

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

A cura di Alessandra Dal Moro e Angelo Mambriani.

Gli amministratori sono responsabili del loro operato in una triplice direzione: - verso la società (art. 2392, 2393, 2393 bis c.p.c.); - verso i creditori sociali (artt. 2394, 2394 bis c.c.); - verso i soci ed i terzi (art. 2395 c.c.).

I) Responsabilità verso la società.

Il titolo delle obbligazioni degli amministratori verso la società deve essere individuato nel rapporto instaurato con la nomina e l'accettazione. Si tratta, quale che sia la configurazione che ad esso si voglia dare – mandato, contratto di amministrazione o, preferibilmente, rapporto di immedesimazione organica -, di rapporto di natura contrattuale ⁽¹⁾.

In forza di tale titolo si determinano in capo agli amministratori obbligazioni verso la società riconducibili a due categorie: - il funzionamento dell'organizzazione; - la gestione dell'impresa ⁽²⁾.

Gli obblighi relativi al funzionamento dell'organizzazione sono relativi a tutti quegli atti di impulso all'operatività degli organi sociali che gli amministratori sono tenuti a compiere per legge o per obbligo statutario.

Ne sono esempi: - convocazione dell'assemblea ex artt. 2446 e 2447 c.c.; - approvazione di un progetto di bilancio conforme alle disposizioni di legge e convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio; - approvazione e sottoposizione all'assemblea delle

¹⁾ Cass., sez. un., n. 5341 del 1981.

²⁾ Salafia, Profili di responsabilità degli amministratori di società di capitali, in Soc., 2005, 1333

situazioni straordinarie quando previste; - esecuzione delle prescritte pubblicità ed iscrizioni nel registro delle imprese; regolare tenuta delle scritture contabili; - divieto di agire in concorrenza con la società (art. 2390 c.c.); - divieto di agire in conflitto di interessi con la società (art. 2391 c.c.); -

Siffatte obbligazioni sono di risultato, non di mezzi, ed il loro inadempimento può essere causativo di danni alla società (es.: mancata convocazione di assemblea ex art. 2447 c.c., mancata iscrizione della causa di scioglimento ex art. 2484 comma 1 n. 4 c.c. e responsabilità ex artt. 2485 e 2486 c.c.).

Gli obblighi relativi alla gestione, in vista del raggiungimento dello scopo sociale: il compimento di una serie di atti materiali (es.: organizzazione dell'azienda, sua collocazione nello spazio, elaborazione di programmi economici, ecc.) e di atti giuridici a ciò finalizzati (es.: - contratti necessari per fornire all'impresa i necessari fattori di produzione; - contratti necessari per svolgere in sicurezza l'attività di impresa; - assolvimento degli obblighi fiscali, previdenziali, amministrativi).

Particolare rilevanza assume, tra gli obblighi relativi alla gestione, quello di agire con diligenza, desumibile dal disposto dell'art. 2932 c.c. (v. postea).

Si tratta, in questo caso, di obbligazioni di mezzi, non di risultato.

Come si è detto, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 6 del 2003, si tratta di atti tutti di stretta ed esclusiva competenza degli amministratori, atti rispetto ai quali essi rimangono responsabili pur quando sia stata concessa la necessaria autorizzazione assembleare prevista per statuto.

La responsabilità degli amministratori verso la società concerne appunto l'inadempimento o l'inesatto adempimento di tali obbligazioni e determina, già in base ai principi generali (art. 1218 c.c.), l'obbligo di risarcire il danno.

Sempre in base ai principi generali è facile desumere quali siano i presupposti per la creazione di responsabilità risarcitoria in capo agli amministratori:

a) che l'amministratore abbia tenuto, nell'esercizio delle sue funzioni, un comportamento attivo od omissivo in violazione di doveri od obblighi previsti dalla legge o dallo statuto (v. supra), tra cui in primis l'obbligo di agire con diligenza.

b) che tale comportamento abbia determinato un danno alla società, sotto il profilo del danno emergente o del lucro cessante.

c) che tra il comportamento dell'amministratore ed il danno sussista un nesso di causalità ("conseguenza immediata e diretta": art. 1223 c.c.) valutabile secondo il criterio della regolarità statistica della seriazione causale valutata ex ante ⁽³⁾.

Sempre in ossequio ai principi generali, ed in linea molto generale, si può dire che spetterà all'attore provare il danno ed il nesso causale con il comportamento dell'amministratore, di cui sia allegata la natura inadempiente, mentre il convenuto potrà esimersi dalla responsabilità solo provando l'adempimento o che l'inadempimento è dovuto a fatto a lui non imputabile (art. 1218 c.c.) ⁽⁴⁾. Questa regola è certamente valida con riferimento ai comportamenti tenuti dagli amministratori in violazione di norme espressamente previste dalla legge o dallo statuto (c.d. "colpa specifica"), ma quando "tali comportamenti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di lealtà, coincidente con il precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri. In tal caso l'onere della prova dell'attore non si esaurisce nella prova dell'atto compiuto dall'amministratore ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo implica violazione dei doveri di lealtà o diligenza" ⁽⁵⁾.

³⁾ Tra le tante: App. Milano, Sez. I, 17.5.2007.

⁴⁾ Salafia, *Profili di responsabilità*, cit., 1336.

⁵⁾ Cass., sez. I, 17.1.2007, n. 1045.

* Nondimeno, a causa della peculiarità e complessità dell'attività di cui si tratta, la legge ha dettato specifiche norme di regolamentazione della relativa responsabilità, anche per chiarire, attraverso scelte normative precise, dubbi che altrimenti potrebbero insorgere.

