

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Già diretta da

ITALO DE PICCOLI (1924-1940)

RENZO PROVINCIALI (1941-1981)

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000)

GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

Direzione

Girolamo Bongiorno

Concetto Costa

Massimo Di Lauro

Elena Frascaroli Santi

Bruno Inzitari

Giuseppe Terranova

Gustavo Visentini

 edicolaprofessionale.com/DFSC



Wolters Kluwer

PROBLEMI DELLA PRATICA

GIUSEPPE VERNA

Dottore commercialista in Milano e Varese

MISURAZIONE DEL DANNO PATITO DAI CREDITORI PER LA CONTINUAZIONE DELL'IMPRESA IN PERDITA ED APPLICAZIONE DI CORRETTI PRINCIPI CONTABILI

Abstract: Il presente scritto tratta, nella prima parte, quali cause di scioglimento della società, salvo interventi della c.d. assemblea salvifica, della perdita del capitale minimo stabilito per il tipo sociale prescelto e della perdita del *going concern*, nonché degli strumenti contabili per accertare il loro manifestarsi. Nella seconda parte il danno ai creditori, derivante dal proseguimento dell'impresa, è misurato dal decremento del patrimonio netto tra la data di accertamento e quella d'inizio della liquidazione, volontaria o fallimentare, ed è determinato con il principio OIC 5, redatto con criteri di liquidazione e accantonando spese e perdite future di liquidazione, che il curatore facilmente può riscontrare in base agli eventi successivamente verificatisi. Data l'intima correlazione esistente fra le operazioni di gestione, che non consente, salvo casi particolari, la loro enucleazione, col criterio suddetto si rispetta il principio di causalità fra evento e danno, anche ai fini dell'accertamento dell'aggravamento del dissesto penalmente sanzionato.

SOMMARIO: 1. Il tema da affrontare. - 2. La perdita del capitale minimo. - 3. La perdita del capitale minimo quale causa di scioglimento della società e l'assemblea salvifica. - 4. La limitazione dei poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento. - 5. La perdita della continuità aziendale quale causa di scioglimento della società. - 6. La misura del danno in caso di continuazione dell'attività e l'orientamento della giurisprudenza. - 7. Critica alla tesi di misurazione del danno quale conseguenza di specifiche operazioni di gestione. - 8. La misura del danno in caso di continuazione dell'attività applicando il principio contabile OIC 5. - 9. Gli oneri probatori del curatore. - 10. La soluzione avvalorata da brevi note sulla disciplina penale.

1. *Il tema da affrontare.*

La misurazione del danno procurato ai creditori delle società di capitali dagli amministratori, quando costoro proseguono l'attività d'impresa nonostante la perdita del capitale sociale o del *going concern*, è tema ripetutamente dibattuto e variamente risolto negli ultimi anni in dottrina e in giurisprudenza.

Le pronunce sul tema non tengono sufficientemente conto, a mio modesto parere, del sistema interattivo che caratterizza l'impresa, della stretta connessione esistente tra tutte le operazioni di gestione nonché

dei principi contabili di rappresentazione e misurazione della *performance* aziendale lungo tutto il periodo in cui la società era o doveva considerarsi in liquidazione.

Alla scienza dell'economia aziendale, e in particolare a quella branca denominata *accounting*, il giudice dovrebbe prestare affidamento nella cognizione del "fatto", cui collegare l'applicazione del diritto (con riferimento sia alla misurazione dell'effetto, sia alla determinazione del nesso di causalità), come, in problemi analoghi, il giudice, previo vaglio critico, si rimette alla medicina o all'ingegneria allorché il risarcimento viene chiesto nei casi di lesioni al corpo umano o ad una costruzione edilizia.

La dimostrazione di quanto sopra affermato richiede una disamina degli strumenti di accertamento della perdita del capitale minimo o del *going concern* e dei correlati e specifici adempimenti incombenti responsabilmente sugli amministratori, cui sono dedicati i successivi paragrafi da 2 a 5⁽¹⁾.

È utile avvertire il cortese e paziente lettore che la fattispecie, qui presa in esame, è quella caratterizzata dalla ritardata dichiarazione di fallimento di una società che ha redatto i bilanci d'esercizio e che dispone di un impianto contabile adeguato al loro controllo. Esula quindi da questo scritto il tema del danno che potrebbe essere rappresentato dal mero *deficit* fallimentare quale strumento equitativo di misurazione in caso d'innattendibilità o assenza della contabilità, imputabili agli amministratori.

Scopo di questo scritto è quello di dimostrare che la differenza fra i valori del patrimonio netto, *determinata secondo corretti principi contabili*, in due momenti - quello in cui la società avrebbe dovuto porsi in liquidazione e quello in cui essa ha effettivamente iniziato il procedimento liquidatorio, vuoi volontario, vuoi concorsuale - rappresenta l'appropriata misurazione del danno patito dai creditori, anche in conformità alle norme codicistiche sulla responsabilità contrattuale o extracontrattuale⁽²⁾ e a quelle penali sull'aggravamento del dissesto.

2. La perdita del capitale minimo.

La perdita del capitale sociale, che lo azzeri facendo emergere un valore negativo o, se superiore a un terzo del capitale, lo riduca al di sotto

⁽¹⁾ Questo primo paragrafo riprende in buona parte il *prologo* di un mio scritto, rivelatosi *vox clamans in deserto*, pubblicato in *Società*, 2011, p. 37 ss.: *La determinazione del danno causato dagli amministratori che continuano l'impresa dopo la perdita del capitale*.

⁽²⁾ Così come affermato, seppur con sintetiche argomentazioni, in G. VERNA-S. VERNA, *La liquidazione delle società di capitali*, Padova, 2009, pp. 50 e 51.

del minimo legale previsto per la tipologia di società adottata⁽³⁾, è, nella prassi, la causa più comune di scioglimento delle società di capitali.

Le disposizioni previste dal legislatore a tutela del capitale di cui agli artt. 2447, comma 1, e 2482-ter, comma 1, entrano in funzione solo al verificarsi di entrambe le condizioni previste dalle norme, e nello specifico: *a)* che vi sia una perdita di oltre un terzo del capitale sociale e *b)* che la riduzione dello stesso lo riduca al di sotto del minimo legale.

Se ne desume *a contrariis*, pertanto, che la società può continuare a svolgere la propria attività fin tanto che il capitale sociale, seppur ridotto sotto il minimo legale, non sia intaccato da perdite superiori a un terzo dello stesso⁽⁴⁾.

Le perdite dovranno essere imputate innanzi tutto alle altre poste del patrimonio netto, quali le riserve⁽⁵⁾ (nell'ordine, riserve facoltative, riserve statutarie, riserva legale) e successivamente al capitale sociale in via residuale.

A norma dell'art. 2485, comma 1, cod. civ., l'organo amministrativo deve senza indugio, ovvero *tempestivamente*⁽⁶⁾, accertare il verificarsi di una causa di scioglimento della società, quale la riduzione del capitale al di

⁽³⁾ Per le S.p.a € 50.000 in seguito all'approvazione dell'art. 20, comma 7, D.L. 24 giugno 2014, n. 91, conv. in L. 11 agosto 2014, n.116.

A seguito delle modifiche apportate dall'art. 9, D.L. 28 giugno 2013, conv. in L. 9 agosto 2013, n. 99, è consentito costituire S.r.l. "ordinarie" con capitale anche inferiore ai 10 mila €; secondo l'orientamento dottrinale prevalente e quanto affermato negli Orientamenti notarili in materia societaria, a cura della Commissione massime societarie del Consiglio Notarile di Milano, massima n. 143 del 19 maggio 2015, si è ritenuto che «*il nuovo limite di un euro non rappresenti unicamente una sorta di "agevolazione" in sede di costituzione della società, bensì rappresenti in generale il nuovo limite minimo del capitale sociale nella s.r.l., pur residuando alcune regole che mantengono una sorta di "vincolo patrimoniale al medesimo importo di diecimila euro cui era collegato il vecchio limite minimo" e che, pertanto, a prescindere dal capitale sociale, tutte le s.r.l. "a) possono deliberare una riduzione del capitale sociale a copertura di perdite a un ammontare inferiore a euro diecimila, sia qualora la società versi nelle situazioni di cui agli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c., sia qualora essa abbia perdite inferiori a un terzo del capitale sociale; b) possono deliberare un aumento del capitale sociale, a titolo gratuito o a pagamento, ad un ammontare inferiore a euro diecimila, anche in seguito a riduzione o azzeramento del capitale sociale a copertura di perdite.*

⁽⁴⁾ R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, Torino, 1998, p. 375; B. QUATRARO-D'AMORA-R. ISRAEL-G. QUATRARO, *Trattato teorico pratico delle operazioni sul capitale*, Milano, 2001, p. 755; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 208; M. CAMPOBASSO-G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2012, p. 529; in giurisprudenza si veda Cass., 17 novembre 2005, n. 23626.

⁽⁵⁾ Una delibera volta alla riduzione del capitale sociale assunta senza che le perdite siano state calcolate al lordo delle riserve è da considerarsi nulla: Cass., 2 aprile 2007, n. 8221; Cass., 6 novembre 1999, n. 1247.

⁽⁶⁾ R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione...*, cit., p. 338.

sotto del minimo legale o l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale o altra causa prevista dall'art. 2484, comma 1.

