



IRRERA M.

La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi

Studi in onore di Oreste Cagnasso

pp. 1104 € 120,00 isbn 9788892132092

MAURIZIO IRRERA

MAURIZIO IRRERA (Curatore)

INDICE

INTRODUZIONE [XXIII]

PUBBLICAZIONI PRINCIPALI DEL PROF. ORESTE CAGNASSO [XXVII]

UN SALUTO SPECIALE

GASTONE COTTINO [1]

* * * * *

LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA. UN MODELLO “SENZA QUALITÀ”? (UN IDEALE DIALOGO CON ORESTE CAGNASSO)

GIUSEPPE ZANARONE [5]

1. Il codice civile del 1942 [6]. – 2. Il primo cinquantennio di vigenza del codice civile [6]. – 3. Gli anni '90 del secolo scorso e la riforma del 2003 [7]. – 4. La recente stagione dell'emergenza (2012-2017) [8]. – 5. Criticità della tendenza legislativa in atto [10]. – 6. Il diritto applicato [11]. – 7. Conclusioni (anche alla luce delle disposizioni sulla s.r.l. contenute nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) [13].

LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA: IL TIPO E I MODELLI

LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA. UN MODELLO “SENZA QUALITÀ”?

MARIO CAMPOBASSO [19]

1. La s.r.l. un tipo preponderante [19]. – 2. Dolori di crescita [19]. – 3. Le novità del Codice della crisi e dell'insolvenza. Una società affetta da sindrome bipolare? [21] – 4. Necessità di una risistemazione organica della disciplina della s.r.l. [25].

L'AZIONE DEI CREDITORI SOCIALI NELLA S.R.L. DOPO IL CODICE DELLA CRISI

MASSIMO FABIANI

[801]

1. L'art. 2476 c.c. nella riforma societaria del 2003 [801]. – 2. Le prime letture [803]. – 2.1. Gli argomenti normativi spesi per giustificare l'azione dei creditori sociali [811]. – 2.2. Un approccio diverso: la tutela della garanzia patrimoniale e l'eccezionalità della estensione dei patrimoni responsabili [818]. – 3. La soluzione contenuta nel d.lgs. 14 febbraio 2018, n. 14 [821]. – 4. Il valore della nuova norma ai fini dell'applicazione ai casi precedenti [822]. – 5. Le conseguenze per le azioni promosse nel contesto delle procedure di regolazione della crisi di impresa e dell'insolvenza [823]. – 6. Le azioni nella liquidazione giudiziale [824]. – 6.1. Le azioni nel concordato preventivo [833]. – 6.1.1. Rapporti fra azione di responsabilità e concordato preventivo nella legge fallimentare [833]. – 6.1.2. Azione di responsabilità nel concordato e legittimazione [837]. – 6.2. Le azioni nel concordato dopo il CCII [841].

IL “DANNO” EX ART. 2486 C.C. (CON ALCUNE CONSIDERAZIONI IN TEMA DI CONCORDATO PREVENTIVO E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA)

CARLO FELICE GIAMPAOLINO

[845]

1. L'approdo normativo e le sentenze precedenti [845]. – 2. La disposizione [846]. – 3. La responsabilità “accertata” [847]. – 4. La legittimazione sostanziale del socio *ex art.* 2486 e valore anche processuale del comma 1. Inapplicabilità del comma 3 al danno a soggetti diversi dalla società [849]. – 5. I danni ai creditori? Azione *ex art.* 2486 e legittimazione del curatore fallimentare. L'azione di terzi e creditori prima dell'insolvenza. Inutilizzabilità della quantificazione [853]. – 6. La presunzione di danni e la determinazione equitativa [856]. – 7. I costi (e non le spese) della liquidazione [859]. – 8. Il concordato in continuità e l'art. 2486 [861].

IL SISTEMA DEI CONTROLLI NELLA S.R.L. TRA MODIFICHE DEL CODICE CIVILE E CODICE DELLA CRISI: UN REBUS APERTO?

NICCOLÒ ABRIANI

[866]

1. *En attendant* il Codice della crisi e dell'insolvenza: valenza prospettica e raccordo sistematico delle norme entrate in vigore il 16 marzo 2019 [866]. – 2. Le nuove norme in tema di controlli della s.r.l.: un'evoluzione della *governance* o un ritorno al futuro? [867]. – 3. Denuncia di gravi irregolarità e controllo giudiziario [868]. – 4. Le nuove soglie di cui all'art. 2477 c.c. per la nomina dell'organo di controllo o del revisore [870]. – 5. *Segue*: nomina d'ufficio e decorrenza dei nuovi parametri [874]. – 6. *Segue*:

IL “DANNO” EX ART. 2486 C.C. (CON ALCUNE CONSIDERAZIONI IN TEMA DI CONCORDATO PREVENTIVO E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA)

CARLO FELICE GIAMPAOLINO

SOMMARIO: 1. L'approdo normativo e le sentenze precedenti. – 2. La disposizione. – 3. La responsabilità “accertata”. – 4. La legittimazione sostanziale del socio *ex art.* 2486 e valore anche processuale del comma 1. Inapplicabilità del comma 3 al danno a soggetti diversi dalla società. – 5. I danni ai creditori? Azione *ex art.* 2486 e legittimazione del curatore fallimentare. L'azione di terzi e creditori prima dell'insolvenza. Inutilizzabilità della quantificazione. – 6. La presunzione di danni e la determinazione equitativa. – 7. I costi (e non le spese) della liquidazione. – 8. Il concordato in continuità e l'art. 2486.

1. – Nel conflitto tra procedure e amministratori, in un sistema che di fatto non ha deterrenti civilistici per la grande maggioranza degli amministratori coinvolti nelle procedure concorsuali, il legislatore dell'insolvenza introduce una disposizione di diritto concorsuale nella sede dello scioglimento e della liquidazione previste dal codice civile¹.

La disposizione del comma 3 dell'art. 2486 prevede che – ferma la responsabilità per i *danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi* – «quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, *il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto (...) in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione*». Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

L'oggetto del presente lavoro è la verifica dell'ambito di applicazione del comma

¹ Cfr., anche per i numerosi riferimenti, O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 33.

3 dell'art. 2486 c.c. che apparentemente intenderebbe semplificare la quantificazione dei danni derivanti dalla violazione del precetto del comma 1.

Si vedrà che *i*) l'art. 2486, comma 3, c.c. quantifica il solo danno al patrimonio sociale e non è utile per la violazione dei poteri che arreca danni ai creditori, fuori da una procedura concorsuale, ai soci e ai terzi; *ii*) in contrasto con gli sforzi eziologici delle sentenze della S.C. degli ultimi danni, i danni quantificati *ex art.* 2486, comma 3, costituiscono una liquidazione "automatica" del danno al patrimonio sociale (ma non della imputazione della responsabilità), secondo una scelta di politica legislativa di deterrenza, piuttosto che di reintegrazione; *iii*) l'ammontare dei costi (e non delle spese) di liquidazione non si presume e quindi riapre una discrezionale (che può essere equitativa o arbitraria) determinazione degli stessi; *iv*) la presentazione della domanda di concordato in continuità (e non di quello di liquidazione) disapplica, più che sospende, i doveri di gestire *ex art.* 2486, comma 1, c.c., ma al verificarsi della chiusura della procedura diversa dall'omologazione gli atti compiuti rimangono non scrutinabili secondo quei doveri.

2. – La disposizione del comma 3 dell'art. 2486 c.c. (che si innesta sul tronco dell'art. 2486, versione profondamente modificata dell'art. 2449 c.c. del 1942²) recepisce un orientamento della giurisprudenza di merito sulla quantificazione del danno derivante dal mancato rispetto del dovere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, previsto dal comma 1 dell'art. 2486.

La giurisprudenza, con un intento meritevolmente semplificatorio che determina qualche approssimazione, aveva individuato un parametro sostanzialmente equitativo. Per consentire alla curatela fallimentare di recuperare il "danno" corrispondente all'incremento del passivo, si associa sul piano della causalità tale conseguenza dannosa, pari alla differenza, come *normalmente* derivante dal mancato rispetto dei doveri di conservare il patrimonio sociale³.

² Nel vigore dell'art. 2449 c.c. *ante* riforma del diritto societario, si v. per la responsabilità degli amministratori per violazione del divieto di compiere nuove operazioni, Cass. 29 aprile 1986, n. 2970, in *Foro it.*, 1986, I, 2787. Cass. 12 giugno 1997, n. 5275, in *Società*, 1997, 1394, con nota di PATINI, *Condizioni di sussistenza della responsabilità degli amministratori ex art. 2449*, prescindeva dalla circostanza che la causa di scioglimento fosse opponibile ai terzi in conseguenza del compimento delle formalità pubblicitarie, ovvero sia dagli stessi conosciuta. La S.C. aveva ritenuto che detta responsabilità derivasse dalla violazione di uno specifico divieto di legge, e sorgesse indipendentemente dall'attinenza delle nuove operazioni all'oggetto sociale. Parte della dottrina ritiene che essa abbia carattere interno alla società, trovando applicazione, nei rapporti con i terzi, l'art. 1398 c.c. (cfr. R. WEIGMANN, *La liquidazione delle società davanti al giudice del lavoro*, Milano, 1984, 21 ss.) o l'art. 2384-*bis* c.c. (G. FERRI, *Le società*, in *Trattato diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. X, t. 3, Torino, 1985, 909 ss.); in senso contrario appare invece orientata la dottrina prevalente, per la quale cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, Torino, 2015, 542.

