

APPUNTI IN TEMA DI RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. E DI S.R.L.

Principali questioni processuali e sostanziali in tema di Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A. e SRL; orientamenti della sezione VIII civile

Tribunale Milano

A cura di Alessandra Dal Moro e Angelo Mambriani

A) Azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.

Esercitando l'azione in questione la società deduce l'inadempimento degli amministratori ai doveri loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo (compresa negligenza commisurata alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze, con il limite del *business judgment rule*) e chiede il risarcimento del danno che i loro comportamenti inadempienti abbiano provocato al suo patrimonio.

Essa si fonda dunque sulla violazione da parte degli amministratori degli obblighi derivanti da legge e statuto e mira a reintegrare il patrimonio sociale anche in termini di mancato guadagno.

L'azione deve essere deliberata dall'assemblea anche se la società è in liquidazione; l'assemblea deve essere convocata dagli amministratori, in caso di inerzia si ricorre al Tribunale ex art. 2367 c.c.; può essere deliberata anche dal collegio sindacale (con maggioranza dei 2/3); la delibera assembleare è condizione dell'azione da verificarsi anche d'ufficio dal giudice, ma non è presupposto processuale, onde è sufficiente che sussista al momento della decisione ⁽¹⁾; la delibera comporta revoca dell'amministratore in carica se adottata con maggioranza almeno pari al 20 % del capitale sociale.

B) Azione dei soci di minoranza (art. 2393 bis c.c.).

Si tratta dell'azione esercitata da una minoranza qualificata di soci nei confronti degli amministratori per far ottenere alla società il risarcimento del danno che loro comportamenti inadempienti abbiano provocato al suo patrimonio.

Il quorum sono: 1/5 del capitale per società chiuse; 1/20 per società quotate; quote che, secondo opinione prevalente, devono sussistere al momento della proposizione della domanda. Per opinione maggioritaria non si tratta di azione surrogatoria (il socio in quanto tale non è creditore della società in ipotesi inerte) ma del tutto autonoma, frutto di legittimazione concorrente rispetto a quella della società; la società è litisconsorte necessaria infatti deve essere chiamata in giudizio "e l'atto di citazione è notificato *anche* in persona del presidente del collegio sindacale"; si discute sul significato di "anche", che potrebbe alludere alla necessità di una doppia notifica oppure (nella accezione concessiva) alla sufficienza di quella eseguita in confronto dell'organo di controllo.

Se l'azione è proposta contro l'amministratore unico o contro l'intero CdA la società, per costituirsi in giudizio necessita di un rappresentante, quindi di un curatore speciale da

¹⁾ Cass., sez. I, 10.9.2007, n. 18939.

nominarsi ex art. 78 c.p.c. (se non nominato dalla stessa assemblea, secondo opinione dottrinale).

Se la società si costituisce può aderire o avversare la domanda della minoranza, la quale resta in giudizio e non è estromessa.

C) Azione dei creditori sociali (art. 2394 c.c.).

L'azione ex art. 2394 c.c. si fonda sulla violazione da parte degli amministratori del dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale, quale garanzia generica dell'adempimento delle obbligazioni verso terzi (art. 2740 c.c.).

La natura dell'azione è controversa. Per taluni si tratta di autonoma azione extracontrattuale ex art. 2043 c.c.; per altri di azione contrattuale, in quanto di natura surrogatoria o fondata sul generale dovere di protezione dei terzi incombente ex art. 1173 c.c. sugli amministratori di una società che ha autonomia patrimoniale perfetta.

Diverse sono le opinioni anche sulla finalità dell'azione, pur nella prospettiva condivisa che si tratti di azione di natura extracontrattuale.

Per alcuni essa mira a reintegrare il patrimonio sociale nei limiti della misura dei crediti insoddisfatti; a ciascun creditore sarebbe conferita legittimazione straordinaria per la parte della pretesa risarcitoria che eccede l'ammontare del suo credito e che riguarda altri creditori inerti ⁽²⁾.

La ratio della norma sarebbe omologa a quella di cui all'art. 51 l.f., che vieta le azioni esecutive individuali dalla data del fallimento: quando il patrimonio sociale è insufficiente rispetto alla soddisfazione dei crediti, ciascun creditore può agire per reintegrarlo.

Per altri l'azione è finalizzata a reintegrare il patrimonio del singolo creditore sociale che ha diritto di ottenere dall'amministratore, responsabile del depauperamento del patrimonio subito dalla società, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere (il danno oggetto del risarcimento sarebbe eccezionalmente il danno prodottosi nel patrimonio del singolo creditore per "riflesso" di quello arrecato direttamente al patrimonio sociale) si tratterebbe di un'azione autonoma ed individuale in cui la misura del danno subito dal singolo sarebbe anche la misura dell'interesse ad agire ⁽³⁾. Per una parte della dottrina anche l'azione ex art. 2394 c.c. - come già quella ex art. 2395 c.c. - costituirebbe applicazione della norma generale di cui all'art. 2043 c.c., onde la condotta illecita si configurerebbe in termini di "lesione del credito".

Può essere utile, per orientarsi tra le varie opzioni interpretative considerare le diverse rubriche delle norme di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c.: l'una parla di "responsabilità verso i creditori sociali" (alludendo sembrerebbe ad un'azione "di massa"), l'altra (relativa ad una norma pacificamente rivolta al risarcimento del danno diretto, quello cioè che si manifesta nel patrimonio del terzo o del socio a prescindere da una lesione del patrimonio sociale) significativamente è intitolata "Azione individuale del socio e del terzo".

Questi aspetti interpretativi problematici del tutto irrilevanti nella pratica nel vigore della precedente disciplina (stante la comunanza di disciplina tra spa e d srl e la rarità di casi di applicazione della norma al di fuori dell'ipotesi di responsabilità degli amministratori

²⁾ Cass. n. 3179 del 1985; Trib.Napoli 11.11. 2004.

³⁾ Cass. n. 10488 del 1998

convenuti dalla curatela fallimentare) assumono oggi rilevanza oggi in funzione della risoluzione del problema della sorte dell'azione nelle s.r.l. e della legittimazione del curatore del fallimento di dette società (v. postea).

D) Azione in caso di fallimento di spa (art. 2394 bis c.c.)

In caso di fallimento la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale passa al curatore: la legittimazione del curatore del fallimento ad esperire l'azione sociale è frutto delle norme di cui agli artt. 42 e 43 l.f., per le quali con la dichiarazione di fallimento la legittimazione sostanziale e processuale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito - quindi della società verso terzi amministratori - spetta al curatore.

Anche la legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c. (sia essa volta a reintegrare il patrimonio sociale, sia essa volta a reintegrare il patrimonio del singolo socio) passa al curatore in caso di fallimento, ciò però per ragioni del tutto diverse da quelle che giustificano sul piano sistematico la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione sociale: infatti l'azione dei creditori non fa parte delle azioni incluse nel patrimonio del fallito che questi non può più esercitare avendo perso la disponibilità del proprio patrimonio.

La legittimazione del curatore - legittimato straordinario ad agire contro gli amministratori per far valere i diritti dei creditori - è invece frutto di una scelta del legislatore ispirata alla finalità di rafforzare l'efficacia dell'azione del curatore e, come tale, necessita di una specifica disposizione di legge, in ossequio alla riserva di legge di cui all'art. 81 c.p.c.

Quella disposizione è oggi costituita dall'art. 2394 bis c.c. (in precedenza la norma processuale era costituita solo dall'art. 146 l.f. che richiamava espressamente l'art. 2394 c.c.).

