

BREVI NOTE SULL'USO DEL CRITERIO DEI "NETTI PATRIMONIALI DI PERIODO" NELLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ.

DANILO GALLETTI

Sommario. - 1. Introduzione. – 2. La dialettica fra atto ed attività. – 3. L'equivocità del riferimento all'atto. – 4. Il nesso di causalità fra danno e condotta. – 5. Il funzionamento concreto del criterio dei netti: alcune utili *proxy*. – 6. Alcune fattispecie "critiche": le plusvalenze da dismissione di *assets* strategici. – 7. Segue: le immissioni insufficienti di *equity*. - 8. Il criterio dei netti al banco di prova dell'azione sociale. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

Le Riforme che hanno contraddistinto il diritto concorsuale fra il 2003 ed il 2006 hanno determinato uno spostamento massiccio dell'attenzione, circa la fase di ricostruzione degli attivi fallimentari, dalle azioni revocatorie, ormai indebolite e quasi annichilite dalle interpolazioni del c.d. Decreto competitività del 2005, verso le azioni risarcitorie, aventi come destinatari *in primis* i componenti degli organi sociali responsabili dell'insorgere della crisi o comunque di non averne attenuato le conseguenze ⁽¹⁾, oppure verso le banche, cui spesso si imputa di aver artificiosamente protratto l'esistenza dell'impresa decotta cui abbiano continuato dolosamente od imprudentemente ad erogare credito ⁽²⁾.

⁽¹⁾ E si veda anche come la compiaciuta insistenza, nella relazione accompagnatoria della Riforma del diritto societario del 2003, ad una presunta prassi giudiziaria tesa ad imputare il danno in modo "oggettivo" agli amministratori ed ai sindaci, ricordi molto da vicino la analoga doglianza del ceto bancario circa una operatività pretesamente "oggettiva" della revocatoria fallimentare, che sarebbe stata utilizzata in modo da "svuotare" di fatto il requisito legale della conoscenza dello stato di insolvenza. Quasi che la estensione e la generalizzazione di un comportamento deviante debba determinare automaticamente un arretramento della tecnica di reazione giudiziaria.

⁽²⁾ E' appena il caso di sottolineare che la questione della legittimazione del curatore fallimentare ad azionare in giudizio il diritto della società al risarcimento del danno per "abusiva concessione del credito" non può per certo ritenersi "archiviata" nemmeno dopo la pronunzia delle Sezioni Unite del 2006 (28 marzo 2006, n. 7031): vedansi al riguardo i recenti "ripensamenti" della S.C., esplicitamente orientata in almeno due casi a ritenere possibile il concorso della banca nell'illecito

Ciò indubbiamente comporta, oltre ad una tendenziale (ma solo parziale e forse apparente) disintermediazione del sistema bancario verso quello assicurativo⁽³⁾, la necessità di concentrare le energie su un problema che la revocatoria solitamente non pone: quello della stima del danno, su cui si focalizza la condanna, laddove nella revocatoria si guarda più che altro al vantaggio ricevuto dal convenuto, semplificando la valutazione.

Questo mutamento di prospettiva ha di certo favorito una moltiplicazione di fattispecie giudiziarie, ed una maggiore riflessione sulle problematiche “tecniche” implicate, pur nel perdurante ed imbarazzante silenzio della dottrina, soprattutto quella di matrice “accademica”.

La ricerca di parametri scientificamente “accettabili” ha consentito, soltanto a partire dalla fine degli anni ‘90, l’approdo ad una metodica, assai utilizzata nella prassi giudiziaria, che focalizza l’attenzione sul saldo del patrimonio netto al momento rispettivamente in cui il convenuto acquista consapevolezza del dissesto (*rectius* della perdita del capitale sociale, o comunque dall’insolvenza irreversibile)⁽⁴⁾ e poi cessa dalla carica (nel caso in cui tale ultimo evento non si verifichi, la seconda data coincide con quella del fallimento, ove l’organo permane formalmente nelle sue funzioni, ma cessa la sua legittimazione ad influire sulla composizione del patrimonio sociale).

posto in essere dagli organi della società, valorizzando il ruolo fondamentale dell’art. 2055 c.c.: Cass., 31 marzo 2010, n. 7956, e Id., 13 giugno 2010, n. 13413 (quest’ultima con specifico riferimento alla concessione “abusiva”). Se sembra “tramontata” la possibilità di predicare l’esistenza di un’(ulteriore) azione “di massa”, non altrettanto parrebbe potersi dire quando ad essere leso sia il patrimonio sociale, e qui il discorso e le criticità si spostano dal profilo dell’*an* a quello del *quantum* risarcitorio.

⁽³⁾ Quest’aspetto è già visibile nel comportamento delle compagnie assicuratrici, assai più propense negli ultimi anni ad impegnarsi in sede stragiudiziale prima dell’inizio del giudizio, consapevoli della estrema costosità di quest’ultimo, ove le *fees* sono rapportate agli ingenti importi richiesti, e le polizze presentano spesso massimali comunque non insignificanti per l’assistenza legale non facilmente “convenzionabili”, stante la facoltà concessa all’assicurato di scegliere il professionista.

⁽⁴⁾ Va sottolineato che benché la perdita del capitale sociale *ex* artt. 2447- 2484 c.c. costituisca per le *leges artis* (v. il Documento n. 570 sulla continuità aziendale di cui appresso) un mero indizio di perdita della continuità aziendale, in realtà molto spesso è l’insolvenza irreversibile che si manifesta per prima, poiché anche se l’azienda sta ancora pagando, essa non lo fa “regolarmente” ai sensi dell’art. 5 l.f.: infatti gli obiettivi fissati dai piani aziendali non vengono conseguiti, la gestione non è redditizia, e ciononostante il *management* non ritiene di dover modificare gli stessi programmi strategici, sicché nel futuro prossimo la società non sarà certamente “più” in grado di adempiere; in queste condizioni gli amministratori hanno già l’obbligo di instare per il fallimento, qualora non ritengano di poter elaborare una diversa soluzione dell’insolvenza (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione). Dunque anche in questo caso essi rispondono deterioramento subito dal patrimonio dopo che essi abbiano maturato la consapevolezza dell’insolvenza.

In sostanza si individua il momento t_1 in cui l'amministratore (od il sindaco) acquisiscono consapevolezza del dissesto (e/o dell'insolvenza), e si calcola il patrimonio netto riclassificato pn_1 a tale data; si ragguaglia poi tale grandezza al patrimonio netto pn_2 alla data t_2 , in cui il soggetto viene sostituito, oppure sopravviene il fallimento della società.

Tale metodica, detta dei "netti patrimoniali di periodo", costituiva e costituisce null'altro che un criterio di semplificazione dell'accertamento⁽⁵⁾, che passa per l'applicazione dell'art. 1226 c.c., spesso confuso con quello della differenza fra l'attivo (realizzabile e/o realizzato) ed il passivo fallimentare (ammesso definitivamente, anche attraverso le insinuazioni c.d. "tardive").

Nell'esperienza più recente, tuttavia, la pubblicazione di talune sentenze dal contenuto critico rispetto all'impiego di tale metodica ha prodotto l'emersione di un movimento di pensiero teso di fatto a sterilizzarla.

In particolare si moltiplicano, nelle difese dei convenuti, i riferimenti ad una presunta inutilizzabilità già in linea di principio del criterio, il quale costituirebbe nient'altro che un equivalente ammodernato della tecnica del *deficit* patrimoniale, e perverrebbe a risultati che peccano di automatismo, senza poter imputare ai componenti degli organi sociali il danno effettivamente cagionato.

