

S.r.l.

# Responsabilità ex art. 2394 c.c.: applicazione analogica alle società a responsabilità limitata

Tribunale di Milano, Sez. VIII, 22 dicembre 2010, n. 14632 - Pres. V. Perrozzello - Rel. A. Dal Moro - Fallimento Winner s.r.l. in liquidazione c. R.F.

*Società - Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Responsabilità di amministratori e sindaci - Curatore - Azione individuale del socio e del terzo - Azione del creditore*

(Cod. civ. art. 2394; l.fall. artt. 146, 216)

**I creditori di una società a responsabilità limitata, e in caso di fallimento il curatore, possono esperire l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2394 c.c., applicabile alle società a responsabilità limitata in via analogica.**

*Società - Società di capitali - Società per azioni - Società a responsabilità limitata - Responsabilità di amministratori e sindaci - Curatore - Azione individuale del socio e del terzo - Azione del creditore*

(Cod. civ. artt. 2043, 2394, 2395, 2486, 2740; l.fall. artt. 146, 216)

**In considerazione della regola generale dell'art. 81 c.p.c., deve ritenersi che solo ciascun creditore individualmente possa agire, ex art. 2043 c.c. ovvero art. 2395 c.c., contro l'amministratore che abbia cagionato un danno diretto alla propria ragione di credito. Per tale ragione, il curatore non è legittimato ad agire in giudizio per il ristoro del danno, subito direttamente e individualmente dal singolo creditore, che residui al momento dell'esecuzione dell'ultimo riparto (anche all'esito, quindi, dell'esperimento infruttuoso o insufficiente delle azioni di responsabilità).**

*Società - Società di capitali - Società per azioni - Società a responsabilità limitata - Responsabilità di amministratori e sindaci - Curatore - Azione individuale del socio e del terzo - Azione del creditore*

(Cod. civ. artt. 2043, 2394, 2395, 2486, 2740, 2741)

**Il danno subito dai creditori a seguito di pagamenti preferenziali fatti, in violazione della *par condicio creditorum*, da amministratori e liquidatori di una società dopo che il patrimonio della medesima sia divenuto insufficiente rispetto alla massa dei crediti, ove divenga definitivo ad esito della ripartizione finale e sia imputabile in via immediata e diretta a detti amministratori e liquidatori, è danno specifico e diretto che dà luogo al diritto di risarcimento di cui all'art. 2395 c.c.**

## Il Tribunale (*omissis*).

Il Fallimento ha citato R.F. chiedendo nel merito che il Tribunale, dato atto del giudicato penale formatosi con la sentenza irrevocabile del Tribunale penale di Como circa la responsabilità del convenuto per i comportamenti anche qui contestati lo condannasse al risarcimento dei danni subiti pari ad € 2.161.431, 41.

A fondamento delle proprie pretese, il fallimento ha dedotto che R.F. era stato Presidente del C.d.A. della società dal 30 ottobre 1998 al 2 maggio 2000, quindi liqui-

datore della società dal 3 maggio 2000 alla data del fallimento dichiarato il 10 maggio 2005.

In questo arco temporale F. avrebbe posto in essere una serie di comportamenti contrari alla legge che avrebbero cagionato danni alla società. In particolare:

– non avrebbe tenuto in modo ordinato la contabilità: mancherebbero, infatti, il libro giornale del 1999, 2000 e 2001 ed il libro soci;

– avrebbe distratto beni della società con un contratto d'affitto di un ramo d'azienda della durata di 18 mesi, alla Sea Point S.p.a. di Como, verso pagamento di un ca-

none mensile di Lire 10.000.000 mai riscosso; al termine del contratto, avvenuta il 26.05.2000, F. avrebbe dimesso il ramo d'azienda lasciandolo nella disponibilità della Sea Point S.p.a. senza corrispettivo;

– il dissesto della società si sarebbe già manifestato nel bilancio del 31 dicembre 1998 e la situazione sarebbe divenuta irrimediabile nell'esercizio 1999 con la integrale erosione del capitale sociale di Lire 1.500.000 a fronte di una perdita di Lire 3.761.586,418;

– in fase di liquidazione, nel mese di giugno 2000, il F. avrebbe proposto un concordato stragiudiziale: pur non avendo capienza finanziaria sufficiente per fare fronte al concordato stragiudiziale avrebbe dato corso al pagamento preferenziale di alcuni dei creditori per € 320.707,75;

– il ritardo nella dichiarazione di fallimento (del 10 maggio 2005) avrebbe comportato "la perdita" delle azioni revocatorie dei suddetti pagamenti preferenziali;

– il ritardo nella dichiarazione di fallimento avrebbe inoltre determinato la lievitazione degli oneri finanziari relativi ai debiti con le banche aumentati di € 846.218,52 dall'esercizio 2000 sino al 2003.

Il Fallimento ha quantificato il danno in ragione delle seguenti voci :

– € 901.542,90 per aggravamento del dissesto (ottenuto per differenza tra il patrimonio netto al 31 dicembre 1999, che presentava un saldo negativo per € 1.406.781,10 e il patrimonio netto al 31 dicembre 2003 che presentava un saldo negativo di € 2.308.324); in ogni caso il danno causato da tale condotta non potrebbe essere inferiore ad € 685.730,61 perché così accertato dal Tribunale penale di Como con sentenza passata in giudicato;

– € 320.707,75 a titolo di pagamenti preferenziali per cui si è prescritta l'azione revocatoria;

– € 92.962,24 per canoni di affitto mai esatti;

– € 846,218,52 per aggravamento degli oneri finanziari relativi ai debiti con le banche.

Il convenuto, R.F., ha contestato che la prova dei fatti addebitati e del danno possa trarsi dalla sentenza penale di condanna. Ha poi contestato nel merito la sussistenza di responsabilità per aggravamento del dissesto assumendo la legittimità dell'operato del liquidatore. In particolare ha osservato che:

– la contabilità della società sarebbe stata tenuta in modo regolare;

– l'operazione d'affitto del ramo d'azienda alla Sea Point s.r.l. sarebbe stata compiuta nell'interesse della società e in un'ottica di realizzo perché con essa si sarebbe trasferita a terzi la gestione di un'attività economicamente critica ed il costo del personale; inoltre parte dei canoni che Sea avrebbe dovuto pagare sarebbero stati compensati tra le parti perché tra esse correvano una pluralità di rapporti commerciali; Winner infine sarebbe stata ammessa per il credito relativo ai canoni non ancora pagati al concordato preventivo della Sea Point;

– le accuse dell'attore relativamente alla mancata presentazione dell'istanza di fallimento con conseguente aggravamento del dissesto sarebbero infondate; tutti i creditori che hanno aderito al concordato sarebbero stati soddisfatti.

a) L'aggravamento del dissesto.

Il Tribunale di Como, con sentenza n. 116/2008, passata in giudicato, ha accertato la responsabilità penale di F. per i reati previsti dall'art. cui al 223, 216, comma 1, n. 1) e 2), 216, comma 3, 224, comma 1, n.2) e 217 l.fall.; i fatti addebitati in quella sede come già osservato da questo Tribunale in sede di reclamo coincidono con quelli qui contestati: si legge infatti nella sentenza che il F. nella sua qualità di amministratore prima e di liquidatore poi «a fronte della perdita dell'intero capitale sociale di lire 1.500.000.000 verificatosi nell'esercizio 1999 che si concludeva con la perdita di lire 3.761.586.418 non provvedeva ad adottare alcun provvedimento di riduzione delle perdite, di ricapitalizzazione della società e quindi di liquidazione.

Protraeva invece l'attività sociale sino al 2.5.2000 e intraprendeva la liquidazione dal 3.5.2000 cagionando un aggravamento del dissesto che aumentava da lire 2.732.908.059 a lire 4.051.667.648 e quindi di euro 685.730,61 (lire 2.092.511,71) F. ha omesso volutamente di presentare domanda di fallimento della Winner pur di concludere il concordato stragiudiziale nonostante l'insufficiente attivo per cui l'aggravamento del dissesto è a lui imputabile».

Stante l'accertamento con efficacia di giudicato avvenuto con riguardo alla sussistenza tanto della condotta contestata quanto del danno da essa derivato, la cui quantificazione è esplicitata nel capo di imputazione (cfr. capo *sub D*) nella sentenza doc. n. 28) e ritenuta accertata in sentenza, non v'è alcuno spazio per una diversa valutazione di questo Tribunale sul punto (quand'anche questa avesse potuto avvenire in ragione di una più attenta individuazione delle situazioni patrimoniali della società da porre a confronto).

Alla luce di detta considerazione appare infondata anche la pretesa dell'attore di ottenere in questa sede un accertamento diverso in punto quantificazione del danno da aggravamento del dissesto per ritardata dichiarazione del fallimento, e, quindi, la pretesa di condanna del convenuto al risarcimento del maggior danno individuato in euro 901.542,90 anziché euro 685.730,61.

Peraltro detta pretesa è infondata anche in sé, poiché risente della errata comparazione compiuta dal fallimento tra due grandezze non omogenee: la situazione patrimoniale netta al 31 dicembre 1999, redatta in un'ottica di continuità aziendale, e quella prefallimentare al 31 dicembre 2003 che, riguardando la società già in stato di liquidazione, comprende rettifiche delle poste attive (quali svalutazione rimanenze, svalutazione dei crediti, svalutazione delle immobilizzazioni materiali, eliminazione risconti) che condizionano negativamente la situazione patrimoniale netta ma non sono imputabili all'amministratore in termini di aggravamento del dissesto: invero la comparazione avrebbe dovuto avvenire tra la situazione patrimoniale netta al 31 dicembre 1999 rettificata alla luce dello stato di liquidazione di fatto della società e quella prefallimentare, con un risultato ben diverso in termini di differenza tra patrimoni netti, come dimostra già il confronto tra la situazione patrimoniale ed economica della società redatta il 3 maggio 2000 in occasione

della messa in liquidazione (non prodotta dall'attore in sede di cognizione piena ma solo nella fase cautelare *sub* doc. n 4) e il bilancio della società al 31 dicembre 2003, *sub* doc. n. 24.

Peraltro non si comprende il motivo per cui il fallimento ritenga di assumere quale secondo termine di confronto per la verifica dell'aggravamento del dissesto la situazione patrimoniale della società al 31 dicembre 2003 e non quella al 31 dicembre 2004, che, invero, è quella immediatamente precedente alla dichiarazione di fallimento, tanto più che detta situazione era, invece, stata allegata e depositata *sub* doc. n. 22 in sede di ricorso cautelare, il quale è stato respinto (cfr doc. 29) proprio perché la stessa registrava un patrimonio netto negativo di euro 2.241.634, inferiore a quello registrato al 30.5.2000 pari ad euro 2.635.035,38 (doc. n. 4 fase, fase cautelare) ovvero alla data della messa in liquidazione formale della società.

b) Le altre condotte contestate.

b.1 I pagamenti preferenziali eseguiti nell'ambito del concordato stragiudiziale e la prescrizione delle azioni revocatorie.

Sul punto si deve registrare il passaggio in giudicato della sentenza del Tribunale di Como citata che ha accertato l'esecuzione di pagamenti preferenziali in danno della massa dei creditori ed ha ritenuto responsabile di essi il F. a titolo di dolo eventuale.

Il fallimento chiede il risarcimento del danno che assume derivato alla massa da tale illecita condotta del F. e che reputa pari ad euro 320.707,75, ovvero alla somma dei pagamenti preferenziali eseguiti ed accertati, precisando che la protrazione indebita della liquidazione ha condotto alla impossibilità di recupero di dette somme tramite revocatoria essendo la relativa azione prescritta (in realtà alla data della dichiarazione di fallimento tutti i pagamenti contestati non erano più revocabili perché anteriori di più di due anni alla dichiarazione stessa).

Deve anzitutto essere valutato quali conseguenze dannose sia idonea a produrre la condotta punita dall'art. 216, comma 3, l.fall., e come tali conseguenze si intreccino con il danno derivante dalla violazione dei doveri di cui all'art. 2394 e 2486 c.c.

La legge, invero, stabilisce da un lato che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni (art. 2740 c.c.), dall'altro che su tale patrimonio i singoli creditori hanno diritto di soddisfarsi in eguale misura (salve cause legittime di prelazione).

In vista di tali obiettivi gli amministratori di una società hanno l'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale e dell'inadempimento di tale obbligo che abbia determinato l'insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i debiti sociali rispondono verso i creditori della società (art. 2394 c.c.); se la società si trova in stato di scioglimento essi hanno altresì l'obbligo di conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale e ne rispondono verso i soci, i creditori sociali e i terzi (art. 2486 c.c.); in ogni caso se il patrimonio è divenuto insufficiente rispetto alla massa dei debiti, gli amministratori devono, stante il disposto dell'art. 216 citato, agire in modo da non ledere la "*par condicio creditorum*".

Ne consegue che qualora siano compiuti pagamenti preferenziali si produce per effetto di questi un danno specifico nel patrimonio dei singoli creditori rimasti insoddisfatti corrispondente alla minore misura in cui ciascuno potrà concorrere sull'attivo liquidato (salve le legittime cause di prelazione).

Tale pregiudizio individuale diretto però si potrebbe delineare definitivamente solo con l'esecuzione dell'ultimo riparto (all'esito anche dell'esperimento infruttuoso o insufficiente di eventuali azioni di responsabilità *ex* art. 2394 o 2486 c.c. volte a reintegrare il patrimonio sociale) e sarebbe imputabile in via immediata e diretta agli amministratori solo se alla sua determinazione non avesse dato causa lo stesso curatore che non avesse esercitato per tempo le revocatorie possibili.

Così delineato il pregiudizio in astratto connesso alla condotta di bancarotta preferenziale, pregiudizio extraccontrattuale direttamente cagionato nella sfera patrimoniale del singolo creditore, e circoscritto alla differenza tra quanto percepito in sede di riparto e quanto sarebbe stato percepibile in assenza di pagamenti preferenziali, si tratta di stabilire chi possa agire per il suo ristoro in caso di fallimento della società: in considerazione della regola generale di cui all'art 81 c.p.c. sembra al Collegio che solo ciascun creditore possa agire contro l'amministratore che abbia cagionato un danno alla propria ragione di credito *ex* art. 2043 c.c. o *ex* art. 2395 c.c., poiché nessuna norma ne consentirebbe l'esercizio al curatore: non gli artt. 42, 43 l.fall., per i quali con la dichiarazione di fallimento la legittimazione sostanziale e processuale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito - quindi della società verso terzi amministratori - spetta al curatore (poiché il fallito non le può più esercitare avendo perso la disponibilità del proprio patrimonio); non l'art. 2394 *bis* c.c. che attribuisce al curatore una legittimazione straordinaria ad agire contro gli amministratori per far valere i diritti dei creditori derivanti dalla violazione del dovere di cui all'art. 2394 c.c., per ottenere, cioè, ima tutela del tutto diversa e assorbente rispetto al danno di cui si discute; non l'art. 146 l.fall. per il quale il curatore può esercitare «le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo o direttori generali e i liquidatori» e quella contro il socio *ex* art. 2476, comma 7, c.c., ovvero le ed. azioni di massa, volte alla ricostituzione dell'integrità del patrimonio sociale, ma non le azioni individuali (secondo lo stesso processo logico si escludeva nel vecchio regime che l'azione *ex* art. 2449, comma 1, passasse in capo al curatore).

Pertanto si deve concludere:

a) che il curatore non è legittimato ad agire per il ristoro del danno subito direttamente ed individualmente dal singolo creditore per effetto della condotta dell'amministratore;

b) che nella specie non sarebbe neppure possibile allo stato definire il pregiudizio.

Pertanto la domanda di risarcimento in questione è infondata e va respinta

b.2 I Canoni di affitto mai esatti e aggravamento degli oneri finanziari relativi ai debiti con le banche.

Sul punto si osserva che il fallimento ha erroneamente duplicato la domanda quanto agli oneri finanziari relativi a debiti con le banche che erano appostazioni passive già comprese nei bilanci alla luce dei quali il fallimento ha inteso determinare l'aggravamento della situazione patrimoniale netta imputabile al convenuto, di cui, pertanto, esse costituiscono una componente.