E' prevalente in dottrina ed in giurisprudenza la tesi secondo cui l'azione di responsabilità esercitata dal curatore - legittimato esclusivo, dopo la dichiarazione di fallimento, al suo esercizio ha carattere unitario ed inscindibile, poiché le azioni ex artt. 2393 e 2394 c.c. confluiscono in un'unica azione sempre finalizzata alla reintegrazione del patrimonio sociale a garanzia dei soci e dei creditori, ma assomma in sé sia i presupposti dell'azione sociale che quelli dell'azione dei creditori, dando luogo ad un cumulo configurato in modo tale che venendo a mancare i presupposti dell'una, possono comunque esser presenti e soccorrere l'attore i presupposti dell'altra⁴⁾.

In sostanza, sembra adottata quella tesi, risalente ma autorevole, secondo cui l'azione dei creditori sociali, una volta messa a disposizione del curatore, perde i connotati individuali delineati dall'art. 2394 c.c. per trasformarsi in un'azione ibrida, a cavallo tra le previsioni

⁴⁾ Cass., n. 17033 del 2009; Cass., s.u., n. 5241 del 1981; Cass., n. 10488 del 1988; Cass., n. 10937 del 1997; Trib. Milano, 29.11.2003, in Soc., 2004, 1006; Id., 19.9.2003, in Giur. It., 2004, 1015; Id., 7.9.1998, in Fall., 1999, 110. Desumono dal carattere unitario ed inscindibile dell'azione del curatore ex art. 146 l.f. l' inopponibilità al curatore della rinuncia all'azione di responsabilità deliberata dalla società, sia perché il curatore è, rispetto alla società, un terzo che esercita l'azione dei creditori, sia perché, per converso, la società non avrebbe potuto rinunciare all'azione che spetta al curatore: Cass., n. 17121 del 2010; Cass., n. 25977 del 2008.

degli artt. 2393 e 2394 c.c. che persegue gli interessi della massa prendendo delle due norme le parti più favorevoli ⁵⁾.

Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.R.L.

A) Il problema della legittimazione attiva della società nell'esercizio dell'azione sociale (art. 2476 c.c.).

Per un discreto periodo di tempo, dopo la riforma, era presente un filone interpretativo che negava la legittimazione attiva della s.r.l. all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori ai sensi dell' art. 2476 c.c. Le ragioni di tale posizione si incentravano sulla netta differenza dei due tipi di società, sulla soppressione del richiamo – prima operato dall'art. 2487 c.c. prev. – all'art. 2393 c.c., sulla efficienza in chiave di tutela dei diritti sociali della legittimazione straordinaria concessa dalla legge al singolo socio.

E' tuttavia prevalso, in modo nettissimo su tutto il territorio nazionale ed ormai anche presso il Tribunale di Milano, l'orientamento opposto.

Numerose ragioni militano a supporto di quest'ultima posizione:

a) la società è il titolare del diritto al risarcimento del danno di cui si prospetta la lesione (pacifica la distinzione tra "danno della società" rilevante ex art. 2476 comma 1° cc e "danno dei singoli soci" ex art. 2476 comma 6° cc);

b) una lettura costituzionalmente orientata (art. 3, quanto alle altre società, e 24 cost.) comporta che non si possa escludere dal diritto d'azione il soggetto titolare del diritto sostanziale oggetto di tutela;

c) il dettato normativo stesso, inoltre, non appare coerente con l'ipotesi di esclusione della legittimazione della società in favore del socio (che sarebbe titolare di legittimazione straordinaria esclusiva) nella parte in cui, quanto al regime delle spese, prevede che in caso di soccombenza restino a carico del socio che le ha affrontate: pare ovvio che se il socio fosse chiamato ad agire in via esclusiva (in virtù di un rapporto di immedesimazione organica) non vi sarebbe motivo di differenziare la disciplina delle spese in relazione agli esiti della lite;

d) elemento di riscontro logico si può trovare infine nella formale disciplina del potere di rinuncia o transazione dell'azione (da parte appunto "della società") di cui all'art. 2476 comma 5° cc – potere che, sul piano strettamente processuale, presuppone una autonoma legittimazione alla diretta partecipazione al giudizio.

L'azione deve essere preceduta dalla delibera dei soci (in sede assembleare o secondo le forme di consultazione ammesse dallo statuto). Il fatto che la norma 2479 c.c. non preveda la competenza assembleare sul punto non è significativo perché il sistema normativo non prevede espressamente quell'azione (come avviene invece per la s.p.a.); l'art. 2476 c.c. peraltro, prevedendo la possibilità di transazione e rinuncia all'azione da parte della società,

⁵⁾ P. Jaeger, La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali, in Fall., 1989, 969 e ss.

rimanda necessariamente alla competenza assembleare; l'art. 2479 c.c. consente ai soci che rappresentino almeno 1/3 del capitale o all'amministratore di sollecitare la decisione assembleare su un argomento di suo interesse, onde si ritiene possibile e necessario che ciò avvenga agli effetti della costituzione del presupposto processuale dell'azione; la delibera non comporta revoca automatica dell'amministratore in carica.

In caso di fallimento il curatore è legittimato esclusivo all'esercizio dell'azione poiché si tratta per all'appunto dell'azione sociale, in relazione alla quale il socio è straordinariamente legittimato.

B) Litisconsorzio della società nell'ipotesi di azione promossa dal socio.

Diversamente da quanto previsto per le s.p.a. (art. 2393 bis c.c.) il legislatore non ha previsto che la società debba essere chiamata in giudizio.

Questa omissione è oggetto di opposte interpretazioni.

Per alcuni:

- l'espressa previsione di cui all'art. 2393 bis c.c., proprio in quanto espressa, sarebbe di natura eccezionale;

- l'azione promossa dal socio (quale sostituto processuale) è l'azione sociale, che egli promuove *uti singulus* in virtù di una legittimazione straordinaria prevista dalla legge ex art. 81 c.p.c.;

- di essa la società può disporre (rinunciandovi o transigendo la controversia, a condizione che vi consentano i 2/3 del capitale sociale e non vi si opponga 1/10 del capitale sociale) e può avvantaggiarsi (in caso di accoglimento della domanda) con l'obbligo di rimborsare le spese di giudizio ai soci che abbiano agito;

- trattandosi di un caso di sostituzione processuale (non di surroga, non essendo il socio in quanto tale creditore della società) ed essendo prevista dalla legge la possibilità della società di approfittare degli effetti della sentenza a sé favorevole, si ritiene che la condanna a risarcire il danno alla società debba avvenire in sede di dispositivo indipendentemente dalla sua partecipazione al giudizio; sostituto e sostituito sarebbero la stessa parte onde non sarebbe necessario integrare il contraddittorio.

Per altri :

- la norma di cui all'art. 2393 bis comma 3 c.c. sarebbe invece espressione di un principio generale: costoro reputano che il titolare del diritto esercitato dal legittimato straordinario sia litisconsorte necessario, onde, ex art. 102 c.p.c. deve essere chiamato in giudizio;

- l'azione è funzionale ad una pronuncia in favore della società; senza la sua partecipazione al processo questo effetto, con efficacia di giudicato, non sarebbe possibile ai sensi dell'art. 102 c.p.c.; quindi dovrebbe sempre procedersi all'integrazione del contraddittorio con la notifica dell'atto di citazione anche alla società.