³ V. la Relazione illustrativa al d.lgs. 14/2019, sub *art.* 378: «[Il comma 3 dell'art. 2486 cod.

La lettera del comma 3 è, pare, per una parte poco precisa. «Quando è accertata la responsabilità degli amministratori» dovrebbe teoricamente leggersi «quando è accertata la violazione degli obblighi di cui ai precedenti commi» e cioè quando gli amministratori hanno gestito la società non perseguendo i soli fini «della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale». La responsabilità è infatti un effetto di imputazione di un debito risarcitorio che include l'accertamento di un danno e quindi segue la violazione ed il danno, e non precede quest'ultimo⁴.

Si vedrà che è possibile una lettura alternativa per la quale con il richiamo al termine “responsabilità” la disposizione finisce per richiedere, prima dell'applicazione della presunzione per la quantificazione del danno, la prova dell'*an* del danno e del nesso causale, ad evitare che l'automatismo per la quantificazione esoneri dalla prova di altri elementi del giudizio di responsabilità.

3. – Per un altro verso, l'“accertamento” della responsabilità sembra richiedere qualcosa di più di quanto si sarebbe potuto richiedere secondo una lettura formale della stessa decisione della S.C. a SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100 (poi ripresa da sentenze successive).

In effetti, quella sentenza ribadisce l'applicazione alla responsabilità degli amministratori dell'orientamento assunto dalla Suprema Corte in tema di ripartizione dell'onere probatorio in caso di responsabilità contrattuale. Secondo tale orientamento, «il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte ne-

civ.] come richiesto dalla legge delega, introduce un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio. La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare».

⁴Rileva la difficoltà nell'adattare lo schema della responsabilità per l'atto alla prospettiva dell'attività M. CIAN, nel seminario *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, IV, 651 ss., ove osserva che «Se la catena si sviluppa tutta sul piano dell'evento e il suo primo anello (la violazione) ha la sola funzione di giustificare il terzo come strumento di misurazione (il ricorso al criterio differenziale), manca la condotta causante l'evento; se si attribuisce invece al primo anello il compito di rappresentare la condotta imputata e al terzo quello di rappresentare l'evento dedotto, manca il nesso di causalità tra l'una e l'altro. In altre parole, il criterio differenziale è, di per sé, solo un'operazione matematica per determinare il valore di un accadimento dannoso e come tale non può sostituirsi ad uno degli elementi della fattispecie dedotta in giudizio. Il punto focale della questione sta esattamente qui; volendo schematizzare (pur a costo di una palese semplificazione), altro è la fattispecie su cui si fonda il diritto al risarcimento, altro il valore di quest'ultimo: la prima è un accadimento, costruito (l'osservazione è lapalissiana) sul trinomio comportamento imputabile – nesso causale – accadimento patrimonialmente pregiudizievole; il secondo è l'esito di un giudizio, relativo all'ultimo elemento del trinomio, che esso presuppone accertato in ciascuna delle sue (tre) componenti».

goziale o legale del suo diritto, limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento».

Nel contesto dell'art. 2486, c.c., questo orientamento porterebbe all'onere di allegare la violazione dell'obbligo, il quale comunque presuppone la prova della causa di scioglimento, e quindi porterebbe l'attore a disimpegnarsi nell'onere di allegare i fatti costitutivi del proprio diritto in modo relativamente agevole.

In primo luogo, in realtà, anche se sembra discutibile estendere la tesi dell'onere della prova a obbligazioni di *facere* di contenuto generico, come quello di gestire ai soli fini della conservazione dell'integrità o del patrimonio sociale, l'art. 2486, comma 3, c.c. sembra richiedere che l'attore dimostri non solo l'esistenza del rapporto di amministrazione e allegghi in termini generici la violazione dei doveri degli amministratori (in adesione all'orientamento sull'onere probatorio in caso di responsabilità contrattuale).

La disposizione richiede anche che debba essere "accertata la responsabilità", cioè la condotta e la conseguenza patrimoniale negativa per il convenuto che deriva dal comportamento specifico tenuto in violazione.

In altri termini, il riferimento alla "responsabilità" accertata sembra richiamare un giudizio concreto su uno o più fatti storici accertati. Pertanto, si richiede non la generica denuncia di un fenomeno di prolungamento della gestione ma la specifica indicazione di ben individuati comportamenti nei quali gli amministratori hanno travalicato il potere di gestire ai soli fini della conservazione e l'individuazione di una conseguenza patrimoniale negativa.

In secondo luogo, l'"accertamento" della responsabilità – cioè diremmo della violazione commessa con specifici comportamenti – richiede anche una indicazione del danno riconducibile sul piano del nesso causale, nelle sue prospettazioni, ai comportamenti contestati agli amministratori.

Infatti è comprensibile che il criterio presuntivo si applichi alla misurazione delle conseguenze dannose, cioè ai "danni" ovvero al "danno risarcibile" menzionato all'art. 2486, comma 3, c.c. Tuttavia, non vi è presunzione sull'accertamento della responsabilità, che deve quindi comprendere la violazione commessa con lo specifico comportamento, l'evento negativo patrimonialmente valutabile ed il nesso di causalità tra i due. Come intuitivo, il potere di gestire ai soli fini dell'integrità e della conservazione che sia stato travalicato e non abbia prodotto danni rimane una violazione del tutto irrilevante sul piano giuridico (cioè un rischio assunto e non una responsabilità).

In terzo luogo, l'accertamento della responsabilità presuppone la imputazione della condotta al singolo amministratore. Per quanto riguarda i sindaci, gli obblighi di vigilanza sulla gestione e sulle condizioni finanziarie della società determinano verosimilmente un ampliamento della loro responsabilità, sempre a condizione che vi sia un organo di controllo. L'imputazione del danno risarcibile alla responsabilità di ciascuno dei coobbligati solidali dovrebbe rilevare ai fini del riparto inter-

no delle quote, anche se non manca una autorevole pronuncia che attribuisce ai sindaci un ridotto obbligo risarcitorio verso la società⁵.

4. – Occorre ancora chiedersi se sia possibile richiedere lo stesso “danno risarcibile”, presuntivamente corrispondente alla misura del comma 3, per “atti o omissioni” compiuti in violazione del precedente comma che hanno arrecato danni alla società, ai soci, ai creditori sociali e ai terzi.

In termini generali, la violazione determina conseguenze patrimoniali diverse a seconda del soggetto leso. In altri termini, posto che la responsabilità (cioè l'esistenza di un debito tra un soggetto ed un altro) consegue alla condotta ed al danno, e non è il fatto dell'aver tenuto una certa condotta a integrare la responsabilità ma vi è bisogno del creditore e del danno, la disposizione risulta inapplicabile alla fattispecie concreta consistente in violazioni che abbiano arrecato un danno ai soci ed ai terzi.

Se infatti, come parrebbe intuitivo, vi è una corrispondenza tra l'art. 2486 ed il regime delle responsabilità amministrative ex artt. 2393, 2394, 2394-bis e 2395 c.c., il danno a soci e terzi è quello *direttamente* subito dagli stessi, cioè non è intermediato dal danno al patrimonio sociale, quale è quello misurato dal comma 3.

Pertanto, quando definisce il “danno risarcibile” nella differenza tra il patrimonio alla data di cessazione dalla carica (o di liquidazione giudiziale, o fallimento) e quello al verificarsi della causa di scioglimento, la disposizione si riferisce certamente ad una diminuzione nel patrimonio sociale e ad un danno corrispondente alla diminuzione del patrimonio sociale.

Ed allora va notato che quello derivante dalla violazione dell'art. 2486 c.c. non è detto che sia un danno reclamabile dai creditori sociali ex art. 2394 c.c., i quali fino a che il patrimonio è sufficiente non dovrebbero avere titolo. Il verificarsi delle cause di scioglimento (che sono quelle generali dell'art. 2484 c.c.) e la perdita potrebbero non verificarsi necessariamente insieme all'insolvenza o all'insufficienza patrimoniale.

