

IPSOA

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale
societaria e fiscale

ISSN 1591-2094 - ANNO XXXVI - Direzione e redazione - Via dei Missaglia 97 - 20142 Milano

8-9/2017

 edicolaprofessionale.com/lesocieta

**Estinzione di società di capitali
e successione dei soci nella titolarità
dei beni sociali**

La nuova disciplina dei fondi di credito

**Violazione della clausola di prelazione
statutaria ed inopponibilità degli effetti**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Diritto societario

Angelo Busani
Marco Lamandini
Renato Rordorf
Vincenzo Salafia
Alberto Toffoletto

Diritto dei mercati finanziari

Paolo Giudici

Valutazioni e bilancio

Mauro Bini

Diritto penale commerciale

Carlo Enrico Pallero

Processo, arbitrato e mediazione

Ilaria Pagni

TARIFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Amministratori

Responsabilità degli amministratori: brevi note sul criterio del decremento dei netti patrimoniali

di Giuseppe Verna

La differenza fra patrimonio netto risultante dal bilancio redatto alla data in cui la società avrebbe dovuto porsi in liquidazione per la perdita del capitale minimo e patrimonio netto che emerge dal bilancio alla data di inizio della liquidazione volontaria o concorsuale misura appropriatamente la responsabilità degli organi sociali che hanno consentito la prosecuzione dell'impresa. Tale differenza comprende i danni ai creditori causati da singoli atti illeciti e quelli, singolarmente leciti, la cui illiceità deriva dall'illecita continuazione dell'impresa.

Il decremento del patrimonio netto misura la responsabilità degli amministratori che proseguono nell'impresa dopo la perdita del capitale

La redazione del bilancio d'esercizio, seguita dalla relativa pubblicazione, è senza dubbio *atto di gestione*: più precisamente un rilevante, significativo e specifico atto di gestione, fonte di responsabilità per chi lo redige e di legittimo affidamento nei destinatari.

Col bilancio, infatti, non solo si fotografa la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'azienda, e quindi si divulga all'esterno una realtà senza incidere sulla sua composizione, ma, soprattutto si dà veste contabile e giuridica a beni, atti ed obbligazioni, classificandoli e quindi collocandoli entro gli schemi edittali di stato patrimoniale e conto economico con i contorni, i chiarimenti e le precisazioni richiesti dalla nota integrativa.

Tali collocazioni sono frutto di *decisioni* con cui si attribuiscono qualità e quantità agli elementi attivi e passivi dell'azienda, e le decisioni costituiscono, come si è accennato, atti di gestione, fonte di obbligazioni e di diritti.

La pubblicazione di un bilancio redatto in violazione delle norme di legge dettate per la sua redazione, allorché gli effetti della violazione siano rilevanti in *making an economic decision* (1), costituisce atto illecito, almeno potenzialmente causativo di danno e quindi dell'obbligo di risarcirlo, al pari di altri atti di *mala gestio*, quali quelli compiuti in conflitto d'interessi o manifestamente imprudenti. E il danno non scaturisce direttamente o immediatamente dalla comunicazione di un bilancio che nasconda la perdita del capitale, ma deriva dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, nonostante che la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'azienda, per legge, non la consenta.

È evidente che non solo l'illecito, ma anche il danno e il rapporto eziologico fra i due devono essere provati da chi esperisce l'azione risarcitoria. Il curatore del fallimento può assolvere l'onere della prova dimostrando che dall'illecito è derivato un aggravamento del dissesto e quindi una perdita o più spesso una maggiore perdita a carico del ceto creditorio. Una tempestiva (aggettivo che sarà *postea* oggetto di chiarimento) interruzione dell'ordinario esercizio dell'impresa, infatti, avrebbe arrestato - sulla base di allegazioni che costituiscono onere dell'attore - il

(1) IASB, *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, Londra, 2001, par. 12.

prodursi di nuove perdite a carico dei creditori a causa della maturazione di ulteriori disallineamenti fra costi e ricavi.

Secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'aggravamento della perdita, quale fattore che riduce progressivamente le prevedibili percentuali di soddisfo dei creditori, deriva non da singoli atti dannosi, ma dal proseguire in una gestione caratterizzata dall'eccedenza dei costi sui ricavi. Colui che cerchi a tutti i costi di individuare il danno in singoli atti di gestione non comprende l'essenza del "sistema dinamico impresa". Infatti l'impresa è attività costituita da un insieme di operazioni, una correlata all'altra, dove ciascuna non è di norma singolarmente sindacabile, mentre lo è il risultato di tutte. Insomma dov'è l'atto dannoso nell'acquisto di beni, nella loro trasformazione e nella loro vendita se non nella consapevolezza che tali operazioni, il cui risultato è economicamente negativo, distruggono un capitale che non è più proprio, essendo quello oramai consumato, ma dei creditori?

In questi casi - che costituiscono norma nelle imprese in perdita - non esistono atti di *mala gestio*, ma *tout court mala gestio*, data la continuazione illecita dell'attività di impresa.