Quanto ai canoni di affitto dell'azienda asseritamente non riscossi, si osserva anzitutto che il fallimento nulla ha replicato a proposito del fatto che la riscossione di parte di detti crediti sarebbe avvenuto tramite compensazione, stanti i reciproci rapporti commerciali esistenti tra le parti all'epoca; inoltre il fatto della mancata riscossione in sé nulla induce in termini di condotta illecita del F. che non risulta aver mai rinunciato ai crediti relativi, i quali, infatti, risultavano nella contabilità della società debitrice Sea Point in concordato preventivo come dimostra la lettera trasmessa dal commissario liquidatore alla Winner nel marzo 2006; inoltre quand'anche detto credito sia allo stato rimasto insoddisfatto (fatto di per sé non imputabile al liquidatore in assenza di specifica contestazione circa una negligente valutazione della solvibilità del debitore al momento della stipulazione del contratto d'affitto d'azienda) non si comprende in ragione di quale argomento il fatto sarebbe imputabile al liquidatore della società creditrice, tanto più che la comunicazione del Commissario liquidatore della Sea Point a Winner (*sub* doc. n. 13) è successiva alla dichiarazione di fallimento, all'esito della quale l'imprenditore è spossessato dei beni la cui gestione è affidata al curatore; peraltro dal carteggio prodotto in causa (doc. n. 13 conv.) non specificamente contestato, risulta che rispetto a detto credito il Commissario liquidatore della debitrice aveva accantonato una somma già in sede di primo riparto. Quanto infine alla attività "distrattiva" che il contratto d'affitto avrebbe prodotto in ragione dell'inadeguatezza del canone di locazione e dell'abbandono dell'azienda nella disponibilità della Sea Point come accertata in sede penale, si osserva che la perdita relativa è ricompresa nell'aggravamento della situazione patrimoniale netta accertata in via presuntiva come indicato *sub* a).

Pertanto il sig. F. va condannato al solo pagamento della somma di euro 685.730,61. Su tale somma che costituisce debito di valore deve essere calcolata la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT e devono essere computati gli interessi ed. compensativi *ex* art. 1226 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.) nella misura - ritenuta equa da questo Tribunale - degli interessi legali (infatti trattandosi di una voce di danno separata *sub* specie di lucro cessante che mira a ricomporre il patrimonio rimasto alterato per la privazione del bene con il suo equivalente pecuniario dalla data dell'illecito, può essere accertata con metodi presuntivi e liquidata con criteri equitativi riferiti alla misura dell'interesse legale).

Per evitare duplicazioni di risarcimento (Cass., sez. un., n. 1712/1995) gli interessi andranno applicati sulla somma rivalutata di anno in anno dalla data dell'illecito alla data della pronuncia. Infine sulla somma così definita spettano gli interessi di mora nella misura legate dalla data della pronuncia al saldo effettivo.

c) La legittimazione del curatore del fallimento della s.r.l. ad esperire l'azione dei creditori sociali.

Il curatore ha esercitato tanto l'azione sociale (nella specie *ex* art. 2476 c.c.) quanto l'azione dei creditori sociali; la compresenza delle due azioni svolte in modo unitario rende irrilevante nella specie la questione della sussistenza o meno della legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione dei creditori sociali in caso di fallimento di una s.r.l.; ciò nonostante poiché la questione è stata oggetto delle difese delle parti, seppure sinteticamente si osserva:

- appare condivisibile l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza per cui la norma di cui all'art. 2394 c.c. (sia essa intesa come norma che attribuisce una legittimazione straordinaria a ciascun creditore per ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale anche nell'interesse dei creditori rimasti inerti, sia essa intesa come norma che consente un'azione individuale per il ristoro del danno riflesso) può essere applicata in via analogica alle s.r.l.; invero: l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l. implica la individuazione di un vuoto normativo; la mancata previsione di una responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per violazione dell'obbligo di conservare il patrimonio sociale equipollente a quella di cui all'art. 2394 c.c.;

- appare frutto di un errore di coordinamento della normativa in tema di s.r.l. con quella in materia di s.p.a., e non di una deliberata scelta legislativa (di cui peraltro non v'è traccia nella legge delega e nella relazione); infatti la "deliberata" assenza di una disciplina concernente la responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori per la violazione degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sarebbe incompatibile rispetto all'impianto codicistico come modificato dalla riforma, dal momento che la disciplina della s.r.l. non sarebbe coordinata con quella di cui all'art. 2485-6 c.c., con quella dei gruppi, con la disciplina della responsabilità dei sindaci: il creditore potrebbe agire contro gli amministratori della s.r.l. in stato di scioglimento *ex* art. 2486 c.c. ma non contro quelli della s.r.l. operativa; il creditore potrebbe agire contro la controllante la debitrice s.r.l. e contro gli amministratori di quest'ultima, ma non contro detti amministratori qualora la s.r.l. non fosse soggetta a direzione e coordinamento; in caso di s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio *ex* art. 2477 c.c. dovrebbe essere applicata la norma di cui all'art. 2407, comma 2, c.c. che richiama l'art. 2394 c.c., onde i creditori di una s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio potrebbero agire contro i sindaci per l'omesso controllo che avrebbe concorso a determinare l'insufficienza del patrimonio sociale, ma non - paradossalmente - contro gli amministratori che l'avrebbero direttamente provocata; queste irragionevoli diversità della disciplina inducono a ritenere la sussistenza di un "vuoto" normativo per difetto di coordinamento nella disciplina delle s.r.l. colmabile in via analogica.

Pertanto sul punto deve concludersi che anche i creditori di un s.r.l. possono agire contro gli amministratori per violazione dell'obbligo relativo alla conservazione della garanzia costituita dal patrimonio sociale; in caso di falli-

mento il curatore è legittimato ad esperirla, in via esclusiva, ex art 146 l.fall. la cui nuova formulazione non contiene più il riferimento agli artt. 2392 e 2394 c.c., ma prevede al secondo comma che «sono esercitate dal

curatore...: a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, gli organi di controllo i direttori generali i liquidatori».  
(*omissis*).

## IL COMMENTO

di Sebastiano Cassani

La decisione in commento offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni in merito alla mancata previsione nell'ambito della disciplina delle s.r.l. della responsabilità prevista dall'art. 2394 c.c. nonché in merito alla natura e alla legittimazione attiva delle azioni di responsabilità esperibili dai creditori contro gli organi sociali nell'ambito delle procedure concorsuali. La decisione, inoltre, è un interessante precedente in tema di pagamenti preferenziali e responsabilità nascenti dagli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c.

### Il caso

La sentenza in epigrafe trae origine da un caso di azione di responsabilità esperita dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 l.fall. contro il presidente del consiglio di amministrazione - poi liquidatore - di una società a responsabilità limitata fallita.

A fondamento delle proprie pretese il fallimento ha posto una serie di rilievi in fatto già oggetto di giudicato penale a seguito di sentenza passata in giudicato emessa dal Tribunale di Como.

La sentenza in commento si presenta di interesse riguardo al tema della mancata previsione di una responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali o richiamo nell'ambito della disciplina delle s.r.l. della responsabilità prevista dall'art. 2394 c.c., nonché della natura e della legittimazione attiva delle azioni di responsabilità esperibili dai creditori contro gli organi sociali nell'ambito delle procedure concorsuali.

La decisione, inoltre, costituisce un interessante precedente in tema di pagamenti preferenziali e responsabilità nascenti dagli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c.

### La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali

La disciplina delle azioni di responsabilità esperibili dai creditori contro gli organi sociali è prevista dall'art. 2394 c.c. per le società per azioni (1).

Essa richiede due presupposti: che vi sia stata da parte degli amministratori l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (2) e che, a causa di tale inosservanza, il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei creditori (3). Ove ricorrano

entrambi i presupposti, gli amministratori saranno tenuti a risarcire il danno subito dai creditori.

La dottrina e la giurisprudenza (4) hanno a lungo dibattuto sia il tema della qualificazione della responsabilità nascente dall'art. 2394 c.c. come contrattuale o aquiliana sia quello della natura della relativa azione che, secondo alcuni, sarebbe azione

#### Note:

(1) La riforma del diritto societario del 2003 ha lasciato nella sostanza inalterato l'art. 2394 c.c., limitandosi a scorporarne l'ultimo comma nel nuovo art. 2394 *bis* c.c.

(2) Una prima questione, che esula dai fini delle presenti note, è se alla luce della lettera del codice si possa assumere l'esistenza di un generale obbligo degli amministratori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale previsto dall'art. 2394 c.c. o se, invece, si debbano cercare al di fuori dell'art. 2394 c.c. gli specifici obblighi che il codice offre a tutela di tale interesse. Una parte della dottrina ha letto il richiamo agli obblighi di conservazione fatto dall'art. 2394 c.c. nel secondo senso, ossia come un rinvio agli specifici obblighi che il codice pone in capo agli amministratori: in primo luogo quelli nascenti dalla disciplina dei conferimenti (artt. 2343 ss.); quelli della disciplina del bilancio (artt. 2423 ss.); quelli della ricapitalizzazione obbligatoria (artt. 2446 e 2447). Si veda Cottino, *Diritto societario*, I, 2, Padova, 2006, 410. La sentenza in commento pare invece individuare direttamente nell'art. 2394 c.c. la fonte dell'obbligo posto in capo agli amministratori di conservare l'integrità del patrimonio sociale.

(3) La dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate sul tema di cosa si debba intendere per "insufficienza patrimoniale" ai sensi dell'art. 2394 c.c. Tale requisito si differenzia sia dalla mera eccedenza delle passività rispetto alle attività, sia dall'insolvenza. In particolare, l'insufficienza patrimoniale sarebbe una situazione più grave e definitiva della mera insolvenza. Sul punto si veda Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A.*, Milano, 2004, 205. In giurisprudenza, ci si limita a richiamare: Cass., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9619, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 444; Cass. 25 luglio 2008, n. 20476, in *Guida dir.*, 2008, 46, 87; Cass., sez. I, 28 maggio 1998, n. 5287, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3113, con nota di Vidiri; in *Fall.*, 1999, 397, con nota di Patti. Nel senso di mera eccedenza delle poste passive sulle poste attive si veda Trib. Ivrea 27 gennaio 2004, *ivi*, 2004, 708.

(4) Per un inquadramento generale ci si limita a rinviare a Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, Torino, 2009, 390; Cottino, *op. cit.*, 405 s.; Bonelli, *op. cit.*, 207.

diretta mentre secondo altri si tratterebbe della medesima azione ex art. 2393 c.c. esercitata dai creditori in via surrogatoria.

I due temi - tuttora in discussione - hanno rilievo per gli argomenti trattati nelle presenti note (5).

Per quanto concerne la distinzione tra responsabilità contrattuale e aquiliana si rinviengono in dottrina e in giurisprudenza tesi opposte (6).

Non è questa la sede per approfondire la questione della distinzione tra responsabilità contrattuale (o meglio da inadempimento) e responsabilità aquiliana che di necessità richiederebbe di offrire un completo quadro dogmatico, ma alcune considerazioni generali gioveranno al migliore inquadramento delle tematiche trattate.

La categoria giuridica della responsabilità da inadempimento è regolata in via generale dall'art. 1218 c.c. che è rubricato «responsabilità del debitore», ossia del soggetto a carico del quale è posta un'obbligazione. Attribuendo a tale responsabilità l'aggettivo "contrattuale" - a ben vedere - ci si riferisce solo a una delle fonti che può avere l'obbligazione violata: le obbligazioni, infatti, nascono non solo dal contratto ma anche dalle altre fonti individuate dall'art. 1173 c.c. È indubbio che, ove un'obbligazione venga inadempita, la responsabilità conseguente sarà da inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c., sia che la fonte di detta obbligazione sia un contratto sia che la stessa derivi dalle altre fonti indicate dall'art. 1173 c.c. (7).

La distinzione tra responsabilità "contrattuale" - da leggersi questo aggettivo nel senso sopra detto, quasi a modo di sineddoche - e responsabilità aquiliana si trova quindi essenzialmente in questo: ove la condotta integri la violazione di un'obbligazione preesistente si avrà responsabilità contrattuale; ove non vi sia la violazione di un'obbligazione si avrà responsabilità aquiliana, ovviamente se e nella misura in cui tale condotta integri la lesione di un diritto soggettivo o di altra posizione giuridica soggettiva ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

Fatte queste considerazioni pare di poter concludere che la responsabilità nascente dall'art. 2394 c.c. sia da inadempimento e non di natura aquiliana: essa è infatti a sanzione della violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale posti nell'interesse dei terzi creditori.

Come detto altro tema oggetto di dibattito è la qualificazione dell'azione ex art. 2394 c.c. come azione diretta o in surrogazione di quella della società ex art. 2393 c.c., distinguo che porta con sé notevoli conseguenze, fra le quali si segnala in par-

ticolare il fatto che, aderendo alla prima soluzione, il risarcimento del danno spetterà direttamente ai creditori mentre, aderendo alla seconda, spetterà alla società e i creditori se ne gioveranno solo in via indiretta (8).

Ovviamente ove si aderisca alla tesi che legge nell'art. 2394 c.c. un'ipotesi di responsabilità aquiliana è di necessità insostenibile che la stessa abbia natura surrogatoria rispetto al rimedio dell'art. 2393 c.c.

### Note:

(5) Si rileva che in giurisprudenza la qualificazione della responsabilità ex art. 2394 c.c. in termini aquiliani si accompagna con grande frequenza a quella della non surrogatorietà dell'azione e della sua autonomia dalla responsabilità ex art. 2393 c.c.

(6) A favore della qualificazione della responsabilità come contrattuale, in dottrina: Salafia, *L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori*, in questa *Rivista*, 2001, 1191, in part. 1195; Frè - Sbisà, *Della società per azioni*, in Scialoja - Branca, *Commentario del codice civile*, artt. 2325-2409, Bologna, 1997, 859; Bonelli, *Gli amministratori*, cit., 207; Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, n. 135, 1992, 187; Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in Colombo - Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1991, 4, 438. Bonelli trae la conclusione in ordine alla natura contrattuale dell'azione anche sulla base dell'analisi delle pronunce giurisprudenziali: nelle decisioni, infatti, emergerebbe come linea prevalente quella che ritiene sufficiente la prova di un inadempimento e che da tale inadempimento sia derivato un danno per la società, senza richiedere la prova di alcun elemento soggettivo. Non sarebbe invece richiesta alcuna prova della colpa degli amministratori. In giurisprudenza a favore della natura contrattuale: Cass., sez. I, 22 marzo 2010, n. 6870, in *Dir. giust.*, 2010; Trib. Milano 19 novembre 2004, *Giust. Milano*, 2004, 77. A favore della qualificazione della responsabilità come aquiliana, in dottrina: Di Sabato, *Diritto delle Società*, Milano, 2003, 293; Graziani, *Diritto delle Società*, Napoli, 1963, 386. Secondo quest'ultimo autore la responsabilità ex art. 2394 c.c. integrerebbe un caso, specificamente previsto dalla legge, di lesione del diritto di credito da parte di un terzo. A favore della qualificazione aquiliana, in giurisprudenza: Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13765, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10; Trib. Milano 2 maggio 2007, in *Corr. mer.*, 2007, 10, 1116; Trib. Milano 11 maggio 2004, in *Giust. Milano*, 2004, 79; Trib. Milano 29 aprile 2004, *ivi*, 2004, 54; Trib. Milano 29 maggio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, 654, con nota di Marchesi; Trib. Monza 13 gennaio 2000, in *Giur. milanese*, 2000, 250; Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di Salafia; in questa *Rivista*, 1999, 557, con nota di Funari; in *Fall.*, 1999, 1079, con nota di Badini Confalonieri; in *Dir. fall.*, 1999, II, 1001, con nota di Ragusa Maggiore; in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2151; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1318, con nota di Balzarini; in *Danno e resp.*, 1999, 341; Trib. Torino 26 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 744; Trib. Roma 7 marzo 1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 283, con nota di Farinea; Trib. Milano 2 settembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 855.

(7) Ci si limita a rinviare a Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 364. Per una diffusa trattazione della distinzione tra responsabilità aquiliana e responsabilità da inadempimento si rinvia a Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, in part. 186. Sul tema specifico delle azioni di responsabilità oggetto delle presenti note si rinvia a Salafia, *op. cit.*, 2001, 1195 s.