⁵Trib. Milano 31 gennaio 2018, Est. Perozziello, in giurisprudenzadelleimprese.it: «la sopravvenuta riduzione della domanda risarcitoria ad un importo di euro 1 mln fa d'altro canto e in tutta evidenza cadere ogni esigenza di analitico conteggio delle perdite successivamente maturate in capo alla società a fronte di perdite ufficiali dichiarate per oltre 6 mln di euro infine emerse nel bilancio 2010. [...] Sotto diverso e infine assorbente profilo si deve infine osservare che già il solo addebito relativo alla scelta di proseguire l'attività omettendo l'adempimento degli obblighi tributari e previdenziali – omissione non contestata e in alcun modo giustificabile – ha d'altro canto comportato l'addebito alla società (a titolo di interessi e sanzioni) di costi per euro 2,3 mln, quale importo di per sé di gran lunga superiore a quello oggetto della domanda risarcitoria in esame pur a tenere conto della dovuta riduzione pro quota conseguente alla transazioni raggiunte con i membri del Collegio Sindacale (sul presupposto, che appare ovvio, di una preponderante responsabilità degli amministratori rispetto alla concreta gestione della società e così ipotizzando a carico dei sindaci una responsabilità risarcitoria che pare ragionevole commisurare ad un terzo dell'intero)».

Infatti, in primo luogo, la limitazione al potere di gestione intende prevenire un rischio di insufficienza (“conservazione dell’integrità” dice il comma 1 dell’art. 2486 c.c.) ma la sua violazione può arrecare un danno anche ad una società *in bonis* ed è questa perdita quella che dovrebbe essere ristorata, a prescindere dalla insufficienza del patrimonio sociale, dall’art. 2394 c.c. Ciò almeno teoricamente, in quanto la giurisprudenza ha risolto un caso di danno *ex art.* 2486 c.c. maggiore del passivo fallimentare riducendo il risarcimento al passivo⁶ e quindi in sostanza assimilando, per ragioni pratiche, le conseguenze dell’atto (danno) con lo squilibrio dell’attività (passivo fallimentare).

In secondo luogo, va ancora notato che costituisce un difficile esercizio quello di individuare danni ai soci ed ai terzi corrispondenti alla differenza dei patrimoni netti, prevista dal comma 3, e al tempo stesso derivanti dall’aver l’amministratore esorbitato dal potere di gestione funzionale alla conservazione dell’integrità e del valore.

Infatti, se quel potere è limitato alla conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale, sussistono ipotesi nelle quali il patrimonio del socio o del terzo abbiano subito “danno” ma le conseguenze dannose possono non corrispondere alla misura individuata dal comma 3, che cattura una conseguenza dannosa sul patrimonio del debitore e non su quello del singolo socio o terzo.

Rimane da stabilire se vi siano danni (diversi dal netto patrimoniale) subiti dai soci o dai terzi comunque rivendicabili per l’esercizio del potere gestorio non funzionale alla conservazione del patrimonio.

Si tratta – mi pare – di due ipotesi ricostruttive problematiche.

A) La prima è quella per la quale l’art. 2486, comma 1, c.c. non si riferisca solo a danni “diretti”, cioè intendendo che si tratti di danni non qualificati dall’avverbio “direttamente” e si ponga in disarmonia con l’art. 2395 c.c. che invece l’avverbio prevedere. Ciò è giustificato dal diverso contesto per effetto della causa di scioglimento. Di conseguenza, il socio che abbia subito danno alla quota di liquidazione può farlo valere autonomamente.

La disposizione del comma 1 ha quindi anche una *valenza di attribuzione della legittimazione sostanziale (e quindi presuppone la titolarità)*. Essa elimina l’interme-

⁶Trib. Milano 12 giugno 2017, Est. G. V., in *giurisprudenzadelleimprese.it*: «poiché laddove l’addebito generale di prosecuzione illecita dell’attività sociale in stato di scioglimento risulti fondato, anche la porzione di depauperamento del patrimonio stesso specificamente imputabile alle operazioni contestate ne risulta assorbita come il meno nel più, senza che possa ritenersi sussistente un interesse ulteriore dell’attore a sentir comunque accertare le eventuali perdite direttamente conseguenti in via esclusiva agli ulteriori addebiti “specifici” [...] Il danno così provocato al patrimonio della CV in termini di aggravio del passivo e del dissesto appare quindi evidente, ed assorbente di ogni altro e più puntuale pregiudizio; e può esser stimato, in via equitativa, nel differenziale dei netti patrimoniali fra il 31.12.2009 ed il 18.10.2013 (che ammonterebbe a ben € 1.638.426); salvo ridurlo al minor importo del deficit fallimentare risultante dallo stato passivo definitivo, pari ad € 806.210,20».

diazione del patrimonio sociale, che, quando ristorato, ristorerebbe anche la perdita del socio, e prevede che il singolo socio possa far valere il danno dallo stesso subito contro gli amministratori, commisurato alla quota della partecipazione ed alle eventuali perdite ulteriori (ad es. investimenti alternativi che il socio avrebbe potuto effettuare, che non è lo stesso danno pro-quota arrecato al patrimonio sociale)⁷.

Tale ricostruzione è coerente con la liquidazione quale fase di passaggio dal patrimonio sociale al patrimonio individuale e con una sorta di riviviscenza delle situazioni soggettive patrimoniali individuali (in coerenza con l’art. 2437, comma 1, lett. d), c.c., che attribuisce il recesso quale conseguenza della revoca della liquidazione).

B) La seconda ipotesi è quella del “terzo”, del quale la disposizione fa menzione, quale soggetto danneggiato dall’aver operato oltre il potere di gestione ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio, che sia il terzo contraente e non sia creditore della società (separatamente menzionato dall’art. 2486 c.c.). Mentre i casi noti di danni diretti del terzo ex art. 2395 c.c. riguardano illeciti compiuti dall’amministratore la cui condotta appariva in spregio dell’art. 2043 c.c., cioè dotata di una autonoma lesività dell’atto dell’amministratore verso il terzo (l’amministratore che stipulava preliminari in frode al terzo)⁸, l’art. 2486 c.c. elimina il riferimento al danno “direttamente” subito dai terzi.

⁷ Trib. Torino 18 aprile 2016, Est. Ciccarelli, in giurisprudenzadelleimprese.it: «In tema di azioni nei confronti dell’amministratore di società, a norma dell’art. 2395 c.c., il socio (o il terzo) è legittimato, anche dopo il fallimento della società, all’esperimento dell’azione aquiliana per ottenere il risarcimento dei danni subiti nella propria sfera individuale, in conseguenza di atti dolosi o colposi compiuti dall’amministratore, solo se questi siano conseguenza immediata e diretta del comportamento denunciato e non il mero riflesso del pregiudizio che abbia colpito l’ente, ovvero il ceto creditorio per effetto della cattiva gestione [...] (v. Cass., sez. I, 10/04/2014, n. 8458). [...] Viceversa il diritto alla conservazione del patrimonio sociale (art. 2486 c.c.) spetta alla società e non al socio come tale, il quale ha in materia un interesse, la cui eventuale lesione non può concretare quel danno diretto necessario per poter esperire l’azione individuale di responsabilità ex art. 2395 c.c. contro gli amministratori».

⁸ Cfr. Cass. 8 settembre 2015, n. 17794, per la quale «A fronte dell’inadempimento contrattuale di una società di capitali, la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell’altro contraente non deriva automaticamente da tale loro qualità, ma richiede, ai sensi dell’art. 2395 c.c., la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente. Ne consegue che, nel caso di bilancio contenente indicazioni non veritiere, che si assumano avere causato l’affidamento incolpevole del terzo circa la solidità economico-finanziaria della società e la sua decisione di contrattare con essa, il terzo che agisca per il risarcimento del danno avverso l’amministratore che abbia concorso alla formazione del bilancio asseritamente falso ha l’onere di provare non solo tale falsità, ma anche, con qualsiasi mezzo, il nesso causale tra il dato falso e la propria determinazione di concludere il contratto, da cui sia derivato un danno in ragione dell’inadempimento della società alle proprie obbligazioni»; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17110: «Benché l’inadempimento contrattuale della società non implichi, di per sé, responsabilità degli ammini-

Tuttavia, si tratta pur sempre di un danno arrecato al terzo, ad es. una parte contrattuale non creditore o una parte di un futuro contratto che abbia titolo verso la società *ex art. 1337 c.c.*, quale effetto dell'aver compiuto atti non coerenti con la limitazione gestoria astratta dell'*art. 2486 c.c.*

Al riguardo, va preliminarmente osservato che la pretesa risarcitoria del terzo verso l'amministratore che abbia violato il comma 1 non può dipendere dalla mancata imputazione dell'atto alla società. Infatti, non è possibile ritenere che la società non risponda dell'atto (cioè che si tratti di una sorta di atto che esorbita dal potere di rappresentanza in quanto derivante da un limite legale). Salva l'applicazione dell'*art. 1394 c.c.*, la limitazione dell'*art. 2486, comma 1, c.c.*, riguarda la gestione e non la rappresentanza e gli amministratori che agiscono, anche esorbitando dalla funzione di conservazione, sono rappresentanti.

Inoltre, successivamente alla riforma del diritto societario, sembra preferibile ritenere che al verificarsi della causa di scioglimento, diversamente da quanto avveniva nel sistema previgente con la *c.d. operatività di diritto delle cause di scioglimento* e la natura semplicemente dichiarativa degli adempimenti pubblicitari (di cui al vecchio *art. 2449, commi 4 e 5, c.c.*), lo scioglimento prende il suo effetto ai fini della rappresentanza con l'adempimento pubblicitario *ex art. 2487-bis c.c.*⁹.