Si oppone, tuttavia che: - la pronuncia in favore della società è prevista dalla legge senza necessità di integrare il contraddittorio; - la violazione dell'art. 102 c.p.c. nei confronti di un litisconsorte fa sì che la sentenza sfavorevole non sia efficace nei suoi confronti ed egli potrà fare opposizione di terzo, ma nella specie la società si avvantaggia sempre di una pronuncia di condanna degli amministratori, mentre non può lamentarsi della reiezione della domanda del socio essendosi astenuta dall'agire in prima persona o dall'intervenire.

L'orientamento della sezione è nel senso che la società si aliti consorte necessario.

C) La nomina del curatore speciale (art. 78 c.p.c.).

Queste le alternative possibili:

- a) se non si ritiene la società litisconsorte e, quindi, non si provvede ad integrare il contraddittorio non è necessaria, ovviamente, la nomina del curatore.
- b) se si ritiene la società litisconsorte necessaria, la stessa deve essere citata ogni volta in giudizio; in termini di corretta costituzione del contraddittorio si pongono le seguenti questioni:
 1. se l'assemblea delibera la costituzione della società in giudizio si pone il problema della rappresentanza processuale, poiché si palesa un conflitto di interessi, ex art. 78 comma 2° c.p.c., tra rappresentata (la società) e rappresentante (amministratore) cui si contesta la *mala gestio*.
 2. se la società non intende costituirsi in giudizio si manifesta comunque un conflitto di interessi sul piano della rappresentanza processuale?
 - secondo Cass 6.8.2001 è sufficiente il conflitto potenziale, sicché sarebbe in ogni caso necessaria la nomina del curatore speciale anche solo per ricevere la notifica dell'atto di citazione;
 - secondo altra opinione (seguita in sezione), se la società non si costituisce in giudizio non serve la nomina del curatore speciale, non essendo attuale il conflitto (l'amministratore in carica, invero, riceve la notifica dell'atto in qualità di rappresentante legale e non ha alcun potere di decidere se costituirsi o meno in giudizio per la società, essendo questa - come detto sub a) - una decisione che spetta all'assemblea, non all'amministratore; egli deve riferire in assemblea in adempimento dei suoi doveri nell'interesse della società amministrata, pena il fatto di incorrere in irregolarità gestoria);
 3. se la società si costituisce in giudizio facendo proprie le ragioni del socio attore (quindi invocando gli stessi fatti contro gli stessi soggetti) si "riappropria" dell'azione principale nell'esercizio della quale era stata sostituita dal socio, e l'iniziativa di questi assume la natura processuale di un intervento *ad adiuvandum*.

D) L'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di s.r.l.

Dopo la riforma né l'art. 2394 né l'art. 2394 bis c.c. riguardano le s.r.l., poiché il legislatore ha delineato per queste un'autonoma disciplina (non sono più previsti i richiami di cui all'art. 2487 c.c. prev.); sorge quindi la questione se nella s.r.l. possa ammettersi l'azione dei creditori sociali contro gli amministratori per aver cagionato l'insufficienza del patrimonio sociale rispetto al volume dei crediti, venendo meno ai loro doveri. Rispetto a questa lacuna ci si interroga con esiti diversi, a seconda dell'accezione che si condivide circa la natura e la finalità dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. (azione "di massa" anche a fronte di una società *in bonis*, volta a reintegrare il patrimonio sociale per mezzo dell'iniziativa di ciascun creditore legittimato straordinario anche rispetto agli altri; o azione individuale volta al risarcimento del danno individuale riflesso).
Orbene:

1. chi reputa che l'azione ex art. 2394 c.c. avrebbe la finalità di consentire la reintegrazione del patrimonio della società quale garanzia dei creditori attraverso l'attribuzione a ciascun creditore di una legittimazione straordinaria anche in favore degli altri, ritiene che, venuta

meno la menzione di questa norma nel sistema della s.r.l., sia venuto meno questa specifica forma di tutela; il singolo creditore potrebbe solo agire individualmente ex art. 2043 c.c. contro l'amministratore che abbia cagionato un danno alla propria ragione di credito attraverso l'erosione della garanzia patrimoniale generica offerta dal patrimonio del debitore ⁽⁶⁾. In caso di fallimento questa azione – individuale - non potrebbe passare in capo al curatore in assenza di una specifica previsione normativa in ossequio alla regola generale di cui all'art 81 c.p.c. (secondo lo stesso processo logico si escludeva nel vecchio regime che l'azione ex art. 2449 1° comma passasse in capo al curatore); quindi ciascun creditore anche in costanza di fallimento potrebbe agire individualmente contro gli ex amministratori per il risarcimento del danno arrecato alla sua ragione di credito a causa dell'insufficienza del patrimonio del suo debitore (quid iuris, però, se il creditore si è anche insinuato al passivo, duplicando l'azione a tutela: insinuazione al passivo della società/ richiesta di condanna contro l'amministratore ?);

2. chi ritiene che la norma di cui all'art. 2394 c.c. consente in via del tutto eccezionale nel sistema il ristoro del danno "riflesso" (perciò distinto da quello "diretto" di cui all'art 2395\2476 comma 6 c.c. che si manifesta in conseguenza di un'azione che non produce conseguenze pregiudizievoli sul patrimonio sociale), ritiene che, in mancanza del richiamo della norma stessa e/o di analoga previsione nel sistema delle s.r.l., nessun creditore possa più agire contro l'amministratore per il ristoro di un siffatto danno (da insufficienza del patrimonio sociale) ma solo per quello direttamente cagionato ex art. 2476 comma 6 c.c.

In sostanza, al problema pare non possa porsi rimedio partendo dalla natura – pur controversa e variegata - dell'azione ex art. 2394 c.c., per la constatazione che il creditore, in assenza di norma specifica, non può essere considerato né legittimato straordinario ad agire contro la società, anche per conto degli altri creditori, al fine di ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale (in quanto mancherebbe infatti la norma necessaria ex all'art. 81 c.p.c.) né legittimato ad agire in assenza per il ristoro del danno "riflesso" cagionato dagli amministratori, il cui ristoro non è contemplato ex artt. 2043 e 2395 c.c.

Sorgerebbe in conseguenza il problema della coerenza costituzionale (ex art. 3 e 24 cost.) di un sistema che prevedrebbe ingiustificatamente diversi livelli di tutela rispetto ai creditori di società di capitali, a seconda che si tratti di s.r.l. o di una s.p.a.

Attualmente sembra prevalere in dottrina e giurisprudenza l'orientamento per cui la norma di cui all'art. 2394 c.c. (sia essa intesa come norma che attribuisce una legittimazione straordinaria a ciascun creditore per ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale anche nell'interesse dei creditori rimasti inerti, sia essa intesa come norma che consente un'azione individuale per il ristoro del danno riflesso) potrebbe essere applicata in via analogica alle s.r.l.:

l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l. implica il riconoscimento di un vuoto normativo frutto di un errore di coordinamento della normativa in tema di s.r.l. e non di una deliberata scelta legislativa (di cui peraltro non v'è traccia nella legge delega e nella relazione):

⁶⁾ Trib. Napoli 11.11.2004, in Le Società, 2005, 1007, che parla espressamente di pregiudizio aquiliano arrecato alle ragioni di credito.

