

Fallimento, azione di responsabilità e quantificazione del danno

di **Giuseppe Rebecca e Linda Fabrello**
studio Rebecca & associati - partner Synergia Consulting Group

Nella quantificazione del danno a carico di amministratori e sindaci a seguito di azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare, dottrina e giurisprudenza concordano nel riconoscere il superamento del criterio tradizionale per legittimare quello fondato sulla differenza tra patrimoni netti. Permangono tuttavia orientamenti contrastanti.

In sede di azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare si pone il problema della quantificazione del danno da accollare agli amministratori e ai sindaci.

Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza non sono univoche e sovente risultano fondate su criteri semplicistici. Le numerose soluzioni emerse sono state spesso contraddette da pronunce e dottrina.

Un'importante conclusione è stata comunque raggiunta: il criterio definito tradizionale, consistente, per la quantificazione del danno, nella differenza tra attivo e passivo fallimentare, è ora ritenuto superato.

Lo ha recentemente stabilito la Corte di Cassazione in ben due occasioni (sentenze 15 febbraio 2005, n. 3032 e 8 febbraio 2005, n. 2538), definendo tale criterio insostenibile, dal punto di vista concettuale, ritenendolo semplicistico, fin troppo superficiale e sbrigativo. Si sta invece diffondendo sempre più l'orientamento che porta a quantificare il danno sulla base della

differenza tra patrimoni netti.

Questa è la posizione, tra gli altri, del Tribunale di Milano; da parte di chi scrive, è pienamente condivisibile.

In questo articolo saranno analizzate le varie tesi espresse relativamente alla determinazione del danno nell'azione di responsabilità.

Responsabilità di amministratori e sindaci

Nell'azione di responsabilità il danno da risarcire è, in generale, collegato al tipo di responsabilità a cui sono sottoposti gli organi sociali.

Gli amministratori, ai sensi dell'art. 2392 cod. civ., sono «responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, doveri da adempiere con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze»; i sindaci, secondo l'art. 2407 cod. civ., «devono adempiere i loro doveri con la professionalità

e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico (...) sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica».

La responsabilità degli amministratori e dei sindaci è quindi riferita all'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto, e comprende tutti i danni derivanti da tale inosservanza.

Nell'ipotesi in cui amministratori e sindaci non abbiano segnalato il verificarsi di una causa di scioglimento della società in seguito fallita, diventa rilevante anche quanto dispone l'art. 2485 cod. civ.: «gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere agli adempimenti previsti dal comma 3 dell'art. 2484 cod. civ.

Essi, in caso di ritardo od omissione, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti

dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi». Al verificarsi di una causa di scioglimento (in particolare, ci si riferisce al momento in cui le perdite provocano una riduzione del capitale al di sotto del minimo legale), gli amministratori devono prendere gli opportuni provvedimenti stabiliti dalla legge, altrimenti sono responsabili per i danni provocati dalla loro condotta, danni da valutarsi in sede di azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare (artt. 2394-bis e 2407 cod. civ.).

Determinazione del danno risarcibile

La determinazione del danno da porre a carico di amministratori e sindaci non ha una propria disciplina di riferimento.

Di fatto, dovrebbe essere ricondotta alle norme definite in linea generale dal legislatore in materia di danno risarcibile⁽¹⁾.

L'art. 1223 cod. civ. fissa il contenuto dell'obbligazione risarcitoria nella perdita subita e nel mancato guadagno (c.d. danno emergente e

lucro cessante), che siano conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito.

In particolare, la giurisprudenza quantifica il risarcimento sul fondamento del rapporto di causalità tra illecito e danno, paragonando in via ipotetica la situazione che si è verificata in conseguenza all'evento dannoso e quella che vi sarebbe stata in assenza del fatto⁽²⁾.

La Corte di Cassazione⁽³⁾ ha definito che: «il danno che l'amministratore responsabile è tenuto a risarcire è quello causalmente riconducibile in via immediata e diretta alla sua condotta colposa o dolosa, ed entro tale limite comprende, secondo i principi generali, sia il danno emergente sia il lucro cessante; e va in concreto commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, attivo od omissivo, non fosse stato posto in essere dall'amministratore».

Di fatto così viene trasferita la quantificazione del danno a carico di amministratori e sindaci proprio ai prin-

cipi generali del citato art. 1223 cod. civ.

Nel caso in esame, il danno deve essere commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se il comportamento omissivo non fosse stato posto in essere da parte dell'amministratore⁽⁴⁾.