L'accertamento deve essere inoltre compiuto *con diligenza*, che qualificherei professionale. Orbene, di norma e secondo principi di buona amministrazione, verso la metà di ogni mese l'amministratore riceve ed esamina il bilancio di verifica del mese precedente. Esso riflette evidentemente solo gli accadimenti di gestione e non le operazioni che s'impongono in sede di redazione del bilancio annuale o intermedio, quali la valutazione delle rimanenze e delle partecipazioni non quotate, nonché il calcolo degli ammortamenti, del presumibile valore di realizzo dei crediti, dei ratei e dei risconti e del fondo di fine rapporto di lavoro. Tuttavia la diligenza richiede agli amministratori (di più ai sindaci e ancor più ai revisori) di accertare - sulla base della differenza fra componenti positivi e negativi di gestione, emergenti dal suddetto bilancio di verifica, e di una stima, ancorché "a spanne", delle rettifiche da apporvi in forza delle menzionate operazioni valutative di fine periodo - se la perdita *de qua* si è verificata o, quanto meno, se sussiste il sospetto che essa si sia verificata, per cui occorra non fermarsi al bilancio di verifica, ma passare alle più complesse operazioni di valutazione in sede di chiusura dei conti. Sul piano pratico l'accertamento della perdita del capitale generalmente deve essere rilevata al massimo a metà del secondo mese successivo nel corso del quale si è verificata, ma nei casi più evidenti e rilevanti entro la fine del mese successivo (7).

È noto che gli amministratori, accertata la perdita del capitale minimo, devono senza indugio convocare l'assemblea affinché deliberi o la copertura della perdita in misura tale da ricostituire almeno il capitale minimo o la trasformazione della società (artt. 2447 e 2482-ter, cod. civ.).

Gli amministratori - al fine di garantire un'adeguata informazione sulla situazione, in cui versa la società, ai soci, così che essi possano ponderare sulle soluzioni da adottare in sede d'assemblea - devono redigere una relazione da cui risulti la *situazione patrimoniale aggiornata*, da depositare e conservare, presso la sede sociale, negli otto giorni (8) precedenti la data

(7) Se ne desume quindi che, in ottemperanza all'obbligo di diligenza e pertanto di prudenza, che incombe sugli amministratori, allorché la società è in crisi, per cui è più elevata la probabilità che nel corso dell'anno intervenga la perdita del capitale minimo, le operazioni di monitoraggio delle risultanze contabili dovranno essere connotate da maggiore frequenza.

(8) Il mancato o l'irregolare deposito di tale documentazione presso la sede sociale nel termine di otto giorni provoca l'annullamento o la nullità della successiva delibera avente ad oggetto la riduzione del capitale sociale. Per l'annullamento si vedano le pronunce App.

di convocazione dell'assemblea, accompagnata dalle osservazioni del collegio sindacale, e, ove esistente, del revisore contabile (artt. 2446 e 2482-*bis*, comma 2).

Nel silenzio della norma, secondo l'orientamento prevalente, la relazione di cui sopra si sostanzierà nella redazione di un vero e proprio bilancio, quindi comprensivo di stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, il quale dovrà rispettare i criteri previsti dagli artt. 2423 ss.⁽⁹⁾.

Pur professando la dovuta modestia, dissento dall'opinione secondo cui all'assemblea debba esser presentato un vero e proprio bilancio, costituito da stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, i cui contenuti si conformino agli artt. 2423-*ter* – 2427-*bis* cod. civ. Ritengo infatti che il disposto dell'art. 12 delle preleggi impedisca di attribuire al termine “*relazione sulla situazione patrimoniale*” una portata coincidente con i predetti articoli sulla struttura e le informazioni che devono accompagnare un vero e proprio bilancio. Tuttavia, sulla base di una necessaria interpretazione teleologica della norma, e quindi dovendo offrirsi in assemblea le informazioni utili ad una decisione essenziale per la vita della società, non potranno mancare le informazioni indispensabili per la miglior comprensione di tali documenti, ancorché non siano obbligatori gli schemi edittali e una nota integrativa integrale, né un raffronto con i dati di una situazione riferita alla stessa data dell'anno precedente. A mio avviso sarà invece basilare, proprio perché l'assemblea è chiamata in sostanza a decidere se continuare e quindi ricapitalizzare o cessare l'attività, presentare il *budget*, opportunamente riferito ai successivi dodici mesi⁽¹⁰⁾.

È invece fuori di dubbio che, dovendo l'assemblea stabilire se continuare o no l'impresa, il bilancio infrannuale che le sarà sottoposto deve

Milano, 19 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1202; App. Milano, 13 novembre 1997, in *Società*, 1998, p. 584; Trib. Bologna, 4 maggio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1016; per la nullità della delibera si veda Cass., 2 aprile 2007, n. 8222, in *Società*, 2008, 462; Trib. Napoli, 20 novembre 1996, *ibidem*, 1997, p. 439.

⁽⁹⁾ Cass., 23 marzo 2004 n. 5740, in *Giur. it.*, 2005, p. 296; Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Società*, 1995, p. 1548; Trib. Napoli, 5 maggio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 365; in dottrina si veda B. QUATRARO-D'AMORA-ISRAEL-G. QUATRARO, *Trattato teorico*, cit., p. 709; R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione...*, cit. alla nt. 4, p. 343.

⁽¹⁰⁾ Sull'obbligatorietà del *budget* in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2214, comma 2) e sulla necessità di valutare l'adeguatezza del c.d. assetto *or.am.co.*, da estendersi per ragionevolezza anche alle s.r.l. di maggiori dimensioni, rinvio al mio *L'assetto Or.Am.Co. e l'art. 2381 cod. civ.*, in *Il controllo delle soc. e degli enti*, 2014, 5.

essere redatto con i criteri di funzionamento (o del *going concern*), sia pur con l'applicazione della dovuta prudenza⁽¹¹⁾.

Al fine di assolvere il compito di fornire adeguata informazione ai soci e in ragione del generale dovere di diligenza che grava sull'organo di gestione, gli amministratori sono tenuti, inoltre, a riferire in sede assembleare su ogni fatto rilevante⁽¹²⁾ intervenuto successivamente al deposito della relazione sulla situazione patrimoniale della società.

I fatti di rilievo, nel frattempo intervenuti, infatti, possono assumere un ruolo fondamentale nelle scelte che verranno poi prese dai soci in assemblea, in quanto, se correlati ad un ulteriore componente negativo di reddito, sono un segnale di peggioramento della situazione patrimoniale; essi porteranno la compagine sociale ad orientare la propria scelta verso lo scioglimento della società al fine di non procrastinare una situazione di crisi verosimilmente irreversibile.

Tuttavia, nel caso in cui, tra i fatti successivamente intervenuti, si manifesti un componente positivo che consenta di ridurre incisivamente la perdita del capitale sociale, può non essere più necessario alcun intervento o può rinviarsi la copertura delle perdite all'anno successivo, così come dispongono gli artt. 2446 e 2482-*bis* cod. civ.

Quest'ultima circostanza si verifica, per esempio, se, prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, gli amministratori abbiano acquisito la prova che i soci, *uti singuli*, hanno rinunciato al loro credito nei confronti della società, derivante da precedenti finanziamenti, o verso di essa si siano formalmente obbligati ad un versamento in conto copertura delle perdite o meglio lo abbiano già effettuato. Nel primo caso si ha una

⁽¹¹⁾ Non è forse superfluo un brevissimo accenno al nuovo criterio di prudenza che si sta affermando sulla scia dei principi contabili internazionali. Ove si presentasse una valutazione che oscilla tra due valori, la prudenza (*prudence*) di derivazione germanica impone di scegliere il valore più basso se si tratta di attività e quello più alto per le passività, privilegiando quindi il pessimismo all'ottimismo; la prudenza di derivazione americana (*caution*) richiede, invece, dopo ripetute analisi tese a ridurre la "forcella" di valori, di assumere il valore intermedio in quanto è probabilmente ed oggettivamente il più vicino alla realtà. Non c'è dubbio che la *prudence* tutela maggiormente il creditore, mentre la *caution* il socio e colui che sta investendo e che quindi è interessato a scegliere fra tenere, vendere o acquistare una partecipazione in società.

⁽¹²⁾ Per "fatti di rilievo" si deve intendere le «*circostanze suscettibili di rendere diversa la deliberazione assembleare rispetto a quella che sarebbe ragionevole prendere in base ai dati forniti con il documento depositato o quantomeno suscettibili di cambiare i presupposti della decisione, qualunque essa possa essere*»: D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2010, p. 181; nello stesso senso G. BIANCHI, *Le operazioni sul capitale*, Padova, 2007, p. 295.

trasformazione⁽¹³⁾ di passività in patrimonio netto; nel secondo il sorgere di un'attività con corrispondente incremento del patrimonio netto⁽¹⁴⁾, bene inteso nei limiti del presumibile valore di realizzazione del credito, che potrebbe essere comprovato dal versamento effettuato dal socio dopo l'assunzione dell'obbligazione⁽¹⁵⁾.

