuale.

Alla stregua di tali considerazioni il Tribunale ritiene dunque di dover rigettare tutte le domande proposte dall'attore nei confronti dei convenuti C., T., V. e Gamma con conseguente condanna dello stesso attore alla integrale liquidazione delle spese di lite sostenute dagli stessi nonché dai terzi chiamati Società Zeta e Eta, spese liquidate in considerazione della entità della domanda (solo da ultimo ridotta dall'attore) e della obiettiva complessità delle incombenze di partecipazione al giudizio per ciascuna delle parti in cause (quali del resto bene evidenziate dall'ammontare della richiesta di liquidazione formulata dalla difesa dello stesso attore), tenendo anche conto peraltro della sostanziale unitarietà delle difese C. e T., da un lato, dei terzi chiamati dall'altro, affidate ad un medesimo legale.

Nei confronti dei restanti convenuti (A., B., G., L., M., P., R. e V.) ritiene di rigettare la domanda di risarcimento relativa all'importo capitale dei debiti tributari e previdenziali per cui è causa, disponendo come da separata ordinanza la prosecuzione del giudizio per quanto attiene l'accertamento di una eventuale responsabilità risarcitoria dei convenuti così menzionati in relazione all'ammontare del debito per interessi, sanzioni e spese relativi agli omessi versamenti tributari e previdenziali.

P.Q.M.

Il Tribunale rigetta tutte le domande avanzate dall'attore nei confronti dei convenuti C., T., V. e Gamma (oggi Theta);

condanna l'attore alla integrale rifusione delle spese di lite nei confronti dei convenuti sopra menzionati nonché dei terzi chiamati in giudizio dagli stessi Eta e Zeta per i seguenti importi a

titolo di compensi:

in favore dei convenuti V. e Gamma euro 80.000,00 ciascuno, in favore dei convenuti C. e T. euro 96.000.000,00 complessivamente, in favore di Eta e Zeta euro 56.000,00 complessivamente, importi tutti maggiorati per spese generali 15% , Iva e cpa come per legge; rigetta le domande formulate dall'attore nei confronti degli altri convenuti A., B., G., L., M., P., R. e V. in relazione alla richiesta di risarcimento dell'importo capitale dei debiti tributari e previdenziali, disponendo per questa parte la prosecuzione del giudizio come da separata ordinanza contestuale.

R.G. n. 2116/2011



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale Ordinario di Prato

Sezione Unica civile

il giudice dott. Giulia Simoni pronuncia la seguente

SENTENZA

nella causa n. 2116/2011 tra le parti:

CURATELA DEL FALLIMENTO TESSILE

S.A.S., c.f. 00427810486, rappresentata e difesa
, elettivamente domiciliata in Prato,

studio del difensore;

DI

RICCARDO & C.

dall'avv.

, presso lo

ATTRICE

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., c.f.

, rappresentata e difesa dal

Prof. avv. Francesco Astone (c.f. STNFNC62A11F839P), dal

;

M.P.S. CAPITAL SERVICES BANCA PER LE IMPRESE S.P.A., c.f.

CONVENUTE

OGGETTO: Cause di responsabilità contro gli organi amministrativi e di controllo, etc.



Decisa a Prato in data 13/02/2017 sulle seguenti conclusioni:

Attrice: *“come in atto di citazione e in via istruttoria per l'accoglimento della richiesta di ordine di esibizione formulata nella memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. del 12/03/2012, rigettata con ordinanza del 10/05/2012”.*

M.P.S. s.p.a.: *“come da memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. e, in via istruttoria, (...) che sia stata disposta la rinnovazione della c.t.u. rigettata con ordinanza del 16/12/2015 sulla base delle osservazioni critiche di parte già formulate.”*

M.P.S. Capital Services Banca per le Imprese s.p.a.: *“I) Preliminarmente nel rito dichiarare la incompetenza funzionale e territoriale del Tribunale di Prato a favore della competenza territoriale del Tribunale di Firenze o del Tribunale di Pistoia. II) Sempre preliminarmente nel rito dichiarare il difetto di legittimazione attiva della Curatela del Fallimento Tessile di Riccardo & C. s.a.s. e, quindi, la inammissibilità delle domande tutte proposte dalla medesima curatela nei confronti della Monte dei Paschi di Siena Capital Services Banca Per Le Imprese Spa con l'atto di citazione notificato in data 14/04/2011, domande di cui si chiede l'integrale rigetto. III) Preliminarmente nel merito accertare e dichiarare che il preteso diritto al risarcimento del danno avanzato dalla Curatela del Fallimento Tessile S.a.s. in via extracontrattuale è prescritto per le lamentate omissioni intervenute prima del 14 Aprile 2006 ed in via contrattuale è prescritto per i contestati fatti intervenuti prima del 14 Aprile 2001. IV) Sempre preliminarmente nel merito accertare e dichiarare la radicale inammissibilità delle domande tutte proposte nei confronti della Monte dei Paschi di Siena Capital Services Banca Per Le Imprese Spa dalla Curatela del Fallimento Tessile di Riccardo & C. s.a.s. con l'atto di citazione notificato in data 14/04/2011 e, conseguentemente, rigettare integralmente le stesse. V) In subordine nel merito rigettare integralmente tutte le domande proposte nei confronti della Monte dei Paschi di Siena Capital Services Banca Per Le Imprese Spa dalla Curatela del Fallimento Tessile di Riccardo & C. s.a.s. con l'atto di citazione notificato in data 14/04/2011, perché del tutto infondate, in fatto ed in diritto. VI) In via istruttoria, insiste nella ammissione di tutti i mezzi istruttori richiesti dalla Monte dei Paschi di Siena Capital Services Banca Per Le Imprese Spa nella memoria autorizzata ex art. 183 comma 6 n. 2 cpc e non ammessi e, in ordine alla relazione peritale della CTU Dott.ssa Francesca Mori, insiste nelle deduzioni, eccezioni e richieste formulate alle udienze del 30 Settembre 2015 e del 16 Dicembre 2015 e, quindi, per il rinnovo della CTU o, in subordine, di chiarimenti del CTU, per le ragioni e nei termini come sopra verbalizzati. VII) In ogni caso, con vittoria di spese, anche di CTU, e di compensi difensivi.”*

FATTO E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Svolgimento del processo. 2. Competenza per territorio; 3. Legittimazione ad agire del curatore; 4. Concorso delle Banche nell'illecito degli amministratori; 4.1. Qualificazione



giuridica dell'azione proposta dalla Curatela ex art 146, legge fall.; 4.2. Prescrizione; 4.3. Astratta configurabilità della responsabilità concorsuale delle Banche; 4.4. I dati risultanti dalla contabilità della società fallita; 4.5. Momento in cui l'insolvenza si è verificata e consolidata; 4.6. Condotta degli amministratori; 4.7. Condotta delle Banche; 4.8. Nesso di causalità; 4.9. Danno; 5. Responsabilità diretta (contrattuale e extracontrattuale) delle Banche; 6. Spese processuali.

1. Svolgimento del processo

1.1. La Curatela del fallimento “Tessile di Riccardo & C. s.a.s.” (di seguito: “la Curatela”) ha convenuto in giudizio, con citazione, Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (di seguito: “MPS”) e Monte dei Paschi di Siena Capital Services Banca per le Imprese s.p.a. (di seguito: “CS”) - di seguito indicate anche come “le Banche” - al fine di sentirle condannare, in via solidale o, in ipotesi, ciascuna per la sua quota di responsabilità, al risarcimento dei danni arrecati alla fallita, consistenti nella maggiorazione del passivo e nella diminuzione dell'attivo che si sono verificate dalla data in cui l'insolvenza si sarebbe manifestata e avrebbe dovuto essere dichiarato il fallimento in mancanza del ricorso abusivo al credito da parte degli amministratori della società e della abusiva concessione di credito da parte delle Banche sino alla data dell'effettivo fallimento (o, in subordine, dei danni consistenti nei crediti delle convenute ammessi al passivo del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili Riccardo e Lorenzo a causa del concorso di responsabilità degli istituti di credito con quella degli ex amministratori della società o, in alternativa, a causa della responsabilità diretta delle Banche per violazione degli obblighi legali e contrattuali sulle stesse gravanti.

1.1.2. A fondamento delle predette domande, la Curatela ha allegato: che Tessile di Riccardo & C. s.a.s. (di seguito: “Tessile” o “la fallita”) iniziò la sua attività commerciale nel luglio 1969; che, quali amministratori e soci accomandatari, si alternarono, nel periodo che interessa, Riccardo e il padre Lorenzo deceduto il 17/09/2009, il primo dal 1/04/1992 al 23/12/1992, i due insieme dal 23/12/1992 al 7/08/2008 e il secondo dal 7/08/2008; che la predetta società, dal 1998 al 2008 e fino alla dichiarazione di fallimento, ha registrato enormi perdite, chiudendo in negativo ciascun esercizio, con una perdita media di esercizio di € 1.399.937,00, come risulta dai modelli “Unico – Società di persone” relativi ai periodi d'imposta 1998-2008 e dai bilanci degli anni 2007 e 2008; che, malgrado lo stato di decozione in cui si trovava la società in quel decennio, i suoi amministratori, anziché porla in liquidazione o domandarne il fallimento, hanno richiesto e consentito l'abusivo sostegno bancario, da cui sono derivati la protrazione deficitaria dell'attività d'impresa e il ritardo nel fallimento, con conseguente decremento dell'attivo ed incremento del passivo; che gli amministratori hanno potuto mascherare l'insolvenza ed impedire la cessazione dell'attività grazie al costante sostegno finanziario di CS, MPS e Banca



Toscana s.p.a. (oggi MPS); che il gruppo Montepaschi, nel periodo 1998-2008, ha erogato mutui garantiti da ipoteche e fideiussioni per un totale di € 4.332.913,80; che, in particolare, sono stati stipulati con Mediocredito Italiano s.p.a., in data 1/10/1998, un contratto di mutuo per l'importo finanziato di € 1.032.913,80, assistito da garanzie reali (Lorenzo e Sitea s.r.l., società del gruppo quali terzi datori di ipoteca) e personali (fideiussioni di Lorenzo e di Riccardo con MPS Merchant – Banca per le piccole e medie imprese s.p.a., in data 7/04/2004, un atto aggiuntivo al predetto contratto di mutuo, con CS due contratti di mutuo in data 15/11/2006 e in data 2/07/2007 per l'importo finanziato rispettivamente di € 1.800.000,00 e di € 1.500.000,00, beneficiaria anche Lanerie s.r.l., assistiti da garanzie reali (Lorenzo Sitea s.r.l. e R.T.P. s.r.l., altra società del gruppo quali terzi datori d'ipoteca) e personali (fideiussioni dei soci accomandatari); che, inoltre, il gruppo MPS ha erogato abusivamente a Tessile attraverso il mantenimento degli affidamenti sullo scoperto di conto corrente per anticipi su ordini, carta commerciale e fatture emesse, la somma complessiva di € 66.604.499,81, per una media di € 6.660.450,00 all'anno; che, nella seconda metà del 2008, Tessile cessò di fatto la propria attività, senza tuttavia darne comunicazione al Registro delle Imprese; che, in data 25/09/2009, la società è stata dichiarata fallita dal Tribunale di Prato, con conseguente fallimento ex art. 147 legge fall. dei soci illimitatamente responsabili Lorenzo e Riccardo che CS, in qualità di mandataria del gruppo MPS, si è insinuata al passivo del fallimento di Tessile per un credito ammesso in via chirografaria di € 6.904.668,49, al fallimento di Lorenzo per un credito di € 8.288.041,96, di cui € 4.061.919,10 con privilegio ipotecario ed € 4.226.122,86 in chirografo, e a quello di Riccardo per un credito di € 7.895.957,81; che, qualora il sistema bancario avesse correttamente interpretato la situazione economica e patrimoniale della società e non vi fosse stato l'abusivo ricorso al credito da parte degli amministratori, l'insolvenza si sarebbe manifestata non oltre l'anno 2000, essendosi di fatto già integrata e consolidata a quella data, cosicché il fallimento sarebbe stato dichiarato, con ogni probabilità, entro la data del 31/01/2001; che, a quella data, il *deficit* fallimentare sarebbe stato pari a € 1.477.126,00, anziché a € 11.167.915,99, accertato alla data del fallimento; che, pertanto, il danno derivante dall'indebita protrazione deficitaria dell'attività d'impresa è di € 9.690.789,99, pari alla differenza tra i due *deficit*, cioè all'aggravamento del *deficit* patrimoniale (aggravamento del passivo e diminuzione dell'attivo) nel periodo di abusiva concessione del credito.

1.1.3. Tanto premesso in fatto, l'attrice ha evidenziato la responsabilità degli amministratori della fallita, fondata sugli artt. 2318, 2293, 2260 e 1710 c.c., per avere gli stessi violato gli obblighi imposti dalla legge di non ricorrere al credito quando la società è insolvente, di non consentire la protrazione deficitaria dell'attività d'impresa e di non ritardare la dichiarazione di fallimento, essendovi, inoltre, un divieto generale, per l'imprenditore insolvente, di compiere nuove operazioni,



desumibile dall'art. 6 legge fall. e dalle norme della legge fallimentare che puniscono i reati di bancarotta semplice e di ricorso abusivo al credito (artt. 217, comma 1, nn. 3 e 4, 218, legge fall.). Ad avviso della Curatela, gli amministratori sarebbero incorsi sia nella responsabilità contrattuale, derivante dalla violazione delle regole del mandato discendenti dal contratto sociale, sia nella responsabilità extracontrattuale, derivante dalla violazione del dovere generale del *neminem laedere*, attraverso la violazione degli obblighi di fonte legale.

1.1.4. Secondo la prospettazione della Curatela, le Banche convenute avrebbero, in primo luogo, concorso nella responsabilità degli amministratori mediante la concessione abusiva di credito, quale condotta concorrente con quella dell'organo gestorio, così divenendo responsabili in solido con gli amministratori stessi. Ciò posto, il curatore, in virtù del principio per cui è legittimato a far valere la responsabilità di terzi in ordine a fatti anteriori al fallimento e colpevolmente causativi dello stato d'insolvenza, trattandosi di azione che esula da quelle di cui all'art. 46, legge fall., sarebbe legittimato ad agire ex art. 146, legge fall. nei confronti delle Banche, quali responsabili solidali del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte degli amministratori, ciò non essendo escluso dal fatto che, essendo gli amministratori falliti, nei confronti di questi ultimi l'azione non è proponibile.

1.1.5. A parere dell'attrice, sussisterebbe, inoltre, in capo alle Banche convenute, una responsabilità diretta, di natura sia contrattuale che extracontrattuale. Sotto il primo profilo, pur non esistendo, a carico di ciascun consociato, un generale dovere di attivarsi al fine di impedire a carico di altri eventi di danno, graverebbero sull'istituto bancario, che abbia rapporti contrattuali con un altro soggetto, sia doveri di esecuzione in buona fede del contratto sia obblighi discendenti dal sistema bancario, tra i quali rientra il dovere di rifiutare operazioni *ictu oculi* anomale e tali da compromettere palesemente l'interesse dell'altra parte, la cui violazione dà luogo a *culpa in omittendo*. Dal secondo punto di vista, sarebbe poi ascrivibile, agli istituti di credito convenuti, una responsabilità, ancora diretta, di natura extracontrattuale, derivante dalla violazione delle disposizioni di vigilanza dell'ordinamento sezionale del credito, in particolare delle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, che impongono alle banche di verificare il merito creditizio sia svolgendo un'istruttoria di fido prima di concedere credito, sia sottoponendo a revisione successiva le informazioni acquisite, attraverso un efficiente monitoraggio: queste disposizioni, infatti, non avrebbero rilevanza solo all'interno dell'ordinamento settoriale del credito, con le conseguenze previste da tale ordinamento in caso di violazione (l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'autorità di vigilanza, lo scioglimento degli organi amministrativi e la sottoposizione della banca alle procedure di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria), ma avrebbero rilevanza anche esterna, qualora le banche, trasgredendole, arrechino un danno ad altri. In entrambi in casi, verrebbe in rilievo la condotta negligente delle convenute per avere agito in violazione della normativa di vigilanza, che



impone di erogare credito solo a chi appaia, dopo l'espletamento dell'istruttoria, solvibile rispetto alla complessiva obbligazione di restituzione, tenuto conto di tutte le esposizioni del soggetto anche verso altri banchieri, conoscibili attraverso la Centrale dei Rischi, la cui mancata osservanza darebbe luogo a colpa professionale, secondo il criterio del *bonus argentarius*.

1.1.6. Ha concluso la Curatela sostenendo che il danno cagionato dalle convenute, cristallizzatosi al momento della dichiarazione di fallimento, consiste nella maggiorazione del passivo e nella diminuzione del passivo verificatesi tra il momento in cui l'insolvenza si sarebbe manifestata in mancanza di abusivo ricorso al credito, con probabile conseguente dichiarazione di fallimento, e la data dell'effettivo e ritardato fallimento; in ipotesi, tale danno dovrebbe individuarsi nell'aggravamento dello stato passivo in relazione ai crediti vantati dalla Banche convenute e ammessi al passivo del fallimento della società e dei soci.

1.2. Si è costituita in giudizio MPS formulando, in prima battuta, alcune eccezioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito in relazione alle domande formulate dalla Curatela.

1.2.1. La convenuta ha, in primo luogo, eccepito l'incompetenza per territorio del Tribunale di Prato in favore del Tribunale di Siena, quale foro generale del convenuto ex art. 19 c.p.c., oppure, ex art. 20 c.p.c., come foro del luogo in cui è sorta l'obbligazione, in alternativa al Tribunale di Firenze, in quanto presso la Direzione Generale di Siena o di Firenze avrebbe potuto essere assunta la decisione di revoca dei fidi, o ancora come luogo di conclusione dei contratti dai quali sono sorte le obbligazioni dedotte in giudizio, in quanto a Prato mancava un'entità decisionale che avesse il potere di stipulare in relazione a tutti i rapporti intervenuti tra Tessile e il gruppo MPS; infine, ex art. 20 c.p.c., come luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione, trattandosi di obbligazione illiquida da adempiere presso il domicilio del debitore ai sensi dell'art. 1182, comma 4, c.c.. Sarebbe in ogni caso esclusa, secondo la convenuta, la possibilità di invocare la competenza territoriale speciale di cui all'art. 24, legge fall. in quanto le azioni esercitate dalla Curatela esistevano nel patrimonio della fallita già prima del fallimento.

1.2.2. La stessa convenuta ha, in secondo luogo, eccepito la prescrizione del diritto fatto valere, trattandosi di illeciti omissivi da cui sarebbe derivato un diritto al risarcimento del danno che esisteva nel patrimonio della fallita già prima della dichiarazione di fallimento, e ciò sia in relazione alla domanda fondata sul concorso di responsabilità della Banca nell'illecito degli amministratori ex artt. 2947 e 2949 c.c. per tutti i fatti avvenuti prima del 14/04/2006, sia in relazione alla domanda fondata sulla responsabilità diretta dell'istituto di credito ai sensi dell'art. 2946 c.c. in relazione ai fatti accaduti prima del 14/04/2001. Riguardo all'azione di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale, ha evidenziato, poi, che lo spostamento della data di riferimento dal 31/12/2001 al 14/04/2006 andrebbe ad incidere sulla configurabilità stessa dell'illecito perché verrebbe in rilievo un supposto abuso posto in essere solo negli ultimi due anni di attività e non dal 1998.



1.2.3. Infine, sempre in via preliminare, ha eccepito l'inconfigurabilità astratta delle azioni promosse dalla Curatela, non essendo prospettabile, a suo dire, né una responsabilità extracontrattuale del concorrente nell'illecito nei confronti di altro co-autore, responsabile del medesimo illecito (la società), né una responsabilità contrattuale della Banca nei confronti dell'altra parte, a sua volta inadempiente, né infine un danno per i soci e per la società.

1.2.4. Dal primo punto di vista, ha richiamato il principio *in pari delicto, melior est condicio possidentis* che troverebbe rispondenza, nel nostro codice, nell'art. 2035 c.c., tanto più che, nella fattispecie, si tratta di società di persone, cioè di entità non personificata e trasparente, in cui coloro che hanno commesso l'illecito coincidono, secondo la convenuta, con coloro che dovrebbero trarre beneficio dall'azione risarcitoria.

1.2.5. Dal secondo punto di vista, ha posto in rilievo il fatto che Tessile nel richiedere credito a MPS pur non essendo nelle condizioni di restituire i prestiti, sarebbe stata a sua volta inadempiente ai doveri di buona fede e di correttezza nei confronti dell'istituto di credito e, per tale ragione, non potrebbe oggi lamentare l'inadempimento della Banca, in contrasto con il principio evincibile dall'art. 1460 c.c.; ciò sarebbe vero *a fortiori* nel caso in questione, in cui viene imputato alla Banca l'inadempimento di un'obbligazione secondaria, dopo che la stessa aveva adempiuto alla sua obbligazione principale, al cospetto dell'inadempimento, da parte di Tessile alla propria obbligazione principale.

1.2.6. Quanto al danno, ha evidenziato che, secondo la consulenza prodotta dall'attrice, il patrimonio netto di Tessile era negativo già al 31/12/2000 o, al massimo, al 31/12/2001, di talché nessun concreto danno potrebbe essere derivato ai soci e alla società dall'aggravamento del dissesto, quest'ultimo risolvendosi in un fatto neutro ed irrilevante perché un debitore che ha già perso il suo patrimonio non potrebbe, per definizione, subire un danno ulteriore.

1.2.7. Nel merito, ha premesso: che l'attività creditizia implica *ex se* il rischio che un imprenditore finanziato incorra successivamente nel fallimento; che non vi è un divieto, imposto dalle Istruzioni di Vigilanza, di finanziare imprese in crisi o in perdita; che Tessile è stata una delle più importanti aziende tessili del distretto pratese, storicamente sostenuta da MPS; che questo sostegno è proseguito anche nella nota fase di crisi economica del settore tessile, al fine di garantirne la ripresa; che una serie di fattori esterni ha reso vane le speranze di recupero aziendale; che, oltre alla congiuntura economica negativa, vi è stato un forte conflitto familiare tra Lorenzo e Riccardo che ha portato quest'ultimo a lasciare andare in protesto un assegno del padre; che in base ad un'analisi *ex ante*, non era prevedibile il tracollo che ha determinato il fallimento di Tessile che sarebbe paradossale addossare alla principale danneggiata della vicenda – la stessa MPS -, oltre ai costi della procedura concorsuale, il risarcimento degli altri creditori.



1.2.8. Ciò premesso, MPS ha contestato la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, contrattuale o extracontrattuale, allegato dalla Curatela.

1.2.9. In particolare, ha obiettato che possa configurare un fatto illecito della Banca la mancata revoca di fidi, rilevando che il contrario assunto esporrebbe gli istituti di credito al continuo rischio di azioni giudiziarie, sia per la revoca che per la mancata revoca, in contrasto con il canone del *business judgement rule*, che esclude la possibilità di configurare come illeciti le scelte e gli atti posti in essere dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa.

1.2.10. Ha poi eccepito la genericità delle violazioni che l'attrice ha allegato a fondamento dell'elemento soggettivo della colpa, non avendo la Curatela individuato, in concreto, quali sarebbero gli specifici obblighi violati dalla Banca.

1.2.11. Ha evidenziato la carenza di allegazione, nell'atto di citazione, in punto di nesso di causalità tra condotta e danno e ha rilevato che tale collegamento eziologico potrebbe sussistere solo dimostrando che la revoca dei fidi, da parte di MPS, avrebbe comportato il fallimento della società; al contrario, dalla lettura della relazione ex art. 33, legge fall., emergerebbe che il fallimento è ascrivibile alla faida che si era aperta in seno alla famiglia cosicché potrebbe sostenersi che, qualora questo conflitto familiare non vi fosse stato, la società avrebbe potuto superare la crisi perché, ove anche MPS avesse revocato i fidi, sarebbe proseguito il sostegno da parte delle altre banche. A parere della convenuta, in altri termini, mancherebbe la prova che, in mancanza della faida familiare e in presenza della revoca dei fidi, sarebbe sopravvenuto il fallimento.

1.2.12. Quanto, nello specifico, alla responsabilità contrattuale, ha eccepito sia l'imprevedibilità del danno ex art. 1225 c.c. connesso all'imprevedibilità della crisi familiare del gruppo sia il concorso colposo del danneggiato ex art. 1227 c.c..

1.2.13. Ha quindi concluso, salve le eccezioni di incompetenza per territorio e di prescrizione, per il rigetto nel merito delle domande avversarie.

1.3. Si è costituita in giudizio CS, anch'essa formulando eccezioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito.

1.3.1. Ha eccepito, in primo luogo, l'incompetenza per territorio del Tribunale di Prato rilevando che, non trattandosi di azione di massa e non potendo quindi trovare applicazione l'art. 24, legge fall., si dovrebbe fare riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 19 e 20 c.p.c. cosicché sarebbero alternativamente competenti il Tribunale di Firenze come foro generale della persona giuridica, trovandosi a Firenze la sede legale della Banca, e il Tribunale di Pistoia, sia quale *forum contractus*, in relazione al luogo di conclusione dei contratti di mutuo, sia quale *forum destinatae solutionis*, in relazione al luogo di adempimento dei contratti di mutuo.

1.3.2. In secondo luogo, ha eccepito la carenza di legittimazione attiva del curatore rilevando che l'azione di risarcimento del danno proposta non sarebbe un'azione di massa e ha richiamato il



principio espresso dalle Sezioni Unite, secondo cui il curatore non è legittimato a promuovere l'azione per abusiva concessione di credito quale rappresentante della massa dei creditori. A parere della convenuta, il caso su cui si è pronunciata Cass. n. 13413/2010, richiamata dalla Curatela a sostegno della sua legittimazione, sentenza che ha espressamente fatto salvo il principio affermato dalle precedenti Sezioni Unite, avrebbe ad oggetto una fattispecie del tutto particolare, diversa da quella sottoposta al presente giudizio, in cui, nelle more della causa civile, era stata pronunciata sentenza penale di condanna dell'amministratore e del direttore della filiale per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito.

1.3.3. La convenuta ha poi formulato eccezione di prescrizione negli stessi termini dedotti dall'altra convenuta e, analogamente, ha contestato l'astratta configurabilità dell'azione risarcitoria proposta dalla Curatela sia a titolo contrattuale che extracontrattuale, per le medesime ragioni evidenziate da MPS.

1.3.4. Nel merito, ha allegato che la Banca ha stipulato i tre mutui indicati dall'attrice previa prestazione di garanzie personali e reali che, quindi, dovevano essere e sono state considerate nella valutazione della solvibilità del rimborso.

1.3.5. Ha poi contestato che Tessile nel momento in cui furono concessi i prestiti, si trovasse in stato d'insolvenza, non rilevando, del resto, la mera difficoltà economica dell'impresa: dalla relazione ex art. 33, legge fall. dello stesso curatore, si evincerebbe, infatti, che la causa scatenante dell'insolvenza è stata la faida familiare nel gruppo che gli amministratori erano assistiti da professionisti, i quali avrebbero avuto un peso nella vicenda, e che non è possibile individuare atti degli amministratori gravemente lesivi della società e del patrimonio sociale; inoltre, il mutuo nel 1998 sarebbe stato regolarmente rimborsato fino alla rata del 30/09/2008, mentre i mutui conclusi nel 2006-2006 fino al 10/12/2008; questi ultimi sarebbero stati, inoltre, erogati per essere utilizzati all'esclusivo fine di sopperire ad esigenze finanziarie aziendali. Ha evidenziato, inoltre, al riguardo che la Curatela avrebbe ommesso di considerare sia che dei 66 milioni di euro di fidi concessi, molti riguardavano aperture di credito rotative e autoliquidanti, sia che, dallo stato passivo fallimentare, risulta che i crediti degli istituti bancari ammontano a circa il 71,21% del totale, mentre non vi sono crediti insinuati dei lavoratori, quelli degli enti pubblici rappresentano solo l'1,03% e quelli dei fornitori il 10%, a dimostrazione che la fallita pagava i propri dipendenti, i fornitori e i tributi.

1.3.6. Ciò posto, a parere della convenuta, non essendovi, nell'ordinamento positivo, una norma che vieti di fare credito a imprese in crisi, la condotta della Banca sarebbe stata volta a sostenere la fallita in un momento di grave crisi del settore tessile, per consentirne la ripresa e la riconversione del settore produttivo, considerata anche l'importanza di quella realtà aziendale nell'area pratese.



