

Gli atti di esecuzione dei piani e degli accordi di risanamento e ristrutturazione

Il controllo di conformità: riflessioni su alcuni aspetti problematici



di Fabrizio Guerrera

Ordinario di Diritto commerciale
nell'Università di Messina

It

L'articolo affronta i problemi legati all'esecuzione dei piani sottesi agli accordi di ristrutturazione e di risanamento delle imprese in crisi e, in particolare, le conseguenze delle eventuali difformità attuative, con riguardo ai rimedi esperibili, alla luce del regime della responsabilità dei soggetti agenti e della validità e dell'efficacia degli atti compiuti, specialmente nei casi di sopravvenuta dichiarazione d'insolvenza.



imprese in crisi, piano di ristrutturazione, attuazione, difformità, rimedi

Eng

This paper addresses the problems concerning the implementation of restructuring plan of enterprises in crisis and, in particular, the deviations from the plan, with regard to actionable remedies, according to the discipline of the responsibility of persons involved and of validity and effects of acts performed, especially in case of subsequent insolvency.



enterprises in crisis, restructuring plan, implementation, deviations, remedies

Sommario

1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine; 2. Fenomenologia delle difformità nell'attuazione del piano; 3. Il riequilibrio dell'impresa in crisi come fine primario dell'operazione; 4. Il controllo di conformità sugli atti compiuti in esecuzione del piano e degli accordi; 5. Competenze e responsabilità del controllo di conformità; 6. Rimedi "obbligatorî" e "reali" rispetto alle difformità attuative; 7. Segue: il rilievo causale del collegamento fra atti di esecuzione del piano e accordi.

1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine

La dottrina ha rivolto attenzione crescente al tema dell'attuazione del piano predisposto in funzione delle soluzioni negoziali della crisi (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti, accordo basato su un piano di risanamento attestato), che presenta spesso aspetti d'incertezza e criticità derivanti da fattori esogeni o da situazioni contingenti o da esigenze adattative sopravvenute[1].

Il problema riguarda, beninteso, non le obbligazioni "finali" assunte dall'imprenditore in crisi verso i creditori, che soggiacciono alla disciplina della responsabilità e della risoluzione (secondo la disciplina ordinaria o fallimentare), quanto piuttosto gli atti (negoziali o non negoziali o societari) che egli deve compiere durante e secondo il piano, in vista dell'adempimento di quelle obbligazioni e, soprattutto, dell'obiettivo fondamentale del riequilibrio patrimoniale e finanziario dell'impresa: obblighi quindi, per così dire, "intermedi" o "strumentali".

Tale problema è, tutto sommato, meno urgente e difficile per il concordato preventivo (sebbene il concordato "con continuità aziendale" presenti spesso rilevanti criticità nella fase attuativa)[2], poiché la procedura si conclude con un decreto di omologazione esecutivo, che cristallizza la condotta del debitore, contiene talune prescrizioni ed è comunque presidiata, nella successiva fase di attuazione, dalle funzioni di vigilanza del commissario e dai poteri d'intervento e rimedio del tribunale, specificamente regolati dalla legge, almeno per alcuni aspetti.

Non è così, invece, per gli accordi "di ristrutturazione dei debiti", che sono resi efficaci dal provvedimento di omologazione all'esito di una procedura formale, che non abbraccia però (anzi non tocca affatto) la fase esecutiva e non prevede alcuna forma di vigilanza da parte dell'autorità giudiziaria e dei suoi ausiliari; e tanto meno per gli accordi "di risanamento", che si configurano come accordi-quadro e si realizzano in via totalmente stragiudiziale, (salva la nuova figura del piano attestato rafforzato prevista dalla normativa emergenziale).