Caso diverso è, invece, quello in cui la perdita venga annullata dopo che il capitale sia sceso sotto il minimo legale, ma prima che tale evento sia stato accertato dagli amministratori, come nel caso in cui i soci abbiano provveduto ad un formale aumento di capitale o a un versamento a fondo perduto o alla rinuncia a precedenti finanziamenti. Infatti, in tali ipotesi, non si ritiene necessario il ricorso alla procedura di cui all'art. 2447 e 2482-ter, in quanto verrebbe meno, prima del suo emergere, il presupposto per la riduzione obbligatoria del capitale sociale⁽¹⁶⁾.

Eventi come quelli sopra descritti, infatti, fanno venir meno la formazione della perdita e conseguentemente rendono inutile il procedimento legale per il risanamento della stessa, fermo restando l'obbligo, se il risanamento è successivo al verificarsi della perdita ma prima che si tenga l'assemblea, della *disclosure*⁽¹⁷⁾.

Ove non sia assunta tale delibera, c.d. *salvifica*, gli amministratori devono "senza indugio" provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento (art. 2485, comma 1, che rinvia al precedente art. 2484, comma 3, cod. civ.).

3. La perdita del capitale minimo quale causa di scioglimento della società e l'assemblea salvifica.

Il verificarsi di una perdita qualificata (*ex art. 2447*, con riferimento alle s.p.a., o *ex art. 2482-ter*, con riferimento alle s.r.l.) non produce auto-

⁽¹³⁾ L'OIC 28, *Patrimonio netto*, agosto 2014, afferma che ha così natura di riserva di capitale quella che viene ad essere costituita con la rinuncia al credito vantato dai soci, sia per partecipare alla copertura della perdita sia per i futuri aumenti di capitale.

⁽¹⁴⁾ I versamenti soci in conto copertura di perdite sono, infatti, apporti che, per la loro natura, costituiscono poste del patrimonio netto, pur lasciando immutato il capitale sociale. In questo senso si veda Cass., 14 dicembre 1998, n. 12539, in *Notariato*, 1999, p. 538.

⁽¹⁵⁾ Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 355.

⁽¹⁶⁾ In questo senso E. BERTACCHINI, *I versamenti soci in conto capitale coprono "definitivamente" le perdite*, in *Società*, 2007, p. 1487 ss.; M. IRRERA, *I prestiti dei soci alle società*, Padova, 1992; G. TANTINI, *I versamenti in conto capitale tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990; App. Genova, 30 novembre 2005, in *Società*, 2007, 12, p. 1487; Trib. Genova, 12 febbraio 2002, *ibidem*, 2003, p. 616.

⁽¹⁷⁾ *Contra* App. Bari, 6 settembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 128.

maticamente lo scioglimento della società, ma fa sorgere in capo all'organo amministrativo l'obbligo, innanzitutto, di vigilare sulla situazione patrimoniale della società, provvedendo a rilevare e quantificare prontamente la perdita⁽¹⁸⁾, nonché quello di convocare *senza indugio* (art. 2485, comma 1) l'assemblea dei soci, gravando, inoltre, i membri dello stesso di una responsabilità personale e solidale per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi, in "*caso di ritardo od omissione*" nella convocazione (art. 2485, comma 2).

La riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale è qualificata come causa di scioglimento della società *non automatica*, ma con *effetto sospensivo* fino alla deliberazione dell'assemblea dei soci c.d. "*salvifica*" o che ne deliberi lo scioglimento o fino allo spirare del termine ragionevole di convocazione.

La causa di scioglimento è, quindi, una fattispecie complessa a formazione progressiva in quanto si deve verificare, innanzitutto, la riduzione del capitale al di sotto del limite legale e, secondariamente, la mancanza di provvedimenti assunti in sede assembleare funzionali al salvataggio della società di cui agli artt. 2447 e 2482-ter.

L'assemblea c.d. "*salvifica*" potrà avere ad oggetto la copertura integrale delle perdite, ricostituendo così il capitale perduto⁽¹⁹⁾, o la ricostituzione del capitale minimo legale richiesto per il tipo di società scelta o la trasformazione della società⁽²⁰⁾.

Si discute se la delibera salvifica di aumento del capitale, previa copertura delle perdite, possa limitarsi ad un aumento di capitale senza sottoscrizione, lasciando ai soci per tale adempimento il termine di trenta giorni di cui agli artt. 2441, comma 2, e 2481-bis, comma 2, o debba essere accompagnata dalla contestuale sottoscrizione del deliberato aumento.

⁽¹⁸⁾ R. NOBILI-M.S. SPOLIDORO, *La riduzione*, cit. alla nt. 4, p. 336.

⁽¹⁹⁾ Si ammette che l'assemblea, non avendo assunto una delibera nella sua prima convocazione, possa concedere un breve termine ai soci per la sottoscrizione del capitale da ricostituire.

⁽²⁰⁾ In questo senso si veda Trib. Verona, 11 marzo 1999, in *Riv. notar.*, 2000, p. 333; Trib. Alba, 22 aprile 1998, *ivi*, 1999, p. 1030. La dottrina e la giurisprudenza più rigorosa, ritenendo, invece, inammissibile la costituzione di una società senza capitale sociale, richiedono che si proceda prima alla riduzione del capitale sociale in ragione delle perdite e, solo se esso abbia un capitale positivo, si possa procedere alla trasformazione in società di persone; in questo senso si veda App. Milano, 6 ottobre 2002, n. 1679, in *Giur. it.*, 2001, p. 1679; Trib. Napoli, 2 ottobre 1997, in *Società*, 1997, p. 12; Trib. Genova, 25 febbraio 1997, *ibidem*, 1987, p. 740.

Rispettando la prima tesi⁽²¹⁾, la tutela accordata dalla norma va a salvaguardare il diritto di opzione spettante al socio (incerto nel prendere una decisione immediata o assente alla riunione), mentre la seconda tesi⁽²²⁾ assicura una maggiore tutela ai creditori ed ai terzi rispetto all'ingiustificato prolungarsi nell'esercizio d'impresa da parte di una società priva di capitale.

È stata però avanzata in giurisprudenza una tesi c.d. "intermedia", secondo la quale non sarebbe necessario posticipare ad un momento successivo a quello dell'assemblea c.d. "salvifica" la sottoscrizione della ricostituzione del capitale, in quanto è possibile condizionare, entro il termine non inferiore a quello previsto dall'art. 2441, comma 2, ovvero 15 giorni, l'efficacia del ripianamento delle perdite e della propria sottoscrizione al mancato esercizio del diritto di opzione da parte dei soci assenti⁽²³⁾; si avrebbe quindi una copertura condizionata alla futura sottoscrizione⁽²⁴⁾.

Venuto meno l'effetto sospensivo della causa di scioglimento della società, gli amministratori saranno tenuti ad iscriverla nel registro delle imprese (artt. 2485, comma 1, e 2484, comma 3), in modo che possa essere opponibile *erga omnes*.

4. *La limitazione dei poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento.*

L'art. 2486 disciplina puntualmente poteri e responsabilità degli amministratori di una società, dal momento cognitivo del verificarsi della causa di scioglimento fino a quello del passaggio di consegne ai liquidatori (o al curatore fallimentare), ammettendo la possibilità per l'organo amministrativo di continuare nella gestione della società nei limiti posti dalla *finalità di conservazione del patrimonio* e con l'obbligo di esercitare tali diritti, assumendone le correlate responsabilità⁽²⁵⁾.

(21) G. BIANCHI, *Le nuove S.r.l.*, dir. da Sarale, Bologna-Roma, 2008, p. 940 ss.

(22) R. NOBILI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Abbadessa e Portale, vol. 3, Torino, 2007, p. 337; R. RORDORF, in *Giurisprudenza sul codice civile coordinato con la dottrina*, Milano, 2005, p. 2791 ss.; App. Firenze, 4 febbraio 2002, confermata da Cass., 17 novembre 2005, n. 23262, in *Società*, 2006, 10, p. 1229; Cass., 12 luglio 2007, n. 15614, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 9.

(23) In questo senso si vedano già le pronunce Trib. Milano, 13 ottobre 1994; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 3137; Trib. Catania, 25 ottobre 1990, in *Società*, 1991, p. 812.

(24) Si segnala che il Trib. Grosseto, 12 ottobre 2001, in *Società*, 2002, p. 482 (con nota adesiva di M. CUPIDO, *Legittimità della previsione di termine per la sottoscrizione di capitale interamente perduto*), ha ritenuto legittima la delibera con cui si assegnava ai due soci il termine di 20 giorni per sottoscrivere il capitale necessario a ricostruire il capitale e 21 giorni per sottoscrivere la quota eventualmente non sottoscritta dall'altro socio.

(25) Trib. Napoli, 27 novembre 2009, in *il caso.it*.

«Si tratta quindi non già di una gestione libera con le stesse caratteristiche che aveva prima del prodursi della causa di scioglimento, bensì di un'attività di gestione *vincolata*, perché finalizzata alla conservazione dell'integrità (in relazione alla sua composizione) e del valore del patrimonio netto⁽²⁶⁾».

Con il verificarsi della causa di scioglimento, quindi, si apre una fase c.d. "preliquidatoria", nella quale gli amministratori sono investiti delle competenze di gestione limitate alla tutela del valore del patrimonio sociale, e direttamente funzionali allo svolgimento della liquidazione. La contrazione del potere di gestione degli amministratori non provoca, tuttavia, una limitazione in termini di responsabilità.

