

## **Le azioni di responsabilità promosse dal curatore fallimentare**

### **Parte seconda: la casistica**

Nella precedente newsletter abbiamo esaminato i profili generali dell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare. In questa newsletter analizziamo la casistica, cioè le fattispecie, in cui tale azione viene più frequentemente utilizzata.

#### **1. La continuazione dell'esercizio dopo la perdita del capitale**

L'ipotesi più ricorrente nelle azioni di responsabilità promosse dal curatore fallimentare è quella in cui gli amministratori della società fallita ne abbiano continuato l'attività anche dopo che il capitale sia andato completamente perduto per perdite, con l'effetto di aggravare il dissesto della società fallita.

La riduzione del capitale per perdite al disotto del minimo legale costituisce causa di scioglimento della società (art. 2484 n. 4 c.c.). Verificandosi tale situazione, l'amministratore ha l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea per deliberare la riduzione e la ricostituzione del capitale oppure la trasformazione della società (artt. 2447, 2482-ter c.c.). Se non viene deliberata la ricapitalizzazione o la trasformazione, l'amministratore deve attestare la perdita del capitale nel registro delle imprese (art. 2485 c.c.) e adottare una gestione conservativa dell'impresa (art. 2486 c.c.).

Gestione conservativa significa gestione volta ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (OIC 5, OIC 11 par. 23, 24). In altri termini, a fronte della crisi ed a maggior ragione dell'insolvenza sub specie di dissesto, il parametro gestorio deve cambiare, orientandosi non più a realizzare un lucro ma piuttosto al fine esclusivo di conservare l'integrità del patrimonio sociale per la salvaguardia della garanzia dei creditori (art. 2740 c.c.). In tale ottica dovrà anche valutarsi l'adozione di uno degli strumenti previsti per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale (cfr. artt. 67 lett. d, 160, 182 bis, L.F.), ovvero la richiesta di fallimento in proprio ove si profili un rischio di incremento del dissesto (art. 217 n. 4, 224 n. 1 L.F.) (Trib. Milano, sent. n. 7286/2021).

Se l'amministratore non adempie a questi obblighi è tenuto al risarcimento del danno nei confronti della società, dei creditori, dei soci e dei terzi (artt. 2485/2486 c.c.). Questa responsabilità può essere fatta valere anche dal curatore fallimentare con l'azione di responsabilità per violazione del dovere di conservare integrità patrimonio sociale ex artt. 2394 e 2476 VI co c.c. (Trib. Milano, 24 aprile 2021). In tale ipotesi, il novellato terzo comma dell'art. 2486 c.c., recependo l'elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia, dispone: 1) che la quantificazione del danno risarcibile può essere determinata con il criterio della differenza dei netti patrimoniali, dedotte le spese di liquidazione e fatta salva la possibilità

## Bassignana & Travaglia Studio Legale

di provare un diverso ammontare del danno; 2) che qualora le scritture contabili siano assenti o non consentano di determinare i netti patrimoniali, il curatore può quantificare il danno sulla base del deficit fallimentare.

Nello schema dell'art. 2486 c.c., il curatore che agisce in responsabilità ha l'onere di allegare e provare la perdita del capitale e il successivo compimento di atti negoziali da parte degli amministratori: ciò richiederà di analizzare l'andamento del fatturato, degli acquisti di materie prime, l'assunzione di nuove commesse ed in generale di valutare come sia stata gestita la società dopo il momento in cui il capitale è andato perduto. Sebbene il curatore abbia l'onere di provare l'effettuazione delle nuove operazioni, egli non è tenuto a dimostrare che esse fossero caratterizzate dall'assunzione di nuovo rischio d'impresa: secondo la giurisprudenza, infatti, spetta agli amministratori convenuti dimostrare che tali atti fossero necessari per conservare il valore dell'impresa (Cass. n. 198/2022). Al curatore incombe, invece, l'onere di provare il danno ed il nesso causale, ma quando ci si avvale del criterio dei netti di periodo tale onere viene semplificato: non occorre provare le specifiche conseguenze dannose di ciascun singolo atto di mala gestio, come sarebbe richiesto secondo il principio generale sancito da Cass. sez. un. 9100/2015, ma è sufficiente provare i valori assunti dal patrimonio netto nel periodo rilevante. Ed a tal fine dovranno apportarsi ai dati di bilancio le opportune rettifiche, siano esse di funzionamento o di liquidazione.

Si deve peraltro sottolineare che l'attuale terzo comma dell'art. 2486 c.c. è stato introdotto dal Codice della Crisi d'Impresa e non si applica ai fatti posti in essere prima del 16 marzo 2019, data di entrata in vigore di tale disposizione: si tratta infatti di una norma che attiene al regime della responsabilità degli amministratori e come tale non ha effetto retroattivo (App. Catania n. 136/2020; Trib. Milano 20.9.2021).