2. Fenomenologia delle difformità nell'attuazione del piano

Il problema è stato indagato in dottrina specialmente con riferimento alle ipotesi di ritardo, inesattezza o mancanza dell'imprenditore in concordato nell'adempimento delle obbligazioni strumentali "pianificate", in vista dell'esecuzione "forzata" o della risoluzione "anticipata" del concordato preventivo; o, se del caso, in vista dell'adattamento del piano a eventi sopravvenuti e della rimodulazione degli obblighi concordatari. Come si diceva, però, la vigilanza degli organi della procedura rende improbabile un'attuazione del concordato totalmente difforme dal piano, salvo che essa non venga concertata o tacitamente autorizzata perché utile o indispensabile per adempiere le obbligazioni concordatarie (dimodoché né i creditori, né gli organi della procedura avrebbero motivo di azionare i rimedi legali avverso l'inadempimento del debitore).

Nel caso dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o dell'accordo di risanamento, invece, la discrezionalità e la libertà d'azione gestionale degli amministratori restano senz'altro ben più ampie (sebbene la formalizzazione e la pubblicità di un percorso di riorganizzazione e salvataggio della società non possano considerarsi privi di rilevanza, anche "esterna", sul potere di gestione dell'impresa, nel senso di delimitare e indirizzare in conformità di quanto pianificato l'azione degli organi sociali). Pertanto, anche il rischio di un'attuazione "difforme" del piano attestato si amplifica, con i connessi pericoli di "azzardo morale" nella prosecuzione dell'impresa e di fallimento del tentativo di salvataggio.

Concentrando l'attenzione, allora, su queste ultime due soluzioni negoziali della crisi d'impresa, in cui la responsabilità di attuare il piano grava totalmente sull'imprenditore, e accantonando l'ipotesi della completa inattuazione del piano e inese-

cuzione dell'accordo, destinata a sfociare – in mancanza di altre iniziative – nella dichiarazione d'insolvenza, deve osservarsi che dall'esperienza risultano varie forme di "deviazione" più o meno importanti dell'attività programmata.

Talora si tratta di deviazioni di entità modesta o di adattamenti che non mettono a repentaglio l'obiettivo finale del riequilibrio, e dovrebbero restare perciò irrilevanti o, comunque, ricomprese nella discrezionalità esecutiva degli amministratori; altre volte si tratta di deviazioni significative, ma sostanzialmente imposte dalle sopravvenienze avverse, che rendono impossibile o eccessivamente oneroso il compimento di alcuni degli atti previsti da parte dell'imprenditore o anche da un terzo nei suoi confronti; altre volte ancora, invece, tali deviazioni sono frutto di decisioni arbitrarie o discutibili o derivano dal condizionamento che l'imprenditore subisce nell'attuazione concreta dell'accordo a causa di fattori oggettivi o dello sviluppo dei rapporti con i soggetti terzi (firmatari o non dell'accordo), contemplati dal piano in qualità di contraenti, garanti, acquirenti, finanziatori o investitori ecc.

Per questa ragione, appare necessario, sebbene difficoltoso – più che nei concordati – l'espletamento di un "controllo di conformità" sugli atti (negoziali, non negoziali, societari, dispositivi, solutori, obbligatori, abdicativi ecc.) volti ad attuare il piano di risanamento o di ristrutturazione dell'impresa in crisi nell'arco temporale previsto. Beninteso, infatti, la verifica e valutazione di eventuali difformità possono risultare tutt'altro che agevoli, poiché l'attuazione di un piano economico-finanziario non costituisce un'attività meramente esecutiva, ma presenta a sua volta natura "gestionale" ed è dotata di margini non insignificanti di discrezionalità in ordine al quando o al quomodo (se non anche all'an) dell'operazione programmata.

3. Il riequilibrio dell'impresa in crisi come fine primario dell'operazione

A tale riguardo, conviene rammentare che il riequilibrio patrimoniale e finanziario dell'impresa in crisi costituisce lo scopo fondamentale di ogni accordo di risanamento o di ristrutturazione e, perciò, esso finisce per caratterizzare e integrare anche la "causa concreta" degli atti negoziali e societari di esecuzione del piano ad esso sotteso. Il contesto nel quale e, soprattutto, la ragione per la quale tali atti devono essere compiuti non possono, dunque, considerarsi irrilevanti, una volta che la situazione di crisi è acclarata e il rimedio prescelto è reso pubblico, insieme al percorso di risanamento.