la "deliberata" assenza di una disciplina concernente la responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori per la violazione degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sarebbe incompatibile rispetto all'impianto codicistico come modificato dalla riforma dal momento che la disciplina della s.r.l. non sarebbe coordinata con quella di cui agli artt. 2485 - 2486 c.c., con quella dei gruppi, con la disciplina della responsabilità dei sindaci: infatti il creditore potrebbe agire contro gli amministratori della s.r.l. in stato di scioglimento ex art. 2486 c.c. ma non contro quelli della s.r.l. operativa; - il creditore potrebbe agire contro la società controllante della sua debitrice s.r.l. e contro gli amministratori di quest'ultima, ma non contro detti amministratori qualora la s.r.l. non fosse soggetta a direzione e coordinamento; in caso di s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio ex art. 2477 c.c. dovrebbe essere applicata la norma di cui all'art. 2407 comma 2 c.c. che richiama l'art. 2394 c.c., onde i creditori di una s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio potrebbero agire contro i sindaci per l'omesso controllo che avrebbe concorso a determinare l'insufficienza del patrimonio sociale, ma non - paradossalmente - contro gli amministratori che l'avrebbero direttamente provocata;

queste irragionevoli diversità della disciplina indurrebbero a ritenere la sussistenza di un "vuoto" normativo per difetto di coordinamento nella disciplina delle s.r.l., colmabile in via analogica; alle norme che prevedono l'azione in circostanze specifiche andrebbe riconosciuta valenza sistematica generale, indicativa del fatto che il legislatore non ha inteso privare i creditori di s.r.l. di questo genere di tutela⁽⁷⁾.

L'orientamento della sezione è nel senso dell'applicabilità in via analogica dell'art. 2394 c.c. anche alle srl

La legittimazione del curatore ad esercitare l'azione dei creditori di s.r.l.

Poiché, come si è detto, l'azione dei creditori non appartiene, per definizione al patrimonio del fallito, essa non passa in capo al curatore ex artt. 42 e 43 l.f. ed occorre una norma speciale che ne preveda la legittimazione; tale norma che, per le s.p.a. è espressamente prevista (art. 2394 bis c.c.), non lo è per le s.r.l.

Il sistema previgente delineato dal codice civile e dalla legge fallimentare (approvati lo stesso giorno), aveva una propria interna coerenza e compiutezza: l'art. 146 l.f. esplicitamente richiamava sia l'art. 2393 che l'art. 2394 e questi a loro volta erano richiamati, per le s.r.l., dall'art. 2487 c.c. e ciò consentiva agevolmente di ritenere il curatore legittimato ad agire anche per l'azione di responsabilità esercitata dai creditori di s.r.l.

Il nuovo art. 146 l.f. non contiene più il riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c., ma prevede al 2° comma che "sono esercitate dal curatore... : a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, gli organi di controllo i direttori generali i liquidatori".

Ebbene, la nuova formulazione della norma dell'art. 146 l.f. potrebbe essere intesa come volta a ricostituire, attraverso il richiamo a tutte "le azioni di responsabilità contro gli amministratori", quella compiutezza riportando il sistema a quella coerenza che aveva ab origine.

⁷⁾ Trib. Napoli, 12.5.2004, in Soc., 2005, 1013; Trib. Pescara, 15.11.2006, in Foro It., 2007, 7-8, 2262; Trib. Roma, 17.12.2008, in Giur. Mer., 2009, 6, 1585.

Questa interpretazione scongiurerebbe l'illegittimità costituzionale ipotizzabile per omessa previsione per le s.r.l. di una norma che - analogamente a quanto avviene in forza dell'art. 2394 bis c.c. - consenta in caso di fallimento al curatore di agire anche in nome dei creditori in via esclusiva contro gli amministratori.

La Corte di Cassazione è di recente pervenuta alla medesima conclusione, omettendo (o dando per scontato) però il passaggio concernente l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l., ed affermando che l'art. 146 l.f. "prevede semplicemente che il curatore è legittimato a esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali ed i liquidatori della società fallita. Sicché il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammesso contro gli amministratori di qualsiasi società ...". Si aggiunge che, considerata la natura unitaria ed inscindibile dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore "in favore della massa concorsuale" e "finalizzata al risultato di acquisire all'attivo fallimentare tutto quanto sottratto per fatti imputabili agli amministratori" non rileva "il riferimento all'art. 2393 piuttosto che all'art. 2394 c.c. bensì i fatti che il curatore allega come generatori di responsabilità. E correttamente i giudici del merito a tali fatti si sono riferiti per definire i limiti della domanda proposta" ⁽⁸⁾.

IV) Prescrizione delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Principio generale: art. 2935 c.c. la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere.

L'azione sociale di responsabilità si prescrive nel termine di 5 anni dalla cessazione della carica (art. 2393 comma 3 c.c.): si tratta, per valutazione unanime, di un termine di prescrizione e non di decadenza; con questa espressa formulazione la riforma avrebbe recepito all'interno della disciplina societaria la regola di cui all'art. 2941 n.7 c.c. (la sospensione del termine in costanza di rapporto); perciò, valendo il principio generale in tema di prescrizione sopra richiamato e costituendo il danno un elemento della fattispecie produttiva del diritto al risarcimento (la società non può agire sinché il danno non si è prodotto) l'azione sociale si prescrive nei cinque anni dalla cessazione della carica o dal successivo momento in cui il danno si è prodotto ed exteriorizzato; ciò, purché gli amministratori non abbiano celato o concorso a celare il pregiudizio prodotto, nel qual caso la prescrizione è sospesa (art. 2941 n. 8 c.c.) sino a quando non sia scoperto il dolo; in ogni caso deve ritenersi applicabile il maggior termine di prescrizione decennale per i fatti che, ai sensi degli artt. 216 -223 l.f., costituiscono reato.

L'azione dei creditori sociali si prescrive in 5 anni dal manifestarsi dell'insufficienza del patrimonio (art. 2949 comma 2 c.c.); si tratta di presupposto diverso dallo stato d'insolvenza, che può con esso coincidere o ad esso essere anteriore; l'onere della prova di detta anteriorità spetta a coloro che intendono avvalersi della eccepta prescrizione dell'azione ⁽⁹⁾; ai fini dell'individuazione del momento di esteriorizzazione dell'insufficienza patrimoniale antecedente al fallimento, la Cassazione ha ritenuto idonei

⁸⁾ Cass., n. 17121 del 2010. Nello stesso senso, sia pure indirettamente, cioè non rilevando d'ufficio il (non ritenuto) difetto di legittimazione del curatore: Cass., n. 9619 del 2009.

⁹⁾ Cass. Civ 9619/2009; si deve trattare di "insufficienza dell'attivo sociale a soddisfare i debiti della società oggettivamente conoscibile dai creditori". Cass. 20476/2008.

"fatti sintomatici di assoluta evidenza, come la chiusura della sede, bilanci fortemente passivi, l'assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata" (Cass. 8516/2009).

Quanto all'azione di responsabilità verso i **sindaci**: "In tema di prescrizione dell'azione di responsabilità degli amministratori, dei sindaci e dei direttori generali di società di capitali, l'art. 2941 n. 7 c.c., che stabilisce la sospensione del decorso della prescrizione finché gli amministratori sono in carica, non si applica ai sindaci e ai direttori generali, trattandosi di previsione normativa di carattere eccezionale e tassativo" (Cass. 13765/2007).

Quanto all'azione di responsabilità esercitata dal **fallimento**, come noto, l'azione sociale ex artt. 2392 e 2393 c.c. e quella dei creditori sociali ex art. 2394 c.c. possono essere esercitate unitariamente dal curatore: l'apertura della procedura concorsuale, attribuisce ex art. 146 l.f. al curatore la legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli organi della società al fine di ricostituire la massa attiva su cui potranno trovare soddisfazione concorsuale, in regime di *par condicio*, tutti i creditori della società fallita: detta unitarietà non toglie che le azioni esercitate unitariamente mantengano le loro caratteristiche proprie, anche quanto a regime della prescrizione ⁽¹⁰⁾.