Pertanto, nel confermare l'imputazione dell'atto alla società, il danno che il terzo (dovendolo distinguere dal creditore) può chiedere all'amministratore è il danno al suo patrimonio conseguente alla condotta dell'amministratore. Si tratta di perdite subite ad esempio per avere lo stesso amministratore ingenerato l'affidamento che la società potesse continuare ad operare ed il terzo abbia sostenuto costi per un contratto, stipulato o prospettato, che costituisca una violazione dell'*art. 2486 c.c.*

stratori nei confronti del contraente, è configurabile il concorso tra l'illecito contrattuale della società e quello extracontrattuale dell'amministratore o di altro soggetto comunque estraneo al rapporto obbligatorio intercorrente tra società e terzo (risultando ormai acquisito il concetto della risarcibilità aquiliana del credito). A tal fine è, tuttavia, necessario che tra l'inadempienza della società ed il comportamento di chi abbia esercitato (anche solo in via di fatto) le funzioni di amministratore di una società ed abbia con lui (a qualsiasi titolo) cooperato esista un nesso di causalità necessaria (nella specie, era stato accertato che la distrazione di somme versate da terzi alla società era stata operata dall'amministratore della stessa con la collaborazione di sua moglie, con incidenza causale sull'inadempienza della società)».

Sostanzialmente schiaccia la fattispecie di cui all'*art. 2395 c.c.* sull'ipotesi che il terzo sia il titolare di un credito che subisce un danno ingiusto da parte di un terzo, rispetto al debitore, la massima del Trib. Verona 19 luglio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 923 (s.m): «l'azione *ex art. 2395 c.c.* è esperibile anche quando il danno lamentato consista nell'impossibilità per il terzo od il socio di recuperare un credito contrattuale nei confronti della società per effetto della condotta dolosa o colposa dell'amministratore, ed anche quando sia contemporaneamente esercitata l'azione contrattuale nei confronti della società, ma ne sia pronosticabile l'esito negativo, come nel caso di insinuazione allo stato passivo del fallimento di una società che non presenti poste attive».

⁹Cfr. per numerosi riferimenti A.D. SCANO, *Dimissioni degli amministratori e successivo scioglimento della società: efficacia e regime pubblicitario*, nota a Trib. Cagliari 31 marzo 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 841.

5. – Si è sinora detto che la “responsabilità” da accertare prima di attivare la presunzione ha essenzialmente la funzione di non consentire all’attore, esonerato dalla prova dell’aver subito un certo danno, di vedersi riconosciuto un risarcimento a prescindere dalla prova degli altri elementi del giudizio di responsabilità, e che l’art. 2486 è inutile rispetto ai danni ai soci ed ai terzi (ma ha la importante funzione di sganciare la legittimazione sostanziale del socio dal danno diretto). Ciò detto, la disposizione del comma 3 intenderebbe semplificare l’accertamento dei danni in un giudizio di responsabilità per non aver rilevato la causa di scioglimento ed aver interrotto l’attività di gestione tipica per attivare la liquidazione.

Questa ispirazione “concorsuale” sembrerebbe coerente con la considerazione per la quale l’obbligo di gestire ai fini della conservazione sarebbe solo formalmente un obbligo autonomo rispetto a quello dettato implicitamente dall’art. 2394 c.c., nei confronti dei creditori sociali, che prevede l’obbligo di conservazione del patrimonio sociale nel contesto dell’azione di responsabilità dei creditori sociali¹⁰.

Infatti, secondo alcuni¹¹, la responsabilità ex art. 2486 c.c. è una mera specificazione di quella ex art. 2394 c.c.

¹⁰In precedenza Cass. 19 settembre 1995, n. 9887, in *Foro it.*, 1996, I, 2873, con nota di G. VIDIRI, *Responsabilità degli amministratori per nuove operazioni e fallimento della società* affermava che l’azione ex art. 2449 c.c. si caratterizza per l’autonomia del *petitum* e della *causa petendi*. Si escludeva che in caso di fallimento essa potesse essere esercitata dal curatore ai sensi dell’art. 146 legge fall. ma si precisava che la violazione del predetto divieto, oltre a dar luogo ad una responsabilità diretta nei confronti dei terzi, può integrare il presupposto delle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.; nel vigore dell’art. 2449 c.c., sui rapporti tra la relativa azione e quelle previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., cfr. Cass. 13 agosto 2004, n. 15770, in *Società*, 2005, 737, con nota di F. GUSO-S. CRIVELLARI, *Responsabilità degli amministratori successiva ad una causa di scioglimento della società*; Cass. 20 giugno 2000, n. 8368, in *Giust. civ.*, 2001, I, 55, con nota di B. IANNIELLO, *Alcune questioni in ambito societario: divieto di nuove operazioni, interposizione fittizia e limiti probatori*.

¹¹P. BALZARINI, *Sub art. 2486 c.c.*, in L.A. BIANCHI-G. STRAMPELLI (a cura di), *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali, artt. 2484-2496 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, vol. X, Milano, 2016, 60: «in buona sostanza riteniamo non si tratti di una “nuova” forma di responsabilità degli amministratori, ma soltanto di “un modo con cui il legislatore ha inteso sinteticamente e globalmente rinviare alle disposizioni” degli artt. 2392 ss. c.c.»; cfr. *ivi*, nt. 41: «Per l’azione di responsabilità promossa dai creditori sociali ai sensi del comma 2 dell’art. 2486 c.c., si può dire che essa rappresenta una specificazione di quella prevista dall’art. 2394 c.c.». R. RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita di capitale*, in *Società*, 2009, 283: «Non vedo la ragione per la quale, in presenza dell’ipotizzata violazione da parte degli amministratori dello specifico dovere di cui si tratta, e dovendo disciplinare il risarcimento dei danni che ne consegue, il legislatore avrebbe approntato un regime ulteriore e differente da quello operante in caso di violazione di qualsiasi altro dovere gravante sugli stessi amministratori e di esercizio delle connesse azioni di responsabilità. [...] Conclusioni, queste, che, sotto il profilo sistematico, appaiono tanto più incongrue ove si rifletta sul fatto che il regime generale di responsabilità (con la disciplina delle conseguenti azioni), che qui si ipotizzerebbe di accantonare, è destinato invece a trovare piena applicazione anche nella fase della liquidazione della società, nei confronti dei liquida-

Tale conclusione sulla sovrapposizione tra 2486 e 2394 c.c. è indubbiamente pratica in quanto non ha senso moltiplicare i titoli di responsabilità in presenza di circostanze concrete che generalmente si presentano insieme. La causa di scioglimento per la impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale o quella per la riduzione del capitale al di sotto del minimo si presentano (anche) quando la società ha patrimonio insufficiente al soddisfacimento dei crediti e quando la società è assoggettata a liquidazione concorsuale (fallimento).

Tuttavia, restano comunque alcune ipotesi non sovrapponibili.

In primo luogo, può darsi il caso della liquidazione giudiziale di una società insolvente ma con capitale e patrimonio sufficienti. Se tipicamente si addebita all'amministratore colpevole di aver protratto lo stato di insolvenza fino al verificarsi dell'insufficienza patrimoniale, non può eliminarsi il caso raro ma non teorico dell'insolvenza senza causa di scioglimento per insufficienza patrimoniale o perdita del capitale (che in ipotesi dia un residuo attivo alla società tornata *in bonis*).

In secondo luogo, almeno fino all'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa, non tutte le ipotesi di scioglimento societario si riferiscono a società assoggettate a liquidazione giudiziale (ora fallimento) e quindi vi sono società sciolte che subiscono la violazione dell'art. 2486, comma 1, ma che non vedranno un organo fallimentare esercitare l'azione di responsabilità *ex art. 2394-bis* c.c.

In terzo luogo, seppure si vuole ritenere che l'art. 2394-*bis* c.c. trasferisca al curatore la possibilità di far valere il danno alla società derivante dalla violazione di legge (quale l'art. 2486, comma 1) e solo a condizione che si tratti di violazioni dell'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale, esso è, come noto, attivabile in caso di insufficienza dello stesso rispetto ai debiti contratti. Vi è sovrapposizione pratica tra la causa di scioglimento per riduzione del capitale reale al di sotto del minimo legale e quindi ben potrà darsi che l'art. 2486, l'art. 2394 e l'art. 2394-*bis*, c.c. siano invocati per lo stesso fatto storico (prosecuzione dell'attività sociale con patrimonio insufficiente).

Tuttavia, occorre mantenere che il diritto risarcitorio portato dall'art. 2394, trasferito al curatore, consegue ad una violazione diversa (aver violato l'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio) mentre nel caso dell'art. 2486 vi è una precisazione funzionale (cioè il fine della gestione è la conservazione del patrimonio).