I singoli atti di esecuzione del piano presentano una causa propria e una qualificazione tipica (vendita, datio in solutum, transazione, accollo, conferimento, scorporo, ricapitalizzazione, finanziamento, garanzia ecc.), ma non hanno una valenza economico-funzionale autonoma, perché questa dipende, appunto, dalla pianificazione prescritta per accedere a un accordo "protetto" con i principali creditori. Difatti, è soltanto in un piano economico-finanziario organicamente concepito e correttamente sviluppato, e quindi "fattibile", che possono rinvenirsi la necessità e la giustificazione di quegli atti, rispetto allo scopo basilare del riequilibrio dell'impresa in crisi (destinato a realizzarsi tramite la "riduzione" dei diritti dei creditori e degli investitori e la rinegoziazione dei rapporti contrattuali pendenti, e quindi con inevitabile sacrificio degli stakeholders).

Si comprende, allora, come possano – e forse anche debbano – scaturire conseguenze negative rilevanti nei casi in cui l'attività gestionale di attuazione del piano (inclusiva degli atti esecutivi di qualsiasi natura in esso contemplati) sia compiuta in maniera difforme dal piano di ristrutturazione o di risanamento, e specialmente quando tale difformità comprometta il raggiungimento dell'obiettivo della soluzione negoziale della crisi, producendo un trasferimento di risorse ingiustificato o un aggravamento del dissesto, anche per effetto del ritardo nell'accertamento della mancata riuscita del salvataggio e, quindi, dello stato di insolvenza.

Per quanto riguarda i "piani attestati di risanamento", l'art. 56, comma 5, CCII stabilisce che «gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano

devono essere provati per iscritto e devono avere data certa»; questa prescrizione formale si applica – al fine di supplire alla mancata procedimentalizzazione delle altre soluzioni della crisi – tanto all'accordo-quadro di risanamento con i principali creditori, che accompagna il piano attestato, quanto alle operazioni compiute dall'imprenditore per darvi attuazione.

Tale disciplina formale non sembra, tuttavia, da sola sufficiente alla salvaguardia degli interessi in gioco. Occorre verificare – alla stregua di quanto prima detto, cioè in una prospettiva funzionale – anche la legittimità sostanziale dell'atto traslativo di beni, risorse, valori o rischi, finalizzato alla ristrutturazione dell'impresa in crisi.

4. Il controllo di conformità sugli atti compiuti in esecuzione del piano e degli accordi

Orbene, tale verifica esige un "controllo di conformità" al piano, che si deve condurre, secondo le regole formali e procedurali ordinariamente stabilite, da parte dei soggetti e degli organi competenti in ordine alla decisione, al compimento e alla formalizzazione dell'atto stesso, nei diversi ruoli per ciò previsti dalla legge o dallo statuto. E, posto che la legge non regola espressamente la materia, sembra necessario appurare a chi spetti di espletare tale controllo, quali caratteri esso abbia, con quali modalità debba svolgersi e quali conseguenze possa produrre, secondo il suo esito.

Limitando l'indagine ai casi in cui l'imprenditore in crisi sia organizzato in forma di società di capitali, non può dubitarsi del fatto che i compiti e la responsabilità per l'attuazione del piano attestato sotteso all'accordo di risanamento e di ristrutturazione – ivi ricompreso l'espletamento del suddetto "controllo di conformità" – incombono innanzitutto all'organo amministrativo e, nell'ambito della sua funzione di vigilanza, all'organo di controllo.

