

Le azioni di responsabilità e il curatore fallimentare

(Parte generale)

La presente newsletter tratta il tema delle azioni di responsabilità in ambito societario, proseguendo per questa via l'analisi delle azioni che il curatore fallimentare può esercitare al fine di reintegrare l'attivo della procedura. La materia è molto ampia, pertanto ci soffermeremo su quelli che sono a nostro avviso gli aspetti di maggior interesse pratico. In questa sede esaminiamo i profili generali dell'azione, mentre la prossima newsletter sarà dedicata ad una rassegna della casistica più significativa.

Le azioni di responsabilità. Parliamo di azioni di responsabilità, al plurale, perché ne esistono diverse tipologie, che si differenziano sensibilmente tra loro. Così, quanto ai soggetti che possono agire in responsabilità, abbiamo l'azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.), l'azione dei creditori sociali (art. 2394 c.c.), l'azione del curatore fallimentare (art. 146 L.F.), l'azione della società sottoposta all'altrui direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.), l'azione del terzo o del socio direttamente danneggiato dalla condotta degli amministratori (art. 2395; art. 2476 c. 7 c.c.). Diversi sono inoltre i soggetti contro i quali l'azione di responsabilità può essere rivolta: gli amministratori (art. 2392 ss. c.c.), i membri del collegio sindacale (art. 2407 c.c.), i revisori (art. 15 d.lgs. 39/2010), la holding che esercita la direzione e il coordinamento (art. 2497 c.c.), il socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi (art. 2476 c. 8 c.c.), gli amministratori di fatto ed i terzi (quali ad esempio banche, avvocati e commercialisti) che abbiano concorso nell'illecito degli amministratori (art. 2055 c.c.).

L'evento dannoso nell'azione sociale e nell'azione dei creditori. L'azione sociale (art. 2393 c.c. per le s.p.a. e art. 2476 c.c. per le s.r.l.) ha natura contrattuale e mira a reintegrare il patrimonio sociale del danno cagionato dagli amministratori per effetto della violazione dei doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto. Permette di ottenere il risarcimento del danno emergente (riduzioni patrimoniali) e del lucro cessante (mancato guadagno). Pertanto, può essere esercitata dal curatore anche relativamente ad un periodo in cui la società poi fallita era florida, ad esempio per reagire ad una distrazione o ad una condotta sleale dell'amministratore che abbia dirottato clienti verso una società terza, ovvero per recuperare le maggiori tasse pagate dalla società per effetto dell'omessa svalutazione di determinati cespiti. L'azione dei creditori sociali (artt. 2394 e 2476 c.c.), invece, ha natura extracontrattuale, presuppone che il patrimonio sociale sia divenuto insufficiente al soddisfacimento dei debiti e che ciò sia avvenuto, almeno in parte, per effetto della violazione da parte degli amministratori del dovere di conservare l'integrità del patrimonio sociale, garanzia generica per i creditori. In caso di illecita prosecuzione dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento il danno risarcibile è oggi regolato dall'art. 2486 co. 3 c.c., che recepisce il criterio giurisprudenziale dei netti patrimoniali. Lo esamineremo trattando della casistica dell'azione nella prossima newsletter.

L'azione del curatore. L'azione di responsabilità esercitata dal curatore ex artt. 2394-bis c.c. e 146 l.f. cumula in sé le azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali. L'azione del curatore è strumento di reintegrazione del patrimonio

sociale unitariamente considerato a garanzia sia dei soci che dei creditori sociali. L'attribuzione della legittimazione attiva al curatore unifica le due azioni quanto al fine ma non ne cambia i presupposti, che rimangono diversi, in modo particolare per quanto concerne la prescrizione e l'onere della prova (Cass. 23452/2019). Se la società fallita era soggetta a direzione e coordinamento il curatore fallimentare può esercitare anche l'azione di responsabilità contro la holding (art. 2497 c.c.). Resta invece in capo al soggetto danneggiato, anche dopo la dichiarazione di fallimento della società emittente, l'azione del terzo direttamente danneggiato dalla condotta degli esponenti aziendali, quale può essere un investitore tratto in inganno da un bilancio falso (art. 2395 c.c.).