L' onere di allegazione della parte che agisce per la responsabilità degli amministratori.

Come si è detto, perché sussista responsabilità deve sussistere un danno e un nesso causale diretto tra questo e la condotta di chi si assume responsabile (artt. 1218, 1223, 2043 c.c.).

Unanime è l'opinione che l'attore debba allegare compiutamente la condotta inadempiente (contraria all'obbligo di diligenza ex art. 2392 c.c. o a specifici doveri imposti dalla legge) ed il danno che ne è derivato (dunque il nesso di causalità tra l'una e l'altro) in ragione della disposizione di cui all'art. 1223 c.c. ⁽¹¹⁾.

Questo onere di allegazione è pacificamente comune tanto all'azione contrattuale (artt. 2392, 2393 c.c.) che a quelle extracontrattuali (artt. 2394, 2395 c.c.). In caso di esercizio di queste ultime l'attore deve allegare anche il profilo di colpa o dolo della condotta al fine di connotarla illecitamente, ciò che non deve fare quando esercita l'azione contrattuale poiché il profilo di illiceità è presunto nel senso che sta nella violazione stessa dell'obbligo contrattuale (sono i convenuti a dover dimostrare che l'inadempimento - la condotta illecita - non è loro imputabile come tale per assenza di dolo o colpa).

Nel caso di esercizio dell'azione sociale (contrattuale) si pone però la questione fino a che punto si deve articolare la contestazione della condotta illecita affinché si possa ritenere assolto l'onere di allegazione.

L'attore deve dare prova del suo assunto (dei fatti allegati a fondamento degli illeciti contestati), o può limitarsi a provare il rapporto contrattuale con l'amministratore e dedurre che questi non ha adempiuto o non ha esattamente adempiuto alle sue obbligazioni dovendo l'amministratore dimostrare di avere adempiuto o esattamente adempiuto (in conformità alle regole sul riparto dell'onere probatorio stabilite dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) ?

¹⁰⁾ In tal senso è l'orientamento consolidato anche del Tribunale di Milano: cfr. Trib. Milano 29.11.2003 in Le Società 2004, 8, 1006.

¹¹⁾ Per tutte Cass. 10488/1998; Cass. n. 3032/2005.

Sul punto si osserva che per poter dire che v'è un obbligo di risarcimento bisogna affermare che v'è un danno cagionato da una condotta imputabile; non si può quindi pensare che all'attore basti allegare il rapporto gestorio ed assumere che non è stato adempiuto, poiché dovendo l'attore indicare anche un danno è necessario che specifichi i termini dell'inadempimento che si pongono in collegamento causale con quel danno; questi elementi costitutivi della fattispecie, poi, devono tutti essere provati poiché non si può pensare che spetti al convenuto provare che "non sussistono" (sarebbe proprio quella prova negativa diabolica per evitare la quale la Cass. ha stabilito che non è il creditore a dove provare che il debitore "non ha adempiuto").

Pare confermare questo orientamento sull'onere di allegazione Cass. 23180/2006 est Rordorf, secondo cui: "Per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è sufficiente invocare genericamente il compimento di atti di "mala gestio" e riservare una più specifica descrizione di tali comportamenti nel corso del giudizio, atteso che per consentire alla controparte l'approntamento di adeguata difesa, nel rispetto del principio processuale del contraddittorio, la "causa petendi" deve sin dall'inizio sostanziarsi nell'indicazione dei comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli amministratori dalla legge o dallo statuto sociale. Ciò vale tanto che venga esercitata un'azione sociale di responsabilità quanto un'azione dei creditori sociali, perché anche la mancata conservazione del patrimonio sociale può generare responsabilità non già in conseguenza dell'alea insita nell'attività di impresa, ma in relazione alla violazione di doveri legali o statutari che devono essere identificati nella domanda nei loro estremi fattuali.

.... Anche la mancata conservazione del patrimonio della società, pregiudizievole per i creditori, in tanto può generare responsabilità negli amministratori in quanto sia conseguenza, non già dell'alea insita in qualsiasi attività d'impresa, bensì della violazione da parte loro di doveri legali o statutari, di cui è perciò indispensabile identificare nella domanda giudiziaria gli estremi fattuali. Se allora è vero che la compiuta enunciazione della causa petendi di un'azione di responsabilità richiede non la generica denuncia di un fenomeno di mala gestio, bensì l'indicazione di ben individuati comportamenti illegittimi, attivi o omissivi, imputati dall'attore agli amministratori della società, ne discende con assoluta evidenza che l'eventuale denuncia in corso di causa di comportamenti illegittimi diversi ed ulteriori, rispetto a quelli menzionati nell'atto introduttivo, implica il mutamento essenziale di uno degli elementi d'identificazione della domanda; e se, pertanto, ciò accade in un momento processuale in cui non è più consentito dal codice di rito formulare domande nuove, il giudice non può tener conto della denuncia di quei diversi ed ulteriori comportamenti, pena la violazione del già richiamato principio del contraddittorio".

Il danno.

Si è già ampiamente sottolineato che il principio fondamentale in materia è quello di causalità: gli amministratori rispondono dei danni conseguenza immediata e diretta della loro condotta inadempiente (artt. 1218, 1223, 1225, 1226 c.c. per responsabilità contrattuale cui è riconducibile quella ex art. 2392 e 2476 c.c.; norme richiamate anche dall' art. 2056 c.c. per quanto riguarda la valutazione del danno da responsabilità extracontrattuale cui è

riconducibile quella ex art. 2394 c.c., salvo il 1225 c.c. che limita in caso di colpa il risarcimento ai danni prevedibili).

E' stato ribadito in plurime pronunce in varie sedi - che "il pregiudizio derivante da specifici atti illegittimi imputabili agli amministratori non deve essere confuso con il risultato negativo della gestione patrimoniale della società (...) lo sbilancio patrimoniale può avere cause molteplici non necessariamente tutte riconducibili a comportamento illegittimo dei gestori e dei controllori della società (...) la sua concreta misura dipende spesso non tanto dal compimento di uno o più atti illegittimi, quanto dalla gestione nel suo complesso e dalle scelte discrezionali in cui questa si traduce: ossia da attività sottratte per loro natura al vaglio di legittimità del giudice" (Cass. n.3032/2005; Cass. 2538/2005).

Si danno vari casi di atti pregiudizievoli:

- semplice l'ipotesi di atti distrattivi ove il danno è pari alla relativa diminuzione patrimoniale;

- omesso pagamento oneri fiscali e contributivi, ove il danno è pari all'entità delle sanzioni e interessi (manca il nesso di causalità ove l'amministratore dimostri che la società non era comunque in grado, a causa dello stato di deficit finanziario o patrimoniale non imputabile di pagare gli oneri);

- deve ricordarsi che l'alterazione delle scritture contabili, la violazione di obblighi pubblicitari, contabili od amministrativi, la falsificazione del bilancio non possono essere assunte, in se stesse, quali condotte fonti di un diritto al risarcimento ove non si dimostri che esse sono state causa di violazioni che hanno prodotto un danno alla società. Così pure, non sempre è possibile dimostrare che in caso di corretto adempimento la società non avrebbe comunque subito il danno; così anche la Corte di Cassazione che afferma che l'irregolarità contabile, l'occultamento della perdita ad essa connessa e l'omissione dei provvedimenti di ricapitalizzazione necessari, in se sono irregolarità non sufficienti a determinare una responsabilità risarcitoria a carico degli amministratori nei confronti della società ove non si dimostri che a causa di quelle violazioni la società medesima ha subito un danno" (12).