E' necessario, tuttavia, tenere conto anche della natura dell'atto e delle regole sociali di produzione dell'azione. Se non si tratta di un atto reale o non formale, ma negoziale; se esso presenta una struttura complessa o scaturisce da un procedimento; a maggior ragione, se non rientra nella competenza di un organo monocratico, ma coinvolge il processo decisionale del consiglio di amministrazione o dell'assemblea della società; se esso richiede l'intervento del notaio per la stipula (per es., in caso di cessione di azienda o di partecipazioni sociali o di trasferimento immobiliare o di costituzione di una garanzia o di un vincolo di destinazione o di conferimento in altra società) o per la verbalizzazione della delibera ad esso presupposta o sostanziale (avente a oggetto, per es., l'acquisizione, lo scorporo, la cessione di un asset, l'operazione sul capitale o straordinaria ecc.); ecco, allora, che quel "controllo di conformità" – facendo emergere la sua incongruenza funzionale, e quindi la sua "non legittimità sostanziale", sulla scorta del confronto con le previsioni del piano e dell'accordo-quadro – potrebbe rilevare in punto di validità o efficacia dell'atto esecutivo, oltre che (com'è indiscutibile) di responsabilità del soggetto agente o decidente e degli eventuali terzi concorrenti nel (o beneficiari del) illecito gestorio.

Per converso, la "conformità" dell'operazione o dell'atto al piano, garantendone la coerenza all'obiettivo di risanamento o di ristrutturazione dell'impresa in crisi – oltre ad assicurare la stabilità dell'atto rispetto all'impugnazione per revocatoria in caso d'insolvenza ex art. 67, comma 3, legge fall. (che è l'unico effetto disciplinato dal legislatore) – dovrebbe giovare a escludere la responsabilità degli amministratori ex artt. 2392 ss. e 2476 c.c.[3], come pure, ricorrendone gli estremi, della capogruppo e dei soggetti concorrenti ex art. 2497, comma 2, c.c., e a porre al riparo da ogni questione o censura di legittimità sostanziale il procedimento decisionale e l'atto che ne deriva, sia sotto il profilo civilistico della "causa concreta" di attribuzione, sia sul piano delle competenze degli organi sociali e delle regole formali e sostanziali della decisione.

5. Competenze e responsabilità del controllo di conformità

L'analisi del piano e la valutazione dell'atto da compiere o della delibera da assumere dovrebbero entrare, pertanto, a far parte delle verifiche doverose dell'amministratore unico o delegato o della fase istruttoria del procedimento consiliare o assembleare societario, secondo le diverse sfere di competenza, nella fase attuativa della soluzione negoziale della crisi; ma anche il notaio rogante o verbalizzante dovrebbe farsi carico di accertare in che rapporto l'atto da stipulare, che comporta un trasferimento di risorse della società, o il verbale da redigere, recante la delibera di approvazione di una data operazione societaria, si pone con il piano di risanamento o di ristrutturazione; inoltre, la controparte dell'imprenditore impegnato in tale processo dovrebbe farsi carico di appurare la legittimità dell'operazione sotto il profilo segnalato (e ciò non soltanto al fine di essere ragionevolmente sicura di fruire dell'esenzione da revocatoria nel caso di successivo fallimento).

Si consideri che il decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione è soggetto a pubblicità legale nel registro imprese e che anche il piano di risanamento attestato è, spesso, pubblicato "volontariamente" dall'imprenditore nel registro delle imprese (art. 67, comma 3, lett. d), ult. inc.), per godere delle agevolazioni fiscali; d'altra parte, il terzo che beneficia del trasferimento di beni o di diritti o del pagamento (lato sensu) di un proprio credito da parte dell'imprenditore in crisi o che partecipa all'operazione societaria, anche senza aver sottoscritto l'accordo di risanamento o di ristrutturazione, è, di norma, a prescindere dalla pubblicazione del piano, perfettamente consapevole dei suoi contenuti – spesso condivisi e concertati con l'imprenditore – e della finalità di salvataggio perseguita; anzi è frequente che l'omologazione dell'accordo o il rilascio dell'attestazione al piano di risanamento o la sua pubblicazione siano formalmente dedotti in condizione nell'atto o nella delibera.

