

## **Le azioni fallimentari e l'arbitrato.**

Le sentenze dalle quali ho preso spunto per formulare il mio breve intervento concernono, la prima, l'estensione dell'operatività della clausola compromissoria o del compromesso e, la seconda, il rapporto delicato e, per qualche aspetto controverso, tra arbitrato e fallimento.

Arbitrato e fallimento sono due istituti che si trovano in difficile correlazione, posto che il primo è espressione dei poteri che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata; l'altro è, viceversa, espressione di un potere autoritativo, volto alla tutela degli interessi della massa dei creditori, che se non preclude, almeno limita, l'accesso alla cognizione arbitrale.

Tuttavia, arbitrato e fallimento, come vedremo, sono compatibili, come emerge dalle norme contenute nella legge fallimentare, quale quella che prevede il compromesso del curatore, che richiede la preventiva approvazione del comitato dei creditori, e quella che rimette la nomina dell'arbitro al giudice delegato.

Le due sentenze che mi hanno guidato alla individuazione dell'argomento di cui occuparmi sono le seguenti:

- a) La prima (Pres. Rosa; Est. Baldissera) indicata al n. 5 delle massime, o meglio, dei principi estratti dalle pronunzie in commento, afferma il principio, condiviso in giurisprudenza, che la clausola compromissoria (nella specie statutaria) ricomprende tutte le controversie che derivano dal rapporto sociale, incluse le impugnazioni delle deliberazioni assembleari e del Consiglio di Amministrazione ed è vincolante anche nei confronti degli amministratori sociali, non essendo, a tal fine, necessaria la loro espressa adesione alla clausola, essendo sufficiente l'accettazione della carica.

Restano, naturalmente, escluse dall'ambito del compromesso le controversie su diritti indisponibili, per tali dovendosi intendere solo quelli che trovano protezione in norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento, svincolata da iniziative di parte.

- b) La seconda sentenza (estensore Franchioni) tocca, più direttamente, il problematico rapporto fra compromesso e fallimento. Essa, infatti, afferma il principio che la clausola compromissoria statutaria è opponibile al fallimento, con la conseguenza che il curatore, quando eserciti diritti già ricompresi nel patrimonio del fallito preesistenti al fallimento, è vincolato dalla clausola compromissoria.

\*\*\*

#### 1. L'opponibilità del compromesso al curatore fallimentare.

I principi enunciati dalle due pronunzie richiamate sollecitano, dunque, a porre attenzione ai delicati rapporti fra compromesso (o clausola compromissoria) ed arbitrato.

La prima questione che si pone, come del resto emerge dalle pronunzie indicate, concerne dunque la opponibilità al curatore del compromesso stipulato dal fallito in epoca precedente la dichiarazione di fallimento.

Sul punto, la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere che, in via di principio, non vi sia incompatibilità fra fallimento e cognizione arbitrale, nell'ipotesi in cui siano esercitate azioni a tutela di diritti che già si trovino nel patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento e che il compromesso per arbitrato (anche irrituale) non è soggetto alla misura dello scioglimento previsto dall'art. 78 della legge fallimentare, perché costituisce (Cass. civ., sez. III, 8 settembre 2006, n. 19298) *“un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo o congiunto e del mandato conferito anche nell'interesse di terzi”* e come tale non è soggetto alla disciplina dello scioglimento nel caso di fallimento del mandante (Cass.

civ., sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3803; Cass. civ., 14 ottobre 2009, n. 21836).

Ne deriva la conseguenza che il lodo pronunciato in virtù del compromesso è efficace ed opponibile alla curatela e, per essa, all'eventuale assuntore del successivo concordato fallimentare. La questione di costituzionalità sollevata con riferimento alla norma dettata dall'art. 78 legge fallimentare ed alla sua interpretazione conservativa, per pretesa violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. è stata ritenuta manifestamente infondata, in quanto compete al legislatore disciplinare le varie fattispecie che riguardano i rapporti pendenti alla data della dichiarazione di fallimento.