Così l'art. 2392 c.c. stabilisce - progredendo nel senso di un indirizzo che faceva riferimento alla diligenza professionale di cui all'art. 1176 comma 2 c.c., prevalso nonostante il precedente riferimento alla diligenza del mandatario e, quindi, del "buon padre di famiglia" (art. 1710 c.c. ⁽⁶⁾) - che il livello di diligenza richiesto agli amministratori è quello richiesto "dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze".

Il primo parametro è di natura oggettiva e si riferisce alle caratteristiche della società amministrata (dimensioni, attività svolta, struttura organizzativa) ed alla posizione concretamente assunta all'interno dell'organo collegiale.

Il secondo è di natura soggettiva e stabilisce che il livello di diligenza esigibile da ciascun amministratore è quello correlato alle sue proprie competenze. In questo modo si personalizza il grado di diligenza esigibile in ragione delle cognizioni, esperienze, capacità tecniche e manageriali dei singoli, adeguandolo alle situazioni concrete.

Ciò posto, sembra essere con ciò anche risolto in senso positivo il problema se agli amministratori sia richiesto anche di agire con perizia e prudenza, assorbite dei riferimenti alla natura dell'incarico ed alla competenza specifica.

La più importante conseguenza della nuova impostazione personalistica consiste nella possibilità che, pur nell'ambito di organismi collegiali, alcuni dei componenti non siano ritenuti responsabili ed altri sì, in relazione al diverso grado di esigibilità di una determinata prestazione dagli uni e non dagli altri.

* E' comune l'affermazione che al Giudice è preclusa la valutazione del merito delle scelte gestionali degli amministratori (business judgment rule) ⁽⁷⁾.

⁶⁾ Tra le tante: Cass., n. 280 del 1982 in Giur. It., 1982, I, I, 744.

⁷⁾ Cass., n. 18231 del 2009; Cass., n. 5718 del 2004; Cass., n. 9252 del 1977 in Soc. 1977, 1389; Cass., 16.1.1982, n. 280 in Giur. It., 1982, I, 1, 744; Trib. Milano, 10.2.2000, in Giur. Comm., 2001, II 326. Salafia, Profili di responsabilità, cit., 1335.

Teoricamente la distinzione rispetto alle regole di valutazione della diligenza è chiara, nel senso che la discrezionalità amministrativa inizia, ed è insindacabile, oltre il confine che separa la negligenza dalla diligenza.

Nondimeno è piuttosto evidente l'estrema difficoltà di distinguere, in molti casi, con chiarezza quel confine, tanto più labile quanto più le situazioni gestionali generative di danno sono complesse.

* La disposizione di cui all'art. 2392 c.c., pur non espressamente richiamata, è considerata applicabile anche alle s.r.l. in quanto esplicitazione dell'art. 1176, comma 2, c.c.

* Altro assai importante aspetto della “personalizzazione” della responsabilità degli amministratori che il d.lgs. n. 6 del 2003 ha inteso introdurre concerne quella dei deleganti. In precedenza, stabilito un generale obbligo di vigilanza in capo a tutti gli amministratori (art. 2392 comma 2 c.c. prev.), la giurisprudenza aveva costruito uno schema di responsabilità molto rigido, che giungeva a sfiorare la responsabilità oggettiva, posto che, dato un comportamento negligente e dannoso dei delegati, era sempre possibile costruire il concorso dei deleganti in termini di omessa vigilanza colposa ⁽⁸⁾.

La riforma si è invece presa le mosse dall'apprezzamento della diversa posizione degli amministratori deleganti rispetto ai delegati. Solo questi ultimi sono effettivamente al vertice della struttura aziendale, lavorano a tempo pieno, sono in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali, sono correlativamente retribuiti, sicché a tali ampi poteri e compiti e retribuzione deve far riscontro un parametro ampio di responsabilità. Ben diversa la posizione dei consiglieri non esecutivi, la cui posizione il legislatore ha configurato diversamente quanto a compiti e poteri (cfr. art. 2381 c.c.) correlando a tale diversa

⁸⁾ Relazione al d.lgs. n. 6 del 2003, § 6, III, n.4.: “... l'eliminazione dal precedente comma 2 dell'art. 2392 c.c. dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da obblighi specifici ben individuati (vedi in particolare gli artt. 2381 e 2391) tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili.

posizione parametri più ristretti di responsabilità, proprio per evitare interpretazioni troppo penalizzanti e non rispettose della effettiva situazione in cui versano ⁽⁹⁾.

Anzitutto, come noto, è stato espunto dalla lettera della legge l'obbligo generale di vigilanza in precedenza previsto in capo a tutti gli amministratori.

In secondo luogo è stata confermata la deroga alla responsabilità solidale degli amministratori per violazione dei loro doveri, data dalla inerenza di quei doveri alle competenze del comitato esecutivo od alle funzioni delegate anche di fatto – questa è invece una novità - a singoli amministratori (art. 2392 comma 1 secondo periodo c.c.).

La riforma, tuttavia, si sostanzia nella ulteriore conferma che la deroga riceve nel disposto del comma successivo dello stesso articolo (art. 2392 comma 2 c.c.).

Tale ultima norma, infatti, assume un richiamo e due presupposti per l'affermazione della responsabilità solidale di tutti gli amministratori, siano delegati o deleganti (“In ogni caso ...”).