Beninteso, se l'atto ovvero l'operazione in questione sono stati previsti come necessari nel piano asseverato di risanamento o di ristrutturazione, la valutazione di coerenza e di funzionalità al fine di riequilibrio perseguito deve ritenersi compiuta già con la sua approvazione da parte dell'organo amministrativo, che è un atto a valenza strategica e programmatica; non si richiederà, quindi, di norma, una nuova valutazione da parte dell'organo competente ad attuarla, bensì appunto una mera verifica di conformità sulla scorta della relazione di attestazione; variazioni e adattamenti di portata minore dovrebbero, del resto, ritenersi implicitamente autorizzati e legittimi.

D'altra parte, nei casi straordinari in cui il piano si palesi inattuabile e se ne imponga la revisione o l'adattamento alle circostanze sopravvenute, occorrerà non soltanto una delibera formale di modifica del piano (e, in genere, la stipula di un apposito addendum all'accordo con i creditori), ma anche un supplemento di asseverazione (e non soltanto una comfort letter dell'esperto) o, addirittura, una nuova relazione di attestazione sulla fattibilità del piano o, trattandosi, di accordo di ristrutturazione dei debiti, di un nuovo procedimento di omologa.

Residuano quindi – e interessano soprattutto ai nostri fini – le ipotesi in cui siano compiuti degli atti di esecuzione non previsti dal piano o significativamente difformi dalle previsioni di esso, vuoi dal punto di vista oggettivo e strutturale, vuoi dal punto di vista funzionale, poiché inidonei ad assicurare il conseguimento dello scopo del superamento della crisi, e quindi inutili o persino dannosi nella prospettiva della successiva prevedibile procedura d'insolvenza: di qui la necessità di appurare le conseguenze dell'illegittimità di tali operazioni o atti esecutivi.

6. Rimedi “obbligatori” e “reali” rispetto alle difformità attuative

La prospettiva dell’insolvenza imminente dovrebbe indurre gli organi sociali a promuovere, se non l’apertura di una procedura liquidatoria, una diversa soluzione negoziale della crisi, come un concordato preventivo o un altro accordo di ristrutturazione dei debiti da sottoporre a omologazione o un altro accordo di risanamento con i principali creditori, che sostituisca il precedente, dichiaratamente irrealizzabile, con il supporto di una nuova relazione di attestazione sulla fattibilità del piano, basata su dati aggiornati e inedite assunzioni.

Per l’ipotesi in cui, invece, gli organi sociali, condizionati dallo sviluppo degli eventi e dal timore del dissesto, pongano in essere un’attività esecutiva deliberatamente difforme dal piano in assenza delle modificazioni necessarie e legittime, occorre mettere a fuoco la validità e l’efficacia degli atti compiuti e, ovviamente, anche le responsabilità personali dei soggetti coinvolti. mQueste ultime sono indiscutibili e colpiscono tendenzialmente sia i membri degli organi di amministrazione e controllo che decidono, autorizzano, compiono o tralasciano di impedire gli atti esecutivi “non conformi” al piano, sia – secondo i principi in materia di concorso nell’illecito (artt. 2055 e 2497, comma 2, c.c.) [4] – i soggetti terzi che prendano parte ad essi o ne beneficino nella consapevolezza della mancata previsione di tali atti o della loro sostanziale difformità (sotto il profilo di condizioni, modalità, tempistiche ecc.), nonché del mutamento rilevante dello scenario del risanamento programmato o del contesto operativo avverso dell’impresa.

