

**DETERMINAZIONE DEL DANNO RIPETIBILE PRESSO GLI ORGANI SOCIETARI**

**A SEGUITO DELL'AZIONE DI RESPONSABILITA' IN SEDE FALLIMENTARE**

Cassazione SS.UU. Civili n. 9100 del 28/04 – 06/05/2015



**A cura di Alessandro Basorini**

**Commissione Consultiva di diritto societario e commerciale**

**Coordinatore:** dott. Luciano Aldo Ferrari    **Delegato del Consiglio:** rag. Marco Mattei

**Membri:** Astori Riccardo, Basorini Alessandro, De Toni Michele, Filippini Ombretta, Mai  
Palazzolo Davide, Pasolini Marco, Sardo Erica, Soardi Alberto, Vaianella Nicolò

## 1. Introduzione

Le SS.UU. civili della Corte di Cassazione, su impulso di una giurisprudenza non omogenea anche della stessa corte di legittimità, è intervenuta sullo spinoso problema relativo alla determinazione del danno risarcibile conseguente all'azione promossa dal Curatore Fallimentare ex art. 146 l.fall. che, in se, comprende anche le azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c.

Non è infrequente, infatti, rinvenire fra le domande proposte nell'azione in parola, il risarcimento del danno computato fra il passivo concorrente e l'attivo fallimentare motivandone l'assunto con l'inadeguatezza delle scritture contabili, l'impossibilità di ricostruire il movimento del patrimonio e, in limine, la mancata acquisizione delle scritture contabili stesse.

Con la sentenza di cui è qui commento, le SS.UU. hanno risolto definitivamente la tematica enunciando un importante principio di diritto: *“Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare di una società di capitali nei confronti dell'amministratore della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici adempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità fra tali adempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento.*

*Nelle predette azioni in mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente tra il passivo e l'attivo accertato in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto ai fini della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto”.*

## 2. Il fatto posto a giudizio della S.C.

Il curatore del fallimento di una società napoletana nel maggio del 2011 ebbe a citare innanzi al Tribunale di Napoli l'amministratore unico della fallita, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni: sia perché egli aveva consentito la distrazione dei beni custoditi nei locali della società, sia perché non aveva tenuto i libri sociali, sia perché non aveva predisposto i bilanci relativi agli esercizi 1994 e 1995 né presentato ai competenti uffici erariali le prescritte dichiarazioni fiscali per le predette annualità.

Il Tribunale partenopeo ebbe ad accogliere la domanda condannando il convenuto al risarcimento dei danni, che liquidò nella misura pari alla differenza fra il passivo e l'attivo rilevati nell'ambito della procedura fallimentare stessa.

La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza pubblicata il 13 ottobre 2006, rigettò il gravame proposto dal soccombente di prima cura, reputando che fosse stato accertato l'inadempimento di questi dei doveri inerenti la carica gestoria ricoperta e che fosse corretta la liquidazione del danno operata dal Tribunale, stante l'impossibilità di ricostruire l'effettiva situazione patrimoniale della società fallita a causa della mancanza delle scritture contabili, imputabile allo stesso amministratore.

Quest'ultimo ha, quindi, proposto ricorso per Cassazione prospettando un unico motivo di censura articolato in più profili e la Curatela ha replicato con controricorso.

La prima sezione della S.C. di Cassazione, cui il ricorso era stato affidato, ha ravvisato un disallineamento nella giurisprudenza di legittimità in merito alla questione se, nei giudizi di responsabilità promossi da una curatela fallimentare nei confronti di amministratori di società di capitali fallite, sia o meno corretto liquidare il danno utilizzando il criterio della differenza fra l'attivo ed il passivo accertati nell'ambito concorsuale, quando la mancanza di scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore, impedisca la ricostruzione dell'effettivo andamento dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento.

Con ordinanza n. 12366 del 03 giugno 2014 il ricorso è stato rimesso al Primo Presidente il quale lo ha assegnato alle Sezioni Unite.