La Curatela poi sarebbe onerata di allegare e provare le singole operazioni poste in essere dagli amministratori, al fine di imputare agli stessi la responsabilità per il danno concretamente disceso da ciascuna di esse.

2. La dialettica fra atto ed attività.

Sottostante a tale argomentazione è senz'altro la dialettica *attività – singolo atto*, dialettica che connota in realtà tutta la storia del diritto commerciale, e che accompagna la tendenza di quest'ultimo, tipico *diritto dell'attività*, allo "sganciamento" dal diritto civile, che è e resta *diritto dell'atto*⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Vedi per la teorizzazione di tale criterio Patti, *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 81 ss.; L. Panzani, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Fallimento*, 1989, pp. 974 ss.; in giurisprudenza Cass., 17 settembre 1997, n. 9752, in *Fallimento*, 1998, p. 666; Trib. Genova, 24 novembre 1997, *ivi*, p. 843.

⁽⁶⁾ Cfr. sinteticamente ma efficacemente C. Angelici, *Diritto commerciale*, Bari, 2003, *passim*; l'enfaticizzazione del carattere dinamico dell'attività nel diritto commerciale è com'è noto peculiarità del fondamentale contributo di P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, *passim*.

La responsabilità civile, anche relativamente alla responsabilità degli organi sociali, appartiene indubbiamente al diritto civile, ed è più che ovvio che essa divenga il crocevia di tali tendenze rispettivamente centripete e centrifughe, terreno di scontro fra diverse filosofie sulla realtà economica.

D'altro canto l'incentrarsi di quasi tutte le applicazioni pratiche, in tema di azioni di responsabilità, sull'art. 2486 c.c., e sul dovere di gestire in modo "conservativo", non può sorprendere.

Quasi la totalità delle azioni di responsabilità esperite dalle curatele fallimentari, infatti, concerne situazioni ove il rimprovero mosso agli organi sociali è di non aver provocato l'interruzione dell'attività d'impresa, o comunque di non aver sorvegliato affinché la gestione divenisse meramente "conservativa", una volta verificatosi il presupposto della perdita del capitale sociale, quando il patrimonio netto diviene "negativo".

Proprio l'incentrarsi dell'art. 2486 c.c., rispetto al vecchio testo dell'art. 2449 c.c. (che come è noto metteva al bando le "nuove operazioni"), sulla visione "dinamica" della gestione "conservativa", avente ad oggetto non solo la "integrità", ma anche (e diremmo soprattutto) il "valore" del patrimonio sociale, dovrebbe a mio avviso suggerire l'adozione di una diversa chiave di lettura ⁽⁷⁾.

Ora, è senz'altro vero che di fatto l'esegesi del vecchio art. 2449 c.c. era approdata senza eccessive incertezze a risultati ermeneutici del tutto sovrapponibili al nuovo testo dell'art. 2486 c.c., ma il mutamento lessicale è significativo di un cambiamento di prospettiva nel sistema che non può essere più obliterato.

La gestione infatti non è più vista dal Legislatore da tempo come una mera serie di atti: essa è un'attività dinamica, che non si risolve nella sommatoria dei suoi prodotti negoziali; è inoltre un'attività che si muove entro una cornice funzionale che nelle fasi di vita "ordinaria" della società è determinata con la massima libertà dagli amministratori, attraverso il processo di pianificazione strategica ⁽⁸⁾, senza il quale l'organizzazione non può essere considerata "adeguata" (arg. ex art. 2381 c.c.).

Quando tuttavia la prospettiva di continuità gestionale (*going concern*) svanisce, a causa della perdita del capitale sociale e/o dell'insorgere dell'insolvenza, quella cornice funzionale muta necessariamente: gli

⁽⁷⁾ Cfr. sul tema di recente R. Rordorf, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Società*, 2009, pp. 277 ss.

⁽⁸⁾ Sia consentito, per un tentativo di far convergere il concetto di pianificazione strategica con la nozione giuridica di impresa, il rinvio al mio *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo: appunti sulla pianificazione strategica d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, pp. 657 ss.

amministratori non sono più liberi di determinare liberamente gli obiettivi da conseguire, nell'ottica del perseguimento del profitto: essi debbono gestire l'immediato in modo da conservare le virtualità del patrimonio aziendale nell'ottica della futura liquidazione, al contempo compiendo i passi necessari al fine di porre la società in stato di liquidazione, oppure, se la situazione è talmente grave da rendere impossibile una liquidazione "controllata" degli *assets*, instare direttamente per il fallimento.

Essi, in sostanza, anche se non sono ancora chiamati a determinare le linee programmatiche del futuro procedimento di liquidazione, le quali spettano all'assemblea e poi ai liquidatori (art. 2490 c.c.), tuttavia debbono tenere conto delle possibili alternative disponibili all'organo di liquidazione, ed adottare per il momento soltanto scelte gestionali che non compromettano l'espletamento di tale attività liquidatoria.

Questo è il senso dell'art. 2486 c.c.

Fra tali alternative "futuribili", si colloca adesso anche la possibilità dell'espletamento di un accordo di ristrutturazione dei debiti, intermediato o meno dall'art. 182*bis* l.f., o di una proposta di concordato preventivo, ciò che fra l'altro non richiede espressamente la formalizzazione del procedimento di liquidazione, espletamento che a date condizioni, quando esso si riveli chiaramente più favorevole alle ragioni dei creditori, potrebbe altresì ritenersi doveroso⁽⁹⁾.

Se non è concretamente e razionalmente prevedibile la possibilità di concludere in modo fisiologico un procedimento di liquidazione, anche se del caso mediante la negoziazione di accordi "a stralcio" con i principali creditori, gli amministratori invece debbono instare direttamente per il fallimento della società⁽¹⁰⁾.

Si vede bene dunque come la gestione degli amministratori della società in condizioni di perdita del capitale debba caratterizzarsi per il suo carattere dinamico, ossia per la sua capacità di proiettarsi in uno scenario futuro anch'esso "pianificato", e non per il compimento di singoli atti che

⁽⁹⁾ Cfr. per alcune riflessioni su questo tema L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2006, *passim*.

⁽¹⁰⁾ Circa l'obbligo di instare per il fallimento, ove il dissesto sia irreversibile, Cass., 27 febbraio 2002, n. 2906, in *Fallimento*, 2003, p. 366. Al riguardo, non sembrano di secondaria importanza i principi contenuti nel Documento CNDC n. 570 sulla "continuità aziendale" (debitore in gran parte dello IAS emanato in tema di *going concern*), su cui v. anche il Documento Banca d'Italia/Consob/Isvap n. 2 del 6 febbraio 2009. Cfr. ancora, a livello internazionale, il documento IAASB "Audit considerations in respect of going concern in the current economic environment", del gennaio 2009; nonché il documento FRC "An update for directors of listed companies: going concern and liquidity risk", del novembre 2008. I principi contenuti nelle *leges artis* del settore sono tuttavia purtroppo assai negletti dai giuristi, e quasi ignorati dalla esperienza giudiziaria.

possono o meno essere considerati “dannosi” o “vantaggiosi”.

E’ proprio il “saldo” di quell’attività, espresso dalla sua capacità di conservare *ex art.* 2486 c.c. il “valore” dell’azienda, a determinarne allora il carattere giuridico o piuttosto antiggiuridico. E la prospettiva dei netti patrimoniali di periodo si rivela pertanto non già eterogenea, bensì armonica rispetto alla cornice funzionale ove gli amministratori sono chiamati a muoversi, dopo aver riscontrato che non vi sono perduranti prospettive di continuità aziendale.