In conclusione, i danni che devono essere risarciti sono quelli provocati dall'omissione dell'accertamento della causa di scioglimento della società; gli amministratori, proseguendo l'attività, pongono in essere una serie continua di atti di gestione, ed è certamente arduo determinare in che misura questi atti siano stati dannosi e abbiano inciso sul dissesto della società poi fallita⁽⁵⁾.

Criteri di quantificazione del danno

La questione della quantificazione del risarcimento a carico di amministratori e sindaci è stata oggetto di dibattito in dottrina e di numerose pronunce e orientamenti della giurisprudenza⁽⁶⁾.

I diversi criteri emersi possono essere riassunti in alcuni orientamenti che si sono af-

Note:

(1) Cfr. Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Diritto Fallimentare*, 1998, I, pag. 878; Trib. Napoli 24 marzo 2003, in *Il fallimento* n. 11/2004, pag. 1215; Trib. Roma 31 maggio 2001, in *Il fallimento* n. 12/2001, pag. 1401; Trib. Milano 14 gennaio 1999, in *Il fallimento*, 1999, pag. 573; Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Le Società*, 1995, pag. 975; in dottrina cfr. De Crescenzo, «Questioni in tema di responsabilità di amministratori (commento a Trib. Napoli 24 aprile 2003)», in *Il fallimento* n. 11/2004, pag. 1226. Cfr., inoltre, Panzani, «Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza», in *Il fallimento* n. 10/1989, pag. 973; Rordorf, «Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», in *Le Società*, 1993, pag. 617.

(2) Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Giustizia Civile*, 2000, I, pag. 46.

(3) Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Il fallimento*, pag. 1080.

(4) Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Il fallimento*, pag. 1080; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Diritto Fallimentare*, 1998, I, pag. 878; Cass. 23 giugno 1977, n. 2671, in *Diritto Fallimentare*, 1977, II, pag. 620; Trib. Napoli 27 novembre 1993, in *Il fallimento*, 1994, pag. 96; Trib. Milano 24 gennaio 1983, in *Il fallimento*, 1983, pag. 811.

(5) Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538.

(6) Cfr. Redeghieri, nota a Trib. Milano 7 febbraio 2003, in *Le Società*, 2003, pag. 1394.

PRINCIPALI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI IN SINTESI

CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO	SENTENZE
Definiscono il criterio della differenza tra attivo e passivo (inammissibile, ma comunque utilizzabile come base per una valutazione equitativa)	Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032 Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538 Cass. 23 giugno 1977, n. 2671 Cass. 4 aprile 1977, n. 1281
Specificano i casi particolari di applicazione del criterio della differenza tra attivo e passivo	Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032 Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538 Trib. Napoli 24 marzo 2003 Trib. Milano 7 giugno 2001 Trib. Catania 1° settembre 2000 Trib. Torino 18 maggio 1999 Trib. Milano 14 gennaio 1999 Trib. Napoli 10 gennaio 1999 Cass. 17 settembre 1997, n. 9252 Trib. Napoli 27 novembre 1993 Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493
Rinviano la definizione e misurazione del danno alla valutazione del giudice in base a criteri equitativi	Trib. Milano 7 giugno 2001 Trib. Milano 18 maggio 1995 Trib. Genova 6 aprile 1993
Definiscono la quantificazione del danno in base al nesso di causalità tra illecito e danno (è quindi necessaria la valutazione di ogni singola operazione compiuta in relazione al pregiudizio arrecato)	Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538 Trib. Napoli 24 marzo 2003 Trib. Roma 31 maggio 2001 Trib. Milano 14 gennaio 1999 Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488 Cass. 17 settembre 1997, n. 9252 Trib. Milano 18 maggio 1995
<p>Usano criteri di differenza tra valori patrimoniali:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● aggravamento del passivo ● differenza tra passività e attività derivanti da nuove operazioni ● differenza tra patrimoni netti al momento della causa di scioglimento e alla dichiarazione di fallimento 	<p>Trib. Roma 13 marzo 2000 Trib. Milano 18 gennaio 1990</p> <p>Trib. Torino 10 febbraio 1995 Trib. Milano 24 gennaio 1983 Cass. 5 gennaio 1972, n. 21</p> <p>Trib. Milano 7 febbraio 2003 Trib. Milano 8 ottobre 2001</p>

fermati (o smentiti) nel tempo, orientamenti definibili:

- criterio tradizionale (differenza tra attivo e passivo della procedura concorsuale);
- criterio equitativo;
- criterio delle differenze patrimoniali.