In tal senso, dunque, legittimamente il legislatore ha provveduto a disciplinare in modo diverso i diversi tipi di rapporti contrattuali, disponendo in alcuni casi l'automatica prosecuzione del rapporto, in altri l'automatico scioglimento e, in altri ancora, attribuendo al curatore la facoltà di scegliere fra il subentro e lo scioglimento del rapporto. In questa direzione va la previsione dell'art. 83-bis della legge fallimentare, secondo cui se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto dal curatore, il procedimento pendente non può essere proseguito. Tuttavia, dalla norma indicata non può essere tratta la conseguenza della generale inopponibilità della clausola compromissoria al fallimento; essa, infatti, afferma la natura accessoria della clausola compromissoria alla sola ipotesi presa dalla stessa in considerazione, mentre nell'ipotesi di subentro del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivanti dal contratto in cui la clausola è contenuta, questa conserva la sua piena efficacia anche nei confronti del curatore.

In conclusione, è orientamento giurisprudenziale generalmente condiviso quello secondo cui il curatore fallimentare, che agisca per ottenere il pagamento di una somma di cui il fallito è creditore, esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio del fallito e si colloca nella medesima posizione

sostanziale e processuale di questi, con la conseguenza che il terzo debitore, convenuto in giudizio, può opporgli tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare nei confronti del creditore, ivi inclusa l'eccezione di compromesso. Secondo le sezioni Unite della Corte Suprema, *“poiché il curatore fallimentare agisce in rappresentanza del fallito e non della massa dei creditori, facendo valere un'utilità derivante dall'esecuzione del contratto contenente la clausola arbitrale, è da ravvisare la continuità di funzionamento del meccanismo negoziale presidiato dalla clausola compromissoria stipulata dal soggetto già fallito, che risulta opponibile al curatore”* (Cass. civ., sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10800). Ed anche se il contratto cui accede la clausola compromissoria fosse stato sciolto, l'estinzione del rapporto ha effetto ex nunc e, *“come non priva il fallimento del diritto di pretendere il pagamento di un credito maturato prima dello scioglimento, così non priva il debitore del potere di sollevare l'eccezione di compromesso”* (Cass. civ., sez. I, ord. 19 aprile 2018, n. 9756).

\*\*\*

## 2. Lo scioglimento del curatore dal contratto e la clausola compromissoria.

Dato atto, dunque che arbitrato e fallimento non sono in sé incompatibili, si tratta di verificare quali siano, in concreto, le conseguenze di tale affermazione: prendendo atto che non vi sono norme che consentono lo scioglimento del curatore dalla convenzione di arbitrato stipulata dall'imprenditore poi fallito, non pare vi sia altra via che affermare che la scelta arbitrale sopravvive al fallimento.

Ne consegue che, se all'atto della dichiarazione di fallimento sia già pendente un procedimento arbitrale avente ad oggetto una pretesa dell'imprenditore fallito, a questi si sostituirà il curatore, al quale la convenzione arbitrale è opponibile.

Se, invece, il compromesso acceda ad un rapporto sostanziale che si scioglie per volontà del curatore, allora in applicazione dell'art. 83-bis della legge fallimentare, il procedimento arbitrale non potrà essere proseguito, ma le pretese restitutorie derivanti dallo scioglimento del contratto dovranno essere oggetto di un giudizio arbitrale attivato dal curatore.

A queste conclusioni conduce la disposizione dell'art. 43 della legge fallimentare, nella lettura che ne dà la prevalente dottrina, dubbio essendo, invece, se la disposizione contenuta al comma 3 della stessa norma, in forza della quale "*l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo*" trovi applicazione al procedimento arbitrale. Secondo autorevole dottrina (FAZZALARI, Istituzioni di diritto processuale, Padova) l'istituto dell'interruzione è sconosciuto al procedimento arbitrale; secondo altra e più recente dottrina (CASTAGNOLA, Procedimento arbitrale, lodo e fallimento, in Riv. Arb. 2016, n. 2, pag 228 e segg.) l'interruzione del processo evocata dall'art. 43, comma 3, della legge fallimentare è riferita anche al procedimento arbitrale; secondo l'Autore, infatti, non si comprende perché trovi applicazione l'art. 43, comma 1, legge fallimentare, secondo cui nel procedimento (anche arbitrale) sta in giudizio il curatore e non si debba applicare il comma 3 della stessa norma, il cui principio dovrebbe comunque trovare applicazione, quantomeno, in via di interpretazione analogica.