1.3.7. Ha eccepito, CS, la genericità delle allegazioni dell'attrice in punto di concorso delle Banche nell'illecito degli amministratori, di cui non sarebbero stati individuati gli elementi costitutivi e, in particolare, quale sarebbe la condotta alle stesse ascrivibile.

Infine, ha contestato l'ammontare del danno lamentato dalla Curatela, di cui quest'ultima non avrebbe specificato il metodo di calcolo.

1.3.8. Ha, pertanto, anch'essa concluso per il rigetto delle domande attoree, nell'ipotesi in cui fossero respinte le eccezioni pregiudiziali e preliminari.

1.4. All'udienza ex art. 183 c.p.c., il giudice istruttore ha autorizzato le parti a depositare memorie difensive in ordine alle predette eccezioni pregiudiziali e preliminari e, all'esito, avendo ritenuto che le stesse potessero essere decise unitamente al merito, ha concesso alle parti i termini per le memorie ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c..

1.5. La causa è stata istruita mediante la prova per testi richiesta da CS e mediante una c.t.u. finalizzata, tra l'altro, ad accertare in quale momento si è verificata l'insolvenza della società, quando le Banche avrebbero dovuto accorgersi di tale stato di decozione, a quale data avrebbero dovuto ritenere non più sussistente la meritevolezza creditizia della fallita, in quale momento sarebbe stato dichiarato il fallimento in assenza di finanziamenti erogati dalle convenute, quale sia la differenza tra il *deficit* fallimentare al momento in cui è stato dichiarato il fallimento e quello in cui sarebbe stato dichiarato in assenza di finanziamenti, quale sia la differenza tra le posizioni creditorie delle Banche alla data dell'effettivo fallimento e a quella in cui le stesse avrebbero dovuto accorgersi dell'insolvenza, ritenere non più sussistente il merito creditizio e in cui sarebbe stato dichiarato il fallimento in assenza di finanziamenti.

1.6. Depositata la relazione di c.t.u. e rigettata la richiesta delle convenute di rinnovazione della consulenza o di chiarimenti da parte dell'ausiliario, la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni ed è stata trattenuta in decisione.

2. Competenza per territorio

2.1. L'eccezione d'incompetenza territoriale di questo Tribunale, formulata dalle convenute, è infondata e non può essere accolta.

2.2. Non è applicabile alle azioni proposte dalla Curatela la competenza speciale di cui all'art. 24, legge fall., non trattandosi di "azioni che derivano dal fallimento", bensì di azioni che sussistevano nel patrimonio della fallita già prima della dichiarazione di fallimento: ciò è vero sia per la domanda fondata sul concorso della Banche nell'illecito degli amministratori (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 17197 del 19/08/2016 in relazione all'azione di responsabilità de curatore ex art. 146, legge fall. nei confronti degli amministratori; v. anche, sebbene per affermare la competenza del Tribunale delle imprese in caso di fallimento di società di capitali o cooperative: Cass., Sez. 6 - 1, Ordinanza n.



19340 del 29/09/2016), sia, *a fortiori*, per la domanda fondata sulla responsabilità “diretta” degli istituti di credito.

2.3. La competenza per territorio di questo Tribunale sussiste, tuttavia, in base al criterio di collegamento dettato dall’art. 20 c.p.c. del *locus commissi delicti*, inteso quale luogo in cui si è verificato l’evento dannoso, che può essere applicato (quantomeno) in relazione alla prima delle suddette domande, venendo in ogni caso attratta l’altra domanda ex art. 104 c.p.c. (cfr. sul punto Cass., Sez. 3, Ordinanza n. 19958 del 14/10/2005 che ha chiarito che l’art. 104 c.p.c., nel prevedere che nel caso di pluralità di domande nei confronti della stessa parte si possa derogare alla competenza per valore, criterio soggetto ad un regime di rilevazione più rigoroso di quello della competenza territoriale derogabile, implica la possibilità di una deroga anche alla competenza per territorio derogabile, nel senso che la sussistenza del foro territoriale rispetto ad una delle domande consente la trattazione anche delle altre).

12.4. Al riguardo, premesso che la competenza dev’essere verificata e apprezzata in base alla prospettazione fattuale e giuridica dell’attrice, occorre richiamare il condivisibile principio di diritto secondo cui “*L’obbligazione da fatto illecito sorge nel luogo in cui il fatto produttivo di danno si verifica e nella nozione di fatto rientra, oltre al comportamento illecito, anche l’evento dannoso che ne deriva*”, cosicché “*qualora i due luoghi non coincidano, il "forum delicti", previsto dall’art. 20 cod. proc. civ. deve essere identificato con riguardo al luogo in cui è avvenuto l’evento*” (così Cass., Sez. 3, Ordinanza n. 18906 del 20/09/2004).

2.5. Nel caso di specie, pertanto, a prescindere dal luogo in cui le Banche convenute avrebbero posto in essere le condotte che la Curatela ha qualificato come concorsuali nell’illecito dell’organo amministrativo, è dirimente il fatto che il danno lamentato si è verificato nel patrimonio della società fallita e, quindi presso la sede legale di quest’ultima, a Prato.

3. Legittimazione ad agire del curatore

3.1. L’eccezione di carenza di legittimazione attiva del curatore formulata dalle Banche convenute è infondata avuto riguardo, in primo luogo, alla domanda di risarcimento del danno fondata sul concorso delle stesse nella responsabilità degli amministratori di Tessile per ricorso abusivo al credito.

3.1.2. Il fondamento normativo della *legitimatō ad causam* della Curatela è costituito, in questo caso, dalla previsione dell’art. 146, comma 2, lettera a), legge fall. che attribuisce al curatore, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, l’esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori della società fallita.

3.1.3. La disposizione citata, sebbene di frequente applicata alle azioni di responsabilità nei confronti dell’organo gestorio delle società di capitali (cfr. artt. 2393, 2394 e 2395 c.c., art. 2476 c.c.), non reca in sé alcuna esclusione in relazione alle società di persone, stante la sua ampia e generica



formulazione che non offre le basi per un'interpretazione restrittiva. Se è vero che, in concreto, l'azione in questione non viene di norma esercitata dal curatore nei confronti degli amministratori delle società di persone perché questi ultimi coincidono con i soci illimitatamente responsabili che, con il fallimento della società, falliscono a loro volta e perdono la legittimazione processuale rispetto ai rapporti a contenuto patrimoniale, è altrettanto vero che, al di là di questo ostacolo "di fatto" all'esercizio di un'azione di responsabilità da parte del curatore nei confronti degli amministratori di società di persone – ostacolo peraltro non assoluto, essendo dibattuta la possibilità, nelle società di persone, di nominare un amministratore estraneo alla compagine sociale –, dal punto di vista teorico, non vi sono ragioni per escludere tale legittimazione: non potrebbe invocarsi, per esempio, l'assenza di personalità giuridica e l'indistinguibilità tra società e soci perché, da un lato, il disposto di cui all'art. 2260, comma 2, c.c., dettato per le società semplici, ma applicabile anche alle società in nome collettivo e alle società in accomandita semplice ex artt. 2293 e 2315 c.c., prevede espressamente la responsabilità degli amministratori nei confronti della società; dall'altro, la società di persone, pur se sprovvista di personalità giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e di imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci stessi (cfr. *ex multis*, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1261 del 25/01/2016; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 26012 del 12/12/2007). D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità, con la sentenza della Prima Sezione, n. 13413 del 1/06/2010, richiamata dall'attrice, sulla quale si tornerà tra poco, ha espressamente affermato, pur pronunciandosi sull'azione ex art. 2393 c.c., che la legittimazione del curatore ad agire nei confronti della banca finanziatrice che ha concorso con l'illecito dell'amministratore non viene meno a causa del mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele.

3.1.4. È opportuno precisare che, secondo un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, la legittimazione attiva del curatore rispetto alle azioni di responsabilità ex art. 146 legge fall., racchiude, in sé, le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c., cioè sia l'azione sociale che l'azione dei creditori, ed è diretta alla reintegrazione del patrimonio della fallita. Tale principio ben può essere esteso all'azione di responsabilità dei creditori di una società di persone, quest'ultima configurabile applicando in via analogica l'art. 2394 c.c., oppure in base alla regola generale di cui all'art. 2043 c.c.. A ciò consegue che la qualificazione giuridica che s'intenda dare all'azione di responsabilità richiamata dall'attrice – come azione della società o dei creditori (cfr. § 4.1) – non incide sulla legittimazione attiva del curatore fallimentare.

3.1.5. Riconosciuta, quindi, in astratto, la legittimazione del curatore ad esercitare l'azione di responsabilità sociale o dei creditori contro gli amministratori di una società di persone, dev'essere affermata la legittimazione dello stesso ad agire nei confronti delle Banche odierne convenute per avere queste ultime, secondo la prospettazione dell'attrice, concorso nella responsabilità dell'organo gestorio. Tale convincimento è in linea con il principio affermato dalla pronuncia sopra citata,



secondo cui il curatore è legittimato ad agire, ai sensi dell'art. 146, legge fall., in relazione all'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società. Tale condivisibile affermazione si fonda, nella motivazione della sentenza della S.C., da un lato, sul rilievo per cui il curatore può proporre domanda di risarcimento del danno derivante dalla dichiarazione di fallimento nei confronti di un terzo al cui comportamento illecito sia addebitata la verifica dello stato di insolvenza anche per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza (cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza del 18/04/2000 n. 5028), perché così facendo, si limita ad azionare un credito risarcitorio da illecito che, atteso il suo contenuto patrimoniale, non rientra tra i beni ed i diritti di natura strettamente personale esclusi dall'esecuzione concorsuale ai sensi dell'art. 46, n. 1, legge fall. ed è anch'esso acquisito alla massa attiva del fallimento (così Cass., Sez. 1, Sentenza del 20/05/1982 n. 3115); dall'altro, sull'assunto secondo cui, sia in tema di responsabilità contrattuale che responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità e il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento, che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, configurandosi a carico dei responsabili del danno, un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per la sua totalità, ad uno solo dei coobbligati con azione separata, non sussistendo nei confronti di coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

3.1.6. Non convince la tesi sostenuta da CS, secondo cui il *decisum* della S.C. appena richiamato sarebbe stato influenzato dalla peculiarità della fattispecie concreta, in cui l'amministratore della società fallita e il direttore della filiale della banca erano stati condannati in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito: leggendo la motivazione della sentenza citata, infatti, si evince chiaramente che i giudici di legittimità hanno richiamato la condanna penale solo per ricavare, da essa, la condotta dell'amministratore di cui all'art. 2393 c.c., in cui la banca aveva concorso, così da poter affermare il principio di diritto sopra esaminato (pur concludendo, alla fine, che non avendo il curatore prospettato nel giudizio di merito quella fattispecie, il ricorso doveva essere rigettato).

3.1.7. La pronuncia citata, come evidenziato dalle convenute, ha espressamente fatto salvo il principio, affermato da Cass., Sez. U, Sentenza n. 7029 del 28/03/2006, secondo cui il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida, sul presupposto, da un lato, che la funzione del curatore è quella di conservare il patrimonio del debitore, come sua garanzia generica,



attraverso l'esercizio delle così dette azioni di massa, dirette ad ottenere la ricostituzione del patrimonio predetto e caratterizzate dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo; dall'altro, che siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente, in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.. Nel caso in questione, tuttavia, la Curatela (cfr. § 4.1) non ha esercitato di un'azione volta a tutelare il singolo creditore, bensì un'azione fondata sul concorso delle Banche convenute nella responsabilità dell'amministratore nei confronti della società.

3.2. Il principio affermato dalle Sezioni Unite n. 7029/2006, sopra citate, non può essere invocato nemmeno per escludere la legittimazione attiva della Curatela in relazione alla domanda di risarcimento del danno derivante dalla responsabilità "diretta", contrattuale ed extracontrattuale, di MPS e di CS, nei confronti della fallita.

3.2.1. Secondo la prospettazione dell'attrice, infatti, l'azione proposta è finalizzata a tutelare un credito risarcitorio facente capo alla società fallita che non attiene a diritti o beni di natura strettamente personale ex art. 46, comma 1, n.1, legge fall. e che, quindi, rientra tra "*i rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento*" (art. 43, comma 1, legge fall.) oggetto di controversie nelle quali sta in giudizio il curatore in sostituzione del soggetto fallito. Si tratta, pertanto, di una domanda che il fallito avrebbe potuto proporre prima della dichiarazione di fallimento, non annoverabile tra le azioni di massa, derivanti dal fallimento, ma che, non per questo, non può essere proposta dalla Curatela.

4. Concorso delle Banche nell'illecito degli amministratori

4.1. Qualificazione giuridica dell'azione proposta dalla Curatela ex art 146, legge fall.

4.1.1. Come già detto, costituisce un principio consolidato della giurisprudenza di legittimità quello per cui l'azione di responsabilità sociale, esperita dal curatore nei confronti degli amministratori a norma dell'art. 146, legge fall. racchiude, in sé, le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c. ed è diretta alla reintegrazione del patrimonio della fallita. Questo principio ben può essere esteso al caso che ci riguarda, sebbene non possano essere richiamate le disposizioni appena citate, venendo in rilievo piuttosto, come si è visto, l'art. 2260 c.c., quale fondamento dell'azione sociale di responsabilità e, in via analogica, l'art. 2394 c.c. oppure l'art. 2043 c.c., in relazione all'azione di responsabilità dei creditori.

4.1.2. È stato altresì precisato (cfr. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 24715 del 04/12/2015) che, pur avendo l'azione ex art. 146, legge fall. contenuto inscindibile, le due azioni (ex art. 2393 e ex art. 2394 c.c.) hanno una propria autonomia e si differenziano nei presupposti e il curatore è libero di scegliere quale delle due azioni esperire (o anche proporle entrambe, in modo unitario), ma diversi saranno il



regime della decorrenza del termine di prescrizione, l'onere probatorio ed i criteri di determinazione dei danni risarcibili.

4.1.3. Ciò significa che non è sufficiente che il curatore abbia invocato l'art. 146, legge fall. per ritenere che lo stesso abbia esercitato entrambe le azioni – quella sociale e quella dei creditori -, dovendosi esaminare quali sono i fatti costitutivi dell'illecito e, soprattutto, in cosa consista il danno lamentato.

4.1.4. Nella fattispecie, dal tenore dell'atto di citazione (cfr. per esempio alla pagina 21, paragrafo IV, "Responsabilità degli amministratori nei confronti *della società...*"; alla pagina 34, paragrafo IX.1, il riferimento al "danno cagionato *alla società*"), letto ed interpretato nel suo complesso, si comprende chiaramente che la Curatela attrice ha inteso agire per il risarcimento del danno arrecato alla società dalla condotta dei suoi amministratori, in concorso con quello degli istituti di credito finanziatori, venendo in rilievo, pertanto, l'azione sociale ex art. 2260 c.c., analoga a quella prevista dall'art. 2393 c.c. per la società per azioni.

4.2. Prescrizione

4.2.1. L'eccezione di prescrizione formulata dalla convenute avuto riguardo al concorso delle Banche nell'illecito dell'organo amministrativo è infondata.

4.2.2. Secondo la giurisprudenza maggioritaria (cfr. da ultimo Cass., Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 19340 del 29/09/2016 cit.), dalla quale il Tribunale non intende discostarsi, l'azione ex art. 146 legge fall. non sorge a titolo originario in capo al curatore, ma che quest'ultimo esercita le stesse azioni (ex art. 2393 e 2394 c.c.) che prima del fallimento potevano essere esercitate dalla società e dai soci.

4.2.3. A seconda che il curatore fallimentare abbia proposto l'azione sociale o l'azione dei creditori ex art. 146, legge fall., viene diversamente individuato il termine di decorrenza della prescrizione che, in entrambi i casi, è quella quinquennale prevista dall'art. 2949 c.c., applicabile anche alle società in accomandita semplice come Tessile Il termine di prescrizione è di cinque anni anche se si considera, non l'illecito proprio dell'organo amministrativo, ma la condotta concorsuale delle Banche a titolo extracontrattuale (art. 2947 c.c.). Il *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizione dev'essere lo stesso sia per l'azione astrattamente proponibile nei confronti degli amministratori che per l'azione qui proposta nei confronti degli istituti di credito.

4.2.4. La prescrizione dell'azione dei creditori sociali decorre non dal momento in cui i creditori stessi abbiano avuto effettiva conoscenza dell'insufficienza patrimoniale (che a sua volta, dipendendo dall'insufficienza della garanzia patrimoniale generica, non corrisponde allo stato di insolvenza di cui all'art. 5 legge fall. né alla perdita sociale), ma dal momento, che può essere anteriore o posteriore al fallimento, in cui essi siano stati in grado di venire a conoscenza dello stato di grave e definitivo squilibrio patrimoniale della società. La S.C. (n. 24715/2015, cit.), per ovviare all'eccessivo carico probatorio per il curatore, tenuto a provare l'oggettiva percepibilità



dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i crediti sociali, ha affermato, al riguardo, che sussiste una presunzione *iuris tantum* di coincidenza tra *dies a quo* di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, spettando all'ex amministratore dare la prova contraria della diversa data anteriore di insorgenza dello stato di incapacità patrimoniale.

4.2.5. Il termine prescrizione dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c., che viene in rilievo nel caso che ci riguarda, decorre, “*analogamente, dal momento in cui il danno diventi oggettivamente percepibile all'esterno, e cioè si sia manifestato nella sfera patrimoniale della società, non rilevando a tal fine che l'azione di responsabilità abbia natura contrattuale ex art. 2392 c.c. in virtù del rapporto fiduciario intercorrente con l'amministratore*” (cfr. ancora Cass. n. 24715/2015 cit.).

4.2.6. Nel caso in questione, occorre pertanto verificare quando il danno in capo alla società, così come individuato dalla Curatela - l'aggravamento del *deficit* fallimentare, cioè dalla maggiorazione del passivo e dall'aumento del passivo (cfr. però § 3.9) nel periodo intercorso tra il momento in cui l'insolvenza si sarebbe manifestata in mancanza del sostegno finanziario da parte del Gruppo MPS e la data della dichiarazione di fallimento - è divenuto oggettivamente percepibile all'esterno.

4.2.7. A tal fine si deve considerare che Tessile era una società di persone, non soggetta alle regole di redazione del bilancio di cui agli artt. 2423-2428 c.c. (anche se l'art. 2217, comma 2, secondo periodo, c.c. prevede che l'imprenditore, nelle valutazioni di bilancio, debba attenersi ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni in quanto compatibili) né, soprattutto, agli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2435 c.c.. Detto in altri termini, non solo i bilanci delle società di persone possono essere redatti in forma semplificata, ma non devono essere necessariamente pubblicati nel Registro delle Imprese; circostanza che, all'evidenza, non li rende conoscibili ai terzi. Nel caso che ci riguarda, del resto, non è stato allegato che i bilanci di Tessile fossero stati pubblicati nel Registro delle Imprese.

4.2.8. Anche a prescindere da tale circostanza rileva che, nella fattispecie, i bilanci della fallita relativi agli esercizi dal 1998 al 2006 non recano dati veritieri e attendibili, ma riportano risultati d'esercizio di consistente utile, quando in realtà la società era in perdita, e un patrimonio netto positivo, a fronte di un reale *deficit* patrimoniale (cfr. pagina 15 della relazione di c.t.u., su cui tornerà).

4.2.9. Al contempo, è pacifico che la società ha cessato di fatto la sua attività nella seconda metà del 2008 (cfr. pagina 11 della citazione, *in parte qua* non contestata dalle convenute), avendo continuato fino a quel momento ad esercitare l'impresa con regolarità, riuscendo a pagare i lavoratori dipendenti, i tributi e, in massima parte, anche i fornitori (cfr. pagina 26 della comparsa di costituzione e risposta di CS, non contestata dalle altre parti). Gli amministratori, tuttavia, non comunicarono al Registro delle Imprese la cessazione dell'attività.



4.2.10. Si deve, allora, ritenere che, se è vero che la condotta – sia quella degli amministratori che quella delle Banche – è iniziata in un'epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento, così come prima del fallimento l'evento dannoso si è (in parte) avverato, condotta ed evento si sono ripetuti nel tempo e gli effetti di essi si sono consolidati solo con il fallimento, momento in cui il danno è anche divenuto percepibile all'esterno; ciò in quanto, da un lato, come si dirà, i finanziamenti delle Banche hanno consentito alla fallita di occultare la propria reale situazione finanziaria e patrimoniale e di proseguire l'attività d'impresa; dall'altro, come si è visto, non vi sono state, prima di quel momento, manifestazioni esteriori del danno, avuto riguardo ai dati e ai fatti conoscibili da parte di terzi, secondo l'ordinaria diligenza.

4.2.11. Non è possibile nemmeno intendere la percepibilità oggettiva del danno alla stregua della diligenza esigibile da operatori professionali come i banchieri i quali dispongono di strumenti non accessibili alla generalità dei consociati (si pensi alla banca dati della Centrale dei Rischi); né, d'altra parte, risulta che, fino a poco tempo prima del fallimento, fossero stati elevati protesti o eseguiti pignoramenti nei confronti della società.

4.2.12. Si deve, quindi, ribadire e concludere che il danno conseguente all'ipotizzato illecito degli amministratori, in concorso con le Banche, si è consolidato con la dichiarazione di fallimento e, in ogni caso, anche assumendo che si sia prodotto prima, è divenuto oggettivamente percepibile solo in quel momento, con la conseguenza che la notifica della citazione da parte della Curatela ha utilmente interrotto il termine di prescrizione quinquennale.

4.3. Astratta configurabilità della responsabilità concorsuale delle Banche

4.3.1. Le convenute sostengono che non è giuridicamente possibile configurare la responsabilità del concorrente (i soggetti finanziatori) nei confronti del co-autore (società) del medesimo illecito per il danno subito a causa di quello stesso illecito, in base al principio *in pari delicto melior est conditio possidentis*.

4.3.2. La tesi non è condivisibile e si scontra con un ostacolo di ordine logico: il curatore che agisce con l'azione sociale lo fa sostituendosi non agli autori dell'illecito, cioè agli amministratori, ma alla società che nei confronti degli amministratori avrebbe potuto agire. Pertanto, se gli amministratori hanno posto in essere una condotta concorrente con quella di un terzo, quest'ultimo ben potrà rispondere nei confronti della società e, dopo la dichiarazione di fallimento, del curatore in rappresentanza della massa.

4.3.3. Il fatto che gli amministratori della società siano anche soci illimitatamente responsabili della stessa non muta questo convincimento: si è già detto (§ 2.1.3) dell'alterità tra la società di persone, sebbene sprovvista di personalità giuridica, e i suoi soci; questa autonomia soggettiva impedisce di ritenere che la condotta del socio amministratore causativa di un danno al patrimonio sociale sia automaticamente imputabile alla società, con il paradosso che quest'ultima avrebbe arrecato un



danno a se stessa (fermo restando che, nei confronti dei terzi che con quella società vengono in contatto, l'operato degli amministratori muniti di potere di rappresentanza è direttamente imputabile alla società).

4.4. I dati risultanti dalla contabilità della società fallita

4.4.1. Prima di analizzare nel merito la condotta degli amministratori e delle banche è necessaria una premessa sulla situazione economica e patrimoniale della fallita così come ricostruita dal c.t.u..

4.4.2. Il c.t.u. (cfr. pagine 14-16 della relazione) ha confrontato i dati risultanti dai bilanci con quelli delle dichiarazioni dei redditi "Modello Unico - società di persone" e delle dichiarazioni Irap, in particolare i bilanci relativi agli esercizi dal 2001 al 2006 prodotti dalle convenute, i bilanci relativi agli esercizi 2007 e 2008 prodotti dall'attrice e le dichiarazioni dei redditi e Irap relative agli anni dal 1998 al 2008, anch'essere prodotte dalla Curatela.

4.4.3. Il c.t.u. ha verificato che, mentre i dati del risultato economico e del patrimonio netto ricavabili dai bilanci e dalle dichiarazioni fiscali coincidono negli anni 2007 e 2008, vi è una netta discrepanza tra gli stessi in relazione agli anni precedenti, perché quelli esposti nel bilancio rivelano utili e un patrimonio netto positivo, mentre i dati delle dichiarazioni recano costanti perdite e *deficit* patrimoniale.

4.4.4. Correttamente il c.t.u., stante la coincidenza dei dati in questione nell'ultimo biennio disponibile, ha ritenuto che i bilanci degli anni 2001-2006 (quelli consegnati da Tessile alle Banche del Gruppo MPS) non siano attendibili e rappresentino in modo non veritiero la situazione rassicurante di una società "sana".

4.4.5. In modo altrettanto condivisibile, il c.t.u. ha rielaborato il conto economico e lo stato patrimoniale della società sulla base delle dichiarazioni dei redditi e Irap in relazione a quegli anni.

4.4.6. Per rispondere alle osservazioni mosse da parte convenuta alla metodologia seguita dal c.t.u. è sufficiente richiamare le puntuali e circostanziate repliche dell'ausiliario del Tribunale alle pagine 75-77 della relazione, alle quali si rinvia, insieme ai punti da 1) a 3) dell'ordinanza del giudice istruttore del 16/12/2015. A ciò si aggiunga che le critiche mosse dalle Banche per il tramite del loro consulente di parte sono generiche laddove, evidenziando la promiscuità dei dati utilizzati dal c.t.u., mirano a sostenere la veridicità dei dati di bilancio relativi agli anni dal 2001 al 2006, senza tuttavia superare l'inappuntabile premessa logica che il c.t.u. ha posto alla base della sua analisi ricostruttiva e cioè che la riconciliazione dei dati delle dichiarazioni fiscali con quelli dei bilanci degli esercizi 2007 e 2008 dimostra la continuità dei dati aziendali esposti nelle prime, per tutti gli anni considerati, rispetto alla contabilità. L'ipotesi, prospettata da parte convenuta, che anche le dichiarazioni dei redditi possano essere state falsificate per ottenere vantaggi fiscali è allo stato indimostrata e non può certo essere assunta come base di partenza dell'analisi aziendale.

4.5. Momento in cui l'insolvenza si è verificata e consolidata



4.5.1. Il c.t.u., sulla scorta della contabilità ricostruita come sopra e, in particolare, in base ai dati che emergono alla data del 31/12/2002, ha ritenuto che, nell'anno 2002, Tessile non fosse più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e fosse quindi divenuta insolvente, secondo l'accezione di cui all'art. 5, comma 2, legge fall. (pag. 26 della relazione).

4.5.2. Tale convincimento si fonda sulle seguenti circostanze: a quella data, tenuto conto dei risultati negativi degli anni precedenti, il risultato d'esercizio risulta costantemente e pesantemente negativo; il *deficit* patrimoniale ammonta a oltre 2 milioni di euro; i cc.dd. indici di copertura, indicatori della solvibilità dell'azienda (indice delle disponibilità correnti, indice di liquidità, indice finanziario di rotazione del magazzino, indice di copertura globale) sono tutti fortemente negativi, cioè lontani dai valori di equilibrio.

4.5.3. Le conclusioni a cui è pervenuto il c.t.u. poggiano su un'attenta, scrupolosa e approfondita analisi della contabilità, delle dichiarazioni fiscali e di tutti gli altri documenti prodotti dalle parti (compresa la relazione del dott. Silvio Nannotti, consulente di parte convenuta, sulla quale l'ausiliario ha preso espressamente posizione, richiamandola in più parti della relazione), e su un ragionamento conforme a criteri logici e ai canoni della scienza ragionieristica e di economia aziendale. Avverso questa ricostruzione sono state mosse osservazioni alle quali il c.t.u. ha puntualmente ed esaurientemente replicato alle pagine da 75 a 82 della relazione, alle quali si fa rinvio, salvo quanto si è detto sopra (§ 4.4.6).

4.6. Condotta degli amministratori

4.6.1. La condotta concorsuale delle Banche convenute allegata dall'attrice presuppone che sia accertata, seppure incidentalmente, in questo giudizio la responsabilità degli amministratori di Tessile

4.6.2. La fonte di tale responsabilità dev'essere individuata nell'art. 2318, comma 1, c.c. il quale rinvia all'art. 2293 c.c. (in tema di società in nome collettivo), che a sua volta richiama l'art. 2260 c.c. (in tema di società semplice) che stabilisce che i diritti e gli obblighi degli amministratori sono regolati dalle norme sul mandato e che gli amministratori sono responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. L'art. 1710 c.c. prevede che il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; canone - quest'ultimo - che, quindi, seppur rapportato alla specificità dell'attività gestoria di una società che esercita attività d'impresa, dev'essere applicato anche agli amministratori della s.a.s., nello svolgimento del loro incarico.