Nessun atto di gestione, infatti, può ritenersi in sé e per sé “conservativo” oppure no, senza collocarlo all’interno del “progetto” che gli amministratori hanno predisposto, progetto ovviamente compatibile con le direttive funzionali imposte dall’art. 2486 c.c.

Nella stragrandissima maggioranza delle fattispecie tale “supplemento” di programmazione difetta radicalmente, poiché il *management* rifiuta di adattare il proprio operato alle mutate condizioni patrimoniali della società, che anzi occulta, al fine di nascondere le conseguenze del proprio operato.

Le linee pianificatorie, quindi, continuano ad essere quelle originariamente prefissate, secondo la ormai inattuale prospettiva di continuità aziendale, all’interno di un *business plan* che è ormai divenuto, od è in realtà sempre stato, irrealizzabile.

In queste condizioni, non vi può essere percezione di atti che siano “conservativi”, da discriminare rispetto a quelli invece riconoscibilmente non conservativi, sì da non imputarne le conseguenze agli amministratori.

L’onere della prova della Curatela pertanto sarà limitato alla dimostrazione che tali atti sono conformi rispetto ad una pianificazione ormai “abrogata” dal sopravvenire della condizione di *deficit* patrimoniale. In sostanza, che l’attività di impresa è proseguita secondo linee direttrici ormai eccentriche rispetto a quelle imposte dalla legge (art. 2486 c.c.).

Questa è la condizione tipica che si verifica quando l’attività di impresa viene proseguita, nonostante la perdita del capitale sociale, ed i processi produttivi continuano come se nulla fosse.

Semmai, sarà onere degli amministrativi quello di dimostrare quali diversi scenari essi abbiano considerato, e perché essi hanno ritenuto di proseguire l’attività produttiva, ad es. rinvenendo idonee prospettive di cessione del compendio aziendale in funzionamento e come aggregato (così da salvaguardare la dimensione del “valore” complessivo, in una prospettiva compatibile con l’art. 2486 c.c., e conforme alla vocazione ad es. dell’istituto fallimentare dell’esercizio provvisorio), oppure perseguendo le linee di un

accordo di ristrutturazione, anche al limite stragiudiziale, che si presentasse come idoneo e razionale (benché poi rivelatosi inefficace), sicché anche l'adozione del comportamento alternativo corretto non avrebbe potuto provocare un danno minore al patrimonio sociale.

E' il principio di contiguità o di vicinanza alla prova, del resto, che consiglia di addossare al *management* convenuto in giudizio, e non già alla Curatela, tale onere probatorio.

E' inutile sottolineare che il protrarsi nel tempo, in modo significativo, della condizione di perdita del capitale sociale, senza adozione di qualsivoglia iniziativa, prima fra tutte in termini di "soluzione di continuità" rispetto al passato sul piano programmatico, costituirà il più delle volte un solido indizio al fine di censurare il comportamento degli amministratori sul piano dell'art. 2486 c.c.; ancora una volta sul piano dell'attività complessivamente osservata, e non già del singolo atto.

Più semplice sarà sindacare la cessione di *assets* strategici, idonea a realizzare ricavi straordinari extracaratteristici, ove l'impiego del ricavato al fine di finanziare la gestione corrente rivelerà l'intenzione reale degli amministratori di "fare cassa", e così consentirà di stigmatizzare la condotta, eccentrica rispetto a qualsiasi logica pianificatoria ormai accettabile.

3. L'equivocità del riferimento all'atto.

La prospettiva che si colloca al livello del singolo atto di gestione non è soltanto *mistificante*, è anche *errata*, proprio dal punto di vista dell'accertamento del danno complessivamente subito dal patrimonio sociale.

L'azienda, secondo le riflessioni economiche di matrice zappiana, è infatti un *sistema* complesso ⁽¹¹⁾, ove le componenti del sistema presentano elevate interrelazioni reciproche, che non possono essere semplicemente recise in fase di stima del danno. Si tratta di una notomizzazione della realtà contrastante con l'essenza stessa del fenomeno che si indaga, e dunque priva di qualsiasi validità scientifica.

Da un lato la considerazione dei singoli atti graverebbe la Curatela di un onere probatorio impossibile, proprio nei casi più complessi ove la protrazione dell'attività provoca i danni più ingenti, se l'attività proseguita è di natura complessa, con flussi ingenti ed un numero imponente di atti di

⁽¹¹⁾ Cfr. A. Tommasetti, *I soggetti ed il concetto di azienda*, in *Azienda. Contributi per un rinnovato concetto generale*, a cura di E. Viganò, Padova, 2000, pp. 445 ss.

output.

Se può sembrare semplice accedere al livello del singolo atto quando l'attività osservata ha durata limitata nel tempo, i processi economici più dinamici sono ormai interrotti, sicché gli atti sottoposti ad osservazione constano di poche decine di unità, evincibili da un libro giornale ormai "deserto", praticamente impossibile è l'onere di allegazione e di prova della Curatela se l'attività caratteristica prosegue, e gli atti di gestione da osservare sono migliaia o decine di migliaia.

In tali condizioni, adottare un criterio di indagine volto a mettere a fuoco il singolo atto equivarrebbe a sottrarre a responsabilità proprio gli amministratori responsabili di danni gravissimi, laddove l'ordinamento arriverebbe a sanzionare soltanto i casi- limite relativi alle distrazioni prefallimentari, che non sono nemmeno i più frequenti.

Non ritengo tuttavia che in questo modo si possano fornire risposte adeguate alle istanze provenienti da un sistema economico caratterizzato da gravi turbolenze e da un situazione di conflitto di interessi "diffuso", non a caso definito "epidemico" ⁽¹²⁾.

La situazione della società in condizioni di patrimonio netto negativo è infatti notoriamente caratterizzata dall'elevato azzardo morale che sottosta ai comportamenti dei *managers*, i quali sono fiduciari dei soci, portatori del capitale di comando ⁽¹³⁾, e dunque di un investimento ormai svalorizzato, ed hanno dunque, in assenza di un meccanismo sanzionatorio efficace, i peggiori incentivi ad esternalizzare gli effetti dell'incapienza e dell'insolvenza sui creditori.

"Abbassare la guardia", soprattutto in situazioni di crisi diffusa, può essere assai pericoloso, perché conduce a deresponsabilizzare i comportamenti, ed incentiva pertanto le condotte caratterizzate dal "cedimento" all'azzardo morale.

Ciò non vuol dire che si debba imputare agli amministratori la conseguenza integrale del fallimento, in termini di differenza fra attivo e passivo fallimentari (l'*action en comblement du passif* nota al diritto francese come strumento di sanzione per il *dirigeant* infedele); ma risulta altresì essenziale che *tutto* il danno provocato dal *management* che ignori la situazione di insolvenza e/o di incapienza patrimoniale, e prosegua l'attività imprenditoriale conseguendo gravi perdite, sia risarcito da chi lo ha

⁽¹²⁾ Cfr. G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, *passim*.

⁽¹³⁾ Non a caso nel mondo anglosassone l'incapienza patrimoniale fa sì che i *fiduciary duties* degli amministratori vengano reindirizzati a vantaggio dei creditori, come se gli stessi divenissero dei *trustees*.

provocato.

Dunque il rimprovero che viene mosso al *management* nelle situazioni di perdita del capitale sociale, in condizioni che non consentono di prevedere plausibilmente una ristrutturazione efficace, non è quello di aver posto in essere atti di gestione forieri di risultati negativi, bensì di aver protratto l'attività imprenditoriale in una condizione tale per cui essa "brucia cassa" ⁽¹⁴⁾.

La prospettiva di indagine che si collochi al livello del singolo atto di gestione è poi anche errata, e priva di validità scientifica.