In altri termini, nel caso dell'art. 2394, c.c., l'obbligo di conservare l'integrità, armonizzato con il dovere di gestire generale e senza limitazioni, è un limite al po-

tori, dopo la formalizzazione del verificarsi della causa di scioglimento ed il passaggio delle consegne ad opera dei precedenti amministratori, in forza del rinvio operato dal secondo comma dell'art. 2489 c.c.». In senso conforme si esprimono anche L. ABETE, *La responsabilità ex art. 2486 c.c.: brevi spunti*, nota a Trib. Milano 6 marzo 2013, n. 3215, in *Società*, 2014, 223; F. GUSSO-S. CRIVELLARI, *op. cit.*, nota a Cass. 13 agosto 2004, n. 15770, in *Società*, 2005, 744; M. VAIRA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, vol. III, Torino, 2004, 2062: «la fattispecie di responsabilità in esame diviene una specificazione della generale disciplina contenuta negli artt. 2392, 2393, 2394 e 2395 c.c.».

tere di gestire che rimane libero e scrutinabile solo sulla base della discrezionalità amministrativa (o come usa dire la *Business Judgment Rule*).

Nel caso dell'art. 2486 c.c., invece, il potere di gestire è funzionale alla conservazione del patrimonio e quindi la regola di gestione è violata se l'atto non è funzionale alla conservazione del patrimonio (mentre vi è responsabilità se arreca danno al patrimonio).

Rispetto ad un risultato di lesione del patrimonio, nel primo caso l'atto di impresa rimane insindacabile nel merito (se assunto con un corretto procedimento decisionale); nel secondo caso, ogni atto non funzionale alla conservazione del patrimonio (e quindi tipicamente una nuova assunzione di rischio di impresa) costituisce una violazione e rispetto ad essa la responsabilità segue la verifica della non funzionalità dell'atto. Si tratta in altri termini di un dovere a sé.

Nei confronti della società, la violazione del dovere dell'art. 2486 c.c. ricade nell'art. 2392 c.c. come dovere imposto dalla legge. Non è quindi dubbio che il curatore sia legittimato ad agire. Nei confronti dei creditori, si ritiene che sia l'art. 146 legge fall. a trasferire al curatore tutte le azioni di responsabilità, che possono esercitare i creditori sociali¹².

Ciò detto sull'autonomia delle due azioni, occorre considerare una prevedibile conseguenza del comma 3 dell'art. 2486 c.c. sulle azioni dei creditori, come considerate dall'orientamento maggioritario della S.C.

Senza voler entrare nel merito della natura surrogatoria o diretta dell'azione e dovendo prendere atto del (pur non condivisibile) orientamento maggioritario in giurisprudenza per la “lesione del credito” ex art. 2043, occorre considerare che, se non si verifica insolvenza della società, proprio applicando l'orientamento maggioritario si deve concludere che il criterio dell'art. 2486 c.c. non può applicarsi all'azione del singolo creditore contro l'amministratore che ha violato l'art. 2486 c.c.

Infatti l'art. 2486, comma 3, commisura il danno alla differenza dei netti patrimoniali e questo danno è comprensibile come danno ai creditori allorché essi siano unificati nella massa (ancorché sia piuttosto chiaro che si tratta di una creazione artificiale che nasce dalla terzietà del curatore e finisce per creare uno pseudo-soggetto “massa”). Ma senza insolvenza, e quindi senza trasferimento al curatore della legittimazione, il creditore può chiedere singolarmente solo la lesione del proprio credito, applicando in ipotesi l'orientamento della S.C.

¹²V. Trib. Roma 28 febbraio 2018, in giurisprudenzadelleimprese.it, sulla legittimazione ex art. 146 legge fall., anche in relazione al divieto di operazioni non funzionali alla conservazione e per un'ampia ricostruzione. La decisione prevede peraltro un criterio di determinazione del danno non chiaro, verosimilmente per la necessaria sintesi fattuale: una certa operazione è stata compiuta dopo il verificarsi della causa di scioglimento che deve essere considerata automatica, e soggetta alla condizione risolutiva della reintegrazione; la stessa operazione è stata conteggiata nella situazione di patrimonio netto alla data dello scioglimento; il suo effetto dovrebbe essere rilevato nella situazione di patrimonio netto alla data di fallimento più che essere «una voce di danno ulteriore».

Pertanto, quando l'azione "del creditore" non è trasferita al curatore (perché la società è *in bonis* e non viene quindi applicato l'art. 146 legge fall., o art. 255 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), mentre il liquidatore può esercitare l'azione per conto della società e chiedere la differenza dei netti patrimoniali, è evidente che il creditore non possa chiederlo, in quanto il danno allo stesso arrecato è pari alla perdita del credito o di altro bene o della porzione del credito destinata a rimanere insoddisfatta.

In conclusione, anche se sul piano dell'esperienza le azioni volte a far valere la violazione dell'art. 2486 c.c. e a chiedere i danni conseguenti saranno azioni intraprese da procedure, la misura dei danni indicata dal comma 3 non è una misura dei danni che è applicabile a tutte le azioni per violazione dell'art. 2486 ma solo a quelle azioni intraprese per conto della società oppure a quelle azioni intraprese *ex art. 146 legge fall. o art. 255 del Codice della crisi*.

Per le azioni dei creditori, quando la società è *in bonis* questi non hanno diritto di chiedere un danno pari alla lesione del patrimonio sociale, se non a condizione di rivisitare integralmente la teorica dell'azione dei creditori sociali, quale azione surrogatoria.

È infatti possibile una ricostruzione alternativa. Se l'art. 2486, comma 3, c.c. prevede una presunzione per la quantificazione di tutti i danni arrecati per la violazione del comma 1, l'azione dei creditori sociali per far valere la violazione dell'art. 2486, comma 1, non può che essere azione diretta a reintegrare il patrimonio sociale ed essere questa sì un'azione sostanzialmente surrogatoria¹³, con definitivo allontanamento rispetto all'azione *ex art. 2394 c.c.* come ricostruita dalla S.C. sulla teorica della "lesione del credito".

6. – Detto che l'art. 2486, comma 3, c.c. non è utile per la violazione dei poteri che arreca danni ai creditori, soci e terzi, sembra anche che i danni quantificati *ex art. 2486, comma 3*, costituiscano una liquidazione "automatica" del danno al patrimonio sociale.

È noto che il criterio dei netti è stato utilizzato dalla giurisprudenza di merito, non sempre omogeneamente, ed essenzialmente quale ausilio equitativo per determinare il danno da prosecuzione dell'attività in presenza del passaggio del tempo tra causa di scioglimento e dichiarazione di insolvenza¹⁴ (anche se non mancano ap-

¹³ Per questo tema e gli argomenti collegati sia consentito rinviare a C.F. GIAMPAOLINO, *Profili fallimentari*, in C.F. GIAMPAOLINO-V. FICARI, *Profili concorsuali e tributari*, Padova, 2012, 94, sulla base dell'effetto di rinuncia da parte della società sull'azione del socio, dell'impugnazione per revocatoria della transazione conclusa dalla società.

¹⁴ Sembra coerente, dovuta allo stesso estensore, l'impostazione di Trib. Milano ord. 15 luglio 2014, Est. G., in *giurisprudenzadelleimprese.it*, «Appare poi corretto il criterio di calcolo del danno compiuto con il computo della perdita incrementale, per le rilevanti difficoltà di valutare il complesso dell'attività vietata svolta dalla società fallita, che ha proseguito incontestatamente l'attività caratteristica per svariati anni (2005-2012). Appare legittima l'utilizzazione del criterio pre-

plicazioni a periodi più ristretti, di circa un anno). L'utilizzo è stato quindi condizionato alla difficoltà di ricostruzione e influenzato dalla persistenza nella violazione del dovere di mettere la società in liquidazione (o di comportarsi come se).

Tuttavia, la giurisprudenza ha di frequente ridotto equitativamente la determinazione equitativa¹⁵.

L'introduzione della presunzione semplice non dovrebbe mutare nei fatti il potere del giudice di considerare un minore importo. Tuttavia, il potere di apprezzare equitativamente da parte del giudice (e non certo del CTU¹⁶) viene ad essere

suntivo e sintetico della differenza dei netti patrimoniali, che ben può sorreggere una valutazione equitativa del danno (v. Cass. n. 2538 del 2005)», senza riferimento a costi liquidatori, e di Trib. Milano, 2 Ottobre 2015, Est. G., in *giurisprudenzadelleimprese.it*, il quale, nel rigettare, afferma che «tale metodo di determinazione del danno si risolve in un criterio residuale ed equitativo che sembra trovare giustificazione nei casi in cui sia decorso un lungo lasso di tempo tra lo stato di scioglimento e la formale messa in liquidazione della società, o l'instaurazione della procedura concorsuale». Un simile criterio di determinazione del danno sembra invece inappropriato nel caso in esame, posto che la continuazione dell'attività vietata a capitale perduto si risolve essenzialmente in un'unica operazione ritenuta dannosa – appunto l'operazione di conferimento – in relazione alla quale la parte ricorrente ha l'onere di indicare e dimostrare l'effettività del pregiudizio ed il nesso causale tra l'atto di *mala gestio* e danno sofferto.