Circa l'ampiezza dei poteri gestori da parte degli amministratori nel periodo intercorrente fra il verificarsi di una causa di scioglimento e la consegna ai liquidatori, se, da un lato, non è stato riprodotto il divieto di compiere nuove operazioni con la conseguente assunzione di responsabilità nell'ipotesi di inadempimento⁽²⁷⁾, dall'altro lato, permangono in capo agli amministratori pregnanti limitazioni che non pare consentano di sostenere, nella pratica, un quadro molto innovativo rispetto alla disciplina previgente⁽²⁸⁾.

Essi, infatti, possono porre in essere nuove operazioni, ma al solo fine di conservare il valore del patrimonio sociale⁽²⁹⁾, non più per accrescerlo,

⁽²⁶⁾ V. SALAFIA, *Linee generali della riforma del diritto societario*, in *La riforma del diritto societario*, Quaderni del CSM, Roma, 2004, 15 e ss.; OIC 5, ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITÀ, *Bilanci di liquidazione*, 2008, § 2.1.

⁽²⁷⁾ Nella riformulazione della norma, quindi, il legislatore ha provveduto ad eliminare il concetto di "nuovo" come elemento qualificativo delle operazioni vietate, andando così di fatto ad allinearsi agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali della previgente normativa. In questo senso si veda in dottrina: R. RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Società*, 2003, p. 337; G. VERNA, *La determinazione del danno ecc.*, cit. alla nt. 1, p. 37; ed in giurisprudenza Trib. Roma, 8 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 707; Trib. Ivrea, 10 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 2313; Cass., 13 febbraio 2007, n. 3694, in *Giur. Civ. Mass.*, 2007, 2.

⁽²⁸⁾ Una disciplina profondamente diversa in tema di responsabilità degli amministratori di società di persone e di società di capitali, allorché si verifica una causa di scioglimento, contrasterebbe col principio costituzionale di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Carta repubblicana; ciò va tenuto presente dal momento che la responsabilità per nuove operazioni permane esplicitamente nelle società personali, non essendo stato modificato l'art. 2279 cod. civ.

⁽²⁹⁾ A seguito della riforma del 2003, come è stato rilevato dalla dottrina maggioritaria, gli amministratori sono investiti di una «gestione provvisoria propedeutica all'inizio della fase liquidativa»: così testualmente M. VAIRA, *Commento agli artt. 2485 e 2486*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, 3, Bologna, 2004, p. 2052. Nello stesso senso si veda A. SANTUS-G. DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in no-

con un'ovvia limitazione del rischio e quindi della gamma delle operazioni consentite⁽³⁰⁾. Naturalmente deve tenersi in debito conto quale causa di scioglimento si è verificata.

Nel caso più frequente e pernicioso - perdita del capitale minimo - gli amministratori, dopo che abbiano accertato il verificarsi di tale evento, non possono compiere nuove operazioni per recuperare gli interessi compromessi dei soci giacché assumerebbero rischi che ricadrebbero sui creditori.

Gli amministratori, infatti - se accertano tempestivamente che il capitale è andato interamente perduto e conseguentemente avviano la procedura per la messa in liquidazione della società, e in questo caso i creditori chirografari fossero in ipotesi soddisfatti nella misura dell'75% (ipotizzando che la perdita del 25% sia dovuta alla cessazione della "continuità aziendale" e quindi non sia in alcun modo fonte di responsabilità) - non hanno il potere di tentare, affrontando il normale rischio d'impresa, di annullare o ridurre il *deficit*; ciò in quanto non stanno più gestendo un capitale di rischio (di pertinenza dei soci proprietari), ma un capitale a debito, che esprime il credito di coloro che hanno fornito beni e servizi alla società e non sono stati ancora soddisfatti.

L'eccezione, che consente il compimento di nuove operazioni (quelle dell'esercizio provvisorio), deve essere collegata nell'alveo di un rapporto teleologico⁽³¹⁾ - e quindi di naturale o probabile sviluppo - con la prevista cessione dell'azienda o di un ramo di essa ad un prezzo superiore a quello che si sarebbe conseguito limitando l'attività a quella richiesta dalla pura conservazione del patrimonio⁽³²⁾; agli amministratori si chiede, però, di

tarlex.it/news/Scioglimento_liquidazione-DeMarchi.pdf, par. 4.1; A. PACIELLO, *sub art. 2486*, in *Commentario* a cura di Santulli-Santoro, Torino, 2003, p. 247.

⁽³⁰⁾ Gli amministratori sono così investiti di una gestione di carattere conservativo che consente agli stessi, e li obbliga al medesimo tempo, a porre in essere tutti quegli atti funzionali e necessari alla conservazione del valore del patrimonio dell'impresa così da evitare «la dispersione dei valori patrimoniali utilmente realizzabili durante il procedimento di liquidazione», così A. PIRAS, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione*, in AA.VV., *Diritto Commerciale*, Bologna, 2010, p. 399 ss.

⁽³¹⁾ La finalità di conservazione del patrimonio d'impresa si traduce in una conservazione del valore (significato da attribuire alla più ampia locuzione "conservazione dell'integrità e del valore") che usualmente esige, o può esigere, una gestione ancora dinamica. In questo senso si esprime G. NICCOLINI, in *Società di capitali*, commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, vol. III, Napoli, 2004, p. 1735 ss., e nello stesso senso si vedano Trib. Ivrea, 10 maggio 2006, cit., e Cass. n. 3694/2007, cit.

⁽³²⁾ In una prospettiva, quindi, di continuità si deve ritenere che gli amministratori agiranno correttamente nel dare esecuzione ai contratti in essere, seguito alla produzione nella misura delle scorte disponibili, continuità ai rapporti con i dipendenti, ecc. Tale attività

tenere conto che il previsto maggior prezzo dovrebbe coprire l'eventuale aggravamento del *deficit*.

All'inverso, anche l'omissione dell'obbligo di gestire la società, dopo che si è verificata una causa di scioglimento, al limitato fine di conservare il valore del patrimonio sociale, comporta una responsabilità solidale degli amministratori (salvo quanto specificano gli artt. 2392, comma 3, e 2476, comma 1, in tema di amministratori dissenzienti) nei confronti della società, dei creditori sociali, dei soci e dei terzi. Infatti l'interruzione dell'attività d'impresa solo perché si è verificata una causa di scioglimento potrebbe comportare la dispersione del valore dell'avviamento e pregiudicare il tentativo di vendere in blocco l'azienda o un ramo di essa⁽³³⁾. Epper tanto la responsabilità sorgerà in presenza del danno e presuppone un nesso di causalità fra danno e azione od omissione degli amministratori e, alle condizioni di cui all'art. 2407, sarà accompagnata dalla corresponsabilità del collegio sindacale⁽³⁴⁾.

La continuazione dell'attività d'impresa non deve esporre il patrimonio sociale a nuovi rischi⁽³⁵⁾, o meglio a rischi non proporzionati per ammontare e durata alla prospettiva di soluzione della crisi. La situazione d'incertezza in cui possono facilmente trovarsi gli amministratori, vista la difficoltà di identificare con precisione i limiti del loro operato, può essere mediata «attraverso una tempestiva attività di convocazione dell'assemblea ex art. 2487 c. c., volta a ridurre i tempi di definizione della vicenda»⁽³⁶⁾ e a preconstituire la prova della trasparenza e cautela che devono caratterizzare la loro opera. Costoro esporranno ai soci e al collegio sindacale, ove esistente, le concrete prospettive di superamento della crisi e, se la continuazione dell'attività fosse condivisa dall'assemblea e soprattutto se le prospettive fossero all'epoca verificabili, non incorreranno in responsabi-

di gestione, infatti, nella prospettiva di futuro realizzo dell'avviamento, non potrà che favorire una proficua cessione dell'azienda in blocco o di un suo ramo, strada più difficilmente praticabile da una società ormai cessata (F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, p. 405). In un'ottica meramente liquidatoria, purché si rivelino vantaggiose o quanto meno non svantaggiose, si devono ritenere ammissibili da parte degli amministratori operazioni volte alla dismissione di cespiti: in questo senso M. VAIRA, *Scioglimento e liquidazione...*, cit., alla nt. 29, p. 2060.

⁽³³⁾ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le società di capitali e cooperative*, Padova, 2004, p. 450, nt. 3; L. DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1996.

⁽³⁴⁾ G. NICCOLINI, *op. cit.*, p. 1738.

⁽³⁵⁾ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 450.

⁽³⁶⁾ F. FIMMANÒ-C. ESPOSITO-L. TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitale*, Milano, 2005, p. 128.

lità qualora dovessero maturare ulteriori perdite, sempre che l'attività d'impresa continui per un breve periodo di tempo con le cautele e precauzioni dettate dal caso.

In base al “vecchio” art. 2449 cod. civ. la responsabilità degli amministratori si atteggiava a responsabilità per debito, in quanto costoro rispondevano illimitatamente delle obbligazioni contratte per le nuove operazioni verso i singoli creditori, controparti contrattuali di tali nuovi affari. Per contro, in base ai nuovi artt. 2485 e 2486, gli amministratori rispondono *per danno e non più per debito*: infatti essi possono solo compiere atti conservativi e non rispondono, verso la società e i terzi, per le nuove operazioni *ipso facto* ⁽³⁷⁾.