L'attenzione infatti viene tributata alle conseguenze dannose o vantaggiose del singolo atto, ossia al saldo fra i ricavi ed i costi direttamente imputabili allo stesso.

Ma proprio qui si rivela la insufficienza del criterio, e soprattutto la sua incapacità di catturare gli importanti nessi ed interrelazioni fra le singole componenti del sistema aziendale.

La valutazione dei costi relativi alla singola operazione infatti fa riferimento al costo industriale direttamente riferibile all'*output* specifico prodotto, ma difficilmente questo può esaurire il tema di indagine.

Soprattutto nei casi in cui l'attività produttiva prosegue nonostante la situazione di *deficit* patrimoniale, infatti, il finanziamento del processo produttivo assorbe risorse estratte dall'attivo liquido, depotenziando la struttura finanziaria dell'impresa, e rendendo più costosa e difficile qualsiasi forma di investimento che possa assicurare redditività per il futuro.

Inoltre il livello di produzione influisce sui costi complessivi dell'impresa in modo non lineare, ma solitamente regressivo: pertanto solo ingenuamente si può pensare di poter individuare, in modo algebrico, quale sia il costo industriale relativo alla creazione di un singolo prodotto: in realtà lo stesso è il risultato di un'operazione molto più complessa, che presuppone ancora la valutazione dell'intera formula imprenditoriale.

Ancora, vi sono costi legati alla continuazione dell'attività che non sono direttamente imputabili alla singola operazione, ma che purtuttavia deteriorano anche gravemente il patrimonio sociale: si pensi alle spese generali, che non sono facilmente imputabili allo specifico atto di gestione, in particolare gli oneri finanziari.

Questi ultimi sono tipicamente soggetti a rapido incremento quando

⁽¹⁴⁾ Spesso infatti i creditori, disillusi dalle proposte di moratoria ed oramai consapevoli della sussistenza di uno stato di insolvenza irreversibile, agiscono giudizialmente aggravando ulteriormente il dissesto con maggiori oneri finanziari e vantaggi preferenziali.

l'attività prosegue nonostante il dissesto in atto: l'impresa infatti è costretta a ricorrere all'indebitamento a breve al fine di finanziare i flussi di cassa in uscita per i quali non ha liquidità, ma il deterioramento del suo *rating* creditizio rende la provvista sempre più onerosa.

Dunque l'impresa dissestata "distrugge valore", esattamente all'opposto di come una impresa efficiente "crea valore"; essa deteriora la propria redditività al fine di finanziare la gestione di tesoreria a fronte di un *cash flow* sempre decrescente, perché essa "brucia cassa", invece di generarne.

Al contempo aumenta il proprio indebitamento, così rendendo progressivamente sempre più difficile e costosa la propria ristrutturazione economica e finanziaria, con una massiccia esternalizzazione delle conseguenze pregiudizievoli a discapito dei propri creditori.

Questa situazione è di per sé foriera di danno, di danno risarcibile, e si tratta di un danno che non può essere agevolmente ricondotto al livello delle singole operazioni poste in essere dal *management* dopo aver maturato la consapevolezza del *deficit* patrimoniale.

Si pensi al caso limite in cui l'attività caratteristica prosegue, i prezzi siano teoricamente remunerativi rispetto al costo industriale dei prodotti, eppure la continuazione cagiona ingenti danni al patrimonio, a causa dell'incremento fuori controllo degli oneri finanziari, e della ostinata implementazione di un piano di investimenti ormai impossibile.

Soprattutto, l'idea per cui ad una operazione possono ricondursi effetti negativi come positivi, omette di considerare che il confronto fra i livelli del patrimonio netto in due momenti storici diversi sconta già l'incidenza dei risultati positivi della gestione: il patrimonio netto è infatti già di per sé il risultato di una differenza, fra attivo e passivo sociali.

Non a caso nelle negoziazioni azionarie si fa spesso riferimento, al fine di regolamentare i meccanismi di aggiustamento *post closing* del prezzo di cessione, conseguenti all'accertamento successivo di minusvalenze o sopravvenienze passive, proprio al livello del patrimonio netto, che sconta anche gli effetti delle plusvalenze e delle sopravvenienze attive, consegnando alle parti un "saldo netto" espressivo delle reali differenze di *valore*.

4. Il nesso di causalità fra danno e condotta.

Sul piano della causalità giuridica poi è più che evidente che i danni

risarcibili sono tali solo in quanto siano “*conseguenza immediata e diretta*” ex art. 1223 c.c. della condotta antiggiuridica.

Ma la dottrina della causalità giuridica è solita imputare la responsabilità allorché il danno sia conseguenza statisticamente prevedibile della condotta illecita.

E non occorrono particolari approfondimenti extragiuridici per affermare che qualora una società presenti una situazione di illiquidità, praticamente sempre integrata in condizioni di *deficit* patrimoniale, la prosecuzione dell’attività imprenditoriale produce prevedibilmente un deterioramento del patrimonio, con progressione più che lineare.

Tale inferenza, sul piano del danno- evento, dovrebbe essere quasi sempre più che sufficiente.

Dovrebbe semmai essere il convenuto in giudizio a dimostrare che nel caso concreto l’astensione dal comportamento doveroso non ha provocato un danno, oppure che non tutta la diminuzione patrimoniale naturalisticamente conseguita alla prosecuzione dell’attività è imputabile alla propria responsabilità, posto che essa è stata causata da cause esogene, e comunque si sarebbe verificata egualmente in caso di adozione del comportamento alternativo corretto.

D’altro canto il risarcimento del danno subito dall’impresa, proprio per le caratteristiche dinamiche che contraddistinguono tale attività, i cui risultati interagiscono con una congerie virtualmente illimitata di fattori concausali, taluni endogeni, molti altri esogeni (non ultimi quelli ambientali), costituisce un banco di prova caratteristico non soltanto per il diritto societario.

Sono note al riguardo le analoghe difficoltà che guidano il Giudice nella valutazione del danno da contraffazione nel diritto industriale: la moltitudine degli antecedenti che possono inserirsi con un ruolo eziologico non irrilevante nella seriazione causale che conduce al danno costringe anche qui a selezionare i criteri valutativi in modo da semplificare il ragionamento, e da pervenire a risultati scientificamente accettabili, ma anche efficaci dal punto di vista empirico.

E se è evidente che la diminuzione di fatturato subita dalla vittima della contraffazione costituisce solo una base di partenza, dovendosi depurare la stessa dai costi imputabili al prodotto contraffatto, al fine di individuare la perdita di profitto, è a tutti ben noto che la contrazione dei volumi di vendita può dipendere anche da molti altri fattori, endogeno od esogeni, congiunturali o relativi al mercato specifico di riferimento.

Ma il Giudice è comunque chiamato ad esprimersi in ordine al *quantum* risarcitorio sulla base di criteri “efficienti”, fra i quali il profitto

subito dal danneggiante, nonché l'astrazione del costo sul mercato di una licenza avente ad oggetto il diritto di proprietà industriale leso, hanno costituito prima un criterio empirico di matrice giurisprudenziale, e poi un metodo accettato ed anzi imposto dal Legislatore (art. 125 cod. p.i.).

Quando è provata la violazione, dunque, è ben possibile, ed anzi doveroso ricorrere a meccanismi presuntivi ed a semplificazioni concettuali⁽¹⁵⁾, che trovano ampia copertura nell'art. 1226 c.c.⁽¹⁶⁾, al fine di liquidare il danno, potendosi considerare onerato semmai il danneggiante, senz'altro più "vicino" alle fonti di conoscenza, di dimostrare che il pregiudizio concretamente cagionato sia inferiore a quello "presunto".