Criteriono tradizionale

Il criterio definito tradizionale identifica il danno imputabile agli amministratori e sindaci nella differenza tra attivo e passivo accertato nel corso della procedura concorsuale.

Questa quantificazione manca di coerenza con le disposizioni generali del Codice civile in materia di risarcimento del danno, in quanto si limita a determinare il danno tramite un calcolo automatico e non tiene conto del nesso di causalità tra condotta degli amministratori e sindaci e danno provocato.

Si tratta indubbiamente di un metodo sbrigativo, adatto a procedure di piccola entità, ma non certamente a realtà consistenti e complesse.

Nonostante sia stato definito tradizionale, non è mai emerso come indirizzo prevalente, ma piuttosto come

criterio sul quale basare una valutazione di carattere equitativo⁽⁷⁾.

La Corte di Cassazione è intervenuta di recente⁽⁸⁾, affermando, in due occasioni (sentenze n. 2538/2005 e n. 3032/2005), che il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare è ritenuto oramai superato e in via generale inapplicabile: «l'identificazione automatica del danno imputabile all'illegittima condotta degli amministratori e sindaci con la differenza tra attività e passività accertate in sede concorsuale è concettualmente insostenibile».

Tuttavia, nelle stesse sentenze la Corte di Cassazione ammette delle eccezioni: l'applicazione è ritenuta giustificabile solo se (in mancanza di prova di maggior pregiudizio), per la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili o per fatto imputabile agli organi sociali, si sia venuto a determinare il dissesto della società e la conseguente sottoposizione a procedura concorsuale⁽⁹⁾.

La Corte di Cassazione ritiene, infatti, che la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili è sicuramente segno di grave in-

dempimento degli amministratori, ma soprattutto può generare l'impossibilità per il curatore di ricostruire le vicende societarie e di ricavarne l'effettivo danno imputabile alla condotta dei responsabili.

Criteriono equitativo

Il problema principale del criterio tradizionale, come visto, è che non rispecchia il nesso di causalità tra il comportamento illegittimo e la produzione del danno.

Per far fronte a tale mancanza, spesso la definizione del danno viene affidata alla valutazione, in via equitativa, del risultato economico delle singole operazioni compiute dagli amministratori e ritenute pregiudizievoli per il patrimonio sociale⁽¹⁰⁾.

Alcune critiche osservano come l'attività di gestione sia un insieme di operazioni complesse e discrezionali, interagenti l'una con l'altra e influenzate dall'andamento del mercato.

Saper individuare, nell'ambito del risultato della gestione - in genere evidenziato dal bilancio d'esercizio - gli effetti considerati pregiu-

Note:

(7) Cass. 23 giugno 1977, n. 2671, in *Diritto Fallimentare*, 1977, II, pag. 620; Cass. 4 aprile 1977, n. 1281, in *Diritto Fallimentare*, 1977, II, pag. 431.

(8) Cfr. Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032; Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538. Precedentemente, in dottrina cfr. R. Rordorf, «Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», in *Le Società*, 1993, pag. 617, e A. Patti, «Quantificazione del danno nell'azione contro gli amministratori», in *Il fallimento* n. 3/1996, pag. 23.

(9) Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Diritto Fallimentare*, 1998, I, pag. 878; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Giur. Italiana*, 1986, I, pag. 374. Cfr. anche Trib. Napoli 24 marzo 2003, in *Il fallimento* n. 11/2004, pag. 1215; Trib. Catania 1° settembre 2000, in *Il fallimento*, 2001, pag. 1133; Trib. Torino 18 maggio 1999, in *Il fallimento*, 1999, pag. 1162; Trib. Milano 14 gennaio 1999, in *Le Società* 1999, pag. 573; Trib. Napoli 10 gennaio 1999, in *Le Società*, 1999, pag. 457; Trib. Napoli 27 novembre 1993, in *Il fallimento*, 1994, pag. 96.

(10) Cfr. Trib. Napoli 24 marzo 2003, in *Il fallimento*, n. 11/2004, pag. 1215; Trib. Roma 31 maggio 2001, in *Il fallimento* n. 12/2001, pag. 1401; Trib. Milano 14 gennaio 1999, in *Le Società*, 1999, pag. 573; Trib. Milano 18 maggio 1995, in *Le Società*, 1995, pag. 975; Trib. Genova 6 aprile 1993, in *Il fallimento*, 1993, pag. 1263.

dizievoli di un atto illegittimo, è un'operazione sicuramente complessa e suscettibile di molteplici interpretazioni⁽¹¹⁾.