(8) Campobasso, *op. cit.*, 390, in part. 391.

Parte della dottrina e della giurisprudenza (9) hanno concluso che tale azione sia la medesima di cui all'art. 2393 c.c. esercitata dai creditori in via surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c. Le argomentazioni poste alla base di tale conclusione riguardano principalmente la regolamentazione codicistica dei fenomeni di interferenza tra l'azione prevista dall'art. 2393 c.c., l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. (10) e la legittimazione del curatore in sede fallimentare.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza hanno invece criticato tale ricostruzione concludendo per l'autonomia dell'azione (11). Le ragioni poste alla base di tale conclusione sono molteplici.

In primo luogo la previsione del terzo comma dell'art. 2394 c.c. Secondo tale norma la rinuncia all'azione ex art. 2393 c.c. da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali e ciò conferma l'autonomia dei due rimedi.

Ulteriore argomentazione a favore di tale conclusione si trova nello stesso dato letterale dell'art. 2394 c.c. dove si prevede espressamente che la responsabilità ivi prevista è "verso i creditori sociali" e quindi non verso la società, con ciò differenziandosi in modo netto dalla disciplina dell'art. 2393 c.c.

A ben vedere l'argomento migliore a favore dell'autonomia dell'azione resta che essa non presuppone l'inerzia o trascuratezza della società nella tutela delle proprie ragioni contro gli amministratori, che invece è richiesta in generale dall'art. 2900 c.c. per l'esercizio dei diritti e delle azioni in via surrogatoria. Alla luce di ciò, ove si volesse sostenere la natura surrogatoria dell'azione dei creditori si sarebbe costretti a configurare una sorta di surrogatoria *sui generis* con un esercizio dogmatico senz'altro rischioso.

Per venire alla sentenza in commento, essa non prende posizione sul tema della qualificazione come diretta o in surrogazione, mentre pare qualificare la responsabilità come da inadempimento.

A conclusione di questa rapida panoramica occorre sottolineare come la gran parte della casistica giurisprudenziale riguarda casi di azioni di responsabilità esperite nell'ambito delle procedure concorsuali, ove le azioni 2393 e 2394 si cumulano in un tutto che, nonostante i tentativi e la consapevolezza della distinzione tra i due istituti, si confonde in un unico magma. Quanto rilevato è ancor più vero per l'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c., poiché uno dei suoi presupposti è l'incapienza del patrimonio sociale: da ciò consegue che la sede naturale per esercitare tale rimedio è quella concorsuale. (12)

### La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali nelle società a responsabilità limitata

La responsabilità degli amministratori nelle società a responsabilità limitata è prevista dall'art. 2476 c.c. che nulla dice riguardo a specifici rimedi posti a tutela dei creditori sociali (13).

Prima della riforma del diritto societario del 2003 la disciplina delle azioni di responsabilità nelle società a responsabilità limitata si giovava del semplice rinvio contenuto nell'art. 2487 c.c. ove si richiamavano espressamente gli articoli relativi alla responsabilità degli amministratori nelle società per azioni, tra i quali appunto l'art. 2394 c.c.

#### Note:

(9) In dottrina, a favore della natura surrogatoria si veda Cottino, *op. cit.*, 411; conclude per la natura surrogatoria partendo dall'analisi della disciplina fallimentare Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Colombo - Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 9, 2, 1993, 375 (in particolare si veda la nota 64). In giurisprudenza, a favore della natura surrogatoria: Trib. Palermo 8 febbraio 2001, in *Giur. mer.*, 2001, 1267 e nella stessa rivista, 2002, 80; Cass., sez. I, 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Foro it.*, 1998, I, 3246; in *Giur. it.*, 1998, 1639; in *Fall.*, 1999, 254, con nota di Zamperetti; in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 469; App. Perugia 30 novembre 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 40, con nota di Valdina; Trib. Palermo 11 settembre 1992, in questa *Rivista*, 1993, 788, con nota di Taurini; Cass., sez. lav., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, 1803; in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 12; Trib. Torino 13 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 145; Trib. Milano 13 novembre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1169; Cass., sez. I, 28 novembre 1984, n. 6187, in *Foro it.*, 1985, I, 3179, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1409, in *Fall.*, 1985, 527; in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 11; Cass., sez. I, 27 novembre 1982, n. 6431, *ivi*, 1982, fasc. 10-11; App. Bologna 8 luglio 1978, in *Giur. mer.*, 1979, 864.

(10) Ai sensi del terzo comma dell'art. 2394 c.c., la rinuncia che la società faccia all'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. non preclude l'azione di responsabilità dei creditori, mentre la transazione fatta dalla medesima con riferimento all'azione di responsabilità paralizza l'azione dei creditori, fatta salvo il loro diritto di impugnare la stessa con la revocatoria. Si veda Cottino, *op. cit.*, 411.

(11) In dottrina a favore della natura diretta dell'azione si veda Campobasso, *op. cit.*, 390. Si vedano anche Galgano, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, 2004, 318; Di Sabato, *op. cit.*, 292. Si segnala che questi due ultimi autori qualificano la responsabilità ex art. 2394 c.c. come aquilina e, di conseguenza, motivano l'autonomia dell'azione anche facendo leva sul diverso titolo di responsabilità. In giurisprudenza a favore della natura autonoma del rimedio rispetto a quello previsto dall'art. 2393 c.c. si vedano in particolare: Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13765, *cit.*; Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, *cit.*; Trib. Torino 26 febbraio 1994, *cit.*

(12) Bonelli, *Gli amministratori*, *op. cit.*, 205. Uno dei rari casi di azione ex art. 2394 c.c. esperito al di fuori delle procedure concorsuali è Trib. Milano 2 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 382. Nel caso il Tribunale ha condannato gli amministratori a risarcire il danno direttamente ai creditori.

(13) La relazione al decreto legislativo di riforma del diritto societario del 2003 non offre elementi di riflessione, rimanendo del tutto silente sull'assenza nella disciplina delle s.r.l. di una responsabilità omologa a quella dell'art. 2394 c.c.

Con la riforma il legislatore delegato ha invece ritenuto di prevedere una specifica disciplina delle azioni di responsabilità per le società a responsabilità limitata, oggi contenuta nell'art. 2476 c.c.: tale norma, però, resta completamente silente in merito alla responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali (14).

Il punto è stato da subito oggetto di attenzione da parte della dottrina che al riguardo ha offerto differenti letture interpretative ed è arrivata a diverse conclusioni (15).

Secondo alcuni il silenzio della legge sarebbe da interpretare nel senso che ai creditori non è concesso alcun rimedio analogo a quello che invece spetta agli stessi ex art. 2394 c.c. nella società per azioni (16).

Altre voci dottrinali hanno invece affermato l'esperibilità da parte dei creditori di società a responsabilità limitata di un'azione sul modello del rimedio di cui all'art. 2394 c.c.

Ove si configuri la responsabilità ex art. 2394 c.c. come un caso specifico di responsabilità aquiliana, sarà agevole concludere per la sua applicabilità anche alle società a responsabilità limitata, o meglio sarà agevole ricavare dalla previsione generale dell'art. 2043 c.c. un rimedio a tutela dei creditori di società a responsabilità limitata foggiano sulla falsariga dell'art. 2394 c.c.

La medesima considerazione si deve trarre ove si ricostruisca l'azione ex art. 2394 c.c. come azione ex art. 2393 c.c. esercitata dai creditori sociali in via surrogatoria: essendo pacificamente ammessa l'azione sociale di responsabilità nelle s.r.l. (17) se ne ricaverebbe agevolmente per via interpretativa l'utilizzabilità del rimedio anche in via surrogatoria.

Tuttavia come visto, ad avviso di chi scrive, né la qualificazione in termini aquiliani né quella in termini di azione esercitata in via surrogatoria soddisfano: la responsabilità ex art. 2394 c.c. è da inadempimento e l'azione che i creditori possono esperire sulla base della stessa è autonoma.

L'unica strada percorribile resta quindi l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle società a responsabilità limitata ed è la strada scelta nella decisione in commento, che si condivide.

Sia parte della dottrina sia alcune pronunce della giurisprudenza si erano già espresse a favore del ricorso all'analogia (18).

La motivazione della sentenza in commento è coerente e condivisibile: i giudici milanesi individuano e spiegano l'esistenza di vuoto normativo frutto di un errore di coordinamento della normativa in materia di s.r.l., offrendo un sintetico ma

completo quadro delle argomentazioni discusse dagli interpreti (19).

In primo luogo il vuoto normativo è reso mani-

**Note:**

(14) L'art. 2476 c.c. in realtà si limita a disciplinare espressamente solo l'azione di responsabilità esperita dal socio, lasciando nell'ombra (o penombra) l'azione sociale di responsabilità. Il tema è stato da subito affrontato dalla dottrina e ha trovato una soluzione pacifica, anche da un punto di vista di linea argomentativa, cosa che non è invece ancora compiutamente avvenuta per l'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali. Interessante notare che, se da un lato la relazione alla riforma del diritto societario del 2003 resta silente sul tema della responsabilità degli amministratori s.r.l. nei confronti dei creditori, la relazione illustrativa della riforma del diritto fallimentare del 2006 entra invece nel merito: «Il secondo comma, lett. a), [dell'art. 146 l.fall., n.d.r.] adotta una formulazione aperta in virtù della quale è possibile sostenere che le azioni di responsabilità riguardano anche i componenti degli organi sociali della società a responsabilità limitata [...]. Quanto agli amministratori della società a responsabilità limitata e al dibattito in ordine alla sussistenza di una loro specifica responsabilità verso i creditori sociali, si è preferito, considerato che la delega legislativa è muta al riguardo, adottare una formula "aperta" che lasci cioè agli interpreti il compito di stabilire se il curatore possa esercitare nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata solo l'azione di responsabilità sociale o anche quella verso i creditori sociali».

(15) Per una panoramica delle varie posizioni si vedano: Briolini, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 769; in part. 793; Di Amato, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286, in part. 298; Teti, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, 633, in part. 660; Proto, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fall.*, 2003, 1133.

(16) Si veda Ciampi, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2006, 289; Proto, *Le azioni di responsabilità*, cit., 1133; Di Amato, *op. cit.*, in part. 303. Questo ultimo autore afferma nelle sue conclusioni il dubbio dell'incostituzionalità della norma.

(17) Si rinvia a quanto detto nella nota 15.

(18) In dottrina si veda: Teti, *op. cit.*, 662. In giurisprudenza: Trib. Napoli, sez. VII, 11 gennaio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 5, 510, con nota di Civerra, *Esiste ancora l'azione di responsabilità dei creditori sociali di una s.r.l.*; Trib. Nola, sez. I, 18 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 3, 706, con nota di D'Orazio, *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: profili sostanziali e processuali. Carattere unitario e inscindibile dell'azione ex art. 146 l. fall.*, che offre una completa panoramica dei temi; Trib. Roma 17 dicembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 4, II, 483, con nota di Mozzarelli; App. Napoli 28 giugno 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 10, 2470, con nota di Natale. Contro il ricorso all'analogia: Trib. Milano 25 gennaio 2006, in questa *Rivista*, 2007, 320.

(19) Non si entra in questa sede nell'analisi dei requisiti di applicazione dell'analogia, rinviando ai commentari, voci enciclopediche e manuali nelle parti che trattano detta materia. Che lo strumento adeguato da utilizzare nel caso trattato sia l'analogia è del tutto condivisibile: gli appigli della lettera della legge sui quali costruire un'interpretazione estensiva sono pressoché assenti. Sulla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia si veda Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, a commento di Cass., sez. I, 3 luglio 1967, n. 1621, in *Giur. it.*, I, 695.

festo dal disposto degli artt. 2485 e 2486 c.c., ove - in sede di liquidazione della società e nell'ottica della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale - si prevede espressamente la responsabilità degli amministratori nei confronti - anche - dei creditori sociali. Negare ai creditori di una s.r.l. operativa il rimedio dell'art. 2394 c.c. per concederlo ai creditori di una s.r.l. in liquidazione sarebbe incoerente (20).

Un secondo rilievo nasce dall'esame della disciplina della responsabilità da attività di direzione e coordinamento. L'art. 2497 c.c. prevede la responsabilità della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento nei confronti dei creditori della società diretta: sarebbe incongruo concedere da un lato a detti creditori la tutela risarcitoria contro la società che esercita la direzione e gli amministratori della stessa (e contro i suoi amministratori) e dall'altro lato negarla ai medesimi contro gli amministratori della società debitrice nel caso in cui questa sia una s.r.l. (21).

Il Tribunale svolge poi alcune considerazioni in merito alla disciplina applicabile ai sindaci nella s.r.l.: nel caso di nomina obbligatoria del collegio ai sensi dell'art. 2477 c.c., infatti, ai sindaci di s.r.l. si applica la disciplina delle società per azioni in forza del rinvio contenuto nel quinto comma dell'articolo citato e quindi, in caso di omesso controllo, gli stessi sono responsabili nei confronti dei creditori ex art. 2394 c.c. (richiamato dall'art. 2407 c.c.). I creditori di s.r.l. potrebbero esperire l'azione ex art. 2394 c.c. contro i sindaci ma non contro gli amministratori, il che è del tutto incoerente (22).

Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale di Milano conclude che la diversità di tutele concesse ai creditori di s.p.a. e di s.r.l. è irragionevole e che la disciplina evidenzia un "vuoto" normativo da colmarsi applicando analogicamente l'art. 2394 c.c. alle società a responsabilità limitata.

### **La legittimazione del curatore fallimentare alle azioni di responsabilità dei creditori. La categoria delle c.d. azioni della massa**

I giudici milanesi dedicano pochi cenni alla legittimazione attiva del curatore fallimentare all'azione ex art. 2394 c.c.

La posizione del Tribunale è la seguente: l'art. 146, comma 2, l.fall. dispone che sono esercitate dal curatore «le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori». Il citato articolo, novellato dalla riforma del diritto falli-

mentare del 2006, non contiene ora alcun riferimento espresso agli artt. 2393 e 2394 c.c. e richiama invece in via generale ogni azione di responsabilità contro gli amministratori (23).

Fatta questa premessa il Tribunale conclude che anche la legittimazione all'azione ex art. 2394 c.c. - spettante, come visto, ai creditori di s.r.l. in forza dell'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. - passa al curatore fallimentare.

Sul punto l'argomentare del Tribunale milanese è sintetico a fronte di un dibattito tra gli interpreti assai composito che merita di essere richiamato.

Il quadro di norme di riferimento per la questione è costituito, oltre che dal richiamato art. 146 l.fall., anche dall'art. 2394 *bis* c.c. il quale, per le s.p.a., prevede espressamente che, in caso di fallimento, spettano al curatore le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. (24).

La tematica ha dato e dà filo da torcere a dottrina e giurisprudenza, ancor di più ad esito della riforma del diritto fallimentare del 2006 che ha - per così dire - "aperto" la lettera dell'art. 146 l.fall. a qualunque azione di responsabilità contro gli organi sociali. Per limitarci a uno dei tanti rilievi possibili, l'attuale lettera dell'art. 146 è talmente ampia da far sorgere il dubbio che il curatore si sostituisca anche nell'azione di cui all'art. 2395 c.c. (25).

Il tema dibattuto è l'individuazione di un criterio discrezionale del subentro del curatore nelle azioni di responsabilità contro gli organi sociali, che consenta un utilizzo mirato e consapevole dell'ampia lettera dell'art. 146, comma 2, lett. a), l.fall.

Tale criterio è stato dalla giurisprudenza individuato nella categoria delle c.d. azioni della massa, categoria oggi utilizzata anche dal legislatore che

#### **Note:**

(20) Per rilievi dubbiosi in merito a questa argomentazione si veda Di Amato, *op. cit.*, 299.

(21) Sul punto si segnala la posizione di D'Amato, *op. cit.*, 299, che parrebbe giustificare la disparità di disciplina.

(22) Nuovamente, dissente da questa argomentazione Di Amato, *op. cit.*, 299.

(23) Per un quadro delle questioni legate alla nuova formulazione dell'art. 146 ci si limita a rinviare a Cass., sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121, in questa *Rivista*, 2011, 701, con nota di Porreca, *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*.

(24) Secondo Marcinkiewicz l'art. 2394 *bis* c.c. non sarebbe applicabile analogicamente ad ipotesi diverse, essendo norma di carattere eccezionale. Si veda Marcinkiewicz, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, nota a Cass., sez. I, 23 luglio 2010, n. 17284, in *Fall.*, 2011, 305.

(25) Segnala il dubbio anche Rescigno, *Rapporti e interferenze fra la riforma societaria e fallimentare*, in Jorio (diretto da) e Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario, Bologna, 2007, 2, 2120, in part. 2125.

l'ha inserita nel novellato art. 124, ultimo comma, l.fall. (26).

Nel 2006 la Suprema Corte - con tre distinte sentenze di medesima data - si è pronunciata a sezioni unite sul tema dell'abusiva concessione del credito soffermandosi in motivazione sui contorni e profili della categoria di azioni della massa, fissandone alcuni punti fermi (27).

Secondo la Corte, in caso di apertura di fallimento, non vige il principio per il quale il curatore diviene titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori. La funzione del curatore viene individuata dalla Corte nella conservazione della garanzia patrimoniale attraverso l'esercizio delle c.d. azioni della massa che, nella decisione, vengono definite come le azioni «dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie. Tale principio peraltro [...] non è assoluto ma va armonizzato con quello secondo il quale siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.».

La Corte precisa poi che «l'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto. Non appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori. Né vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto».

In sintesi, secondo la Corte un'azione non può considerarsi rientrante nella categoria delle azioni c.d. della massa ove la pretesa sottesa alla stessa richieda l'accertamento di un diritto soggettivo in capo a uno o più creditori, oppure nel caso in cui si innesti su specifici rapporti e non sia quindi sufficiente la mera appartenenza a un "ceto" per potersi dire pregiudicati.

Alla luce di questi principi, ove l'azione di re-

sponsabilità dei creditori fosse qualificata come azione esperita in via surrogatoria sarebbe semplice e lineare concludere che la relativa legittimazione attiva passi in capo al curatore in caso di fallimento, essendo essa un'azione della massa (28).

Ma si è visto che la qualificazione dell'azione ex art. 2394 c.c. come surrogatoria non convince.

L'analisi della problematica è resa ancor più complessa dal fatto che l'azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento ai sensi dell'art. 146 l.fall. assomma in sé le due diverse azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. e ha carattere unitario ed inscindibile (29).

Sulla problematica in esame, ad avviso di chi scrive, sono opportuni alcuni rilievi che consentono di concludere che, anche configurando l'azione ex 2394 c.c. come azione diretta, essa sia qualificabile come azione della massa.

---

**Note:**

(26) In via generale sulla categoria delle c.d. azioni della massa si vedano in giurisprudenza: Cass., sez. I, 23 luglio 2010, n. 17284, in *Guida dir.*, 2010, 43, 76; Cass., sez. I, 3 giugno 2010, n. 13465, in *Dir. giust.*, 2010; Trib. Milano 6 ottobre 2009, in *Giust. Milano*, 2009, 11, 79; Cass., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 3906, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, 261; Trib. Piacenza 7 ottobre 2008, in *DeJure*, 2010; Cass., sez. I, 23 giugno 2008, n. 17033, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 1010; in *Dir. giust.*, 2008, con nota di Papagni; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029, in *Dir. giust.*, 2006, 1, 16; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, 12, 3417; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7031, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 1, con nota di Cennerazzo; Cass., sez. I, 8 luglio 2004, n. 12548, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; in *Fall.*, 2005, 407, con nota di Lamanna; App. Bari 18 febbraio 2003, *ivi*, 2004, 427; in *Dir. banca e mer. fin.*, 2004, 291; Cass., sez. I, 20 dicembre 2002, n. 18147, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2220; Trib. Bologna 8 agosto 2002, in *Foro pad.*, 2002, I, 573, con nota di Bellora; App. Bari 2 luglio 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 568; App. Bari 17 giugno 2002, *ivi*, 2003, II, 568; in *Fall.*, 2002, 1159, con nota di Lo Cascio; Trib. Foggia 7 maggio 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, 510, con nota di Ragusa Maggiore; in *Fall.*, 2002, 1166 con nota di Lo Cascio; Cass., sez. I, 9 ottobre 2001, n. 12368, *ivi*, 2002, 1157, con nota di Lo Cascio; in *Foro it.*, 2002, I, 435; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 264, con nota di Robles. In dottrina un esaustivo quadro della questione viene fatto da Corso, *Le azioni di responsabilità nel fallimento tra "azioni della massa" e "azioni individuali"*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 1033.

(27) Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, 3417, con nota di Fabiani; in *Fall.*, 2006, 1125, con nota di Esposito, *La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili*.

(28) La citata sentenza della Suprema Corte afferma che le azioni revocatorie e surrogatorie, per così dire *naturaliter*, vadano a vantaggio della massa dei creditori. Al riguardo si ricorda, d'altra parte, che al di fuori delle procedure concorsuali solo la surrogatoria ha questa qualità, mentre l'azione revocatoria ordinaria giova solo al creditore che l'ha esercitata. Sul punto si veda anche Rescigno, *op. cit.*, 2130.

(29) Si vedano, *ex multis*: Cass. 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Dir. giust.*, 2008; e in *Giust. Civ. mass.*, 2008, 10, 1534; Trib. Milano, 2 maggio 2007, in *Corr. mer.*, 2007, 1116.

La categoria delle c.d. azioni della massa deve infatti essere ricostruita sicuramente secondo le direttrici indicate dalla Suprema Corte nella decisione del 2006, ma prestando attenzione al fatto che tali linee di lettura devono essere calate e rifinite nell'ottica delle procedure concorsuali.

Come sopra detto, l'azione di responsabilità esperibile dai creditori contro gli amministratori è un'azione diretta, volta a far valere una responsabilità da inadempimento imputabile agli stessi: in caso di condanna, questi ultimi saranno tenuti a risarcire il danno direttamente ai creditori agenti (30).

Ove si apra una procedura concorsuale, fermo quanto sopra, il quadro richiede alcune precisazioni: in tale contesto, infatti, è evidente che il pregiudizio subito dal singolo creditore ad opera degli amministratori non potrà che essere proprio e specifico di quel creditore, ma necessariamente esso sarà il riflesso di un danno subito dalla società e, inoltre, al pregiudizio del singolo creditore si affiancheranno gli uguali pregiudizi subiti da tutti gli altri creditori.

In altre parole, l'inadempimento che dà titolo al risarcimento *ex art.* 2394 c.c. non può che aver pregiudicato tutti i creditori ed è quindi coerente che, nell'ambito di una procedura concorsuale, la relativa azione debba qualificarsi come azione della massa, essendo il "ceto" ad essere pregiudicato (31).

Il quadro muta radicalmente quando si passi a considerare condotte che integrino le responsabilità di cui agli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c. dove la peculiarità della posizione e del pregiudizio del singolo terzo o creditore impongono di trarre conseguenze opposte.

In conclusione, ammessa l'applicabilità analogica dell'art. 2394 c.c. alle società a responsabilità limitata, la legittimazione della relativa azione passa in capo al curatore in forza dell'art. 146, comma 2, lett. a), l.fall., essendo tale azione qualificabile come azione della massa.

### **La responsabilità nei confronti dei soci e dei terzi ex art. 2476, comma 6, c.c. e i pagamenti preferenziali**

La responsabilità prevista dall'art. 2476, comma 6, c.c. riprende alla lettera il primo comma dell'art. 2395 c.c. (32). Come detto si tratta di una responsabilità aquiliana che richiede un danno diretto a un diritto soggettivo del terzo o ad altra sua posizione soggettiva giuridicamente rilevante. Essendo la fattispecie estranea alla categoria delle azioni della massa, è pacifico che la legittimazione alla stessa

non passa al curatore in caso di fallimento ai sensi dell'art. 146 l. fall.

Secondo la giurisprudenza presupposto per l'applicazione della responsabilità sopra richiamata è che il danno di cui si chiede il risarcimento sia diretto, ossia deve essersi prodotto direttamente e immediatamente nella sfera del terzo e, quindi, non si tratti del riflesso di un danno sofferto dalla società (33).

Fatte queste precisazioni, vediamo il caso deciso dal Tribunale di Milano nella sentenza che si commenta.

Il fatto è sintetizzabile come segue: tra le varie condotte contestate al liquidatore vi è anche quella di aver effettuato alcuni pagamenti preferenziali prima del fallimento (34) e di aver prolungato la liquidazione, con ciò nella sostanza facendo prescrivere gli eventuali rimedi revocatori esperibili.

Ciò che qui interessa sono i pagamenti preferenziali.

Il Tribunale di Milano qualifica tali danni come danni diretti per i creditori e come tali estranei al perimetro delle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. bensì rientranti nell'alveo dei rimedi di cui agli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c. Alla luce di ciò il Tribunale esclude correttamente

#### **Note:**

(30) I precedenti sono pochissimi. Si rinvia al già citato Trib. Milano 2 ottobre 2006, cit., 382.

(31) Per riflessioni sulla problematica si rinvia anche a Pagni, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 1037, in part. 1041; e a Rescigno, *op. cit.*, 2129 s.

(32) Nel caso specifico della responsabilità del liquidatore si veda Moietta, *Responsabilità del liquidatore e tutela risarcitoria del terzo direttamente danneggiato*, nota a Trib. Rovereto 16 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 445.

(33) Per una panoramica giurisprudenziale sul tema del danno diretto richiesto ai fini della responsabilità *ex art.* 2395 c.c. si vedano: Cass., sez. I, 23 giugno 2010, n. 15220, in *Dir. giust.*, 2010; Cass., sez. I, 12 giugno 2007, n. 13766, in *Giur. it.*, 2007, 2761; Trib. Milano 28 settembre 2006, *ivi*, 2007, 2, 387; App. Milano 9 dicembre 2003, in questa *Rivista*, 2004, 733, con nota di Malavasi; Trib. Verona 19 luglio 2003, in *Giur. mer.*, 2004, 923; App. Milano 11 luglio 2003; *Giur. it.*, 2003, 2099; Cass., sez. I, 28 febbraio 1998, n. 2251, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 469; in *Giur. it.*, 1998, 1639; in *Foro it.*, 1998, I, 3246; Cass., sez. I, 7 settembre 1993, n. 9385, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1371; in *Fall.*, 1994, 44; in *Dir. fall.*, 1994, II, 27; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 868; in *Giur. comm.*, 1994, II, 365; in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1371; Trib. Bologna 19 gennaio 1993, in questa *Rivista*, 1993, 1063 con nota di Bruni; in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1084; Trib. Roma 20 aprile 1990, in *Tem. romana*, 1990, 146; Cass., sez. I, 3 agosto 1988, n. 4817, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 8/9; Cass., sez. I, 2 giugno 1989, *ivi*, 1989, fasc. 6; in *Giust. civ.*, 1989, I, 2000; in *Giur. it.*, 1989, II, 1, 1686.

(34) I pagamenti preferenziali, inoltre, erano già stati oggetto di giudicato penale che aveva sanzionato gli stessi ai sensi dell'art. 216, comma 3, l.fall.

la legittimazione attiva del curatore poiché la legittimazione per i rimedi ex artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c. non passa a quest'ultimo in caso di fallimento.

Sebbene la motivazione sia molto sintetica, secondo i giudici milanesi i pagamenti preferenziali pregiudicherebbero direttamente i singoli creditori, in particolare per violazione della *par condicio creditorum*. In altre parole la disparità di trattamento tra creditori preferiti e creditori pregiudicati dal pagamento preferenziale viene giudicata dal Tribunale milanese come indice della natura diretta del danno, con la conseguente qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità ex artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c.

Il punto deciso è senz'altro interessante.

A fronte della motivazione, una prima naturale reazione sarebbe quella di replicare che la *par condicio creditorum* non assurge a diritto del creditore: ciò posto è difficile sostenere che la violazione della stessa dia luogo ad un danno diretto e immediato nella sfera del singolo creditore.

Tale replica, tuttavia, non è condivisibile: il quadro sistematico e dogmatico della *par condicio creditorum*, infatti, muta radicalmente dopo l'apertura di una procedura concorsuale, ove la *par condicio* acquista la massima espansione possibile, anzi assoluta (35).

A riprova della condivisibilità della motivazione del Tribunale resta che il pagamento preferenziale non incide - in linea di principio - sul rapporto tra attivo e passivo, limitandosi a creare una disparità di trattamento tra creditori. In altre parole, il pagamento preferenziale non è in sé, e necessariamente, qualcosa che diminuisca la garanzia patrimoniale di una società. Alla luce di ciò si può affermare che il pregiudizio subito dal creditore non è un riflesso di quello subito dalla società, proprio perché un pregiudizio per quest'ultima potrebbe mancare del tutto.

Si condivide quindi il principio affermato dal Tribunale.

### **La quantificazione del risarcimento del danno nell'azione di responsabilità**

La decisione si sofferma infine, sebbene solo per *obiter dicta*, anche sulla questione della quantificazione del risarcimento del danno nelle azioni di responsabilità (36). Il fallimento aveva chiesto una diversa quantificazione del risarcimento del danno, maggiore a quanto deciso in sede penale.

Il Tribunale, ritenendo comunque infondata la pretesa dell'attore in conseguenza del giudicato penale formatosi (37), si sofferma sul merito della stessa affermandone l'erroneità.

Il fallimento avrebbe, infatti, chiesto di quantificare il risarcimento nella differenza tra una situazione patrimoniale redatta in un'ottica di continuità aziendale ed una situazione pre-fallimentare comprendente già rettifiche conseguenti allo stato di liquidazione.

I giudici milanesi rilevano che la richiesta non sarebbe in ogni caso accoglibile poiché si fonda sulla comparazione di due grandezze tra loro non omogenee. Secondo il Tribunale la comparazione sarebbe dovuta avvenire tra la situazione patrimoniale del 1999 (quando la società aveva perso il proprio capitale sociale) «rettificata alla luce dello stato di liquidazione di fatto della società» e la situazione pre-fallimentare.

Non è questa la sede per esaminare la spinosa questione dei criteri di quantificazione del risarcimento. Ci si limita a rilevare che la pronuncia si pone nel solco della precedente decisione del Tribunale milanese dell'11 novembre 2002, secondo la quale «in caso di dichiarazione di fallimento, ai fini della quantificazione del danno cagionato dagli amministratori per aver intrapreso nuove operazioni dopo il verificarsi di un fatto che ha determinato lo scioglimento della società, possono essere presi come parametri di riferimento - nel quadro di una valutazione equitativa - il bilancio anteriore allo svolgimento dell'attività vietata e quello fallimentare, rettificando il primo in modo da far emergere la perdita e attribuendo il saldo a titolo di responsabilità» (38).

---

#### **Note:**

(35) Sul punto ci si limita a rinviare a Schlesinger, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319; per quanto concerne la *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali si veda in part. 325 ss.

(36) Sul punto ci sia consentito in questa sede di fare rinvio alla nostra nota *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, nota a *Cass. civ.*, sez. I, 8 luglio 2009, n. 16050, in questa *Rivista*, 2010, 4, 407 e alla dottrina e giurisprudenza ivi richiamate.

(37) Il tema dell'efficacia del giudicato penale nel processo civile esula dalle finalità delle presenti note: ci si limita a richiamare Vanacore, *Giudicato penale di condanna (anche generica) e giudizio civile: excursus di giurisprudenza*, in *Resp. civ.*, 2010, 147, che offre un'interessante panoramica degli orientamenti della giurisprudenza sulla questione.

(38) Trib. Milano 11 novembre 2002, in questa *Rivista*, 2003, 1015 con nota di De Giorgi. Si veda anche: Trib. Milano 8 ottobre 2001, in *Giur. it.*, 2002, 795. Per una panoramica generale sulla questione della quantificazione del risarcimento restano come riferimenti le seguenti pronunce: *Cass.*, sez. I, 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637, con nota di Iozzo; *Cass.*, sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Fall.*, 1999, 1079, con nota di Badini Confalonieri.

Società sportive

# La qualificazione del c.d. "titolo sportivo" nel trasferimento d'azienda nell'ambito di procedure concorsuali

Tribunale Napoli, Sez. VII, 25 febbraio 2010 - Pres. Scoppa - Rel. Perrino - Fallimento Società Sportiva Calcio Napoli s.p.a. c. G.C. ed altri

*Società sportive - Principi di redazione del bilancio di esercizio - Trattamento contabile del diritto di sfruttamento delle prestazioni dei calciatori - Perdite durevoli di valore - Trattamento contabile del c.d. "titolo sportivo"*

*(Cod. civ. artt. 2423 ss.; L. 29 dicembre 1990, n. 428; N.O.I.F. artt. 52, 16, 20)*

**Il titolo sportivo, pur facendo capo, in modo personalissimo ed esclusivo, soltanto alla società che l'ha conquistato sul campo, non si sostanzia in una situazione giuridica di vantaggio alla società attribuita dall'ordinamento generale, ma è una qualità inerente allo status della società all'interno dell'ordinamento settoriale sportivo.**

*Società sportive - Principi di redazione del bilancio di esercizio - Trattamento contabile del diritto di sfruttamento delle prestazioni dei calciatori - Perdite durevoli di valore - Trattamento contabile del c.d. "titolo sportivo"*

*(Cod. civ. artt. 2423 ss.; L. 29 dicembre 1990, n. 428; N.O.I.F. artt. 52, 16, 20)*

**Il titolo sportivo non può essere qualificato come bene ai sensi dell'art. 810 c.c., né come diritto e men che mai come un diritto potestativo; esso identifica il merito sportivo, ossia la posizione acquistata dalla società sportiva sul campo, nel corso del campionato, appunto per merito sportivo, oggetto del riconoscimento da parte della F.I.G.C. delle condizioni tecniche sportive che consentono, concorrendo gli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato campionato.**

*Società sportive - Principi di redazione del bilancio di esercizio - Trattamento contabile del diritto di sfruttamento delle prestazioni dei calciatori - Perdite durevoli di valore - Trattamento contabile del c.d. "titolo sportivo"*

*(Cod. civ. artt. 2423 ss., L. 29 dicembre 1990, n. 428; N.O.I.F. artt. 52, 16, 20)*

**In tema di redazione del bilancio di esercizio da parte delle società calcistiche, venuto meno per effetto della L. n. 91/1981 il c.d. "vincolo sportivo", il diritto di una società di calcio di utilizzare le prestazioni di un giocatore trova fondamento in un contratto concluso tra il giocatore e la società. In ordine alla rappresentazione degli effetti contabili relativi a detto contratto trovano applicazione gli ordinari principi di redazione del bilancio di esercizio e le norme speciali applicabili per il settore e quelle definite dalla F.I.G.C.**

*Società sportive - Principi di redazione del bilancio di esercizio - Trattamento contabile del diritto di sfruttamento delle prestazioni dei calciatori - Perdite durevoli di valore - Trattamento contabile del c.d. "titolo sportivo"*

*(Cod. civ. artt. 2423 ss., L. 29 dicembre 1990, n. 428; N.O.I.F. artt. 52, 16, 20)*

**La svalutazione ex art. 2426, n. 3, c.c. si deve operare ogni qual volta il valore alla data di chiusura dell'esercizio possa essere considerato durevolmente inferiore all'importo al quale i diritti di sfruttamento delle abilità calcistiche sono stati in precedenza iscritti in bilancio (fermo restando l'obbligo della società di ripristinare il valore**

**originario se negli esercizi successivi vengano meno i motivi della svalutazione). Tale svalutazione non origina tuttavia il pregiudizio patrimoniale nell'ambito dell'azione di responsabilità ex art. 146 l.fall. giacché differenti e non sovrapponibili sono i criteri da seguire, da un lato, per la disciplina del bilancio e, dall'altro, per la valutazione relativa alla sussistenza di un danno patrimoniale.**

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: [www.ipsoa.it/lesocieta](http://www.ipsoa.it/lesocieta)

### Il Tribunale (*omissis*).

Il curatore ha dedotto che tutti i bilanci ordinari ed intermedi della SSCN dal 30 giugno 2001 al 30 giugno 2002 sono stati alterati e falsati dalle c.d. plusvalenze fittizie derivanti da cessioni ed acquisti incrociati dei diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori; ha quindi aggiunto che anche dopo il c.d. decreto salva-calcio, i bilanci successivi alla svalutazione sono stati parimenti alterati e falsati dall'erroneo calcolo degli ammortamenti. In base a questa premessa, il curatore ha sostenuto che la depurazione del patrimonio netto mercé l'eliminazione delle poste corrispondenti alle plusvalenze fittizie evidenzerebbe una costante situazione di perdita del capitale sociale nel quadriennio che precede il fallimento ed ha formulato al riguardo specifiche richieste di accertamenti contabili da svolgere mediante consulenza tecnica d'ufficio per ottenere la quale ha reiteratamente insistito.

Il collegio condivide la valutazione del giudice istruttore che ha ritenuto di non disporre la richiesta consulenza, giacché essa, come proposta sui punti in oggetto, appare meramente esplorativa, in base alle considerazioni che seguono che, per esigenze di completezza e di ordinato sviluppo degli argomenti, involgono anche il periodo contrassegnato dalla c.d. gestione Naldi, che va dal 21 giugno 2002 al 22 giugno 2004, nel corso del quale la società è stata amministrata da un consiglio di amministrazione così composto: (*omissis*) là dove il collegio sindacale contemplava come sindaci effettivi: (*omissis*).

Venuto meno, per effetto della L. n. 91/1981, il c.d. vincolo sportivo, il diritto di una società di calcio di utilizzare le prestazioni di un giocatore trova fondamento in un contratto concluso tra il giocatore e la società.

Al riguardo, l'art. 3, L. n. 91/1981 stabilisce che la «prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato». Non è consentito alla società, né al giocatore di recedere dal contratto senza giusta causa, ma è «ammessa la cessione del contratto prima della scadenza, da una società sportiva all'altra, purché vi consenta l'altra parte e siano osservate le modalità fissate dalle federazioni sportive nazionali» (art. 5, comma 2, L. n. 91/1981). La cessione del contratto, dunque, ha ad oggetto i diritti pluriennali alle prestazioni del giocatore.

Al riguardo, la raccomandazione contabile F.I.G.C. n. 1 prevede che l'importo costituente corrispettivo della cessione del contratto, perché corrisposto per l'acquisto dei suddetti diritti pluriennali, sia iscritto nell'attivo dello stato patrimoniale della società cessionaria tra le immobilizzazioni immateriali e, precisamente, sotto la voce

B.I.8 (altre immobilizzazioni immateriali); là dove i diritti pluriennali alle prestazioni degli sportivi professionisti, rappresentando per le società sportive immobilizzazioni immateriali, vanno iscritti in bilancio in una voce appropriata della classe dell'attivo B-1 immobilizzazioni immateriali, voce 4 (concessioni, licenze, marchi e diritti simili) ovvero, se di ammontare rilevante, in un'apposita voce. Secondo la raccomandazione F.I.G.C., inoltre, qualora una società professionistica stipuli un contratto con un giocatore proveniente dal proprio settore giovanile, non va iscritto «alcun valore patrimoniale a fronte del passaggio al professionismo»; è consentita soltanto la capitalizzazione dei costi di struttura e di gestione del vivaio (raccomandazione contabile F.I.G.C. n. 2), intendendosi per tali i premi di formazione e di addestramento tecnico corrisposti per il tesseramento dei calciatori del vivaio; le spese di vitto, alloggio, locomozione, gare relative al vivaio; i rimborsi spese eventualmente riconosciuti ai giocatori del vivaio; i compensi ed i rimborsi spese riconosciuti ad allenatori, istruttori e tecnici del vivaio; i costi per le assicurazioni stipulate contro gli infortuni dei giocatori del vivaio; le spese sanitarie sostenute per le cure dei giocatori del vivaio.

L'importo di tali costi capitalizzati, che, secondo parte della dottrina, sarebbero assimilabili alle spese di ricerche e di sviluppo, andrebbe iscritto tra le immobilizzazioni immateriali (voce B.1.7) ed ammortizzato con evidenziazione nello stato patrimoniale del fondo ammortamento a rettifica esplicita del costo capitalizzato, sulla base di un piano a quote costanti; peraltro, si sottolinea, l'applicazione dei principi Ias/Ifrs non consente una capitalizzazione indistinta di tutti i costi sostenuti per il vivaio, ma soltanto di quelli identificabili e riferibili a giocatori specifici, che contribuiranno alla formazione dei risultati economici futuri della squadra in cui militano.

L'impostazione contabile adottata dalla raccomandazione della F.I.G.C. è stata condivisa da chi ha sottolineato che i diritti pluriennali condividono con i beni immateriali la caratteristica dell'autonoma trasferibilità, ossia dell'attitudine ad essere ceduti anche idealmente, in via autonoma, ossia in modo indipendente rispetto alle altre risorse che costituiscono l'azienda e sono suscettibili di essere impiegati durevolmente nel ciclo dell'impresa (in termini, vedi Trib. Napoli 8 giugno 1994, in *Foro it.* 1995, I, 3341, resa in relazione a pregresse vicende della SSCN, secondo cui il principio contabile contenuto nella richiamata raccomandazione della F.I.G.C. può essere valorizzato e va condiviso non perché la F.I.G.C. sia titolare di poteri in deroga di precetti codicistici, ma perché esso è pienamente conforme ai criteri dettati dal co-

dice civile e ne costituisce puntuale e corretta esplicazione con riferimento ad un valore peculiare in concessione all'oggetto della società).

La qualificazione come immobilizzazioni immateriali dei diritti in esame comporta l'applicazione dell'art. 2426, comma 1, n. 2, c.c., secondo cui «il costo delle immobilizzazioni, materiali e immateriali, la cui utilizzazione è limitata nel tempo deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione con la loro residua possibilità di utilizzazione. Eventuali modifiche dei criteri di ammortamento e dei coefficienti applicati devono essere motivate nella nota integrativa». I criteri di valutazione prescritti dall'art. 2426 c.c. sono tutti presidiati dal principio del costo, che è derogabile nelle sole ipotesi espressamente regolate e che risponde all'esigenza di ancorare le iscrizioni ivi previste a parametri certi ed oggettivi; e quest'esigenza è particolarmente viva con riguardo all'iscrizione dei diritti in questione, in considerazione della estrema aleatorietà che connota le valutazioni dei diritti alle prestazioni dei calciatori, sovente condizionate da fattori imponderabili, tra i quali valore preminente assume il rendimento sportivo, che rifugge da previsioni certe ed oggettive.

Se i diritti alle prestazioni di un calciatore sono stati acquisiti a titolo oneroso ed il contratto col giocatore ha una durata che interessa due o più esercizi, il costo sostenuto dalla società per acquistare i diritti, in quanto onere pluriennale, deve essere soggetto ad ammortamento. In proposito, sempre la raccomandazione contabile sopra richiamata prevede che l'ammortamento debba avvenire in quote costanti in un numero di esercizi corrispondenti alla durata del contratto che il calciatore ha concluso con la società (in termini, Trib. Napoli 8 giugno 1994, cit.), a partire dall'esercizio nel quale è stato iscritto il costo pluriennale e quindi, generalmente, dall'esercizio nel quale il tesseramento del giocatore è divenuto efficace. Gli ammortamenti vanno iscritti nel conto economico dell'esercizio al quale si riferiscono nella voce 10 a) dello schema obbligatorio contemplato dall'art. 2425 c.c.

Dunque, per procedere al calcolo degli ammortamenti che si sarebbero dovuti operare in casi come quelli descritti, occorre la specificazione (e, ovviamente, la prova) di quanti ed in quali casi fosse prevista l'acquisizione dei diritti alle prestazioni di calciatori per due o più esercizi, specificando altresì il numero degli esercizi nonché l'esercizio nel quale il tesseramento è divenuto efficace.

Qualora poi, prima della scadenza originariamente pattuita, il contratto tra giocatore e società sia prolungato di durata, la società deve rideterminare la quota di ammortamento da imputare all'esercizio nel corso del quale è stato pattuito il prolungamento e negli esercizi successivi. Più in dettaglio, la nuova quota di ammortamento va calcolata dividendo il residuo da ammortizzare, dato dal valore del diritto pluriennale, meno l'importo del relativo fondo di ammortamento alla data in cui il prolungamento della durata del contratto è divenuto efficace, per il numero di esercizi di durata del nuovo contratto.

In casi come questi, dunque, occorre l'allegazione e la documentazione di quanti e quali contratti sia stata prolungata la durata e per quanto tempo.

Se, invece, i diritti pluriennali sono ceduti definitivamente, la società cedente non imputa a conto economico la quota di ammortamento relativa all'esercizio nel quale è avvenuta la cessione, ma determina l'eventuale plusvalenza o minusvalenza derivante dall'operazione, pari alla differenza fra il corrispettivo previsto per la cessione ed il costo residuo da ammortizzare, che va iscritta, secondo l'opzione che appare preferibile, rispettivamente nella voce A) Valore della produzione - 5) altri ricavi e proventi (quanto alle plusvalenze) e nella voce B-Costi della produzione - 14) Oneri diversi di gestione (nel caso di minusvalenze) (in questi termini si è espressa anche l'agenzia delle entrate, direzione centrale normativa e contenzioso, con la risoluzione n. 213/E del 19 novembre 2001, la quale ha rilevato che il trasferimento di un calciatore è evento collegato all'attività ordinaria della società calcistica, con la conseguenza che le plusvalenze e le minusvalenze derivanti dall'alienazione di immobilizzazioni che costituiscano eventi ordinari della gestione dell'impresa, fanno parte dei proventi e degli oneri della gestione ordinaria accessori).

Nella pratica, peraltro, come sottolineato anche dalle parti in questo giudizio, si è verificato il fenomeno di cessioni incrociate tra società calcistiche, caratterizzate, dal punto di vista patrimoniale, da un incremento dell'attivo delle società, dal punto di vista economico, da plusvalenze per entrambe le società e dal punto di vista finanziario, per l'assenza di flussi finanziari fra le società; ne è conseguito un esponenziale incremento del valore contabile dei diritti pluriennali dei giocatori.

La qualificazione di tali diritti come immobilizzazioni immateriali, tuttavia, comporta non soltanto l'obbligo di procedere annualmente a calcolare l'ammortamento del costo al quale i diritti sono iscritti in bilancio, secondo i principi sopra specificati, ma anche l'applicabilità dell'art. 2426, comma 1, c.c.

Per conseguenza, i diritti andavano svalutati allorché il loro valore alla data di chiusura dell'esercizio fosse durevolmente inferiore all'importo al quale essi erano in precedenza iscritti in bilancio (fermo restando l'obbligo della società di ripristinare il valore originario se negli esercizi successivi vengano meno i motivi della rettifica). L'importo della svalutazione va iscritto nella voce 10 c) dello schema obbligatorio del conto economico previsto dall'art. 2425 c.c., ma secondo il principio contabile Cndc n. 24, il valore cui va raffrontato l'importo per il quale le immobilizzazioni sono iscritte in bilancio è il c.d. valore recuperabile, ossia il maggiore tra il presumibile valore realizzabile tramite l'alienazione ed il suo valore d'uso.

Anche nell'ipotesi in cui per un periodo prolungato il corrispettivo delle cessioni dei diritti segni un considerevole calo rispetto ai periodi precedenti e non vi siano fondate probabilità di inversione di tendenza negli anni successivi, le società devono rideterminare il valore del parco giocatori, al fine di verificare se i costi storici con i quali i diritti alle prestazioni sono iscritti in bilancio abbiano ancora una giustificazione economica.

In questi casi, dunque, per il periodo antecedente all'entrata in vigore del c.d. decreto salva-calcio, sul quale ve-

di *infra*, il curatore avrebbe dovuto specificare per ciascun contratto i costi d'iscrizione in bilancio ed allegare gli elementi (come, ad esempio, oltre all'età, ricavabile dal contratto, il ruolo ed il numero di partecipazioni) concernenti ciascun giocatore, tali da consentire la valutazione del presumibile valore realizzabile tramite alienazione e, dunque, l'individuazione del c.d. valore recuperabile.

L'art. 3, comma 1 *bis*, L. n. 27/2003, che ha convertito il D.L. 24 dicembre 2002, n. 282, ha introdotto nella L. n. 91/1981 un nuovo art. 18 *bis*, il quale ha espressamente consentito alle società da tale legge contemplate e, dunque, anche alle società di calcio professionistiche, di «iscrivere in apposito conto nel primo bilancio da approvare successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione (ossia in data successiva al 23 febbraio 2003) tra le componenti attive quali oneri pluriennali da ammortizzare, con il consenso del collegio sindacale, l'ammontare delle svalutazioni dei diritti pluriennali alle prestazioni sportive degli sportivi professionisti, determinato sulla base di un'apposita perizia giurata».

L'importo della svalutazione che la norma consente di capitalizzare va dunque calcolato sottraendo al valore contabile, al netto degli ammortamenti comprensivi della quota di competenza dell'esercizio nel quale si procede a rilevare la svalutazione, il valore attribuito ai diritti pluriennali nella perizia di stima.

L'originario secondo comma dell'art. 18 *bis*, applicabile al caso in esame *ratione temporis*, stabiliva inoltre che le società che si avvalevano della richiamata facoltà dovevano «procedere, ai fini civilistici e fiscali, all'ammortamento della svalutazione iscritta in dieci rate annuali di pari importo». In base alle regole contabili, l'importo complessivo della svalutazione del valore dei diritti pluriennali alle prestazioni dei giocatori va iscritto nella voce B.I. 7 dello schema di stato patrimoniale previsto dall'art. 2424 c.c. (altre immobilizzazioni immateriali), là dove gli ammortamenti vanno indicati nell'apposita voce dei costi della produzione (B 10.a) dello schema di conto economico previsto dall'art. 2424 c.c.

Inoltre, visto che il codice civile impone una particolare cautela nell'iscrizione in bilancio delle operazioni di acquisto di azioni proprie o degli oneri pluriennali, prevedendo nel primo caso l'iscrizione di una riserva indisponibile e nel secondo la possibilità di procedere alla distribuzione di dividendi unicamente nell'ipotesi in cui residuo serve disponibili sufficienti a coprire l'ammontare dei costi pluriennali non ammortizzati, analoga o più prudente condotta va tenuta con riferimento al valore di un'immobilizzazione convenzionale com'è quella in esame, perché non espressiva di un'utilità futura.

In questi casi, dunque, il curatore avrebbe dovuto allegare e documentare tutti gli elementi atti ad individuare i singoli diritti pluriennali e le caratteristiche di ciascun giocatore, al fine di fornire gli elementi di fatto in base ai quali poter procedere all'individuazione degli importi oggetto delle svalutazioni, da ragguagliare, come si è visto, al c.d. valore recuperabile.

Nel caso in esame il curatore non ha rispettato quest'onere di allegazione.

Il curatore, peraltro soltanto con la memoria ex art. 6, D.Lgs. n. 5/2003 (tanto che, come dianzi rilevato, alcuni convenuti sono insorti, eccettuando la novità e dunque la tardività delle integrazioni), si è limitato ad allegare che:

- 1.- nel bilancio al 30 giugno 2001 «risultano indicate plusvalenze fittizie, ovvero omessi costi, relativamente alle operazioni di cessione e/o di acquisto dei diritti sulle prestazioni sportive dei seguenti giocatori: (*omissis*)»;
- 2.- «nella situazione patrimoniale al 31/1/2001 approvata in data 4/2/2002 vengono indicate:

D.1) plusvalenze fittizie ovvero mancata rilevanza di costi, relativamente alle operazioni di cessione e/o acquisto dei diritti sulle prestazioni sportive dei seguenti giocatori: (*omissis*)».

Quanto al periodo successivo, il curatore ha specificato che, quanto alla situazione patrimoniale al 30 maggio 2002 e nel bilancio al 30 giugno 2002, non è stata operata la svalutazione del parco giocatori, giacché, prosegue l'attore, «nel bilancio al 30/6/2002 risultano indicate plusvalenze fittizie relative alle operazioni di cessione e/o di acquisto dei diritti sulle prestazioni sportive di diversi calciatori - senza specificare quali - per importi complessivi non inferiori ad euro 40.000.000,00 circa». In relazione al periodo seguente, la voce «oneri pluriennali ex L. n. 27/03» non ha tenuto debitamente conto degli ammortamenti di competenza del rispettivo periodo, in tal maniera determinando l'alterazione del rappresentazione delle perdite e del patrimonio netto, in quanto, specifica ulteriormente il curatore, è stata «compiuta prima la svalutazione dei diritti sulle prestazioni sportive dei calciatori e, successivamente ... calcolato su detti importi svalutati le quote di ammortamento relative al periodo luglio 2002 - gennaio 2003, determinando in tal modo una artificiosa lievitazione dell'attivo patrimoniale» alla voce suddetta (così la memoria ex art. 7, D.Lgs. n. 5/2003).

Ebbene, tali deduzioni sono manifestamente insufficienti; e manifestamente insufficiente è la produzione documentale intesa a sostenerle.

Anzitutto non sono stati prodotti tutti i contratti dei calciatori utili alla valutazione:

dal raffronto tra i contratti prodotti e quelli indicati sub 1, si rileva che è stato prodotto il solo contratto concernente H.C.D.;

dal raffronto tra i contratti prodotti e quelli indicati sub 2, emerge la produzione dei soli contratti concernenti P., M. e Q.;

anche con riferimento ai contratti esaminati nella perizia giurata S., emerge la mancanza dei contratti concernenti i calciatori (*omissis*) nonché dei contratti concernenti i calciatori che nella perizia sono classificati come afferenti al «settore giovanile», ossia (*omissis*) (vedi, al riguardo i «16 contratti con calciatori ingaggiati da F. e C.», sub 123 della produzione del curatore).

Il curatore ha poi tralasciato di imputare i contratti agli esercizi di riferimento, ha trascurato di indicare gli elementi concernenti i singoli giocatori, come, ad esempio, il ruolo rivestito ed il numero di presenze in campo ed ha omesso di specificare gli importi delle svalutazioni e le quote di ammortamento.

Né al riguardo possono essere utilizzati i dati contenuti nella perizia giurata redatta dal prof. S., giacché, per uniforme orientamento della giurisprudenza di legittimità, «la perizia giurata depositata da una parte non è dotata di efficacia probatoria nemmeno rispetto ai fatti che il consulente asserisce di avere accertato; non essendo prevista dall'ordinamento la precostituzione fuori del giudizio di un siffatto mezzo di prova, ad essa di può solo riconoscere valore di indizio, al pari di ogni documento pro-

veniente da un terzo, il cui apprezzamento è affidato alla valutazione discrezionale del giudice di merito, ma della quale il giudice non è obbligato in nessun caso a tenere conto» (Cass. 22 aprile 2009, n. 9551; Cass. 19 maggio 1997, n. 4437). E va da sé che, in un caso così delicato e complesso come quello in esame, non è sufficiente far conto su meri indizi, al fine di elaborare quesiti da sottoporre ad un consulente tecnico d'ufficio. (omissis).

## IL COMMENTO

di Claudio Sottoriva

Nell'ambito di un procedimento di azione di responsabilità promossa dal curatore del Fallimento della Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. contro amministratori e sindaci della fallita, il Tribunale di Napoli - a fronte di una serie di addebiti nei confronti degli amministratori in tema di redazione dei bilanci - analizza alcune rilevanti problematiche relative ad aspetti peculiari delle società calcistiche rappresentate, in particolare, dal trattamento contabile (e della conseguente rappresentazione e valutazione ai fini della redazione del bilancio ordinario di esercizio) del diritto di utilizzazione delle prestazioni dei giocatori tesserati e dalla disciplina applicabile al c.d. "titolo sportivo".

### Premessa

La sentenza in commento si colloca all'interno delle complesse vicende societarie che hanno visto interessata la Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. negli anni 2000-2007 (1).

In particolare, dopo il ritorno in Serie A nel 2000, l'ingresso del nuovo socio Giorgio Corbelli e la nomina quale Amministratore Delegato di Corrado Ferlaino, la Società viene retrocessa in Serie B. La c.d. "gestione Ferlaino-Corbelli" va dal 6 luglio 2000 al 21 giugno 2002 a cui segue la c.d. "gestione Naldi" che vede il Sig. Salvatore Naldi acquistare nel maggio 2002 il 98% delle azioni di proprietà del Sig. Corbelli. La c.d. "gestione Naldi" va dal 21 giugno 2002 al 22 giugno 2004. Il Calcio Napoli, sempre in Serie B nel biennio successivo 2002-2004 (nonostante il cambio di allenatori), viene dichiarato fallito in data 2 agosto 2004 dal Tribunale di Napoli, sez. VII fallimentare. I debiti della società sfiorano i 79 milioni di euro e l'iscrizione al campionato di B per effetto della normativa sportiva è compromessa; rimane percorribile la strada della serie C1 ma occorrono mezzi finanziari ingenti ed un nuovo *management*. Dopo un iniziale interessamento alla Società da parte di Luciano Gaucci (all'epoca *patron* del Perugia Calcio e la costituzione della Sportiva Napoli S.p.A.), con l'ingresso di Aurelio de Laurentiis (che già in precedenza aveva tentato di rilevare il Napoli dal Sig. Ferlaino) si ha la costituzione di una nuova società,

la Napoli Soccer S.p.A., e l'iscrizione della squadra nel Campionato di Serie C1. Infatti, essendo scaduti sia i termini sia per l'iscrizione al campionato di Serie B (campionato di appartenenza del Napoli) sia per l'adesione al c.d. "lodo Petrucci" (che garantisce alle società subentranti a quelle fallite l'ammissione al campionato inferiore a quello dal quale si era stati esclusi), il Napoli sarebbe dovuto ripartire dalle categorie dilettantistiche. La F.I.G.C., tuttavia, acconsentì a che il Napoli ripartisse almeno dalla serie C1 (peraltro, il Club - essendo stato rilevato direttamente dalla curatela fallimentare e non dalla Federazione (2) - era un'emanazione diretta

### Note:

(1) Nell'ambito delle società calcistiche, appare in primo luogo opportuno evidenziare che l'adozione della forma della società per azioni comporta la soggezione della società allo statuto proprio di questo tipo sociale, senza che (pretese) consuetudini o (altrettanto pretese) logiche di mecenatismo possano influire, anche in astratto, mercé modifiche o deroghe, sui tratti salienti del tipo. Anche l'eliminazione delle deviazioni più rilevanti dal modello societario tipico, ossia il divieto di perseguire finalità lucrative, disposta con la L. n. 586/1996, riconduce le società sportive professionistiche nell'alveo delle società aventi scopo di produrre un profitto. Conseguentemente, sono applicabili alle società sportive professionistiche sia le norme ordinariamente previste per la generalità delle imprese sia la disciplina speciale prevista per tali tipologie di imprese in relazione alla gestione di una squadra di calcio che dà luogo ad una attività economica organizzata al fine dello scambio di servizi.

(2) Alle federazioni sportive nazionali, tra cui rientra la F.I.G.C. (Federazione Italiana Giuoco Calcio) è stata attribuita la natura di associazioni con personalità giuridica di diritto privato, con espli-  
(segue)

della società fallita, conservandone il marchio a differenza delle società nate dal “lodo Petrucci” a cui si richiedeva la perdita di ogni legame con la precedente gestione societaria) (3).

Pertanto nella stagione 2004/2005 la Napoli Soccer gioca nella Serie C1; per tutta l'estate il Napoli confida nell'accesso in Serie B tramite il ripescaggio; a fine luglio, per qualche giorno, il Napoli è virtualmente in B grazie alla bocciatura del Messina da parte del Consiglio Federale della FIGC, ma il TAR riabilita i peloritani ed il Napoli “torna” in Serie C1.

Nel luglio 2004 la Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport deliberava il lodo nel procedimento arbitrale tra la Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. e la F.I.G.C. dichiarando inammissibile la domanda di arbitrato in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 21 dello Statuto F.I.G.C. in connessione con l'art. 32 del medesimo Statuto; violazione e falsa applicazione degli artt. 20, 52 delle N.O.I.F. (4) in connessione con l'art. 22 del Codice di Giustizia Sportiva; violazione del principio del giusto procedimento; violazione degli artt. 16, 20 e 52 delle N.O.I.F. in connessione dell'art. 31, Cost., con le previsioni degli artt. 2561 e 2562 c.c. (in relazione alla negazione da parte del Presidente della F.I.G.C. dell'iscrizione della Società al campionato di Serie B nell'ipotesi che l'affitto del ramo d'azienda non fosse all'epoca disciplinato dalle N.O.I.F. e, come tale, dovesse ritenersi vietato in quanto costituente illegittimo atto dispositivo del titolo sportivo) (5).

Nella stagione 2006/2007, il Presidente De Laurentis, mantenendo la promessa fatta ai tifosi all'atto dell'acquisizione del titolo sportivo dalla curatela fallimentare, restituisce al Club la sua denominazione originale: Società Sportiva Calcio Napoli, che torna così ad essere la denominazione della società per la nuova stagione in serie B e per quelle a venire. Nell'ambito delle vicende societarie si segnala che in data 4 gennaio 2002 veniva avviata un'azione ex art. 2409 c.c. da parte del Sostituto Procuratore della Repubblica di Napoli per la revoca dell'allora organo amministrativo e di controllo della società.

### **Il trattamento contabile del diritto di sfruttamento delle prestazioni dei giocatori**

Con riferimento alle problematiche relative alla redazione dei bilanci di esercizio antecedenti alla dichiarazione di fallimento (che attengono anche alla c.d. “gestione Naldi” successiva, come già ac-

cennato, alla gestione c.d. “Corbelli-Ferlaino”), il curatore ha dedotto che tutti i bilanci ordinari ed intermedi della società dal 30 giugno 2001 al 30 giugno 2002 fossero alterati e falsati dalle c.d. plusvalenze fittizie derivanti da cessioni ed acquisti incrociati dei diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori e che, anche dopo il c.d. «decreto salva-calcio» (6), i bilanci successivi alla svalutazione fossero stati parimenti alterati e falsati dall'erroneo calcolo delle quote di ammortamento.

#### **Note:**

(segue nota 2)

cito assoggettamento al codice civile). I regolamenti delle federazioni sportive nazionali, nel disciplinare i rapporti negoziali tra le società sportive e tra le stesse e i gli atleti, si configurano come atti di autonomia privata perché sia le società sia gli sportivi, con l'aderire alle federazioni, manifestano la volontà di sottostare per il futuro alle disposizioni federali che disciplinano i contratti posti in essere nell'ambito dell'organizzazione sociale; sul punto Cass., sez. III, 5 aprile 1993, n. 4063, in *Foro it.*, 1994, I, 136.

(3) Il c.d. “lodo Petrucci” (dal nome del presidente del CONI che ha proposto la norma, Gianni Petrucci) è una particolare procedura che, nel caso dell'esclusione dai campionati professionistici e conseguente revoca dell'affiliazione per motivi legati al bilancio di una società italiana di calcio, consente di non disperdere il patrimonio sportivo cittadino consentendo ad una nuova società che desideri rilevarne il titolo sportivo, di partire da una categoria ancora professionistica seppur inferiore rispetto a quella conquistata sul campo: quella immediatamente sottostante nella versione originaria del provvedimento. Il *Lodo* è stato approvato dal Consiglio Federale della FIGC il 14 maggio 2004, mentre nel corso del Consiglio del 5 maggio 2008 si è deciso un inasprimento della procedura e dei requisiti di accesso. Nell'attuale versione, la società esclusa deve possedere dei *meriti sportivi*, per poter consentire l'apertura del *Lodo*, ovvero una permanenza consecutiva di cinque anni nelle serie professionistiche o almeno quindici anni anche non consecutivi nel corso della sua storia, condizioni elevate nel 2008 a dieci anni consecutivi di permanenza nella Lega Calcio, o genericamente venticinque stagioni nelle categorie professionistiche. Di contro, la società che subentra non deve avere alcun legame dirigenziale con quella decaduta, e presentare una serie di garanzie di solidità economica. Non eredita il marchio (che potrà, in caso di successivo fallimento societario della squadra originaria, essere comunque acquistato all'asta fallimentare) né i giocatori, che vengono tutti svincolati.

(4) Le Norme Organizzative Interne della Federazione Italiana Giuoco Calcio costituiscono il corpus normativo di riferimento per la FIGC e delle società di calcio che partecipano ai campionati ufficiali e sono emanate dal Consiglio Federale della Federazione.

(5) Secondo la ricorrente, il contratto di affitto di azienda non trasferisce dall'affittante all'affittuario la titolarità degli elementi che compongono l'azienda, ma consente a quest'ultimo il godimento e lo sfruttamento commerciale dell'azienda oggetto di locazione. Sempre secondo la Ricorrente le norme federali non avrebbero avuto (all'epoca) ad oggetto solo ipotesi in cui si realizzano effetti traslativi dell'azienda e, pertanto, il contratto di affitto di azienda non sarebbe caduto nei diversi stabiliti dalle N.O.I.F.

(6) Con la L. 21 febbraio 2003, n. 27 è stato convertito il D.L. 24 dicembre 2002, n. 282 (c.d. “decreto salva-calcio”) che era stato approvato con lo scopo di porre rimedio alla situazione di crisi nei rapporti fra giustizia sportiva e giustizia ordinaria, con particolare riferimento al mondo del calcio.

Sulla base di tale prospettazione, il curatore ha sostenuto che la depurazione del patrimonio netto mercé l'eliminazione delle poste corrispondenti alle plusvalenze fittizie avrebbe evidenziato una situazione di perdita del capitale sociale nel quadriennio precedente la dichiarazione di fallimento.

In tema di redazione del bilancio di esercizio da parte delle società calcistiche, il Tribunale osserva in primo luogo che, venuto meno, per effetto della L. n. 91/1981, il c.d. «vincolo sportivo» (7), il diritto di una società di calcio di utilizzare le prestazioni di un giocatore trova fondamento in un contratto concluso tra il giocatore e la società. Precisamente, l'art. 3, L. n. 91/1981 stabilisce che la «prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato» (8) e, quindi, la cessione del contratto ha ad oggetto la cessione dei diritti pluriennali alle prestazioni dei giocatori.

In ordine alla rappresentazione degli effetti contabili:

- dell'acquisizione del diritto di sfruttamento delle abilità calcistiche;
- dell'ammortamento - esercizio per esercizio - e dell'eventuale svalutazione straordinaria di detti diritti;
- della rilevazione della differenza (positiva negativa o positiva) tra valore contabile (costo storico - fondo ammortamento - svalutazioni operate + rivalutazioni operate) e valore di trasferimento del diritto all'atto della cessione del "tesserino" del calciatore;

trovano applicazione da un lato gli ordinari principi di redazione del bilancio di esercizio (e consolidato di gruppo) ex artt. 2423 ss. c.c. e i principi contabili nazionali OIC (9) e, dall'altro, le norme speciali applicabili per il settore e quelle definite dalla F.I.G.C. (10).

Con riferimento agli interventi normativi specifici per il settore, il "decreto salva-calcio" prevedeva, in particolare, che dopo l'art. 18, L. 23 marzo 1981, n. 91, fosse aggiunto il seguente:

«Art. 18-bis. (*Disposizioni in materia di bilanci*). 1. Le società sportive previste dalla presente legge possono iscriversi in apposito conto nel primo bilancio da approvare successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione tra le componenti attive quali oneri pluriennali da ammortizzare, con il consenso del collegio sindacale, l'ammontare delle svalutazioni dei diritti pluriennali delle prestazioni sportive degli sportivi professionisti, determinato sulla base di un'apposita perizia giurata.

2. Le società che si avvalgono della facoltà di

cui al comma 1 devono procedere, ai fini civilistici e fiscali, all'ammortamento della svalutazione iscritta in dieci rate annuali di pari importo» (11).

Con riferimento a tale previsione normativa, l'Organismo Italiano di Contabilità aveva elaborato un proprio documento in cui veniva segnalato che la norma in questione costituiva una deviazione dai principi generali della disciplina del bilancio

**Note:**

(7) Il vincolo sportivo ha natura di contratto associativo aperto, sostanziandosi nell'approvazione diretta del tesseramento con la società e indiretta delle clausole statutarie regolamentari dell'ente organizzatore. Stipulando il tesseramento l'atleta instaura un rapporto contrattuale con la propria associazione e, conseguentemente, accetta le clausole statutarie e regolamentari della relativa federazione. L'atleta risulta tesserato per una società associata in forma privatistica, mediante l'affiliazione, alla federazione sportiva che, di regola, impone alla medesima di recepire nel singolo rapporto contrattuale le norme federali sul tesseramento e sul vincolo. Nell'ambito della F.I.G.C. il vincolo sportivo è attualmente disciplinato all'art. 32 delle N.O.I.F. limitatamente ai calciatori "giovani" dal quattordicesimo anno di età anagraficamente compiuto; l'art. 106 delle stesse Norme prevede che i calciatori dilettanti possono essere sciolti dal vincolo, con la conseguente decadenza del tesseramento per la società, in caso di rinuncia da parte della società; svincolo per accordo; inattività del calciatore; inattività per rinuncia od esclusione dal campionato della società; cambiamento di residenza del calciatore; esercizio del diritto di stipulare un contratto con qualità di "professionista"; svincolo per decadenza del tesseramento.

(8) Non è consentito alla società, né al giocatore di recedere dal contratto senza giusta causa, ma è «ammessa la cessione del contratto prima della scadenza, da una società sportiva all'altra, purché vi consenta l'altra parte e siano osservate le modalità fissate dalle federazioni sportive nazionali» (art. 5, comma 2, L. n. 91/1981).

(9) Facendo riferimento - nel caso di specie - a società di calcio non aventi titoli in mercati regolamentati; in presenza di società di calcio aventi titoli in mercati regolamentati (come, ad esempio, per quanto riguarda attualmente l'Italia, la Juventus Football Club S.p.A., la A.S. Roma S.p.A. e la A. C. Lazio S.p.A.), trovano invece applicazione i principi contabili internazionali IAS/IFRS con cui - con difficoltà - devono essere innestate le norme speciali rappresentate dalle norme N.O.I.F. della F.I.G.C.

(10) Sul punto osserviamo che le raccomandazioni della F.I.G.C. devono essere applicate non perché la F.I.G.C. sia titolare di poteri in deroga di precetti codicistici, ma in quanto pienamente conformi ai criteri dettati dal codice civile.

(11) Come noto, la L. 17 agosto 2005, n. 168 (di conversione del D.L. 30 giugno 2005, n. 115), in seguito ai provvedimenti adottati dalla Commissione Europea contro la L. n. 27/2003, ha modificato le disposizioni di cui sopra come segue: Art. 6. «2. Le società sportive che si sono avvalse della facoltà di cui all'articolo 18-bis della legge 23 marzo 1981, n. 91, e successive modificazioni, nell'esercizio chiuso o in corso al 31 dicembre 2006 devono ridurre l'ammontare del patrimonio netto dell'importo del valore residuo della voce di bilancio «oneri pluriennali da ammortizzare» iscritta tra le componenti attive per effetto della svalutazione dei diritti pluriennali delle prestazioni sportive degli sportivi professionisti. Il patrimonio deve essere diminuito delle rettifiche di valore calcolate per ammortizzare sistematicamente il valore di questi elementi durante il periodo della loro utilizzazione. L'applicazione di tali disposizioni non incide sulla posizione fiscale delle società interessate. 3. Sono abrogati l'articolo 18-bis della legge 23 marzo 1981, n. 91, e l'articolo 28 della legge 18 aprile 2005, n. 62».

di cui agli artt. 2423 ss. c.c., nonché dal disposto delle direttive contabili comunitarie. Inoltre, essa non risultava essere in linea con i principi contabili nazionali e con i principi contabili internazionali. Con questa previsione il legislatore non modificava in modo permanente la disciplina civilistica del bilancio per consentire l'adozione di un metodo alternativo di rappresentazione contabile delle svalutazioni, ma interveniva in modo autonomo derogando, temporaneamente, ai principi e alle regole ordinariamente applicabili in materia, limitatamente alle sole società sportive previste dalla L. n. 81/1991.

Nel caso di specie, la normativa della F.I.G.C. e, in particolare le Raccomandazioni Contabili dalla stessa predisposte (12), prevedono che l'importo costituente il corrispettivo della cessione del contratto, in quanto corrisposto per l'acquisto dei diritti pluriennali allo sfruttamento delle abilità calcistiche, deve essere iscritto nell'attivo dello stato patrimoniale della società cessionaria tra le immobilizzazioni immateriali; anche i diritti pluriennali alle prestazioni degli sportivi professionisti, assimilabili ai diritti di concessione e simili, vanno iscritti nello Stato patrimoniale tra le immobilizzazioni immateriali (13).

Inoltre, qualora una società professionistica stipuli un contratto con un giocatore proveniente dal proprio settore giovanile, non va iscritto «alcun valore patrimoniale a fronte del passaggio al professionismo»; è consentita soltanto la capitalizzazione dei costi di struttura e di gestione del vivaio (14) (raccomandazione contabile F.I.G.C. n. 2); l'importo di tali costi capitalizzati, che, secondo parte della dottrina, sarebbero assimilabili alle spese di ricerca e di sviluppo, deve essere iscritto tra le immobilizzazioni immateriali (15) e sistematicamente ammortizzato (16).

La qualificazione come immobilizzazioni immateriali dei diritti in esame comporta l'applicazione dell'art. 2426, comma 1, n. 2, c.c., secondo cui «il costo delle immobilizzazioni, materiali e immateriali, la cui utilizzazione è limitata nel tempo deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione con la loro residua possibilità di utilizzazione. Eventuali modifiche dei criteri di ammortamento e dei coefficienti applicati devono essere motivate nella nota integrativa».

Correttamente sottolinea il Tribunale che i criteri di valutazione prescritti dall'art. 2426 c.c. sono tutti presidiati dal principio del costo, che è derogabile nelle sole ipotesi espressamente regolate (17) e che risponde all'esigenza di ancorare le iscrizioni ivi

**Note:**

(12) Tali raccomandazioni fissano le procedure da seguire per una corretta contabilizzazione e rappresentazione in bilancio di alcune voci tipiche dello Stato patrimoniale e del Conto economico; esse quindi assolverebbero ad una duplice funzione analoga a quella svolta dai principi contabili; "esse sono indirizzate ad interpretare tecnicamente le disposizioni generali fissate dalla legge in materia di bilancio e al contempo tendono ad integrare le medesime disposizioni qualora queste ultime si presentino lacunose nella loro applicazione ai conti annuali delle società calcistiche"; cfr. M. Valeri, *Standard IAS/IFRS e nuove esigenze di disclosure nel bilancio delle società di calcio*, Torino, 2008, 124.

(13) Con riferimento all'individuazione della voce appropriata per l'iscrizione di tali voci si rammenta che l'art. 2423 *ter* c.c. prevede che devono essere aggiunte altre voci qualora il loro contenuto non sia compreso in alcuna di quelle previste dagli articoli 2424 e 2425 nonché che le voci precedute da numeri arabi devono essere adattate quando lo esige la natura dell'attività esercitata. Le norme N.O.I.F. prevedono, rispetto allo schema obbligatorio di Stato patrimoniale previsto dal codice civile, l'utilizzo delle seguenti voci nella classe I) Immobilizzazioni immateriali dell'attivo dello Stato patrimoniale:

- B) I) 7) Capitalizzazione dei costi del vivaio;
- B) I) 8) Diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori;
- B) I) 9) Oneri pluriennali da rettifiche di valore.

Il costo sostenuto dalla società cessionaria per il subentro nel rapporto con il calciatore presenta un'utilità pluriennale la quale si estenderà lungo tutto la durata del nuovo contratto stipulato successivamente con l'atleta; tale costo comprenderà gli oneri accessori di trasferimento. Le norme N.O.I.F. prevedono testualmente che la cessione dei diritti alle prestazioni dei calciatori produce due effetti: 1) il primo consiste nel diritto della società cessionaria di assumere, nel rapporto con il calciatore, la posizione della società cedente e nel corrispondente obbligo di pagare alla società cedente il prezzo convenuto; 2) il secondo consiste nella modificazione soggettiva del rapporto con il calciatore, modificazione che si realizza con la stipulazione di un nuovo contratto, in base al quale il calciatore potrà far valere i propri diritti e dovrà adempiere le proprie obbligazioni solo nei confronti della società cessionaria, sua nuova contraente. Il diritto della società cessionaria di assumere, nel rapporto con il calciatore, la posizione della società cedente ha una sua valenza economica determinata dal prezzo convenuto fra le società per la cessione del contratto. Questo prezzo è correlato alla posizione giuridica che la società cessionaria assume, a seguito della cessione, per l'intera durata del nuovo contratto.

(14) Intendendosi per tali i premi di formazione e di addestramento tecnico corrisposti per il tesseramento dei calciatori del vivaio; le spese di vitto, alloggio, locomozione, gare relative al vivaio; i rimborsi spese eventualmente riconosciuti ai giocatori del vivaio; i compensi ed i rimborsi spese riconosciuti ad allenatori, istruttori e tecnici del vivaio; i costi per le assicurazioni stipulate contro gli infortuni dei giocatori del vivaio; le spese sanitarie sostenute per le cure dei giocatori del vivaio.

(15) Alla voce B) I) 7) Capitalizzazione dei costi del vivaio secondo le indicazioni delle N.O.I.F. in precedenza richiamate; cfr. nt. 40.

(16) Al contrario, l'applicazione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS non consente una capitalizzazione indistinta di tutti i costi sostenuti per il vivaio, ma soltanto di quelli identificabili e riferibili a giocatori specifici, che contribuiranno alla formazione dei risultati economici futuri della squadra in cui militano.

(17) Si pensi alla valutazione delle partecipazioni iscritte nelle immobilizzazioni finanziarie e costituenti partecipazioni in imprese controllate o collegate per le quali, in alternativa al criterio del costo, è prevista una loro valutazione secondo il metodo del patrimonio netto (*equity method*) o alla valutazione delle rimanenze di magazzino per le quali è previsto che in sede di predisposizione del bilancio di esercizio deve essere assunto il minore tra il costo di acquisto o di produzione ed il valore di presumibile realizzazione desumibile dal mercato.

previste a parametri certi ed oggettivi (18) (e quest'esigenza è particolarmente viva con riguardo all'iscrizione dei diritti in questione, in considerazione della estrema aleatorietà che connota le valutazioni dei diritti alle prestazioni dei calciatori, sovente condizionate da fattori imponderabili, tra i quali valore preminente assume il rendimento sportivo, che rifugge da previsioni certe ed oggettive).

Se i diritti alle prestazioni di un calciatore sono stati acquisiti a titolo oneroso ed il contratto con il giocatore ha una durata che interessa due o più esercizi, il costo sostenuto dalla società per acquistare detti diritti - in quanto onere pluriennale - deve essere come detto *i*) capitalizzato, *ii*) assoggettato ad ammortamento (19) e *iii*) svalutato in presenza di perdite durevoli di valore (20).

Le norme relative alla redazione del bilancio delle società calcistiche prevedono che l'ammortamento deve avvenire in quote costanti in un numero di esercizi corrispondenti alla durata del contratto che il calciatore ha concluso con la società a partire dall'esercizio nel quale è stato iscritto il costo pluriennale e quindi - generalmente - dall'esercizio nel quale il tesseramento del giocatore è divenuto efficace. Qualora poi, prima della scadenza originariamente pattuita, il contratto tra giocatore e società sia prolungato di durata, la società deve rideterminare la quota di ammortamento da imputare all'esercizio nel corso del quale è stato pattuito il prolungamento e negli esercizi successivi (21).

Se, invece, i diritti pluriennali sono ceduti definitivamente, la società cedente non imputa a Conto economico la quota di ammortamento relativa all'esercizio nel quale è avvenuta la cessione, ma determina l'eventuale plusvalenza o minusvalenza derivante dall'operazione, pari alla differenza fra il corrispettivo previsto per la cessione ed il costo residuo da ammortizzare, che va iscritta, nella voce A) Valore della produzione - 5) Altri ricavi e proventi (quanto alle plusvalenze) e nella voce B-Costi della produzione - 14) Oneri diversi di gestione (nel caso di minusvalenze) (22). Si precisa, tra l'altro,

**Note:**

(18) I principi contabili nazionali illustrano nell'OIC 11 che è stato accolto il criterio del costo come criterio base delle valutazioni di bilancio dell'impresa in funzionamento come segue: 1. I componenti del capitale costituiscono un sistema organico di beni destinato alla produzione di reddito e costituiscono costi anticipati la cui utilità ceduta al processo di trasformazione economica è misurata attraverso un sistema di valutazioni successive. Il costo non rappresenta soltanto la spesa sostenuta per l'acquisizione dei beni, ma rappresenta anche il valore delle loro qualità funzionali che partecipano al processo formativo del reddito, ossia, è anche espressione del loro valore di funzionamento.