¹⁵ Trib. Milano 10 maggio 2012, Est. C., in *giurisprudenzadelleimprese.it*: «La attività sociale avrebbe dunque dovuto essere arrestata nel 2006 e quindi l'amministratore risponde del danno costituito dalla ulteriore perdita maturata nel 2007, che figura nel bilancio per € 649.268 [...] Si tratta pur sempre di liquidazione equitativa poiché non va a vedere ogni singola operazione, ma le riassume tutte in un saldo finale che comprende l'esito delle operazioni compiute nel periodo in cui la società avrebbe dovuto essere in liquidazione [...] A livello equitativo si reputa dunque che possa essere addossato quale danno cagionato dalla ritardata liquidazione la perdita dell'anno 2007, posto che nel 2008 la società è fallita [...]. Si tratta dunque di euro 649.267, che per criterio equitativo prudenziale, verranno determinati definitivamente in euro 600.000,00, tenuto conto di: 30.443 euro di versamenti effettuati all'inps, che sarebbero stati comunque dovuti in parte, 65.811 euro pagati ai dipendenti, anche questi comunque dovuti in parte; tributi pagati per euro 111.890, comunque anche questi dovuti in parte». Trib. Milano 25 marzo 2014, Est. P., in *giurisprudenzadelleimprese.it*: «Sotto il distinto profilo di quantificazione del danno conseguente alla rilevata prosecuzione indebita della attività [...] si ritiene qui di dover naturalmente escludere dal computo i costi registrati a titolo di “quote di ammortamento” (quali evidentemente indipendenti dalla prosecuzione dell'attività) e di “costi finanziari” (quali evidentemente maturati in relazione a debiti ingenerati da operazioni economiche precedenti la data del 31.12.03). Per il resto, pacifico il dato della prosecuzione in perdita della ordinaria attività sociale, nella manifesta impossibilità/estrema difficoltà di arrivare ad una precisa misurazione dell'aggravamento dei conti sociali in effettiva dipendenza della sola attività vietata (e dunque al netto dell'incidenza di costi fissi che sarebbero stati comunque da sostenere almeno per un certo lasso di tempo anche in pendenza di liquidazione), pare giustificato procedere ad una valutazione equitativa del danno risarcibile in una misura prudenzialmente stimata nel 50% della perdita residua, per un importo complessivo pari dunque ad euro 272.000».

¹⁶ Invece, Trib. Milano 7 ottobre 2014, Est. D. M., in *giurisprudenzadelleimprese.it*, lascia che il CTU calcoli «questo saldo, in via equitativa, pari al 50% del risultato della gestione dell'impresa dell'intero esercizio 2005 calcolato secondo criteri di liquidazione (per il cui calcolo cfr. pag. 57 ctu), che è risultato pari a € - 137.750 (€ - 275.501 × 50%)».

teoricamente ridotto, in quanto l'art. 1226 c.c. consente la valutazione equitativa in caso di prova non raggiungibile sul preciso ammontare.

L'operare della presunzione avviene sul piano della prova e, per quanto presunzione semplice, essa deve essere vinta sul piano della prova di un diverso (minore) ammontare da parte del convenuto e non dall'esercizio di un potere discrezionale del giudice di determinazione dell'ammontare.

L'esistenza di una presunzione di danno ha, come detto, anche un altro valore. Se cioè la valutazione equitativa presuppone la prova dell'*an*, l'esistenza della presunzione di quei danni, quantificati nell'art. 2486, comma 3, c.c. consente di presumere il danno stesso.

Tale approdo di politica legislativa sembra comunque contrastare con la evoluzione eziologica dell'orientamento giurisprudenziale di legittimità, in sede civile. Come noto, sin dal 1998 si era abbandonata sia la prospettazione dell'intero passivo come danno sia quella che individua l'ammontare del danno nella differenza tra l'attivo e il passivo. Anche questo criterio "della differenza" non appariva rispondente all'esigenza di una «rigorosa verifica della sussistenza di un rapporto di causalità tra la condotta illecita e il danno» (Cass. 10488/1998). La Corte riaffermava il principio che agli amministratori deve essere addebitato il risarcimento dei danni che si pongano quale conseguenza immediata e diretta delle commesse violazioni e nella misura equivalente al detrimento patrimoniale che non si sarebbe verificato se la condotta illecita degli amministratori non fosse stata attuata. Secondo la Corte, derivavano, nella maggior parte dei casi, conseguenze concretamente meno gravose per i responsabili, ma non era da escludere che ne conseguisse, come nel caso deciso dalla sentenza del 1998, il riconoscimento di un più pesante onere risarcitorio rispetto a quello che si vorrebbe delimitare in funzione del solo deficit fallimentare.

A tale orientamento facevano seguito sentenze sempre più orientate all'applicazione dei principi di responsabilità civile derivanti dall'atto o dall'inadempimento, fino alla sentenza del 2015 a Sezioni Unite. Nella sentenza a SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100 si fa l'*excursus* e all'esito si ritiene che l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento.

Ma se la disposizione individua una presunzione per l'individuazione del danno risarcibile potrebbe concludersi erroneamente che, provata la violazione, non sia richiesto altro. È allora, come detto, in questo senso che va letto "l'accertamento della responsabilità" richiesto dall'art. 2486, comma 3, cioè quale presidio ad evitare l'imputazione automatica di quella misura dei danni.

Sembra inoltre dubitabile che tale presunzione sia corrispondente al percorso eziologico della Cass. 9100/2015 che richiede che anche la liquidazione equitativa «come condivisibilmente già osservato da Cass. 2538/2005 e 3032/2005, *citt.*, per

evitare che ciò si traduca nell'applicazione di un criterio affatto arbitrario» rende necessario «indicare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto».

Sembra infatti che, con la mancata messa in liquidazione e l'individuazione della presunzione legale, l'amministratore assuma su di sé il rischio oggettivo del deperimento dei beni sociali che determinano la differenza che deve risarcire, secondo uno schema assimilabile al dolo eventuale dei reati di bancarotta.

Tale conclusione, fortemente discutibile, può essere corretta solo da un'interpretazione estensiva dei c.d. costi della liquidazione, di cui si tratterà.

7. – La disposizione determina una ulteriore questione. Si presume che il danno sia pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484 c.c., detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione.

La prima grandezza è il patrimonio netto alla data di scioglimento e la seconda il patrimonio netto al momento della procedura (che si assume minore, altrimenti non ci sarebbe danno). Il patrimonio netto deve essere calcolato eliminando le voci di immobilizzazioni materiali, che perdono valore immediatamente, e altri voci analoghe¹⁷. Da questa differenza si devono detrarre i costi sostenuti e da sostene-

¹⁷ V. Cass. 20 aprile 2017, n. 9983; in questo senso Trib. Milano 5 maggio 2017, Est. V., in giurisprudenzadelleimprese.it: «Danno che, in accordo con la costante giurisprudenza di questa sezione specializzata, andrà quindi equitativamente stimato: nella differenza fra il netto patrimoniale contabile della società alla data di chiusura dell'esercizio 2007 e quello disponibile alla data più prossima alla messa in liquidazione [...] previa omogeneizzazione dei criteri contabili seguiti [...] espungendo dalle risultanze e dal confronto da un lato tutte quelle passività che si sarebbero comunque realizzate anche in ottica puramente conservativa del patrimonio, e dall'altro quelle non hanno più giustificazione in chiave liquidatoria (si pensi, per l'esempio più evidente, agli ammortamenti periodici dei beni strumentali) [...]. A tale stima ha proceduto, con ammirevole (e prudente) accuratezza il consulente dell'Ufficio. Egli infatti [...] ha quindi sottratto alla perdita operativa intercorsa nel periodo 01.01.2008 – 31.12.2008 (pari ad euro – 9.119.726) gli ammortamenti di complessivi € 622.511 (di cui € 434.996 riferiti alle immobilizzazioni immateriali ed 187.515 riferiti alle immobilizzazioni materiali), le svalutazioni delle immobilizzazioni immateriali per l'importo di € 1.966.128 (pari al totale delle svalutazioni esposte alla voce B.10 lett. c) del conto economico e quindi ad € 4.291.128, dedotto l'avviamento riferito al ramo di azienda Y2K di Euro 2.325.000 come quantificato nella verifica sindacale del 30 aprile 2009, in quanto riferito a un investimento effettuato successivamente alla percezione della perdita del capitale sociale da parte degli organi sociali); le svalutazioni prudenziali di crediti effettuate in vista del concordato nel bilancio 2008 per € 2.398.989». Trib. Catania 30 marzo 2017, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it: «Ai fini della determinazione del danno, poi, va adottato il metodo della differenza tra i netti patrimoniali (o della perdita incrementale), adeguatamente applicato dal ctu il quale, peraltro, ha correttamente

re secondo un criterio di normalità dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione (ipotetica).

La perdita patrimoniale (o, in caso, l'aggravamento del dissesto) diventa un problema di stima del patrimonio tra grandezze che devono essere rese omogenee, in quanto non lo sono, e tra valori di liquidazione in data x , quella doverosa, e in data y , quella della liquidazione reale.

In primo luogo, si comprende che il principio adatta (faticosamente) i principi della responsabilità per inadempimento/fatto illecito al contesto dell'attività, cioè della serie di atti che ha una inerzia propria. Quando si stabilisce che il complesso dei beni poteva/doveva essere venduto a quella data con quel valore (maggiore), si detraggono i costi di liquidazione perché si deve passare da una situazione patrimoniale di riferimento (la differenza tra due patrimoni) ad una economica. Si deve stimare non solo la perdita di valore del complesso ma il fatto che la mancata adozione della liquidazione non ha generato ricavi di liquidazione e ha continuato a generare costi. Anche a parità di valori dei cespiti nei due momenti temporali, ci sono costi che non si sarebbero verificati meno i costi che si sarebbero dovuti verificare (quelli di liquidazione).

Per maggiore coerenza, anche se algebricamente non cambia, si dovrebbero detrarre dal valore del patrimonio netto al momento della doverosa liquidazione tutti quei decrementi patrimoniali che la ipotetica liquidazione avrebbe affrontato. Non si tratta né solo dei criteri di valutazione contabili, da adattare alla perdita di continuità dell'attività, né solo dei costi vivi della liquidazione normale.

Non solo i primi perché la valutazione contabile dell'attivo dello stato patrimoniale (con i mutati criteri di liquidazione) affronta il tema dell'esposizione di

depurato i valori dei netti dai costi che comunque la società avrebbe ragionevolmente dovuto sostenere anche qualora fosse stata tempestivamente messa in liquidazione» ed infatti, nel caso di specie, la consulenza tecnica d'ufficio «ha verificato, per l'anno 2010 e l'anno 2011, i costi che sarebbero stati sostenuti in ogni caso nel corso di una gestione conservativa in ossequio al mandato conferito, così elencati: [...] ammortamenti dell'esercizio; interessi attivi [e] passivi». Trib. Milano 25 maggio 2015, Est. Perrozzello, in giurisprudenzadelleimprese.it: «si deve necessariamente evidenziare la palese disomogeneità dei termini di riferimento proposti dall'attore, atteso che da un lato viene in rilievo una stima ancora redatta secondo criteri di continuità aziendale, dall'altra addirittura una stima fallimentare. In tal senso pare qui che la richiesta valutazione equitativa del danno specificamente riconducibile alla contestata prosecuzione indebita della attività sociale debba necessariamente farsi carico di una preventiva svalutazione in ottica fallimentare delle stime proposte nel bilancio 2009, (...) totale azzeramento delle "immobilizzazioni immateriali" (stima in bilancio di euro 6.429) e drastica svalutazione, in misura pari almeno al 50% dell'originario valore di bilancio, delle voci relative a "immobilizzazioni materiali" e "rimanenze" (per una stima in bilancio, rispettivamente, di euro 170.908 ed euro 233.603) – quindi con una quantificazione del danno risarcibile limitata ad un importo complessivo di euro 289.603,29 oltre interessi e rivalutazione». Trib. Lucca 9 novembre 2012, n. 1183, in www.dejure.it: «la perdita incrementale verificatasi nell'esercizio 2003 è soltanto in parte imputabile agli amministratori, atteso che la perdita economica è in parte conseguenza della svalutazione dei crediti verso i clienti già esistenti alla data del 31.12.2002 che ci sarebbe comunque stata anche se la società fosse stata messa in liquidazione all'inizio del 2003».

valori stimati, secondo principi valutativi, ma non esprime verosimilmente la valutazione reale dell'attivo da vendere in quella specifica liquidazione, cioè di quel patrimonio composto da quei beni, a meno che non vi siano stime *ad hoc*. Per alcuni “costi” della prosecuzione si pone il problema delle spese che si sarebbero potute evitare, secondo una logica di conto economico (dipendenti, fiscalità e previdenza ad esempio) ma il valore del patrimonio alla data della liquidazione reale li dovrebbe catturare (in quanto il patrimonio ne dovrebbe aver risentito).

Per i “costi” occorre considerare in primo luogo che la giurisprudenza ha individuato talvolta durate ipotetiche¹⁸ che sembrano fissate senza riferimento a massime di esperienza o a dati statistici. In secondo luogo, i costi della liquidazione non sono le “spese”¹⁹ secondo la logica della cassa, ma i decrementi di valore che possono avvenire in una liquidazione doverosa per la natura intrinseca dei beni e che sarebbero riflessi nella differenza tra i due patrimoni netti, ma non dovrebbero essere imputati alla mancata liquidazione tempestiva (ad esempio obsolescenza o deperimento).

Il comma 3 allora in pratica più che recepire un orientamento, dettato dalla necessità di trovare un criterio pratico, uniforma i molti criteri che sotto la stessa apparente locuzione si erano presentati. Esso confessa che non esiste un criterio che consenta di applicare alla responsabilità da violazione dell'art. 2486, protratta per anni, gli stessi principi di responsabilità civile che sono dettati per lesioni istantanee o comunque accadute in certi spazi di tempo, e che quindi la presunzione va presa per una approssimazione che semplifica il giudizio.

Il comma 3 allora nell'individuare un'approssimazione compie una scelta di politica legislativa di deterrenza, piuttosto che di reintegrazione, motivata dalla pericolosità per gli interessi terzi della prosecuzione dell'attività, in antitesi con la finalità conservativa che i doveri espressi dal comma 1 attribuiscono al potere gestorio in presenza di una causa di scioglimento.

8. – Infine, il comma 3 deve essere coordinato con le disposizioni in tema di concordato in continuità che presuppongono che la continuità, a certe condizioni,

¹⁸ Trib. Milano 7 ottobre 2014, Est. D.M., in giurisprudenzadelleimprese.it, ipotizza una durata di diciotto mesi; Trib. Torino 4 luglio 2018, Est. C., in giurisprudenzadelleimprese.it, ipotizza una durata di dodici mesi.

¹⁹ Trib. Milano 7 gennaio 2019, n. 42, in www.iusexplorer.it: «Su tali somme deve tuttavia essere operata una riduzione, non potendosi porre a carico degli amministratori le spese che comunque la società avrebbe sostenuto qualora fosse stata posta tempestivamente in liquidazione»; Trib. Milano 22 gennaio 2015, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it: «è ovvio che tra le perdite emergenti non vi sono costi di liquidazione, poiché, appunto, gli amministratori hanno ritardato siffatta attività, ma certo quand'anche l'avessero tempestivamente promossa, non avrebbero potuto immediatamente eliminare alcuni costi “operativi” (quali quelli che sopra si sono esemplificati) i quali quindi non possono considerarsi una diminuzione patrimoniale imputabile alla loro condotta colposa».

sia una isola gestoria ordinaria in un contesto patrimoniale o economico che, il più delle volte, è quello proprio della liquidazione.

La disposizione dell'art. 182-*sexies*, legge fall. e quella dell'art. 89 del Codice della crisi di impresa sospendono l'operatività della causa di scioglimento dell'art. 2484, n. 4), c.c., al fine di consentire la conservazione della continuità in presenza di una situazione patrimoniale che determinerebbe automaticamente lo scioglimento²⁰.

Si pone tuttavia l'esigenza di chiarire che la sospensione ha, con riferimento ai doveri gestori dell'art. 2486, comma 1, c.c. e della quantificazione del comma 3, un'efficacia analoga a quella della disapplicazione. Se infatti il concordato non procede nelle sue fasi tipiche di ammissibilità, approvazione ed omologazione, la so-

²⁰ Sulla disposizione v. M. MIOLA, *Art. 182-sexies*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, 480 ss.; A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino, 2014, 131 ss.; A. NIGRO, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 569 ss.; A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2015, 253 ss.; sulla funzione dell'art. 182-*sexies* legge fall. quale regola volta a incentivare gli amministratori ad anticipare il ricorso agli strumenti di composizione della crisi d'impresa, cfr. G. GUERRIERI, *Sub art. 182-sexies l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 1293 e 1295; L. MANDRIOLI, *Le responsabilità e gli obblighi di comportamento degli organi della società in concordato preventivo o in accordo di ristrutturazione dei debiti che prosegue l'attività d'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 12, 1; A. ROSSI, *op. cit.*; sui doveri degli amministratori la letteratura è molto vasta, v. sin da M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, 19 ss. e 125 ss.; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, 669 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., 277 ss.; M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità della crisi*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, 609 ss.; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e Collegio sindacale: poteri, doveri e responsabilità*, in N. ABRIANI-S. AMBROSINI-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, t. 1, Padova, 2010, 658 ss. e 749 ss.; M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 1100 ss., cui adde F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1027 ss.; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 821 ss.; A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in AA.VV., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 519 ss.; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128 ss.; v. anche P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 820 ss. Quale essenziale riferimento, P.L. DAVIES, *Directors' Creditor – Regarding Duties in Respect of Trading Decisions taken in the Vicinity of Insolvency*, in *7 European Business Organization Law Review* (2006), 301 ss.; da ultimo, per una analisi d'insieme e per ulteriori riferimenti, v. G. MONIA BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria all'approssimarsi dell'insolvenza: prime riflessioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarone Alibrandi, vol. III, Torino, 2014, 2541 ss.; sul punto, d'obbligo il rinvio a L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.

sospensione viene meno e la causa di scioglimento si intenderà, ai fini della rappresentazione successiva, integrata secondo i termini suoi propri, cioè alla data della presentazione del ricorso. La rilevazione del patrimonio della società partirà da quella precedente data doverosa in termini di valori di liquidazione, sostanzialmente retroagendo²¹.