Il richiamo è al disposto dell'art. 2381 comma 3 c.c.; un primo presupposto, che i consiglieri fossero a conoscenza di fatti pregiudizievoli; il secondo, collegato al primo, che non abbiano fatto tutto quanto in loro potere per evitarne il compimento od attenuarne gli effetti. Il terzo comma dell'art. 2392, aggiunge un'altra esimente (il consigliere che, essendo immune da colpa, abbia fatto tempestivamente annotare il suo dissenso nel libro verbali del c.d.a. ed abbia subito avvisato per iscritto il presidente del collegio sindacale).

La successione normativa – il comma 1 dell'art. 2392 prevede ipotesi di responsabilità contrattuale degli amministratori anche per colpa, il comma 2 una esimente per gli amministratori a conoscenza dei fatti pregiudizievoli, il comma 3 una esimente che suppone almeno il dolo eventuale (l'amministratore che si rappresenta il fatto pregiudizievole senza poterlo escludere) – fa ritenere che l'inciso che fa salva l'applicazione del comma 3 dell'art. 2381 sia riferito solo alla differenziazione della responsabilità per colpa (negligente ignoranza dell'atto pregiudizievole o della natura pregiudizievole dell'atto), mentre nessun ruolo può avere rispetto alla situazione dell'amministratore consapevole (in modo diretto od eventuale) dell'atto di mala gestio.

⁹⁾ BONELLI, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, Milano, 2004, 53. Cass., sez. V pen., n. 23838 del 2007; Cass., sez. V pen., n. 21581 del 2009.

Tanto premesso, la norma richiamata ha una funzione essenziale, in parte chiarendo ipotesi di responsabilità inderogabilmente solidale, in parte chiarendo competenze e poteri del consiglio rispetto ai delegati e, quindi, i limiti della responsabilità colposa dei suoi componenti.

Quanto al primo aspetto, si deve notare che, come si è visto, il consiglio rimane anzitutto titolare dei poteri di delegare o no funzioni od operazioni e di determinare il contenuto, i limiti e le modalità di esercizio della delega. Ciò significa che tutti i componenti del c.d.a. rimangono responsabili per tutte le funzioni ed attribuzioni non delegate, di quelle che esulano dai contenuti e dai limiti della delega o per avere accettato che i delegati non ne abbiano rispettato le modalità di esercizio.

Ed ancora: certamente la responsabilità è indistintamente solidale per le direttive impartite dal consiglio ai delegati o per le operazioni, comprese nella delega, a sè avocate.

Infine, esiste un'area di responsabilità omogenea per deleganti e delegati, data dalle funzioni non delegabili (art. 2381 comma 4 c.c.: 2420 bis e ter c.c.: facoltà di emettere obbligazioni convertibili delegata dall'assemblea; 2423 c.c.: predisposizione del progetto di bilancio; - 2443 c.c.: delibera di aumento del capitale sociale; - 2446 e 2447 c.c.: delibere in materia di riduzione del capitale per perdite; - 2501 ter e 2506 bis: predisposizione dei progetti di fusione e scissione). In relazione a tutti questi atti ed a quelli connessi, dunque, i parametri di valutazione delle responsabilità, proprio in forza di una lettura "a contrario" del disposto dell'art. 2392 comma 1 secondo periodo, sono ugualmente responsabili gli amministratori deleganti come quelli delegati. Ulteriori elementi a conferma di questa interpretazione sono dati dal disposto degli stessi commi 5 e 6 dell' art. 2381, che, nel prevedere in capo agli esecutivi il dovere di riferire ed in capo ai non esecutivi il dovere di "agire informato", lo circoscrivono agli atti di gestione, e non lo estendono agli atti amministrativi concernenti il funzionamento dell'organizzazione, quali indubbiamente sono l'approvazione del bilancio e la convocazione delle assemblee ex artt. 2446 e 2447.

Ne deriva che, con riferimento agli atti concernenti il funzionamento dell'amministrazione, i consiglieri non esecutivi sono gravati di un onere di verifica ed accertamento della loro legittimità parametrato, ex art. 2392 comma 1, sulla base della "natura dell'incarico" – qui non diversificabile da quello dei delegati – e delle loro specifiche competenze, senza che,

sul piano dei criteri d'imputazione della responsabilità, sia rilevante qualche distinzione derivante dal rilascio di deleghe ad alcuni piuttosto che ad altri. Vero è, tuttavia, che i poteri gestionali "ordinari" in capo ai delegati e la loro carenza in capo ai deleganti sono nettamente diversi (art. 2381 commi 3-6 c.c.), il che non può non avere una influenza sulla valutazione della responsabilità. Nondimeno il sistema pare porre un invalicabile limite minimo: tutti gli amministratori, siano esecutivi o no, devono comunque garantire che la società operi in presenza del capitale sociale minimo previsto dalla legge (ovviamente nel rispetto delle sequenze procedurali previste in materia). Su questo il dovere di diligenza che incombe anche sui non esecutivi relativamente alla valutazione degli assetti organizzativi, amministrativi, e contabili pare molto ampio. Occorrerà dunque riconoscere anche agli amministratori deleganti, nella fase di elaborazione ed approvazione del progetto di bilancio, adeguati poteri di verifica e conoscitivi.