Pertanto l'irregolarità contabile e l'occultamento della perdita che ne sia derivata può solo essere invocata come presupposto dell'accertamento di uno stato di scioglimento della società funzionale a qualificare come illecita l'attività gestionale successiva in quanto non in linea con la finalità conservativa dell'integrità del patrimonio che gli amministratori possono/devono perseguire in una prospettiva liquidatoria (ex art. 2486 c.c.), la quale potrebbe aver prodotto ulteriori perdite per la società (13).

1) Obblighi degli amministratori per il caso si verifichi lo scioglimento della società per perdita del capitale sociale .

E' frequente il caso in cui sia contestata dalla curatela fallimentare la illegittima prosecuzione dell'attività in difetto dei presupposti di legge, quale condotta susseguente all'occultamento doloso od al mancato accertamento colposo della totale erosione del capitale sociale in ragione di perdite.

¹²) Cass. n. 3652 del 1997; Cass. 28.4.1997 n. 3652; Trib. Milano, 17.10.1988, Soc., 1989, 270.

¹³) C. App. Milano, 11.7.2007, Soc., 2008, 590.

I riferimenti normativi, dopo la riforma, sono agli artt. 2392, 2447, 2484 comma 1 n. 4), 2485, 2486 c.c. ; prima della riforma il riferimento erano agli artt. 2392, 2447, 2449 c.c.

E' univoca l'opinione secondo la quale la riforma, pur chiarendo alcuni aspetti della fattispecie di responsabilità ed introducendo alcune variazioni in punto di fattispecie di scioglimento della società, non ha sostanzialmente innovato rispetto al passato.

I presupposti della imputazione di responsabilità possono essere sintetizzati come di seguito esposto.

Anzitutto occorre che il capitale sociale sia sceso, in un determinato momento, sotto il minimo di legge (art. 2447 c.c.).

In secondo luogo occorre che gli amministratori si siano accorti di tale circostanza o se ne potessero accorgere utilizzando la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392 comma 1 c.c.).

In terzo luogo occorre che gli amministratori abbiano omesso di convocare senza indugio l'assemblea di cui all'art. 2447 c.c. - finalizzata alla ricapitalizzazione o trasformazione della società -, ovvero, pur essendosi tenuta quell'assemblea, non siano state adottate delibere che consentano la ordinaria prosecuzione dell'attività sociale, e, in ogni caso, gli amministratori non abbiano iscritto la causa di scioglimento della società e non l'abbiano quindi messa in liquidazione.

Inoltre occorre che gli amministratori, pur conoscendo o potendo conoscere la perdita del capitale e non avendo adottato gli adempimenti conseguenti, abbiano compiuto nuove operazioni generative di danno per la società (art. 2449 previgente) o abbiano proseguito nella gestione dell'attività con modalità ed a fini estranei alla mera conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio (art. 2486 c.c.).

Infine occorre che la prosecuzione dell'attività in ottica non conservativa abbia prodotto dei danni alla società od ai creditori, depauperando il patrimonio sociale.

In sostanza, gli obblighi cui la legge vincola gli amministratori sono quelli di cui agli artt. 2446-2447 c.c., e tra questi non v'è quello di interrompere immediatamente l'attività né di chiedere la dichiarazione dello stato d'insolvenza la quale ultima peraltro si fonda su presupposti ben diversi dalla perdita del capitale o dall'insufficiente patrimonializzazione, che consistendo nell'impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. Le norme dianzi citate, unitamente a quelle di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c., impongono, invece, agli amministratori la convocazione dell'assemblea dei soci per la ricapitalizzazione o, in difetto, la messa in liquidazione la società implicante il mutamento dell'oggetto dell'attività, che non potrà più essere, in difetto delle condizioni patrimoniali e finanziarie necessarie per legge, l'attività imprenditoriale prescelta, ma esclusivamente quella conservativa dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (anche attraverso il completamento del ciclo produttivo in corso).

Ne deriva che chi intenda far valere una responsabilità per violazione degli obblighi citati deve dedurre che dopo la asserita perdita erano state intraprese iniziative imprenditoriali al di fuori di una logica meramente conservativa, individuare siffatte iniziative ed indicare quali conseguenze negative sul piano del depauperamento del patrimonio sociale ne sarebbero derivate, al netto dei ricavi.

2.) La natura illecita della condotta .

Anche nel vigore della precedente disciplina si era consolidato un orientamento giurisprudenziale per cui solo le operazioni fonte di nuovo rischio d'impresa potevano considerarsi "nuove" e quindi vietate, e solo quelle che causavano un danno potevano generare responsabilità degli amministratori, in ossequio ai principi su cui si regge la responsabilità civile in generale; oggi per unanime opinione la deduzione della violazione del nuovo art. 2486 c.c. implica la contestazione di attività non orientata meramente alla conservazione del valore del patrimonio sociale, bensì fonte di nuovo rischio di impresa, che, proprio in questi termini, ha cagionato un danno ingiusto in termini di depauperamento del patrimonio sociale al netto degli eventuali ricavi.

Il dato normativo di cui all'art. 2486 c.c., introdotto dal 2004, evidenzia in altre parole la liceità dell'attività di gestione con finalità conservativa, onde pare imprescindibile per chi intenda vedere affermata una responsabilità per danni degli amministratori allegare la finalità non conservativa dell'attività che li avrebbe prodotti, e, ovviamente, il nesso causale che lega l'una agli altri

In questa prospettiva di continuità tra vecchia e nuova disciplina sembra potersi richiamare come attuale l'orientamento giurisprudenziale in tema di onere di allegazione e prova : l'onere di allegazione della novità dell'operazione compete all'attore (Cass n. 25977/2008: *"l'azione di responsabilità (...) ha natura contrattuale (...); ne consegue che, mentre su chi la promuove grava esclusivamente l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità tra queste ed il danno verificatosi, incombe, per converso, su amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti; pertanto, l'onere della prova della novità delle operazioni intraprese dall'amministratore successivamente al verificarsi dello scioglimento della società per perdita del capitale sociale, compete all'attore e non all'amministratore convenuto"*; cfr anche Cass. n. 3694/2007 - n.1035/1995; sul nesso causale condotta - danno, Cass. n. 17033/2008).

Il limite entro cui i comportamenti gestori possono dirsi consentiti in una situazione in cui è comunque doverosa la conservazione dei valori dell'impresa, resta legata, a valutazioni da operare caso per caso.

3.) Onere di individuare i singoli atti fonte di danno.

La curatela dovrebbe indicare quali operazioni gestorie assunte in un'ottica di continuità aziendale non più lecite hanno cagionato danno alla società, al netto dell'eventuale ricavo (es. acquisto nuovo macchinario non potuto utilizzare per mancanza di commesse); tuttavia la natura dinamica e complessa dell'attività di impresa può rendere estremamente complesso il rispetto di questo onere di allegazione specie a fronte di fallimenti di società per le quali si deduce una notevole anteriorità della perdita del capitale rispetto alla dichiarazione di insolvenza, ove si tratta di valutare un complesso di attività a volte attraverso documentazione contabile non del tutto chiara o completa; di fronte alla difficoltà di individuare in modo sufficientemente circostanziato le operazioni non coerenti con il fine conservativo, può ricorrersi a criteri presuntivi e

sintetici di allegazione, che si basano sulla plausibilità logica nel caso concreto dell'imputazione causale di un certo risultato negativo per il patrimonio sociale.