Per le fattispecie precedenti, la determinazione del danno col criterio dei netti potrà essere effettuata alla condizione che il curatore provi l'impossibilità di una ricostruzione analitica del danno, che potrà ricorrere:

- vuoi per l'incompletezza dei dati contabili (si pensi al caso in cui la società fallita non possedesse un sistema di contabilità gestionale che consentisse di tracciare il risultato di ogni singola commessa)
- vuoi per la notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento e la conseguente numerosità delle operazioni poste in essere nel periodo considerato (Cass. n. 9983/2017).

In altri termini, quando non sia possibile applicare il nuovo art. 2486 c.c., il curatore, per utilizzare il criterio dei netti, dovrà provare che si è in presenza di situazioni di illecita prosecuzione dell'attività di impresa caratterizzata da innumerevoli nuove operazioni e di conseguente difficoltà di ricostruire ex post il risultato netto (costi/ricavi) delle singole operazioni non conservative (Trib. Milano, sez. imprese, n. 3455/2021, n.42/2019 e 22.1.2015).

**2. L'omesso pagamento d'imposte e contributi e la responsabilità per le relative sanzioni**

Accade di frequente che la continuazione dell'esercizio prima e dopo la perdita del capitale minimo si accompagni all'omissione dei versamenti obbligatori dovuti per imposte, tasse e contributi. Questa prassi è spesso utilizzata come strumento anomalo di autofinanziamento dell'impresa insolvente. Ovviamente, una simile modalità gestionale può determinare responsabilità degli amministratori, a livello penale e civile.

L'omissione di tali pagamenti, infatti, può rientrare nelle "operazioni dolose che cagionano il fallimento", tali da integrare il reato di bancarotta fraudolenta ex art. 223 l.f.: fattispecie che include tutti gli atti intrinsecamente pericolosi per la salute economica e finanziaria dell'impresa e dunque anche le condotte di mancato adempimento alle obbligazioni tributarie e previdenziali, che accrescono l'indebitamento della società in conseguenza dell'accumularsi di interessi e sanzioni sulle somme non versate (Cass. pen. 42811/2014).

A livello civilistico, si suole ritenere che il mancato pagamento di tributi e contributi integri una violazione dei doveri degli amministratori quando esso – anziché essere "l'effetto occasionale dell'illiquidità" della società – sia invece reiterato, e possa essere considerato il frutto di una "decisione di evadere" i tributi ed i contributi dovuti (Trib. delle Imprese di Milano, ord. 26.3.2013, est. Vannicelli).

In prospettiva leggermente diversa, l'amministratore è stato ritenuto responsabile quando il mancato pagamento dei tributi consegua ad una "immediata finalizzazione dell'intera attività" della fallita "alla esecuzione di un programma propriamente criminoso di gestione di affari in sistematica violazione della disciplina fiscale vigente, dunque con una stretta coincidenza tra gestione societaria ed esecuzione del comune progetto delittuoso" (Trib. delle Imprese di Milano, sent. 5.4.2014, est. Perozziello).

Più di recente, la sezione imprese del Tribunale di Milano ha adottato una posizione articolata, ritenendo non punibile l'omissione del pagamento dell'imposta che sia stata tempestivamente accompagnata dalla presentazione di richiesta di rateazione dei tributi di più rilevante ammontare ed a condizione che tale richiesta sia stata seguita da successivi puntuali pagamenti rateali (Trib. Milano, sent. n. 7879/2017 in causa RG n. 9053/2014). Si è però precisato che l'eccezione non opera in caso di "reiterazione e protrazione dell'omissione" (Trib. Milano, sent. n. 7879/2017 in causa RG n. 9053/2014).

Il danno risarcibile, in questo caso, coincide con l'ammontare di sanzioni, interessi ed aggi comminati dall'Ente creditore. Il curatore ha l'onere di provare tali addebiti producendo la documentazione fiscale e previdenziale con cui detti accessori sono stati addebitati alla fallita e poi insinuati al passivo del fallimento.

**3. Gli atti di mala gestio: la business judgement rule e la due diligence rule**

La gestione di un determinato affare in modo negligente o imperito può determinare responsabilità per mala gestio degli amministratori nei confronti della società e dei creditori

sociali. Tuttavia, tale responsabilità si confronta col principio della c.d. business judgement rule, ovvero della insindacabilità del merito delle scelte gestionali degli amministratori. Questo principio trova un doppio limite.