Parte della giurisprudenza, in conformità alle critiche esposte, affida al giudizio di equità non le singole operazioni ritenute illecite e dannose, ma la gestione nel complesso.

Si riporta, a titolo esemplificativo, quanto stabilito dal Tribunale di Genova⁽¹²⁾:

«La determinazione del danno causato dagli organi amministrativi di una società di capitali, per avere continuato a gestire in presenza di una perdita del capitale sociale, non è ricollegabile alla differenza tra l'attivo e il passivo del fallimento e risulta difficilmente individuabile nella differenza tra le passività derivanti dalle nuove operazioni e il prodotto delle medesime o nella differenza tra il patrimonio della società al momento dello scioglimento e la situazione acclarata all'atto del fallimento. Pertanto è legittimo per tale quantificazione ricorrere, in funzione integrativa, ai criteri equitativi».

In definitiva, si ritiene che il criterio del *deficit* fallimentare e altri criteri presuntivi e automatici non siano idonei a quantificare il danno effettivo, e che la soluzione finale al problema della quantificazione del danno sia da ricercare nell'equità.

Criteri basati sulle differenze patrimoniali

Altre soluzioni alternative al criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare sono rappresentate dai criteri basati su differenze di valori patrimoniali⁽¹³⁾.

Questi criteri sono stati elaborati per quantificare il danno risarcibile nelle ipotesi di violazione del divieto di nuove operazioni in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento (art. 2449 cod. civ. ante riforma). Con la recente riforma, il divieto di compiere nuove operazioni è stato sostituito con la disposizione per cui gli amministratori mantengono il potere di gestire la società solamente in funzione della conservazione del patrimonio sociale.

Comunque sia, il risultato della gestione nel periodo tra il sorgere della causa di scioglimento e il fallimento sarebbe determinabile confrontando i valori patrimoniali nei due momenti, e imputando ai responsabili la differenza negativa tra i due valori.

Il criterio che si riferisce alla determinazione del danno, nel caso di azione di responsabilità, in base alla differenza di valori patrimoniali, ha trovato diverse applicazioni nell'ambito della giurisprudenza.

Si riportano alcune sentenze che definiscono il danno risarcibile come:

- differenza tra il passivo relativo al momento della causa di scioglimento e il passivo esistente alla dichiarazione di fallimento⁽¹⁴⁾;
- differenza tra passività derivanti da nuove operazioni e attività derivanti dalle medesime⁽¹⁵⁾;
- differenza tra i patrimoni netti individuati nel momento in cui si verifica la causa di scioglimento e nella dichiarazione di fallimento⁽¹⁶⁾.

L'ultima modalità indicata, cioè quella della differenza

Note:

(11) Cfr. Panzani, op. cit.

(12) Trib. Genova 6 aprile 1993, in *Il fallimento*, 1993, pag. 1263; cfr. inoltre Trib. Milano 7 giugno 2001, in *Giur. Mil.*, 2002, pag. 305.

(13) Prime indicazioni di applicazione di questi criteri sono state date dalla Cassazione, seppur in tempi non recenti (sentenza 5 gennaio 1972, n. 21), e sono state riprese negli ultimi anni da alcune Corti di merito.

(14) Trib. Milano 18 gennaio 1990, in *Le Società*, 1990, pag. 560; Trib. Roma 13 marzo 2000, in *Diritto e Pratica delle Società* n. 21/2000, pag. 69. Il Tribunale di Torino, nella sentenza 9 aprile 1991, quantifica il danno «nell'ammontare del passivo accertato, ma va depurato delle obbligazioni esistenti anteriormente alla percezione della causa di scioglimento, nonché delle attività acquisite dal fallimento», affermazione che secondo logica porterebbe il danno ad un importo ridotto o perfino pari a zero.

(15) Cass. 5 gennaio 1972, n. 21, in *Giust. Civile*, 1972, I, pag. 246; Trib. Torino 10 febbraio 1995, in *Il fallimento*, n. 11/1995, pag. 1150; Trib. Milano 24 gennaio 1983, in *Il fallimento*, 1983, pag. 811.

(16) Trib. Milano 7 febbraio 2003, in *Le Società* n. 10/2003, pag. 1385; Trib. Milano 8 ottobre 2001, in *Giur. it.* n. 4/2004, pag. 795.

tra patrimoni netti, gode di notevoli consensi⁽¹⁷⁾.