Queste essenziali precisazioni appaiono particolarmente rilevanti con riferimento alle ipotesi di responsabilità ex artt. 2392, 2485, 2486 c.c., poiché gli amministratori deleganti non potranno esimersi dalla responsabilità per i danni provocati dalla prosecuzione dell'attività di impresa e non conservativa dopo la perdita del capitale sociale allegando di non avere potuto conoscere della scorrettezza o illegittimità o falsità delle poste di bilancio a mezzo delle quali era stata occultata la perdita del capitale, poiché l'approvazione del progetto di bilancio è atto attribuito esclusivamente al c.d.a. ed è delegabile, come in delegabili sono le funzioni concernenti il dovere di convocazione dell'assemblea quando il capitale sia ridotto per perdite di oltre un terzo (art. 2446 c.c.) o si sia ridotto al disotto del minimo legale (art. 2447). Diverso sarebbe, invece, qualora le falsità contenute nel bilancio siano il portato o di manomissioni delle scritture contabili delle quali i deleganti non si erano accorti ed in ordine alle quali non avevano avuto alcuna informazione né indizio significativo o di altre manovre realizzate dai delegati per occultare o rendere oltremodo difficoltoso l'apprezzamento delle falsità.

In ogni caso, anche nella diversa prospettiva di considerare inclusi gli atti amministrativi nel circuito della informazione endosocietaria e di preservare una coerenza di sistema, essendo la presenza del capitale sociale minimo condizione essenziale per la prosecuzione dell'attività sociale in chiave non conservativa, anche i deleganti sono chiamati ad

informarsi adeguatamente in merito, poiché essi in ogni caso “agiscono” sul presupposto che il capitale sociale sia integro. Ne deriva un obbligo informativo estremamente ampio e pregnante, che include una particolare attenzione nel valutare le informazioni ricevute nelle materie non delegabili, nonché il dovere di chiedere la convocazione del consiglio e di promuovere ispezioni consiliari (od il rilascio di deleghe ispettive).

Altrettanto significative, tuttavia, sono le disposizioni successive previste dall’art. 2381 comma 3, da leggersi in stretto coordinamento con quelle di cui ai commi successivi e precedenti, e da considerarsi circoscritte, come abbiamo detto, alla regolamentazione dei poteri e responsabilità degli amministratori deleganti e delegati sul piano della colpa, non del dolo (inteso penalisticamente come rappresentazione del fatto illecito) e limitatamente agli atti di gestione, non agli specifici atti non delegabili ed alle attività connesse.

Il consiglio ha il potere di valutare “l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società” ma “sulla base delle informazioni ricevute” dai delegati (o dal collegio sindacale o dal revisore); “esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società” ma “quando elaborati” dai delegati; “valuta il generale andamento della gestione” ma “sulla base della relazione degli organi delegati”.

Proprio per assicurare l’informazione al consiglio, il comma 5 dell’art. 2381 c.c., oltre a stabilirne le competenze gestionali generali, prescrive che gli organi delegati riferiscono al consiglio di amministrazione (e la collegio sindacale) con periodicità almeno semestrale “sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo ...”.

A fare da contraltare all’obbligo dei delegati di informare i deleganti, sta l’obbligo di questi ultimi di informarsi. Il comma 6 dell’art. 2381 c.c. stabilisce infatti il dovere di agire informato e, al fine di consentirne l’adempimento, il potere di chiedere ai delegati informazioni che quelli sono tenuti a dare in consiglio.

Dunque i deleganti sono chiamati ad informarsi quando agiscono ed in relazione alla questione sulla quale agiscono, non invece in modo continuo e generalizzato, sicchè è esclusa la equiparazione tra l’obbligo come oggi è configurato e il previgente obbligo generale di vigilanza. E’ importante sottolineare, inoltre, che i deleganti possono chiedere ed ottenere informazioni in sede di c.d.a., informazioni che il presidente ha il dovere di

procurare che siano a loro fornite (art. 2381 comma 1 c.c.). Sembra dunque escluso in capo ai medesimi un potere ispettivo – che appartiene solo al c.d.a. nel suo complesso ed ai sindaci (art. 2403 bis comma 1 c.c.) – od un potere di richiedere informazioni fuori dal c.d.a. (del quale, peraltro, hanno il potere di chiedere ed ottenere la convocazione) ad altri amministratori o a dirigenti della società (es.: il direttore generale, il capo ufficio amministrazione) ⁽¹⁰⁾.

In sostanza la normativa richiamata prevede un rapporto reciproco e circolare tra delegati e deleganti, avente ad oggetto il generale andamento della gestione, la struttura organizzativa della società, le maggiori operazioni compiute e le prospettive, rapporto che vede i primi onerati dai doveri di informazione, i secondi titolari del diritto ad essere informati e del potere di ottenere informazioni, posizioni giuridiche queste ultime che innescano a loro volta doveri di richiesta ed ottenimento di informazioni.

In questo senso il dovere di agire informato sembra limitarsi ad imporre ai consiglieri non esecutivi “un dovere di richiedere informazioni in presenza di indizi che, sulla base della ‘diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze’ dovrebbero far sorgere dubbi in ordine alla affidabilità e/o alla completezza delle ‘informazioni ricevute’ e/o delle ‘relazioni’ presentate dagli amministratori delegati” ⁽¹¹⁾.

Paiono emergere due punti fermi.

Anzitutto l'impossibilità di configurare, in capo agli amministratori deleganti e con riferimento agli atti di gestione, un obbligo generalizzato di vigilanza nei termini di cui era stato stabilito in precedenza.

In secondo luogo viene prefigurato un rapporto circolare, che non vede i deleganti onerati da generali e generici doveri di vigilanza ma nemmeno in posizione meramente passiva, ed

¹⁰⁾ Tra i molti: SACCHI, , Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 386; GRANELLI, La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali, in *Soc.*, 2003, 1568. Cass., sez. V pen., n. 23838 del 2007.

