

00501

2011



SENT. N. 501/11

REP. N. 388/11

Repubblica Italiana
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II. TRIBUNALE DI MILANO
Sezione Ottava Civile

riunito in camera di consiglio nelle persone dei signori

Vincenzo PEROZZIELLO - Presidente

Marianna GALIOTO - Giudice relatore

Francesca FIECCONI - Giudice

ha pronunciato la seguente

AL. P. DOCCO
TRIBUNALE DI MILANO
19 FEB 2011
RICHIESTA IN
GIUDIZIO
CONSE
APPLICAZIONE
E/O

CASO.it

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo 56062/2008 R.G., proposta con atto di citazione ritualmente notificato da

FALLIMENTO X sri, in persona del curatore di. A. A., elettivamente domiciliato in Milano, via n. , presso lo studio dell'avvocato H S, che lo rappresenta e difende per procura alle liti stesa in calce all'atto di citazione, ed in forza di autorizzazione del giudice delegato emessa con decreto del 9.2.2008,

- attore -

CONTRO

E. C. e R. C., elettivamente domiciliata in Milano, viale n. , presso lo studio dell'avvocato G. M. che li rappresenta e difende per procura alle liti stesa a margine della memoria di replica,

- convenuti -

E CONTRO

D. C. elettivamente domiciliata in Milano, via n. , presso lo studio degli avvocati C. M. e D. C. che lo rappresentano e difendono per procura alle liti stesa a margine della comparsa di risposta,

- convenuto -

DIRITTI DI CANCELLERIA
Circ. n° 8192/10 del 10/11/2009
Ministero della Giustizia
PAGAMENTO AGGIUNTO
Milano, 19 FEB 2011
IL CANCELLIERE

Uly

E CONTRO

D[REDACTED] srl, elettivamente domiciliata in Parabiago, via [REDACTED] n. [REDACTED], presso lo studio degli avvocati A[REDACTED] G[REDACTED] e M[REDACTED] G[REDACTED] che la rappresentano e difendono per procura alle liti stesa a margine della memoria di replica,

- convenuta -

All'udienza in data 11.11.2010 la causa è passata in decisione sulle conclusioni formulate dalle parti nell'istanza di fissazione d'udienza e nelle note ex art. 10 D.Lgs. n. 5 del 2003, con ulteriore specificazione del quantum da parte dell'attore all'udienza 11.11.2010.

FATTO E DIRITTO

IL FALLIMENTO X[REDACTED] s.r.l., dopo avere ottenuto un provvedimento *ante causam* di sequestro conservativo, ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Milano E[REDACTED] C[REDACTED] R[REDACTED] C[REDACTED] (padre e figlia) e D[REDACTED] C[REDACTED], quali amministratori della X[REDACTED] srl, nonché la società D[REDACTED] srl chiedendo la condanna dei signori C[REDACTED] e C[REDACTED] al ristoro di tutti i danni derivati dall'illegittima prosecuzione dell'attività dopo la perdita del capitale sociale, per distrazione di somme, pagamenti preferenziali, oltre alla condanna di D[REDACTED] srl al risarcimento del danno per avere percepito pagamenti lesivi della *par condicio*, e per avere beneficiato di investimenti per miglorie sui propri beni, realizzati con risorse economiche provenienti dalla fallita.

I convenuti si sono tutti costituiti in giudizio chiedendo il rigetto delle domande attoree.

Il procedimento è stato istruito con consulenza tecnica, e dopo alcuni rinvii motivati dalla pendenza di trattative rivelatesi infruttuose, la causa è passata in decisione all'udienza in data 11.11.2010.

Prima di esaminare analiticamente le censure mosse dal fallimento all'operato degli amministratori e di D[REDACTED], vanno risolte due questioni pregiudiziali o potenzialmente assorbenti relative alle domande proposte nei confronti di E[REDACTED] e R[REDACTED] C[REDACTED], e di D[REDACTED] C[REDACTED].

Occorre subito esaminare - con riferimento alla posizione degli amministratori - la prima questione pregiudiziale sollevata dai convenuti C[REDACTED] e C[REDACTED] che hanno contestato la legittimazione del curatore ad esperire l'azione di responsabilità.

Ally

In proposito il Collegio rileva che l'azione proposta dal curatore concerne un'articolata vicenda della vita della società che si pone a cavallo tra la disciplina previgente e quella novellata dal D.Lgs. n. 3 del 2003, entrato in vigore il 1.1.2004.

Ebbene, in ragione del carattere sostanziale, e non meramente processuale, della disciplina in materia di responsabilità degli amministratori, deve considerarsi acquisito dalla società X srl, e dai creditori di questa, ogni diritto maturato mentre era in vigore la precedente disciplina. A ciò consegue che il curatore fallimentare è certamente legittimato a proporre sia l'azione sociale sia quella dei creditori sociali in forza del richiamo delle norme sulla società per azioni nella disciplina della società a responsabilità limitata (combinato disposto dei previgenti artt. 2392-2394-2487 cc; 146 l.f.), per i fatti antecedenti al 1° 1.2004, data di entrata in vigore della riforma del diritto societario.

Anche alla luce della legislazione riformata, tuttavia, deve reputarsi che il curatore sia legittimato all'esercizio dell'azione sociale e dell'azione dei creditori della s.r.l. Certamente non vi sono ostacoli a ravvisare la legittimazione all'azione sociale, posto che essa è espressamente prevista dall'art. 2476 c.c. e 146 l.f., restando irrilevante, ai fini che qui interessano, stabilire se l'azione sociale - in caso di società *in bonis* - preveda esclusivamente la legittimazione del socio, ovvero anche quella della società. Con riferimento, poi, all'azione spettante ai creditori sociali, si osservi che la nuova formulazione della norma dell'art. 146 l.f. va intesa come volta a ricostituire, attraverso il richiamo a tutte "*le azioni di responsabilità contro gli amministratori*" quella completezza che in passato attribuiva il richiamo contenuto nel vecchio testo dell'art. 2487 cc, riportando il sistema a quella coerenza che aveva nella normativa abrogata.