Più controversa – al netto dell’astratta revocabilità dell’atto, ricorrendone le condizioni nel caso di eventuale successivo fallimento – è la praticabilità dei rimedi “reali” civilistici avverso gli atti sostanzialmente difformi dal piano di ristrutturazione o risanamento, alla stregua: (i) della limitazione e forse anche della “conformazione” che il potere di gestione dell’organo amministrativo subisce per effetto dell’approvazione e della formalizzazione, oltre che della pubblicità legale (dove la rilevanza anche esterna), di un dato programma di riorganizzazione o salvataggio della società[5]; (ii) dell’incidenza del difetto teleologico già segnalato sulla validità o sull’efficacia dell’atto in sé, che dipende dal grado in cui l’accordo di risanamento o ristrutturazione, quale “causa esterna”, giunge a funzionalizzare gli atti di esecuzione del piano rispetto al perseguimento dello “scopo-fine” sancito dalla disciplina della crisi d’impresa.

Nella prima prospettiva, deve osservarsi che, quand’anche – com’è plausibile – si aderisse all’idea della sopravvenienza di limiti “extra-statutari” all’oggetto sociale e al potere degli amministratori derivanti appunto dal programma formalizzato di risoluzione della crisi, e se ne ammettesse la rilevanza esterna, resterebbe ferma, stante la loro matrice non legale, l’applicabilità dell’art. 2484, comma 2, c.c., che sancisce l’inopponibilità ai terzi delle limitazioni “che risultano ... da una decisione degli organi competenti, anche se pubblicate”. E’ vero pure, tuttavia, che, siccome tale protezione non opera dinanzi all’exceptio doli, l’inefficacia (in thesi) dell’atto difforme, compiuto al di là dei poteri degli amministratori come “ricongurati” dall’approvazione formale e dalla pubblicità del piano di soluzione della crisi, potrebbe essere parimenti eccepita nei confronti di coloro che “abbiano agito intenzionalmente a danno della società”[6], magari in forma di induzione o concertazione, compiendo un’operazione per sé vantaggiosa e, invece, pregiudizievole per la società in ristrutturazione.

Segue: il rilievo causale del collegamento fra atti di esecuzione del piano e accordi

Nella seconda prospettiva, occorre verificare quale rilevanza abbia il collegamento qualificato dell’atto esecutivo (negoziale o societario) con lo strumento previsto dalla legge per la soluzione della crisi. A questo fine conviene allargare lo sguardo a tutta la complessa e varia fenomenologia degli accordi di salvataggio.

Negli accordi di ristrutturazione e di risanamento “di gruppo”, che sovente prevedono il compimento di operazioni infragruppo astrattamente lesive della capacità patrimoniale della società in crisi, la teorica della “causa esterna” (o della “doppia causa”) vale proprio a giustificare quel “trasferimento di risorse” tra le società appartenenti a quell’organismo imprenditoriale[7], che è consentito dalla legge se essenziale al riequilibrio del gruppo e rispondente all’interesse dei creditori, anche in deroga al principio di “autonomia delle masse attive e passive” e di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.). Donde la legittimità (e piena liceità) dell’atto e la sua tendenziale esenzione, oltre che dalla revocatoria, dalle responsabilità civili e penali degli organi sociali e dal rischio di annullamento dell’atto dispositivo o della deliberazione per conflitto d’interesse.

Negli accordi di ristrutturazione e di risanamento di una società “indipendente”, la stessa teorica dovrebbe essere impiegata e valorizzata, all’opposto, per stigmatizzare e sanzionare la deviazione dell’atto negoziale o societario di esecuzione del piano dal suo “scopo-fine” e, in particolare, la sua non conformità al programma predisposto e, in ultima analisi, la sua inidoneità al conseguimento dell’obiettivo del riequilibrio patrimoniale e finanziario dell’impresa in crisi. Ora, sebbene possano aversi ipotesi di nullità dell’atto esecutivo per illiceità della sua “causa concreta”[8], là dove esso sia compiuto dolosamente in situazione di evidente irrealizzabilità del piano o possa configurarsi come bancarotta fraudolenta per distrazione o infedeltà patrimoniale, nella maggior parte dei casi la “difformità” dell’atto esecutivo rispetto al piano e all’accordo di ristrutturazione o di risanamento dovrebbe rilevare, piuttosto, da un punto di vista funzionale e oggettivo – quello cioè della (non) realizzabilità dello scopo nel contesto fattuale dato – e quindi incidere, non già sulla sua validità, ma sulla sua efficacia e sulla sua specifica vicenda attuativa, determinandone, ove possibile, la sua risoluzione (o altra forma di regressione o ripristino) nel caso di successiva dichiarazione d’insolvenza della società “non risanata”.