Una semplificazione basata sul principio di "prossimità" del componente dell'organo sociale alla prova, d'altro canto, è l'utilizzo perdurante del criterio del *deficit* fallimentare, nel caso in cui le scritture contabili non siano state tenute, oppure lo siano stato in modo tale da non consentire di ricostruire la dinamica dei fatti di gestione⁽¹⁷⁾.

Ma anche quando ciò non sia predicabile, non si può omettere di considerare che l'ex amministratore, ed in misura minore anche il sindaco, sono soggetti in favore dei quali opera una decisa asimmetria informativa, rispetto alla conoscenza delle vicende sociali, che non può non trovare rimedio, sul piano processuale, mediante l'impiego di criteri presuntivi e di selettivi circa l'*onus probandi*.

⁽¹⁵⁾ *Contra*, ritenendo che il meccanismo inferenziale tipico delle presunzioni possa attagliarsi a fatti, non al nesso di causalità, ma a mio avviso sovrapponendo danno- evento e danno- conseguenze, S. Patti, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 601 ss.

⁽¹⁶⁾ Peraltro sarà anche vero che l'equità "correttiva" di cui all'art. 1226 c.c. non attiene anche alla prova dell'an del danno risarcibile (Cass., 7 giugno 2007, n. 13288), ma ciò vuol dire soltanto che l'equità non può concernere l'accertamento del danno- evento, ma solo il danno- conseguenze, laddove nel nostro caso il danno – evento è costituito in realtà dal deterioramento patrimoniale conseguito alla continuazione dell'attività, laddove le conseguenze risarcitorie, appunto, possono essere regolate dal Giudice ricorrendo all'art. 1226 c.c.

⁽¹⁷⁾ Poco chiaro peraltro è a quale livello in concreto la confusione amministrativa debba aver reso "impossibile" la ricostruzione delle vicende societarie: la S.C. si limita a considerare la materia come questione di fatto, non sindacabile nel giudizio di legittimità, pur richiamando il Giudice di merito all'obbligo di motivare in modo analitico sul punto: cfr. Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 1637; nella giurisprudenza di merito Trib. Treviso, 29 ottobre 2009, e Trib. Bologna, 22 maggio 2007, entrambe in www.ilcaso.it. Ancor più ambigua sembra l'altra direttiva, circa l'utilizzo del canone del deficit quando gli amministratori abbiano cagionato il dissesto sociale ed il conseguente fallimento (Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, cit.).

5. Il funzionamento concreto del criterio dei netti: alcune utili *proxy*.

Sarà anche per questi motivi che la prospettiva dei netti patrimoniali di periodo, nei tempi recenti, appare tutt'altro che in crisi, e registra in realtà ampie adesioni nella giurisprudenza di merito ⁽¹⁸⁾.

L'affermazione, spesso contenuta negli atti giudiziari, per cui sarebbe onere della Curatela allegare e provare i singoli atti di gestione concretizzanti operazioni “nuove” *ex art. 2449 c.c.* o non “conservative” *ex art. 2486 c.c.*, non sembra invece trovare esplicitamente sede in alcuna decisione di legittimità.

Non in Cass., n. 17033/2008 ⁽¹⁹⁾, pur spesso citata, la quale non sembra voler contrastare l'utilizzabilità del criterio dei netti patrimoniali, pur sforzandosi di esercitare una serrata critica circa alcune disfunzioni, legate all'automatismo del suo impiego in certe prassi giudiziarie. Ma nemmeno, parrebbe, nelle pronunzie coeve e successive della S.C. ⁽²⁰⁾

L'attenzione della giurisprudenza appare piuttosto proiettata, negli ultimi anni, verso il tentativo di raffinare e perfezionare il criterio dei netti, tentando di depurarne il funzionamento da talune possibili storture che un'applicazione “meccanica” può provocare.

Il limite più evidente di tale metodologia consiste senz'altro nell'esigenza di far riferimento ad una situazione patrimoniale specifica, redatta alla data rilevante, al fine di determinare il patrimonio netto di riferimento; purtroppo però non è affatto facile, dopo il fallimento, e sulla base della documentazione amministrativa disponibile, predisporre una situazione patrimoniale straordinaria con chiusura ad una data prescelta. Ciò costringe quasi sempre ad avvalersi di approssimazioni al limite dell'accettabile, utilizzando i bilanci di esercizio, previamente riclassificati, oppure eventuali bilanci di verifica straordinari che siano reperiti nelle carte della società, presumendo che il saldo dagli stessi espresso, sia pur rapportato ad un momento non coincidente con quello oggetto d'indagine, sia

⁽¹⁸⁾ V. App. Torino, 12 gennaio 2009 (Est. Patti), in *Fallimento*, 2010, p. 35; Trib. Milano, 3 febbraio 2010, RE.TEL., inedita; Trib. Padova, 24 giugno 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 729, con nota adesiva di C. Proto, la quale a dispetto della massima pubblicata addebita agli organi sociali addirittura l'incremento del passivo; quanto alla giurisprudenza di legittimità v. Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538; Id., 19 ottobre 2008, n. 10350

⁽¹⁹⁾ Cass., 23 maggio 2008, n. 17033, in *Fallimento*, 2009, p. 565, con nota di G.M. Zamperetti peraltro, ci parrebbe, sostanzialmente conforme a quanto qui da noi sostenuto.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 29 ottobre 2008, n. 25977, la quale tuttavia onera la Curatela di dimostrare il carattere di “novità” delle operazioni successiva alla conseguita perdita del capitale sociale; Id., 5 dicembre 2008, n. 28819; Id., 18 agosto 2009, n. 18231.

sufficientemente prossimo a quest'ultimo.

Ma la stessa "utilizzazione" di tali bilanci "precostituiti" incontra limiti vistosi.

Si è così giustamente osservato che il patrimonio netto deriva dalla considerazione di un attivo composto di cespiti che tuttavia, anche qualora l'attività d'impresa fosse interrotta, subirebbero drastiche svalutazioni⁽²¹⁾.

Le situazioni contabili alla data del fallimento, invece, o comunque le stime dell'attivo realizzato e/o realizzabile, scontano tipicamente tali brusche riduzioni di valore.

Dunque i due netti patrimoniali pn_1 e pn_2 , che "marcano" rispettivamente il sorgere del dovere di attivarsi per gli organi sociali, e la cessazione dalla carica degli stessi, possono spesso essere eterogenei, e non direttamente comparabili.

Questo accade ovviamente perché le appostazioni contenute in un bilancio non esprimono un valore "assoluto", ma relativo alla finalità per cui è redatto il documento, che per il bilancio di esercizio è appunto la prospettiva di continuità gestionale che in realtà è in tesi ormai persa.

Ciò è vero soprattutto per le poste immateriali dell'attivo immobilizzato (come per le partecipazioni costituenti immobilizzazioni), condizione per l'iscrizione dei quali all'attivo è proprio la generazione di flussi prospettici, ma non sempre, e non soltanto.

Vi sono poi anche poste del passivo il cui incremento il comportamento alternativo corretto potrebbe non consentire di attenuare: il discorso impatta soprattutto sugli interessi e sugli altri oneri finanziari (come i canoni di *leasing*, o i corrispettivi legati ai contratti derivati, venuti tristemente alla ribalta negli ultimi anni, e quasi onnipresenti nei bilanci delle società decotte, per ragioni facilmente intuibili), il cui decorrere non sarebbe arrestato dalla liquidazione societaria, e dunque non potrebbe essere imputato agli amministratori.