4.6.3. Gli obblighi di legge (e i divieti) che impongono all'amministratore di non fare ricorso al credito bancario quando la situazione finanziaria e patrimoniale della società imporrebbe di porre quest'ultima in liquidazione e di richiedere il fallimento si traggono, oltre che dal contenuto concreto della diligenza professionale a cui dev'essere improntata l'attività dell'organo gestorio (art. 1176,



comma 2, c.c.), dalle disposizioni penali della legge fallimentare che puniscono i reati dell'imprenditore dichiarato fallito e, in particolare, come correttamente rilevato dall'attrice: l'art. 217, comma 1, n. 3, che punisce il compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; l'art. 217, comma 1, n. 4, che sanziona l'aggravamento del proprio dissesto mediante l'astensione dal richiedere il fallimento o con altra colpa grave; l'art. 218, comma 1, che punisce il ricorso al credito per dissimulare il dissesto o lo stato d'insolvenza. Da tali disposizioni, si evince la sussistenza, da un lato, di un divieto, per l'imprenditore, di aggravare il dissesto e di proseguire nell'attività d'impresa facendo ricorso al credito o in altro modo per mascherare il dissesto o l'insolvenza; dall'altro di un obbligo, per lo stesso imprenditore, di proporre istanza di fallimento, qualora ve ne siano i presupposti. La disciplina in questione risponde ad un principio di ordine pubblico, a cui è sotteso l'interesse economico della collettività, che mira ad evitare che possano continuare ad operare sul mercato imprese decotte che dovrebbero essere sottoposte a procedura liquidatoria concorsuale, al fine di evitare l'alterazione della concorrenza nel mercato e l'"inquinamento" dello stesso, con possibile propagazione della crisi. In vista di tale scopo, l'art. 6, legge fall., attribuisce anche al Pubblico Ministero il potere di richiedere il fallimento.

4.6.4. L'amministratore della società che continua ad esercitare l'impresa facendo indebito ricorso al credito contravviene anche alle regole del mandato a cui egli dovrebbe improntare la propria condotta, in conformità con il contratto sociale: è evidente, infatti, che così facendo egli pone in essere una condotta gravemente colposa, se non dolosa, in contrasto con le più elementari regole della sana gestione economica.

4.6.5. Nel caso che riguarda, gli amministratori e soci accomandatari della fallita, sebbene già al 31/12/2002 vi fossero le condizioni per cessare l'attività e richiedere il fallimento in proprio (§ 4.5.3), hanno continuato a chiedere e ad ottenere finanziamenti dal ceto bancario, anche consegnando alle banche bilanci non veritieri al fine di esporre una situazione economica e patrimoniale stabile e positiva: hanno, infatti, allungato la data di rimborso del mutuo contratto con Mediocredito Italiano s.p.a. nel 1998 (in data 7/04/2004); hanno contratto con MPS Banca per l'impresa s.p.a. due nuovi mutui per importi significativi (in data 15/11/2006 e in data 2/07/2007); hanno poi continuato a ricorrere a credito a breve scadenza, con rapporti instaurati sia con MPS che con Banca Toscana s.p.a., rientranti in varie categorie di rischio (autoliquidanti, a scadenza, a revoca), anch'essi per importi elevati (cfr., per il dettaglio delle operazioni e dei relativi importi, le pagine 6-13 della relazione di c.t.u.). Le somme di denaro erogate complessivamente dal gruppo MPS, senza considerare, quindi, il credito ottenuto da altri istituti bancari, sono cresciuti dal 1998 al 2009 in modo tendenzialmente costante, passando dai circa 3.300.000,00 di euro del 1998 agli oltre 8 milioni di euro nel 2009.



4.6.6. La condotta in questione integra senza dubbio un grave inadempimento di Riccardo e di Lorenzo agli obblighi legali e contrattuali sugli stessi gravanti nell'adempimento del loro mandato.

4.7. Condotta delle Banche

4.7.1. Le banche, ai fini della concessione, del mantenimento e dell'ampliamento dei fidi, in base alla diligenza del *bonus argentarius*, tipica cioè dell'imprenditore bancario, connotata da professionalità e da elevata specializzazione della funzione svolta, deve acquisire i dati di bilancio del soggetto affidato o da affidare, valutando altresì se il documento consegnato rivesta la forma idonea a svolgere la sua funzione informativa: nel caso delle società di capitali, è necessario acquisire il bilancio d'esercizio corredato del verbale di approvazione dei soci, conforme a quello depositato presso il Registro delle Imprese (o reperito direttamente dal sistema informativo); nel caso, invece, di società di persone, non soggette all'obbligo di pubblicazione del bilancio, per conoscere il documento che rappresenta fedelmente la situazione aziendale conforme alle scritture contabili, le banche devono richiedere, oltre ad un documento firmato di "bilancio d'esercizio", ove presente, la situazione contabile conforme al bilancio e la dichiarazione dei redditi e, in caso di discordanze tra gli importi, sono tenute a chiedere all'amministratore della società o ai suoi consulenti eventuali note di raccordo (cfr. pagina 33 della relazione di c.t.u.).

4.7.2. Oltre a doversi conformare a queste regole generiche di diligenza e di prudenza, le banche, fino al 31/12/2006, erano tenute a svolgere la loro funzione di erogazione del credito valutando il "rischio del credito" ad essa connesso in base alle indicazioni contenute nelle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia emanate con la Circolare n. 229 del 21/04/1999, integrate con successivi aggiornamenti, le quali, al punto 3.1 ("Rischio di credito"), prevedono: che l'intero processo riguardante il credito (istruttoria, erogazione, monitoraggio delle posizioni, revisione delle linee di credito, interventi in caso di anomalia) deve risultare dal regolamento interno e dev'essere periodicamente sottoposto a verifica; che, nella fase istruttoria, le banche devono acquisire tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio del prestatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto; che la documentazione acquisita deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; che essa deve permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prestatore anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute; che nel caso di imprese sono acquisiti i bilanci e ogni altra informazione utile per valutare la situazione attuale e prospettica dell'azienda; che le banche, per conoscere la situazione degli affidati anche nella fase di monitoraggio, devono accedere alle informazioni fornite dalla Centrale dei Rischi; che le banche devono disporre di una base informativa continuamente aggiornata da cui risultino i dati identificativi della clientela, le connessioni economiche e giuridiche con altri clienti, l'esposizione



complessiva del singolo affidato e del gruppo di clienti connessi, le forme tecniche da cui deriva l'esposizione, il valore aggiornato delle garanzie; che le banche devono rilevare i passaggi a debito dei conti non affidati e gli sconfinamenti del credito accordato, contenendo questi rischi negli importi e nella frequenza (pagine 34 e ss. della relazione di c.t.u.).

4.7.3. Con l'entrata in vigore in data 1/01/2007 dell'accordo di Basilea II (ratificati nel 2004), la valutazione del merito creditizio imposta alle banche è divenuta ancora più stringente in quanto fondata sull'attribuzione del *rating* al cliente.

4.7.4. Nel caso che ci riguarda, le Banche convenute si sono limitate ad acquisire i bilanci della società, senza chiedere agli amministratori o acquisire *aliunde* (per esempio tramite l'Agenzia delle Entrate) le dichiarazioni dei redditi e IRAP che, come si è visto, avrebbero potuto offrire dati veritieri e molto diversi da quelli risultanti dai bilanci.

4.7.5. Il fatto, ventilato da parte convenuta, che gli amministratori avrebbero potuto consegnare dichiarazioni fiscali alterate o rifiutarsi di consegnarle, come si è detto, è irrilevante, essendo pacifico che MPS e CS non si siano nemmeno attivate con tale richiesta.

4.7.6. Così facendo le convenute non hanno potuto trarre tutte le informazioni del caso evincibili dai dati aziendali (cfr. pagine 37-40 e 50 della relazione di c.t.u.): la sostanziale incapacità della società di rimborsare il prestito dal 2003 in poi, essendosi registrato, dalla chiusura dell'esercizio del 2002, un costante *deficit* patrimoniale, con costanti perdite annuali; il rapporto "Posizione finanziaria netta/MOL", che evidenziava l'assenza di flussi di cassa e, quindi, il fatto che ogni anno l'attività aziendale, anziché generare risorse, le assorbiva integralmente; la flessione dei ricavi dal 2002 al 2004, fino a raggiungere un decremento del 50% (ricavi che risalgono solo nel 2007 con l'acquisto del ramo d'azienda di Sitea s.r.l., tuttavia superati dai debiti aziendali ceduti).

4.7.7. Le Banche avrebbero dovuto, inoltre, trarre rilevanti dati andamentali dai flussi della Centrale dei Rischi, rilevando che, se è vero che le rate dei mutui contratti con CS sono state regolarmente pagate fino al 2008, vi era una costosa e pesante situazione di sconfinamenti dei rapporti bancari a breve termine (sebbene rimasti entro i 90 giorni nel 2004, ma arrivati anche oltre i 180 giorni dal 2005 in poi; v. pagina 50 della relazione di c.t.u.).

4.7.8. Analizzando tutte le altre informazioni disponibili, le Banche avrebbero dovuto accorgersi che, sebbene fossero state prestate garanzie reali da parte dei soci e di altre società del Gruppo vi era una situazione di utilizzo massimo della capienza ipotecaria degli immobili gravati, in certi casi addirittura oltre il limite della capienza (cfr. pagina 51 della relazione di c.t.u.). A ciò si aggiunga che, in base alle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, nel censimento delle "sofferenze" le banche devono individuare l'intera esposizione per cassa nei confronti di soggetti in stato d'insolvenza, anche non accertata giudizialmente o in situazioni ad essa equiparabili, prescindendo dall'esistenza di eventuali garanzie, reali o personali, poste a presidio dei crediti: in



altri termini, sulla valutazione, da parte del banchiere diligente, della sofferenza creditizia non devono incidere le garanzie che, ove anche presenti, non potrebbero far ritenere “non sofferente” una posizione debitoria che ne ha le caratteristiche, come in effetti è accaduto nel caso che ci riguarda.

4.7.9. A fronte di questa situazione, le Banche convenute, anche in considerazione della loro storica qualità di banchieri altamente professionali, dotati di laboratori per l’analisi del rischio degli affidamenti formati da personale particolarmente specializzato e preparato (fatto notorio), avrebbero potuto (e dovuto) dapprima, cogliere e analizzare tutti gli indici evidenziati dal c.t.u.; avrebbero poi potuto (e dovuto), già dal 31/12/2003 (cioè dopo la scadenza del termine per la presentazione delle dichiarazioni dei redditi relative all’anno 2002, fissata al 31/10/2003) accorgersi dello stato d’insolvenza sostanziale in cui versava Tessile avrebbero, infine, potuto (e dovuto), al 31/12/2004, ritenere non più sussistente la meritevolezza creditizia della società. Nel far ciò, le convenute non avrebbero dovuto, come sembra invece emergere dalle stesse allegazioni contenute negli scritti difensivi di MPS e di CS, attribuire rilievo determinante e assorbente al fatto la fallita era stata storicamente un’azienda importante nel distretto industriale pratese e che la stessa era inserita in un importante gruppo imprenditoriale, trattandosi di un dato fattuale aspecifico e del tutto aleatorio.

4.7.10. Considerata la cronologia indicata al punto che precede, è superfluo interrogarsi sul se l’acquisizione del ramo d’azienda di Siltea s.r.l. (altra società del Gruppo avrebbe potuto giustificare l’erogazione dei mutui negli anni 2006 e 2007: a quelle date, le banche avrebbero dovuto essersi già avvedute dell’insolvenza di Tessile ed avere adottato i necessari conseguenti provvedimenti (§ 4.7.11). In ogni caso, la risposta da dare a tale interrogativo è negativa perché, pur a fronte di una grave situazione d’insolvenza, di *deficit* patrimoniale, di *trend* negativo dell’attività, l’erogazione dei mutui non venne preceduta dalla consegna, da parte della richiedente il credito, di un serio e convincente *business plan* e di una perizia sul ramo d’azienda da cui risultassero in modo chiaro e preciso i debiti e i crediti trasferiti: i crediti, d’importo elevato, erano indicati in modo generico, senza alcuna specificazione della loro concreta esigibilità, e il loro ammontare complessivo era, in ogni caso, inferiore a quello dei debiti ceduti, come ricostruiti dal c.t.u., di oltre 3 milioni di euro.

4.7.11. Le Banche convenute, pertanto, non solo avrebbero dovuto limitare gli affidamenti già dal 2002, ma dal 31/12/2003 avrebbero dovuto progressivamente revocare i fidi a breve e a lungo termine: in particolare, CS non avrebbe dovuto prorogare la scadenza del mutuo contratto nel 1998 in data 7/04/2004 (a maggior ragione, non avrebbe dovuto concedere i due mutui negli anni 2006-2007) e avrebbe dovuto piuttosto revocare gli affidamenti; MPS, a sua volta, non avrebbe dovuto rifinanziare i rapporti di fido a breve termine, provvedendo anch’essa a alla revoca.

4.7.12. Le convenute, nel contravvenire a queste regole di diligenza, generiche e specifiche, hanno concorso, con condotte gravemente colpose, commissive ed omissive, nel ricorso abusivo al credito



degli amministratori della fallita, così dando luogo ad una fattispecie di “responsabilità extracontrattuale da contratto”, intendendo con ciò la responsabilità derivante dalla violazione del precetto generale del *neminem laedere* che, tuttavia, trova il suo fondamento fattuale nell’interferenza del terzo responsabile – in questo caso MPS e CF - nell’altrui rapporto contrattuale, cioè nel contratto (di regola, ma non necessariamente, nella fase esecutiva dello stesso) stipulato tra diversi soggetti (in questo caso il contratto sociale), al quale egli è estraneo (cfr. per esempio Cass. n. 99/1997 secondo cui *“in concrete circostanze, la responsabilità contrattuale può concorrere con quella extracontrattuale, allorquando il fatto dannoso sia imputabile all’azione od all’omissione di più persone tutte obbligate al risarcimento del danno correlato al loro comportamento*). Il concetto è stato efficacemente illustrato dalla S.C. (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 7956 del 31/03/2010, citata dall’attrice) che ha affermato che il danno ingiusto suscettibile di risarcimento, secondo il paradigma dell’art. 2043 c.c., *“è anche quello derivante dalla lesione esterna di un diritto di credito: da una lesione, cioè, riferibile ad un terzo diverso dall’obbligato, ogni qual volta il comportamento del terzo abbia comunque pregiudicato l’esistenza di quel diritto”*, precisando che, nell’ordinamento giuridico vigente, pur non esistendo a carico di ciascun consociato un generale dovere di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono molteplici situazioni dalle quali possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione la cui inosservanza integra la nozione di omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile, come accade, appunto, con la disciplina normativa che regola il sistema bancario, *“la quale impone, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti in parte tipizzati ed in parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire colpa in omettendo e, correlativamente, fonte di responsabilità extracontrattuale”*, proprio come nel caso di specie.

4.7.13. In tale ottica, non è necessaria la prova che le Banche fossero consapevoli dello scopo perseguito dagli amministratori, che ad esse si sono rivolti per ottenere gli affidamenti, non essendo richiesta una partecipazione dolosa, da parte delle convenute, all’illecito dell’organo gestorio: trattandosi di concorso a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., è sufficiente che la condotta delle stesse sia stata connotata da colpa, senz’altro ravvisabile in questo caso, in cui la condotta delle Banche si è colorata di colpa grave. Non occorre nemmeno provare che gli amministratori, a loro volta, si fossero accorti della colpa di MPS e di CS, non essendo necessaria una consapevole cooperazione colposa, ben potendo trattarsi di condotte autonome e indipendenti tra loro (come in effetti, dall’istruttoria espletata, risulta essere accaduto).

4.7.14. Poiché la responsabilità degli amministratori e quella degli istituti di credito danno luogo a solidarietà (art. 2055 c.c.) non è nemmeno necessario accertare quale sia stato il grado della colpa di ciascuno dei concorrenti (gli amministratori rispetto alle Banche e di ciascuna di queste ultime rispetto all’altra): del resto, l’attrice ha indicato solo come ipotesi subordinata, rispetto a quella



principale di condanna solidale, la condanna delle convenute ognuna per la sua quota di responsabilità, mentre queste ultime non hanno formulato alcuna domanda in tal senso (cfr. ordinanza del giudice istruttore del 16/12/2015, in cui è stato evidenziato che, per tale ragione, non era necessario estendere l'indagine peritale a tale accertamento).

4.8. Nesso di causalità

4.8.1. Per verificare la sussistenza di un collegamento eziologico tra la condotta delle Banche e il danno lamentato dall'attrice occorre accertare, quanto alla condotta omissiva, se, secondo il giudizio controfattuale tipico della causalità nell'omissione, di tipo ipotetico, fondato sul rapporto di equivalenza tra il non impedire un evento e il cagionarlo (art. 40 c.p.), qualora vi fosse stata la condotta doverosa omessa (revoca degli affidamenti), l'insolvenza si sarebbe manifestata e sarebbe stato dichiarato il fallimento ad una determinata data antecedente al 25/09/2009; quanto alla condotta commissiva (concessione di nuovi affidamenti), se da essa è derivato un ritardo nella manifestazione dell'insolvenza e nella dichiarazione di fallimento (e parallelamente se, qualora quella condotta fosse stata evitata, il fallimento sarebbe stato dichiarato ad una determinata data antecedente al 25/09/2009).

4.8.2. Al riguardo è condivisibile quanto prospettato dal c.t.u. (v. pagine 55 e 56 della relazione): poiché il Gruppo MPS era il maggior finanziatore di Tessile è ragionevole ipotizzare che la revoca dei fidi da parte delle banche del Gruppo avrebbe provocato allarme negli altri soggetti finanziatori, i quali si sarebbero comportati in modo analogo; al contempo, si deve escludere che, in base all'analisi dei dati aziendali e andamentali della società di cui si è detto, gli altri intermediari avrebbero accettato di finanziarla con importi così rilevanti, in sostituzione di MPS e CS; ancor prima, si può ipotizzare che gli istituti di credito con cui Tessile aveva rapporti negli anni 2005-2006 non avrebbero continuato a erogare credito se non vi fosse stato il nuovo intervento di CS negli anni 2006-2007, dell'importo complessivo di € 3.300.000,00.

4.8.3. Sulla scorta di queste considerazioni, si può quindi affermare che, tra il momento in cui, in ipotesi, le Banche convenute avessero passato "a sofferenza" le posizioni debitorie di Tessile con l'invio delle lettere alla società di revoca dei fidi e ai fideiussori di escussione delle garanzie, a cui sarebbero seguiti la cessazione dei pagamenti ai terzi, i decreti ingiuntivi, i pignoramenti, le istanze di fallimento e l'istruttoria prefallimentare, e la dichiarazione di fallimento, sarebbe trascorso un periodo di circa un anno, cosicché il fallimento sarebbe stato presumibilmente dichiarato entro il 31/12/2004.

4.8.4. A tale ricostruzione fattuale, le convenute hanno replicato che non risulta provato né che banche diverse da quelle del Gruppo MPS, a fronte delle revoche degli affidamenti da parte delle convenute, avrebbero a loro volta revocato i fidi e non avrebbero erogato nuovi crediti, né che il



mancato sostegno finanziario di MPS e di CS avrebbe avuto efficacia determinante del fallimento, quest'ultimo dovendosi ascrivere piuttosto alla faida scoppiata in seno alla famiglia

4.8.5. Sotto il primo profilo, nella comparsa conclusionale di MPS si legge che la Banca ICCREA fu disposta a finanziare l'operazione di acquisto del ramo d'azienda di Sitea s.r.l., per la quale invece la convenuta aveva rifiutato il finanziamento, da ciò traendo il convincimento che la stessa ICCREA avrebbe erogato credito in supplenza di MPS se quest'ultima avesse revocato gli affidamenti. Tuttavia, non solo questa ipotesi ricostruttiva si fonda su un fatto nuovo e non provato (riguardo alla circostanza che MPS, a fronte di una specifica richiesta di Tessile avrebbe rifiutato il finanziamento), peraltro collocato in epoca successiva al momento in cui, in base a quanto esposto, sarebbe dovuta intervenire la dichiarazione di fallimento, ma tale ipotesi appare meno probabile di quella sopra indicata, condivisa dal c.t.u.: ICCREA, infatti, così come le altre banche, ha concesso il finanziamento a fronte di un fatto che, a differenza di quelli prospettati dalla convenuta, è incontestato in questo giudizio, e cioè che vi era un rilevante e preesistente sostegno finanziario della fallita da parte del Gruppo MPS.

Le stesse considerazioni devono essere estese agli argomenti addotti da CS nella memoria di replica (pagine 13 e ss.) riguardo ai rapporti di credito intercorrenti tra Tessile e banche diverse da quelle del Gruppo Montepaschi (Banca Nazionale del Lavoro, Unicredit, Banca Antonveneta ante acquisizione da parte di MPS, Cariprato, Cassa di Risparmio di Firenze, Banca di Credito Cooperativo di Vignole): in disparte il fatto che la convenuta, pur trattandosi di allegazioni che, con quella specificità, non erano state svolte nei precedenti scritti difensivi, non ha indicato le date di stipula dei singoli finanziamenti, si tratta, a ben vedere, di importi singolarmente contenuti rispetto all'ammontare complessivo della posizione debitoria della fallita nei confronti del Gruppo MPS, di talché è altamente probabile che la revoca degli affidamenti da parte delle convenute avrebbe innescato una reazione "a catena" da parte degli altri istituti di credito.

D'altra parte, nella causalità civile, si deve fare applicazione del criterio probatorio del "*più probabile che non*" (Cass., Sez. Unite, Sentenza n. 580 del 11/01/2008) e verificare quale, tra le diverse spiegazioni causali alternative astrattamente prospettabili sia, appunto, più probabile delle altre, tenuto conto che, nella causalità omissiva, come si è detto, tale giudizio è necessariamente di tipo ipotetico: alla stregua di questo parametro, l'ipotesi decritta dal c.t.u. e condivisa dal Tribunale è, allora, senz'altro più probabile di quella suggerita dalle convenute.

4.8.6. Riguardo alla seconda obiezione, basti rilevare, da un lato, che il conflitto tra Riccardo e Lorenzo in base a quanto allegato da MPS, dovrebbe essersi sviluppato a ridosso della dichiarazione di fallimento, quando l'insolvenza, come si è visto, si era già consolidata; dall'altro, che per ritenere sussistente il nesso di causa non occorre che la condotta illecita sia stata la causa esclusiva dell'evento dannoso: il rapporto di causalità, infatti, non viene interrotto dal concorso di



concause preesistenti, concomitanti o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del responsabile, salvo che le cause sopravvenute siano state da sole sufficienti a determinare l'evento dannoso (art. 41 c.p.). Nel caso in questione, peraltro, l'evento lesivo non va identificato, come sembra fare la convenuta, con l'insolvenza, bensì con l'aggravamento del *deficit* fallimentare conseguente al ritardato fallimento; fatto che MPS non ha spiegato in che modo e in che misura sarebbe stato determinato dal conflitto familiare (cfr. anche, sul danno, § 3.9.10).

4.9. Danno

4.9.1. In tema di azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali è stato affermato che tale responsabilità ha natura contrattuale, con la conseguenza che la società o il curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta ex art. 146 legge fall., deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei doveri previsti dal nuovo testo dell'art. 2392 c.c. (cfr. da ultimo Cass., Sez. 1, Sentenza n. 17441 del 31/08/2016; v. anche Cass., Sez. U, Sentenza n. 9100 del 06/05/2015 che ha espressamente richiamato i principi affermati da Sez. Unite n. 13533/2001, n. 15781/2005 e n. 577/2008 in tema di riparto dell'onere della prova). Queste affermazioni, in quanto fondate su principi generali, possono essere estese alla responsabilità degli amministratori di una s.a.s. nei confronti della società

4.9.2. Riguardo all'individuazione del danno ascrivibile all'organo amministrativo responsabile, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il criterio del *deficit* patrimoniale, consistente nel liquidare il danno in modo corrispondente alla differenza tra attivo e passivo fallimentare, non può essere adottato in modo automatico, dovendosi verificare, caso per caso, se gli specifici inadempimenti allegati dall'attore siano astrattamente efficienti a produrre un tale danno, tenuto conto che possono reputarsi idonee in tal senso *“soltanto quelle violazioni del dovere di diligenza nella gestione dell'impresa così generalizzate da far pensare che proprio a cagione di esse l'intero patrimonio sia stato eroso e si siano determinate le perdite registrate dal curatore, o comunque quei comportamenti che possano configurarsi come la causa stessa del dissesto sfociato nell'insolvenza (ma, se avessero soltanto aggravato il dissesto, unicamente tale aggravamento potrebbe essere ricollegato a quelle violazioni)*. È stato ancora osservato che, invece, quando non sia configurabile una tale ampiezza di effetti dell'inadempimento allegato, sarebbe illogico voler individuare il danno risarcibile nella differenza tra passivo ed attivo patrimoniale, accertati in sede fallimentare, *“non fosse altro perché l'attività d'impresa è intrinsecamente connotata dal rischio di possibili perdite, il cui verificarsi non può quindi mai esser considerato per sé solo un sintomo significativo della violazione dei doveri gravanti sull'amministratore, neppure quando a costui venga addebitato di esser venuto meno al suo dovere di diligenza nella gestione, appunto in quanto non basta la gestione*



diligente dell'impresa a garantirne i risultati positivi". Nello stesso senso – e l'affermazione è rilevante nel caso che ci riguarda – non è possibile liquidare il danno in modo coincidente al *deficit* patrimoniale accertato nella procedura fallimentare, in quanto tale e nella sua interezza, nemmeno in base alla considerazione che esso sarebbe di regola la naturale conseguenza dell'essersi protratta la gestione dell'impresa in assenza delle condizioni economiche e giuridiche che giustificano la continuità aziendale e ciò “*per l'ovvia considerazione che anche in questo caso non sarebbe logicamente corretto né imputare all'amministratore quella quota delle perdite patrimoniali che ben potrebbero già essersi verificate in un momento anteriore al manifestarsi della situazione di crisi in tutta la sua portata, né, soprattutto, far gravare su di lui, a titolo di responsabilità, anche le ulteriori passività che quasi sempre inevitabilmente un'impresa in crisi comunque accumula pur nella fase di liquidazione, giacché questa ovviamente non comporta l'immediata ed automatica cessazione di ogni genere di costo legato all'esistenza stessa della società in liquidazione e può ben darsi che ulteriori perdite di valore aziendale vengano generate proprio dalla cessazione dell'attività d'impresa*” (cfr. Cass., Sez. U. n. 9100/2015 cit.).

4.9.3. La presente causa non ha come oggetto principale la responsabilità degli amministratori della fallita; tuttavia, il fatto che le Banche convenute siano state ritenute responsabili per avere concorso nell'illecito dell'organo gestorio, pur tenendo conto che non si tratta di responsabilità contrattuale, bensì di responsabilità a titolo extracontrattuale (con tutto ciò che ne deriva in tema di riparto dell'onere della prova), induce ad utilizzare i principi sopra riportati come valido criterio orientativo nella individuazione del danno risarcibile ascrivibile ai due istituti di credito e nella sua liquidazione.

4.9.4. Il criterio determinativo del danno invocato dall'attrice non si pone necessariamente in contrasto con le indicazioni della giurisprudenza di legittimità perché fa riferimento non al *deficit* fallimentare *tout court*, - il che non sarebbe corretto -, bensì alla differenza tra il *deficit* alla data in cui sarebbe stato dichiarato il fallimento in mancanza del sostegno finanziario del Gruppo MPS e il *deficit* alla data di effettivo fallimento.

4.9.5. Il c.t.u., in modo condivisibile, ha tuttavia evidenziato (cfr. pagina 66 della relazione) che il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentari reca in sé un'elevata dose di approssimazione, sia perché non necessariamente il passivo coincide con la somma delle domande di ammissione allo stato passivo fallimentare sia perché l'attivo risente della svalutazione di alcuni beni direttamente derivante dalla dichiarazione di fallimento; pertanto, tale criterio può essere utilizzato solo in via residuale, per esempio in caso di totale mancanza, falsità o inattendibilità dei bilanci oppure in caso di attività distrattiva reiterata e sistematica da parte degli amministratori.