La prescrizione dell'azione. Il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci è di cinque anni (art. 2949 c.c.). Nell'azione sociale detto termine decorre dal momento in cui il danno nel patrimonio sociale sia divenuto oggettivamente percepibile all'esterno (Cass. 24715/2015). Il termine, per l'azione contro gli amministratori, rimane sospeso fintanto che essi rimangano in carica; questa sospensione non vale per sindaci e revisori. Nell'azione dei creditori, il termine di prescrizione quinquennale decorre dal momento in cui l'insufficienza patrimoniale della società sia divenuta oggettivamente percepibile dai creditori (Cass. 15839/2020). Tale momento si presume coincidente con l'apertura del fallimento o dell'amministrazione straordinaria (Cass. 13378/2014), ma è fatta salva la prova contraria da parte del convenuto che eccepisca la prescrizione (Cass. 25178/2015). Vale poi la regola generale per cui, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile (art. 2947 c.c.). Il maggior termine del reato concerne non solo la durata della prescrizione ma anche la sua decorrenza, che nei reati di bancarotta (artt. 216, 217, 240 L.F.) è la dichiarazione di fallimento. La ricorrenza del fatto di reato può essere accertata incidenter tantum dal giudice civile.

L'onere della prova. L'azione sociale di responsabilità, anche se esercitata dal curatore, ha pacificamente natura contrattuale e dunque, quanto al riparto dell'onere della prova, soggiace alla regola per cui spetta al fallimento attore provare il danno ed il nesso causale tra inadempimento e danno, mentre è onere del convenuto contrastare l'addebito fornendo la prova di aver adempiuto ai propri doveri (Cass. sez. un. 9100/2015). Nell'azione dei creditori, trattandosi di azione extracontrattuale, dovrebbe a rigore ritenersi che spetti al curatore provare, insieme al danno ed al nesso causale, anche la colpa degli esponenti aziendali convenuti. Nondimeno, svariate decisioni tendono a non fare distinzioni sul presupposto che l'azione del curatore cumula entrambe le domande e che il medesimo fatto risulta dannoso sia per il patrimonio sociale che per i creditori per i quali esso costituisce garanzia (Trib. Milano, sez. Imprese, n. 4462/2018).

La cura degli assetti e gli amministratori non esecutivi. In aggiunta ai doveri specifici previsti dal codice civile, il centro dei compiti dell'amministratore è oggi individuato nella cura dell'organizzazione aziendale, cioè, come si esprime l'art. 2381 c.c., nella realizzazione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Agli organi delegati – comitato esecutivo e amministratore delegato – spetta di *curare la realizzazione e l'aggiornamento* di un'organizzazione aziendale adeguata. Al consiglio di amministrazione nel suo complesso – e dunque anche agli amministratori non esecutivi -

spetta invece il compito di *valutare*, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto così realizzato e dei piani industriali o finanziari predisposti dagli organi delegati. Infine, ai sindaci è assegnato il compito di *vigilare* sugli assetti e – aspetto molto importante – sul loro concreto funzionamento. Secondo quanto prevede l'art. 2392 c.c., gli amministratori non esecutivi non rispondono per le operazioni comprese nelle attribuzioni degli organi delegati, a meno che, essendone a conoscenza, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o ridurne gli effetti dannosi ed abbiano fatto constare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e deliberazioni del consiglio. Questo complesso sistema normativo comporta che il curatore, nel redigere la relazione ex art. 33 L.F. e nel valutare le responsabilità di amministratori e sindaci, debba considerare con attenzione le deleghe attribuite dal consiglio e l'eventuale dissenso manifestato da taluno degli amministratori.