Ne consegue che la continuazione dell'attività d'impresa, nei limiti su accennati, sarà compito necessario degli amministratori anche se, così facendo essi aumentino il *deficit*, ma prevedano fondatamente di evitarne uno maggiore.

È il caso frequente di molte società che hanno perso il capitale sociale e presentano una gestione in perdita. La continuazione dell'attività fa sicuramente aumentare le perdite, ma evita, in conseguenza della paralisi dell'attività e dell'inadempimento dei contratti in corso, perdite maggiori o fa fondatamente presumere un più facile reperimento di un compratore o di un nuovo socio che rilanci l'impresa e la conduca ad una *performance* positiva.

5. La perdita della continuità aziendale quale causa di scioglimento della società.

Tra le cause di scioglimento delle società di capitali, oltre alla perdita del capitale minimo, l'art. 2484, comma 1, n. 2), cod. civ., annovera *la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale*.

Indubbiamente rientrano nella fattispecie il venir meno di una licenza amministrativa senza la quale non sia possibile l'esercizio dell'attività, la chiusura alle importazioni del mercato estero in cui operava quasi esclusivamente la società, l'impossibilità di aumentare il capitale minimo stabilito dalla legge per l'esercizio della specifica attività sociale, l'inesistenza di rimedi all'improvvisa obsolescenza dell'apparato di produzione a causa di nuove scoperte tecnologiche, la cessazione di un fornitore o di un cliente

⁽³⁷⁾ G.M. ZAMPARETTI, *La prova del danno da gestione non conservativa nella società disciolta per perdita di capitale*, in *Fallimento*, 2009; G. VERNA, *La determinazione del danno...*, cit. alla nt.1, p. 40;

rilevanti ed insostituibili nonché la crisi irreversibile che ha colpito la capogruppo che svolgeva nei confronti della società un ruolo essenziale negli approvvigionamenti finanziari e/o commerciali⁽³⁸⁾.

La dottrina e la prassi economico-contabile sono andate da tempo elaborando il concetto di *continuità aziendale* o *going concern*. «In base al presupposto della continuità aziendale un'impresa viene considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro»⁽³⁹⁾ e tale presupposto deve essere considerato dagli amministratori nella redazione del bilancio⁽⁴⁰⁾ e coprire un periodo non inferiore ai dodici mesi.

Il presupposto della continuità aziendale non è facilmente e rapidamente accertabile non emergendo *prima facie* dalla contabilità. Normalmente rivelano la perdita del *going concern* il budget e, ove esistenti, i piani-programma a medio-breve termine, i prospetti dei flussi di cassa a 4/6 mesi e soprattutto alcuni indicatori economici e finanziari.

Il budget viene redatto ed approvato dagli amministratori di norma nel lasso di tempo che va da ottobre/novembre a gennaio/febbraio con riferimento, rispettivamente, all'anno che sta per iniziare o a quello appena iniziato. Sull'obbligatorietà del budget in relazione alle dimensioni dell'impresa e alla natura dell'attività esercitata nonché in ottemperanza all'art. 2381, comma 6, cod. civ., ragionevolmente applicabile a parità di condizioni anche alle s.r.l., si è già accennato⁽⁴¹⁾. Spesso le società redigono tra giugno e metà settembre un *revised budget*.

Il principio di revisione non prescrive specifici indicatori o indici economici ai fini di monitorare la permanenza del *going concern*. Vengono per lo più utilizzati gli indici di liquidità, l'indice di struttura e gli indici di

⁽³⁸⁾ M.S. AVI-M. DORIA-S. FRANCHIN, *La liquidazione delle società*, Milano, 2008, p. 46, osservano inoltre che le suddette cause sono destinate ad operare solo se nell'atto costitutivo l'attività che costituisce l'oggetto sociale è indicata con sufficiente chiarezza e precisione e, invece, non è menzionata una lunga serie di attività, spesso disparate. Gli autori, quali cause di scioglimento, fanno l'esempio dell'introduzione legislativa di divieti a svolgere determinate attività o della definitiva revoca di indispensabili autorizzazioni amministrative. Privilegiando la sostanza sulla forma, occorre prescindere dagli oggetti sociali trascritti negli statuti sociali, che spesso contemplano un oggetto sociale eccessivamente ampio e disparato, e tenere conto dell'attività effettivamente svolta. G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*, vol. XI, Milano, 2003, p. 21, contempla quale ipotesi di mancato raggiungimento dell'oggetto sociale il fallimento dell'obiettivo economico che i soci si erano prefissati.

⁽³⁹⁾ Principio italiano di revisione, c. d. *ISA/Italia*, n. 570, § 2.

⁽⁴⁰⁾ Principio italiano di revisione n. 570, § 4.

⁽⁴¹⁾ § 2 e nota 10.

dilazione dei pagamenti a fornitori e da clienti, i cui valori vengono determinati e confrontati con quelli degli ultimi 3 esercizi.

Gli *indicatori di liquidità* esprimono la capacità dell'impresa di soddisfare nel breve periodo (un esercizio di dodici mesi) le richieste dei propri creditori. Sono costruiti, di conseguenza, sul rapporto tra, da una parte, i crediti che l'imprenditore prevede di incassare nei prossimi 12 mesi, aumentati delle disponibilità liquide esistenti e dai titoli prontamente liquidabili, e, dall'altra, i debiti che questi stima di dovere pagare nello stesso intervallo temporale.

Gli indicatori più semplici sono il rapporto tra l'attivo corrente e il passivo corrente, risultanti dallo stato patrimoniale (*indice di liquidità secondaria*), e l'indice di *liquidità primaria* (o *acid test*) che, nel calcolo, toglie dall'attivo corrente le rimanenze di magazzino. Generalmente l'indice di liquidità secondaria deve essere superiore ad 1 ed approssimarsi a 1,5, ed evidenzia per ogni euro di debito da pagare entro 12 mesi quanto l'impresa aveva a disposizione. Con riferimento all'*indice di liquidità primaria* studi empirici indicano che il valore normale deve essere superiore a 0,75 ed approssimarsi all'unità; in altri termini l'indice riferito ad un determinato esercizio evidenzia quanti centesimi di disponibilità liquide e di attività esigibili entro 12 mesi dalla chiusura dell'esercizio dispone la società per ogni euro di passività con scadenza entro i medesimi 12 mesi.

L'*indice di finanziamento* (o di dipendenza da terzi) esprime quante volte il capitale investito da terzi nell'azienda è superiore al capitale proprio: il rapporto dovrebbe essere inferiore a 4 ed approssimarsi a 2.

Molto utili sono anche gli *indici di dilazione dei pagamenti*. Il *turnover dei debiti* misura la durata media della dilazione concessa ai fornitori, ovvero i giorni mediamente intercorrenti fra il sostenimento dei costi e il loro pagamento, determinato dalla formula:

costi mat. prime + servizi : (debiti v/fornitori all'inizio dell'eserc. + alla fine : 2) : 360.

Il *turnover dei crediti* misura la durata media della dilazione concessa ai clienti, ovvero i giorni mediamente intercorrenti fra il conseguimento dei ricavi e il loro incasso, determinato dalla formula:

ricavi vendite : (crediti v/clienti all'inizio + quelli alla fine dell'esercizio : 2) : 360.

Le dilazioni sono così determinate in giorni ed evidenziate in una tabella:

<i>pagam./incassi</i>	eserc. 201..	eserc. 201..	eserc. 201..
A fornitori			
Da clienti			
Differenze			

La tabella mostra l'eventuale divaricazione - deleteria sul piano finanziario - fra giorni di pagamento a fornitori e giorni di riscossione da clienti.

Le informazioni ritraibili dai suddetti indicatori, unitamente ad elementi di giudizio che possono ottenersi dai bilanci e dai dati contabili ed aziendali in generale nonché dal budget e dal prospetto degli incassi e dei pagamenti mensili (proiettati, questi ultimi, in un arco temporale di sei mesi), consentono di ritrarre una valutazione sufficientemente attendibile del mantenimento o della perdita del *going concern*, senza attendere che il bilancio del prossimo esercizio o al massimo del bilancio a quello successivo evidenzino la perdita del capitale minimo e quindi il verificarsi di una tipica causa di scioglimento.

La perdita della continuità aziendale è causa mediata di scioglimento della società, in quanto comporta l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, salvo le opportune delibere assembleari che rimuovano tale causa, ed emerge in mancanza di mezzi finanziari, da accertare principalmente attraverso i sopra detti indicatori finanziari.

La perdita del presupposto della continuità aziendale dà luogo a tutte quelle conseguenze, in tema di adempimenti e responsabilità degli amministratori, delineati allorché si è trattato della perdita del capitale minimo⁽⁴²⁾. Deve solo osservarsi che, mentre la perdita del capitale minimo può manifestarsi ed essere rilevata anche in date intermedie dell'esercizio sociale, compulsando i rendiconti o "bilancini" mensili, con la tempistica vista al § 1, la perdita del *going concern* emerge di norma solo se si dispone, tra l'altro, di un vero e proprio bilancio, di valori cioè precisi e corretti su cui calcolare i su accennati indicatori.