4.9.6. Il criterio preferibile nelle ipotesi in cui, come nel caso in esame, è stato possibile ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa e concludere che, nel caso in cui la gestione non fosse proseguita fino al momento dell'apertura del fallimento, ma fosse cessata prima, la perdita di



patrimonio sociale sarebbe stata inferiore, è quello del c.d. differenziale dei netti patrimoniali. Il confronto deve, tuttavia, avvenire tra situazioni patrimoniali omogenee perché sarebbe errato e illogico comparare il risultato dei bilanci redatti sul presupposto della continuità aziendale e quello dei bilanci redatti sul presupposto di attività liquidatoria. Il c.t.u. si è allineato a questo criterio raffrontando la situazione dei dati aziendali al 31/12/2008 (la data disponibile più prossima al fallimento) con la situazione dei dati aziendali al 31/12/2004, in entrambi i casi ricostruite secondo le modalità già analizzate.

4.9.7. All'esito di questa operazione, il risultato che si ottiene è di € 4.321.326,66, importo che integra il danno subito dalla società a causa dell'illecito in cui hanno concorso gli amministratori e le Banche odierne convenute. Trattandosi di debito di valore, a tale somma devono aggiungersi la rivalutazione monetaria e gli interessi di natura compensativa al tasso legale, calcolati sulla predetta somma, rivalutata anno per anno dalla data del fallimento (25/09/2009, momento in cui il danno si è cristallizzato ed è divenuto attuale) fino alla pubblicazione della presente sentenza.

4.9.8. Le convenute e, in particolare, MPS, sostengono che non sarebbe nemmeno astrattamente configurabile un danno in capo alla società e ai suoi soci perché, *“se la situazione di insolvenza si era prodotta già allora, è chiaro che dall'illecito ascritto a MPS la società e i soci non possono avere risentito alcun danno ed ogni ulteriore aggravio della situazione patrimoniale della Società”* perché privi di patrimonio e non più passibili di alcun peggioramento patrimoniale che possa rilevare ex art. 2740 c.c..

4.9.9. L'assunto non è condivisibile perché il danno lamentato dalla Curatela e accertato in questo giudizio non consiste nella perdita del patrimonio, ma nell'aggravamento di tale perdita, di cui non può seriamente essere messa in discussione l'attitudine lesiva nei confronti della società, sia dal punto di vista pratico che giuridico.

4.9.10. CS, per la prima volta nella memoria di replica (pagina 20), ha criticato la quantificazione operata dal c.t.u. sul presupposto che *“Nella determinazione del danno dovrà, inoltre, essere tenuto conto, che sulle variazioni delle poste negative di bilancio che incidono sul Patrimonio Netto rilevano valori e voci che non sono direttamente riconducibili al comportamento dannoso ascrivibile, in ipotesi, ai due Istituti di Credito e cioè al fatto di aver mantenuto in vita una società che avrebbe dovuto essere dichiarata fallita, nonché in quanto frutto di scelte imprenditoriali che non hanno alcuna diretta relazione con il comportamento della Banca fonte del preteso danno”*. L'osservazione, tuttavia, non può essere considerata perché tardiva e formulata in questi precisi termini solo con l'ultimo scritto difensivo utile, escludendola così, di fatto, dal contraddittorio con le altre parti. La critica, inoltre, si fonda su una mera ipotesi che non è mai stata ventilata nel corso del giudizio, non avendo la convenuta allegato, nemmeno genericamente, quali sarebbero stati gli ulteriori comportamenti dell'organo gestorio, diversi dal ricorso abusivo al credito, ai quali dovrebbe



essere ricondotto il danno, in tutto o in parte. L'unico evento potenzialmente idoneo ad incidere sul *quantum* del danno, che le convenute hanno allegato sin dai loro atti introduttivi, riguarda il più volte richiamato conflitto familiare tra Riccardo e Lorenzo che, tuttavia, come si è detto, è stato collocato dalle stesse (cfr. per esempio la pagina 54 della comparsa conclusionale di CS) in epoca successiva alla cessazione dei rapporti di mutuo avvenuta nel corso del 2008, quando Riccardo revocò le fideiussione a suo tempo rilasciata e venne protestato un assegno di € 750.000,00 emesso da Lorenzo per un verso, non si vede in che modo questi fatti possano avere contribuito a far aumentare il *deficit* fallimentare – effetto, questo, per la verità mai allegato nemmeno dalla convenuta -, per un altro verso, appare evidente come la vicenda familiare in questione abbia semplicemente fatto emergere la preesistente e gravissima situazione della società.

4.9.11. Le convenute devono pertanto essere condannate in solido al risarcimento del danno patrimoniale subito dalla fallita nella misura sopra determinata.

5. Responsabilità diretta (contrattuale o extracontrattuale) delle Banche

5.1. Alla luce di quanto esposto, non sembra che vi siano ulteriori spazi per configurare, in capo alle Banche, quella che l'attrice indica come "responsabilità diretta": a fondamento della domanda risarcitoria fondata su questo (apparentemente) diverso titolo, la Curatela ha infatti, nella sostanza, allegato i medesimi fatti e le stesse condotte addebitate alle convenute a titolo di concorso nell'illecito degli amministratori, di talché la distinzione attiene alla qualificazione giuridica.

5.2. La domanda fondata sulla responsabilità "diretta" delle Banche deve ritenersi, allora, assorbita dalla statuizione sul *petitum* principale, considerato anche che, da un lato, sebbene essa sia stata proposta in cumulo a quella di cui al paragrafo §3, di fatto si tratta di una formulazione alternativa, essendo identico il *petitum*; dall'altro, l'accoglimento della prima domanda ha soddisfatto la pretesa attorea (seppur in modo parziale, nei limiti del danno accertato), di talché l'applicazione del principio della "ragione più liquida" non limita il diritto di azione della Curatela.

6. Spese processuali

6.1. Le spese processuali, liquidate come in dispositivo in base al valore e alla complessità della causa ai sensi del d.m. n. 55/14, seguono la soccombenza e devono essere, quindi, poste a carico delle convenute, in solido tra loro ai sensi dell'art. 97 c.p.c., sussistendo un evidente interesse comune della causa in capo alle due Banche.

6.2. Le spese di c.t.u., liquidate come da separato decreto, devono essere poste definitivamente a carico delle stesse convenute, nella misura del 50% ciascuna e con vincolo solidale in favore dell'ausiliario.

P. Q. M.

il Tribunale di Prato, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa tra
CURATELA DEL FALLIMENTO TESSILE DI RICCARDO & C. S.A.S.,



BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. e MONTE DEI PASCHI DI SIENA CAPITAL SERVICES BANCA PER LE IMPRESE S.P.A., respinta ogni diversa domanda, eccezione e deduzione, così provvede:

- 1) in accoglimento delle domande indicate ai primi tre punti e al sesto punto delle conclusioni dell'atto di citazione, accertata la responsabilità degli ex amministratori di Tessile di Riccardo & C. s.a.s., Lorenzo e Riccardo nei confronti della medesima società, per le causali di cui in parte motiva:
 - a) dichiara la responsabilità di Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. e di M.P.S. Capital Services Banca per le Imprese s.p.a., in concorso con quella dei predetti amministratori, per le ragioni di cui in motivazione, nella causazione del danno arrecato alla società fallita;
 - b) per l'effetto, condanna Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. e M.P.S. Capital Services Banca per le Imprese s.p.a., in solido tra loro, al risarcimento del danno in favore della Curatela del fallimento "Tessile di Riccardo & C. s.a.s." che liquida in € 4.321.326,66, oltre rivalutazione monetaria e interessi compensativi al tasso legale, questi ultimi calcolati sulla predetta somma, rivalutata anno per anno dal 25/09/2009 fino alla pubblicazione della presente sentenza, oltre agli interessi legali successivi fino al saldo;
- 2) condanna le società convenute, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore dell'attrice che liquida in € 1.229,00 per esborsi ed € 61.085,00 per compensi professionali, oltre al rimborso forfettario delle spese generali pari al 15% dei predetti compensi, oltre IVA e CPA come per legge;
- 3) pone le spese di c.t.u., liquidate come da separato decreto, definitivamente a carico delle convenute, nella misura del 50% ciascuna, con vincolo solidale in favore dell'ausiliario.

Prato, 13/02/2017

Il giudice
dott. Giulia Simoni



Trib. Milano 20.2.2017 n. 2043

Data: 21.4.2017 17:51:59

Trib. Milano 20.2.2017 n. 2043

Concisa esposizione dei motivi della decisione

Nel presente giudizio la società attrice propone azione di risarcimento danni (in principalità per "violazione degli obblighi derivanti dalla legge o dallo statuto", in subordine "ex artt. 1175, 1176, 1218, 1710 ed anche 2043" come espressamente si legge in atti) nei confronti degli odierni convenuti in relazione ad asserite condotte di mala gestio dagli stessi poste in essere nell'esercizio delle rispettive funzioni di membri del CdA (i convenuti T., B., Z., M., L. e Z.) e del Collegio Sindacale (i convenuti C., B. e Be.).

In sede di atto di citazione l'attrice ha in particolare avanzato, nei confronti di tutti i convenuti in solido tra loro (senza alcuna distinzione in relazione alle diverse funzioni e/o periodi di carica) una richiesta risarcitoria per un importo complessivo di euro 64.131.582,79 contestando:

a) l'ingiustificata esecuzione di finanziamenti in favore delle società terze Alfa spa e Beta srl entrambe poi fallite per un danno finale complessivo stimato in euro di 4.325.790 (tenendo già conto del limitato riparto previsto in sede fallimentare), con particolare riferimento a:

a1) finanziamento a Beta in data 14.12.09 con residuo danno per euro 950.730, a2) finanziamento a Alfa spa in data 14.12.2009 con residuo danno di euro 1.905.750, a3) cauzione versata in favore di Beta in data 30.3.2009 con residuo danno per euro 1.469.310; b) la stipula di un contratto di locazione ad uso uffici con l'assunzione di costi ritenuti eccessivi, per un danno risarcibile di euro 52.000; c) l'emissione di assegni ingiustificati per euro 282.000 in favore dell'AD B. e/o persone allo stesso riferibili; d) la redazione di un bilancio di esercizio 2010 non veritiero, tale da imporre nella redazione del bilancio del successivo esercizio 2011 ingenti rettifiche con una richiesta risarcitoria espressamente quantificata "nella somma tra il valore di tutte le riserve disponibili a bilancio ed il valore del capitale sociale utilizzati per ridurre la perdita di esercizio accertata nel bilancio 2011 e pari a complessivi 59.470.944" e) la presumibile escussione futura di ingiustificate garanzie vs terzi, per un complessivo importo garantito di euro 9.670.385,32 con una richiesta risarcitoria che la parte si riservava di formulare in corso di causa a fronte di una (eventuale) escussione futura.

In causa ha spiegato intervento volontario (espressamente in termini di intervento adesivo dipendente) il liquidatore giudiziale della Gamma in liquidazione e concordato preventivo avv. Annamaria P.

Tutti i convenuti si sono ritualmente costituiti in giudizio proponendo difese di merito.

In via preliminare i convenuti T. e C. hanno eccepito in via preliminare l'incompetenza territoriale del Tribunale di Milano in ragione della collocazione in Frosinone della sede "effettiva" della società;

tutti i convenuti hanno lamentato una asserita genericità delle contestazioni di controparte per quanto attiene l'indicazione di specifici addebiti loro rispettivamente rivolti, anche in considerazione del diverso arco temporale di esercizio delle rispettive funzioni (v in particolare i convenuti M., Z., Zu., B.e Be.);

i convenuti B. e C. hanno chiamato in manleva la compagnia di assicurazioni Delta, B. anche i convenuti T. e Z.;

i convenuti Be., B. e Z. hanno chiamato in giudizio la società di revisione Epsilon e, rispettivamente, le compagnie di assicurazione Zeta, Eta (oggi Theta), Iota Lambda;

Z. ha altresì formulato chiamata di terzo nei confronti del revisore N. e del dirigente di Gamma L. (investito di funzioni contabili); L. a sua volta ha formulato domanda di manleva nei confronti di Delta.

Tutti i terzi chiamati si sono ritualmente costituiti in giudizio formulando le proprie difese, in ordine sia al merito della vicenda sia al fondamento della propria chiamata in causa; L. a sua volta ha formulato domanda di manleva nei confronti della compagnia di assicurazione Delta.

Convenuti e terzi chiamati hanno contestato la legittimazione del liquidatore giudiziale P.

all'intervento in causa.

In occasione della prima udienza di trattazione il g.i., su conforme richiesta delle parti, ha assegnato i termini ex art. 183, invitando nell'occasione l'attore ad offrire opportuni chiarimenti su:

nesso di causalità ipotizzato tra le contestazioni in materia di formazione del bilancio 2010 e la pretesa risarcitoria esercitata al riguardo, definizione degli ambiti di responsabilità personale dei singoli convenuti.

Con memoria 183 n. 1 c.p.c. l'attore ha quindi provveduto a precisare le proprie contestazioni in relazione alla posizione dei singoli convenuti; ha invece espressamente dichiarato di rinunciare alla pretesa risarcitoria relativa ai lamentati vizi rilevati nella redazione del bilancio, riducendo a questo punto la domanda nei termini di cui alle conclusioni poi richiamate in sede di PC e qui riportate in epigrafe per un importo complessivo di euro 6.054.776,98 sulla scorta di una puntuale ridefinizione delle proprie contestazioni come da tab. a pag. 29 dell'atto che pare opportuno riportate integralmente come di seguito:

ATTO-FATTO DI MALA GESTIO	DANNO DIRETTO SUBITO DA GAMMA
Finanziamenti in favore di Beta e Alfa	€ 2.571.250,00
Cauzione in favore di Beta	€ 1.467.355,43
Pagamenti effettuati da B. utilizzando conti intestati a Gamma per finalità estranee all'attività della Società	€ 352.971,55
Contratti di leasing 704115, 708164, 719150	€ 1.663.200,00
TOTALE	€ 6.054.776,98

Alla successiva udienza 20.10.2015 il convenuto Z. ha dichiarato di rinunciare agli atti del giudizio in relazione alle domande originariamente formulate nei confronti dei terzi chiamati Epsilon e N. i quali hanno ritualmente accettato la rinuncia a spese compensate e il g.i. ha dichiarato l'estinzione dei relativi rapporti processuali (a questo punto con definitiva estromissione dal giudizio del terzo chiamato N., mentre è rimasta in causa la società di revisione Epsilon in conseguenza delle chiamate dei convenuti Be. e B.).

All'esito dell'istruttoria dibattimentale, su espresso invito del g.i., le parti hanno discusso con apposita memoria scritta della idoneità o meno della delibera assembleare di autorizzazione all'esercizio della azione di responsabilità qui in esame in relazione agli specifici addebiti ancora in contestazione e all'esito la causa è stata rimessa al Collegio per la decisione.

In sede di PC l'attore ha ribadito le proprie domande nei termini di cui alla già richiamata memoria 183 n. 1 c.p.c. ; l'interveniente liquidatore giudiziale ha invece riproposto in via principale la domanda originaria di condanna al pagamento del maggiore importo di euro 64.131.582,79 aderendo quindi solo in via subordinata alla domanda di condanna ridotta dall'attore ad un importo di euro 6.054.776,98. Per quanto attiene invece ai rapporti tra convenuti e terzi chiamati il convenuto Z. ha confermato ribadito dichiarazione di rinuncia agli atti del giudizio nei confronti del terzo L. già prospettata in sede di memorie; L. ha accettato la rinuncia e dichiarato a questo punto di rinunciare agli atti del giudizio nei confronti della terza Delta che a sua volta ha dichiarato di accettare la rinuncia del L. chiedendo l'estinzione del relativo rapporto processuale a spese compensate.

Così rapidamente ricostruito l'iter del presente giudizio si può passare ad affrontare il merito delle diverse questioni discusse tra le parti, naturalmente nei limiti di quanto necessario ai fini della decisione.

A) La delibera assembleare di autorizzazione all'esercizio della azione di responsabilità.

La questione è stata sollevata d'ufficio dal g.i in corso di causa sul rilievo per cui il testo della delibera approvata fa inequivocabilmente riferimento a vizi rilevati nella formazione del bilancio 2010 ed a conseguenti (ipotizzati) profili di danno, dunque alla (sola) specifica contestazione di cui al precedente capo d) poi oggetto di rinuncia. A fronte di tale rilievo i convenuti hanno formalmente eccepito la carenza di rituale delibera assembleare autorizzativa in ordine alle diverse ed ulteriori contestazioni e richieste risarcitorie formulate dalla parte in relazione a

vicende (indiscutibilmente) non contemplate nel verbale depositato dall'attore a giustificazione dei propri poteri.

Su questo punto il Collegio ritiene fondate ed assorbenti le difese svolte dall'attore nella parte in cui sottolinea come la delibera in parola, al di là del menzionato riferimento ai vizi rilevati nel bilancio depositato e in aggiunta ad esso, recasse nel contempo espressa delega all'organo amministrativo ad "ampliare il raggio d'azione" della iniziativa autorizzata, secondo manifestazione di volontà che, avendo ad oggetto interessi disponibili propri del delegante, appare idonea ad offrire piena copertura alle domande formulate nella presente sede.

B) L'intervento del Liquidatore Giudiziale

Nel caso di specie l'interventore, muovendo dall'assunto in diritto secondo cui, in ipotesi di concordato con cessione dei beni omologato il liquidatore "non possiede la qualità di successore a titolo particolare ... il potere di gestione è da intendersi conferito nell'ambito del suo mandato e perciò limitato ai rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione ... mentre il debitore in ogni caso mantiene, oltre che la proprietà dei beni, anche la legittimazione processuale", fin dal proprio atto di costituzione in giudizio ha inequivocabilmente chiarito che non intendeva affatto rivendicare un diritto proprio nei confronti di una ovvero tutte le parti in causa, così ampliando il thema decidendum, ma solo sostenere l'iniziativa già autonomamente assunta dalla Gamma rivendicando (espressamente in termini di intervento ad adiuvandum) un interesse qualificato all'esito del giudizio per il riflesso che questo avrebbe potuto avere per lo svolgimento della attività di liquidazione quale derivante "dalla possibilità concreta, dipendente dall'esito dello stesso, di variazione in positivo della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari della procedura concorsuale".

In simili termini, preso atto che le deduzioni in fatto proposte dall'interveniente in ordine alla configurazione della procedura omologata non sono state oggetto di contestazione da alcuna delle parti costituite, pare appena il caso di ricordare come, in fattispecie analoga (per quanto qui di interesse) di concordato con cessione dei beni ed azione di recupero crediti, la S.C. abbia senz'altro riconosciuto la legittimazione del liquidatore all'intervento (ad adiuvandum, in quanto mero gestore dei beni) sul presupposto che "la sopravvenienza del concordato determinava esclusivamente un interesse del concordato a controllare lo svolgimento giudiziale, atteso che l'eventuale esito della lite poteva assumere rilievo indiretto sulle operazioni concordatarie" (così da ultimo Cass. 16534/2012).

Ritenendo di non avere motivo di discostarsi da tale orientamento, il Collegio ritiene dunque ammissibile l'intervento del concordato Gamma nel presente giudizio - naturalmente nei limiti indicati di mero intervento ad adiuvandum prospettati dalla parte.

Proprio alla stregua di tale precisazione va subito rilevata la manifesta arbitrarietà della pretesa del concordato di riproporre autonomamente in sede di PC, in via principale, l'originaria domanda di condanna dei convenuti al pagamento del maggiore importo di euro 64.131.582,79 dunque con riproposizione delle contestazioni relative a presunti danni da "falso in bilancio" invece espressamente rinunciate dall'attore in sede di memoria 183 n. 1 c.p.c. Al riguardo rimane solo da sottolineare fin d'ora come l'ovvia esigenza a questo punto di tutti i convenuti di difendersi da tale pretesa (manifestamente priva di qualunque possibile giustificazione) dovrà necessariamente essere tenuta in conto in sede di determinazione finale delle spese di lite.

C) Eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalle difese T. e C.

L'eccezione è stata proposta sul presupposto (in realtà non controverso in causa) che la sede operativa della società sarebbe stata sempre in Frosinone (dove appunto è stata poi aperta la procedura concorsuale e ritenuto accertato in sede penale il reato di bancarotta), laddove in Milano, formale sede legale, la società avrebbe avuto mera domiciliazione presso uno studio legale.

Al riguardo, si deve osservare che:

sotto il profilo formale, i convenuti hanno ommesso di provvedere ad una formale contestazione di tutti i possibili criteri di radicamento della competenza e in particolare di quello relativo al foro generale dei convenuti;

nel merito, le circostanze di fatto così dedotte in causa, quali pertinenti alla speciale disciplina delle procedure di cui al RD 267/42, devono reputarsi semplicemente irrilevanti ai fini del presente giudizio invece relativo ad una ordinaria azione di responsabilità risarcitoria sottratta all'ambito applicativo dell'art. 24 L. fall.

L'eccezione deve essere pertanto rigettata.

D) Le "precisazioni" della domanda proposte dall'attore in sede di memoria 183 n. 1 c.p.c.

Come sopra già evidenziato in sede di memoria ex art. 183 n. 1 c.p.c. l'attore ha unilateralmente ridefinito le proprie domande nei termini sintetizzati nella tabella sopra riportata, rinunciando espressamente alla originaria domanda risarcitoria (per euro 59.470.944)

relativa alle contestazioni in materia di redazione del bilancio - ma nel contempo rinunciando altresì implicitamente alle contestazioni non più riproposte sopra richiamate sub b) ed e).

Per questa parte va dunque pronunciata formale dichiarazione di estinzione del rapporto processuale per rinuncia agli atti da parte dell'attore, con contestuale condanna dello stesso alla rifusione delle spese di lite sostenute da convenuti e terzi chiamati fino al deposito delle memorie ex art. 183 n. 1 c.p.c. (in mancanza di qualsivoglia accordo raggiunto tra le parti sul punto).

Sotto diverso profilo è da rilevare come l'attore, con la medesima memoria, abbia ritenuto di poter "precisare" la propria domanda contestando ulteriori pagamenti indebiti effettuati personalmente dal convenuto B. (questa volta per euro 352.971,55 a fronte di una precedente contestazione per euro 282.000) ed inoltre introducendo una domanda completamente "nuova" in materia di stipula di contratti di leasing (in questo caso con una richiesta risarcitoria per euro 1.663.200): per questa parte, venendo in rilievo contestazioni relative a condotte e conseguenti eventi di danno "diversi" e "aggiuntivi" rispetto a quelli originariamente contestati, deve ritenersi che, pur tenendo conto dell'ampio spazio riconosciuto in materia dalla recente pronuncia SS.UU. 12310/2015, va doverosamente dichiarata l'inammissibilità delle menzionate domande.

E) Sul merito dei fatti di causa e la posizione dei singoli convenuti A parere del Collegio non pare in alcun modo revocabile in dubbio l'effettiva illegittimità delle residue operazioni in esame, di fatto non contestata da alcuno dei convenuti.

Al riguardo si deve ancora osservare quanto segue.

Gli addebiti di cui alla contestazione sub c) Sui fatti in esame si è pronunciato soltanto il convenuto B. (che personalmente aveva disposto tutti quanti i bonifici in parola) riconoscendo sostanzialmente l'utilizzo a fini personali delle somme in parola, limitandosi a questo punto a "giustificare" tale condotta come riconducibile ad "anticipazioni" su somme a lui spettanti. Ai fini di causa la parte ha quindi proposto eccezione di estinzione per compensazione del relativo credito risarcitorio vantato dall'attore con opposte ragioni di credito da lui stesso vantate nei confronti della società e già riconosciute in sede di concordato.

Sul punto nulla ha replicato l'attore e pertanto, accolta l'eccezione così proposta, va riconosciuta la sopravvenuta elisione delle conseguenze dannose della condotta qui in esame, con conseguente effetto liberatorio di tutti i convenuti nei rapporti con l'attore e pertanto senza alcuna esigenza di approfondire il tema di eventuali corresponsabilità degli stessi.

Gli addebiti di cui alla contestazione sub a) Attengono tutti (per come contestati dall'attore) a gravosi impegni finanziari posti a carico della Gamma al di fuori di ogni collegamento con esigenze e/o attività proprie della società ma piuttosto ed esclusivamente allo scopo di fronteggiare pesanti esposizioni debitorie di soggetti terzi, senza alcun corrispettivo e soprattutto senza alcuna garanzia per la Gamma (nell'ipotesi sub a3 addirittura attraverso la stipula di fittizi contratti commerciali) con la concretizzazione infine del grave pregiudizio patrimoniale maturato in capo alla società (per gli importi di cui in contestazione) a seguito del fallimento dei soggetti "beneficiari" e quindi in diretta conseguenza dei rischi indebitamente addossati alla società onerata.

Come detto in relazione a tale ricostruzione dei connotati essenziali della vicenda nessuna specifica difesa è intervenuta da parte dei convenuti, per cui deve essere qui senz'altro riconosciuta l'illegittimità delle operazioni in parola e quindi la sussistenza dei presupposti della pretesa risarcitoria al riguardo avanzata dall'attrice, salvo andare a verificare l'effettivo fondamento dei profili di responsabilità personale contestati nei confronti di ciascuno dei convenuti.

Sotto tale profilo nessun dubbio pare seriamente proponibile in ordine alla posizione personale dell'AD B. che ha personalmente provveduto a concludere tutte e tre le operazioni in esame.

La parte pretende di difendersi invocando effettive responsabilità decisionali in capo agli altri convenuti T. e Z., secondo prospettazione che tuttavia (ove accolta, in adesione alle domande dell'attrice) potrebbe al più fondare una ipotesi di corresponsabilità solidale degli altri convenuti ma in nessun caso escludere la personale responsabilità del formale titolare del potere amministrativo che ha direttamente posto in essere l'atto illegittimo pregiudizievole per gli interessi della società.

Per quanto attiene invece alla posizione degli altri convenuti occorre partire dal dato (non controverso in causa) che tutte e tre le operazioni in parola sono state concluse dall'AD senza passare attraverso una delibera del CdA o qualsivoglia formale comunicazione.

In tale contesto, con le precisazioni proposte in memoria 183 n. 1 c.p.c., l'attore pone a fondamento della rivendicata responsabilità degli altri convenuti:

i) la presumibile partecipazione e cointeressenza nelle operazioni in parola dei consiglieri M. e

Z. in relazione alle operazioni sub a1) e a3) realizzate in favore di Beta sul presupposto che i menzionati convenuti sedevano all'epoca nei CdA di entrambe le società;

ii) la presumibile partecipazione e cointeressenza del Presidente del CdA T. nella operazione sub a3) in quanto finalizzata alla immediatamente successiva costituzione di un deposito bancario in favore della distinta Kappa srl, all'epoca socio di maggioranza di Gamma in tesi riferibile proprio al Testa - secondo prospettazione in fatto non contestata da alcuno dei convenuti;

iii) la corresponsabilità di tutti i convenuti in relazione alle operazioni in parola in ragione di una lamentata omissione di controllo.

Al riguardo, lette le difese svolte dai convenuti, si osserva quanto segue.

I presupposti di fatto invocati dall'attore sub i) risultano non rispondenti al vero giacchè: i convenuti M. e Z. risultano entrati nel CdA di Gamma solo in data ampiamente successiva alla conclusione dell'operazione sub a3) per cui di questa non possono essere in alcun modo ritenuti diretti responsabili; gli stessi cessavano d'altro canto dagli incarichi in Beta nel settembre 2009, dunque diversi mesi prima della concessione del finanziamento in favore di Beta contestato sub a1), per cui viene a cadere l'unico elemento indiziario su cui l'attore ha fondato l'ipotesi di un diretto coinvolgimento dei convenuti nell'operazione in esame.

Quanto ai rilievi sub ii) il convenuto T. non ha specificamente contestato nessuno degli elementi della ricostruzione dei fatti proposta dall'attore, quali sopra sinteticamente richiamati, limitandosi ad una generica invocazione degli ampi poteri del formale AD B.

Alla stregua di tale considerazione ritiene il Collegio che la finalizzazione dell'intera operazione a beneficio di Kappa e la peculiare posizione personale del Testa all'interno della società in parola (circostanze come detto non contestate in atti e come da reputarsi pienamente provate in atti), insieme con la posizione di Presidente del CdA dallo stesso rivestita in Gamma, fanno ragionevolmente ipotizzare un pieno accordo tra il T. e il B. in ordine alla realizzazione dell'operazione ma in ogni caso fanno necessariamente escludere la possibilità che l'operazione sia stata realizzata ad insaputa del Testa, facendo così emergere (quanto meno) una grave omissione del convenuto al dovere di intervento espressamente previsto ex art. 2382 comma 2° c.c.

Paiono invece non condivisibili le valutazioni proposte dall'attore sub iii) in materia di "omesso controllo" asseritamente addebitabile nei confronti di tutti i convenuti.