¹¹⁾ GRANELLI, La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali, cit., 1568. Sostiene che il potere-dovere di chiedere un supplemento informativo scatti “in presenza di lacune, contraddizioni, o più in generale, profili meritevoli di un maggior approfondimento delle informazioni fornite dagli organi delegati”: SACCHI, Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato, cit., 387. In materia penale: Cass., sez. V, n. 23838 del 2007; Cass., n. 36595 del 2009; Cass., sez. V, n. 21581 del 2009. Peraltro, come noto, in sede penale la responsabilità degli amministratori non esecutivi ex art. 40 comma 2 c.p. per reati societari e fallimentari dolosi, suppone la conoscenza (o la prefigurazione non esclusa) del fatto penalmente illecito.

in base al quale si generano ipotesi di responsabilità in capo ai medesimi quando, *non essendo venuti a conoscenza di atti pregiudizievoli*: - a fronte di lacune e contraddizioni presenti nelle informazioni ricevute (concernenti situazioni rivelatesi pregiudizievoli) essi negligenemente hanno omesso di richiedere ulteriori approfondimenti; - pur avendo chiesto ulteriori informazioni si siano colpevolmente acquietati senza averle ottenute oppure a fronte di integrazioni insoddisfacenti.

Viceversa, quando agli amministratori non esecutivi siano state offerte informazioni chiare e coerenti o le cui eventuali criticità non siano da loro apprezzabili con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze, da un lato essi non saranno gravati di compiti di ulteriore verifica ed approfondimento, e, dall'altro, andranno esenti da responsabilità per l'atto pregiudizievole oggetto di quelle informazioni.

Ovviamente il mutamento, sul piano processuale, è ancora più evidente, poiché le allegazioni dell'attore, con riferimento all'inadempimento dei deleganti ai loro doveri, non potranno più limitarsi ad una generica violazione del dovere di vigilanza, ma dovranno essere molto più specifiche, dettagliate e mirate sulle informazioni colpevolmente non richieste, su quelle richieste e non ottenute e su quelle da loro ricevute ma rimaste senza adeguata reazione ⁽¹²⁾.

In questo contesto, ovviamente, comportamenti degli organi delegati volti ad occultare situazioni pregiudizievoli ai deleganti, implicano una esclusione della loro responsabilità, se le manovre di occultamento non potevano essere percepite con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Infine, tutti gli amministratori, deleganti o delegati, *informati di un atto pregiudizievole*, possono esimersi da responsabilità se, *alternativamente*: abbiano fatto tutto quanto possibile per evitare il compimento dell'atto pregiudizievole (o per attenuarne gli effetti); oppure, essendo immuni da colpa, abbiano fatto constatare il loro dissenso nel libro delle adunanze del consiglio e ne abbiano dato notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (art. 2392 comma 3).

¹²⁾ SACCHI, Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato, cit., 386. In materia penalistica: Cass., sez. V, n. 23838 del 2007;

Alla stregua di quanto osservato sinora, appare evidente che, con riguardo alla responsabilità degli amministratori deleganti, il campo in cui la disciplina uscita dalla riforma del 2003 avrà maggiore impatto non sarà quello concernente il danno causato dalla violazione del divieto di svolgere attività economica non conservativa (artt. 2485, 2486 c.c. post riforma) successivamente allo scioglimento della società (specie per perdita del capitale sociale), quanto invece quello dei pregiudizi provocati da singole e specifiche operazioni compiute quando la società è pienamente e legittimamente operante.

II) Azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.P.A.

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 (¹³); 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.).

¹³) Cass., sez. I, 10.9.2007, n. 18939.

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.

I 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 e disgiuntiva 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 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 si fonda sulla violazione da parte degli amministratori del dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale (non del capitale 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 o di natura surrogatoria oppure 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 che si tratti di azione di natura extracontrattuale.

Per alcuni essa mira a reintegrare il patrimonio sociale nei limiti della misura dei crediti insoddisfatti; la sua ratio sarebbe quella di salvaguardare comunque la *par condicio creditorum*; onde si tratterebbe di un'azione diretta ed autonoma che *ciascun* creditore può promuovere contro l'amministratore per la tutela di un danno solo "riflesso" sul suo patrimonio: a ciascun creditore sarebbe conferita legittimazione straordinaria per la parte della pretesa che eccede il suo credito e che riguarda altri creditori inerti) ⁽¹⁴⁾. 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 ⁽¹⁵⁾. Per una parte della dottrina ⁽¹⁶⁾ 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, a tale ultimo proposito, considerare le diverse rubriche delle norme di cui agli artt. 2394 e 2395 c.c.: l'una parla di "responsabilità verso i creditori sociali", l'altra (intitolando 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".

¹⁴⁾ Cass. n. 3179 del 1985; Trib.Napoli 11.11. 2004.

¹⁵⁾ Cass. n. 10488 del 1998

¹⁶⁾ Galgano

Questi aspetti problematici del tutto irrilevanti nella pratica nel vigore della precedente disciplina assumono rilevanza oggi in funzione della risoluzione del problema della sorte dell'azione nelle s.r.l. (v. postea).

D) Azione del curatore fallimentare (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 (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 lf. che richiama 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 natura contrattuale e 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'altra ⁽¹⁷⁾.

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 degli artt. 2393 e 2394 c.c. che persegue gli interessi della massa prendendo delle due norme le parti più favorevoli ⁽¹⁸⁾.

III) 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.

¹⁷⁾ 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.

¹⁸⁾ P. Jaeger, La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali, in Fall., 1989, 969 e ss.

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. 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 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 espressamente 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. Inoltre: - 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. Si discute se il socio sostituto processuale legittimato straordinario possa agire anche in sede esecutiva.