⁽⁴²⁾ G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 210, e TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, *ibidem*, 2013, I, p. 1277.

6. *La misura del danno in caso di continuazione dell'attività e l'orientamento della giurisprudenza.*

Il criterio del differenziale dei patrimoni netti o della perdita incrementale ha radici lontane e profonde.

Già Trib. Torino, 24 dicembre 1994⁽⁴³⁾, rilevando la violazione dell'art. 2447 in relazione all'art. 2449 (ora 2484) cod. civ., stabilì che il danno arrecato dagli amministratori alla società per mancata tutela del capitale e del patrimonio sociale va determinato in quella parte del passivo che rappresenta l'incremento delle perdite all'indomani del venir meno del capitale sociale nonché quale effetto della illegittima prosecuzione dell'attività sociale. Detta statuizione venne ripresa da Trib. Marsala, 2 maggio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 461.

Di recente Trib. Milano, 18 gennaio 2011, e 4 marzo 2013, ha ritenuto gli amministratori, che avevano illegittimamente proseguito l'attività sociale successivamente alla perdita del capitale, responsabili dell'aggravamento del dissesto cagionato dalle ulteriori perdite derivanti dal proseguimento dell'attività⁽⁴⁴⁾. Molte altre sono le pronunce della giurisprudenza che hanno imputato agli amministratori la differenza fra il passivo fallimentare al netto dell'attivo e quello esistente, sempre al netto dell'attivo, alla data del verificarsi dello scioglimento della società⁽⁴⁵⁾.

Tuttavia si è giunti ad affermare che il danno arrecato dalle nuove operazioni compiute dopo lo scioglimento della società deve essere determinato avendo riguardo al risultato economico prodotto da ciascuna di esse, ed il curatore ha l'onere di fornire in giudizio la prova delle singole operazioni compiute dagli amministratori e del danno che esse hanno arrecato al patrimonio della società: App. Milano, 11 luglio 2007⁽⁴⁶⁾.

Invero è parso a molti che, dopo la sentenza Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100⁽⁴⁷⁾, non sia più possibile, salvo il ricorso a criteri equitativi

⁽⁴³⁾ In questa *Rivista*, 1995, II, p. 870; è interessante rimarcare che, secondo i giudici torinesi, il capitale della società non è sufficiente per la soddisfazione dei creditori nel momento in cui si è verificata la sua perdita (p. 867).

⁽⁴⁴⁾ In *Fallimento*, 2013, p. 767; nella specie il danno è stato determinato quale differenza fra costi e ricavi maturati nell'anno successivo alla perdita del capitale.

⁽⁴⁵⁾ Si rammenta tra le tante Trib. Milano, 23 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 657; 28 novembre 2005, in *Società*, 2007, p. 67; 7 febbraio 2003, *ibidem*, 2003, p. 1385, e Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, *ibidem*, 2010, p. 407.

⁽⁴⁶⁾ In *Società*, 2008, p. 590, con nota di F. SIGNORELLI, *Azione di responsabilità ex art. 146 legge fallim. e determinazione del danno*. L'opinabilità di quanto sostenuto dalla Corte risalterà nel successivo § 7.

⁽⁴⁷⁾ Oggetto di numerosi commenti: A. PENTA, *La differenza fra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire, retro*, 2015, p. 510; L. VECCHIONE, *Sulla determinazione*

intesi quale *ultima ratio*, determinare il danno risarcibile da parte degli amministratori se non come conseguenza diretta ed immediata di singoli atti lesivi di gestione con onere di quantificazione del danno a carico del curatore.

Occorre tuttavia far presente che le Sezioni Unite erano state interrogate da Cass., sez. I, 30 giugno 2015, n. 12366, sulla sufficienza, ai fini dell'accertamento e della liquidazione del danno nelle azioni di responsabilità, della mera differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare⁽⁴⁸⁾. Orbene - occorre premettere - il contenuto delle sentenze e i principi di diritto in esse affermati sono influenzati, spesso fortemente, dal caso di specie, la cui qualificazione costituisce la premessa logica della decisione⁽⁴⁹⁾.

Nel fissare il principio di diritto per cui «nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile [devono essere operate] avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti e il danno di cui si pretende il risarcimento», le Sezioni unite hanno dato risposta ad una domanda alle medesime esplicitamente posta (punto 3.3): «se e quale tra gli inadempimenti (qualificati) in cui può incorrere l'amministratore di società, e che l'attore deve aver allegato quale ragione della sua domanda risarcitoria, sia astrattamente efficiente a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società fallita ed accertato nell'ambito della procedura fallimentare».

È stato acutamente osservato che le letture restrittive della sentenza - nel senso che essa delegittimerebbe la metodica dei c.d. 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

del danno in tema di azione di responsabilità promossa dal curatore, ibidem, 2015, II, p. 657; G. CARMELINO, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni unite*, in *Fallimento*, 2015, p. 934; AA.VV., *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 651 ss.

⁽⁴⁸⁾ Metodo di quantificazione la cui critica, più o meno serrata o assoluta, può farsi risalire all'archeologia giuridica.

⁽⁴⁹⁾ Così Cass., 7 novembre 2005, n. 21492.

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 più semplici ed anche forse meno gravi, in cui l'attività imprenditoriale risulti per avventura scomponibile in una mera sequenza di atti osservabili in modo atomistico»⁽⁵⁰⁾.

Nel paragrafo che segue sono esposte ulteriori argomentazioni a sostegno di quanto sopra affermato.

7. Critica alla tesi di misurazione del danno quale conseguenza di specifiche operazioni di gestione.

L'impresa è attività dell'imprenditore; questa si estrinseca attraverso una serie di operazioni, ognuna delle quali, direttamente o indirettamente, correlata con le altre al fine di perseguire la produzione del reddito. La correlazione si pone con alcune in un rapporto c.d. "da causa ad effetto" e con altre in un semplice *rapporto ausiliare*. Spesso il rapporto fra operazioni compiute nell'ambito di un reparto aziendale - sia esso di produzione o di vendita o di amministrazione - mostrano una correlazione più stretta, ma complessivamente anch'esse sono correlate con quelle degli altri reparti nel perseguimento delle finalità dell'impresa nel suo insieme.

L'utilizzo di un certo numero di beni costituenti le c.d. "materie prime" molto spesso non è direttamente correlato con la produzione di individuabili articoli e con la vendita degli stessi, in quanto nel processo produttivo le materie prime sono prelevate dal magazzino in quantità che possono essere state oggetto di acquisti compiuti in momenti e a prezzi diversi; gli articoli prodotti - non solo utilizzando in tutto o in parte le suddette materie prime, ma anche materie sussidiarie e di consumo e prestazioni di servizi, anch'essi oggetto di operazioni diverse succedutesi nel tempo - possono essere alienati attraverso negozi disparati (vendita all'ingrosso o al dettaglio, diretta o tramite intermediari, locazione, leasing, ecc.), posti in essere in momenti e a prezzi diversi, con pagamenti a scadenze differenziate, alcuni dei quali potrebbero sfociare in sofferenze. La contabilità non consente di stabilire attendibilmente se l'acquisto di dieci barre di alluminio o la prenotazione di cinquanta posti in aereo o l'assunzione di un direttore commerciale o la contrazione di un mutuo abbiano procurato un danno ai creditori, riducendo la percentuale che sarebbe loro spettata se le suddette operazioni non fossero state compiute.

⁽⁵⁰⁾ Così D. GALLETI, cit. alla nt. 47, pp. 665-667.

Il costo di tali operazioni non è avulso dagli altri costi, sostenuti per “trascinamento”, dai quali non può essere separato, come non lo può essere dai ricavi.

Con risultati affidabili può essere stabilito, al termine di un convenzionale lasso di tempo, se il mantenimento in funzione di un reparto di produzione sia stato causativo di un danno o di un danno maggiore o minore rispetto a quello che si sarebbe prodotto ove il reparto fosse stato chiuso; ma questo perché un “reparto di produzione” è un ramo di azienda, suscettibile di misurazione contabile autonoma e separata dalle altre. Sovente neanche da questa determinazione separata consegue un risultato affidabile, dovendosi considerare l’intima e necessaria correlazione esistente fra quel reparto ed altri reparti, e comunque il risultato del reparto è sempre al lordo delle spese generali e degli oneri finanziari, la cui ripartizione fra i diversi reparti molte volte non è agevole.

Solo in ipotesi particolari singoli atti di acquisto si pongono abbastanza facilmente in correlazione con atti di vendita, talché con sufficiente attendibilità può determinarsi il loro risultato economico: si pensi all’acquisto e alla successiva vendita di un immobile o di una partecipazione o al compimento di un investimento in strumenti finanziari, giacché l’incidenza delle spese generali e degli interessi rappresenta l’unica componente stimata.

Parimenti una correlazione diretta fra singoli eventi e danno si rinviene in presenza di distrazioni, nell’impiego di risorse dissipate in atti che fuoriescono dall’oggetto sociale, in pagamenti preferenziali a creditori chirografari non più revocabili o in operazioni compiute in conflitto di interessi⁽⁵¹⁾.

Al di fuori di casi particolari e non frequenti la contabilità o la semplice ricognizione dei fatti non possono misurare il danno derivante dalle singole operazioni aziendali.