Questa interpretazione scongiurerebbe l'illegittimità costituzionale dell'omessa previsione per i creditori delle s.r.l. di una previsione che - analogamente a quanto avviene in forza dell'art. 2394 bis c.c. - consenta in caso di fallimento al curatore di agire anche in nome dei creditori in via esclusiva contro gli amministratori. Se si dovesse opinare diversamente si verificherebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i creditori di una s.r.l. e quelli di una s.p.a. Ciò deve viepiù indurre l'interprete a ravvisare la legittimazione in capo al curatore anche per l'azione dei creditori sociali, in ragione dell'irragionevole sfasatura tra la disciplina della s.r.l. e quella della s.p.a. La norma di cui all'art. 2394 c.c. deve dunque essere applicata in via analogica alle s.r.l., sicché, in caso di fallimento, il curatore sarebbe legittimato ad esperirla, ed in via esclusiva, ex art. 2394 bis cc.

In altre parole, l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l. discende dalla constatazione di un vuoto normativo che pare ascrivibile più ad una svista di coordinamento



della normativa in tema di s.r.l., piuttosto che ad una specifica scelta legislativa di cui – peraltro - non si trova traccia nella legge delega e nella relazione alla legge. Un'eventuale precisa scelta in questo senso – ossia l'assenza di una disciplina concernente la responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori per la violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio - sarebbe inconciliabile con il sistema di responsabilità degli organi gestori come delineato dalla riforma, dal momento che la disciplina della s.r.l. non sarebbe coordinata con quella di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c., con quella dei gruppi, con la regolamentazione della responsabilità dei sindaci. Si osservi a quest'ultimo proposito, che

- il creditore potrebbe agire contro gli amministratori della s.r.l. in stato di scioglimento ex art. 2486 c.c. ma non contro quelli della s.r.l. operativa
- il creditore potrebbe agire contro la controllante della debitrice s.r.l. e contro gli amministratori di quest'ultima (art. 2497 cc), ma non contro gli amministratori della s.r.l. qualora essa non fosse soggetta a direzione e coordinamento
- in caso di s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio ex art.2477 c.c. dovrebbe essere applicata la norma di cui all'art. 2407 2° c.c. che richiama l'art. 2394 c.c., sicché i creditori di una s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio potrebbero agire contro i sindaci per l'omesso controllo che avrebbe concorso a determinare l'insufficienza del patrimonio sociale, ma non – paradossalmente - contro gli amministratori che l'avrebbero direttamente provocata.

Deve quindi concludersi nel senso dell'affermazione della legittimazione del curatore del fallimento di società a responsabilità limitata ad esperire l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali.

Gli amministratori convenuti hanno inoltre eccepito la prescrizione dell'azione (per l'esame dell'analoga eccezione i D. [redacted] srl si rimanda al prosieguo).

Il FALLIMENTO ha dedotto che detta eccezione sarebbe tardiva, perché non è stata formulata nella comparsa di risposta, ed è stata sollevata per la prima volta nella prima memoria di replica. Ebbene, il Tribunale reputa che la questione sia stata tempestivamente prospettata, avuto riguardo al differente testo dell'art. 167 cpc rispetto alla norma speciale dettata dall'art. 4 del D.lgs. n. 5 del 2003, posto che quest'ultima disposizione, applicabile *ratione temporis* al procedimento per cui è causa, non include le eccezioni in senso stretto

Ally

tra le facoltà da esercitare a pena di decadenza con la comparsa di risposta. Da ciò deriva che l'eccezione di prescrizione sollevata per la prima volta con la memoria ex art. 7, D.Lgs. n. 5 del 2003 non può dirsi tardiva.

Sulla questione della prescrizione, è noto che - secondo giurisprudenza costante - l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci di una società, esercitata dai creditori, ovvero dal curatore fallimentare, è soggetta a prescrizione quinquennale ex art. 2949, 2° comma, cc, che decorre dal momento della manifestazione dell'insufficienza patrimoniale (si vedano, per tutte, Cass. n. 9815 del 2002 e Cass. Sez. Unite n. 5241 del 1981). Nel caso in esame non è contestato che il dissesto poteva desumersi solo dal bilancio al 31.12.2003, mai pubblicato, sicché l'insolvenza si è manifestata in concomitanza con la dichiarazione di fallimento della società X srl del novembre 2004. Si osservi, anzi, che la stessa difesa C non ha contestato che l'insolvenza sia stata percepibile all'esterno solo con la dichiarazione di fallimento (si veda, in particolare, il contenuto della pag. 5 della comparsa conclusionale, in cui si sottolinea solo la data di cessazione dell'incarico formale di E C). In ogni caso, i convenuti non hanno adempiuto l'onere posto a loro carico in ordine all'indicazione, ed alla relativa prova, del diverso momento in cui il dissesto sarebbe divenuto riconoscibile ai terzi. Non rileva, infatti, riguardo ai creditori sociali, ai fini della prescrizione, il momento di cessazione della carica degli amministratori, tenuto conto che esso può venire ad emergenza solo nei rapporti interni tra la società ed i suoi organi (art. 2941 n. 7), cc).

Considerato dunque che il tracollo è divenuto palese nel novembre del 2004 e che la citazione è stata notificata nel luglio 2008, risulta evidente che per l'azione di responsabilità dei creditori sociali non è maturata la prescrizione.

I predetti rilievi rendono superfluo esaminare la questione della prescrizione con riferimento all'azione sociale di responsabilità esercitata dal curatore.

Le contestazioni mosse dal FALLIMENTO agli amministratori.