### 3. Commento

Il caso dev'essere analiticamente analizzato come segue:

- In un primo momento il tribunale ha accolto la domanda del curatore fallimentare condannando l'Amministratore Unico al risarcimento dei danni, pari alla differenza tra il passivo e l'attivo rilevati nell'ambito della procedura di fallimento della società a responsabilità limitata. L'Amministratore Unico propone ricorso
- Successivamente la Corte d'Appello rigetta il ricorso contro la decisione di primo grado affermando che risulta accertato l'inadempimento da parte dell'Amministratore Unico dei doveri inerenti la sua carica amministrativa e che risulta quindi corretta la liquidazione del danno operata dal Tribunale tenendo conto dell'impossibilità di ricostruire la situazione patrimoniale della società fallita a causa della mancanza delle scritture contabili imputabile all'amministratore stesso. L'Amministratore Unico propone ricorso in Cassazione ed a sua volta il curatore fallimentare propone controricorso.

La questione del caso sopra indicato è, che nei giudizi di responsabilità promossi dal curatore fallimentare nei confronti di Amministratori delle società di capitali fallite sia o meno corretto liquidare il danno utilizzando il criterio della differenza tra l'attivo ed il passivo accertati nell'ambito della procedura concorsuale, quando la mancanza delle scritture contabili ascrivibile allo stesso Amministratore, impedisca di ricostruire qual è l'effettivo andamento dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento.

Continuando la nostra analisi e' necessario porre attenzione unicamente sul tema dell'individuazione e liquidazione del danno operato in giudizio. In altre parole:

- non è in discussione né l'accertamento dei comportamenti dell'Amministratore della società denunciati dal curatore fallimentare come contrari alla legge e all'atto costitutivo;
- Né l'imputabilità all'Amministratore di tali comportamenti;

ma soltanto l'esistenza del danno che ne sarebbe derivato al patrimonio della società, poi fallita, e dal nesso di causalità tra i comportamenti tenuti dall'Amministratore e quel danno di cui viene contestato il criterio di liquidazione adottato.

I punti da analizzare sono soprattutto

- La questione circa l'individuazione del danno risarcibile ed il relativo criterio di liquidazione nelle azioni di responsabilità promosse dal curatore fallimentare nei confronti di amministratori di società di capitali dichiarate insolventi ai quali è stato imputato di aver tenuto un comportamento contrario ai loro doveri imposti dalla Legge, dallo statuto sociale e dall'atto costitutivo. E' bene precisare che queste azioni di responsabilità sono estensibili anche nei confronti degli organi di vigilanza, dei direttori generali delle società dichiarate insolventi, sempre che il curatore rimproveri a questi soggetti che il mancato adempimento ai propri doveri ha cagionato danno al patrimonio sociale ed ai creditori.
- Il curatore nel nostro caso nell'assumere l'iniziativa giudiziale ha rispettato l'art.146 L.fallim. dove il curatore fallimentare ha esercitato contemporaneamente l'azione di responsabilità ex art.2393 cc posta in essere dalla società nei confronti del, proprio amministratore e l'azione che sarebbe spettata ai creditori sociali danneggiati dall'incapienza del patrimonio della società debitrice, ex art.2394,
- La giurisprudenza ed alcune sentenze della Cassazione nel corso degli anni hanno avuto diverse interpretazioni:
  - **Cass.n.1281 del 1977** la quale afferma la possibilità che il danno risarcibile venga identificato nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare. In questo caso specifico l'amministratore aveva violato il divieto di compiere nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società, derivante nella perdita di oltre un terzo del capitale sociale e nella riduzione di questo al di sotto del minimo legale.
  - **Cass. N.6493 del 1985** sosteneva il criterio sopra citato in un caso nel quale l'addebito mosso agli amministratori consisteva nel non aver tenuto la contabilità sociale o nell'averla tenuta in modo sommario e non leggibile.
  - A seguito dell'inadeguatezza a dar conto del rapporto di casualità che deve sussistere tra il comportamento illegittimo addebitato agli organi sociali ed il danno risarcibile, la **Cass.n.9252 del 1997** ha affermato che il danno che gli amministratori ed i sindaci sono tenuti a risarcire quando abbiano rispettivamente violato o non vigilato sul dovere di non intraprendere nuove operazioni in presenza di una causa di scioglimento della società non s'identifica automaticamente tra passivo ed attivo accertati in sede di fallimento, ma può essere commisurato a tale differenza, in mancanza di prova di un maggior pregiudizio, solo se da questa violazione sia dipeso il dissesto economico ed il conseguente fallimento della società.
  - **Cass.n.10488 del 1998** la quale afferma che il danno non dev'essere liquidato sulla stregua del criterio differenziale, ma va invece determinato in relazione alle conseguenze immediate e dirette delle violazioni contestate;