A me pare preferibile aderire a quell'orientamento dottrinario, maggioritario e certamente autorevole, che, non ritenendo applicabile l'istituto dell'interruzione previsto per i soli procedimenti pendenti davanti al giudice ordinario (VERDE, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Torino) afferma che l'apertura del fallimento (o della liquidazione coatta) va inquadrata nella previsione dell'art. 816 *sexies* c.p.c., in quanto la locuzione "*se la parte viene meno per morte o altra causa*" ricomprende anche l'ipotesi della perdita della legittimazione a stare in arbitrato e tale

norma attribuisce agli arbitri tutti i poteri necessari a ricostituire il contraddittorio e si concilia con le esigenze di celerità del procedimento arbitrale.

Resta, infine, da verificare quali effetti abbia nei confronti del fallimento un lodo arbitrale già emesso. Si ritiene che esso sia opponibile al curatore se è munito di data certa (perché registrato, o depositato per l'esecutorietà, oppure perché già comunicato alle parti). Il lodo rituale già emesso e divenuto definitivo prima della dichiarazione di fallimento ha gli stessi effetti della sentenza passata in giudicato e, se sia ancora impugnabile costituisce titolo per l'ammissione, con riserva, al passivo del credito con esso accertato, ferma la possibilità del curatore di proporre l'impugnazione o di proseguire l'impugnazione già proposta.

\*\*\*

### 3. L'incompromettibilità delle domande di accertamento di crediti verso il fallito.

Le considerazioni fin qui svolte sono riferite all'ipotesi in cui il curatore faccia valere un diritto od eserciti un'azione che si trovi nel patrimonio del fallito all'atto della dichiarazione di fallimento e che l'imprenditore avrebbe potuto esercitare se non fosse intervenuta la dichiarazione di fallimento.

Ben diverso è il caso in cui il contraente non fallito intenda ottenere il riconoscimento di un credito nei confronti della procedura concorsuale dell'altro contraente incorso nel fallimento.

Invero, l'art. 52 della legge fallimentare, disponendo che il fallimento apre il concorso dei creditori, stabilisce, con norma di carattere inderogabile, che *“ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1 (della legge fallimentare ndr), nonché ogni diritto reale o*

*personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diversa disposizione di legge”.*

La norma indicata, dunque, dispone che ogni credito nei confronti di un soggetto fallito deve essere fatto valere “*con la speciale procedura prevista dalla legge fallimentare e la conservazione del mandato plurimo (propria del compromesso ndr) è regola valevole nel caso del fallimento il quale intenda far valere un diritto presente nel patrimonio e derivante da contratto contenente la clausola arbitrale, mentre nel caso di azione contro il fallimento vale la regola dell’accertamento esclusivo in sede concorsuale*” (Cass. civ., sez. I, 24 giugno 2015 n. 13089).

Infatti, la sentenza indicata afferma che, nel caso di “*azione contro il fallimento vale la regola dell’accertamento esclusivo in sede concorsuale ... giacché l’effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso (si tratti cioè di arbitrato rituale o di arbitrato irrituale) paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento o dall’apertura della procedura di amministrazione straordinaria, dell’avocazione dei giudizi, aventi ad oggetto l’accertamento di un credito verso l’impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo*” (Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2011, n. 3918).

In conclusione, dunque, come si è in precedenza accennato, il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito in cui sia contenuta una clausola compromissoria non può ad essa sottrarsi ove intenda iniziare o proseguire azioni a tutela di un diritto presente nel patrimonio del fallito e se il fallimento sia stato dichiarato dopo che gli arbitri sono stati nominati ed abbiano accettato l’incarico non può disconoscere gli effetti del rapporto già perfezionato.

La regola indicata, però, non trova applicazione ai crediti vantati nei confronti di un soggetto sottoposto al fallimento, dovendosi, in questo caso, applicare “*la regola che la clausola arbitrale non consente di derogare allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo*” (Cass. civ. n. 13089 del 2015

cit.), la cui finalità corrisponde all'esigenza di concentrare davanti ad un unico organo tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito verso il debitore insolvente, con il contraddittorio esteso potenzialmente a tutti i creditori, per realizzare la *par condicio creditorum*.

La tesi che le domande volte ad accertare un credito nei confronti di un imprenditore fallito non sarebbero sottratte alla cognizione arbitrale, nell'ipotesi in cui si intenda determinare l'ammontare dell'effettivo credito dell'imprenditore fallito nei confronti del terzo contraente, sul presupposto che le domande sarebbero finalizzate, non già all'accertamento di crediti verso il fallito, ma alla determinazione del credito della società fallita nei confronti dell'altro contraente *in bonis* non trova adesione in giurisprudenza.