Il FALLIMENTO chiede il ristoro dei danni cagionati al patrimonio sociale destinato alla soddisfazione dei creditori dall'aggravamento del dissesto derivato dalla prosecuzione dell'attività dopo la perdita del capitale sociale, che era stata occultata tramite la falsificazione dei dati di bilancio per gli esercizi dal 1999 al 2002 (mediante sopravvalutazioni delle voci di "immobilizzazioni immateriali" ed "immobilizzazioni materiali", oltre che, nel 2002, della voce "fondo per rischi ed oneri"), perdita verificatasi alla fine dell'esercizio 1999. L'illegittima prosecuzione dell'attività si risolveva nella

Ally

gestione della sala da ballo a C [redacted] nel corso della quale sarebbero stati compiuti i denunciati investimenti sui beni appartenenti a D [redacted] srl che formavano oggetto dell'affitto d'azienda per € 276.085,20.

L'attore ha denunciato inoltre la distrazione della cassa per € 91.301,29 e i pagamenti preferenziali rappresentati dai corrispettivi per l'affitto d'azienda versati a D [redacted] srl dal 2000 alla data della dichiarazione di fallimento per € 254.220,73

La distrazione della cassa (€ 91.301,29).

La circostanza, desunta dalla relazione del curatore, non è contestata dai convenuti. Non si dimentichi che la ricordata relazione, in quanto formata da pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni (art. 33 l.f.) fa piena prova fino a querela di falso degli atti e dei fatti che egli attesta essere stati da lui compiuti o essere avvenuti in sua presenza (Cass. n. 8704 del

1998), sicché il fatto materiale del mancato reperimento della somma in discorso (tra i beni aziendali risulta dunque incontrovertibile. I convenuti, sui quali grava l'onere probatorio dell'impiego di tale somma per fini coerenti con l'attività sociale, hanno taciuto sul punto. Si aggiunga, riguardo ai sigg. C [redacted], che in relazione a tale atto distrattivo è intervenuta la sentenza di patteggiamento con le descritte conseguenze probatorie nell'ambito di questo giudizio (v. capo 1). Sul punto, il Collegio condivide i principi

affermati dalla giurisprudenza di legittimità secondo i quali *"la sentenza penale di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. (cosiddetto "patteggiamento") costituisce indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. Detto riconoscimento, pertanto, pur non essendo oggetto di statuizione assistita dall'efficacia del giudicato, ben può essere utilizzato come prova nel corrispondente giudizio di responsabilità in sede civile"*. (tra le tante, si consultino Cass. n. 132 del 2008; n. 9358 del 2005; n. 4193 del 2003).

I convenuti C [redacted] non hanno al riguardo allegato alcun argomento che possa indurre il Tribunale a credere che essi si siano indotti ad una simile scelta per ragioni diverse dall'ammissione della propria colpevolezza. Deve per converso sottolinearsi che l'entità della pena applicata agli imputati (tre anni per E [redacted] C [redacted] e due anni e quattro mesi per la figlia R [redacted]) depone a favore della consapevolezza e del riconoscimento da parte dei convenuti delle proprie responsabilità penali.

Uly

L'addebito non può essere riconosciuto nei confronti del sig. C [redacted] per le ragioni che saranno illustrate in prosieguo, nella parte dedicata alla posizione del ricordato convenuto.

I pagamenti preferenziali (€ 254.220,73).

Relativamente ai pagamenti effettuati a D [redacted] in violazione della *par condicio creditorum* e per i quali è intervenuta applicazione della pena ex art. 444 cpp nei confronti dei convenuti C [redacted] per il reato di cui all'art. 216, terzo comma, l.f., si pone il problema se sia configurabile un danno da pagamento preferenziale per la massa dei creditori, a tutela dei quali il curatore agisce esercitando l'azione ex artt. 2486 cc e 146 l.f.

È certamente vero che la legge stabilisce che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni (art. 2740 c), e che su tale patrimonio i

singoli creditori hanno diritto di soddisfarsi in eguale misura, fatte salve le cause legittime di prelazione. Gli amministratori della società hanno certo l'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale, e, come si diceva, la violazione di tale obbligo che abbia determinato l'insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i debiti sociali implica la responsabilità risarcitori verso i creditori sociali. Se poi la società, come nel caso in esame, si trova in stato di scioglimento, gli stessi hanno altresì il dovere di conservare l'integrità e il valore

del patrimonio sociale, e ne rispondono verso i soci, i creditori sociali, e i terzi (art. 2486 c.c.). In ogni caso, se il patrimonio è divenuto insufficiente rispetto alla massa dei debiti gli amministratori sono tenuti, stante il disposto dell'art. 216 citato, ad agire in modo da non ledere la *par condicio creditorum*.

Ne consegue che qualora siano compiuti pagamenti preferenziali si produce, per effetto di questi, un danno specifico nel patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti corrispondente all'incremento della falcidia subita, ossia alla minore misura in cui ciascuno può concorrere sull'attivo liquidato, salve le legittime cause di prelazione.

In altre parole, la soddisfazione di un creditore al posto di un altro, che a ciò sia legittimato secondo la corretta graduazione dei crediti, può tutt'al più generare una contesa tra le posizioni soggettive individuali dei singoli creditori, ma non anche un pregiudizio per la massa creditoria considerata nel suo complesso, che mantiene comunque la medesima consistenza anche in caso di pagamento preferenziale, qualunque sia il creditore beneficiato dal pagamento lesivo della *par condicio* tra quelli aventi diritto di partecipare al concorso.

Si noti, poi, che tale pregiudizio individuale diretto, verrebbe a delinarsi compiutamente e definitivamente solo con l'esecuzione del riparto finale, e all'esito dell'esperimento

Uly 7

infruttuoso o insufficiente di eventuali azioni revocatorie, sicché esso sarebbe imputabile in via immediata e diretta agli amministratori solo se alla sua determinazione non avesse dato causa lo stesso curatore che - ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, cc - non avesse esercitato per tempo le revocatorie o le altre azioni recuperatorie possibili.