In pratica si può ritenere assolto l'onere di allegazione quando la curatela fallimentare abbia dedotto che la perdita del capitale e dunque lo stato di scioglimento della società sono anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza o alla formale messa in liquidazione della società, e affermato che gli amministratori hanno proseguito l'attività "d'impresa", con ciò provocando una ulteriore diminuzione del patrimonio sociale; indice di questa attività illecita ulteriormente depauperativa può essere la maggior perdita registrata rispetto al momento dello scioglimento di fatto; ma la circostanza va verificata poiché anche attività di mera liquidazione implicano costi e oneri ineliminabili nel breve periodo che non possono però imputarsi a titolo di danno.

C) Criteri di liquidazione del danno.

Come detto a fronte della speciale complessità di talune situazioni economico-gestionali (anche legate alla non veridicità dei dati contabili), si può ricorrere a criteri equitativi di liquidazione del danno, motivando la ragione per la quale li si invoca, atteso che essi non possono costituire strumenti per eludere l'onere di allegazione e prova che sia del tutto agevole assolvere a fronte di una contabilità ordinata e completa.

1) la differenza attivo/passivo fallimentare.

E' stato ribadito in plurime pronunce in varie sedi che:

*"il pregiudizio derivante da specifici atti illegittimi imputabili agli amministratori non deve essere confuso con il risultato negativo della gestione patrimoniale della società (...). lo sbilancio patrimoniale può avere cause molteplici non necessariamente tutte riconducibili a comportamento illegittimo dei gestori e dei controllori della società (...). la sua concreta misura dipende spesso non tanto dal compimento di uno o più atti illegittimi, quanto dalla gestione nel suo complesso e dalle scelte discrezionali in cui questa si traduce: ossia da attività sottratte per loro natura al vaglio di legittimità del giudice"*¹⁴.

E ancora: *"non solo infatti nelle procedure fallimentari le poste attive sono suscettibili di una notevole falcidia ma nella stessa liquidazione volontaria - che avrebbe dovuto seguire all'azzeramento del capitale se l'assemblea non intende procedere alla ricapitalizzazione - i criteri di valutazione di alcune poste attive possono non rispecchiare il valore di realizzo in sede liquidativa; dall'altro canto il passivo può lievitare per effetto del maturare di interessi sui crediti esigibili, che non possono essere soddisfatti se non via via che le attività vengono liquidate"*.

In linea generale, dunque, il criterio c.d. differenza attivo/passivo non è in alcun modo compatibile con la necessaria sussistenza di un nesso casuale tra condotta e danno: nelle passività sono comprese situazione debitorie non imputabili in quanto anteriori alla

¹⁴) Cass. n. 3032 del 2005; Cass. 2538 del 2005; Cass., n. 10488 del 1998 in Fall. 1999, 1079; Cass., n. 1375 del 2000 in Dir. Prat. Soc., 2000, 20; Trib. Genova, 24.11.1997, in Fall., 1998, 843.

individuata perdita del capitale e l'attività è condizionata anche dall'azione della curatela che può essere non tempestiva o non adeguata ⁽¹⁵⁾.

Salvo alcune specifiche situazioni in cui il ricorso a questo criterio equitativo è coerente con il principio di causalità che regge la responsabilità civile:

- la prima è quella in cui manchino o siano completamente inattendibili le scritture contabili; in questo caso, infatti, il danno non è specificamente determinabile, ma non lo è per fatto e colpa degli amministratori, che, quindi, rimangono gravati dell'onere di provare che il danno è diverso e minore rispetto allo sbilancio attivo-passivo fallimentare;
- la seconda eccezione è quella in cui il dissesto (inteso come la grave insufficienza patrimoniale che avrebbe determinato senz'altro l'obbligo della dichiarazione di insolvenza) sia stato causato direttamente da comportamenti colposi degli amministratori ⁽¹⁶⁾ (come il caso in cui un'attività distrattiva sistematica abbia eroso il patrimonio sociale).

2) la Differenza dei netti patrimoniali (c.d. perdita incrementale)

Si tratta di un criterio utilizzabile in presenza di situazioni di prosecuzione dell'attività di impresa per un periodo di tempo considerevole, con conseguente difficoltà di ricostruire ex post le singole operazioni non conservative e di collegare ad esse un danno al netto dell'eventuale ricavo; il criterio è comunque equitativo onde va sempre giustificato il suo utilizzo che deve rispondere alla logica e al buon senso, poiché *“non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi di una causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell'attività potendo in parte prodursi comunque anche in pendenza della liquidazione o durante il fallimento per il solo fatto della svalutazione dei cespiti aziendali in ragione del venir meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa”* ⁽¹⁷⁾.
Esso consiste nella differenza tra il patrimonio netto della società al momento del verificarsi della causa di scioglimento della stessa ed il patrimonio netto della società al momento della messa in liquidazione (o della sentenza dichiarativa di fallimento, se non preceduta da fase di liquidazione).

Si tratta di un criterio che consente di apprezzare in via sintetica ma plausibile l'effettiva diminuzione patrimoniale della società (dunque, appunto, il danno per la società e per i creditori) intervenuta a causa della ritardata liquidazione.

Questo criterio però è presuntivo e deve essere applicato nel rispetto della logica e della ragionevolezza tenendo conto del fatto che, in astratto, la prosecuzione dell'attività, per quanto non conservativa, può non aver cagionato danno (per es. il conto economico dell'ultimo esercizio può rappresentare un rapporto costi – ricavi positivo).

La prima condizione per la sua corretta applicazione è che individui correttamente il primo termine di paragone, che essendo in tesi il bilancio a partire dal quale la società si assume aveva perso il capitale andava quindi posta in liquidazione, deve essere rettificato alla luce

¹⁵⁾ Cass., n. 9252 del 1997 in Soc. 1998 1025; Cass., n. 16211 del 2007; Cass., n. 2538 del 2005; Trib. Roma, n. 8455 del 2008; Trib. Roma 19.1.1982, in Fall., 1983, 337.

¹⁶⁾ Cass. 9252 del 1997; Cass., n. 17033 del 2008.

¹⁷⁾ Cass. n. 17033 del 2008. V. anche: Trib. Milano, 24.1.1983, in Fall., 1984, 811; Trib. Torino, 24.12.1994, in Dir. Fall., 1995, II, 857.

dei criteri di redazione di un bilancio di liquidazione, in modo che si attui la doverosa sterilizzazione dell'abbattimento dei valori contabili che comunque si sarebbe verificato se la società fosse stata tempestivamente posta in liquidazione, abbattimento che, come tale, non è imputabile alla mala gestione degli amministratori ¹⁸⁾.

In altre parole devono essere confrontate situazioni patrimoniali omogenee, essendo sbagliato ed illogico comparare il risultato di bilanci redatti sul presupposto della continuità aziendale e bilanci redatti sul presupposto di attività liquidatoria.