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, deve essere citata ogni volta in giudizio con le stesse ricadute in termini di corretta costituzione del contraddittorio già viste per spa.
- c) Certamente tutte le volte in cui l'assemblea deliberi 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*.
- d) 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 prospettiva, 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 l'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).
- e) 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 disegnato 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 della natura e 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, 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 solo questa specifica forma di tutela, onde il singolo creditore ben potrebbe individualmente agire 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 ⁽¹⁹⁾. 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

¹⁹⁾ Trib. Napoli 11.11.2004, in Le Società, 2005, 1007, che parla espressamente di pregiudizio aquiliano arrecato alle ragioni di credito.

arretrato 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?).

Chi ritiene che la norma di cui all'art. 2394 c.c. consente in via del tutto eccezionale nel sistema il ristoro del danno individuale "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 invece 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 quel tipo di danno (da insufficienza del patrimonio sociale) ma solo per i danni direttamente cagionati 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 questo caso mancherebbe infatti la norma che consenta di superare lo sbarramento di cui all'art. 81 c.p.c. -, né legittimato ad agire individualmente per il ristoro del danno (equivalente al credito divenuto inesigibile) contro gli amministratori che ne abbiano pregiudicato la garanzia generica offerta dal patrimonio sociale a causa dei loro atti illegittimi, trattandosi pacificamente di danno riflesso il cui ristoro non è tutelato 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.; onde in caso di fallimento il curatore sarebbe legittimato ad esperirla, ed in via esclusiva ex art. 2394 bis c.c.

In particolare, 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).

Orbene, 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 o, in altre parole, che alle norme che prevedono l'azione in circostanze specifiche va 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 ⁽²⁰⁾.

²⁰⁾ 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.

* Problema ulteriore è quello della 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, sicché 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.

Tale norma, tuttavia, può ben essere individuata nel il nuovo art. 146 l.f. Esso 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”.

In particolare si può osservare che 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.

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.

Questa interpretazione scongiurerebbe l'illegittimità costituzionale ipotizzabile per omessa previsione per i creditori delle 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” ⁽²¹⁾.

La Corte, in armonia con il suo orientamento costante (v. supra), pare quasi costruire l'azione ex art. 146 l.f. come azione che, in quanto unitaria ed inscindibile, assume natura autonoma da quelle che le preesistono.

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 sinchè 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 esteriorizzato; ciò, purchè 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.

²¹⁾ 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.

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 eccepita prescrizione dell'azione ⁽²²⁾; ai fini dell'individuazione del momento di esteriorizzazione dell'insufficienza patrimoniale antecedente al fallimento, la Cassazione ha ritenuto idonei *“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 finchè 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 ⁽²³⁾.

V) 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.).

²²⁾ 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.

²³⁾ In tal senso è l'orientamento consolidato anche del Tribunale di Milano: cfr. Trib. Milano 29.11.2003 in Le Società 2004, 8, 1006.

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. (²⁴).

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) ?

In particolare sull'onere di allegazione si veda Cass. n. 23180 del 2006, 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

²⁴) Per tutte Cass. 10488/1998; Cass. n. 3032/2005.

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 accada 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”.

VI) 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).

A) Casi particolari.

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 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.

Anche la Corte di Cassazione afferma che l'irregolarità contabile, l'occultamento della perdita ad essa connessa e l'omissione dei provvedimenti di ricapitalizzazione necessari, **in sé** 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”* ⁽²⁵⁾.

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 ⁽²⁶⁾.

B) Obblighi degli amministratori in caso di scioglimento.

Più complesso il caso in cui sia contestata la illegittima prosecuzione dell'attività in difetto dei presupposti di legge, quale condotta susseguente all' occultamento doloso od al

²⁵⁾ Cass. n. 3652 del 1997; Cass. 28.4.1997 n. 3652; Trib. Milano, 17.10.1988, Soc., 1989, 270.

²⁶⁾ C. App. Milano, 11.7.2007, Soc., 2008, 590.

mancato accertamento colposo della totale erosione del capitale sociale in ragione di perdite.

Si tratta di casi in cui, in caso di sopravvenuto fallimento, l'azione di responsabilità sociale (art. 2493 c.c.) e l'azione dei creditori (art. 2494 c.c.) vengono entrambe esercitate dal curatore ex artt. 2494 bis c.c. e 146 l.f.

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 era 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 causalmente prodotto dei danni alla società od ai creditori.

* In sostanza, e per riconsiderare specularmente poteri e doveri degli amministratori a fronte del verificarsi di una siffatta causa di scioglimento, gli obblighi cui la legge li vincola sono quelli di cui agli artt. 2446-2447 c.c., e tra questi non v'è quello di interrompere immediatamente l'attività nè 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 e consistenti 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, come si diceva, 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.

* Quanto alla perdita del capitale occorre distinguere due situazioni.

La prima è che essa sia stata registrata in un bilancio di esercizio od in una situazione straordinaria (evidentemente prodotta in ragione dell'allarme sui conti sociali prodottosi in capo agli amministratori).