Così delineato il pregiudizio connesso alla condotta di bancarotta preferenziale, il pregiudizio extracontrattuale direttamente cagionato nella sfera patrimoniale del singolo creditore, e circoscritto alla differenza tra quanto percepito in sede di riparto e quanto sarebbe stato percepibile in assenza di pagamenti preferenziali, si tratta poi di stabilire chi possa agire per il suo ristoro in caso di fallimento della società: in considerazione della regola generale di cui all'art 81 c.p.c. sembra al Collegio che solo ciascun creditore possa agire contro l'amministratore che abbia cagionato un danno alla propria ragione di credito ex art. 2043 c.c. o ex art. 2395 c.c., poiché nessuna norma ne consentirebbe l'esercizio al

curatore. Non vengono in soccorso, a tale riguardo, le norme di cui agli artt. 42 - 43 l.f., secondo le quali spetta al curatore fallimentare, la ragione del fenomeno del cd spossessamento, la legittimazione sostanziale e processuale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito; non aiuta invocare l'art. 2394 bis c.c. che attribuisce al curatore una legittimazione straordinaria ad agire contro gli amministratori per far valere i diritti dei creditori derivanti dal dovere di cui all'art. 2486 c.c., e dunque per ottenere una tutela del tutto diversa e assorbente rispetto al danno al singolo creditore di cui si discute; non serve far ricorso all'art. 146 l.f. per il quale il curatore può esercitare *"le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo o direttori generali e i liquidatori"* e quella contro il socio ex art. 2476 comma 7° c.c., ovvero le c.d. azioni di massa, volte alla ricostituzione dell'integrità del patrimonio sociale, ma non le azioni individuali spettanti ai singoli creditori.

Si deve quindi concludere che il curatore non è legittimato ad agire per il ristoro del danno subito direttamente ed individualmente dal singolo creditore per effetto della condotta dell'amministratore, e che nella specie non sarebbe comunque possibile, allo stato, definire puntualmente il pregiudizio sofferto dalla massa, in mancanza di ogni specifica deduzione sul punto ad opera dell'attore.

Non può essere quindi riconosciuta la voce di danno dedotta dal FALLIMENTO per gli intervenuti pagamenti preferenziali.

Resta da esaminare il profilo di danno denunciato relativamente all'illegittima prosecuzione dell'attività di rischio dopo il verificarsi della causa di scioglimento.

Uly

Il Tribunale reputa che la perdita del capitale sociale al 31.12.1999, l'omessa convocazione dell'assemblea per le iniziative conseguenti, l'occultamento delle perdite tramite falsificazioni in bilancio, e la prosecuzione dell'attività aziendale in forma non conservativa rappresentino circostanze che in causa devono essere tenute per ferme con riguardo al C. [redacted], perché da questo non puntualmente contestate, ed in quanto la difesa da questo svolta si incentra – come si dirà tra poco - sull'affermazione di non avere mai preso parte all'attività sociale, e dunque si risolve in una dichiarazione confessoria della violazione dei doveri dell'amministratore. Non si dimentichi che dagli atti si ricavano dati di segno contrario a quello indicato dalla parte, che depongono invece per la consapevolezza in capo a detto convenuto dell'andamento negativo dell'impresa, posto che D. [redacted] C. [redacted] risulta avere partecipato alle assemblee persino in epoca successiva alla comunicazione delle dimissioni (in tale contesto appare significativo che la rinuncia a proseguire l'incarico, secondo quanto è pacifico, non sia stata oggetto di iscrizione al Registro delle imprese).

Ed ancora, la perdita del capitale sociale, le falsificazioni dei dati di bilancio, e la prosecuzione vietata non sono contestate neppure dai convenuti C. [redacted] nelle note di osservazioni alla CTU; tali fatti vanno poi considerati come riconosciuti in forza dell'intervenuta applicazione della pena ex art. 444 cpp. Si legga in particolare l'imputazione sub 3).

Il FALLIMENTO ha dunque prospettato – come si diceva – il danno da aggravamento del dissesto dal 31.12.1999 fino alla data della dichiarazione di fallimento (novembre 2004) che nel caso in esame – va subito anticipato – ben potrebbe essere determinato con valutazione equitativa nella differenza tra lo sbilancio patrimoniale esistente alla data di perdita del capitale sociale, e quella riscontrabile alla data di fallimento.

In passato la giurisprudenza soleva imputare alla responsabilità dell'organo gestorio la differenza tra attivo e passivo fallimentare, ma tale indirizzo è stato poi abbandonato in seguito al rilievo dei profili di inadeguatezza di un simile criterio, che si poteva rivelare erroneo per eccesso - posto che il *deficit* fallimentare può essere derivato anche da scelte gestionali infelici, notoriamente insindacabili nel merito, e non soltanto da comportamenti colposi degli amministratori – o persino per difetto, tenuto conto che esso non si esaurisce necessariamente nelle perdite derivate dalla *mala gestio*, e che una parte dei creditori può avere rinunciato all'ammissione al passivo.

Da ciò deriva che il risarcimento da porre a carico degli amministratori non può prescindere dalla individuazione nel novero degli atti produttivi di danno, di quelli che concretamente

Ally⁹

hanno cagionato danno, dovendosi espungere dallo sbilancio fallimentare il *deficit* patrimoniale che promana da scelte gestionali compiute prima dell'insorgenza della causa di scioglimento e che avevano logorato il capitale, sia quello scaturito da scelte gestionali legittime perché strumentali alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ancorché in concreto rivelatesi pregiudizievoli per la società.