Per quanto riguarda la posizione dei membri del CdA l'assunto risulta in tutta evidenza (erroneamente) ricalcato sulla originaria "responsabilità da omesso controllo sul generale andamento della gestione" di cui alla previgente formulazione del comma secondo dell'art. 2392 c.c. nella parte ormai abrogata, con la sola sopravvivenza del ben distinto obbligo di intervenire ove "a conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società" - secondo previsione indiscutibilmente riferibile ad una condizione positiva di "effettiva" conoscenza (come tale suscettibile di piena prova in fatto) e non invece di mera "possibilità" astratta di conoscenza come preteso dall'attore (significativo al riguardo che il difensore di parte invochi sul punto, sia in memoria 183 n. 1 che in conclusionale, il precedente di cui Cass. 319/2013 senza avvedersi che la pronuncia fa espresso riferimento a vicende precedenti l'entrata in vigore della riforma 2003 e dunque appunto al presupposto normativo di cui al previgente comma 2° dell'art. 2392 c.c., come espressamente sottolineato nella motivazione della sentenza).

Il tema risulta certamente più delicato per quanto attiene alla posizione dei sindaci - quali indiscutibilmente investiti di delicate funzioni di controllo sulla corretta gestione sociale - e richiederebbe di per sé un approfondito esame di tutte le circostanze del caso concreto alla luce delle specifiche contestazioni concretamente mosse dall'attore allo scopo di verificare la sussistenza o meno di una violazione dei doveri inerenti la carica.

Nel caso di specie ogni approfondimento al riguardo appare tuttavia semplicemente superfluo ai fini del presente giudizio, di natura risarcitoria, nella impossibilità di ravvisare un effettivo nesso di causalità (già a livello di mera prospettazione di parte prima ancora che di prova) tra la condotta lamentata e il pregiudizio economico di cui viene chiesto ristoro.

Invero, se l'operazione 3/09 risulta "coperta" sotto le vesti di una ordinaria operazione commerciale, può certo ipotizzarsi che sarebbe stata rilevabile dalle scritture contabili la concessione dei finanziamenti - manifestamente ingiustificata - in favore di Alfa e Beta, ma inevitabilmente ad operazioni già eseguite e a contratti già stipulati. In tal senso una responsabilità dei sindaci potrebbe (in astratto) certamente essere invocata solo secondo le seguenti alternative:

- in relazione a pregiudizi patrimoniali conseguenti ad analoghe condotte successive, quali propriamente rese possibili o quanto meno favorite dall'omesso intervento dei sindaci sulle condotte illegittime qui in esame e in tesi colpevolmente non rilevate o comunque non

denunciate - ma nessuna contestazione in tal senso risulta nel caso di specie;
- in relazione alle medesime condotte illegittime "scoperte" solo nell'ipotesi che un tempestivo intervento dei sindaci (con opportuna sollecitazione del CdA ovvero denuncia ai soci o al Tribunale ex art. 2409 c.c., con il conseguente avvio di mirate azioni giudiziarie) avrebbe potuto essere idoneo ad elidere il pregiudizio patrimoniale concretizzatosi in capo alla Gamma per cui si agisce in questa sede: nella specie, nell'ipotesi che le "beneficiate" Alfa e Beta, successivamente dichiarate fallite, fossero state in origine in grado di provvedere alle dovute restituzioni ove tempestivamente messe in mora, attraverso iniziativa di nuovi amministratori o anche di un amministratore giudiziario nominato ex art. 2409 c.c.

Di tutta evidenza come, sotto tale secondo profilo, verrebbero in rilievo specifiche circostanze di fatto che avrebbero dovuto essere innanzitutto oggetto di specifica deduzione e poi di prova da parte dell'attore e invece risultano non solo estranee ma addirittura incompatibili con la prospettazione di parte in cui si lamenta piuttosto che già all'epoca dei fatti Alfa e Beta sarebbero state in realtà "in condizioni di conclamata insolvenza" (v. pag. 7 dell'atto di citazione). In fatto pare comunque appena il caso di sottolineare come (secondo la stesa ricostruzione dell'attore) le somme in parola non siano mai pervenute nelle case delle società beneficiate, per andare piuttosto fin dall'origine a coprire una precedente esposizione bancaria, per cui pare del tutto evidente che una (eventuale) più tempestiva "scoperta" dell'illecito non sarebbe stata in grado di modificare in alcun modo il pregiudizio già interamente maturato in capo alla società.

Alla stregua di tali considerazioni il Collegio ritiene dunque di poter affermare la responsabilità del convenuto B., e accogliere quindi la relativa domanda risarcitoria, limitatamente ai fatti di cui alle contestazioni richiamate al precedente capo a); la corresponsabilità invece del T. in relazione al solo addebito di cui al precedente capo a2).

Le determinazioni in materia di spese di lite seguono la soccombenza, tenendo conto sia della posizione della società attrice quale rappresentata dai propri organi sociali sia dell'intervento in causa del "concordato Gamma" rappresentato dal liquidatore giudiziario (addirittura con la formulazione di conclusioni parzialmente difformi da quelle dell'attore, come già sopra evidenziato), nonostante l'unicità (per quanto emerso in causa) del patrimonio di riferimento.

Nel merito si ritiene dunque che la parte attrice e l'interveniente "concordato Gamma" debbano essere condannati alla integrale rifusione delle spese di lite sostenute dai convenuti B., Be., C., L., M., Z. e Z., liquidate come da dispositivo tenendo conto delle domande formulate, della entità delle pretese risarcitorie esercitate (quale doverosamente comprensiva della originaria richiesta risarcitoria per euro 59.470.944 rinunciata dall'attore solo in memoria 183 n. 1 e poi riproposta dall'interveniente in sede di conclusioni finali) della effettiva complessità ed articolazione delle difese rispettivamente svolte al riguardo.

A fronte della situazione di soccombenza reciproca (v. Cass. 22381/2009; da ultimo Cass. 3438/2016) venuta a determinarsi nei rapporti tra attore ed interveniente da un lato e i convenuti Bozzini e Testa dall'altro a seguito della richiamata rinuncia dell'attore a parte preponderante delle pretese risarcitorie inizialmente proposte e all'accoglimento solo parziale delle domande invece coltivate fino alla conclusione del giudizio nonché alla ritenuta inammissibilità delle autonome domande risarcitorie proposte in via principale dall'interveniente adesivo in sede di PC ritiene invece il Collegio di limitare la condanna dei menzionati convenuti alla rifusione delle spese di limite sostenute dall'attore in una percentuale del 25% dell'intero corrispondente alla porzione di domanda accolta, liquidata come da dispositivo.

F) Sui rapporti con i terzi chiamati.

Per questa parte si ritiene necessario procedere ad una puntuale distinzione tra le diverse posizioni.

Il convenuto C. ha insistito fino in sede di PC e poi di memorie conclusionali con una domanda di manleva nei confronti della terza Delta.

Lo stesso tuttavia (come prontamente eccepito dalla difesa della parte chiamata) non ha provveduto alla chiamata nei termini di legge in sede di comparsa di costituzione ma ha piuttosto chiesto, in sede di prima udienza di trattazione, di essere rimesso in termini per la chiamata di terzo adducendo di essere venuto solo tardivamente a conoscenza dell'esistenza del contratto di assicurazione stipulato da Gamma con Delta. Tale richiesta è stata tuttavia rigettata dal g.i. che ha ritenuto non provato il fondamento di fatto così dedotto. Ciò nonostante il convenuto ha ritenuto di poter comunque proporre domanda nei confronti della terza chiamata Delta (già in causa quale chiamata da altri convenuti) semplicemente provvedendo a notificare alla stessa la propria memoria 183 n. 1 c.p.c. contenente la relativa domanda.

A parere del Collegio una simile pretesa di superare decadenze già maturate in mancanza di un provvedimento di rimessione in termini da parte del giudice precedente (ed anzi contrastando

un provvedimento di segno avverso) si pone in tutta evidenza al di fuori dell'ambito dei poteri riconosciuti alle parti del giudizio e deve pertanto essere dichiarata inammissibile. Ritenuto pertanto che, alla stregua delle menzionate considerazioni, la "chiamata" in esame non possa reputarsi "giustificata" quale conseguenza della originaria iniziativa processuale dell'attore, devono necessariamente essere poste a carico della parte che ha arbitrariamente provveduto alla chiamata di terzi le relative spese di lite, a prescindere in questo caso dall'esito del giudizio nei confronti dell'attore.

In relazione alla domanda di manleva proposta nei suoi confronti dal convenuto B. la terza Epsilon ha invocato l'inoperatività della polizza invocata, formulata secondo la clausola claims made sul presupposto che nell'arco temporale di vigenza 2012 non sarebbe pervenuta alla compagnia denuncia del "sinistro" per cui qui si procede.

Il chiamante ha in realtà dedotto l'avvenuta denuncia di sinistro in termini attraverso comunicazione del broker assicurativo Mi spa, facendo riferimento ad una missiva Mi 16.5.2013 (dunque di data successiva a quella rilevante ai presenti fini) che effettivamente richiama una precedente comunicazione 1.2.2012 ma dall'esame del documento (ritualmente in atti) risulta come lo stesso recasse in realtà menzione della sola messa in liquidazione della società e del "rigetto", all'epoca, della proposta di azione di responsabilità - in effetti deliberata solo alla successiva data del 22.6.2002. Nessun'altra comunicazione o altra prova risulta al riguardo prodotta in atti da parte del chiamante, ovviamente gravato dell'onere di provare il fondamento del diritto vantato, e pertanto non può essere accolta la domanda in esame.

Dall'esame degli atti e delle memorie di causa, tenuto conto delle valutazioni di merito svolte nelle pagine precedenti, appaiono invece pienamente "giustificate" le chiamate di terzo proposte nei confronti di Iota e Lambda (dal convenuto Z.), Zeta (dal convenuto B.) e Theta (dal convenuto B.) in conseguenza della iniziativa dell'attore supportata dall'interveniente qui reputata infondata e pertanto agli stessi andranno integralmente addebitate le spese di lite relative alla chiamata, naturalmente tenendo conto anche per questa parte delle difese effettivamente svolte (nonché della comunanza delle difese svolte da Iota e Lambda da parte di un medesimo difensore).

Alle medesime conclusioni si ritiene qui di dover infine pervenire anche in relazione alle spese della chiamata di terzo nei confronti di Epsilon da parte dei convenuti Be. e B., sul presupposto che la chiamata notificata, al di là della effettiva genericità della formulazione del testo, potesse in realtà reputarsi idonea ad instaurare un rituale contraddittorio con la menzionata società di revisione (tenuto conto delle responsabilità inerenti le funzioni da questa svolta) quanto meno in relazione alla approvazione del bilancio di esercizio 2010 cui faceva riferimento la principale responsabilità risarcitoria invocata dall'attrice nell'originario atto di citazione; al riguardo rimane solo da sottolineare ancora come per questa parte della originaria domanda l'attore abbia proposto dichiarazione di rinuncia solo in sede di memoria 183 n. 1 mentre l'interveniente ha (ingiustificatamente) ritenuto di poter coltivare autonomamente la domanda fino alla conclusione del giudizio - con conseguenti esigenze di difesa da parte di convenuti e terzi chiamati.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) rigetta le eccezioni dei convenuti in ordine alla ammissibilità dell'intervento ad adiuvandum del liquidatore giudiziale;
- 2) dichiara l'estinzione dei rapporti processuali tra l'attore e tutti i convenuti e terzi chiamati in relazione alle originarie contestazioni di cui ai punti b), d) ed e) di cui in motivazione per rinuncia agli atti da parte dell'attore;
- 3) dichiara l'inammissibilità della domanda principale dell'interveniente di condanna dei convenuti al pagamento di un importo di euro 64.131.582,79 a titolo di risarcimento di danni;
- 4) dichiara l'improcedibilità delle domande formulate dall'attore in sede di memoria 183 n. 1 c.p.c. in relazione alle contestazioni "nuove" di pagamenti indebiti per euro 70.971,55 da parte del convenuto B. nonché di stipula dei contratti di leasing nn. 704115, 708164, 719150;
- 5) dichiara l'improcedibilità della chiamata di terzo proposta dal convenuto C. nei confronti di Delta;
- 6) dichiara l'estinzione dei rapporti processuali tra il convenuto Z. e il terzo chiamato L., nonché tra il menzionato L. e la terza chiamata Delta a spese compensate tra le parti per rinuncia agli atti, rispettivamente, dei chiamanti Z. e L., ritualmente accettate dalle rispettive controparti;
- 7) accerta la responsabilità del convenuto B. in relazione alle contestazioni di cui ai punti a) e

- c) di cui in motivazione per un importo complessivo di euro 4.607.890,00;
- 8) accerta il fondamento della eccezione di parziale compensazione sollevata dal convenuto B. e conseguentemente dichiara estinto per compensazione il credito risarcitorio di cui al capo precedente limitatamente all'importo di euro 296.875,00;
- 9) per l'effetto condanna il convenuto B. al pagamento in favore dell'attore della complessiva somma di euro 4.311.015,00 oltre interessi e rivalutazione;
- 10) accerta la responsabilità del convenuto T. in relazione alla contestazione di cui al capo a2) di cui in motivazione e per l'effetto condanna il menzionato convenuto a concorrere, in solido con il convenuto B., al pagamento in favore dell'attore di un importo di euro 1.469.310,00 oltre interessi e rivalutazione;
- 11) rigetta tutte le ulteriori domande proposte dall'attore;
- 12) rigetta la domanda di manleva proposta dal convenuto B. nei confronti della terza chiamata Delta;
- 13) condanna i convenuti B. e T., in solido tra loro, alla rifusione di spese di lite in favore dell'attore e del concordato interveniente limitatamente ad un importo di euro 879,60 per spese ed euro 21.000,00 per compensi, oltre 15% spese generali, Iva e cpa;
- 14) condanna la società Gamma in liquidazione e il "concordato Gamma" alla integrale rifusione delle spese di lite nei confronti dei convenuti L., M., Z., Z., C., Be., B., nonché dei terzi chiamati Zeta, Theta, Iota, Lambda e Epsilon per i seguenti importi a titolo di compensi:
euro 40.000,00 ciascuno in favore dei convenuti Be., B. e C.;
euro 30.000,00 ciascuno in favore dei convenuti L., M. e Z.i nonché della terza chiamata Epsilon;
euro 24.500,00 in favore del convenuto Z.;
euro 18.000,00 ciascuno in favore di Theta e Zeta;
euro 21.000,00 complessivamente in favore di Iota e Lambda;
- 15) condanna il convenuto C. alla integrale rifusione delle spese di lite inerenti la chiamata di terzo proposta nei confronti di Delta che si liquidano in un importo di euro 10.000,00 a titolo di compensi;
- 16) condanna il convenuto B. alla integrale rifusione delle spese di lite inerenti la chiamata di terzo proposta nei confronti di Delta che si liquidano in un importo di euro 15.000,00 a titolo di compensi;
- importi di spese di lite maggiorati tutti come per legge per spese generali, Iva e cpa.

azu tooteg
Qkiip ifiG(-3

Repubblica Italiana
In nome del popolo italiano
Tribunale di Roma
Sezione specializzata in materia di impresa
Terza Sezione civile

riunito nelle camere di consiglio del 9 gennaio 2017 e del 16 maggio 2017, composto dai
 Sig.ri magistrati:

dott.	Francesco Mannino	Presidente,
dott.	Stefano Cardinali	Giudice,
dott.	Guido Romano	Giudice relatore,

ha pronunciato la seguente

sentenza

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 54279 del ruolo contenzioso generale dell'anno
 2012 rimessa al Collegio per la decisione all'udienza del 31 maggio 2016 con concessione
 alle parti del termine di giorni sessanta per il deposito di comparsa conclusionale e di giorni
 venti per repliche e vertente

tra

S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in
 Roma,

che la rappresentano e difendono, in virtù di delega posta a
 margine dell'atto di citazione,

attrice;

e

Maurizio elettivamente domiciliata in Roma,

che lo rappresenta e difende, in virtù di delega posta a
 margine della comparsa di costituzione e risposta,

M271

convenuto;

e

Vincenzo elettivamente domiciliata in Roma,

, lo rappresenta e difende, in virtù di delega posta in calce alla comparsa di costituzione e risposta,

convenuto;

e

Mauro e Stefano elettivamente domiciliata in Roma,

che li rappresenta e difende, in virtù di delega posta a margine della comparsa di costituzione di nuovi difensori,

convenuti;

e

Giuseppe elettivamente domiciliato in Roma,

che lo rappresentano e difendono, in virtù di delega posta a margine della comparsa di costituzione dei nuovi difensori,

convenuto;

e

elettivamente domiciliata in

che la rappresenta e difende, in virtù di delega posta a margine della comparsa di costituzione e risposta,

terza chiamata in causa;

e

Alberto elettivamente domiciliata in

lo rappresenta e difende, in virtù di delega posta in calce alla comparsa di costituzione e risposta,

convenuto;

e

Zurich Insurance Plc, elettivamente domiciliata in Roma, v

la rappresenta e difende, in virtù di delega posta in calce alla copia notificata degli atti di citazione per chiamata in causa,

terza chiamata in causa;

e

Assicuratori dei Llovd's, elettivamente domiciliata in Roma,

che la rappresentano e difendono, in

virtù di delega posta in calce alla comparsa di costituzione e risposta,

terza chiamati in causa;

e

Giovanni

convenuto contumace;

Oggetto: responsabilità amministratori di società di capitali

Conclusioni delle parti: come da verbale dell'udienza del 31 maggio 2016.

svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato, la S.r.l. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, i Sig.ri Maurizio Vincenzo Mauro Stefano Alberto e Giuseppe al fine di sentire accogliere le seguenti conclusioni: «2. - nel merito, a. - accertata la responsabilità dei sigg.ri Maurizio e Vincenzo ai sensi dell'art. 2395 c.c., per le causali diffusamente esposte in premessa, condannare gli stessi, in solido tra loro, al risarcimento dei danni in favore dell'attrice per un importo quanto meno pari a € 3.242.011,00, salvo i maggiori danni che saranno eventualmente determinati in corso di causa o che il giudice riterrà di giustizia, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali; b. - accertata la responsabilità dei sigg.ri Mauro Stefano e Alberto ai sensi del combinato disposto degli artt. 2407 e 2395 c.c., per le causali diffusamente esposte in premessa, condannare gli stessi solidalmente tra loro e con gli amministratori Maurizio e Vincenzo al risarcimento dei danni in favore dell'attrice per un importo quanto meno pari a €

3.242.011,00, salvo i maggiori danni che saranno eventualmente determinati in corso di causa o che il giudice riterrà di giustizia, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali; c. - accertata la responsabilità del sig. Giuseppe a titolo di concorso nell'illecito posto in essere dagli altri convenuti, ai sensi dell'art. 2395 e/o dell'art. 2043 c.c., per le causali diffusamente esposte in premessa, condannare lo stesso, in solido con gli altri convenuti, al risarcimento dei danni in favore dell'attrice per un importo quanto meno pari a € 3.242.011,00, salvo i maggiori danni che saranno eventualmente determinati in corso di causa o che il giudice riterrà di giustizia, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali».

A fondamento della svolta domanda, la S.r.l. rappresentava che: la s.r.l. è socia della

IL CASO.it

1



in data 4 novembre 2011 si teneva un'assemblea straordinaria della New Radiant volta a deliberare un aumento di capitale sociale tramite emissione di nuove azioni da assegnare ai soci; il bilancio relativo all'esercizio 2010 si era chiuso con una perdita di € 404.048,50; gli amministratori presentavano all'assemblea una situazione patrimoniale al 30 settembre 2011 la quale, col parere favorevole del collegio sindacale, evidenziava, accanto alla perdita riportata a nuovo per € 404.048,50, un utile di periodo di € 8.208,00; su proposta degli amministratori e col parere favorevole del collegio



- 4 -

sindacale, l'assemblea deliberava di ripianare la perdita - che non era comunque superiore ad un terzo del capitale sociale - in parte mediante l'utilizzo della "riserva straordinaria" per € 237.731,86, in parte mediante l'utilizzo della "riserva legale" per € 6.316,64 ed il resto (e dunque, per € 160.000,00) mediante la riduzione del capitale sociale ad € 1.140.000,00; la situazione patrimoniale aggiornata al 30 settembre 2011 evidenziava comunque una decisa inversione di tendenza, con il recupero della capacità della società di produrre un utile di periodo; conseguentemente l'assemblea, contestualmente alla riduzione facoltativa per perdite, deliberava l'aumento a pagamento del capitale sociale per € 1.200.000,00 e quindi da € 1.140.000,00 (così come era stato contestualmente ridotto in conseguenza della perdita) ad € 2.340.000,00; in data 10 novembre 2011 (con annotazione nel libro soci in data 16 novembre 2011), facendo affidamento sui risultati positivi emersi dalla situazione al 30 settembre 2011, acquistava, con girate autenticate da Notaio Monica De Paoli, la totalità delle azioni detenute da Giovanni e da Brahma AG, accollandosi altresì la quota di rispettiva pertinenza del finanziamento soci che era stato effettuato in attuazione della delibera del consiglio di amministrazione NRT in data 13 gennaio 2011; il tutto per un esborso totale complessivo di € 2.042.011,00; la peraltro, sottoscriveva integralmente l'aumento di capitale (per € 1.200.000,00) avendo gli altri soci rinunciato al proprio diritto di opzione ed essendosi riservata l'attrice la prelazione nella sottoscrizione delle azioni rimaste eventualmente inoplate; le decisioni di acquistare le azioni detenute da Giovanni e da Brahma AG e le rispettive quote del finanziamento soci e quindi di sottoscrivere e versare l'intero importo dell'aumento di capitale deliberato in data 4 novembre 2011 si rivelavano frutto di una illecita e falsa rappresentazione, da parte degli amministratori e dei sindaci, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della Società; con il voto determinante della ormai divenuta socio di maggioranza l'assemblea della New Radiant, in data 16 novembre 2011 nominava il nuovo consiglio di amministrazione nelle persone di Alessandro Musaio, Abraam Dabush e Francesco Salvatori; nella prima adunanza del nuovo consiglio di amministrazione, tenutasi in data 2 dicembre 2011, il consiglio procedeva ad una compiuta ricognizione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dando a tal fine incarico alla società di revisione PKF Italia s.p.a. di procedere a una *due diligence*; dagli accertamenti compiuti emergeva che, al 31 ottobre 2011, la società aveva maturato una perdita di periodo che risultava tale da configurare già



la fattispecie di cui all'art. 2447 c.c.; infatti, emergeva una perdita di € 4.219.682,00, che aveva quindi condotto a un patrimonio netto negativo di € 3.073.488, di consistenza tale che neanche l'aumento di capitale di € 1.200.000,00 deliberato in data 4 novembre 2011 era in grado di riportare in positivo; la distorta rappresentazione della realtà non è dipesa unicamente dalla radicale erroneità dei criteri di valutazione adottati e che hanno comportato l'applicazione di correlative rettifiche per € 2.227.008,00, ma addirittura dalla falsità del dato dei ricavi, evidenziato nella situazione al 30 settembre 2011 come pari a € 3.136.865,00 quando nella contabilità sociale risultavano invece ricavi per soli € 1.888.185,15, divenuti poi € 1.943.000,00 al 31 ottobre 2011; il consiglio di amministrazione, quindi, in ragione della circostanza che la società presentava un patrimonio netto negativo per € 1.938.601,00 (pari al deficit patrimoniale al 31 ottobre 2011, così come ridottosi per effetto dell'aumento di capitale deliberato in data 4 novembre 2011), invitava l'assemblea a deliberare in merito alla necessaria ricapitalizzazione, in assenza della quale si sarebbe verificato lo scioglimento della società; la _____ era, dunque, costretta a prendere atto della gravità della situazione e del fallimento del proprio progetto di rilancio; infatti, a questo punto, al fine di colmare la perdita, la _____ avrebbe dovuto procedere ad un ulteriore, consistente investimento; all'assemblea, convocata ex artt. 2446-2447 c.c. in data 20 febbraio 2012, pertanto, _____ non votava a favore della ricapitalizzazione; gli altri soci, di cui gli amministratori e i sindaci responsabili dell'accaduto e attuali convenuti erano espressione, preferirono addirittura rimanere assenti e non si presentarono nemmeno; in conseguenza della causa di scioglimento venutasi a determinare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. per la mancata ricostituzione del capitale interamente perduto, l'assemblea provvedeva quindi a nominare il liquidatore, nella persona dell'ing. Urbano Barbabella; sussiste la responsabilità, ai sensi dell'art. 2395 c.c., degli amministratori e dei sindaci della New Radiant S.p.A. per avere indotto, attraverso una falsa rappresentazione della situazione economica e finanziaria della società, la _____ ad acquisire le partecipazioni sociali detenute dai soci Giovanni _____ e Brahma AG e a sottoscrivere integralmente l'aumento di capitale.

Sulla scorta di tali premesse, la _____ S.r.l. concludeva come sopra riportato.

Si costituivano, con separate comparse, i Sig.ri Maurizio e Vincenzo i quali concludevano per il rigetto della domanda comunque, chiedevano di chiamare in causa i Sig.ri Giovanni e Sadanand, nonché la Zurich Insurance Plc.

Si costituivano, con una unica comparsa, i Sig.ri Mauro Stefano e Giuseppe i quali concludevano per il rigetto della domanda.

Si costituiva, altresì, il Sig. Alberto il quale chiedeva di essere autorizzato alla chiamata in causa dei Lloyd's, della Zurich Insurance plc e dei Sig.ri Mauro, Stefano Maurizio Vincenzo Giovanni e Giuseppe

Si costituivano, all'esito delle chiamate in causa, le società assicuratrici.

Istruita la causa mediante consulenza tecnica disposta d'ufficio ed affidata al dott. Tiziano Onesti, successivamente, all'udienza del 31 maggio 2016 le parti precisavano le rispettive conclusioni e la causa veniva rimessa per la decisione al Collegio - trattandosi di causa ricompresa nell'art. 50 bis c.p.c. - con concessione alle parti del termine di giorni sessanta per il deposito di comparsa conclusionale e di giorni venti per repliche.

motivi della decisione

1. La S.r.l. ha instaurato il presente giudizio proponendo, ai sensi dell'art. 2395 c.c., azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci della società New Radiant Technology s.p.a. in liquidazione per sentirli condannare al risarcimento del danno direttamente subito dall'attrice in conseguenza delle condotte inadempienti ai propri doveri poste in essere dai convenuti. In via del tutto generale e rinviando al prosieguo una migliore specificazione dei singoli addebiti, giova subito rilevare che parte attrice deduce che gli amministratori della New Radiant avrebbero occultato la reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria della New Radiant S.p.A. così inducendo la S.r.l. ad acquistare dagli altri soci, Giovanni e Brahma AG, le azioni da questi detenute nella società e la correlativa quota di credito per il rimborso del finanziamento soci nonché a sottoscrivere (procedendo all'integrale versamento) l'aumento di capitale deliberato in data 4 novembre 2011. Al contrario, le perdite maturate nel corso del tempo dalla New radiant e non rilevate dagli amministratori e dai sindaci avevano, già prima dell'acquisto e dell'aumento di capitale sociale richiamato (e nonostante gli altri

aumenti di capitale *medio tempore* deliberati dai soci), azzerato il capitale sociale della società le cui partecipazioni sociali oggi non hanno alcun valore.

Così sinteticamente ricostruita la vicenda in esame, ai fini di un più esaustivo esame della domanda proposta dalla S.r.l., appare opportuno soffermarsi, sia pure brevemente, sulla natura della responsabilità diretta dell'amministratore verso i terzi di cui all'art. 2395 c.c.

A mente dell'art. 2395 c.c. - che costituisce la norma di chiusura del sistema codicistico della responsabilità civile degli amministratori di società di capitali - le disposizioni dei precedenti articoli che disciplinano la responsabilità degli amministratori verso la società ed i creditori sociali non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori.

La norma, quindi, delinea un sistema di responsabilità volto a tutelare i soci ed i terzi che si fonda sul presupposto di un pregiudizio arrecato direttamente al patrimonio del singolo senza che da ciò derivi un danno per la società. Infatti, l'elemento di diversità dell'azione individuale di responsabilità rispetto all'azione sociale (art. 2393 c.c.) ed a quella dei creditori sociali (art. 2394 c.c.) è rappresentato dall'incidenza "diretta" del danno sul patrimonio del socio o del terzo: mentre l'azione sociale è finalizzata al risarcimento del danno al patrimonio sociale, che incide soltanto indirettamente sul patrimonio dei soci per la perdita di valore delle loro azioni, e l'azione dei creditori sociali mira al pagamento dell'equivalente del credito insoddisfatto a causa dell'insufficienza patrimoniale causata dall'illegittima condotta degli amministratori, e quindi ancora una volta riguarda un danno che costituisce il riflesso della perdita patrimoniale subita dalla società, l'azione individuale in argomento postula la lesione di un diritto soggettivo patrimoniale del socio o del terzo che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio della società (in questi esatti termini, Cass., 23 giugno 2010, n. 15220; Cass., 22 marzo 2010; Cass., 25 luglio 2007, n. 16416; Cass., 3 aprile 2007, n. 8359; Cass., 5 agosto 2008, n. 21130). In altre parole, l'avverbio "direttamente" consente di delimitare l'ambito di esperibilità dell'azione ex art. 2395 c.c. chiarendo che se il danno lamentato costituisce solo il riflesso di quello cagionato al patrimonio sociale, si è al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2395 c.c., in quanto tale norma richiede che il danno abbia investito direttamente il patrimonio del socio o del

terzo. Peraltro, è da tempo pacifica l'interpretazione dell'avverbio direttamente nel senso di un danno immediato, e non già come "attività svolta direttamente" dall'amministratore, con riferimento alla direzione dell'atto contro un soggetto determinato. La coloritura soggettiva dell'avverbio non trova infatti giustificazioni sistematiche, potendosi l'elemento soggettivo della condotta degli amministratori già ricavarsi dalla qualificazione degli atti come dolosi o colposi. D'altra parte, una diversa interpretazione dell'avverbio qualificante l'atto, non consentirebbe all'art. 2395 c.c. di trovare applicazione in tutte quelle ipotesi in cui non vi sia un rapporto immediato tra l'amministratore ed il soggetto leso. Proprio l'impossibilità di determinare a priori la categoria di soggetti lesi, da cui deriva anche un elemento a favore della natura aquiliana della responsabilità, impedisce di individuare nell'atto una direzione volontaristica che abbia determinato il danno nella sfera patrimoniale del terzo o del socio.

Al contrario, non rileva che il danno sia stato arrecato dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio o al di fuori di tali incombenze, ovvero che tale danno sia o meno ricollegabile a un inadempimento della società, né infine che l'atto lesivo sia stato eventualmente compiuto dagli amministratori nell'interesse della società e a suo vantaggio, dato che la formulazione dell'art. 2395 c.c. pone in evidenza che l'unico dato significativo ai fini della sua applicazione è costituito appunto dall'incidenza del danno (in questi termini, Cass., 22 marzo 2011, n. 6558; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251; Cass., 28 marzo 1996, n. 2850).

È, peraltro, opinione prevalente, in dottrina ed in giurisprudenza, che, data la mancanza di un vincolo contrattuale tra amministratore ed i terzi che esercitino l'azione, l'azione che ne deriva assuma natura extracontrattuale (così, Cass., 23 giugno 2010, n. 15220, ma si vedano, altresì, Cass., 22 marzo 2010, n. 6870; Cass., 3 agosto 1988, n. 4817). Non convince, al contrario, una tesi, rimasta peraltro minoritaria in dottrina, secondo la quale si tratterebbe, invece, di una responsabilità contrattuale o, quanto meno, di una responsabilità per violazione dei doveri di protezione che incombono sugli amministratori e, quindi, di un tipo di responsabilità legale. Appare, infatti, del tutto evidente come l'art. 2395 c.c., parlando di atti colposi o dolosi degli amministratori, si ponga, anche sotto il profilo della formulazione letterale, nell'alveo della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. di cui, sostanzialmente, costituisce una fattispecie legale che si caratterizza per l'inquadramento nella tipologia della lesione o dell'aspettativa di credito. In altre parole, ad integrare la

fattispecie normativa è la violazione del precetto del *neminem laedere*, con conseguente applicazione delle norme in materia di responsabilità aquiliana.

La natura extracontrattuale della responsabilità in argomento non è scevra di conseguenze in ordine al regime probatorio (oltre che in ordine al regime della prescrizione, non rilevante, però, nella fattispecie in esame). Ed infatti, proprio in ragione di tale inquadramento, deve ritenersi che ricade in capo al socio o al terzo che agisca in giudizio al fine di far valere la responsabilità diretta dell'amministratore l'onere probatorio in relazione: alla condotta dolosa o colposa dell'amministratore; all'esistenza di un danno che sia qualificabile, da una parte, come diretto (non potendo esso costituire un mero riflesso del danno subito dal patrimonio sociale) e, dall'altra, come ingiusto; al nesso di causalità che deve intercorrere tra l'attività dell'amministratore ed il pregiudizio causato all'attore.

Con riferimento al primo profilo accennato, merita di essere osservato come la responsabilità non possa essere invocata sulla base delle incidenze negative di scelte gestionali inopportune, dovendosi, al contrario, esigere un fatto illecito, cioè un comportamento (doloso o colposo), che integri la violazione degli obblighi dell'amministratore medesimo, siano quelli specifici inerenti alla carica, ovvero quelli generali stabiliti dall'ordinamento a tutela dei diritti dei terzi (cfr., in questa prospettiva, Cass., 4 aprile 1997, n. 2394).

In relazione, poi, al profilo soggettivo richiesto dalla norma in argomento, il Tribunale rileva come il dolo consiste nella volontà di compiere l'atto illecito senza che sia ulteriormente necessario, ad integrare la fattispecie di responsabilità, che il profilo soggettivo sia concretamente diretto contro un determinato soggetto: il dolo dell'amministratore deve consistere nella consapevolezza dell'obiettiva idoneità dell'atto che si accinge a compiere a cagionare un danno ai naturali destinatari dello stesso e nella volontà di compierlo nonostante la previsione che un tale danno possa concretamente verificarsi. Parallelamente, la colpa, in armonia con i principi generali elaborati in dottrina ed in giurisprudenza, potrà consistere in un comportamento del pari cosciente, ma in cui l'evento pregiudizievole sia indotto non già da premeditazione, quanto piuttosto da negligenza, imprudenza o imperizia.

Appare, conseguentemente, certo che la responsabilità dell'amministratore ex art. 2395 c.c. sorge da un *quid pluris* rispetto al mero inadempimento contrattuale della società,

che è dato proprio dalla manifestazione dell'elemento soggettivo che presiede all'atto compiuto dall'amministratore, traducendosi in un danno che incide sul patrimonio del singolo socio o del terzo. La giurisprudenza di legittimità, al fine di integrare la responsabilità ai sensi dell'art. 2395 c.c., ha ritenuto necessaria non solo, sotto il profilo oggettivo, la sussistenza di un danno che non sia il semplice riflesso del pregiudizio subito dal patrimonio sociale e costituisca lesione immediatamente incidente nella sfera giuridica del soggetto che esercita l'azione, ma anche la individuazione di un comportamento che si trovi in relazione di causalità immediata con il danno e che sia essenzialmente ascrivibile al dolo o alla colpa dell'amministratore agente. In tale prospettiva, è stato, quindi, sottolineato che l'azione concessa dall'art. 2395 c.c. al socio e al terzo presuppone che i danni a questi derivati siano conseguenza di atti dolosi o colposi degli amministratori, che non possono essere ricondotti al mero inadempimento delle obbligazioni della società. In altre parole, se la società è inadempiente per non avere rispettato gli obblighi ad essa derivanti da un rapporto contrattuale stipulato con un terzo, di questi danni risponde la società e soltanto la società (qui il rapporto di immedesimazione organica tra la società e le persone che per essa vogliono e agiscono si manifesta in tutta la sua portata, per cui, come incisivamente si è detto, l'atto dell'amministratore non è atto compiuto per conto della società, ma è atto "della" società); se viceversa, accanto a questo inadempimento sociale, vengono dedotti specifici comportamenti degli amministratori, dolosi o colposi, che di per se stessi abbiano cagionato ai terzi un danno diretto, di questo risponderanno gli amministratori, la cui responsabilità potrà eventualmente aggiungersi - senza sostituirla o sopprimerla - a quella della società per l'inadempimento (in questi termini, Cass., 21 maggio 1991, n. 5723; ma si vedano, altresì, Cass., 16 Marzo 2001, n. 3843; Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251 e, da ultimo, Cass., 23 giugno 2010, n. 15220).

Peraltro, la responsabilità ex art. 2395 c.c. dell'amministratore di società, data la sua natura extracontrattuale, non si estende al danno derivato all'altro contraente dall'inadempimento del contratto stipulato all'esito dell'attività suindicata del quale risponde la società, a titolo di responsabilità contrattuale, ma concerne solo il danno direttamente ricollegabile, con nesso di causalità immediata, ai predetti fatti illeciti dell'amministratore, unicamente di questi ultimi potendosi far carico al medesimo, ai fini del

risarcimento del danno all'altro contraente danneggiato (Cassazione civile, 6 gennaio 1982 n. 14).

Sotto il profilo del nesso eziologico (sul quale ci si dovrà soffermare diffusamente *infra*), deve sin da ora sottolinearsi come l'azione in argomento è data al terzo e al singolo socio esclusivamente nell'ipotesi in cui gli amministratori abbiano cagionato un danno che abbia inciso, in maniera negativa, direttamente sul patrimonio dell'attore. Il nesso di causalità tra l'atto compiuto dall'amministratore ed il danno costituisce elemento indispensabile di cui l'attore, singolo socio o terzo che sia, è onerato di fornire la prova e si sostanzia nella riferibilità all'amministratore medesimo dell'atto da cui scaturisce il pregiudizio.

In definitiva, presupposti dell'azione delineata dall'art. 2395 c.c. sono l'evento dannoso, la diretta incidenza di tale evento sul patrimonio del socio o del terzo; la riferibilità dell'evento stesso all'amministratore convenuto o meglio il collegamento causale tra la condotta dell'amministratore e l'evento, il dolo o la colpa dell'amministratore.

2. Tanto chiarito in punto di diritto, può ora passarsi ad esaminare la vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio.

Risulta dagli atti che, essendosi chiuso il bilancio relativo all'esercizio 2010 con una perdita di €. 404.048,50, in data 4 novembre 2011 si teneva un'assemblea straordinaria della New Radiant volta a deliberare un aumento di capitale da eseguirsi tramite emissione di nuove azioni da assegnare ai soci. Nel corso di tale assemblea, dunque, gli amministratori presentavano all'assemblea una situazione patrimoniale al 30 settembre 2011 (doc. 7 di parte attrice) la quale evidenziava, accanto alla perdita riportata a nuovo per €. 404.048,50, un utile di periodo di €. 8.208,00. Il Presidente dell'assemblea, Sig. Maurizio (all'epoca anche Presidente del consiglio di amministrazione), dopo avere illustrato detta situazione patrimoniale, invitava l'assemblea al ripianamento della perdita ed illustrava le ragioni per le quali era opportuno eseguire un aumento del capitale sociale fino ad €. 2.340.000,00. Il collegio sindacale - presente nelle persone dei Sig.ri Mauro Stefano ed Alberto - confermava ed attestava quanto illustrato dal presidente ed esprimeva parere favorevole in ordine alla deliberanda operazione.

Pertanto, l'assemblea deliberava di ripianare la perdita in parte mediante l'utilizzo della "riserva straordinaria" per €. 237.731,86, in parte mediante l'utilizzo della "riserva

legale" per €. 6.316,64 ed il resto (e dunque, per €. 160.000,00) mediante la riduzione del capitale sociale ad €. 1.140.000,00. L'assemblea, contestualmente alla riduzione facoltativa per perdite, deliberava l'aumento a pagamento del capitale sociale per €. 1.200.000,00 e quindi da €. 1.140.000,00 (così come era stato contestualmente ridotto in conseguenza della perdita) ad €. 2.340.000,00.

Successivamente, in data 10 novembre 2011, acquistava, con girate autenticate da Notaio Monica De Paoli, la totalità delle azioni detenute da Giovanni e da Brahma AG, accollandosi altresì la quota di rispettiva pertinenza del finanziamento soci che era stato effettuato in attuazione della delibera del consiglio di amministrazione New Radiant in data 13 gennaio 2011; il tutto per un esborso totale complessivo di €. 2.042.011, così articolato: € 932.554,00 (di cui € 348.554,00 a titolo di prezzo per l'acquisto delle azioni e € 584.000,00 come accollo del finanziamento), quanto a € 1.109.457,00 (di cui € 785.857,00 a titolo di prezzo per l'acquisto delle azioni e € 323.600,00 come accollo del finanziamento), quanto a Brahma. La peraltro, sottoscriveva integralmente l'aumento di capitale (per €. 1.200.000,00) avendo gli altri soci rinunciato al proprio diritto di opzione ed essendosi riservata l'attrice la prelazione nella sottoscrizione delle azioni rimaste eventualmente inoptate.

Ebbene, secondo la ricostruzione di parte attrice, la scelta della di procedere all'acquisto di quelle partecipazioni e della correlativa quota del credito per il rimborso del finanziamento soci, nonché all'esercizio del diritto di opzione e della prelazione sull'inoptato si era fondata sul convincimento che le difficoltà che la New Radiant S.p.A. aveva incontrato e che l'avevano portata a subire la perdita per la quale si era proceduto alla riduzione facoltativa del capitale sociale fossero dovute alla condotta, se non illecita o irregolare, quanto meno negligente, inefficace ed inefficiente dei vecchi amministratori; e che, tuttavia, la società avesse in seno tutte le potenzialità necessarie per essere adeguatamente e proficuamente rilanciata. Secondo tali prospettazioni, infatti, i conti presentati dagli amministratori, col parere favorevole del collegio sindacale, all'assemblea chiamata a deliberare l'operazione sul capitale avevano evidenziato come non solo la perdita non si fosse aggravata, ma fosse, anzi, registrabile un'inversione di tendenza, col ritorno a una capacità di produzione di un utile di periodo. Parte attrice richiama, poi, la dichiarazione dell'amministratore delegato, Sig. Vincenzo all'assemblea dell'8 settembre 2011 e

la comunicazione inviata dal medesimo amministratore delegato in data 26 luglio 2011 e la previsione contabile al 31 ottobre 2011 predisposta dal rag. tutti i menzionati documenti, infatti, erano volti a rassicurare i soci che, nel recente passato, avevano manifestato perplessità ed eccezioni relativamente alla gestione e al continuo scostamento dei risultati rispetto ai budget preventivi, assieme alla loro preoccupazione per gli sviluppi e le prospettive della società.

3. Nel caso di specie, non vi è dubbio che gli amministratori non abbiano diligentemente valutato il verificarsi della perdita integrale del capitale sociale della New Radiant S.p.A.

Infatti, la consulenza tecnica espletata in corso di causa dal prof. Tiziano Onesti - la quale appare pienamente condivisibile in quanto fondata su un esame attento e scrupoloso della documentazione in atti e priva di vizi logici e di giudizio - ha consentito di accertare che il capitale sociale della New Radiant si era ridotto al di sotto del minimo legale già al termine dell'esercizio 2010 e, quindi, in epoca anteriore all'assemblea del 4 novembre 2011 ed alla redazione della situazione patrimoniale al 30 settembre 2011.

In particolare, nell'elaborato peritale si legge che è "stato verificato che, a partire dal 31 dicembre 2009, sussistevano le condizioni di cui all'art. 2447 cod. civ. (...). Infatti, da tale data e per gli esercizi successivi, sulla base delle risultanze delle situazioni patrimoniali (anche infrannuali) presenti in atti e tenuto conto delle rettifiche effettuate, il capitale sociale risulta inferiore al minimo di legge. Si è avuto modo in ogni caso di osservare che, nel corso della stessa Assemblea che ha approvato il bilancio al 31 dicembre 2009 (ossia in data 29 aprile 2010), i Soci di NRT, all'unanimità, hanno deliberato un aumento di capitale sociale di importo pari a € 750.000. Tale aumento — ancorché effettuato su base volontaria (previa conferma, peraltro, da parte del Collegio Sindacale all'epoca in carica "che la Società non ha perdite") — **non** può essere ignorato, in quanto sufficiente, se applicato alle risultanze del bilancio al 31 dicembre 2009, a ripristinare le condizioni patrimoniali minime previste dalla legge in tema di società per azioni. Infatti, considerando il valore di tale aumento in rapporto al patrimonio netto rettificato di NRT al 31 dicembre 2009 poc'anzi indicato, quest'ultimo torna ad assumere **un** valore positivo per € 447.445. Tuttavia, a partire dal 31 dicembre 2010 in avanti, il capitale sociale risulta comunque inferiore al minimo di legge, nonostante gli ulteriori aumenti di capitale deliberati (sempre su base volontaria). In questo senso, è

possibile ritenere che: - sussista la violazione "degli obblighi che sorgono dal combinato disposto degli artt. 2485, comma 1 e 2486, comma 1, c.c." (quarta parte del quesito); - le scritture contabili di NRT non siano state correttamente tenute e, in particolare, i bilanci di esercizio, a partire dall'esercizio 2009, non rispecchiassero correttamente la situazione della Società (seconda parte del quesito). Si è quindi specificato, in risposta alla terza parte del quesito, che: - la situazione elaborato dal Rag. con riferimento alla data del 31 ottobre 2011 non è una situazione contabile (consuntiva), ma rappresenta un documento di natura previsionale, redatto sulla base di ipotesi di andamento dell'attività. In questo senso, trattandosi di un documento previsionale, tale situazione non è idonea ad accertare la "mancata emergenza delle perdite"; - la situazione al 30 settembre 2011 sottoposta all'Assemblea dei Soci in data 4 novembre 2011, che non risulta approvata dal Consiglio di Amministrazione ed è priva di note di accompagnamento, non sembra avere piena natura contabile. Infatti, il dato relativo ai ricavi di esercizio e ai crediti appare notevolmente superiore a quello risultante dalle scritture contabili appena un mese dopo (ossia al 31 ottobre 2011), mentre appare notevolmente più simile a quello indicato nella previsione contabile al 31 ottobre 2011 redatta dal Rag. nel luglio 2011. Tuttavia, tenuto conto che tale situazione è stata utilizzata per richiedere all'Assemblea degli Azionisti per deliberare un aumento di capitale su base volontaria (cfr. verbale del 4 novembre 2011), si ritiene che, nel caso di specie, abbia contribuito alla mancata emersione delle perdite effettivamente conseguite dalla Società".

Alla luce delle conclusioni cui è giunto l'ausiliare del giudice può ritenersi accertato l'inadempimento agli obblighi gestori da parte degli amministratori della New Radiant che non hanno correttamente tenuto le scritture contabili della società non tempestivamente rilevando l'esistenza di una causa di scioglimento della società.

4. Ciò posto, ritiene il Tribunale che nel caso di specie parte attrice non abbia adeguatamente provato il nesso causale tra la condotta degli amministratori (e dei sindaci) ed il danno subito e, precisamente, tra la condotta degli amministratori (e dei sindaci) e la decisione della S.r.l. di investire nella società New Radiant S.p.A. attraverso l'acquisto delle partecipazioni sociali già di proprietà degli altri soci e la sottoscrizione integrale dell'aumento di capitale deliberato all'assemblea del 4 novembre 2011.

Sul punto, appare meglio specificare il requisito del nesso causale nelle azioni intentate ai sensi dell'art. 2395 c.c.: in tale prospettiva, appare opportuno richiamare quando evidenziato da una recente giurisprudenza di legittimità (cfr., Cass., 18 marzo 2015, n. 5450) che, pure avente ad oggetto una fattispecie diversa, aveva in comune con la vicenda in esame il profilo dell'idoneità di un bilancio non veritiero a determinare l'attività negoziale (nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di cassazione, il contrarre con la società, nel caso di specie, l'induzione a sottoscrivere un aumento di capitale e ad acquistare altre partecipazioni sociali) di un socio o di un terzo.

In particolare, ove il terzo allegghi che la propria volontà negoziale sia stata in qualche modo determinata (alterandola) dal fatto che dai bilanci risultassero circostanze non rispondenti al vero che lo abbiano indotto a concludere il contratto, egli è tenuto a provare la specificità di tali circostanze, nonché l'idoneità di esse a trarlo in inganno (cfr., sul punto, già Cass., 2 giugno 1989, n. 2685), importando il riferimento all'incidenza diretta del danno sul patrimonio del terzo danneggiato, quale tratto distintivo della responsabilità in argomento un esame rigoroso del nesso causale (Cass., 5 agosto 2008, n. 21130), secondo un principio di causalità ancorato al criterio del "più probabile che non".

In altre parole, ben può dunque il bilancio, se non veritiero, essere fonte di responsabilità sia verso i soci e sia verso i terzi in buona fede, tratti in inganno dai dati e dalle risultanze di esso, ove raffiguranti una falsa immagine della situazione economico-patrimoniale della società. Tuttavia, chi si duole della falsità di tali dati e risultanze è tenuto ad allegare, e poi a dimostrare, anche l'idoneità dei medesimi a trarre in inganno la sua fiducia: onde è tenuto a fornire la dimostrazione del nesso causale fra l'illecito amministrativo-contabile degli amministratori ed il danno patito in modo diretto ed in conseguenza dell'illecito commesso. Così, in ipotesi di bilancio contenente indicazioni inveritiere, che si assumano avere causato l'affidamento del terzo circa la solidità economico-finanziaria della società e la decisione del medesimo di porre essere una determinata attività negoziale, il terzo che agisca per il risarcimento del danno avverso l'amministratore che abbia concorso alla formazione del bilancio asseritamente falso è onerato di provare non soltanto tale falsità, ma anche, mediante qualsiasi mezzo di prova, il nesso causale tra il dato falso e la propria determinazione di concludere il contratto, da cui sia derivato un danno.



Peraltro, come è stato messo in evidenza dalla dottrina, per affermare la responsabilità degli amministratori e dei sindaci, è pur sempre necessario che il socio o il terzo non fossero in grado, utilizzando la ordinaria diligenza, di conoscere le effettive condizioni patrimoniali ed economiche della società al momento della sottoscrizione dell'aumento di capitale o dell'acquisto delle azioni. Deve, infatti, ritenersi che, pur in presenza di bilanci che non rappresentino correttamente la effettiva situazione patrimoniale della società, sia esclusa una responsabilità risarcitoria degli amministratori ove la situazione patrimoniale effettiva fosse facilmente conoscibile *aliunde*. In tale caso, infatti, viene meno il necessario nesso di causalità tra la condotta colposa degli amministratori e il pregiudizio patito dal socio o dal terzo. Questi, dunque, non avranno accesso alla tutela risarcitoria qualora siano addivenuti alla conclusione del negozio di sottoscrizione o di acquisto delle azioni senza usare la diligenza minima necessaria.

5. Tanto chiarito in punto di diritto, in relazione al presupposto in esame, giova subito evidenziare che, alla luce dei principi ora esposti, l'esistenza del nesso eziologico non può essere ricavata, immediatamente e direttamente, dall'accertato inadempimento degli amministratori nel valutare la situazione economica e finanziaria della società. Deve, infatti, indagarsi circa l'idoneità di quell'inadempimento a modificare il comportamento dell'odierna attrice

Come già in precedenza osservato, parte attrice evidenzia come, alla data del 4 novembre 2011 allorquando l'assemblea dei soci della New Radiant deliberò la riduzione del capitale per perdite ed il contestuale aumento di esso, dai dati contabili della società emergesse una inversione di tendenza rispetto alla precedenti perdite (avendo la società registrato un utile di periodo) e come tale inversione di tendenza fosse confermata in più occasioni dalle dichiarazioni dell'amministratore delegato, Sig. Vincenzo

Ritiene il Collegio che si tratti di circostanze insufficienti al fine di dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta degli amministratori ed il comportamento della società.

Sotto un primo profilo, la presenza di un modestissimo utile registrato nella documentazione contabile della società - pari ad appena €. 8.208,00 al 30 settembre 2011 e ad €. 23.9020,25 al 31 ottobre 2011 - appare del tutto incongruente rispetto ad un investimento (complessivamente riguardato e, cioè, riferito all'acquisto delle partecipazioni

sociali ed alla integrale sottoscrizione dell'aumento di capitale) di oltre tre milioni di euro. Giova evidenziare che, per come emergeva dalla stessa contabilità societaria, il bilancio relativo all'esercizio 2010 si era chiuso con una perdita di €. 404.048,50: tale perdita aveva, dunque, reso quanto meno opportuna se non necessaria (in quanto pur sempre facoltativa) importante operazione sul capitale sociale. Tale operazione ha a sua volta avuto ad oggetto l'assorbimento della perdita (mediante utilizzo della riserva straordinaria, della riserva legale e riduzione del capitale) ed il contestuale aumento del capitale per un importo di €. 1.200.000,00.

La gravità delle perdite - e, dunque, l'irrilevanza, ai fini che interessano, dell'utile di periodo - emerge con chiarezza anche dalla restante documentazione sociale acquisita agli atti. Nel verbale della riunione del collegio sindacale del 25 luglio 2011, si legge che "il bilancio di verifica al 25 luglio 2011 evidenzia una perdita di periodo di euro 1.122.626,63. Detto risultato non tiene conto della valorizzazione delle rimanenze finali alla data, che come evidenziato dai due elaborati presentati al collegio (...) ammontano complessivamente ad euro 951.518,42". Inoltre, veniva evidenziato come "nonostante il volume dei ricavi previsti rappresenti un'importante inversione di tendenza rispetto agli scorsi esercizi, attesa l'impegnativa struttura dei costi fissi societari, al momento, prendendo in esame la previsione sottoposta al collegio, non è dunque ipotizzabile il raggiungimento del pareggio di bilancio per la data di riferimento (31.10.2011)". Sulla base dell'analisi condotta, il collegio sindacale concludeva che, "vista la situazione economico patrimoniale alla data odierna ed in particolare vista la perdita di periodo che, pur essendo provvisoria, determina una diminuzione del patrimonio netto oltre i limiti consentiti dall'art. 2446 c.c.", "tale situazione impone l'assunzione dei provvedimenti di legge e cioè procedere senza ulteriori indugi a ricapitalizzare la società o attraverso apporto di denaro o attraverso la rinuncia dei finanziamenti soci effettuati". Peraltro, il medesimo collegio precisava che "quest'ultima soluzione non risolverebbe le necessità finanziarie più volte manifestate nel corso degli ultimi consigli di amministrazione dall'attuale management".

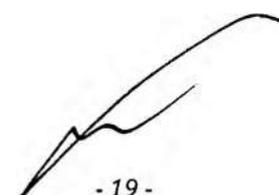
La società, dunque, non si trovava in una situazione di equilibrio finanziario. Né la circostanza che l'esistenza dell'utile di periodo rappresentasse una - decisa, secondo la ricostruzione di parte attrice - inversione di tendenza rispetto alle perdite accumulate nel passato deve essere sopravvalutata. Infatti, il maturare di detto utile, della cui modestissima

entità si è già detto, può essere dovuto a molteplici fattori che non influivano sulla situazione complessiva della società e sulla struttura finanziaria di essa. D'altra parte, la stessa parte attrice non allega che tale utile sia dovuto ad una specifica attività di risanamento o a quale specifica operazione gestoria posta in essere dagli amministratori *medio tempore*.

Appare, in definitiva, del tutto evidente che la presenza di un modesto utile di periodo non era idonea a determinare causalmente il comportamento negoziale di un soggetto imprenditoriale che deve definirsi professionale. Al più essa avrebbe giustificato l'avvio, da parte della [redacted] di un approfondimento sulle condizioni economiche-finanziarie della società le cui partecipazioni erano oggetto dell'acquisto.

Quanto, poi, alla falsità (accertata) delle risultanze della contabilità ufficiale della New Radiant, merita di essere osservato come la [redacted] fosse sempre stata presente nel consiglio di amministrazione di tale società dapprima per il tramite del consigliere Urbano Barbabella e poi per il tramite del consigliere [redacted] Sadanand, con il primo che, successivamente alla sua cessazione dalla predetta carica, ha poi ricoperto quella di direttore tecnico di produzione e poi-anche di liquidatore e direttore generale della società.