Non comprendo come possa negarsi un nesso di causalità diretta tra la condotta dell’imprenditore e la distruzione di ricchezza allorché sistematicamente egli compri della ghisa, incarichi l’operaio di immetterla nella fornace, ne ritragga delle forme che vende tramite un agente di commercio, allorché il costo della materia prima, il noleggiamento della fornace, lo stipendio dell’operaio e la provvigione dell’agente siano inferiori ai corri-

⁽⁵¹⁾ L’elencazione è tratta da M. VITIELLO, *I l danno risarcibile nelle azioni di responsabilità della curatela*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 163.

spettivi di vendita. Si tenga a mente che nessuno degli atti sopra menzionati è in se stesso illecito e tantomeno patrimonialmente lesivo, mentre lo sono l'insieme degli atti in quanto posti in essere con l'effetto di ridurre non il capitale proprio, ma quello prestato all'imprenditore in vario modo dai creditori; si consideri che è (non difficile, bensì) impossibile calcolare il danno causato da ciascuna azione, ma solo quello del complesso delle azioni al termine di un determinato periodo di tempo, previa stima delle rimanenze e dei lavori in corso. Il nesso causale va quindi ricercato e direttamente trovato non in una singola operazione, ma in un complesso di operazioni.

Infatti l'impresa è un sistema dinamico di operazioni che non consente la loro "parcellizzazione", ovvero una misurazione in chiave di risultato economico distinta da quella relativa all'azienda nel suo complesso⁽⁵²⁾. In punto di fatto è assolutamente erroneo e quindi *misleading* ritenere che la contabilità o altro strumento di misurazione possano individuare il risultato economico, positivo o negativo, di singole operazioni o persino di un gruppo di operazioni che non siano afferenti una *business unit*, ovvero una unità produttiva di flussi finanziari, ampiamente autonoma da quelli generati da altre attività o gruppi di attività⁽⁵³⁾.

La misurazione del danno, compiuta in assenza di specifiche condotte valutabili singolarmente, non intacca il principio del nesso di causalità invocato con riferimento alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale. In entrambi i casi il danno trae origine da specifici inadempimenti o alla legge che regola il rapporto fra le parti, ovvero il contratto sociale, oppure alla legge che regola i rapporti fra un soggetto e qualsiasi terzo, quella del *neminem ledere* (artt. 1218 e 2041 cod. civ.). Le norme violate non sono quelle che genericamente impongono agli amministratori di adempiere con diligenza i doveri fissati dalla legge e dallo statuto (art. 2392, comma 1), ma quelle che prescrivono specifici adempimenti come quelle contenute negli artt. 2447, 2482-ter e 2485 allorché si è verificata una causa di scioglimento quali la perdita del capitale minimo, passate in rassegna nei precedenti paragrafi.

(52) Così anche C. PROTO, *L'azione dei creditori sociali nelle società a responsabilità limitata e la determinazione del danno*, in *Fallimento*, 2010, p. 738; VITIELLO, *op. cit.*, p. 166.

(53) IAS 36, *Riduzione di valore delle attività*, 2005, § 6.

8. *La misura del danno in caso di continuazione dell'attività applicando il principio contabile OIC 5.*

La redazione del bilancio, ovvero «la rappresentazione in modo veritiero e corretto della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio», è disciplinata da due tipi di norme, giuridiche e tecniche. I due tipi di norme, sotto l'aspetto della cogenza, si pongono evidentemente su piani diversi, ma con riferimento all'oggetto si presentano complementari: le norme tecniche sono evidentemente al servizio delle norme giuridiche (*propter legem*).

L'economia aziendale e in particolare l'*accounting* consentono di determinare il danno che sia *conseguenza immediata e diretta* del proseguimento dell'ordinaria attività d'impresa, nonostante la perdita del capitale sociale o la sua riduzione al di sotto del minimo edittale.

Il principio contabile OIC 5, *Bilanci di liquidazione*, disciplina dal 2008 la valutazione delle attività e passività iscrivibili nel primo bilancio di liquidazione. «Per le attività vi è un solo criterio: il probabile valore di realizzo conseguibile entro un termine ragionevolmente breve e tenuto presente che normalmente i beni vengono venduti separatamente. Anche per le passività vi è un unico criterio: il valore di estinzione, ossia la somma che si dovrà pagare per estinguerle, tenuto conto anche degli interessi».

Il principio contabile enuncia inoltre due poste tipiche del bilancio di liquidazione⁽⁵⁴⁾, il primo dei quali è normalmente infrannuale.

Il conto *Rettifiche di liquidazione* accoglie tutte le rettifiche apportate, positive e negative, rispetto agli ultimi valori contabili, in conseguenza del passaggio dalla valutazione secondo criteri di funzionamento a quella secondo criteri di liquidazione. L'affermazione secondo cui il bilancio alla data in cui la società avrebbe dovuto entrare nella fase di liquidazione e il bilancio alla data del fallimento devono essere redatti secondo omogenei criteri di liquidazione è ormai assioma acquisito da oltre vent'anni e non vale la pena soffermarvisi.

L'altra posta caratteristica dello stato patrimoniale del primo bilancio di liquidazione è il *Fondo per costi e oneri di liquidazione*, al netto dei proventi. «La funzione del Fondo è quella di indicare l'ammontare complessivo dei costi ed oneri che si prevede di sostenere per tutta la durata della liquidazione, al netto dei proventi che si prevede di conseguire, i quali forniscono una copertura, sia pur stimata di quei costi ed oneri. L'iscrizione iniziale nel Fondo di tali costi, oneri e proventi costituisce una deviazione dai principi

⁽⁵⁴⁾ OIC 5, cit., § 4.3.2.

contabili applicabili al bilancio ordinario d'esercizio, che è giustificata dalla natura straordinaria dei bilanci di liquidazione e, in particolare, dalle finalità esclusivamente prognostiche del bilancio iniziale di liquidazione ... Come regola generale, vanno iscritti tutti i costi, oneri e proventi attinenti la gestione di liquidazione che maturano dalla data della consegna ai liquidatori fino alla data di chiusura della liquidazione»⁽⁵⁵⁾.

In sostanza la fondamentale differenza fra i bilanci d'esercizio e quelli di liquidazione è che i primi offrono, dell'azienda, una fotografia del presente e del passato proiettato nel presente rispettando il principio di competenza temporale, mentre i secondi presentano una fotografia del presente e del futuro proiettato nel presente sulla base di un diverso criterio di competenza, quella dei rinvenienti esercizi di liquidazione. I criteri della competenza temporale sono quindi profondamente diversi.

Secondo l'OIC 5, le rettifiche (nette) di liquidazione (suppostone il segno negativo), determinate quale contropartita delle riduzioni e aumenti di valore di attività e passività, confluiscono nel bilancio iniziale di liquidazione a riduzione del "patrimonio netto" e non nel conto economico, in quanto non esprimono variazioni negative di competenza dell'ultima frazione di esercizio antecedente l'inizio della liquidazione. Il *fondo costi e oneri (netti) di liquidazione* va invece iscritto tra le passività, diminuendo per lo stesso valore il patrimonio netto oppure riducendone una posta utilizzabile o iscrivendovi un componente negativo.

Il patrimonio netto, ridotto della prima e della seconda posta, assume un evidente ed utile *valore prognostico* del risultato finale della liquidazione, ovvero della somma stimata che sarà disponibile per il riparto (stragiudiziale o giudiziale): si tratta del c.d. *capitale finale di liquidazione*, quindi del patrimonio netto finale di liquidazione ove la liquidazione fosse iniziata tempestivamente.

Ritengo che la giurisprudenza e gran parte della dottrina non abbiano debitamente considerato che l'iscrizione delle due citate poste rende omogeneo l'iniziale bilancio di liquidazione con quello redatto dal curatore alla data del fallimento; in particolare il fondo per oneri e rischi di liquidazione, la cui stima, fatta all'inizio della liquidazione, si potrà poi giovare delle informazioni raccolte successivamente dal curatore, evita di addossare agli amministratori spese e perdite che comunque avrebbero gravato su una pur corretta liquidazione⁽⁵⁶⁾. Insomma non si tratta di consentire il me-

⁽⁵⁵⁾ OIC 5, cit., § 4.3.2., lett. C).

⁽⁵⁶⁾ La rilevanza del fondo oneri e rischi di liquidazione, e più in generale di un bilancio iniziale di liquidazione correttamente redatto, non è stata presa in considerazione

todo del decremento patrimoniale a condizione di apportare ai bilanci rettifiche o correzioni, ma di applicare il metodo ponendo a confronto due bilanci di liquidazione redatti secondo corretti principi contabili.

9. *Gli oneri probatori del curatore.*

Spetta al curatore del fallimento redigere, sulla base dei documenti contabili e degli altri dati reperiti, il bilancio di liquidazione alla data dello scioglimento di diritto, ma, più correttamente, alla data in cui tale scioglimento (per esempio per perdita del capitale) è stato conosciuto dagli amministratori o avrebbe dovuto esserlo secondo i canoni dell'ordinaria diligenza o, più sovente in caso di professionalità dell'attività esercitata, secondo la diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. Spetta inoltre al curatore redigere un bilancio alla data della messa in liquidazione o del fallimento, rettificando quello eventualmente rimessogli dal legale rappresentante della società fallita.