Occorre dunque - in linea generale - compiere uno scrutinio caso per caso delle conseguenze patrimoniali imputabili alle singole operazioni poste in essere dall'organo gestorio dopo il verificarsi della causa di scioglimento, al fine di deliberare se si sia trattato di operazioni vietate incidenti negativamente sul patrimonio sociale, e nei limiti in cui si sia effettivamente verificata una perdita (in questo senso l'orientamento ormai consolidato del Supremo collegio: si vedano per tutte Cass. n. 2538 del 2005; n. 16211 del 2007 e n. 17033 del 2008). Da ciò deriva che il curatore fallimentare che voglia far valere la responsabilità

degli amministratori per violazione del dovere ex art. 2486 cc ha l'onere di specificare i singoli atti gestori concretamente adottati dagli amministratori in violazione del ricordato divieto, e di provare il danno derivato da tali comportamenti antidoverosi.

Nel passare in modo più stringente a calare i principi ora ricordati al caso che ci occupa, occorre tenere presente che il criterio di determinazione del danno può essere operato in via equitativa, secondo l'illustrato indirizzo giurisprudenziale a cui il Collegio aderisce, in caso

di fallimenti di società per le quali si deduce una notevole anteriorità della perdita del capitale rispetto alla dichiarazione di insolvenza. In queste ipotesi si tratta di valutare un complesso di attività, a volte attraverso documentazione contabile non del tutto chiara o completa, con speciale difficoltà nell'individuare in modo sufficientemente circostanziato le operazioni non coerenti con il fine conservativo, sicché si può fare ricorso a criteri presuntivi e sintetici di allegazione e dimostrazione, che si basano sulla verosimiglianza nel caso concreto dell'imputazione causale di un certo risultato negativo per il patrimonio sociale.

In tali casi, si può dunque ritenere assolto l'onere di allegazione quando il curatore fallimentare deduce che la perdita del capitale e lo stato di scioglimento della società sono anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza, o alla formale messa in liquidazione della società, e afferma che gli amministratori hanno proseguito l'attività d'impresa provocando un'ulteriore perdita, ossia superiore rispetto a quella registrata al momento dello scioglimento di fatto, alla luce della differenza tra i netti patrimoniali individuati, da un lato, alla data di scioglimento di fatto, e, dall'altro, alla data della dichiarazione di

fallimento, salvo poi valutare se l'ipotizzato incremento dello sbilancio si sia effettivamente verificato alla luce di una corretta comparazione tra i due dati contabili.

In altre parole, giungendo così più direttamente alla valutazione del dissesto di X srl, si osservi che le rilevanti difficoltà di valutare il complesso dell'attività vietata svolta dalla società fallita, che ha proseguito a gestire una sala da ballo situata in [redacted] nell'arco temporale di circa quattro anni (1999-2004), e l'impossibilità di ricostruire i dati con l'analiticità necessaria per individuare le conseguenze dannose riconducibili al comportamento degli amministratori, e segnatamente alle operazioni non coerenti con il fine conservativo, costituiscono la premessa che legittima l'utilizzazione del criterio presuntivo e sintetico della differenza dei netti patrimoniali, che ben può sorreggere una valutazione equitativa del danno (v. Cass. n. 2538 del 2005).

GAASOIT

Nel caso di specie il Tribunale ribadisce che in astratto è possibile utilizzare il criterio equitativo della perdita incrementale, ove si consideri che il lungo tempo trascorso tra il momento di integrale erosione del capitale sociale e la data della dichiarazione di fallimento impedisce una minuziosa ricostruzione *ex post* delle singole operazioni vietate - perché non conservative - depurate del valore dell'eventuale ricavo (art. 2449 cc vecchio testo, e art. 2486 cc vigente: si noti che l'illegittima prosecuzione dell'attività si è protratta dal 2000 al novembre 2004, sicché le due norme citate, di segno pressoché corrispondente, per la parte che qui rileva, sono entrambe applicabili al caso di specie *ratione temporis*). È noto che il previgente art. 2449 cc contemplava seccamente per gli amministratori il divieto di nuove operazioni, mentre l'attuale art. 2486 cc dispone che questi "conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale". Si ritiene tuttavia comunemente in dottrina che la diversa formulazione della norma abbia avuto il solo scopo di esplicitare un principio già affermatosi in giurisprudenza, che, in plurime occasioni, aveva spiegato che il divieto doveva riferirsi solo alle operazioni fonte di nuovo rischio d'impresa, e che erano per converso consentiti gli atti di impresa strumentali alla conservazione del patrimonio ed alle necessità inerenti alla liquidazione (si pensi, ad esempio, all'assunzione di costi per il completamento di una commessa in corso, volti ad evitare gli obblighi risarcitori derivanti dall'inadempimento). Da ciò deriva che ben può essere ricercata la determinazione del *quantum* nel passivo accumulato dopo il momento di raggiungimento del dissesto, vale a dire nella differenza tra i patrimoni netti al 31.12.1999 e alla data del fallimento.

11
Uly

Riguardo all'individuazione della data in insorgenza nell'amministratore della consapevolezza del raggiungimento del dissesto (31.12.1999, oppure data di predisposizione del bilancio d'esercizio), basti considerare la linearità delle osservazioni del CTP del FALLIMENTO (dr.ssa M. [redacted]), che traendo evidente spunto dal corso ordinario degli eventi, ha osservato come l'amministratore di una società sia in grado di ben apprezzare l'andamento della gestione nel corso dell'esercizio, dovendo calibrare le proprie scelte operative di acquisto e di spesa di volta in volta, secondo il risultato di gestione conseguito *medio tempore*, e non è pertanto credibile, in mancanza di deduzioni specifiche che permettano di opinare in senso contrario, che l'esito dell'attività annuale possa essere apprezzato solamente alla chiusura dei conti, ed al momento della redazione della bozza di bilancio.

Ciò posto, il dato riguardante lo sbilancio fallimentare, pari ad € 1.320.856, ed è di facile rilevazione, perché non più contestato, a seguito della correzione dell'errore materiale da parte del curatore nel corso del giudizio.