L’irrealizzabilità del fine di riequilibrio finanziario dell’accordo di ristrutturazione o di risanamento stipulato dalla società, palesata dalla dichiarazione d’insolvenza, potrebbe, cioè, secondo i principi in materia di “collegamento negoziale” e “presupposizione”, travolgere i relativi atti di esecuzione (se aventi effetti reversibili) attraverso l’esercizio dell’azione di risoluzione[9] da parte dell’organo della procedura concorsuale. Senza che questo escluda, ovviamente, la possibilità di far valere anche la responsabilità degli amministratori (e dei soggetti concorrenti) verso la società e i creditori sociali e di agire, ricorrendone i presupposti, per la revocatoria degli atti pregiudizievoli.

Il rimedio dovrebbe essere azionabile, oltre che nei confronti dei creditori aderenti all’accordo (in relazione a negozi diversi dalla rimodulazione o dallo stralcio dei debiti), anche rispetto agli atti di esecuzione compiuti nei rapporti con terzi soggetti che non siano parti formali di esso, ma che abbiano negoziato e stipulato con la società in crisi sulla base del piano e in vista dell’obiettivo del salvataggio dell’impresa in crisi, fruendo dello “scudo” dell’esenzione dall’azione revocatoria (art. 67, comma 3, legge fall.) e dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta semplice e preferenziale (art. 217-bis legge fall.).

E’ evidente che questa prospettiva, mentre offre uno strumento aggiuntivo agli organi della procedura per la reintegrazione della massa attiva concorsuale, d’altra parte accentua l’instabilità degli atti esecutivi compiuti con la società “in ristrutturazione”, responsabilizzando tutti i soggetti partecipanti al processo di risanamento dell’impresa in crisi: donde la necessità di un’accurata attività di verifica e di consulenza da parte del notaio rogante o verbalizzante atti di società che, se pure tornate in bonis, hanno “pendenti” piani di risanamento o ristrutturazione o di concordato preventivo (specialmente “con continuità aziendale”).

E’ altresì evidente che, ove l’atto compiuto in esecuzione del piano non fosse “risolvibile” secondo il suo regime civilistico e societario (si pensi a uno scorporo in newco o una scissione, che abbiano comportato un trasferimento di risorse a favore di terzi soggetti), occorrerebbe esplorare – anche in chiave alternativa all’impiego dei rimedi risarcitori e revocatori – la possibilità di neutralizzarlo attraverso un’operazione di segno inverso (per es., fusione o riacquisizione), ovviamente con il consenso delle controparti interessate.