In tal caso, nondimeno, si pongono, nella pratica, due problemi:

a) Verificare se l'accertamento della perdita del capitale da parte degli amministratori sia stato tempestivo – come impone il disposto dell'art. 2485 comma 1 c.c. (“Gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento ...”) – o se, al contrario, il capitale era stato perduto ben prima (a volte persino alcuni

esercizi prima) del momento indicato dagli amministratori ed essi potessero accorgersene usando la diligenza che connota la carica assunta. In quest'ultimo caso, infatti, emerge ipso facto il ritardo nella convocazione dell'assemblea ex art. 2447 c.c. per la ricapitalizzazione\liquidazione della società e la prosecuzione dell'attività a fini non conservativi, e, quindi, la responsabilità degli amministratori per eventuali danni prodottisi medio tempore.

b) Nel caso l'accertamento sia stato tempestivo, si pongono altri due problemi: - se sia stata altrettanto tempestivamente convocata l'assemblea ex art. 2447 per la ricapitalizzazione\liquidazione, poiché medio tempore gli amministratori rispondono dei danni provocati dallo svolgimento di una attività non conservativa; - se l'assemblea è stata tempestivamente convocata e vi è stata una delibera di ricostituzione del capitale almeno al minimo legale, se tale ricapitalizzazione sia avvenuta in modo legittimo e quantitativamente sufficiente. Ferma l'inidoneità della mera delibera di aumento del capitale sociale, si discute, infatti, se la sottoscrizione dell'aumento – considerata l'efficacia retroattiva del successivo versamento – sia idonea a sanare il deficit ed a rendere legittima l'ordinaria prosecuzione dell'attività, ovvero se addirittura occorra l'effettivo versamento, unica garanzia effettiva al ripristino dell'equilibrio patrimoniale della società.

* La perdita del capitale sociale comporta, dunque, il divieto di compiere nuove operazioni (ante 1.1.2004) o di proseguire l'attività sociale in chiave non conservativa (art. 2486 c.c.). La ratio del divieto consiste nella stessa tutela della funzione del capitale sociale, che, nel nostro sistema, è la somma che i soci sono disposti (o devono essere disposti) a rischiare per intraprendere l'attività economica in forma societaria, somma che, nel contempo, costituisce il livello minimo della garanzia generica offerta ai creditori (art. 2740 c.c.). L'evoluzione giurisprudenziale verificatasi ante riforma aveva portato alle seguenti conclusioni:

“Ai sensi dell'art. 2449 cod. civ. (nel testo previgente al d.lgs. n. 6 del 2003), costituiscono nuove operazioni vietate tutti gli atti gestori diretti non a fini liquidatori, e quindi alla trasformazione delle attività societarie in denaro destinato al soddisfacimento dei creditori

e, nei limiti del residuo, dei soci, ma al conseguimento di fini diversi, essendo invece lecito il completamento di attività in corso destinate al miglior esito della liquidazione”⁽²⁷⁾.

In sostanza rimanevano colpite dal divieto non tutte le operazioni semplicemente e cronologicamente iniziate dopo la perdita del capitale, ma invece solo quelle che avessero comportato l’assunzione di nuovo rischio imprenditoriale, essendosi riconosciuta la liceità delle operazioni che, sia pure compiute dopo la perdita del capitale, avessero in ogni caso una funzione conservativa del patrimonio e, quindi, della garanzia per i creditori (es.: acquisto di nuovi beni per il completamento di una commessa la cui mancata consegna comporterebbe responsabilità per danni o penali a carico della società).

Il quadro, a seguito della riforma, non è mutato⁽²⁸⁾.

Oggi, per unanime opinione, la deduzione della violazione del nuovo art. 2486 c.c. implica la contestazione di attività non orientata 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⁽²⁹⁾.

La maggior novità introdotta è da individuare nella circostanza che, mentre in precedenza la perdita del capitale sociale era concepita come circostanza che determinava ipso iure lo scioglimento della società e la ricapitalizzazione o trasformazione ex art. 2447 come condizione risolutiva operante retroattivamente rispetto a tale situazione, oggi l’effetto di scioglimento è collegato all’iscrizione nel registro delle imprese della causa di

²⁷⁾ Cass., sez. I, n. 3694 del 2007; Cass., sez. I, n. 5275 del 1997; Cass., sez. I, n. 9887 del 1995; Cass., n. 3371 del 1971, Cass., n. 6431 del 1982.

²⁸⁾ RORDORF, Le responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale, in Soc., 2009, 277.

²⁹⁾ Il risultato dell’esercizio può essere negativo ma non esserci un indice di prosecuzione attività: ad esempio in conto economico la registrazione di costi pari ad 1/3 dei costi dell’esercizio precedente.

scioglimento, adempimento che, come si diceva, gli amministratori devono compiere senza indugio (art. 2484 comma 2 e 2485 comma 1 c.c.).

Nondimeno, i termini in cui viene individuata la responsabilità degli amministratori non sono mutati poiché la loro responsabilità solidale e personale per danni viene comunque fatta decorrere dal verificarsi della causa di scioglimento e per il periodo fino al passaggio delle consegne al liquidatore (art. 2487 bis comma 2 c.c.)

Posto che, come si diceva, la scriminante data dalla prosecuzione di attività in chiave conservativa costituisce situazione speculare al divieto di compiere nuove operazioni, sembra conseguente concludere che non si è registrato, in materia, alcun sostanziale mutamento di prospettiva.

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, secondo cui l'onere di allegazione della novità dell'operazione compete all'attore:

“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 sè 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” ⁽³⁰⁾.

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 comunque legata a valutazioni da operare caso per caso.

In forza dei principi appena indicati, si può dire che incombe alla curatela indicare quali operazioni gestorie assunte in un'ottica di continuità aziendale e dunque non

³⁰⁾ Cass. n. 25977/2008; Cass., n. 17121 del 2010; cfr. anche Cass. n. 3694/2007; Cass. n.1035/1995; sul nesso causale condotta - danno, Cass. n. 17033/2008.

conservativa hanno cagionato danno alla società, al netto dell'eventuale ricavo (es. acquisto nuovo macchinario non potuto utilizzare per mancanza di commesse).