Il CTU, a seguito della riclassificazione delle poste di bilancio, e recepite in buona parte le deduzioni del FALLIMENTO attore riguardo alle falsificazioni denunciate, ha individuato l'incremento dello sbilancio patrimoniale nell'importo di € 975.655,32 per B. [redacted] (in carica alla data del 31.12.1999) ed in € 809.204,19 per gli altri due amministratori, che hanno ricevuto l'incarico dal novembre 2000.

Le parti - si ribadisce - non hanno contestato la perdita del capitale sociale, come valutata dal CTU, al 31.12.1999, né la maggior parte delle riclassificazioni operate dal consulente d'ufficio che l'attore aveva ricondotto alle falsificazioni censurate in citazione. Paiono tuttavia condivisibili i rilievi svolti dalla CTP dei convenuti C. [redacted] (dr.ssa G. [redacted]), in relazione alla cartella esattoriale 1996, e alle voci *'immobilizzazioni materiali nette'*.

Quanto al primo punto, è pacifico e dimostrato che lo stato passivo include un importo pari ad € 667.119 concernente l'insinuazione del concessionario per la riscossione ESATRI spa a titolo di IVA, IRPEG ed ILOR relative al periodo d'imposta 1996, portate da una cartella esattoriale notificata nel dicembre 2002. La passività, è evidente, inerisce ad un periodo antecedente alla perdita del capitale sociale, e non può pertanto essere considerata causalmente derivata dalla illegittima prosecuzione dell'attività dopo il 31.12.1999 (per B. [redacted] C. [redacted]), o anche dopo il novembre 2000 (per gli altri due amministratori), posto che essa si sarebbe comunque manifestata anche a prescindere dall'insorgere della causa di scioglimento.

Neppure può essere presa in considerazione la domanda di condono presentata (e non onorata) nel 2002, poiché tale atto gestorio è stato compiuto in epoca successiva alla liquidazione di fatto (si condividono sul punto i rilievi della CTP dr.ssa G. [redacted]).

Dal dato di sbilancio indicato dal CTU va dunque sottratto l'importo sopra indicato di € 667.119.

E ancora, va totalmente espunta la voce 'immobilizzazioni immateriali nette' per Lire 508.520.093, pari ad € 262.629, che riflette costi capitalizzati non corrispondenti ad attività monetizzabili ai fini della liquidazione, tenuto conto che le due grandezze in considerazione (sbilancio riferito alla data della perdita del capitale sociale - sbilancio della procedura concorsuale) devono essere rese omogenee dal punto di vista dei criteri di valutazione utilizzati. In altre parole, nel momento in cui una società viene a trovarsi in stato di liquidazione - sia pure in via di mero fatto - i suoi elementi patrimoniali devono essere considerati in un'ottica liquidatoria e non secondo la prospettiva di continuazione dell'attività imprenditoriale.

Dall'importo indicato dal CTU va dunque detratta l'ulteriore somma di € 262.629.

Lo sbilancio patrimoniale si risolve dunque astrattamente - stando ai calcoli del CTU come ora rettificati - nell'importo di € 45.907,32 per il solo E. [redacted], per gli altri due amministratori la differenza è evidentemente in positivo. Con riferimento al convenuto

C. [redacted] si noti tuttavia che dovendosi avere riguardo al risultato di gestione riferito alla data del fallimento, occorre includere nel computo dell'attivo anche la somma che figurava nella cassa sociale (€ 91.301,29), posto che tale importo era in astratto compreso nell'attivo fino a quel momento, sebbene conseguito a seguito della prosecuzione vietata dell'attività d'impresa. Da ciò discende che anche per E. [redacted] il confronto tra i patrimoni netti genera un saldo in positivo, tanto da comportare non un incremento, bensì una diminuzione dello sbilancio rispetto alla data di raffronto del 31.12.1999.

Gli investimenti su beni di D. [redacted] (€ 276.085,20).

È incontroverso che la società fallita ha sostenuto costi per effettuare migliorie sui beni inerenti all'azienda presa in affitto da D. [redacted] srl, società riconducibile alla famiglia C. [redacted] per l'ammontare complessivo, dal 2000 al 2003, di € 276.085,20. Il curatore ha sostanzialmente denunciato tali investimenti come profilo della condotta di prosecuzione vietata della gestione d'impresa, posto che nella narrativa della citazione, ribadita o non smentita nei successivi scritti difensivi, tali operazioni sono sempre prospettate in collegamento e in unione con l'illegittima attività non conservativa.

13
Uly

Il danno lamentato dal FALLIMENTO deve però essere limitato al risultato pregiudizievole per X srl degli investimenti di cui si discute. Sul punto occorre ricordare che grava sull'attore l'onere della prova del compimento, da parte degli amministratori, di iniziative di carattere non conservativo del patrimonio sociale, dell'ammontare dei danni e del nesso causale rispetto al che ne è danno asseritamente derivato. Ebbene, nel corso della consulenza tecnica i convenuti non hanno acconsentito – come pure era legittimo ai sensi della disposizione ex art. 198 cpc – a dare ingresso in causa alla documentazione (essenzialmente le fatture relative alle migliorie apportate ai beni aziendali) che il FALLIMENTO solo in quella sede ha offerto di produrre, e dalla quale sarebbe forse stato possibile ricavare qualche dato utile per l'accertamento in parola. Il CTU ha potuto dunque solo desumere il dato globale risultante dalla contabilità disponibile, ma non ha potuto individuare le illegittime operazioni compiute. Giova ribadire che grava sul FALLIMENTO

l'onere di allegazione e di prova del fatto che dopo la perdita del capitale sociale, gli amministratori hanno intrapreso l'iniziativa imprenditoriale al di fuori di una logica meramente conservativa, e di indicare quali conseguenze negative sul piano del depauperamento del patrimonio sociale ne sarebbero derivate, al netto dei ricavi conseguiti. Ciò è mancato nella prospettazione attorea, che si è limitata ad attribuire agli amministratori la responsabilità risarcitoria per ogni spesa relativa alle migliorie sui beni dell'azienda presa in affitto.