- **Cass.1375 del 2000** la quale ha precisato, in casi simili, come il danno può essere identificato nella differenza tra passivo ed attivo patrimoniale della società solo qualora il dissesto economico ed il conseguente fallimento si siano verificati per fatto imputabile agli amministratori, liquidatori o sindaci convenuti in giudizio; occorre quindi dimostrare la specifica violazione dei loro doveri imposti dalla legge, in quanto la prova della violazione di tali obblighi non giustifica la condanna al risarcimento del danno se non si dimostra, da parte del curatore, che quelle violazioni hanno cagionato danno alla società.
- **Cass.n.2538 del 2005 e n. 3032 del 2005** hanno insistito nell'affermare la differenza tra attivo e passivo in sede concorsuale, portando a dire che questo criterio differenziale può costituire un parametro di riferimento per la liquidazione del danno in via equitativa qualora sia accertata l'impossibilità di ricostruire i dati con l'analiticità necessaria per individuare le conseguenze dannose riconducibili al comportamento degli organi sociali
- **Cass.n.16211 del 2007 ,n.170 del 2008 e n.16050 del 2009** le quali sostengono che il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare sia inadeguato, ma può in concreto essere apprezzato con una valutazione di fatto fatta dal giudice di merito e congruamente motivata, ove esso costituisca parametro di riferimento per la liquidazione equitativa del danno nel caso in cui sia impossibile ricostruire i dati contabili ed individuare sulla loro scorta le conseguenze dannose riconducibili agli amministratori
- **Cass.5876 del 2011 e n. 7606 del 2011** secondo le quali nell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare contro gli ex amministratori e sindaci della società fallita compete all'attore dare la prova dell'esistenza del danno, del suo ammontare e del fatto che esso sia stato causato dal comportamento illecito dei convenuti, hanno reputato che si verifichi un'inversione dell'onere della prova quando l'assoluta mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili rendano impossibile al curatore fornire la dimostrazione del predetto nesso di causalità. In questo caso la citata condotta integrando la violazione degli obblighi di legge in capo agli amministratori , risulterebbe di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale.
- **Sez.Un.n.13533 del 2001** secondo la quale il credito che agisce in giudizio, sia per l'inadempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto
- **Sez.un.577 del 2008** la quale afferma che l'inadempimento rilevante nell'ambito delle azioni di responsabilità da risarcimento del danno nelle obbligazioni cosiddette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisca causa o concausa efficiente del danno.

A seguito della ricapitolazione degli sviluppi della giurisprudenza di questi ultimi anni si espone quanto segue circa il nostro caso:

- I doveri imposti dalla legge , dall'atto costitutivo e dallo statuto agli amministratori possono identificarsi per esempio con la tenuta delle scritture contabili, la predisposizione dei bilanci , i prescritti adempimenti fiscali e previdenziali, il divieto di concorrenza e da tutta una serie di doveri che il fatto di essere amministratori obbliga a compiere con la dovuta diligenza che occorre per la corretta gestione.