Ora, anche a volere ammettere che tali consiglieri fossero privi di deleghe, essi, in virtù del disposto dell'art. 2381 quarto comma c.c. che vieta la delega di attribuzioni con riferimento alla formazione del bilancio, dovevano partecipare alla predisposizione del bilancio e, dunque, verificare le risultanze di esso. Inoltre, i medesimi non potevano non essere informati dei rilievi da ultimo formulati nel corso del mese di luglio 2011 dal collegio sindacale circa la esigenza di procedere alla ricapitalizzazione della società per effetto della negativa situazione economica, finanziaria, patrimoniale ed operativa della medesima. Va sul punto evidenziato, come correttamente rilevato dalla difesa del rag. Giuseppe [redacted] che, successivamente all'approvazione del bilancio di esercizio al 31 dicembre 2010, nel corso della assemblea della New Radiant del 19 luglio 2011, veniva deciso di procedere all'esame della situazione finanziaria della Società dopo aver preso visione della relazione di verifica del collegio sindacale. I consiglieri di designazione [redacted] e, quindi, la [redacted] stessa non potevano non essere informati dei rilievi, sopra richiamati, formulati nel corso del mese di luglio 2011 dal collegio sindacale circa la esigenza di procedere alla ricapitalizzazione della Società per effetto della negativa situazione economica, finanziaria, patrimoniale ed operativa della medesima.



- 19 -

D'altra parte, la _____ non solo, tramite consiglieri di propria designazione, ha sempre partecipato attivamente ad ogni momento gestorio e decisionale della New Radiant, ma ha anche votato favorevolmente all'approvazione, in sede assembleare, dei singoli bilanci di esercizio senza mai formulare alcun rilievo o riserva in merito al loro contenuto.

Parte attrice richiama la dichiarazione, riportata nel libro dei verbali assembleari, svolta dall'amministratore delegato Vincenzo _____ nel corso dell'assemblea dei soci dell'8 settembre 2011 e la previsione contabile (sulla quale si è soffermato anche il consulente tecnico) (docc. 15, 16 e 17) elaborata dal rag. _____ evidenziando che esse erano univoche nella finalità di assicurare i soci.

Si osserva, in primo luogo, che nella dichiarazione dell'amministratore Vincenzo _____ si legge, tra l'altro, che "tale relazione [predisposta dal rag. _____ mette invece in evidenza una situazione tutt'altro che negativa, in particolare è rilevabile un sostanziale miglioramento" e che «il collegio sindacale rileva una perdita maturata alla data del 25/7/2011 di circa € 350.000, una previsione di un significativo riassorbimento della perdita alla data del 31 ottobre e di un sostanziale pareggio per la data del 31/12/2011, il tutto, cito le parole del Collegio sindacale, grazie a un'importante inversione di tendenza rispetto agli scorsi esercizi".

Tuttavia, per come sopra osservato, tali assicurazioni non possono considerarsi idonee a determinare, sotto il profilo causale, il comportamento negoziale di un soggetto professionale anche in ragione della circostanza che la _____ disponeva dei mezzi necessari per verificare l'esattezza di quelle informazioni.

Quanto alla situazione patrimoniale elaborata dal rag. _____ il Tribunale osserva come essa non costituisca una situazione contabile (consuntiva), ma rappresenti un documento di natura previsionale, redatto nel corso del mese di luglio 2011 sulla base di ipotesi di andamento dell'attività: come osservato dal consulente tecnico, ancorché presentata dall'amministratore delegato all'assemblea dei soci dell'8 settembre 2011, tale situazione non è idonea a determinare la "mancata emergenza delle perdite" con la conseguenza che su di essa la _____ S.r.l. non poteva fare affidamento al fine di determinare il proprio comportamento. Infine, la situazione patrimoniale al 30 settembre 2011 non risulta approvata dal consiglio di amministrazione ed è priva di note di accompagnamento: essa è

stata semplicemente letta dal presidente nel corso dell'assemblea dei soci del 4 novembre 2011 e, dunque, sottoposta all'assemblea.

Ebbene, tali circostanze dovevano rendere edotta la [redacted] della necessità di compiere ulteriori approfondimenti prima di procedere all'investimento.

Al contrario, la società attrice, pochissimi giorni dopo l'assemblea, acquistava le azioni di proprietà di [redacted] e di Brahama senza procedere ad alcun approfondimento contabile; in pratica, senza eseguire alcuna due diligence.

D'altra parte, la circostanza stessa che, subito dopo le operazioni negoziali asseritamente indotte dall'attività degli amministratori e dei sindaci, la [redacted] abbia proceduto alla nomina di un nuovo consiglio di amministrazione con il precipuo compito di rivalutare l'attività compiuta dal precedente organo amministrativo dimostra come la [redacted] fosse consapevole che la situazione economica-finanziaria espressa nella contabilità societaria potesse non coincidere con la "situazione effettiva in cui la Società versava". Si legge, infatti, nell'atto di citazione che "con l'assemblea del 16 novembre 2011 l'organo amministrativo della NRT fu rinnovato, col voto (divenuto ormai determinante) della [redacted]". L'obiettivo del nuovo socio di maggioranza era quello di puntare su criteri di altissima qualificazione, assoluto prestigio e indipendenza, in chi sarebbe stato chiamato a procedere, in prima battuta, a una ricognizione della situazione effettiva in cui la società versava e, quindi, all'elaborazione di un piano industriale e strategico che consentisse quell'auspicato rilancio, per il quale la [redacted] si era determinata ad investire, come si è visto, un ingente ammontare di denaro". Ancora, "la scelta della [redacted] di procedere all'acquisto di quelle partecipazioni e (...) all'esercizio del diritto di opzione (...) si era fondata sul convincimento che le difficoltà che la NRT aveva incontrato e che l'avevano portata a subire la perdita (...) fossero dovute alla condotta, se non illecita o irregolare, quanto meno negligente, inefficace ed inefficiente dei vecchi amministratori e che, tuttavia, la società avesse in seno tutte le potenzialità necessarie per essere adeguatamente e proficuamente rilanciata; i conti presentati dagli amministratori, col parere favorevole del collegio sindacale, all'assemblea chiamata a deliberare la riduzione facoltativa del capitale per perdite e il suo contestuale aumento per €. 1.200.000,00 avevano rafforzato tale convincimento, anche perché avevano evidenziato come non solo la perdita non si fosse aggravata, ma fosse, anzi, registrabile un'inversione di tendenza, col ritorno a una capacità di produzione di un utile di periodo".

Ebbene, appare davvero irrazionale che una società che già dubitava della condotta "se non illecita o irregolare", quanto meno "negligente, inefficace ed inefficiente" dei vecchi amministratori e che aveva in animo di nominare nuovi amministratori al fine specifico di procedere ad "una ricognizione della situazione effettiva in cui la società versava" possa essersi determinata per compiere la scelta di investire circa tre milioni di euro in una società che comunque già presentava una significativa erosione del capitale sociale sulla base di talune, mere rassicurazioni svolte dagli amministratori così negligenti e di talune rappresentazioni contabili del tutto frammentarie ed incomplete. In altre parole, in un contesto del genere caratterizzato da una profonda sfiducia della S.r.l. nei confronti del management della New Radiant (sfiducia che avrebbe dovuto tradursi in un esame critico delle risultanze contabili predisposte da quel management) e da una situazione di perdite che avevano giustificato un impegnativo aumento di capitale - non può certamente affermarsi che la condotta negoziale di un soggetto professionale sia stata determinata dalla condotta degli amministratori e dei sindaci della New Radiant e da mere rassicurazioni da questi prestate in sede assembleare.

D'altra parte, la stessa parte attrice allega che le irregolarità contabili addebitate agli amministratori ed ai sindaci erano macroscopiche e, dunque, si deve ritenere, conoscibili, utilizzando l'ordinaria diligenza, dal socio S.r.l. Infatti, l'attrice, replicando alle deduzioni dei convenuti concernenti la circostanza che la società PKF (incaricata dal nuovo consiglio di amministrazione) abbia proceduto sulla New Radiant ad una verifica contabile durata solo tre giorni, ha evidenziato che "nulla dice il fatto che PKF abbia redatto la relazione in pochi giorni e che gli amministratori l'abbiano così rapidamente fatta propria. Lungi dal costruire una anomalia, la cosa è semplicemente conseguenza del fatto che le irregolarità (*rectius*, le falsità) contabili individuate erano così macroscopiche da balzare agli occhi immediatamente e incontrovertibilmente" (cfr., pag. 11 della memoria di replica di parte attrice).

Sotto un ulteriore profilo, poi, merita di essere osservato come la abbia ommesso di inserire nell'operazione di acquisizione delle partecipazioni sociali detenute da e da Brahma quelle garanzie contrattuali inerenti alla veridicità dei dati contabili della società bersaglio (garanzie che, ad oggi, risultano socialmente tipiche in tali contratti del genere) in modo da porsi al riparo da eventuali sopravvenienze passive.



In definitiva, deve necessariamente concludersi che la S.r.l. sia addivenuta alla conclusione del negozio di sottoscrizione o di acquisto delle azioni senza usare la diligenza minima necessaria: ma tale circostanza preclude l'accesso dell'attrice alla tutela risarcitoria.

Segue il rigetto della domanda proposta dalla S.r.l.

Parte attrice, rimasta soccombente, deve essere condannata alla refusione, in favore di ciascuna delle parti convenute, delle spese legali relative al presente giudizio, spese che vengono liquidate come in dispositivo sulla base delle statuizioni contenute nel d.m. Giustizia 10 marzo 2014 n. 55 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 2 aprile 2014) essendo stata svolta l'ultima parte dell'attività defensionale successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa. Si precisa che parte attrice deve procedere alla refusione delle spese del giudizio anche nei confronti dei terzi chiamati atteso l'orientamento giurisprudenziale, del tutto condivisibile, secondo il quale le spese sostenute dal terzo chiamato in causa su istanza di parte o d'ufficio, quando non ricorrano giusti motivi per la compensazione, sono legittimamente poste a carico dell'attore soccombente, a nulla rilevando che questi non abbia formulato domanda alcuna nei confronti dello stesso terzo evocato in giudizio (così, Cass., 21 marzo 2008, n. 7674; ma si veda, altresì, Cass., 9 aprile 2001, n. 5262).

Le spese della consulenza tecnica d'ufficio devono essere poste a carico di parte attrice.

p.q.m.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando in composizione collegiale, nel contraddittorio tra le parti, così provvede:

- I) rigetta la domanda proposta dalla S.r.l.;*
- II) condanna parte attrice alla refusione, in favore di ciascuna delle parti costituite, della spese legali del presente giudizio che liquida in complessivi € 27.852,00 oltre rimborso forfettario spese generali al 15%, iva e cpa come per legge;*

111) pone definitivamente a carico di parte attrice le spese della consulenza tecnica d'ufficio liquidate con separato provvedimento.

Così deciso nelle camere di consiglio del Tribunale di Roma in data 9 gennaio 2017 ed in data 16 maggio 2017

Il Presidente

Fra n. 11271/2017
co. Ma. 1



Il Vice est.

(dott. Ugo Romano)



IL

CASO.it

IP. 1E117 1 È ORDINARIA DI R.
Depositato in Ca. n. 11271/2017
b u FU 2017



Roma, il

IL FUNZ. e i UN'ARI((C) Armata Fuscr



rappresenta e difende, come da mandato in calce alle copie loro notificate dell'atto di citazione,

CONVENUTI

con la chiamata in causa di

Sindacati dei che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione n. con rappresentanza generale per l'Italia in Milano, elettivamente domiciliati in Firenze, presso e nello studio dell'avv. i, che li rappresenta e difende, unitamente agli avv.ti del Foro di e da mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione per chiamata in causa,

TERZO CHIAMATA IN CAUSA

sulle seguenti conclusioni:

Per la Curatela del Fallimento :

"Piaccia al Tribunale di Firenze, per le causali di cui alla parte espositiva, condannare i convenuti in solido tra loro al risarcimento dei danni subiti dalla Curatela ai sensi dell'art. 146 l. fall., danni che si quantificano nella misura di Euro 99.543.308,81 - salva quella diversa maggiore o minor somma ritenuta di giustizia, tenuto conto che il danno sopra quantificato risente della ammissione con riserva delle insinuazioni tardive presentate da Equitalia di cui si è detto nella parte che precede - oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Con vittoria di spese ed onorari di causa".

Per

"Piaccia all'Ecc.mo Tribunale di Firenze respingere le domande proposte da parte attrice.

Con vittoria di spese ed onorari.

Piaccia all'Ecc.mo Tribunale di Firenze:



"a) respingere le domande di integrale manleva proposte dai sigg.ri [redacted], [redacted] nei confronti di [redacted];

b) in caso di (anche parziale) soccombenza dei convenuti nei confronti della Curatela attrice, ripartire, nei rapporti interni fra i convenuti, la misura del risarcimento del danno secondo l'effettiva responsabilità di ciascuno dei convenuti;

c) in conseguenza, condannare i sigg.ri [redacted], [redacted], ciascuno per il proprio titolo e per la propria quota di responsabilità, a manlevare e tenere indenni [redacted] Ingrà, [redacted] e [redacted] con riferimento alla misura dei danni (ipoteticamente da risarcire alla Curatela attrice) da imputare rispettivamente ai sigg.ri [redacted] e [redacted].

In via istruttoria come da memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. del 29.3.2012 e come da verbale di udienza 15.1.2014.

Con vittoria di compensi e spese di lite".

"Piaccia all'Ill.mo Tribunale di Firenze:

In Tesi

respingere le domande proposte dalla Curatela del Fallimento [redacted] perché prescritte, infondate e non provate;

In ipotesi:

a) condannare [redacted] ed [redacted] - ciascuno per il proprio titolo, per la quota di rispettiva accertanda responsabilità (ovvero comunque, in ogni caso, per la quota di 1/6 ciascuno) e,



ove ritenuto, in solido fa loro - a manlevare e tenere
indenni

per ogni e qualsivoglia somma dovessero essere
condannati a pagare agli attori in dipendenza delle
vicende oggetto del presente giudizio - e con specifico
riferimento ai danni che si accerti che non si sarebbero
prodotti se i sindaci avessero agito in conformità agli
obblighi della loro carica (ex art. 2407, comma 2, cod.
civ.) - ed anche a titolo di refusione delle spese di
lite;

b) dichiarare - Rappresentanza
Generale per l'Italia, in persona del loro legale
rappresentante pro tempore, tenuta a rilevare e tenere
indenne il da ogni e qualsiasi
conseguenza dell'emananda sentenza ove essa fosse di
accoglimento - in tutto od anche solo in parte - delle
domande attrici ed anche in punto di spese di causa e
condannarla, quindi e per l'effetto, a rimborsare al
medesimo quanto questi dovesse essere costretto a
pagare, a qualsivoglia titolo, in dipendenza dei fatti
oggetto della presente causa, in favore della Curatela
del Fallimento ., oltre che a rilevarlo
indenne per le sue spese di assistenza e difesa nel
presente giudizio anche ai sensi dell'art. 1917, 3°
comma, cod. civ. e comunque a termini di polizza.

Con vittoria di spese, funzioni ed onorari.

In via istruttoria come da memoria ex art. 183, comma
6, n. 2, c.p.c.".

Per i che hanno assunto il
rischio di cui al contratto di assicurazione n.

"Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, contrariis
rejectis, così giudicare:

In via preliminare ed assorbente



- accertare e dichiarare che il diritto esercitato dal Fallimento nei confronti del _____ è prescritto per i motivi indicati in narrativa;

Nel merito, in via principale

- respingere le domande del Fallimento nei confronti del _____ e, conseguentemente, la domanda di manleva di quest'ultimo nei confronti degli Assicuratori, perché infondata in fatto ed in diritto, nonché sfornita di prova;

Nel merito, in via subordinata

- dichiarare la non operatività della copertura assicurativa di cui alla Polizza certificato _____ invocata _____ la decadenza di quest'ultimo dal diritto all'indennizzo, per i motivi indicati in narrativa;

In via ulteriormente subordinata

- nella davvero non creduta ipotesi di accoglimento della domanda attorea e della domanda di manleva, dichiarare l'obbligo indennitario degli Assicuratori, limitatamente alla quota di responsabilità _____

_____ in accertata in accoglimento della domanda dallo stesso spiegata, previa detrazione della franchigia, pari ad Euro 4.891,00 (Euro quattromilanovecentottantuno/00), ai sensi del punto 5 del Modulo di Polizza, nonché quanto eventualmente ottenuto _____ in accoglimento della domanda riconvenzionale da questi svolta nei confronti del Fallimento, entro il limite massimo di indennizzo di Euro 2.000.000,00, (Euro duemilioni/00) di cui alla Scheda di Copertura, sempre che il predetto limite massimo di indennizzo non sia già stato eroso a seguito del pagamento di indennizzi per effetto di altri sinistri ricadenti nella stessa annualità di polizza.

In ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.



Dichiarano di non accettare il contraddittorio su domande nuove".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Sulle conclusioni delle parti, come riportate in epigrafe, la causa, iscritta al n.r.g. 15634/2010 di questo Tribunale (avente ad oggetto: azione di sociale ed ex art. 2394 c.c. di responsabilità nei confronti degli amministratori e ultimi in ordine di tempo sindaci di _____, ammessa al concordato preventivo con decreto del 22.6.2005, poi omologato in data 8.2.2006, e successivamente dichiarata fallita, previa risoluzione del concordato, con sentenza n. 101 del 28.10.2008 del Tribunale di _____; parti: Curatela del Fallimento

_____, i primi due quali amministratori dal 2001, anno della trasformazione della società in S.p.A. - tranne, per _____, il periodo dall'11.4.2005 al 29.9.2005 -, il terzo quale erede della defunta cessata amministratrice _____ a, _____, gli ultimi tre quali cessati sindaci, nominati in data 28.6.2004 con scadenza al 31.12.2006, con la chiamata in causa dei Sindacati _____ che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione _____ stipulato in data 18.6.2010 dal _____), concessi i termini di cui all'art. 183 c.p.c. ed espletata c.t.u., veniva trattenuta in decisione all'udienza del 25.3.2015, in cui venivano concessi i termini ex art. 190 c.p.c.

Con ordinanza dell'1.6.2013 il Giudice Istruttore ha disposto che l'incaricato c.t.u. potesse esaminare singole parti dei libri obbligatori a suo tempo tenuti dalla società di poi fallita e non depositati nei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. su consenso di tutti



i cc.tt. di parte, consenso che non è stato prestato dai cc.tt. delle parti convenute e terza chiamata.

Con ordinanza dell'8.10.2014 il Giudice Istruttore ha rigettato domanda di sequestro conservativo avanzata dalla Curatela attrice nei confronti dei convenuti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Tutti i convenuti hanno eccepito la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per il quale è stata proposta azione da parte della Curatela.

E' noto come nell'azione del curatore fallimentare vengano a convogliarsi sia l'azione sociale di responsabilità che l'azione dei creditori sociali (cfr. art. 146 l.fall. e art. 2394-bis c.c.), che comunque rimangono fra loro concettualmente distinte.

Si da altresì come noto e presupposto il principio per il quale, ai fini del decorso iniziale della prescrizione dell'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c., il termine iniziale debba, in via presuntiva, farsi coincidere con la dichiarazione di fallimento (quale atto che accerta la sussistenza dello stato di insolvenza, così come definito dall'art. 5 L.Fall.), a meno che, da parte dei cessati amministratori (e sindaci) che vogliano avvalersi di una più remota collocazione di detto *dies a quo*, non venga fornita la prova di una pregressa oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare le rispettive ragioni (così per tutte Cass., sez. I, 04-12-2015, n. 24715; Cass. civ., sez. I, 12-06-2014, n. 13378).

Nel caso di specie è agevole osservare come la situazione di insufficienza patrimoniale al soddisfacimento delle ragioni creditorie era al più tardi conoscibile dai creditori, secondo la legislazione all'epoca vigente, con la pubblicità (13.7.2005: vd. doc.



17 dei convenuti [...] del decreto di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, pur non coincidendone più i presupposti (per effetto della modifica dell'art. 160 L.F. ad opera dell'art. 2, comma 1, lett. d), D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005, n. 80) con quelli per la dichiarazione di fallimento, ma essendo comunque gli stessi sufficienti a dar prova della conoscibilità in capo ai creditori delle condizioni previste dall'art. 2394 c.c.

Non ritiene questo Collegio di seguire un pur recente orientamento (cfr. Trib. Milano, 22-01-2015, in *Società*, 2016, 609) a mente del quale il *dies a quo* debba essere collocato al momento in cui - verificatasi la conoscibilità della insufficienza patrimoniale e proseguita da parte degli amministratori (con omissione al contempo di impedimento da parte dei sindaci) la gestione sociale, con conseguente aggravamento della situazione patrimoniale - sia definitivamente cessato l'aggravamento della situazione patrimoniale: ciò sia in quanto tale lettura (nel caso esaminato dal Trib. Milano era venuta ad interpersi la messa in liquidazione della società, cui nel caso qui in esame è equiparabile la pubblicità data al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo) potrebbe portare alla conseguenza di collocare in gran parte dei casi il *dies a quo* alla data di dichiarazione di fallimento, sia in quanto ciò che rileva è la conoscibilità della insufficienza patrimoniale al soddisfacimento delle ragioni creditorie e della riconducibilità di detta insufficienza a pregresso inadempimento di amministratori e sindaci agli obblighi rispettivamente gestori e di controllo. Potrebbe al più sostenersi che possa esservi decorrenza di un nuovo termine prescrizione



nell'ipotesi in cui *medio tempore* sia venuta a ristabilirsi la sufficienza patrimoniale, ma non è questo, per la ragioni che saranno esaminate, il caso in esame.

Può peraltro verificarsi che la conoscibilità dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (art. 2394, comma 1) e la conoscibilità dell'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento delle ragioni creditorie intervengano in momenti diversi. Il *dies a quo* verrà a collocarsi nella più recente delle due date.

Ovviamente è ben difficile che a un riconoscimento di insufficienza del patrimonio da parte di amministratori e sindaci si accompagni un espresso riconoscimento di responsabilità gestoria o di controllo per inosservanza degli obblighi di conservazione. Al riguardo deve ritenersi sufficiente che, ove non vi siano particolari condizioni soggettive di conoscibilità (per formazione culturale, assistenza da parte di professionisti etc.), i dati informativi previsti dalla legge contengano elementi utili a consentire, al creditore di media conoscenza (che in sede di procedimento di omologazione di concordato preventivo peraltro è chiamato ad esprimere il suo voto sulle proposte concordatarie), l'insorgenza quanto meno di sospetti circa la suddetta responsabilità.

Nel caso in esame una data al riguardo sufficientemente attendibile è data dalla relazione ex art. 172 l. fall. depositata il 24.10.2005 dal nominato Commissario Giudiziale della procedura di concordato preventivo (vd. doc. 7 amministratori convenuti) e conoscibile da parte dei creditori, in cui, tra le altre cose, si evidenziavano la revoca degli affidamenti bancari e il blocco delle forniture in conseguenza della notizia di provvedimento di custodia cautelare e di



sequestro preventivo a carico
dell'11.3.2005 da parte del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Lucca in relazione a contestate operazioni inesistenti per cessione di telefoni cellulari effettuate da più soggetti nonché di perquisizioni e sequestri eseguiti nei locali della società. In tale contesto, pur essendo strettamente dipendenti i suddetti due fattori di paralisi dell'attività aziendale da un evento formalmente esterno (l'emissione di provvedimenti custodiale nonché di perquisizione e sequestro da parte di 'autorità giudiziarie in sede penale), era comunque agevolmente enucleabile che vi fosse obbligo, nella prospettiva di estraneità di da ogni responsabilità penale, quanto meno da parte del rimanente amministratore e del nuovo amministratore di compiere ogni necessaria, immediata ed idonea attività per evitare la revoca degli affidamenti ed il blocco delle forniture.

Dovendosi, quindi, il termine prescrizionale farsi decorrere, in ragione, di quanto disposto dagli artt. 2394 c.c. e 2949, comma, c.c. e delle suesposte considerazioni, al più tardi dalla data del 24.10.2005, allorquando è avvenuto il deposito nella fase di omologazione della relazione ex art. 172 l. fall. da parte del commissario giudiziale e in previsione del voto fissato per il successivo 27.10.2015 (vd. doc. 4 amministratori convenuti) ed essendo stato notificato l'atto di citazione in varie date nel novembre 2010, senza intermedi atti interruttivi della prescrizione e soprattutto considerando che l'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo non costituisce (in carenza di necessaria ed espressa disposizione di legge) causa di sospensione del termine prescrizionale e



non contenendo la legge per l'ipotesi di concordato preventivo alcuna disposizione identica agli artt. 2394-bis c.c. e 146 L.F., il diritto al risarcimento è da considerarsi, sotto detto profilo, prescritto.

Non così, invece, per quanto riguarda l'azione sociale di responsabilità.

Al caso in esame è applicabile, in virtù di quanto disposto dall'art. 10 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, l'allora da poco novellato art. 2393, comma 4, c.c., a mente del quale l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. Detta norma, per effetto del richiamo operato dall'art. 2407, comma 3, c.c. e non essendovi ostacoli in termini di compatibilità, si applica anche al collegio sindacale.

Dal punto di vista formale, nel caso in esame, gli amministratori nonché tutti i componenti del collegio sindacale, erano da considerarsi in carica rispettivamente fino a tutto l'esercizio 2008 quanto agli amministratori e fino a tutto l'esercizio 2006 quanto ai sindaci (vd. attestazioni contenute nella visura CCIAA prodotta dalla Curatela attrice sub suo doc. 3; dalla visura CCIAA prodotta dai convenuti - cfr. loro doc. 17 - e dalla Curatela attrice - vd. suo doc. 30 - i sindaci risulterebbero confermati a tutto l'esercizio 2009).

La sottoposizione della società alla procedura di concordato preventivo non può, peraltro essere letta in termini radicalmente antitetici, secondo cui, da un lato, detta sottoposizione priverebbe di fatto amministratori e sindaci delle rispettive funzioni (nelle quali subentrerebbero i vari organi della procedura) e,



dall'altro, invece, permarrebbero comunque le funzioni gestorie e di controllo in capo agli organi sociali.

Alla questione, secondo questo Collegio, può offrirsi una soluzione, sotto un profilo più marcatamente sostanziale, verificando se vi fosse o meno la possibilità, per gli organi della procedura concordataria, di esercitare l'azione sociale di responsabilità verso amministratori e sindaci formalmente ancora in carica. In caso positivo, con la nomina degli organi del concordato, deve considerarsi decorrere utilmente il termine prescrizionale. In caso negativo il *dies a quo* è dato dalla formale cessazione di amministratori e sindaci dalla carica amministrativa.

La risposta al quesito è da porsi in relazione alla verifica di quelle che erano le funzioni in capo agli organi del concordato, almeno secondo la legislazione all'epoca vigente.

Laddove, nella fase fra l'ammissione e l'omologa, prevalevano le mere funzioni di vigilanza, controllo e verifica di fattibilità, deve negarsi che il commissario giudiziale potesse esercitare l'azione sociale di responsabilità. Non depone in senso contrario la disposizione contenuta nell'art. 240 L.F. (che annovera anche il commissario giudiziale fra i soggetti che possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati fallimentari), in quanto da un lato trattasi, a non voler riferire l'espressione al solo commissario giudiziale dell'abrogata procedura di amministrazione controllata, di norma eccezionale e dall'altro in quanto l'area di responsabilità penale non esaurisce ogni ipotesi di responsabilità civile.

A diverse conclusioni potrebbe giungersi per la fase successiva all'omologazione, allorché tra le finalità della procedura vi sia anche quella della liquidazione



dei beni dell'imprenditore: in tal caso, ove il provvedimento di omologa non contenga particolari limitazioni funzionali, tra le funzioni attribuite al liquidatore dei beni devono annoverarsi pure quelle della valorizzazione dell'attivo patrimoniale mediante l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Incidentalmente va rilevato come la modifica normativa introdotta nell'art. 172, comma 1, L.F. dall'art. 4, comma 1, lett. e), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in L. 6 agosto 2015, n. 132 (a mente della quale nella sua relazione il commissario giudiziale 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), sembra condurre ad una conclusione negativa, ma va rilevato come in ragione dell'art. 23, comma 1, stesso D.L. trattasi di disposizione applicabile ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto e quindi non al caso in esame.

Posto che nel caso in esame il decreto di omologa del concordato reca la data dell'8.2.2006 (e data 1.3.2006 di iscrizione nel Registro delle Imprese: cfr. doc. 17 dei convenuti ...) il termine prescrizione potrebbe considerarsi, nei confronti dei convenuti ... utilmente interrotto anche sotto detto profilo.

Quanto ad ..., subentrato nei rapporti giuridici della defunta madre ... (in carica fino al 29.9.2005), il termine quinquennale di prescrizione (o secondo altra lettura di decadenza) del diritto al risarcimento del danno nei confronti della società doveva in ogni caso considerarsi maturato, tenuto



conto di quanto disposto dall'art. 2393, comma 4, c.c. alla data di notifica nei confronti di detto convenuto della citazione.