Pertanto il bilancio oggetto delle rettifiche di funzionamento che hanno fatto emergere la perdita "occulta", dovrà essere oggetto anche di rettifiche di "liquidazione" perché si assume che la società avrebbe dovuto essere posta in liquidazione a quella data; il risultato d'esercizio di siffatto bilancio andrà confrontato con il bilancio finale di liquidazione; il primo bilancio oggetto di raffronto dovrà insomma essere DEPURATO di tutti i valori dell'attivo che si giustificano solo in una prospettiva di continuità aziendale (es.: avviamento, immobilizzazioni immateriali, ammortamenti; risconti attivi).

Inoltre le rettifiche di funzionamento operate sul primo bilancio (es. svalutazioni doverose di poste attive omesse allo scopo di occultare una perdita) vanno ripetute anche sul secondo bilancio posto in comparazione (es. un credito inesigibile e perciò eliminato nel 2001 va eliminato anche nel 2003).

Solo in questo modo è possibile individuare un depauperamento del patrimonio ragionevolmente imputabile.

Infine, ovviamente, qualora nel corso della gestione sociale, si siano succeduti più amministratori in periodi diversi, occorrerà stabilire l'incremento di deficit creatosi nel periodo in cui ciascuno ha ricoperto la carica, poiché solo per quel periodo ciascuno risponde.

Nei casi più complicati la verifica della fondatezza dell'allegazione può richiedere una CTU: è chiaro però che la CTU **non può supplire all'onere di allegazione** ma deve essere funzionale alla prova tecnica dell'assunto attoreo che dovrà aver già assolto all'onere di :

- individuare il momento della perdita del capitale sociale, indicando le rettifiche delle poste inserite in bilancio che reputa corrette alla luce dei criteri che ne disciplinano la redazione;
- individuare le operazioni non conservative o comunque gli indici della prosecuzione dell'attività d'impresa caratteristica (una diminuzione netta dei costi in conto economico dell'esercizio successivo a quello in cui si assume perso il capitale, è indice di senso opposto);
- individuare il danno eventualmente alla luce della comparazione tra situazioni nette patrimoniali;
- specificare per quale parte esso sia imputabile a ciascuno degli amministratori in relazione ai periodi in cui sono rimasti in carica.

Esempio di quesito sottoposto al CTU.

¹⁸⁾ Cass., n. 17033 del 2008

1)

“rilevato che – alla luce di quanto dedotto e della documentazione prodotta - risulta necessario accertare,

da un lato :

- a) il risultato d'esercizio al 31.12.2004 come rettificato alla luce delle poste contestate dalla curatela;
- b) il risultato d'esercizio al 31.12.2004 in conseguenza delle rettifiche da apportarsi in conseguenza dell'eventuale stato di liquidazione derivante dall'accertamento della perdita del capitale conseguente alle verifiche di cui al punto a) ;
- c) il risultato d'esercizio alla data del 31.12.2006 (stante il fatto che la dichiarazione di fallimento è intervenuta il 2.1-2007) come rettificato in ragione delle rettifiche sia “di funzionamento” sia “ di liquidazione” apportate all'esercizio 2004;
- d) l'eventuale aggravamento della differenza tra i patrimoni netti relativi agli esercizi come sopra rettificati al netto dei costi sostenuti negli esercizi 2005 e 2006 che attengano ad attività compatibile con lo stato di liquidazione e dunque connessi alla necessità di conservare il valore del patrimonio (es. eventuale conclusione di appalti in corso);

dall'altro :

- e) se le cessioni di beni aziendali nonché l'affitto della residua azienda sia avvenuta a prezzi che rispecchiavano il reale valore dei beni, ed in caso negativo stabilire la differenza di valore degli stessi;

disporre CTU volta alla verifica dei punti predetti che si intendono costituire l'oggetto del quesito e nomina CTU il dott.

2)

“ dica il CTU, tenuto conto delle allegazioni ed eccezioni formulate dalle parti, esaminati gli atti di causa e i documenti prodotti, sentiti gli eventuali consulenti tecnici di parte e compiuto ogni accertamento del caso, previa ricostruzione della situazione patrimoniale e del conto economico con osservanza dei criteri legali di redazione del bilancio:

- 1) *quale fosse l'effettiva situazione patrimoniale della società fallita a far data dal 31.12.2000 e fino alla dichiarazione di fallimento;*
- 2) *se la fusione con la società KYX abbia determinato o no il dissesto della società;*
- 3) *tenuto conto delle rettifiche e riclassificazioni operate dal Fallimento attore, a quale data risulti la perdita del capitale sociale nella misura di cui all'art. 2447 c.c. (all'epoca vigente) con le conseguenze di legge in ordine alla continuazione della gestione e agli obblighi degli organi sociali;*
- 4) *ove emerga la perdita del capitale sociale, di quanto si sia aggravata la situazione economico-patrimoniale dalla data di perdita del capitale alla data del fallimento e, in particolare, di quanto sia aumentato il disavanzo in totale e per ogni esercizio.*

5) ove emerga la perdita del capitale sociale, offra ogni elemento utile per la determinazione dei danni conseguiti alla società ed ai creditori sociali, anche con riferimento al criterio della differenza fra "netti patrimoniali" alla data di perdita del capitale e alla data del fallimento, depurando tale differenza dell'abbattimento che il patrimonio netto avrebbe comunque subito se la società fosse stata tempestivamente posta in liquidazione;

6) determini l'ammontare dei danni con riferimento ai diversi soggetti in causa, tenuto conto della carica rivestita, del periodo di tempo in cui i medesimi ebbero ad assumerla, e del momento in cui i medesimi avrebbero dovuto accorgersi, secondo le regole della diligenza professionale, dell'intervenuta perdita del capitale sociale".

Transazioni tra gli amministratori convenuti ed il fallimento attore.

Effetti delle transazioni sui condebitori solidali.

La solidarietà degli amministratori (e sindaci) per fatto dannoso loro imputabile è stabilita ex artt. 1294 e 2055 c.c.

Agli effetti del regresso ciò significa che ogni coobbligato è tenuto a rispondere nei rapporti interni in misura proporzionale alla gravità della colpa o all'entità del danno causato per effetto di questa; la misura si presume uguale in mancanza di una prova diversa.

E' ammessa la domanda per l'accertamento del diritto di regresso e per **l'accertamento** dell'entità della propria quota di responsabilità; la domanda di condanna del condebitore invece presuppone che chi agisce abbia pagato il creditore oltre la sua quota.

A seguito di transazione, la domanda deve ritenersi ridotta in ragione delle quote di responsabilità definite: secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale "il primo comma dell'art. 1304 cod. civ. nel disciplinare gli effetti della transazione intervenuta fra il creditore ed uno dei condebitori solidali, si riferisce alla transazione concernente l'intero debito (solidale), mentre quando l'oggetto del negozio transattivo sia limitato alla quota interna del debitore solidale stipulante, si riduce l'intero debito dell'importo corrispondente alla quota transatta con il conseguente scioglimento del vincolo solidale fra lo stipulante e gli altri condebitori" (19).

Pertanto il debito dei convenuti verso il Fallimento deve ritenersi ridotto dell'importo corrispondente alla quota transatta dai condebitori solidali, quota che, ex art. 1298 c.c., in mancanza di diverse dichiarazioni delle parti in seno all'accordo e di risultanze di causa diverse, si deve presumere uguale a quella del condebitore destinatario della domanda di condanna.

¹⁹⁾ Cass., n. 16050 del 2009; Cass., n. 9369 del 2009; Cass., n. 14550 del 2009; Cass. n. 7485 del 27.3.2007; Cass. n. 8946 del 2006; Cass., n. 3086 del 1997; Trib. Milano, sez. VIII civile, 1.9.2010, in *Le Società*, 2010, 1398.