La voce di danno in esame non può dunque essere posta a carico degli amministratori.

In conclusione, gli amministratori C [redacted] sono tenuti a ristorare il FALLIMENTO della complessiva somma corrispondente alla distrazione della cassa per € 91.301,29, importo che – per evitare ogni possibile duplicazione di danno con riferimento ad [redacted] C [redacted] – va considerata assorbente, per le ragioni già dette, rispetto alla perdita incrementale dal 31.12.1999 alla data del fallimento. Da tale responsabilità dovrà invece andare esente D [redacted] C [redacted] per le ragioni che si illustreranno in prosieguo.

La posizione degli amministratori.

E [redacted] C [redacted]

È incontestato che il convenuto C [redacted] è stato amministratore di diritto dalla costituzione della società fino all'anno 2000. La deduzione dell'attore secondo la quale egli sarebbe stato amministratore di fatto fino alla data della dichiarazione di fallimento trova un

determinante elemento di sostegno nella sentenza di patteggiamento emessa dal Tribunale di Milano (v. doc. 9 del FALLIMENTO). Tra i fatti di cui all'imputazione, oggetto di pena concordata tra l'imputato e il pubblico ministero, è incluso - tra l'altro - il ruolo di amministratore di fatto del sig. C [REDACTED] fino alla data della dichiarazione di fallimento. Oltre al già svolto rilievo sull'entità della pena inflitta al C [REDACTED] deve constatarsi che in atti sono riscontrabili alcuni indici che tendono ad avvalorare il convincimento del ruolo svolto in ambito societario da H [REDACTED] C [REDACTED], quali:

- ❖ le dichiarazioni rese al curatore dal convenuto C [REDACTED] (pag. 55 della relazione del perito del pubblico ministero);
- ❖ la lettera inviata al curatore da un creditore della società fallita, che ha indicato in B [REDACTED] C [REDACTED] la persona che si occupava dei rapporti con i fornitori: pag. 42 della relazione ex art. 33 l.f.

❖ la presenza in azienda in occasione del pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario.

R [REDACTED] C [REDACTED]

La convenuta ha assunto l'incarico di amministratore di diritto dal novembre 2000 fino alla data del fallimento.

D [REDACTED] C [REDACTED]

Ha ricoperto l'incarico di amministratore di diritto dal novembre 2000, ed ha rassegnato le dimissioni in data 26.11.2003. Il FALLIMENTO chiama D [REDACTED] C [REDACTED] a rispondere di ogni voce di danno, al pari dei convenuti C [REDACTED], imputandogli la violazione del dovere di vigilanza. Il sig. C [REDACTED] nell'ammettere di essersi disinteressato dell'amministrazione, finisce per riconoscere di avere violato il dovere di vigilare sul buon andamento della gestione societaria, e dunque di non essersi adoperato affinché non fossero compiute nuove operazioni. Va tuttavia constatato che a fronte del riconoscimento di responsabilità dei sigg. C [REDACTED] riguardo alla distrazione di somme dalla cassa sociale, il sig. C [REDACTED] ha invece contestato di avere preso parte all'illecita sottrazione. Il FALLIMENTO, tuttavia, non ha indicato alcun elemento utile alla collocazione temporale della condotta distrattiva, sicché essa non può essere univocamente riconducibile ad un'epoca antecedente alla cessazione dell'incarico del C [REDACTED].

La domanda proposta nei confronti di D [REDACTED] C [REDACTED] deve dunque essere rigettata.

15
Uly

La posizione di D [redacted] srl.

Va ricordato che il FALLIMENTO ha chiesto la condanna di D [redacted] srl al risarcimento del danno per avere percepito pagamenti lesivi della *par condicio*, e per avere beneficiato di investimenti per miglorie sui propri beni, realizzati con risorse economiche provenienti dalla fallita.

Valgono le osservazioni svolte in precedenza - quanto ai pagamenti preferenziali - sull'assenza di legittimazione del curatore, e comunque di danno per la massa dei creditori globalmente intesa.

Riguardo agli investimenti asseritamente effettuati su cose proprietà di D [redacted] e segnatamente sui beni aziendali che questa aveva concesso in affitto alla società fallita va esaminata anzitutto l'assorbente eccezione di prescrizione.

Non sembra potersi mettere in dubbio che la domanda proposta dal FALLIMENTO nei confronti della convenuta D [redacted] srl è volta a far valere un ordinario credito risarcitorio da fatto illecito, e costituisce esercizio dell'azione di risarcimento da responsabilità aquilana, azione che era già presente nel patrimonio del fallito alla data della dichiarazione di fallimento. Da ciò deriva che il termine di prescrizione quinquennale ex art. 2497 cc del diritto al risarcimento danni da fatto illecito inizia a decorrere dal verificarsi del fatto causativo del danno. Dalla relazione del CTU risulta che alla luce dei dati contabili gli investimenti in parola sono cronologicamente collocabili negli anni dal 2000 al 2003 (per quest'ultimo esercizio nella misura di € 56.214,78).

L'atto di citazione è stato notificato nel luglio 2008, sicché l'asserito danno per investimenti eseguiti negli anni 2000-2002 è certamente prescritto. Per l'anno 2003 si deve giungere a conclusione opposta, poiché la convenuta D [redacted] srl non ha dato alcuna prova dell'esecuzione delle spese in commento in epoca idonea a fare ritenere fondata la eccezione di prescrizione (v. sull'onere della prova Cass. 17832 del 2002; n. 4295 del 1990).

Per detti ultimi investimenti il FALLIMENTO ha tuttavia trascurato di offrire una puntuale dimostrazione del carattere pregiudizievole dei fatti censurati, per le ragioni già illustrate, e del *quantum* del danno cagionato alla massa.

La domanda nei confronti di D [redacted] srl deve quindi essere respinta.