È evidente che il curatore, nel redigere l'iniziale bilancio di liquidazione e quindi nel valutare costi, oneri e proventi di liquidazione, terrà conto degli eventi e dei dati che nel frattempo si sono manifestati, ancorché non fossero inizialmente prevedibili o fossero stati previsti in misura inadeguata. Il valore netto del fondo sarà pertanto sufficientemente preciso e non congetturale come quello che avrebbe stimato il liquidatore della società ove fosse stato nominato dall'assemblea.

L'inserimento del fondo nel bilancio iniziale risolve il problema posto in diverse pronunce di dottrina e giurisprudenza, le quali, ritenendo che l'importo del decremento patrimoniale non venisse depurato dalle variazioni conseguenti a fatti di liquidazione indipendenti dalla condotta degli amministratori (che hanno continuato nell'esercizio dell'impresa), e quindi non ascrivibili alla loro responsabilità, hanno contestato la correttezza del metodo del decremento patrimoniale quale metro di responsabilità⁽⁵⁷⁾.

L'aumento del valore negativo del patrimonio netto è pertanto interamente imputabile agli amministratori inadempienti agli specifici obblighi normativamente stabiliti al verificarsi di una causa di scioglimento. La prova di tale aumento è onere del curatore, il quale - se la data di cono-

da Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, e 15 febbraio 2005, n. 3032, allorché hanno paventato che il metodo delle differenze patrimoniali, emergente dalla comparazione dei bilanci di liquidazione, non tiene conto di spese e perdite che comunque si manifestano indipendentemente da illegittimi comportamenti degli amministratori. Uguali timori sono stati espressi nella sentenza a Sezioni unite (punto 3.3), riportata nel precedente § 6.

⁽⁵⁷⁾ V. nota precedente.

scibilità della perdita del capitale è prossima ed antecedente alla chiusura dell'esercizio - può assolverla rettificando il valore del relativo stato patrimoniale in applicazione dei criteri di liquidazione; se la suddetta data è distante da quella di chiusura dell'esercizio, redigerà un bilancio iniziale di liquidazione infrannuale o, nell'impossibilità di redigerlo (per esempio non essendo possibile la valutazione infrannuale delle rimanenze di magazzino), ricorrerà ugualmente alla rettifica dello stato patrimoniale del bilancio d'esercizio in corso, rinunciando ad accertare la perdita del periodo intercorrente fino alla chiusura dell'esercizio.

Tale ricostruzione del danno causato ai *creditori, ed imputabile agli amministratori dopo il verificarsi di una causa di scioglimento*, quale la perdita del capitale minimo o del *going concern*, *deve preferirsi a quella derivante dalla ricerca dei nocuenti causati da singole operazioni, stante l'interdipendenza generalmente esistente tra tutte le operazioni aziendali e quindi la pressoché impossibilità di una loro separata valutazione* ⁽⁵⁸⁾.

Tale ricostruzione del danno non lede il diritto di difesa degli amministratori, i quali potranno eccepire che la redazione dei bilanci fatta dal curatore, soprattutto quello iniziale, non trova riscontro probatorio o non è stata fatta applicando corretti principi e criteri contabili o senza tenere conto degli eventi occorsi tra il primo e l'ultimo bilancio di liquidazione.

Consapevole che i concetti sopra esposti debbano essere affinati e completati, ritengo che questo mio terzo contributo al tema della quantificazione del danno imputabile agli amministratori che aggravano il dissesto col proseguimento dell'attività d'impresa possa essere utile ad un'apagante risoluzione del problema, che pare formulata finora in misura non scevra da perplessità.

10. *La soluzione avvalorata da brevi note sulla disciplina penale.*

Come è noto, l'art. 224 legge fallim. punisce a titolo di *bancarotta semplice* gli amministratori che "hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge".

⁽⁵⁸⁾ G. VERNA-S. VERNA, *La liquidazione delle società di capitali*, Padova, 2009, pp. 50-51; D. GALLETTI, *Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali di periodo nelle azioni di responsabilità*, in *www.ilcaso.it*, doc. 215/2010; A. IORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, I, 2011, pp. 156-157; G. VERNA, *La determinazione del danno ecc. cit. alla nt. 1*, p. 37 ss.; P.P. FERRARO, *Responsabilità degli amministratori e quantificazione dei danni in sede fallimentare*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 246 ss.; ancora GALLETTI, *Differenza ecc.*, cit. alla nt. 50.

Per *dissesto* deve intendersi non tanto «una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori»⁽⁵⁹⁾. «Il termine dissesto riflette il substrato economico-patrimoniale dell'insolvenza e lo squilibrio fra attività e passività: pertanto, deteriorando il relativo rapporto, si cagiona o si aggrava il dissesto»⁽⁶⁰⁾.

L'aggravamento del dissesto può costituire il naturale esito del prolungamento dell'attività dell'impresa, come nel caso dell'accumulo dei costi ordinari di gestione⁽⁶¹⁾, e il rapporto di progressione connesso con l'aggravamento influisce sul volume del dissesto, anche solo attraverso il trascorrere del tempo⁽⁶²⁾. Dovendo verificare l'efficacia causale della condotta, il giudice non potrà che risalire a ritroso dall'evento (la dichiarazione di fallimento), considerando il dissesto nella sua storicità⁽⁶³⁾.

La condotta, commissiva od omissiva, causativa del reato, è l'inosservanza, per quanto qui interessa, degli obblighi posti dalla legge a carico degli amministratori, e la Corte di cassazione ha indicato a proposito, quali specifici obblighi violati, l'omessa convocazione dell'assemblea dei soci, richiesta dall'art. 2447 cod. civ., in presenza della riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale⁽⁶⁴⁾; rilevano, tuttavia, anche «tutti gli obblighi ai quali gli amministratori sono tenuti nello svolgimento dell'attività sociale e nella prospettiva del corretto svolgimento delle loro funzioni»⁽⁶⁵⁾.

Aggravamento del dissesto è quindi, nel diritto penale, l'aumento del *deficit* fallimentare misurabile in termini numerici, causato - oltre che da singole condotte degli amministratori, quali distrazioni, operazioni gravemente imprudenti o di pura sorte *aut similia* - dal prolungarsi dell'impresa in condizioni di antieconomicità.

⁽⁵⁹⁾ Cass. pen., sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899.

⁽⁶⁰⁾ C. PEDRAZZI, *sub art. 224*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 335.

⁽⁶¹⁾ Cass. pen., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 13318.

⁽⁶²⁾ Cass. pen., sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259, e 13318/2013, cit.

⁽⁶³⁾ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 336.

⁽⁶⁴⁾ Sez. V pen., 26 maggio 2005, n. 154.

⁽⁶⁵⁾ R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2011, p. 249.

Il breve *excursus* dianzi effettuato consente, nell'ambito di uno scenario ampio ed articolato, di enucleare elementi strutturali comuni tra responsabilità civile e penale degli amministratori che proseguano l'attività d'impresa consumando l'unico capitale rimasto in azienda, ovvero quello dei creditori.

Se dissesto equivale ad insolvenza, il suo aggravamento si misura nel minor soddisfacimento dei creditori a causa della riduzione del c.d. patrimonio netto di liquidazione, ovvero della differenza fra attivo e passivo all'apertura del fallimento, rispetto alla differenza rilevata o rilevabile con corretti principi contabili nel momento in cui l'insolvenza è stata accertata (o avrebbe dovuto esserlo) dagli amministratori.

Mi sembra quindi di scorgere una sostanziale coincidenza fra l'elemento materiale del reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto e le operazioni poste in essere dagli amministratori che comportano una loro responsabilità civile a causa di tale aggravamento: accanto al compimento di singole operazioni illecite, legate da un chiaro nesso causale con la lesione del bene protetto dalla norma - il soddisfacimento dei creditori - occorre prendere in considerazione lo strumento che consente una misurazione esaustiva ed eziologica dell'illecito, costituito dal confronto di due bilanci: quello che avrebbe dovuto redigersi al manifestarsi del *deficit* e quello che invece è stato redatto dal liquidatore o dal curatore all'inizio della procedura liquidatoria.

Mi pare che la tesi dell'utilità, *rectius* della quasi sempre necessità, di applicare corretti principi contabili per risolvere il problema enunciato all'inizio di questo scritto, riceva valido sostegno anche dalla disciplina penale di cui all'art. 224, n. 2), legge fallim. Deve solo osservarsi che la perdita del *going concern*, mentre può costituire causa di scioglimento della società, non può da sola generare il dissesto, ma solo essere sicura premonitrice di tale evento.

ABSTRACT: The article deals with the corporate capital decrease below the minimum required by the law and with the loss of going concern, both as causes of an entity termination, unless saving decisions of partners' general meeting; it deals as well as with the existing accounting criteria to evidence those losses. The creditors' damage is measured by equity reduction between the date which losses are evident and the effective date of the voluntary or judicial dissolution; the reduction is measured according Italian accounting standard OIC 5, applying liquidation criteria and recognizing as liability future losses and expenses of liquidation that receiver can easily measure through events as they occurred. Cause of close relations among business

operations, that does not allow their separate identification, except particular cases, the OIC 5 satisfy the causal connection between event and damage, also when a judge should assess the financial ruin increase in criminal proceedings.