Quest'ultima ipotesi tuttavia può facilmente celare una ulteriore mistificazione: da un lato l'anticipazione del momento liquidatorio consentirebbe di arrestare prima il decorso degli interessi; dall'altro se la società è insolvente, e non sussistono plausibili soluzioni "alternative" di tipo ristrutturatorio, gli amministratori (ed i sindaci) hanno l'obbligo legale non già di porre in liquidazione la società, quanto di instare per il fallimento, che provoca invece la tendenziale sospensione di quel decorso (art. 55 l.f., con le

⁽²¹⁾ Così Cass., n. 17033/2008, cit.; App. Bologna, 21 marzo 2007 (Est. Drudi), in www.giuremilia.it

eccezioni di cui all'art. 54). E molto spesso l'insorgere dello stato di insolvenza anticipa e precede la vera e propria perdita del capitale sociale.

Inoltre, il deterioramento della situazione economica e finanziaria dell'impresa in crisi, connessa all'esigenza di reperire fonti di finanziamento inevitabilmente più "costose", genera come si è visto sopra quasi sempre un aumento degli oneri finanziari nel tempo, che è direttamente provocato dalla prosecuzione dell'attività di impresa; tale differenziale non può non essere imputato agli amministratori.

Spesso tuttavia il dato (evincibile in teoria dal conto economico del bilancio di esercizio) è inquinato dalle politiche di "rientro" delle banche, le quali conducono ad un apparente miglioramento del peso degli oneri finanziari, che tuttavia non è tale in concreto, perché queste "politiche" hanno ormai distrutto ogni residuo potenziale economico e reddituale dell'impresa.

Più semplice è talvolta la valutazione dei costi fissi legati alla gestione del personale, e quindi agli oneri retributivi e previdenziali, i quali in condizioni di arresto dell'attività imprenditoriale (se gli amministratori utilizzano i rimedi dati dagli ammortizzatori sociali e dalle procedure di licenziamento) non graverebbero sul patrimonio sociale, così come taluni oneri fiscali.

Il carattere apparentemente "meccanico" e così insoddisfacente della metodologia in discussione può del resto essere efficacemente corretto dal Giudice, il quale può adottare ad es. degli "adeguati correttivi percentuali" che mitighino la apparente rozzezza insita nell'imputazione ai convenuti dell'intera differenza fra i saldi patrimoniali di periodo ⁽²²⁾.

E proprio la dimensione degli interessi, apprezzati nella loro interezza esercizio per esercizio, dopo che la società è divenuta insolvente, o comunque nel differenziale rispetto all'ultimo esercizio prima che il patrimonio netto sia divenuto negativo, insieme agli altri "costi fissi" (relativi al personale), può costituire una buona *proxy* per valutare l'esattezza del criterio, pur non potendosi ovviamente gli stessi sommare alla differenza fra i patrimoni netti nel periodo di riferimento (ossia fra t_1 e t_2): semmai tali costi consentono di misurare il danno "minimo" sicuramente provocato dalla protrazione dell'attività, così fornendo la prima cifra di una "forbice" che aumenta, piuttosto che ridurre, la attendibilità scientifica del criterio, rendendolo *verificabile*.

I "costi fissi", unitamente alle eventuali somme certamente distratte,

⁽²²⁾ Cfr. in tal senso l'ottima e perspicua Trib. Bologna, 30 marzo 2004 (Est. Florini), Fall. Cartiere Zaniboni, in www.giuremilia.it.

possono allora costituire per la Curatela un buon banco di prova, mediante i quali valutare la “tenuta” del risultato ricavato dalla metodica dei netti patrimoniali.

6. Alcune fattispecie “critiche”: le plusvalenze da dismissione di *assets* strategici.

Oltre alla già vista necessità di procedere, nella riclassificazione dei dati contabili disponibili, in modo da tenere conto degli effetti sull’attivo e del passivo della ipotetica liquidazione, la misurazione di pn_1 e pn_2 in t_1 ed in t_2 può scontrarsi con talune circostanze di gestione straordinarie, idonee ad inquinare potenzialmente il risultato finale.

Non di rado ad es. il *management* è indotto, a causa della illiquidità endemica che impedisce di soddisfare le obbligazioni scadute, ad alienare taluni *assets* strategici al fine di “fare cassa”.

Il ricavo straordinario (non di rado classificato erroneamente nella voce “altri ricavi”) così ottenuto, e soprattutto la plusvalenza che è possibile registrare rispetto al valore dell’immobilizzazione appostata all’attivo dello stato patrimoniale, può così condurre ad un innalzamento del patrimonio netto che in t_2 rende la situazione apparentemente migliore di quanto essa non fosse in t_1 , oppure la differenza fra pn_2 e pn_1 molto meno vistosa di quanto non si potesse supporre “empiricamente”.

Solitamente, in questi casi, il patrimonio netto subisce dopo t_2 un brusco processo di deterioramento, che lo conduce a livelli sempre più negativi, sino poi a quelli della data del fallimento.

Il problema in questi casi è attribuire a ciascun componente degli organi sociali la responsabilità che gli spetta.

I *managers* che hanno governato la società fra t_1 e t_2 non possono infatti andare esenti da responsabilità, nonostante l’apparenza contabile possa deporre in senso diverso.

L’alienazione dell’*asset* strategico, infatti, ha sicuramente depotenziato la residua capacità reddituale dell’impresa, così ponendo le premesse per le gravissime perdite di gestione che seguiranno.

Al contempo, la liquidità conseguita mediante l’alienazione sarà stata “bruciata” in tempi rapidi al fine di estinguere le obbligazioni correnti, senza finanziare alcun processo economico duraturo, né tantomeno nuovi investimenti.

Addossando agli amministratori sopravvenuti a t_2 tutta la diminuzione patrimoniale successiva alla cessione, ed a quelli cessati in tale momento soltanto la diminuzione del patrimonio netto fra t_1 e t_2 , non si consegue certamente un risultato efficiente; soprattutto, si rischia di favorire processi di incentivazione “perversa” nel comportamento del *management* di imprese in condizioni di *financial distress*: essi infatti possono essere indotti ad intraprendere una massiccia politica di dismissione di cespiti strategici, al fine di migliorare le apparenti condizioni economiche della società, prima di “abbandonare la nave” e di consegnarla ai malcapitati (probabilmente poco abbienti ...) che poi fungeranno da “parafulmine”.

Se si riflette un attimo sulle conseguenze dell’azione degli amministratori, si può constatare che la dismissione dell’*asset*, non sostituito da altro attivo immobilizzato, ha fatto sì la Curatela fallimentare non possa liquidare lo stesso, realizzandone il valore.

Al contempo la provvista ottenuta mediante l’alienazione è stata sì utilizzata al fine di estinguere delle passività sociali, così diminuendo l’entità del passivo, ma ciò ha anche determinato l’impossibilità per l’azienda di generare flussi positivi in futuro, ponendo le basi per l’emersione di perdite gestionali che eroderanno presto il patrimonio.

Dunque appare corrispondente al canone della causalità giuridica imputare a tali amministratori la perdita della potenzialità economica insita nell’*asset*, espressa quantomeno dal suo valore realizzabile in una liquidazione della società (e non già dal prezzo di realizzo della sua alienazione, grandezza che semmai può costituire una valida approssimazione), somma che deve essere quindi aggiunta alla differenza fra pn_2 e pn_1 , o se si preferisce sottratta a pn_2 .

Un valido correttivo, atto ad evitare duplicazioni di danno, può in questi casi essere individuato nella contemporanea sottrazione (dal differenziale) dell’importo della plusvalenza realizzata (*c’è à dire*, da sommarsi a pn_2).

Il rimprovero mosso a tali *managers*, del resto, è proprio quello di non avere arrestato l’attività, provocando lo scioglimento e se del caso il fallimento della società, in condizioni di impossibilità di mantenere l’attività in regime di *going concern*.

Se dunque essi ponessero in atto il comportamento alternativo corretto, il valore del patrimonio liquidabile sarebbe stato costituito proprio da quello *ante* cessione, elisi gli effetti incrementativi provocati dalla plusvalenza, laddove l’utilizzo delle risorse liquide al fine di estinguere passività dal punto di vista patrimoniale è come noto neutro.

Anche agli amministratori successivi, d'altro canto, è possibile rimproverare di non aver preso consapevolezza della situazione sociale, arrestando i processi economici in corso e così l'insorgere delle perdite che distruggeranno anche il patrimonio.

Non vi è dunque alcuna duplicazione del risarcimento chiamando a rispondere gli uni e gli altri: a ben vedere l'emersione del danno è solo posticipata rispetto all'uscita di scena degli amministratori in t_2 , ma ciò toglie che il loro comportamento ne sia *la causa*. Si tratta in sostanza di un *danno futuro*, egualmente risarcibile *ex art. 1223 c.c.*, che si realizza per effetto del concorso *ex art. 2055 c.c.* dei primi amministratori e di quelli successivi.

L'operato di questi ultimi potrebbe evitare o elidere la produzione del danno, qualora essi dessero corso al procedimento di liquidazione, oppure la stura al fallimento; ma la loro omissione non può ritenersi causa "unica" né "assorbente" del danno, e semmai nei (soli) rapporti interni le responsabilità andranno divise secondo la note tecnica della graduazione delle colpe.

Anche la condotta dei primi amministratori del resto è antiggiuridica, proprio per il fatto che la dismissione non segue le linee di un piano di ristrutturazione razionale e sostenibile⁽²³⁾: è tale eccentricità rispetto ad un disegno programmatico ragionevole a determinare l'imputabilità giuridica della perdita di quel valore di realizzo.

Se invece il *management* pianificasse la dismissione ed il reinvestimento, almeno parziale, della provvista ricavata nell'acquisto di altri *assets* egualmente strumentali al processo economico, anche al limite ridimensionato, il rimprovero potrebbe essere loro mosso solo se l'orizzonte pianificatorio prescelto fosse manifestamente irrazionale, risolvendosi lo stesso in una "scommessa" che facesse constare il cedimento degli stessi all'"azzardo morale".

E' ancora la prospettiva funzionale e dinamica dell'attività, calata nella cornice della pianificazione strategica, e non dell'atto, a campeggiare ed a guidare l'operatore nel giudizio di responsabilità.

L'unico criterio errato, in questi casi, sarebbe quello, cui pur talvolta si ricorre in via di estrema semplificazione, di addossare già ai primi amministratori l'intero divario fra l'attivo ed il passivo fallimentare; in tal modo tuttavia si imputano a questi anche le conseguenze dell'operato dei successivi *managers*, i quali con la propria omissione hanno senz'altro

⁽²³⁾ Ed anche in tal caso credo che sarebbero di non poco interesse i principi indicati nei Documenti CNDC del 2006 e del 2009, oltre a quelli del Principio Internazionale ISAE 3400. V. anche, diffusamente, P. Riva, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, Milano, 2009, *passim*, spec. pp. 248 ss.

contribuito ad aggravare il dissesto.

7. Segue: le immissioni insufficienti di *equity*.

Un'altra situazione abbastanza ricorrente, che mette a dura prova il criterio dei netti patrimoniali, è quella consistente nella immissione di risorse direttamente nel patrimonio netto sociale (a titolo di aumento di capitale, versamento a fondo perduto, o per qualsiasi altro titolo che non presupponga l'obbligo per la società di restituire la provvista), nel periodo intercorrente fra t_1 e t_2 .

Il risultato è simile a quello appena esaminato: il livello del patrimonio netto infatti aumenta, ed è dunque più alto in t_2 di quanto non sarebbe ove non si verificasse l'immissione.

La differenza risiede nel fatto che dall'attivo del patrimonio sociale non esce nulla, che potesse poi essere liquidato; parallelamente, le risorse liquide versate in società vengono poi utilizzate e "bruciate" al fine di estinguere debiti in scadenza, senza finanziare tipicamente alcun processo economico complesso né investimenti.

Ancora, di differente rispetto al caso delle alienazioni con plusvalenze, qui registriamo che l'immissione di *equity* non segue ad una decisione gestionale degli amministratori. Specularmente però, in assenza del versamento, la perdita di periodo, quella invece sicuramente riferibile all'operato dei *managers*, sarebbe ben superiore.

A prescindere dai profili relativi all'art. 2395 c.c., per la possibile responsabilità in cui gli amministratori possano incorrere verso il soggetto che effettua il versamento, qualora essi lo abbiano in qualche modo richiesto o sollecitato, occultando la reale situazione della società, non mi pare che anche in questo caso il danno ascrivibile ai convenuti possa essere misurato attraverso la mera differenza fra pn_2 e pn_1 (differenza che in taluni casi potrebbe addirittura e paradossalmente condurre ad un risultato negativo ...).

L'intero importo del versamento "a fondo perduto" deve essere sottratto a pn_2 , così da adeguare l'entità del risarcimento alle risorse effettivamente "bruciate" dalla gestione.

Se ad es. pn_1 è pari ad €-100, nel periodo in considerazione interviene un versamento pari ad €500, e pn_2 è alla fine pari a €-200, si vede bene come la perdita di gestione, e così il danno effettivamente cagionato al patrimonio sociale, sia in realtà pari a € 600, non ad € 100, come

sembrerebbe dalla mera somma algebrica di pn_1 e pn_2 .

L'esempio utilizzato semplifica consapevolmente la situazione. Vediamo adesso di complicare un po' la situazione, ed immaginiamo che il t_2 il patrimonio netto sia tornato positivo, e tale da considerare "rientrato" il presupposto di cui all'art. 2447 c.c.

Così, poniamo che pn_1 sia sempre pari a €- 100, che il versamento sia sempre di €500, ma che pn_2 sia in realtà + 200; la perdita di gestione quindi è pari solo ad €200.

Le scienze aziendali, e prima ancora l'esperienza empirica, ci insegnano che se difetta un piano di ristrutturazione idoneo, e se l'immissione di risorse a titolo di *equity* è insufficiente al fine di riequilibrare la situazione dal punto di vista non solo finanziario, ma anche economico-industriale, la condizione di negatività del patrimonio netto si ripresenterà ben presto, perché le diseconomie gestionali eroderanno con rapidità le riserve di liquidità accumulate, annichilendo nuovamente il capitale.

Dunque l'apprezzamento del danno, nelle fattispecie considerate, non può essere compiuta in assoluto: essa è invece, *more solito*, relativa alla valutazione della idoneità del piano industriale e finanziario implementato.

Se tale pianificazione difetta, perché o essa manca (intestardendosi il *management* nel perseguire gli obiettivi di un *business plan* redatto in prospettiva di redditività, ma ormai irrealizzabili), o perché essa è irragionevole (siccome non verificabile sulla base di *standards* razionali), allora l'intera perdita di gestione è imputabile al *management*, quando il *trend* dell'impresa sia successivamente confermato, e la società pervenga poi alla condizione di dissesto irreversibile, ed al fallimento (²⁴).

E questo nonostante in ipotesi avvengano, nel corso del cammino, ulteriori immissioni di capitali a fondo perduto, anche di importo consistente, che tuttavia siano destinati ad essere irrimediabilmente "bruciati" e persi, per effetto della ineliminabile diseconomicità della gestione, fossilizzata su una

²⁴) Si noti come la pianificazione strategica, esattamente come gli atti di gestione, sia sindacabile da parte del Giudice solo per la sua razionalità, ossia per la sua conformità a *standards* razionali di comparazione, senza per questo violare la c.d. *business judgement rule*: d'altro canto l'adozione di scelte gestionali conformi ad un piano ragionevole e coerente si armonizza perfettamente con l'esigenza per gli amministratori di agire sulla base di una "adeguata istruttoria", fissata come regola "aurea" di condotta dalla giurisprudenza più recente. La sussistenza di un'ideale pianificazione strategica si armonizza del resto con la nozione di adeguatezza dei sistemi organizzativi, imposta dagli artt. 2392- 2381- 2403 c.c.: cfr. per tutti V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi 3 e 4, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006; M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo della società di capitali*, Milano, 2006, pp. 85 ss. ; M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, pp. 97 ss., 187 ss., 210 ss.

pianificazione strategica non razionalmente perseguibile.

L'ipotesi può verificarsi anche più volte nel tempo, attraverso diversi esercizi ad andamento "alternò", ove si registrino diversi "picchi" di negatività del patrimonio netto, che siano "corretti" solo temporaneamente da immissioni di risorse a fondo perduto, eppur tuttavia inidonee ad invertire il *trend* negativo, a causa della pervicace ostinazione del *management* nell'implementare un piano industriale ormai palesemente privo di credibilità.

A dispetto delle risultanze "contabili", infatti, *il dissesto è lo stesso*, da un esercizio all'altro, nonostante l'apparente "riequilibrio" dovuto ai provvidenziali versamenti a fondo perduto. Versamenti sulla cui continuità indefinita nel tempo non vi è motivo di confidare, perché anche il più propenso al rischio dei soggetti economici alla fine perderà fiducia nel progetto, e lo abbandonerà come un investimento irrimediabilmente sbagliato.

Qualora all'opposto, ed in ipotesi, rispetto alla nota condizione di partenza pn_2 sia addirittura ancora negativo, e pari ad €-200,00, pur a fronte di una perdita gestionale di € 600, ma il progetto industriale e finanziario sottostante consenta di ipotizzare ragionevolmente la riconquista del *break even* nel medio periodo, e tale risultato sia conseguito ad es. già nell'esercizio successivo (che si chiuda con patrimonio netto positivo e superiore al minimo legale), nulla potrà imputarsi agli amministratori, i quali avranno semmai commesso una violazione formale degli artt. 2484- 2486 c.c., ma senza cagionare danno al patrimonio sociale.

8. Il criterio dei netti al banco di prova dell'azione sociale.

Il criterio dei netti patrimoniali ben si sposa con le azioni di responsabilità nella prospettiva dei creditori sociali: il funzionamento del metodo infatti porta alla comparazione fra valori di patrimonio netto che divengono negativi e diminuiscono velocemente, raggiungendo importi significativi.

Nella proiezione creditoria dell'azione di responsabilità, allora, tanto più il patrimonio della società diminuisce, anche al di sotto dello zero, a parità di attivo, quanto più il danno si aggrava, dato che contemporaneamente si assottiglia il riparto prevedibile in favore dei creditori.

Raramente il criterio viene invece sottoposto a verifica rispetto alle azioni "sociali", ove l'inerenza al modello societario più diffuso del beneficio

della responsabilità limitata fa scorgere con più difficoltà un danno patito dalla società, quando il patrimonio netto ha “sfondato” il muro dello zero ⁽²⁵⁾.

D’altro canto le azioni di responsabilità sono nella quasi totalità dei casi esercitate dalle procedure concorsuali, le quali si trovano a cumulare le azioni sociali e creditorie, traendo particolari benefici, anche probatori, dalla prospettazione dell’iniziativa come strumentale alle ragioni dei creditori.

L’aumento di diffusione dei concordati preventivi tuttavia potrebbe riportare alla ribalta l’azione “sociale” di responsabilità: gli organi di liquidazione concordataria infatti sono considerati legittimati ad esperire l’azione di responsabilità contro gli organi sociali, ma non esistendo una norma che concentri nelle mani di un unico legittimato anche l’azione creditoria, esso si trova in sostanza a disporre della sola variante “sociale”.

L’enfasi posta sul principio di limitazione integrale del rischio sembra riflettere una visione parziale degli interessi che si muovono intorno al fenomeno societario: anche senza sposare la prospettiva *multistakeholders* l’affermazione per cui sarebbe indifferente che il patrimonio netto della società corrisponda a 0 oppure a - €3.000.000,00, suona fallace.

Anche la apparente linearità ed absolutezza della responsabilità limitata si sfalda alla luce delle acquisizioni aziendali: il principio contabile Oic n. 21 sancisce ad es. che la società che ne controlli un’altra non può limitarsi a svalutare a zero il valore della partecipazione in quest’ultima, se decotta, ma deve appostare al passivo un “congruo” fondo, che tende ad eguagliare il livello del patrimonio netto negativo, se essa intende non già semplicemente dismettere la partecipazione, ma piuttosto sostenerla e ristrutturarla nel medio periodo.

Ed infatti per la società non è indifferente che il patrimonio netto sia zero o - € 3.000.000,00: in quest’ultimo caso infatti sarà più difficile e costoso ristrutturare il passivo; ad es. saranno richiesti non già e non soltanto più onerosi sacrifici ai creditori, ma anche più cospicue immissioni di “nuova finanza”, fino al punto di rendere la ristrutturazione impossibile, e necessaria un’attività di mera liquidazione del patrimonio residuo che non lascia alcuna prospettiva di continuità, e dunque disperde completamente l’investimento del soggetto economico.

Tendenzialmente dunque la condotta degli amministratori che provochi la discesa del patrimonio netto a livelli negativi consistenti, causa alla società un pregiudizio stimabile nell’importo che sarebbe necessario reimmettere nel patrimonio sociale al fine di riequilibrarlo, e poi per

⁽²⁵⁾ Per una percezione del fenomeno v. A. Jorio, *Perdita del capitale sociale, responsabilità degli amministratori e par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pp. 175 ss.

conseguire nuovamente il *break even* e la condizione di redditività.

E questo anche se poi sopravvenga il fallimento, evento di per sé inidoneo ad assorbire la concausa del dissesto, ed anzi capace di rivelare la materializzazione definitiva di quel pregiudizio.

Sarà poi onere degli amministratori dimostrare che una efficace ristrutturazione avrebbe richiesto un'immissione di risorse ad un livello inferiore, per effetto della concreta possibilità di raggiungere accordi a stralcio con i creditori, o con la maggioranza di essi (mediante concordato preventivo o accordo di ristrutturazione *ex art. 182bis l.f.*).

9. Conclusioni.

Pertanto il criterio dei netti patrimoniali di periodo è in realtà l'unico dotato di validità scientifica; l'unico *oggettivo*, l'unico applicabile a qualsiasi tipologia di impresa e di insolvenza.

Il differenziale fra i patrimoni netti, dunque, pur con l'adozione dei correttivi e dagli adattamenti necessari a depurare il risultato dalle inevitabili "anomalie", costituisce il punto di partenza imprescindibile per la stima del danno provocato dagli organi sociali in tutte le azioni di responsabilità.

Esso tuttavia è destinato ad interagire, nelle applicazioni pratiche, con la considerazione costante della prospettiva dinamica dell'attività sociale, ed in particolare della sua cornice funzionale tipica costituita dalla pianificazione strategica.