In conclusione, gli amministratori B [redacted] e R [redacted] devono essere condannati in solido al pagamento, in favore del FALLIMENTO [redacted] srl della complessiva somma di € 91.301,29. Su tale somma vanno calcolati la rivalutazione monetaria fino alla data attuale, e gli interessi, ai sensi di legge, dalla data del fallimento fino al momento del saldo effettivo.

16
Uly

Ed infatti, l'obbligazione risarcitoria da fatto illecito extracontrattuale, costituisce un debito di valore, non assumendo alcun rilievo, al riguardo, il fatto che l'evento dannoso coincida con la perdita della somma di denaro, tenuto conto che nella responsabilità aquiliana - dove l'obbligazione risarcitoria mira alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato - viene in rilievo la perdita del valore oggetto della sottrazione del denaro dal patrimonio della società fallita, e ciò di cui è debitore il responsabile del danno non è una data somma di denaro, ma l'integrale risarcimento del danno, di cui la somma originaria costituisce solo una componente ai fini della relativa commisurazione. Ne consegue che l'obbligazione di risarcimento del danno costituisce un'obbligazione di valore sottratta al principio nominalistico, sicché la rivalutazione monetaria va riconosciuta, tenendo conto della svalutazione sopravvenuta fino alla data della liquidazione. È altresì risarcibile il nocumento finanziario (luogo cessante) subito a causa del ritardato conseguimento della somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno, con la tecnica degli interessi computati non sulla somma originaria né su quella rivalutata al momento della liquidazione, ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno (sul punto si vedano Cass. n. 5234 del 2006 e n. 4587 del 2009), oltre agli interessi anatocistici ex art. 1283 cc - espressamente richiesti dall'attore - a decorrere dalla domanda giudiziale.

È stata dichiarata l'integrale inefficacia del provvedimento cautelare emesso nei confronti di D. [redacted] srl e D. [redacted] C. [redacted] il sequestro conservativo è inefficace nei confronti degli altri due convenuti per la parte che supera l'importo riconosciuto a credito dell'attore per capitale, interessi e rivalutazione, e spese di lite (art. 669novies cpc).

Le spese sopportate da D. [redacted] srl e da D. [redacted] C. [redacted] vanno poste a carico del FALLIMENTO in ragione della soccombenza, e si liquidano per la prima in complessivi € 18.637,00 di cui € 15.000 per onorari, e per l'altro in € 12.500,00, di cui € 9.500,00 per onorari, per entrambi oltre rimborso forfettario, IVA e CP.

In relazione alla regolazione delle spese, va osservato che in relazione al rapporto processuale instauratosi tra il FALLIMENTO ed i convenuti B. [redacted] e R. [redacted] C. [redacted], non può porsi a carico dei convenuti soccombenti l'integrale ristoro delle spese sostenute dal FALLIMENTO, posto che l'attore ha rifiutato in corso di causa un'offerta conciliativa che prevedeva il pagamento in suo favore di una somma largamente superiore - € 360.000 - rispetto a quella che ora gli viene riconosciuta (artt. 91 e 92 cpc). Le spese di lite vanno dunque compensate per la metà. La residua metà va posta a carico dei convenuti sigg. C. [redacted] in solido tra loro, e si liquida in € 11.068,00, di cui € 9.250,00 per onorari, oltre ad € 7.860,00 pari alla metà delle spese di CTP.

Uly¹⁷

Le spese di consulenza tecnica vanno poste definitivamente a carico del FALLIMENTO per un quarto, ed a carico dei convenuti C [redacted] in solido per tre quarti.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa o assorbita, così decide:

1. condanna E [redacted] C [redacted], R [redacted] C [redacted] in solido tra loro al pagamento, in favore del FALLIMENTO X [redacted] srl, della complessiva somma di € 91.301,29, oltre alla rivalutazione monetaria fino alla data attuale, e gli interessi da computarsi sulla somma originaria rivalutata anno per anno, ed oltre agli interessi anatocistici ex art. 1283 cc a decorrere dalla domanda giudiziale;
2. compensa per un mezzo le spese di causa in relazione al rapporto processuale instauratosi tra l'attore ed i convenuti C [redacted] e condanna i predetti convenuti al pagamento del residuo mezzo in favore del FALLIMENTO, liquidato detto mezzo in complessivi € in € 11.068,00, di cui € 9.250,00 per onorari, oltre ad € 7.860,00 pari alla metà delle spese di CTP;
3. respinge la domanda proposta dal FALLIMENTO nei confronti di D [redacted] C [redacted] e di D [redacted] srl;
4. condanna il FALLIMENTO al rimborso delle spese di lite sostenute dalla convenuta D [redacted] srl, che liquida in complessivi € 18.637,00 di cui € 15.000 per onorari, oltre rimborso forfettario, IVA e CP;
5. condanna il FALLIMENTO al rimborso delle spese di lite sostenute dal convenuto C [redacted], che liquida in complessivi € 12.500,00, di cui € 9.500,00 per onorari, oltre rimborso forfettario, IVA e CP;
6. pone le spese di consulenza tecnica definitivamente a carico dei convenuti E [redacted] C [redacted], R [redacted] C [redacted] I e D [redacted] C [redacted] in solido per tre quarti, ed a carico del FALLIMENTO per il residuo quarto;
7. dichiara l'inefficacia del sequestro conservativo emesso nei confronti di D [redacted] srl e D [redacted] C [redacted];
8. dichiara l'inefficacia del sequestro conservativo emesso nei confronti degli altri due convenuti per la parte che supera l'importo riconosciuto a credito dell'attore per capitale, rivalutazione, interessi e spese di lite.

Milano, 11 novembre 2010.

Il Giudice estensore
Marianna GAIOTTO
Marianna Gaiotto

18 MAR 2011
CANCELLIERE
AL CANCELLIERE CA
Dot.ssa Michela DI DOMENICO

Il Presidente
Vincenzo PEROZZIELLO
Vincenzo Perozziello

18
18