- Quindi ci si può chiedere quali Tra gli adempimenti dell'amministratore che possono incorrere a produrre un danno pari all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società fallita ed accertato in sede concorsuale. Questo porta a dire che la differenza tra a passivo ed attivo patrimoniale accertati in sede fallimentare risulta priva di ogni logica in quanto l'attività d'impresa è connotata dal rischio di possibili perdite il cui significato non sempre è da addebitare ad una violazione dei doveri di diligenza nella gestione.
- Infatti non sarebbe logicamente corretto imputare all'amministratore quella quota di perdite patrimoniali che si potrebbero essere verificate anche prima della situazione di crisi o ulteriori passività che inevitabilmente un'impresa in crisi accumula nella fase di liquidazione.
- La Corte di Cassazione nella sentenza inerente il nostro caso in esame la n.9100del 28/01/2015 afferma che gli inadempimenti addebitabili all'Amministratore della società fallita si riferiscono unicamente alla distrazione di beni mobili custoditi (la perdita è commisurata alla valore di quei beni), alla mancata redazione di due bilanci e delle relative dichiarazioni fiscali ( comporta un aggravamento del passivo per l'onere degli interessi e delle sanzioni conseguenti) ed il mancato rinvenimento delle scritture contabili che ha indotto la corte ad addossare a titolo di risarcimento del danno l'intero deficit patrimoniale. Infatti il mancato rinvenimento delle scritture non consente al curatore di ricostruire con sufficiente certezza le vicende che hanno indotto all'insolvenza dell'impresa e rende difficile per il curatore una quantificazione ed una prova precisa del danno che sia di volta in volta riconducibile ad un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita. Lo stesso curatore potrà invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art.1226 cc e quindi chiedere al giudice di provvedere alla valutazione del danno in via equitativa
- A Seguito di quanto sopra esposto la Corte ha cassato la sentenza in origine avendo individuato il danno da risarcire nella differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare sul presupposto della mancata tenuta delle scritture contabili, sostenendo che la mancanza delle scritture contabili della società , se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica da sola che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno purché l'accertamento degli effetti dannosi siano riconducibili alla condotta dell'amministratore e tendo conto dei casi concreti.

#### 4. Considerazioni finali

Postulare che l'amministratore e gli Organi con esso coinvolti debbano rispondere dello sbilancio patrimoniale della società solo perché non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili ed ha reso, perciò, più arduo il compito ricostruttivo del Curatore fallimentare equivale, nella fattispecie, ad attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria che, in ipotesi di condotta dolosa, andrebbe ad aggiungersi alle sanzioni penali previste dagli articoli 216 e 223 l. fall.

Si ritiene quindi, anche con una visione storica, che allo stato attuale del pensiero giuridico detta "sanzione" non sarebbe così incompatibile con i principi generali del nostro

ordinamento, come in passato si riteneva, giacché sono state introdotte, negli ultimi decenni, disposizioni volte a dare un connotato “sanzionatorio” al risarcimento, ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi nei quali una norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dal secondo comma dell’art. 25 Cost., nonché dall’art. 7 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali.

Naturalmente si concorda con l’assunto della sentenza in commento laddove enuncia che se la mancanza delle scritture contabili rende difficile al curatore una quantificazione ed una prova precisa del danno che sia di volta in volta riconducibile ad un ben determinato adempimento imputabile all’amministratore della società fallita, lo stesso Curatore potrà invocare a proprio vantaggio la disposizione di cui all’art. 1226 c.c. e, perciò, chiedere al giudice di provvedere alla liquidazione del danno in via equitativa.

Del pari non può escludersi che, proprio avvalendosi di tale facoltà di liquidazione equitativa, il giudice tenga conto in tutto o in parte dello sbilancio patrimoniale della società così come evidenziato nell’ambito della procedura fallimentare.

Tuttavia, come già osservato da Cassaz. 2539/05 e 3032/05, per evitare che ciò si traduca nell’applicazione di un criterio arbitrario, sarà pur sempre necessario indicare le ragioni che non hanno permesso l’accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta dei convenuti, nonché la plausibilità logica del ricorso stesso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto.