

RASSEGNA GIURISPRUDENZA

**Cass. 7.11.2019 n. 28617****Fatti di causa**

La curatela del fallimento IACES spa, con citazione del 25.11.2003, ha fatto valere la responsabilità degli amministratori della società e dei membri del collegio sindacale per violazione dei doveri imposti dall'articolo 2392 c.c.

In particolare, agli amministratori era contestato di non aver posto rimedio alla situazione di passività che si era verificata a partire dal 1997, di avere distratto anche fondi dal patrimonio sociale, portando la società al fallimento poi dichiarato nel 2001.

Ai sindaci, invece, veniva contestato di non avere impedito questa progressiva riduzione del patrimonio operata dagli amministratori, con conseguente danno per i creditori sociali.

Nel costituirsi in giudizio, i sindaci hanno chiesto ed ottenuto la chiamata in causa delle società di assicurazione al fine di essere da queste ultime tenuti indenni. Si sono costituite dunque la Milano Assicurazioni e la Carige, quest'ultima eccependo l'inefficacia della polizza invocata dal suo garantito.

Il Tribunale ha condannato sia gli amministratori che i sindaci al risarcimento dei danni in favore della curatela, stimando quello posto a carico dei sindaci in via equitativa nella misura corrispondente alla differenza tra attivo e passivo fallimentare.

Hanno proposto appello le parti convenute, e la Corte di secondo grado ha integralmente confermato la decisione di prima istanza.

Propongono ricorso per cassazione solo due dei tre sindaci inizialmente convenuti, con nove motivi di ricorso, con cui fanno valere l'improcedibilità dell'azione originariamente proposta, la prescrizione del diritto, l'erronea quantificazione del danno.

V'è costituzione con controricorso del Fallimento Iaces, ed altresì costituzione della Unipolsai e della Amissima assicurazioni. V'è memoria del ricorrente.

Ragioni della decisione

Ricorrono due dei tre membri del collegio sindacale originariamente convenuti in giudizio.

Fanno valere nove motivi di ricorso.

1. Con il primo motivo i ricorrenti assumono la violazione degli articoli 25, 31 e 146 L. fall., la cui corretta interpretazione avrebbe dovuto portare, secondo la loro prospettiva, a ritenere improcedibile l'azione intentata dal curatore.

Quest'ultimo aveva infatti chiesto di essere autorizzato ad agire per 856.919,11 euro di risarcimento, ed invece ha proposto azione per una somma superiore.

La Corte d'appello ha ritenuto infondata l'eccezione di improcedibilità osservando che l'autorizzazione del giudice tutelare è rilasciata affinché il curatore possa esercitare tutte le azioni previste dall'articolo 146 L. fall. nei confronti degli amministratori e dei sindaci, ed inoltre ha osservato che, dopo la prima richiesta, il curatore ne aveva formulata una

ulteriore, ad integrazione della precedente, con cui chiedeva una estensione della possibilità di agire in giudizio.

Secondo i ricorrenti l'iniziale limitazione quantitativa vincolava il curatore ad agire in quei limiti, così che l'azione proposta per una somma maggiore deve ritenersi improponibile.

Il motivo è infondato, sia per come proposto, che nel suo merito.

Sotto il primo aspetto va ricordato che è giurisprudenza costante la regola secondo cui "L'autorizzazione a promuovere un'azione giudiziaria conferita ex artt. 25, comma 1, n. 6 e 31, L. fall., al curatore del fallimento dal giudice delegato copre, senza bisogno di una specifica menzione, tutte le possibili pretese ed istanze strumentalmente pertinenti al conseguimento dell'obiettivo del giudizio cui si riferisce l'autorizzazione, e l'eventuale limitazione di quest'ultima, in rapporto alla maggiore latitudine dell'azione effettivamente esercitata, costituisce una questione interpretativa di un atto di natura processuale, deducibile in sede di legittimità soltanto qualora sia stata proposta nel giudizio di merito; ne consegue che, ove ciò sia accaduto, ed il giudice di merito si sia pronunciato, il mezzo impugnatorio consentito è quello dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., negli stretti limiti in cui è consentito il sindacato di legittimità sulla motivazione." (Cass. 10652/2011; Cass. 614/2016).

Da questo punto di vista, la decisione impugnata non può ritenersi nulla per difetto di motivazione quanto alla questione della improcedibilità, che invero è argomentata dalla corte nel modo che si è detto sopra.

Fermo restando che, comunque, l'autorizzazione, per come risulta dalla motivazione della corte di merito, non è stata espressamente limitata nel quantum, avendo il giudice delegato autorizzato il curatore "ad esercitare tutte le azioni previste dall'articolo 146 I. fallimentare nei confronti degli amministratori e dei sindaci come individuati nell'istanza".

Se questo è il presupposto di fatto (ossia il contenuto del provvedimento), allora la decisione della corte di merito è immune da censure quanto alla motivazione di rigetto della eccezione di improcedibilità.

2. Con il secondo ed il terzo motivo, invece, i ricorrenti ritengono errata la decisione della corte quanto alla decorrenza della prescrizione, che, secondo i giudici di merito, inizierebbe a partire dalla dichiarazione di fallimento, mentre secondo i ricorrenti, risalirebbe al 1998, anno dell'approvazione del bilancio da cui risultava già il dissesto.

Con il primo motivo eccepiscono una violazione di legge, per errata interpretazione degli articoli 2393, 2394, 2395, 2949 c.c. e 146 L. fall., oltre che motivazione apparente, nella circostanza di aver fissato il dies a quo non già al momento dell'approvazione del bilancio, ma a quello della dichiarazione di fallimento.

Invece, con il secondo motivo, si censura quella parte della motivazione (anche in tal caso per violazione di legge, e precisamente degli articoli 2935, 2947, 2949 c.c.) nella parte in cui si assume che il termine di prescrizione dell'illecito civile coincide con quello del reato di bancarotta, di cui è stato accusato un amministratore.

Si obietta alla sentenza impugnata che non è postulabile quella coincidenza e che comunque essa vale per l'accusato e non per gli altri, nei cui confronti non v'è alcuna ascrizione di reato.

I motivi possono esaminarsi congiuntamente in quanto l'infondatezza del primo rende assorbito il secondo.

In realtà la ratio della decisione è quella di porre il dies a quo della prescrizione al

momento della dichiarazione del fallimento piuttosto che al momento dell'approvazione del bilancio in quanto mancava del tutto la prova che il bilancio fosse stato pubblicato e conseguentemente reso noto ai terzi.

Va infatti ricordato che «L'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società ex art. 2394 c.c., pur quando promossa dal curatore fallimentare a norma dell'art. 146 L. fall., è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti (e non anche dall'effettiva conoscenza di tale situazione), che, a sua volta, dipendendo dall'insufficienza della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), non corrisponde allo stato d'insolvenza di cui all'art. 5 L. fall., derivante, "in primis", dall'impossibilità di ottenere ulteriore credito. In ragione della onerosità della prova gravante sul curatore, sussiste una presunzione "iuris tantum" di coincidenza tra il "dies a quo" di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, ricadendo sull'amministratore la prova contraria della diversa data anteriore di insorgenza dello stato di incapacità patrimoniale, con la deduzione di fatti sintomatici di assoluta evidenza, la cui valutazione spetta al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se non per vizi motivazionali che la rendano del tutto illogica o lacunosa». (Cass. 24715/2015; Cass. 13378/2014).

In sostanza, il secondo motivo verte sull'uso indebito delle presunzioni da parte del giudice di merito, cui i ricorrenti rimproverano di aver fatto ricorso ad indici presuntivi errati (la dichiarazione di fallimento) trascurandone altri (l'approvazione del bilancio recante perdite) più significativi.

Ed invece, da un lato, la dichiarazione di fallimento costituisce fatto presuntivo inidoneo, come ricordato dalla suddetta giurisprudenza, mentre, per altro verso il fatto invocato dai ricorrenti, ossia l'approvazione del bilancio, non ha alcun carattere indicativo posto che, come accertato dalla corte, non consentiva alcuna conoscibilità della perdita ai creditori, non essendo stato pubblicato o reso noto in qualche modo a questi ultimi.

La fondatezza della tesi della corte di appello quanto al dies a quo rende superfluo esaminare la questione, posta dal terzo motivo, della coincidenza del termine di prescrizione dell'illecito civile con quello dell'illecito penale, posto che, anche a ritenere contenuta (giustamente) nei cinque anni la prescrizione, essa, a partire dalla dichiarazione di fallimento, non era di certo maturata.

3. Con il quarto motivo invece i ricorrenti denunciano sia omesso esame di un fatto decisivo, che violazione delle norme sulla quantificazione del danno (articoli 1223, 1226 e 2056 c.c.).

Il punto è questo. Nel determinare l'ammontare del risarcimento posto a carico dei sindaci, oggi ricorrenti, il Tribunale aveva ritenuto di fare ricorso al criterio equitativo insito nella differenza tra attivo e passivo del fallimento (cosiddetto deficit fallimentare).

La corte di appello ha confermato la correttezza di tale criterio.

Secondo i ricorrenti tuttavia la corte non avrebbe esaminato una precisa eccezione, ossia che il CTU non aveva affatto ritenuto come carente la documentazione contabile, bensì aveva riferito la mancata individuazione del risultato economico non alla mancanza o irregolarità delle scritture contabili ma ad altri fattori.

Si tratta, nella parte in cui è formulato con questa censura, di un motivo inammissibile, per due ragioni. Intanto perché la decisione di secondo grado è conforme a quella di primo grado e ciò preclude la denuncia di omesso esame, ma soprattutto in quanto, in realtà, i ricorrenti lamentano una erronea valutazione della CTU piuttosto che l'omesso

esame di un fatto, come inteso dall'articolo 360 n. 5 c.p.c.

Quella stessa ratio è poi contestata sotto il profilo della violazione di legge (articoli 1223, 1226 e 2056 c.c.).

Va ricordato che il giudice di merito, una volta accertato il nesso di causa tra la condotta dei sindaci ed il danno, può ben ricorrere, in via equitativa al criterio della differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato sempre che il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dei predetti soggetti (Cass. sez Un. 9100/2015; Cass. 38/2017).

Ipotesi che ricorre nel caso presente, in quanto, non solo la condotta dei sindaci è accertata come causa, ma il giudice (e sulla scorta della prospettazione della curatela) indica nella irregolarità delle scritture contabili l'impossibilità di un calcolo basato su quest'ultime.

4. Con il quinto ed il sesto motivo i ricorrenti si dolgono di omessa pronuncia quanto alla condanna agli interessi passivi, che indicano come un omesso esame (ma parrebbe al tempo stesso come una omessa pronuncia, visto il riferimento all'articolo 112 c.p.c.). I ricorrenti fanno presente di avere impugnato sul punto la sentenza di primo grado, eccependo di non poter rispondere degli interessi passivi fino al 30 luglio 1998, poiché solo da tale data avrebbero avuto conoscenza della riduzione del capitale sociale sotto i minimi.

E concludono nel senso che, pur avendo posto la questione, la corte non l'ha decisa.

In realtà i giudici di merito si pongono il problema (pagina 12 e ss.) e ritengono che quella dei sindaci è una responsabilità estensibile anche al periodo in contestazione poiché questi ultimi non avrebbero impedito agli amministratori di depauperare il patrimonio sociale, così che la pronuncia è sul punto evidente e non già omessa.

5. Con il settimo motivo i ricorrenti lamentano violazione di legge (ma non è specificato quale sia) ed omesso esame relativamente alla condanna dei sindaci per i fatti di distrazione posti in essere dall'amministratore.

In particolare, da un lato, ritengono contraddittoria la sentenza sul punto, e dall'altro la ritengono emessa in violazione del principio della domanda, che, rispetto alle sottrazioni effettuate dall'amministratore non sarebbe stata formulata.

Quanto al primo aspetto, la contraddittorietà consisterebbe nel fatto di avere, per un verso, ritenuto che i sindaci non potessero impedire che l'amministratore si appropriasse di somme, e dall'altro lato, per averli ritenuti responsabili dell'omissione di controllo.

In realtà non v'è una contraddizione nella decisione della sentenza, la quale afferma che se anche in ipotesi (e dunque in ipotesi) si ammettesse che i sindaci non avrebbero potuto impedire la distrazione dei beni, ciò non toglie che con la loro condotta disattenta hanno favorito quell'appropriazione, creando la convinzione della assenza di controlli.

Risulta poi che la domanda di condanna per tale fatto era stata formulata nell'atto di citazione nelle cui conclusioni si chiedeva la responsabilità dei sindaci per i danni prodotti dal socio Bruccoleri (quello accusato della distrazione).

7. Con l'ottavo motivo si denuncia invece violazione delle norme sul giudicato e sulla stima dei danni, in quanto nel calcolare il deficit fallimentare (criterio preso a base della stima del danno) la corte non ha tenuto conto che la curatela aveva recuperato un credito, con sentenza ormai definitiva della Corte di cassazione.

Il motivo di appello, che riproponeva la medesima questione, è stato rigettato dalla corte di merito con l'argomento che non v'era prova sufficiente (atteso il deposito in copia) del giudicato esterno, ma senza considerare che la decisione della Cassazione che confermava il credito rendendolo definitivo non era invocata quale giudicato esterno, bensì quale prova del credito da conteggiare nel deficit fallimentare.

Il fallimento obietta che il deficit non è un dato statico bensì dinamico che, dopo la decisione di primo grado, esso è cresciuto in senso negativo, ossia ne è aumentato il passivo, con la conseguenza che l'eventuale accoglimento sarebbe irrilevante, in quanto comunque il deficit fallimentare, pur tenendo conto del credito, supera l'ammontare del risarcimento riconosciuto dal giudice.

Questa tesi va disattesa.

In realtà la condanna effettuata in primo grado, che ha preso a base il deficit fallimentare come mero criterio di stima equitativo del danno, non rinvia a quel che sarà come risultato finale quel deficit, bensì prende come base per il calcolo del danno il deficit accertato in quel momento.

Con la conseguenza che, in quel momento, era in itinere, e poi diventerà definitivo prima della decisione di appello, un credito in grado di influire sul deficit fallimentare, credito di cui andava tenuto conto.

8. Va invece rigettato il nono motivo, il quale postula una violazione di legge, (articolo 2697 c.c.) nell'aver ritenuto a carico dell'assicurato la prova della efficacia della polizza, che invece, secondo i ricorrenti era a carico della assicurazione.

Il motivo è infondato in quanto la compagnia aveva eccepito l'inefficacia temporale della polizza (scaduta il 23.10 2005, mentre l'evento era stato denunciato, in regime di claims made, il 9.3.2006), ed a fronte di tale eccezione, supportata dal dato cronologico suddetto, era onere dell'assicurato dimostrare il contrario, ossia che, nonostante quel dato la polizza era efficace.

Va dunque accolto solo l'ottavo motivo di ricorso e rigettati gli altri.

La sentenza va cassata con rinvio al giudice di merito che dovrà valutare e calcolare l'incidenza sul deficit fallimentare, e dunque sull'ammontare del danno, del credito non conteggiato, di cui all'ottavo motivo di ricorso.

P.Q.M.

La Corte accoglie l'ottavo motivo di ricorso, rigetta tutti gli altri. Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Palermo in diversa composizione, anche per le spese.