Anzitutto, esso non opera rispetto all'inadempimento di doveri specifici, come quello di rispettare le scadenze fiscali e previdenziali (ord. Trib. Milano, caso Fall. Lancer Italia - R.G. 21064-1/2018). Inoltre, la business judgement rule va coordinata col dovere di adeguata istruttoria (due diligence). Questo dovere richiede che l'amministratore debba "apprezzare preventivamente – se necessario, con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili" (Cass. n. 18231/2009); e che debba assumere "quelle cautele, quelle verifiche o quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere" (Cass. n. 3652/1997, in motivazione; Cass. n. 5718/2004).

L'interazione tra i due principi – business judgement rule e due diligence – porta alla conclusione per cui non saranno perseguibili gli atti di gestione che, per quanto rivelatisi ex post dannosi o non utili per la società, siano stati preceduti da una adeguata istruttoria e pianificazione, da valutarsi ex ante.

Occorre sottolineare che quando si contesti la negligenza dell'amministratore in relazione ad una determinata operazione, ovvero (come vedremo subito infra) all'adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo o contabile, riacquista pieno vigore il principio fissato da Cass. SS.UU. n. 9100/2015, secondo cui il curatore che agisce in responsabilità ha l'onere di provare lo specifico nesso causale tra le operazioni contestate ed il pregiudizio economico che è derivato da ciascuna di esse.

#### 4. La mala gestio nella cura degli assetti

La cura degli assetti organizzativi, contabili e di controllo della società è oggi al centro dei doveri che la legge impone agli esponenti aziendali (art. 2381 c.c.). Questa centralità si riflette sull'ottica con la quale debbono essere considerati gli atti di gestione. Invero, nelle società più strutturate, la gestione negligente di una determinata operazione di rado è l'effetto di una condotta propria dell'amministratore, perché molto spesso l'operazione sarà stata gestita da uno o più dipendenti.

In queste ipotesi, nondimeno, l'errore gestionale può essere frutto di un deficit nel sistema dei controlli ed in generale di una carenza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. La responsabilità degli amministratori, in tali casi, va colta proprio nel non aver adeguatamente strutturato l'organizzazione della società. L'art. 2381 c.c. distingue in proposito i compiti degli organi delegati e del consiglio di amministrazione, i primi tenuti a curare la realizzazione di un assetto adeguato, il secondo incaricato solo di valutarne l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute.

## Bassignana & Travaglia Studio Legale

Cionondimeno, la giurisprudenza ha ritenuto che anche i consiglieri non operativi debbano rispondere del fatto che la società non sia stata dotata di una organizzazione e di un sistema di controlli adeguati (Trib. Milano, sent. 10.9.2021 R.G. 75268/2015)

### 5. Le distrazioni

Le distrazioni costituiscono ovviamente un atto di mala gestio. Il danno risarcibile che esse producono è pari all'importo sottratto alla società (Trib. Milano, sez. imprese, sent. 8.9.2021). Taluno sostiene che dal risarcimento dovrebbero detrarsi i successivi versamenti a fondo perduto per copertura perdite, ma questa tesi non considera che la *compensatio lucri cum damno* presupporrebbe che versamenti e illeciti contestati derivassero dalla stessa condotta (Cass. n. 20548/2014), circostanza insussistente nell'ipotesi delle distrazioni.

### 6. I pagamenti preferenziali

Accade con una certa frequenza che, in prossimità della dichiarazione di fallimento, la società debitrice esegua pagamenti favorendo una certa categoria di creditori, ad esempio gli istituti di credito, i soci che avevano finanziato la società, i fornitori più importanti. Fermo restando che tali pagamenti potranno, ricorrendone i presupposti, essere oggetto di azione revocatoria ex artt. 66 e 67 L.F., ci si è chiesti se tali operazioni possano anche costituire atto di mala gestio e fondare l'azione di responsabilità contro gli amministratori.

La legittimazione attiva del curatore fallimentare ad esercitare tale azione veniva negata sull'assunto che il pagamento preferenziale arrecherebbe un danno solo ai singoli creditori rimasti insoddisfatti, ma non alla società, che vede diminuire l'attivo in misura esattamente pari alla diminuzione del passivo conseguente all'estinzione del debito. Quindi, l'azione di responsabilità azionabile sarebbe quella del terzo ex art. 2395 c.c., che non si trasferisce al curatore della società fallita.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 1641/2017, hanno però contraddetto tale opinione, ritenendo che, anche dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori. La S.C. ha dunque concluso che il curatore fallimentare ha legittimazione attiva, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori. Sulla medesima linea si era già posta la sezione imprese del Tribunale di Milano (caso Fall. Lancer, R.G. 21064-1/2018).

Con i migliori saluti

Studio Legale Bassignana & Travaglia