Rimane assorbito, in ragione di quanto disposto da detta norma, l'esame di ogni questione circa l'applicabilità o meno al collegio sindacale della sospensione del termine prescrizione prevista dall'art. 2941 n. 7 c.c. (su cui negativamente si sono pronunciate Cass., sez. I, 19-09-2011, n. 19051, nonché Cass., sez. I, 12-06-2007, n. 13765).

La domanda della Curatela attrice si articola, in sintesi e per ciò che riguarda quindi oramai l'azione sociale di responsabilità, sotto due profili.

In linea generale si contesta ad amministratori e sindaci di non essersi attivati allorché, in occasione dell'approvazione del bilancio 2003 e difformemente da quanto nello stesso dichiarato, non erano stati adottati i provvedimenti a salvaguardia dell'integrità del capitale sociale, con conseguente danno determinato nel divario fra patrimonio netto effettivo alla data del 31.12.2003 da un lato e la differenza fra passivo ed attivo fallimentare dall'altro.

In via ulteriore (nella denegata ipotesi di insussistenza di responsabilità in relazione al suddetto primo profilo ed altresì al fine di gradare la responsabilità fra ciascun convenuto) in relazione al compimento di talune operazioni (*in primis* quelle attinenti alle vicende traslative della partecipazione in Imperial 3 s.r.l. ed all'affitto dell'azienda della società di poi fallita) il cui esito è stato indicato come pregiudizievole per la società di poi fallita.

I convenuti, in sintesi, hanno esposto come dalle risultanze di bilancio al 31.12.2003 non emergeva alcuna effettiva situazione patrimoniale che imponesse



operazioni di salvaguardia del capitale sociale, soprattutto in ragione del fatto che il precedente collegio sindacale nessuna osservazione aveva poi formulato nella sua relazione al bilancio 2003 (e ciò dopo avere in precedenza palesato dei rilievi in merito alla consistenza del magazzino merci) ed anche successivamente, prima del passaggio delle consegne al nuovo collegio sindacale, i cui componenti sono stati in questa sede convenuti.

Espongono altresì i convenuti come nessuna responsabilità possa affermarsi per la fase successiva all'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, svoltasi sotto il controllo degli organi della procedura e comunque caratterizzata da *ex adverso* contestate operazioni (attinenti alle vicende traslative della partecipazione in Imperial 3 s.r.l. ed all'affitto dell'azienda della società di poi fallita) non impugnate ai sensi dell'art. 167, comma 2, L.F.

I sindaci convenuti hanno proposto domanda c.d. trasversale nei confronti degli amministratori convenuti connessa alla ripartizione della responsabilità fra tutti i convenuti.

Il sindaco ha chiamato in causa i Sindacati che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione dallo stesso stipulato in data 18.6.2010.

I suddetti Sindacati, pur associandosi nelle difese del proprio assicurato nei confronti della Curatela attrice, hanno altresì eccepito non sussistere, per il caso in esame ed in relazione alla condotta mantenuta dall'assicurato (che avrebbe ommesso di menzionare in contratto l'avvenuto espletamento della carica di sindaco in società di poi dichiarata fallita, circostanza per



contratto ostantiva della copertura assicurativa), la sussistenza di alcuna copertura.

Osserva questo Collegio quanto segue.

L'incaricato c.t.u. ha provveduto a riclassificare lo stato patrimoniale della società alla data del 31.12.2003 (approvato in data 14.5.2004 dall'assemblea dei soci, su parere favorevole del collegio sindacale allora in carica e che, pur in presenza di una perdita di esercizio di Euro 414.591 su un capitale di Euro 500.000, evidenziava un patrimonio netto positivo di Euro 524.986: vd. per tutti docc. 6-7 e 10 Curatela attrice) nel modo seguente (vd. pag. 78 della relazione di c.t.u):

PATRIMONIO NETTO RETTIFICATO	ANNO 2003	RIFERIMENTI
Capitale sociale	500.000	dati di bilancio
Riserva legale	5.485	dati di bilancio
Utili a nuovo	104.214	dati di bilancio
Versamenti in conto capitale	329.878	dati di bilancio
Utile (perdita) esercizio	(414.591)	dati di bilancio
Patrimonio netto contabile	524.986	dati di bilancio
Riduzione ingiustificata delle quote di ammortamento dei beni immateriali	0	quesito b)
Mancata effettuazione ammortamento fabbricato	(23.241)	quesito a)
Riduzione ingiustificata quote di ammortamento imp. e macchinari	0	quesito b)
Riduzione ingiustificata quote di ammortamento attr. ind e comm.	0	quesito b)
Riduzione ingiustificata quote di ammortamento altri beni	0	quesito b)
Primo sub totale Patrimonio netto contabile rettificato	501.745	
Sanzioni INPS ed IRPEF per pagamento compensi al nero	0	quesito c)
Ulteriore importo a titolo di T.fr. rivendicate da De Certo Mirko	(9.346)	cf. § 20 CTU
Supervalutazione magazzino in valori e/o in quantità	(1.100.000)	quesito d)
Secondo sub totale Patrimonio netto contabile rettificato	(607.600)	
Ingiustificata rivalutazione cespiti (art.2343 c.c.)	0	quesito e)
Terzo sub totale Patrimonio netto contabile rettificato	(607.600)	
Mancata svalutazione partecipazioni	0	quesito f)
Mancata svalutazione altri titoli	0	quesito f)
Totale patrimonio netto rettificato al 31/12/2003	(607.600)	

Le contestazioni delle parti si sono concentrate:

A) sulla mancata effettuazione di ammortamento di fabbricato, riscontrata dal c.t.u. per Euro 23.241,00 (quesito a)

B) sulla rivalutazione di cespiti, ritenuta corretta dal c.t.u. (quesito e)



C) sulla valutazione di partecipazioni e altri titoli, ritenuta corretta dal c.t.u. (quesito f)

D) sulla supervalutazione del magazzino in valori e/o in quantità, riscontrata dal c.t.u. per Euro 1.100,00, a fronte di una supervalutazione lamentata dalla Curatela attrice per Euro 921.160,00 (quesito d).

In relazione a quanto sub A) gli amministratori convenuti contestano che non doveva essere ammortizzata la componente terreno (di per sé durevole), su cui il fabbricato insisteva, e comunque che vi sarebbe stata incidenza dell'ammortamento sotto il profilo fiscale, quale maggior costo deducibile.

Ritiene questo Collegio come siano esatte le valutazioni espresse sul punto dal c.t.u., considerato da un lato che, come dallo stesso osservato, il deperimento del fabbricato avrebbe comunque comportato dei costi di bonifica per il terreno sottostante e che l'ammortamento non avrebbe comunque inciso sul piano fiscale, atteso che la società, sostanzialmente, non generava materia imponibile (vd. pagg. 16 e 124 della relazione di c.t.u.).

In relazione a quanto sub B) il c.t.u. ha ritenuto infondata la doglianza della Curatela attrice (che ha contestato la correttezza della rivalutazione dei cespiti per Euro 631.172,00 effettuata ai sensi degli artt. 10-16 della L. 342/2000), in buona sostanza in quanto la Curatela attrice non ha prodotto copia della necessaria (e comunque depositata presso il Registro delle Imprese) relazione peritale redatta ai sensi dell'art. 2343 c.c., da cui avrebbe potuto desumersi la correttezza della rivalutazione. Ritiene la Curatela che il c.t.u. avrebbe dovuto acquisire detta relazione (non prodotta da alcuna delle parti) *ex officio* ai sensi dell'art. 194 c.p.c.



Ritiene questo Tribunale infondate le osservazioni sul punto della Curatela.

I chiarimenti che il c.t.u. può essere autorizzato a domandare alle parti e le informazioni che il c.t.u. può essere autorizzato ad assumere presso terzi, ovviamente nel rispetto del principio del contraddittorio, sono da porsi in relazione alla necessità di ottenere elementi di cognizione necessari alla risoluzione di quesiti sotto il profilo strettamente tecnico e non possono derogare alla ripartizione dell'onere della prova, che nel caso in esame avrebbe imposto una vera e propria produzione documentale, peraltro originatasi dalla società e nei cui rapporti è subentrata la Curatela attrice. Altro sarebbe stato se, ad es., nel caso in esame il c.t.u., onde verificare la correttezza della rivalutazione, avesse avuto necessità di accedere ad informazioni utili per la parte strettamente valutativa dell'immobile (ad es. dati risultanti dall'Agenzia delle Entrate, dati desumibili da osservatori immobiliari etc.)

In relazione a quanto sub C), va rilevato come in sede di operazioni peritali non sono state formulate dalle parti sul punto osservazioni e che i rilievi mossi in sede di comparsa conclusionale dalla Curatela attrice non sono specifici.

Il punto principale delle contestazioni è dato dalla supervalutazione del magazzino in valori e/o in quantità, riscontrata dal c.t.u. per Euro 1.100,00, a fronte di una supervalutazione lamentata dalla Curatela attrice per Euro 921.160,00 (quesito d e D dell'elenco di cui sopra), dato che trattasi di posta la cui riclassificazione è risultata determinante nella quantificazione negativa del valore del patrimonio netto, donde la necessità di adottare provvedimenti a salvaguardia del capitale sociale e la responsabilità per



l'aggravio patrimoniale derivante dal compimento di operazioni non compatibili con le finalità liquidatorie della società.

L'assunto, in sintesi, della Curatela attrice si incentra sul fatto che, a fronte di una riduzione del volume delle vendite per Euro 2.132.788,00 e una diminuzione del costo di acquisto delle merci per Euro 1.912.843,00 (come risultanti dal bilancio 2003), un aumento del valore del magazzino per Euro 1.348.124,00 (e cioè da Euro 9.021.914,00, come risultante al 31.12.2002, ad Euro 10.370.038,00, come risultante al 31.12.2003) presentava palesi profili di incongruità.

Questo Collegio condivide le conclusioni della Curatela e del c.t.u., atteso che quest'ultimo, pur non disponendo (non essendo stato manifestato consenso dalle parti diverse dalla Curatela attrice alla utilizzazione da parte del c.t.u. di ulteriore documentazione contabile oltre quella, nei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., ritualmente prodotta dalle parti), di dati ulteriori rispetto a quelli di bilancio, ha correttamente condiviso l'incongruenza della (super)valutazione del magazzino, utilizzando (nelle operazioni di calcolo: vd. pagg. 40-48 della sua relazione e pagg. 124-130 della stessa in risposta alle osservazioni degli amministratori convenuti e pagg. 135-136 dei sindaci convenuti) quale fattore di calcolo un elemento (l'incidenza dei costi d'acquisto merci sul valore della produzione) risultato pressoché identico nei due esercizi 2002 e 2003, (rispettivamente 75% e 74%), circostanza che rendeva di fatto impossibile che vi fosse un aumento delle rimanenze nella misura indicata nel bilancio 2003. Le osservazioni sul punto svolte dagli amministratori convenuti nelle memorie conclusionali (secondo cui il ragionamento condotto dal c.t.u. porterebbe a conclusioni aberranti



nell'analisi di bilanci di imprese, di diverse dimensioni, ma comunque tutte operanti nel settore della distribuzione al dettaglio nella area metropolitana di Firenze) non devono considerarsi risolutive proprio in ragione del fatto che il valore del magazzino, laddove il c.d. costo del venduto è rimasto costante, non ha avuto nei casi posti in comparazione alcun sensibile aumento (vd. l'es. di , pagg. 10-11 della conclusionale degli amministratori e , pagg. 7-8 della memoria di replica), e che oscillazioni del valore di magazzino fra esercizi (vd. l'esempio dir.l., pag. 9 della memoria di replica), erano comunque da porsi in relazione ad un andamento del costo del venduto che non venne a mantenersi costante nel tempo. Altrettanto correttamente il c.t.u. ha osservato (pag. 127 della sua relazione), a riprova di quanto esposto, che allorquando nell'esercizio 2001 l'incidenza dei costi d'acquisto merci sul valore della produzione è risultata pari all'85%, coerentemente, nello stesso esercizio, la variazione delle rimanenze è risultata positiva per quasi 2 milioni di Euro.

Deve pertanto condividersi, secondo quanto ritenuto dal c.t.u. (pag. 78 della sua relazione), che al 31.12.2003 la società avesse un patrimonio netto negativo di Euro 607.600,00, che imponeva l'adozione di provvedimenti a salvaguardia dell'integrità del capitale sociale o altrimenti lo scioglimento della società e comunque il divieto di compiere operazioni non compatibili con le finalità liquidatorie della società.

La percezione di detta situazione doveva ritenersi sussistente in tempo pressoché reale in capo agli amministratori i quali - come sopra esposto - non possono beneficiare di alcuna prescrizione o che dir si voglia decadenza



dall'azione sociale di responsabilità, e che sin dal 2001 erano soci e diretti gestori paritetici della società.

A diverse conclusioni deve pervenirsi quanto ai qui convenuti componenti del collegio sindacale, che hanno assunto la carica, in data 28.6.2004, successivamente all'approvazione del bilancio al 31.12.2003.

Vi è da osservare sul punto che non possono essere accolte, in maniera acritica, soluzioni che da un lato accolgano l'assunto, che potrebbe conseguire dalla lettura dalle difese della Curatela attrice, secondo cui i sindaci qui convenuti avrebbero dovuto, una volta entrati in carica, immediatamente procedere ad una radicale ed immediata attività di revisione della contabilità, con particolare riguardo alle giacenze di magazzino, e dall'altro, secondo la difesa dei sindaci, avrebbero potuto tranquillamente confidare sulle motivazioni date dai sindaci predecessori nella loro relazione al bilancio 2003 (che concludeva sul punto esponendo che le rimanenze di merci destinate alla rivendita erano iscritte al prezzo di ultimo costo).

Vale piuttosto osservare come, a fronte di un dato certamente anomalo quale era l'incremento del magazzino (pur in una situazione di mantenimento della percentuale del c.d. costo del venduto rispetto all'esercizio precedente, di diminuzione delle vendite e di parallela diminuzione degli acquisti per importo non sensibilmente inferiore), se la condotta degli amministratori non risultava immune da censure (imponendo a questi, ora come allora, di motivare le ragioni di detta anomalia: e in tal senso la carenza documentale - che avrebbe potuto se del caso mettere in evidenza come l'incremento del valore del magazzino riflettesse piuttosto l'anomalia dell'articolarsi della sua composizione, nel senso che fosse preponderante la giacenza di merce caratterizzata



da meno veloce obsolescenza - si ripercuote a danno degli amministratori e, sotto il profilo processuale, addossa a questi ultimi l'onere di provare quanto dagli stessi sul punto assunto sin dalle loro prime difese), più articolato deve essere il giudizio sui sindaci.

Certamente incombevano sugli stessi una pluralità di interrogativi, nel senso che

1) andava verificato se i dati di bilancio trovassero corrispondenza nella giacenza fisica delle merci,

2) se i dati di bilancio trovassero corrispondenza nelle scritture contabili e nella relativa documentazione di supporto

3) se, pur soddisfatte le condizioni di cui sopra sub 1) e 2), la valutazione data dagli amministratori alle giacenze di magazzino peccasse per eccesso e sostanzialmente in quanto non sarebbe stata presa in considerazione l'obsolescenza a quel momento giunta a compimento o comunque già in fase avanzata.

In ordine al punto sub 1), va rilevato come, in assenza di utilizzabili elementi di giudizio (in quanto non ritualmente acquisiti in giudizio nei termini di cui all'art. 186, comma 6, c.p.c.) e per quanto sul punto il precedente collegio sindacale non fosse per la verità rimasto silente (vedasi quanto esposto nel verbale dell'adunanza del 22.12.2003 - doc. 10 Curatela attrice, pag. 2001/0060 - allorché si evidenziava la necessità di procedere, con l'approssimarsi della chiusura dell'esercizio, ad una verifica sulle giacenze fisiche delle merci destinate alla rivendita di fine anno e sulla redazione degli inventari, presenziando in alcuni punti vendita), ogni valutazione sia sul punto preclusa, dovendosi quindi, fino a prova contraria (non fornita), ritenere che quanto contenuto nei dati di bilancio riflettesse le giacenze fisiche.



In ordine al profilo sub 2), va preso atto che durante l'adunanza del 30.3.2004 (vd. doc. 10 Curatela attrice, pagg. 2001/0074 e 0075), venivano effettuati controlli a campione fra risultanze degli inventari e documentazione di supporto, che ebbero positivo superamento e con tutta probabilità furono all'origine del giudizio positivo (o, forse meglio, non negativo, con l'unica eccezione di una fideiussione per Euro 82.500,00 a favore della, verosimilmente partecipata, società Imperial 2 s.r.l.) dato dagli allora sindaci al bilancio al 31.12.2003 (vd. doc. 10 Curatela attrice, pagg. 2001/0079 e 0080) all'incirca 15 gg. dopo.

In verità va rilevato come, pur terminati gli adempimenti di bilancio e nei giorni immediatamente precedenti il passaggio delle consegne e precisamente in data 9.6.2004 (vd. doc. 10 Curatela attrice, pagg. 2001/0084) i vecchi sindaci richiedevano notizie circa un bilancio infrannuale riferito alla data del 31.5.2004, su cui personale amministrativo rispondeva che sarebbe stato approntato per i primi giorni del mese di luglio. Nulla è dato sapere di detto bilancio e nulla risulta in proposito dai verbali delle prime adunanze dei nuovi sindaci successivi all'assunzione della carica (vd. loro doc. 11). Per quanto sussistente l'omissione, non vi sono tuttavia elementi per ritenere che, ove pure assolto l'adempimento, i nuovi sindaci avrebbero potuto anticipare loro più opportuni controlli.

Piuttosto - e in risposta al quesito sub 3 - il dato su cui poteva concentrarsi l'attività dei sindaci era da porsi in relazione alla verifica dell'obsolescenza del magazzino merci con riguardo alle sue specifiche componenti.

Non ritiene questo Tribunale che detta attività, che si sarebbe risolta in una integrale attività di revisione



infrannuale, presentasse profili di urgenza, se non altro in quanto l'esercizio 2003 era il primo che formalmente riportava perdite (di solo esercizio) rilevanti in rapporto all'ammontare del capitale sociale ed altresì in quanto lo stato di avanzamento dell'elettronica di consumo dell'epoca (che nei suoi aspetti particolari doveva ritenersi comunque noto agli amministratori) non si caratterizzava per il fatto che, in linea generale (ed era ciò che all'epoca poteva ritenersi esigibile dall'organo di controllo), un decremento del livello di vendite ed acquisti implicasse di per sé sensibile obsolescenza incisiva in negativo dei valori di costo.

E' pur vero come una lettura "tra le righe" del verbale della citata adunanza sindacale del 30.3.2004 avrebbe potuto ingenerare qualche dubbio (ad es. perché non di tutti gli articoli esaminati a campione veniva indicata la data della fattura di acquisto, in modo tale da avere quanto più esaustivi elementi circa la valutazione dell'obsolescenza anche per tipologia di prodotti), ma trattasi di una considerazione, anche questa, che, in difetto di dati quanto più completi su contabilità e magazzini, potrebbe condurre a conclusioni che non superano il mero stadio delle ipotesi.

Risulta invece che, allorquando, verificatisi gli eventi del provvedimento custodiale nei confronti di _____, delle perquisizioni e dei sequestri che vennero effettuati anche in locali nella disponibilità della società e soprattutto della indubbia risonanza che la vicenda ebbe, cessarono erogazione di credito e forniture, il qui convenuto collegio sindacale non mancò (vd. verbale dell'adunanza 8.4.2005, pag. 2004/0010 - doc. 11 sindaci - e relazione al bilancio al 31.12.2004 del 13.4.2005 - doc. 7 sindaci, pag. 2004/0014) di prospettare rispettivamente l'adozione di misure a



salvaguardia del patrimonio sociale prima e la svalutazione del magazzino proprio per obsolescenza dello stesso poi, arrivando quindi, in data 20.5.2005 (vd. pag. 2004/0018 del libro verbali del collegio sindacale - doc. 11 cit. -), a rappresentare agli amministratori l'eventualità di mettere in liquidazione la società (soluzione non accolta dagli amministratori che optarono poi, con domanda presentata in data 28.5.2005 - vd. doc. 2 amministratori - e previa deliberazione dell'assemblea straordinaria del 28.4.2005 - vd. doc. 4 sindaci -, per la richiesta di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo).

Per i suddetti motivi non ritiene questo Tribunale sussistano profili di responsabilità del qui convenuto organo di controllo per il periodo intercorrente fra la nomina e la data della domanda di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo.

La quantificazione del danno deve rapportarsi, riguardo alle persone ritenute responsabili, al periodo intercorso fra la data di chiusura dell'esercizio sociale 2003 e la data di presentazione della domanda di concordato preventivo, secondo da un lato la situazione patrimoniale come riclassificata dal c.t.u. e dall'altro secondo i dati esposti dalla stessa società.

Non ritiene questo Tribunale di dover addebitare agli amministratori l'aggravio o comunque gli esiti delle vicende verificatisi durante la procedura concordataria: e ciò sia in quanto è documentato (vd. decreto di omologa del concordato: docc. 10 amministratori e 6 sindaci) che gli organi della procedura non hanno inteso impugnare atti compiuti in ispregio del disposto di cui all'art. 167, comma 2, L.F. (con effetti che, vertendosi in tema di azione sociale di responsabilità, devono equipararsi a quelli previsti dall'art. 2393, ult. comma, c.c.), sia in



quanto (come risulta dalla lettura della copia integrale della sentenza di risoluzione del concordato - vd. doc. 31 Curatela attrice -) la principale causa del fallimento sembrava rinvenirsi nella mancata disponibilità delle somme necessarie al pagamento dei creditori chirografari a sua volta derivante dalla difficoltà nell'incasso di crediti della società nei confronti di

(affittuaria e cessionaria del ramo di azienda della società), degli stessi

personalmente nonché di credito IVA.

Il danno va pertanto quantificato nella differenza fra netto patrimoniale riclassificato al 31.12.2003 (Euro 607.600,00 negativi) da una parte e la dichiarata differenza fra attivo e passivo concordatario (negativi Euro 6.670.000,00, a loro volta dati dalla differenza fra l'attivo concordatario stimato di Euro 14.415.000,00 e il passivo concordatario, al netto delle spese di procedura e del fondo spese e perdite, stimato in Euro 21.090.000,00) e pertanto in Euro -6.067.400,00. I suddetti valori non sono suscettibili di rettifica, atteso che quelli dichiarati in fase di ammissione del concordato non erano comunque più ridotti valori liquidatori.

Parimenti non può essere presa in considerazione, in quanto ritenuta più favorevole per gli amministratori responsabili, l'assenza di variazione fra le passività sociali (come evidenziata dal c.t.u. a pagg. 75-76 della sua relazione e al netto dei debiti tributari ancora *sub judice*) fra la data di chiusura dell'esercizio al 31.12.2003 e la data del fallimento, atteso che detta variazione non tiene conto dell'attivo patrimoniale, realizzato in sede fallimentare per importo alquanto inferiore rispetto a quello risultante dallo stato patrimoniale al 31.12.2003 e pur volendo operare per



quest'ultimo rettifiche in diminuzione in ragione di ipotetica immediata messa in liquidazione.

Al suddetto importo di Euro 6.067.400,00, che costituisce debito di valore, devono essere aggiunti, essendovene stata richiesta, gli interessi legali sulla somma mese per mese rivalutata dalla data di deposito della domanda di concordato preventivo (28.5.2005) sino alla data di passaggio in decisione della presente controversia (25.3.2015), ottenendosi Euro 8.834.729,61 (fonte per il calcolo: D'AIETTI, *ReMida*, ed. Giuffrè).

Dalla data del 25.3.2015, trasformandosi il debito di valore in debito di valuta, vanno aggiunti gli interessi legali e l'eventuale differenziale tra il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi e il tasso di interesse legale (secondo il principio di cui a Cass., SS.UU., 27.7.2008, n. 19499) sino al saldo.

Assorbito l'esame delle domande in manleva proposte l'una, in via trasversale, dai sindaci nei confronti degli amministratori e l'altra dal

nei confronti dei che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione n.

Le spese di lite del presente grado di giudizio sopportate dalla Curatela attrice, comunque vittoriosa nei confronti degli amministratori

, tenuto conto del valore, della natura e complessità della controversia, del numero e dell'importanza e complessità delle questioni trattate, vengono liquidate in Euro 50.000,00 per compensi di avvocato ed Euro 2.113.47 per spese, oltre spese generali CAP ed IVA come per legge.

Stante il parziale accoglimento della domanda di parte attrice, esse vengono compensate fra le parti nella



misura di 4/5; il residuo 1/5 è posto a carico dei convenuti e soccombenti.

In relazione alla soccombenza virtuale del nei confronti dei (in ragione dell'aver omesso di menzionare in contratto l'avvenuto espletamento della carica di sindaco in società di poi dichiarata fallita, circostanza per contratto ostativa della copertura assicurativa: clausola 15, lett. s) degli accordi - vd. doc. 16 sindaci e 1-3 terzi chiamati -; si osserva altresì come non vi è prova che precedenti contratti assicurativi - vd. docc. 17-22 sindaci, per i quali peraltro era espressamente escluso il tacito rinnovo - siano stati stipulati con ; in medesima composizione e che il contratto del 18.6.2010 fosse comunque mero rinnovo di quelli precedenti), il suddetto sindaco chiamante deve essere dichiarato tenuto a corrispondere in favore dei terzi chiamati le spese di lite da questi ultimi sopportati, per importo che, tenuto conto del valore, della natura e complessità della controversia, del numero e dell'importanza e complessità delle questioni trattate, viene liquidato in Euro 50.000,00 per compensi di avvocato, oltre spese generali, CAP ed IVA come per legge, e che, stante l'incidenza dell'attività difensiva sul punto rispetto al totale dai terzi chiamati espletata, viene anche esso compensato nella misura di 4/5 e per il rimanente 1/5 posto a carico del chiamante

Per il resto, attesa la particolare posizione dei sindaci come sopra evidenziata sul punto della invocata e non riconosciuta loro responsabilità e della limitata attività difensiva svolta in ordine alle rimanenti posizioni dalle rispettive parti, anche virtualmente,



vittoriose
) , sussistono giustificati motivi per disporre la integrale compensazione delle spese di lite.

Per i medesimi motivi le spese di c.t.u. devono porsi per 3/5 a carico dei convenuti

e per il resto ripartirsi in parti uguali fra Curatela attrice da un lato e sindaci convenuti dall'altro.

Sentenza esecutiva secondo legge.

P.Q.M.

il Tribunale

definitivamente pronunciando sulla domanda proposta dalla Curatela del Fallimento contro

... e ... con la chiamata in causa dei ... che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione n. ... causa iscritta al N.R.G. 15634/2010 di questo Tribunale, disattesa ogni diversa istanza od eccezione,

1) **dichiara** tenuti e condanna, per le ragioni esposte in motivazione, ... al risarcimento del danno in solido fra loro in favore della Curatela del Fallimento ... per l'importo di Euro 8.834.729,61, oltre interessi legali e l'eventuale differenziale tra il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi e il tasso di interesse legale dal 25.3.2015 sino al saldo;

2) **rigetta o dichiara** assorbito l'esame, per le ragioni esposte in motivazione, sui rimanenti capi di domanda;



3) liquida le spese di lite del presente grado di giudizio sopportate dalla Curatela del Fallimento

.. in Euro 50.000,00 per compensi di avvocato ed Euro 2.113.47 per spese, oltre spese generali CAP ed IVA come per legge;

4) dichiara le stesse compensate per 4/5 del loro ammontare;

5) dichiara tenuti e condanna e al pagamento del residuo 1/5 in favore della Curatela del Fallimento

6) liquida le spese di lite del presente grado di giudizio sopportate dai che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione in Euro 50.000,00 per compensi di avvocato, oltre spese generali, CAP ed IVA come per legge;

7) dichiara le stesse compensate per 4/5 del loro ammontare;

8) dichiara tenuto e condanna il al pagamento del residuo 1/5 in favore dei ; che hanno assunto il rischio di cui al contratto di assicurazione n. ;

9) dichiara per il resto compensate le spese di lite del presente grado del giudizio;

10) pone le spese di c.t.u. per 3/5 a carico dei convenuti e per il resto in parti uguali fra Curatela attrice da un lato e sindaci convenuti dall'altro.

Sentenza esecutiva secondo legge.

Così deciso in Firenze il 10 maggio 2016 dal Tribunale come sopra composto, su relazione del Giudice Istruttore Dr. Ludovico Delle Vergini.

Il Giudice Estensore

Il Presidente



Sentenza n. 2859/2017 pubbl. il 12/09/2017
RG n. 15634/2010