Infatti, è consolidato orientamento della Corte di legittimità che tutte le domande di accertamento suscettibili di ricadute sul patrimonio del fallito, ivi comprese quelle in corso alla data di apertura della procedura, debbono essere fatte valere nell'ambito del procedimento di verifica del passivo (da ultimo: Cass. civ., 24 novembre 2011, n. 24847; 4 settembre 2014, n. 18691; dicembre 2015, n. 25674; 1 marzo 2017, n. 5255; sez. I, ord. 30 novembre 2017, n. 28833).

E' pur vero che, la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere che l'eccezione di compensazione di un credito formulata dal debitore nei confronti del creditore fallito non è condizionata alla previa verifica dei crediti secondo le forme del procedimento di ammissione al passivo fallimentare. L'indicato orientamento giurisprudenziale presuppone, però, che il diritto fatto valere dal terzo *in bonis* sia esercitato in via di eccezione, perché se fosse oggetto di domanda, anche in via riconvenzionale, il Collegio Arbitrale su di esso non si potrebbe pronunciare, rientrando nell'inderogabile cognizione del Giudice Fallimentare.

In sostanza, il principio richiamato può trovare applicazione solo nel caso in cui il giudizio (ordinario o arbitrale) sia radicato dalla procedura fallimentare e vi sia

controversia sulla pretesa avanzata dal fallimento; in tal caso l'eccezione di compensazione non richiede la previa verifica del credito, salvo che il credito ecceduto in compensazione ecceda il credito del fallito, nel qual caso solo l'eccezione di tale credito deve essere fatta valere mediante l'insinuazione al passivo.

\*\*\*

#### 4. L'azione di responsabilità del curatore e la clausola compromissoria statutaria.

Resta da affrontare, sia pure con criterio rigorosamente sintetico, la questione dell'arbitrabilità dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 146 legge fallimentare e, nel caso affermativo, quali ne siano le conseguenze in ordine appunto all'azione di responsabilità del curatore.

Com'è noto, l'art. 146 citato – nell'interpretazione prevalente – attribuisce al curatore la legittimazione ad agire, sia esercitando l'azione sociale di responsabilità prevista dall'art. 2393 c.c., sia l'azione di responsabilità verso i creditori sociali, prevista dall'art. 2394 c.c., tanto nel caso che la società fallita rivestisse la forma della s.p.a., quanto se avesse la forma della s.r.l.

Sotto questo profilo è bene ricordare che, a seguito della riforma della legge fallimentare del 2006, che ha riformulato l'art. 146 l.f., escludendo l'espresso richiamo agli artt. 2392 e 2394 c.c., che disciplinano l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società per azioni ed includendo il solo richiamo all'azione di responsabilità contro i soci di s.r.l., si è sostenuto che non fossero più consentite l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di srl e l'azione di responsabilità dei creditori sociali.

Certamente la modifica apportata dal legislatore all'art. 146 l.f. giustifica i dubbi e le riserve che sono stati sollevati.

Tuttavia, la giurisprudenza si è orientata a superarli, ritenendo che la norma dell'art. 2394 c.c., sebbene esplicitamente riferita alle sole s.p.a., debba ritenersi applicabile in via analogica anche alle s.r.l.

A questa soluzione la giurisprudenza è pervenuta, sostenendo che una diversa interpretazione della norma indicata sarebbe irragionevole e si presterebbe a profili di illegittimità costituzionale. Infatti, se la responsabilità degli amministratori integra la reazione del sistema all'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale, sarebbe irragionevole un diverso trattamento dei creditori di s.r.l. rispetto a quelli di una s.p.a., perché la ratio di tutela dei creditori è identica per entrambe le forme sociali e non si giustificerebbe un diverso e più favorevole trattamento degli amministratori di s.r.l., rispetto a quelli di una s.p.a.

La disparità di trattamento degli amministratori dei due tipi sociali è apparsa irragionevole anche alla luce delle disposizioni degli artt. 2485 e 2486 c.c., che affermano la personale e solidale responsabilità degli amministratori di srl che abbiano omesso o ritardato di accertare una causa di scioglimento o abbiano violato il dovere di gestire la società, al fine di tutelare l'integrità del patrimonio sociale.