Le violazioni consistono nell'aver trascurato, scientemente o per mancanza di diligenza, precetti legislativi, la cui osservanza è imposta al verificarsi nell'impresa di certi eventi, diciamo pure di certi risultati. "... *avessero* [gli amministratori, con la loro condotta] *soltanto aggravato il dissesto, unicamente tale aggravamento potrebbe essere ricollegato a quelle violazioni*": così Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100 (punto 3.3), la quale non accenna a "specifici atti di gestione", ma a "qualificati inadempimenti" e a "violazioni di doveri di diligenza" (2).

Il noto arresto della Cassazione è stato preceduto e seguito da due sentenze dei Tribunali di Milano e di Roma, i quali, in termini incisivi ed inequivocabili, hanno fatto ricorso al metodo dei decrementi patrimoniali nella misurazione del danno ascrivibile agli

amministratori che hanno proseguito nella normale attività d'impresa dopo la perdita del capitale minimo della società. Merita riportare i brani più significativi delle due sentenze.

"Come questo Tribunale da tempo ha affermato, seguendo, peraltro, l'orientamento della corte di legittimità, è possibile in tali casi [ovvero 'in presenza di situazioni di illecita prosecuzione dell'attività di impresa caratterizzata da innumerevoli nuove operazioni'] adottare il criterio c.d. della differenza dei netti patrimoniali, che consiste nella comparazione dei patrimoni netti ... registrati alla data della (doverosa) percezione dalla causa di scioglimento da parte degli organi sociali e alla data di messa in liquidazione della società (o di fallimento della stessa); il danno in termini di 'perdita incrementale netta', infatti, consente di apprezzare in via sintetica ma plausibile l'effettiva diminuzione subita dal patrimonio della società ... per effetto della ritardata liquidazione" (3). "L'addebito generale relativo all'illegittima prosecuzione dell'attività di impresa, per un periodo di quasi due anni, nonostante il verificarsi di perdite di esercizio comportanti la riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale e la mancanza dei provvedimenti previsti dall'art. 2447 c.c., ... rende superfluo l'accertamento delle singole condotte distrattive imputate agli stessi amministratori che avrebbero, in ogni caso, causato un pregiudizio da ritenersi assorbito dalla totale perdita del patrimonio netto causata alla società con la prosecuzione dell'attività. ... Per quanto riguarda l'individuazione e la determinazione di tali danni, appare pienamente condivisibile l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale secondo il quale ... il danno causalmente riconducibile al loro [degli amministratori] comportamento debba essere commisurato all'eventuale decremento del patrimonio netto, calcolato, sulla base dei valori di bilancio rettificati con criteri rispondenti alla finalità liquidatoria, con riferimento al valore ad esso attribuito alla data in cui sarebbe dovuta cessare l'attività di impresa e a quello riscontrato all'epoca del reale inizio della liquidazione" (4).

(2) Già il Galletti, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 666 e 667, ha acutamente osservato che le letture restrittive della sentenza - nel senso che essa delegittimerebbe la metodica dei cc.dd. netti patrimoniali decrementati e renderebbe obbligatoria l'allegazione in giudizio di specifici atti di gestione nocivi - "sembrano frutto più che altro di un abbaglio", in quanto "l'allegazione in giudizio della illegittima prosecuzione dell'attività caratteristica in funzione di una pianificazione strategica oramai abrogata" dallo stato di liquidazione, in cui sia caduta la società, "soddisfa pienamente i canoni indicati dalle Sezioni Unite, e non li viola. Violativa semmai sarebbe la

pretesa che quell'allegazione attenesse ad atti specifici di gestione, da valutare per la loro intrinseca dannosità o vantaggiosità, perché ciò costituirebbe un approccio asistemico, ascientifico, aprioristico, destinato a funzionare soltanto nelle situazioni ... in cui l'attività imprenditoriale risulti per avventura scomponibile in una mera sequenza di atti osservabili in modo atomistico".

(3) Trib. Milano 22 gennaio 2016, punto ivi, in questa *Rivista*, 610, con commento di V. Bisignano, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare: profili processuali risarcitori*.

(4) Trib. Roma, Sez. III, 22 settembre 2015, n. 18752, in *giurisprudenzadelleimprese.it*, e in sintesi *retro*, 2016, 1416.

Le sentenze sono portatrici di due aforismi. Nel criterio che assume a misurazione del danno singoli atti di gestione, questi atti devono essere illeciti per essere dannosi, mentre nel criterio delle perdite patrimoniali incrementali le singole operazioni non sono singolarmente illecite, ma è illecito il fatto che, nonostante che la società non sia più *in integro statu*, esse sono state poste in essere. Col primo criterio viene alla luce un risarcimento parziale quale sommatoria di singoli illeciti risarcibili, mentre col secondo il danno risarcibile è determinato sinteticamente ma in misura assorbente ed esaustiva.

Il criterio del decremento dei netti patrimoniali con l'applicazione del principio contabile OIC 5

L'attività conservativa (lecita, spesso necessaria, anche dopo la perdita del capitale) ha per oggetto non solo la *integrità*, ma anche e soprattutto il *valore* del patrimonio sociale (*ex art. 2486, comma 1, c.c.*), il cui deterioramento non può che rilevarsi attraverso gli strumenti appositamente predisposti dal legislatore: le *scritture contabili*, i *bilanci*.