E' tuttavia importante notare che - 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, e quindi di fronte alla difficoltà di individuare in modo sufficientemente circostanziato le operazioni non coerenti con il fine conservativo - può essere corretto il ricorso 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, abbia individuato i motivi specifici di tale affermazione (solitamente: riclassificazione di alcune poste di bilancio) e affermato che gli amministratori hanno proseguito l'attività d'impresa secondo criteri non conservativi, perciò provocando una maggior perdita (maggiore rispetto a quella registrata al momento dello scioglimento di fatto).

C) Criteri di liquidazione del danno.

La determinazione del danno da prosecuzione di attività ha parecchio affaticato dottrina e giurisprudenza. Si è affermato che, 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.

a) Differenza attivo/passivo fallimentare.

Corrisponde alla realtà dei fatti ed è 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” ⁽³¹⁾.

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”*.

Se ne deduce che - in linea generale – il criterio di cui si discute a maggior ragione non è in alcun modo in linea con la necessaria sussistenza di un nesso casuale tra condotta e danno. Inoltre nelle passività sono comprese situazione debitorie non imputabili in quanto anteriori alla individuata perdita del capitale e l’attività è condizionata anche dall’azione della la curatela che può essere non tempestiva o non adeguata ⁽³²⁾.

L’ orientamento in questione, tuttavia, comprende due eccezioni che sono incluse nella regola.

La prima è che 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 costituita appunto dal fatto che il dissesto sia stato causato direttamente da comportamenti colposi degli amministratori ⁽³³⁾.

b) Differenza dei netti patrimoniali (c.d. perdita incrementale)

Si tratta di un criterio utilizzabile in presenza di situazioni complesse 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

³¹⁾ 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.

³²⁾ 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.

³³⁾ Cass. 9252 del 1997; Cass., n. 17033 del 2008.

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”* ⁽³⁴⁾.

In ogni caso, il motivo di ripudio del criterio della differenza attivo\passivo fallimentare, cioè la labilità del nesso causale tra il comportamento illecito degli amministratori e lo sbilancio attivo\passivo fallimentare, è il medesimo che, all’inverso, ha indotto l’adozione di questo diverso criterio di determinazione del danno, più rispettoso del disposto degli artt. 1223, 1226 c.c.

Il punto di partenza, in precedenza, era che, nella prospettiva del divieto delle nuove operazioni, non potesse di fatto essere determinato il danno provocato da ciascuna delle numerosissime operazioni economiche, commerciali e finanziarie poste in essere dopo la perdita del capitale sociale.

Di qui la legittimità di un criterio, nel contempo sintetico ed equitativo, consistente nella differenza tra il patrimonio netto della società al momento del verificarsi della causa di scioglimento della stessa – o, meglio, della sua percepibilità da parte degli amministratori, come momento fondante la loro responsabilità per il compimento di nuove operazioni ex art. 2449 (previgente) o per la prosecuzione non conservativa dell’attività – 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, infatti di un criterio che consente di apprezzare l’effettiva diminuzione patrimoniale della società (dunque, appunto, il danno per la società e per i creditori), intervenuta nel lasso di tempo rilevante ai fini della responsabilità.

Questo criterio, al fine di ulteriormente adeguarlo al principio di immediato collegamento tra condotta e danno, è stato ulteriormente affinato introducendo ulteriori considerazioni e correttivi.

³⁴) 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.

La prima considerazione è che, in generale, 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).

L' elemento correttivo è dato dalla 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 gestio degli amministratori ⁽³⁵⁾.

Pertanto, *devono essere confrontate situazioni patrimoniali omogenee*, rimanendo precluso comparare situazioni contabili fondate su presupposti di attività compiuta “in bonis” e situazioni contabili fondate sul presupposto di attività liquidatoria.

I° ipotesi: si comparano bilanci di liquidazione. 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).

II° ipotesi: se si comparano bilanci redatti sul presupposto della continuità aziendale le rettifiche operate sul primo vanno ripetute anche sul secondo (un credito inesigibile e perciò eliminato nel 2001 va eliminato anche nel 2003); se vi sono ammortamenti che erodono l'attività non possono essere considerati una perdita imputabile.

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

³⁵⁾ Cass., n. 17033 del 2008

* Tutte le circostanze sopra indicate, integranti elementi della fattispecie di responsabilità apprezzabili tecnicamente, sono, almeno nei casi più complicati, **accertati mediante CTU contabile** concernente soprattutto: - l'individuazione del momento della perdita del capitale sociale anche a mezzo di rettifiche delle poste inserite in bilancio; - sufficienza\insufficienza di successive ricapitalizzazioni; - determinazione del danno secondo i criteri sopra indicati, specificando per quale parte esso sia imputabile a ciascuno degli amministratori in relazione ai periodi in cui sono rimasti in carica.

Seguono due esempi di quesiti sottoposti ai CTU.

I) *“Il CTU, tenuto conto delle prospettazioni delle parti, esaminati gli atti di causa nonché compiuto ogni accertamento del caso, previa ricostruzione della situazione patrimoniale e del conto economico con osservanza dei criteri legali di redazione del bilancio, dica quale fosse l'effettiva situazione patrimoniale della società e 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; ove emerga la perdita del capitale sociale, offrendo ogni elemento utile per la determinazione dei danni conseguiti, anche se del caso con riferimento al criterio della differenza fra “netti patrimoniali” e comunque con riferimento ai diversi soggetti in causa, tenuto conto della carica e del periodo di tempo ad essi rapportabile”.*

II) *“ 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".

VII) 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 corrispondenza 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”* (³⁶).

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.

³⁶) 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.