Profili processuali ed endofallimentari. Ai sensi del D.Lgs. 168/2003 l'azione di responsabilità va proposta innanzi alla sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale del capoluogo della regione ove abbia sede la società. In Lombardia tali sezioni specializzate sono situate presso i tribunali di Milano e Brescia. Trattasi di competenza funzionale che vige per tutte le azioni di responsabilità, da chiunque promosse, ivi inclusa l'azione del curatore ex art. 146 l. fall., non potendo ravvisarsi una *vis attractiva* del tribunale fallimentare (Cass. 19340/2016). Tale competenza speciale tuttavia, vale solo per le società di capitali, mentre per le società di persone resta competente il tribunale nel cui circondario esse hanno sede. È frequente che gli statuti delle società prevedano una clausola compromissoria. Si è posto il problema se essa vincoli il curatore che agisca in responsabilità ex art. 146 L.F., posto che in tale azione egli riveste il duplice ruolo di successore del fallito e di rappresentante della massa dei creditori. La Cassazione ha optato per la non opponibilità della clausola compromissoria al curatore fallimentare (Cass. n. 15830/2020). In precedenza la sezione imprese del Tribunale di Milano aveva seguito la tesi contraria. A livello endofallimentare, l'azione di responsabilità del curatore deve essere autorizzata dal Giudice Delegato ex art. 25, comma 1, n. 6) L.F. Si ritiene che l'autorizzazione possa sopravvenire in corso di causa. Per la transazione dell'azione è necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori ed il nulla osta del Giudice Delegato ex art. 35, commi 1 e 3 L.F.

Giurisdizione e legge applicabile. Qualora l'amministratore della società italiana fallita sia domiciliato in altro stato dell'Unione Europea, si pone il problema di capire in quale giurisdizione debba promuoversi l'azione di responsabilità. A tal fine occorre fare riferimento al Regolamento (UE) n. 1215/2012, noto come Regolamento "Bruxelles I bis".

Detto Regolamento, all'art. 7.1, prevede la regola per cui, in materia contrattuale, la giurisdizione spetta al giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio. L'azione sociale di responsabilità ha natura contrattuale. Ne segue che la giurisdizione su tale azione spetta al giudice dello stato in cui la funzione amministrativa viene esercitata, che di regola coincide con la sede della società.

L'azione dei creditori, invece, ha natura extracontrattuale. Pertanto ad essa s'applica l'art. 7.2 del Regolamento che, in materia di illeciti civili, prevede che la giurisdizione spetti all'autorità del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire. Tale criterio porta nuovamente al luogo in cui ha sede la società, posto che è nel patrimonio sociale, idealmente collocato presso

la sede, che si manifesta l'evento dannoso oggetto dell'azione di responsabilità del curatore. È interessante notare, peraltro, che la Corte di Giustizia definisce contrattuale, ai fini della giurisdizione, qualunque obbligazione "liberamente assunta" da una parte nei confronti di un'altra (C-26/91 sent. del 17 giugno 1992). In quest'ottica, anche l'azione dei creditori sociali potrebbe essere considerata contrattuale, poiché l'amministratore che accetta l'incarico accetta anche di esporsi a responsabilità verso i creditori sociali.

Occorre, infine, considerare che assai di frequente l'amministratore domiciliato all'estero sarà convenuto insieme con altri amministratori o sindaci domiciliati in Italia: in tal caso la giurisdizione nazionale sull'azione di responsabilità promossa dal curatore potrà affermarsi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento di Bruxelles I bis, che riguarda l'ipotesi di litisconsorzio internazionale. Qualora l'amministratore della società con sede in Italia sia domiciliato in un paese non facente parte dell'UE, per effetto del rinvio operato dall'art. 3 comma 2 della l. n. 218/1995, continuerà a trovare applicazione nei suoi confronti il Regolamento citato.

Riassumendo, la giurisdizione sull'azione di responsabilità contro un amministratore o sindaco domiciliato all'estero si radicherà, in linea di fatto, nello stato in cui si è aperto il fallimento, coincidente con quello in cui aveva sede la fallita. Tuttavia, il ragionamento che porta ad affermare tale giurisdizione si dipana sulla base di concetti diversi, che fanno capo al luogo di svolgimento dell'attività amministrativa ovvero al luogo in cui il danno da mala gestio si è concretamente verificato.

Quanto alla individuazione della legge applicabile alle azioni di responsabilità transazionali, si applica la *lex societatis*, cioè la legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione, giusta quanto stabilisce l'articolo 25 della legge n. 218/1995. La medesima norma prevede inoltre che si applichi senz'altro la legge italiana nel caso in cui la sede dell'amministrazione sia situata in Italia, ovvero se in Italia si trovi l'oggetto principale della società. Resta da osservare che i Regolamenti Europei Roma I e Roma II, dedicati rispettivamente all'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, non operano in materia societaria.

Studio Legale Bassignana & Travaglia

Marzo 2022