Invece, per quanto riguarda gli obblighi gestori, la sospensione determina che, fino alla omologazione o fino alla chiusura della procedura per inammissibilità o revoca dell'ammissione, la coerenza dell'atto gestorio con il dovere di conservare il patrimonio andrà declinato in coerenza con la scelta gestoria di selezione della procedura di composizione.

In altri termini, si pone ovviamente una contraddizione tra il verificarsi di una causa di scioglimento, la cui efficacia è sospesa all'esito della procedura (e che quindi si risolverà in un senso o nell'altro, con la riduzione del passivo per opera dell'esdebitazione del concordato) e il dovere di gestire secondo due criteri inconciliabili (quello della liquidazione ex art. 2486 c.c. e quello della continuità).

Non ci si riferisce tanto ai doveri informativi²² oppure a quei doveri di alta amministrazione che impongono di valutare sia lo stato di crisi sia le misure opportune per la sua soluzione²³. Ci si riferisce invece alla concreta operatività della società che abbia individuato il concordato in continuità, in presenza di condizioni patrimoniali da liquidazione²⁴.

Infatti, mentre non mi pare abbia alcun senso discutere di obblighi diversi rispetto a quelli imposti dall'art. 2486, comma 1, in caso di concordato liquidatorio²⁵, è con riferimento a quello in continuità che la disposizione ha la propria specificità. Sospendere la riduzione del capitale (o non sospenderla) non ripristina la situazione patrimoniale dell'impresa, che rimane identica, mentre il verificarsi della cau-

²¹ Non essendoci sospensione degli obblighi attinenti al tempestivo accertamento della causa di scioglimento per perdita del capitale, all'iscrizione nel registro delle imprese della relativa dichiarazione, alla convocazione senza indugio dell'assemblea per l'adozione degli opportuni provvedimenti e all'informazione dei soci sulla situazione patrimoniale con una relazione della società e con il suo eventuale aggiornamento.

²² Cfr. F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 421 ss.

²³ Tema segnatamente individuato da R. SACCHI, *Responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 325.

²⁴ Cfr. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 669 ss., condivisibilmente sull'esonero da responsabilità per attività non meramente conservative, eccetto che per la precisazione di cui *infra*.

²⁵ C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1026: «Quanto alla sospensione degli obblighi discendenti dall'art. 2447 e degli effetti della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4, la cui ragione giustificatrice è invece evidente, questa a ben vedere parrebbe sussistere solo in relazione ai concordati con continuità aziendale, ma la norma che la prevede ha un campo di applicazione più esteso, pur essendo tutto sommato poco congruo dispensare dalla messa in liquidazione per incentivare un concordato ... liquidatorio».

sa di scioglimento limiterebbe i poteri degli amministratori. E se si conviene che la *ratio* della disposizione è di consentire la predisposizione di una proposta in continuità, l'effetto della stessa non può che essere quello di disapplicare la limitazione dei poteri gestori di cui all'art. 2486 c.c. successivamente al deposito della domanda (cioè essi sono dapprima limitati e poi ripristinati, secondo quanto dispone il testo dell'art. 182-*sexies*, legge fall., confermato dall'art. 89 del Codice della crisi).

Infatti, non vi è alcuna sovrapposizione tra gli atti di straordinaria amministrazione (in ipotesi da autorizzare) e quelli non meramente conservativi (di cui all'art. 2486, che sono vietati) e quindi non si può sostenere che gli atti in ipotesi non coerenti con l'art. 2486 debbano essere autorizzati. Infatti, è proprio l'ordinaria amministrazione in continuità, funzionale alla presentazione della proposta di concordato, ad essere vietata dall'art. 2486 (cioè acquistare materiale; assumere finanze dipendenti se necessari, ecc.)²⁶.

Dal punto di vista funzionale quindi il potere gestorio nel caso di concordato in continuità non può essere limitato ex art. 2486 c.c. e di conseguenza non muta il quadro della insindacabilità della discrezionalità degli amministratori. Tuttavia, la concreta situazione dell'impresa rileva sul piano della prudenza e della diligenza nell'esercizio della discrezionalità, che nel concordato in continuità è funzionale alla predisposizione di una proposta e all'esercizio *medio tempore* dell'impresa già orientati alla "miglior soddisfazione dei creditori" derivanti dal concordato rispetto all'alternativa liquidatoria (da intendersi come liquidazione giudiziale o dell'amministrazione straordinaria, a seconda delle dimensioni della stessa).

E pertanto, nel caso in cui si rilevi una diminuzione dell'attivo teoricamente liquidabile per la presenza di perdite di periodo, l'ipotesi concordataria sarà sostenibile e insindacabile solo nel caso la proposta abbia ad oggetto una continuità c.d. indiretta, cioè l'esercizio sia strumentale ad una alienazione del complesso o di rami che attribuisca maggiori utilità rispetto alla liquidazione atomistica o alla liquidazione del complesso da parte dell'organo incaricato.

Nel caso di impresa di dimensioni tali da ricadere nel campo di applicazione dell'amministrazione straordinaria, in questa valutazione gli amministratori potranno tener conto che la disciplina dell'amministrazione straordinaria non è orientata alla massimizzazione del valore di liquidazione²⁷ e quindi che l'alternativa della

²⁶ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 672, pare diversamente orientato, ad altri fini, nel ritenere che «in tale periodo il debitore non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del tribunale, e non pare irragionevole ipotizzare che gli atti per i quali tale autorizzazione necessita coincidano di fatto con quelli non meramente conservativi che sarebbero altrimenti vietati dal menzionato disposto dell'art. 2486».

²⁷ Nello scenario dell'a.s., ex art. 63, d.lgs. 270/1999, la scelta dell'acquirente è effettuata tenendo conto della garanzia del mantenimento dei livelli occupazionali e non del solo corrispettivo (App. Milano, Sez. IV, 22 aprile 2004 (decr.), in *Fall.*, 2005, 446). Ciò significa che la prospettiva di una prosecuzione di attività di impresa, mantenendo inalterati i livelli occupazionali,

continuità si compara con una continuità in a.s. funzionale alla salvaguardia del complesso aziendale²⁸.

Infine, in caso di inammissibilità o revoca dell'ammissione, la vicenda andrà declinata a seconda del giudizio *ex ante* sulla percorribilità della procedura o sulla attribuibilità della chiusura all'amministratore.

Infatti, anche a fronte di un orientamento che ritiene che l'inammissibilità equivalga a certificare l'insussistenza sin dal principio delle condizioni indispensabili alla presentazione di quella proposta²⁹, in concreto sia l'inammissibilità sia la revoca dell'ammissione possono dipendere da molte ragioni esogene, e dovranno valutarsi allora sia la scelta di presentazione della domanda sia la successiva attività degli amministratori (cioè se sia stata questa a determinare l'inammissibilità) secondo una logica di discrezionalità gestoria che ha la prudenza richiesta in caso di perdita del capitale ma non utilizza strettamente il principio dell'art. 2486, comma 1, c.c.

può risolversi nel non riconoscimento da parte dell'acquirente del valore dei singoli cespiti che compongono l'azienda. Si ritiene quindi che la possibilità di sindacare la congruità dei valori attraverso la “impugnazione” degli atti di liquidazione, pur essendo correlabile al diritto soggettivo del creditore di non subire la ingiustificata lesione del proprio diritto di credito, non può dunque normativamente essere separata dalla precipua finalità della procedura di amministrazione straordinaria, che è quella di mantenere la unità operativa dei complessi aziendali. E si ritiene che tale finalità generale di valenza sociale possa prevalere sull'interesse particolare dei singoli creditori alla soddisfazione delle loro ragioni attraverso ad es. un maggior realizzo derivante dalla vendita separata dei singoli cespiti, come è attestato tra l'altro dalla esclusione dei creditori dalla votazione sul programma (cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *La liquidazione nell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 1724, spec. 1727).

²⁸ Cfr. A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 569 ss.; G. OPPO, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 251, il quale afferma che in quella procedura il risanamento è da prendere in considerazione non come risanamento dell'impresa del debitore, o della sua intera impresa, ma come salvataggio di elementi aziendali; G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013, 125.

²⁹ Cfr. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 672.