Il patrimonio sociale è un valore netto (attività meno passività) e la riduzione di tale valore (salvo quella verificatasi durante i tempi tecnici per confezionare uno degli strumenti necessari per comporre la crisi aziendale) è il metro specifico per misurare la dimensione dell'illecito.

Occorre quindi riconoscere che le critiche mosse al criterio del decremento dei netti patrimoniali hanno riguardato - *et iuste* - l'uso distorto del criterio medesimo, quale la rilevazione di partenza in modo diverso da quella finale (confrontando così valutazioni di *going concern* con quelle di liquidazione) e la mancata sterilizzazione dei costi dell'ineludibile gestione liquidatoria, disapplicando quindi i criteri di interpretazione ed integrazione, sul piano della tecnica, delle norme codicistiche, contenuti nel principio contabile OIC 5 (5), o, addirittura, pretendendo di quantificare il danno nell'intero *deficit fallimentare*. In sostanza il criterio dei netti patrimoniali non necessita di essere rettificato se esso viene correttamente applicato, e le correzioni non possono che essere quelle indicate dalla scienza e dalla tecnica contabile (6).

Talvolta dottrina e giurisprudenza, nel rigettare il rozzo criterio del *deficit fallimentare*, hanno accomunato tale criterio - con cui si accerta la differenza fra attivo e passivo all'apertura del fallimento - con quello della differenza fra patrimoni netti al momento in cui la società doveva mettersi in liquidazione per la perdita del capitale minimo edittale e al momento in cui essa è stata concretamente messa in liquidazione volontaria o concorsuale, dopo aver operato le rettifiche di valore e gli accantonamenti prescritti dal principio contabile OIC 5.

Prosecuzione dell'attività d'impresa e tempi tecnici consentiti per il tentativo di risanamento

All'osservazione che, grazie alla prosecuzione dell'attività d'impresa, si rende possibile il successivo ricorso ad uno strumento legale di composizione della crisi - per esempio, il concordato preventivo - è agevole controbattere che la prosecuzione dell'attività, una volta perso il capitale minimo, è atto *contra legem*. Quindi esso può essere consentito solo per i tempi tecnici richiesti per confezionare una proposta ai creditori e la domanda al tribunale fallimentare e, ancor prima, per tentare una ristrutturazione aziendale anche per via extragiudiziale.

La tecnica e l'esperienza professionale quantificano, per un'impresa di piccole o medie dimensioni, in circa due mesi il tempo tecnico per individuare la fattibilità di una soluzione extragiudiziale e in un mese e mezzo quello per presentare una domanda di concordato con riserva; nel caso in cui la soluzione sia stata individuata (e solo in tale caso), possono aggiungersi al computo un paio di mesi per porla in esecuzione e perfezionare le indispensabili intese pattizie. È pertanto evidente che, se vengono superati tali tempi, cessa l'esimente di matrice operativa e prende vigore il regime di responsabilità a carico degli organi sociali. Ecco, per sciogliere la riserva sopra fatta, l'arresto della ordinaria attività d'impresa può essere ritardata, ma comunque deve essere tempestiva.

La soluzione qui propugnata (7) attribuisce il danno da aggravamento della perdita agli amministratori che, contravvenendo ad obblighi di specifiche condotte prescritte dagli artt. 2447 (o

(5) *Bilanci di liquidazione*, giugno 2008, *specim par. 4.3*.

(6) Operando quindi non solo le evidenti *rettifiche di liquidazione*, ma anche appostando, con funzione prognostica, il *fondo per costi ed oneri di liquidazione*, ambedue con contropartita la riduzione del patrimonio netto.

(7) Già variamente sostenuta da G. Verna - S. Verna, *La liquidazione della società di capitale*, Padova, 2009, 50 e 51; G. Verna,

La determinazione del danno causato dagli amministratori che continuano l'impresa dopo la perdita del capitale, in questa *Rivista*, 2011, 37 ss., e *Misurazione del danno patito dai creditori per la continuazione dell'impresa in perdita ed applicazione di corretti principi contabili*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 798 ss., nonché più autorevolmente da D. Galletti, *Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali" di periodo nelle azioni di responsabilità*, in *ilcaso.it*,

2482 bis) c.c. e dai successivi artt. 2484-2486, abbiano posto in essere condotte divergenti da tali obblighi - nella specie la continuazione nell'ordinario esercizio dell'impresa - operando in nome e per conto di una società priva di capitale

proprio ed utilizzando quindi un capitale derivante da finanziamenti o forniture dei creditori, con un effetto destabilizzante che si scontra, oltretutto, con i principi etici e le regole di condotta insiti nella *lex mercatoria*.

doc. 215/2010; A. Jorio, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, I, 2011, 156-157, e P.

P. Ferraro, *Responsabilità degli amministratori e quantificazione dei danni in sede fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 246.