In conclusione, dunque, si deve ritenere che l'art. 146 della legge fallimentare legittimi il curatore all'esercizio di entrambe le azioni tanto di responsabilità sociale, quanto di responsabilità verso i creditori, sia che si tratti di amministratori di soc. per azioni o a responsabilità limitata.

Chiarito, così si spera il dubbio indicato, secondo parte della Dottrina e parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, le due azioni confluirebbero in un'unica azione ed avrebbero contenuto unitario ed inscindibile ed integrerebbero un'azione sorta a titolo originario per effetto della dichiarazione di fallimento.

Aderendo a questa tesi, si dovrebbe ritenere che il curatore possa esercitare le due azioni, beneficiando della disciplina più favorevole, anche nel caso in cui mancassero i presupposti per l'esercizio di una delle due azioni.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, tuttavia, non aderiscono a questa tesi e ritengono, invece, che l'art. 146 l.f. attribuisca al curatore la legittimazione ad esercitare le stesse azioni che la società ed i creditori sociali già potevano esercitare prima della dichiarazione di fallimento, quindi ad esercitare azioni già presenti nel patrimonio della società fallita.

Le due azioni, in sostanza, manterrebbero i loro presupposti, rappresentati *“dal danno prodotto alla società da ogni illecito doloso o colposo degli amministratori, per violazione dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo nell'azione sociale e dall'insufficienza patrimoniale conseguita all'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale”* (Cass. civ., sez. I, 21.06.2012, n. 10378).

L'individuazione, ad opera del giudice, dei fatti costitutivi della domanda vale ad identificare l'azione in concreto esercitata, tanto con riferimento a quella di natura contrattuale quanto a quella di natura extracontrattuale dell'azione, sia in relazione al regime probatorio ed all'eventuale decorso della prescrizione. Da ciò deriva che, in presenza di clausola compromissoria statutaria, il giudice ordinario adito (nella specie la Sezione specializzata in materia di impresa) dovrebbe dichiarare la propria incompetenza a conoscere dell'azione sociale di responsabilità e, ove ravvisasse che è esercitata (anche) l'azione di responsabilità verso i creditori sociali, disporre la separazione dei giudizi per la prosecuzione avanti a sé del solo giudizio concernente la responsabilità amministrativa verso i creditori sociali.

In questo senso si è pronunciata, con distinte pronunzie del 15 dicembre 2015, la Sezione Impresa del Tribunale di Milano (e, da ultimo, la stessa Sezione, con sentenza 5 marzo 2018, confermativa dello stesso orientamento); nella stessa direzione sembra doversi intendere la sentenza della Cassazione n. 19308 del

27.06.2014, che ha affermato, tuttavia, che nella fattispecie giudicata la clausola arbitrale prevista dallo Statuto non avesse rilievo, in quanto era stata esercitata l'azione extracontrattuale di responsabilità verso i creditori sociali.

L'impressione che si ricava dalla lettura della sentenza è che la Corte abbia fatto una scelta pilatesca. Infatti, pur affermando che le due azioni (di responsabilità sociale e di responsabilità verso i creditori sociali) sono distinte e che confluiscono in unica azione, conclude affermando che l'azione del curatore, pur avendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle due azioni, in quanto finalizzata alla ricostruzione del patrimonio sociale, implica una modifica della legittimazione, ma non ne immuta i presupposti.

L'affermazione dell'inscindibilità e dell'autonomia dell'azione del curatore non collima, però, con la successiva affermazione che i presupposti delle due azioni restano invariati e la soluzione in concreto adottata (che cioè la clausola arbitrale non poteva nella specie essere invocata in quanto il curatore aveva esercitato la sola azione di responsabilità verso i creditori sociali), lascia l'impressione che la Corte non abbia voluto impegnarsi a dirimere la delicata questione della soluzione da adottare nel caso di esercizio di entrambe le azioni in presenza di clausola arbitrale societaria.

La questione è stata affrontata e risolta in modo che a me pare convincente alla luce della norma dell'art. 819 ter, comma 1, c.p.c., dal Tribunale di Palermo (sez. III, 3 luglio 2013 in Pluris), che ha rilevato che l'azione del curatore integra un'ipotesi di connessione fra diverse domande, talune di competenza del giudizio arbitrale, altre di competenza del giudice ordinario, concludendo con l'affermazione che la competenza degli arbitri non può essere derogata per ragioni di connessione in favore del giudice ordinario e non è consentita la realizzazione del *simultaneus processus*, se non vi è l'accordo delle parti.