Note

1. Cfr. L. Panzani, L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, III, Milano, 2016, 3880 ss.; R. Sacchi, Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1292 ss.; F. Mancuso, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: patologie negoziali e rimedi, in *Dir. fall.*, 2018, I, p. 795 ss.; F. Sacchi, Inattuazione del piano e inadempimento della proposta nel concordato preventivo, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 145 ss.
2. Cfr. G. D'Attorre, Creditori posteriori e doveri degli amministratori nell'esecuzione del concordato preventivo, *Riv. soc.*, 2018, 526 ss.; A. Rossi, L'esecuzione del concordato di risanamento tra governance e conflitti, in *Fallimento*, 2017, 1005 ss.; M. Sciuto, "Adempimento" del concordato e programma societario, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, a cura Di Cataldo e altri, Milano, 2015, 1481 ss.
3. In argomento v. F. Guerrera, Atti, contratti, operazioni infragruppo e "trasferimento di risorse" nei concordati e negli accordi di ristrutturazione e di risanamento di gruppo, *Riv. dir. comm.*, 2021, 105 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 6 marzo 2019, in *Giur. it.*, 2019, 2456, con nota di M.G. Musardo, che afferma: "Non può considerarsi negligente la condotta degli amministratori che gestiscano la situazione di crisi provvedendo all'elaborazione di un articolato programma per uscirne attestato come ragionevole da un esperto indipendente. Non possono comunque considerarsi negligenti gli amministratori che si siano attenuti alle previsioni di un piano di risanamento attestato ex art. 67, 3° comma, lett. d), legge fall."
4. Per un'applicazione giurisprudenziale recente di tali principi in materia di abusiva concessione del credito cfr. Cass., 30.06.2021, n. 18610: "La responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l. fall., in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo".
5. Cfr. sul tema M. Sciuto, "Adempimento" del concordato e programma societario, cit., 1487 ss., 1503 ss.
6. Cfr. P. Abbadessa - V. Pinto, in *Le società per azioni*, Commentario, diretto da Abbadessa e Portale, sub art. 2384, Milano, 2016, I, 1263 ss. In giurisprudenza v. Cass., 14 novembre 1991, n. 12168; Cass., 8 novembre 2000, n. 14509; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525; Cass., 8 settembre 2016, n. 17761; Cass., 10 luglio 2019, n. 18536.
7. Sull'argomento v. F. Guerrera, Atti, contratti, operazioni infragruppo e "trasferimento di risorse", cit., ed ivi ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia; e, con riferimento alla revisione ermeneutica dell'art. 2740 c.c., M. Fabiani, La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo, su *ilcaso.it*, 9 dicembre 2016; G. D'Attorre, Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore? (nota a Trib. Firenze, 2 novembre 2016), in *Fallimento*, 2017, 320; G. Ferri jr., Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo, in *Corr. giur.*, 2020, 289 ss.
8. Nella dottrina civilistica, v. C.M. Bianca, Causa concreta e diritto effettivo, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 252 ss.; V. Roppo, Causa concreta: una storia di successo?, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 958 ss. e A. Tucci, Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole, in *Contr. impr.*, 2017, 921 ss.; con riferimento specifico alle soluzioni negoziali della crisi, v. C.M. Azzaro, Causa illecita e accordi concorsuali, in *Giust. civ.*, 2019, I, 121. Sul concetto di "causa concreta" e sul suo variegato impiego, in funzione del sindacato sull'assetto e sulla meritevolezza e liceità degli interessi perseguiti e sulla funzionalità del sinallagma v., fra le altre, Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437 (nell'assicurazione); Cass., 24 agosto 2018, n. 21175 e Cass., 8 febbraio 2019, n. 3863 (nel concordato); Cass., 19 marzo 2018, n. 6675 (nell'interpretazione del contratto); Cass., 29 settembre 2015, n. 19220 (nella locazione); Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 (nel sale and lease-back); Cass., 1° aprile 2011, n. 7557 (in generale, come elemento del contratto); Cass., 22 agosto 2007, n. 17844 (rispetto alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta); Cass., 8 maggio 2006, n. 10490 (a fini di accertamento di nullità); Cass., 12 novembre 2009, n. 23941 (in generale); Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898 (nei contratti bancari).
9. In giurisprudenza cfr. Cass., 26 giugno 2019, n. 17148; Cass., 23 novembre 2017, n. 27916; Cass., 22 settembre 2016, n. 18585; Trib. Monza, 5 luglio 2016, in *DeJure*; Trib. Bari, 23 luglio 2015, *ivi*; Trib. Modena, 20 febbraio 2013, *ivi*. Nella dottrina civilistica, in generale, v. A. Albanese, La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 367 ss.