In particolare, il Tribunale di Milano si è espresso più volte a favore di tale criterio.

In questa fattispecie il danno dovrebbe emergere dall'andamento effettivo della società e quindi dal risultato della gestione nel periodo successivo al momento in cui la normale attività economico-produttiva avrebbe dovuto arrestarsi per effetto del verificarsi della causa di scioglimento.

In questo modo, il danno può essere individuato e quantificato nella differenza tra i patrimoni netti all'inizio e alla fine del periodo indicato.

Le principali critiche⁽¹⁸⁾ a questo metodo esprimono che il calcolo automatico del danno non rispetta il nesso di causalità tra condotta e danno (è la stessa critica fatta al criterio del *deficit* fallimentare).

Altri ancora sostengono che alcune operazioni poste in essere dagli amministratori sono dipese dalle esigenze di continuità dell'impresa e si sarebbero comunque manifestate a prescindere dall'esistenza o meno della causa di scioglimento.

Considerazioni conclusive

Critiche a parte, si segnala come i criteri formulati all'interno dell'orientamento della differenza tra valori patrimoniali possono essere i più diversi.

Una indiscussa soluzione univoca della problematica della definizione dell'ammontare del danno imputabile agli amministratori ancora non esiste.

Alla fine, tutti i metodi e gli orientamenti descritti costituiscono sicuramente dei riferimenti o dei principi a supporto della valutazione del giudice il quale dovrà pur sempre riferirsi all'equità.

La miglior soluzione appare, come si è visto, considerare il danno come differenza tra patrimoni netti.

Sotto l'aspetto pratico, ci rendiamo conto che la cosa non è certamente facile.

Per poter considerare la differenza dei patrimoni netti, bisogna avere, innanzitutto, due bilanci. Già questo può costituire un problema.

Mentre un bilancio già esiste (anche se non è sottoposto al normale *iter* redazionale), ed è quello riferito alla data di fallimento, quello che non esiste (o non è di facile redazione) è il bilancio riferito alla data in

cui si ritiene si sia verificata la causa di scioglimento.

Si dovrà allora fare riferimento ad un bilancio il più prossimo possibile nel tempo a tale data, il quale dovrà essere valutato attentamente, e ovviamente dovranno essere apportate delle modifiche (anche sulla base di criteri forfetari) per cercare di costruire con la massima precisione possibile la situazione patrimoniale nel momento in cui si è manifestata la causa di scioglimento.

Pur consapevoli delle difficoltà associate alla determinazione dei patrimoni netti nei due momenti, rimandiamo del parere che questa sia la tesi più valida.

Sebbene non esista un criterio comunemente condiviso per la quantificazione del danno a carico di amministratori e sindaci nell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare, si è arrivati comunque ad un'importante conclusione: il semplicistico principio del *deficit* fallimentare è sicuramente inadeguato per risolvere la questione.

Molto più appropriata pare la tesi sostenuta più volte dal Tribunale di Milano⁽¹⁹⁾, secondo la quale occorrerebbe differenziare le due situazioni patrimoniali. ■

Note:

(17) Panzani suggerisce come criterio di liquidazione del danno proprio la diminuzione del patrimonio netto per effetto delle nuove operazioni, formulando un esempio: «se cioè il passivo era pari a 100 al momento della perdita del capitale sociale e l'attivo realizzabile (valori di liquidazione) era pari a 50, e se dopo il compimento delle nuove operazioni il passivo è pari a 200 e l'attivo a 60, il danno è pari a 90, in quanto il patrimonio netto, pari a -50 al momento della perdita del capitale, è ulteriormente sceso a -140, con un incremento negativo di 90». Il principio di differenza dei patrimoni netti è condiviso anche da Patti (cfr. nota 8). Inoltre esistono dei giudizi che "raffinano" il principio esposto, considerando il danno come combinazione del criterio delle perdite successive allo scioglimento e quello equitativo, vale a dire che all'ammontare delle perdite andrebbe dedotta quella parte di costi fissi che comunque sarebbe maturata e un importo quantitativamente determinato in relazione alla parte di perdita dipesa dall'inadeguatezza del «coordinamento dei fattori di produzione rispetto al mercato da cui anche le precedenti perdite erano evidentemente già derivate» (cfr. Redeghieri, op. cit.).

(18) Cfr. Rordorf, op. cit.

(19) Cfr. Trib. Milano 7 febbraio 2003, cit.; Trib. Milano 8 ottobre 2001, in *Giurisprudenza italiana* n. 4/2004, pag. 795.