2. Il criterio del costo è quello che lascia minor latitudine agli ap-

prezzamenti soggettivi. Il criterio del costo è di facile applicabilità ed attuazione. Non va però effettuata confusione tra costo come criterio di valutazione e costo come valore inderogabile di bilancio. Il costo è, con i suoi limiti, un metodo informativo del valore, e come tale va considerato. In altri termini, il bilancio ha per obiettivo l'esposizione di valori e non di costi; il costo è solo uno dei termini usati per la misurazione del valore. Tale confusione ha precluso talvolta il riconoscimento di perdite con la giustificazione della salvaguardia del costo. Il procedimento di valutazione parte dal costo originario che misura la funzionalità originaria dei beni, ma la deve continuamente riesaminare per determinare la misura residua. Il bilancio di esercizio è interessato solitamente alle diminuzioni di funzionalità dei beni destinati al processo produttivo e non ai suoi aumenti. L'aumento, come regola generale, è in contrasto con i postulati del bilancio d'esercizio, perché si concretizza in utili non realizzati. Assunto però il costo come criterio base, i corretti principi contabili relativi alle singole poste di bilancio stabiliranno i casi ed i modi con cui il costo va rettificato o sostituito per tenere conto della diminuita funzionalità (operatività o commerciabilità) e dei mutamenti di valore in situazioni speciali (quali ad esempio speciali situazioni od andamenti del mercato, mutato livello generale dei prezzi, ristrutturazioni o riorganizzazioni aziendali, ecc.) o per investimenti di particolare natura (quali le partecipazioni) che gli stessi corretti principi contabili identificheranno e definiranno. Qualora le ragioni che avevano reso necessaria una svalutazione in conformità ai corretti principi contabili vengano meno, gli stessi principi richiedono il ripristino del costo originario.

(19) La corrispondente quota di ammortamento trova iscrizione nel Conto economico alla voce 10 a) dello schema obbligatorio contemplato dall'art. 2425 c.c.

(20) A questo proposito, la Raccomandazione contabile n. 1 della F.I.G.C. considera espressamente i seguenti due casi: il primo si riferisce alla situazione in cui, in pendenza del contratto, il calciatore abbandona l'attività agonistica; il secondo caso si verifica nell'ipotesi di ritiro dall'attività del giocatore a seguito di un grave infortunio.

(21) La nuova quota di ammortamento andrebbe poi calcolata dividendo il residuo da ammortizzare (pari alla differenza tra il valore del diritto pluriennale e l'importo del relativo fondo di ammortamento alla data in cui il prolungamento della durata del contratto è divenuto efficace) per il numero di esercizi di durata del nuovo contratto. Le Raccomandazioni Contabili della FIGC prevedono in particolare che poiché i diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori sono immobilizzazioni immateriali la cui utilizzazione è limitata nel tempo, il relativo costo, ai sensi dell'art. 2426 c.c., deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione alla residua possibilità di utilizzazione. L'esercizio di decorrenza dell'ammortamento dei diritti è quello in cui avviene il tesseramento dei calciatori. Il criterio di ammortamento dei diritti alle prestazioni dei calciatori, nel rispetto del principio della prudenza, è quello della ripartizione del costo del diritto, come sopra definito, in quote costanti ovvero in quote decrescenti, per l'intera durata del contratto che vincola il calciatore alla società. Resta inteso che, con riferimento alla totalità dei diritti alle prestazioni dei calciatori, deve essere adottato un unico criterio di ammortamento e che non sono in ogni modo ammesse modalità di ammortamento diverse da quelle sopra menzionate. Il piano di ammortamento originario subisce le modificazioni conseguenti al prolungamento del contratto tra la società e il calciatore a seguito dell'eventuale rinnovo anticipato dello stesso. In questa ipotesi il nuovo piano di ammortamento deve tenere conto del valore netto contabile del diritto alla data del prolungamento del contratto e della nuova durata dello stesso.

(22) Essendo il trasferimento di un calciatore evento collegato all'attività ordinaria della società calcistica e quindi le conseguenti plusvalenze e minusvalenze derivanti dall'intervenuta alienazione costituenti eventi ordinari della gestione dell'impresa che devono trovare iscrizione e classificazione tra i proventi e gli oneri della gestione ordinaria.

che allegato al bilancio di esercizio deve essere presentato anche il prospetto delle movimentazioni dei diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori così come richiesto dalle N.O.I.F.

Oltre all'ordinario procedimento di ammortamento sistematico, si rende necessaria anche la svalutazione - ricorrendone i presupposti ex art. 2426, comma 1, c.c. - del valore di iniziale iscrizione all'attivo dello Stato patrimoniale del diritto di sfruttamento del c.d. "cartellino" del calciatore. La svalutazione si deve operare ogni qual volta il valore alla data di chiusura dell'esercizio possa essere considerato durevolmente inferiore all'importo al quale i diritti di sfruttamento delle abilità calcistiche sono stati in precedenza iscritti in bilancio (fermo restando l'obbligo della società di ripristinare il valore originario se negli esercizi successivi vengano meno i motivi della svalutazione) (23). Il principio contabile nazionale OIC 24 specifica che il valore d'iscrizione (al costo) delle immobilizzazioni immateriali non può eccedere il valore recuperabile, definito come il maggiore tra il presumibile valore realizzabile tramite alienazione ed il suo valore in uso.

Il valore realizzabile dall'alienazione è definito come l'ammontare che può essere ricavato dalla cessione dell'immobilizzazione in una vendita contrattata a prezzi normali di mercato tra parti bene informate e interessate, al netto degli oneri diretti da sostenere per la cessione stessa.

Il valore in uso è definito come il valore attuale dei flussi di cassa attesi nel futuro derivanti o attribuibili alla continuazione dell'utilizzo dell'immobilizzazione, compresi quelli derivanti dallo smobilizzo della stessa al termine della sua vita utile.

La vita utile è definita come:

– il periodo di tempo durante il quale l'impresa prevede di poter utilizzare l'immobilizzazione, ovvero;

– le quantità di unità di prodotto (o misura simile) che l'impresa si attende di poter ottenere tramite l'uso della immobilizzazione.

Ne consegue che, qualora il curatore avesse voluto, come in precedenza accennato, dimostrare che i bilanci considerati erano alterati da plusvalenze fittizie e dall'errata imputazione di quote di ammortamento, avrebbe dovuto specificare per ciascun contratto i costi d'iscrizione in bilancio ed allegare gli elementi concernenti ciascun giocatore (come, ad esempio, oltre all'età, ricavabile dal contratto, il ruolo ed il numero di partecipazioni) in modo da consentire la valutazione del presumibile valore realizzabile tramite alienazione e, dunque, l'individuazione del c.d. "valore recuperabile" al fi-

ne di confrontare detto valore con il valore di iscrizione in bilancio (*rectius*, il valore di iscrizione all'attivo dello Stato patrimoniale) (24).

**Note:**

(23) L'importo della svalutazione va iscritto nella voce 10 c) dello schema obbligatorio del Conto economico previsto dall'art. 2425 c.c. Le Raccomandazioni contabili della F.I.G.C. prevedono che con riferimento a tutte le immobilizzazioni immateriali, la residua possibilità di utilizzazione delle stesse deve essere soggetta ad un riesame e ad una conferma costante nel tempo. Nel caso si riscontri una riduzione durevole delle condizioni di utilizzo futuro, tale riduzione deve essere riflessa nel bilancio d'esercizio attraverso una svalutazione. Per quanto attiene ai diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori, l'abbandono dell'attività agonistica da parte dello sportivo e l'infortunio grave subito costituiscono specifiche ipotesi di riduzione del valore dei diritti. Nell'ipotesi in cui, in pendenza di contratto, il calciatore decida di abbandonare l'attività agonistica, la società, in ottemperanza al sopramenzionato principio generale della residua possibilità di utilizzazione, deve imputare a Conto Economico, quale svalutazione della relativa immobilizzazione, tutta la parte di costo non ammortizzato, in quanto è venuta meno la capacità di produrre benefici economici futuri da parte del calciatore. Analoga svalutazione del valore netto contabile del diritto, da imputare a Conto Economico, deve essere effettuata per effetto di un grave infortunio subito da parte del calciatore che lo costringa ad abbandonare l'attività agonistica. Si rileva che, a fronte di tale costo, la società deve contabilizzare i diritti riconosciuti (proventi) derivanti dal risarcimento assicurativo. È opportuno precisare che il riesame del valore residuo del diritto alle prestazioni del calciatore deve essere effettuato dalle società anche nell'ipotesi di infortunio non così grave da configurare l'immediato abbandono dell'attività da parte del calciatore, ma di entità, comunque, tale da determinare incertezza in merito alla recuperabilità del valore del diritto. Si rileva, infine, che qualora vengano meno, in tutto o in parte, le cause che hanno determinato la svalutazione, questa non può essere mantenuta. Il valore originario, pertanto, deve essere ripristinato al netto degli ulteriori ammortamenti non calcolati a causa della precedente svalutazione.

(24) Il curatore, e soltanto con la memoria ex art. 6, D.Lgs. n. 5/2003 (tanto che alcuni convenuti hanno eccependo la novità e dunque la tardività delle integrazioni), si è limitato ad evidenziare che nel bilancio al 30 giugno 2001 «risultano indicate plusvalenze fittizie, ovvero omessi costi, relativamente alle operazioni di cessione e/o di acquisto dei diritti sulle prestazioni sportive dei seguenti giocatori: Rogolino Demetrio, Coppola Ferdinando, Roccati Marco, Oliva Diego, Musetti Riccardo, Lo Coco Gaetano, Cristiano Domenico, Gidone Giovanni, Casillo Raffaele, Carbone Paolo, Matuzalem Francolino da Silva, Husain Claudio Daniel, Romeo Johan Michel, Wanderley Velasquez, per un importo non inferiore a £. 58 mld. circa» e che nella situazione patrimoniale al 31/1/2001 approvata in data 4/2/2002 sono indicate «plusvalenze fittizie ovvero mancata rilevanza di costi, relativamente alle operazioni di cessione e/o acquisto dei diritti sulle prestazioni sportive dei seguenti giocatori: De Stefano Fabio, Mantenga Giovanni, Malafrente Luigi, Jankulowski Marek, Pavon Carlos Alberto, Montezine Fabio Cesar, Quadrini Marco». Quanto al periodo successivo, il Curatore ha specificato che, quanto alla situazione patrimoniale al 30 maggio 2002 e nel bilancio al 30 giugno 2002, non è stata operata la svalutazione del parco giocatori, giacché, «nel bilancio al 30/6/2002 risultano indicate plusvalenze fittizie relative alle operazioni di cessione e/o di acquisto dei diritti sulle prestazioni sportive di diversi calciatori per importi complessivi non inferiori ad euro 40.000.000,00 circa». Il Tribunale evidenzia altresì che il Curatore ha poi tralasciato di imputare i contratti agli esercizi di riferimento, ha trascurato di indicare gli elementi concernenti i singoli giocatori, come, ad esempio, il ruolo rivestito ed il numero di presenze in campo ed ha ommesso di specificare gli importi delle svalutazioni e le quote di ammortamento.

### La svalutazione di immobilizzazioni in presenza di perdite durevoli di valore

Con riferimento alla ricostruzione della c.d. "gestione Naldi", il Tribunale rileva che - avuto riguardo alla rappresentazione della composizione quali-quantitativa del patrimonio aziendale - l'attivo dello Stato patrimoniale si sarebbe dovuto ridurre in relazione al minor valore dell'immobile di proprietà sociale all'esito dell'intervenuta scadenza della concessione edilizia (e ciò, nella sostanza, similmente alla svalutazione che si deve operare in relazione al minor valore del diritto di sfruttamento delle abilità calcistiche dei tesserati come in precedenza illustrato). In particolare, il Tribunale sottolinea come, anche in assenza di un formale provvedimento dell'amministrazione pubblica, la scadenza della concessione ad edificare (25) aveva determinato la caducazione del diritto di edificare e la sua degradazione a mero interesse legittimo al rilascio di una nuova concessione: «la situazione che si determina alla scadenza del termine previsto dalla concessione per l'edificazione del manufatto deve essere equiparato alla totale assenza della concessione edilizia, tal che dopo l'inutile scadenza di tale termine la concessione è *tamquam non esset*; sicché i lavori edilizi iniziati o ultimati dopo la relativa scadenza restano privi di titolo abilitativo, indipendentemente da una dichiarazione amministrativa di decadenza e vanno pertanto soggetti alla sanzione penale prevista dall'art. 20, L. 28 febbraio 1985, n. 47» (26). Conseguentemente, se la società, dopo la scadenza della concessione, avesse richiesto con esito positivo il rilascio della nuova concessione attivando un nuovo procedimento amministrativo, i motivi della svalutazione sarebbero venuti meno e si sarebbe, dunque, dovuto procedere al ripristino del valore dell'immobile (nei limiti del costo di acquisto) (27); se, al contrario, la riduzione di valore è ritenuta temporanea, non sorge obbligo di riduzione del valore dell'elemento immobilizzato iscritto all'attivo dello Stato patrimoniale (28).

La necessità di effettuazione della accennata svalutazione in sede di redazione del bilancio di esercizio non origina tuttavia, a giudizio del Tribunale, il pregiudizio patrimoniale lamentato dal curatore nell'ambito dell'azione di responsabilità ex art. 146 l.fall. giacché «Differenti e non sovrapponibili sono, infatti, i criteri da seguire, da un lato, per la disciplina del bilancio e, dall'altro, per la valutazione relativa alla sussistenza di un danno patrimoniale». E, infatti, da un lato si hanno le norme che regolano la periodica predisposizione del bilancio di esercizio al

termine del periodo amministrativo di riferimento in cui deve in primo luogo essere rispettata la clausola generale di redazione del bilancio secondo la quale lo stesso deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio e, dall'altro, si ha la determinazione del danno. In particolare, nella redazione del bilancio devono essere rispettati i principi della prudenza e della competenza; la prudenza nella costruzione delle sintesi contabili di esercizio impone di applicare ragionevolmente ai fatti concreti i criteri di stima, così esplicitando l'obbligo di verità, nei casi in cui sia necessario un giudizio prospettico e non soltanto storico degli eventi economici rilevanti nella redazione delle stesse (29). La distinzione tra fatto illecito e danno comporta che la condotta dannosa, ossia la condotta idonea a produrre conseguenze dannose immediatamente e direttamente ad essa riannodabili, postula la definitività e l'irreversibilità del danno da essa derivante (30). Con riferimento al minor valore dell'immobile, il Tribunale rileva che non è vi prova della definitività in quanto - nel caso di specie - è stato acclarato che le potenzialità edificatorie dell'immobile risultavano legate, alla luce dei vigenti strumenti urbanistici, alla destinazione di realizzazione di attrezzature pubbliche per la maggior parte dei suoli e che, ulteriormente, non essendo stato ancora venduto il cespite, non era definitivamente accertato l'asserito minor valore dell'immobile rispetto a quello che si sarebbe potuto ottenere se fosse ancora efficace la concessione edilizia.

### Il trattamento contabile del titolo sportivo

La SSCN S.p.A. risultava impotente alla soddisfazione dei debiti a partire dal mese di novembre

#### Note:

(25) Nel caso in esame, l'efficacia della concessione era stata più volte prorogata sino alla definitiva scadenza del luglio 2002.

(26) Cass. pen., 10 luglio 1997, Doria, in *Giust. pen.*, 1998, II, 420.

(27) Così come previsto dal secondo nucleo normativo del n. 3 del comma 1 dell'art. 2426 c.c.

(28) I principi contabili internazionali IAS/IFRS prevedono invece che in presenza di riduzione di valore, temporanea o duratura, si debba comunque procedere all'effettuazione dell'*impairment* dell'elemento patrimoniale attivo.

(29) Cfr. Trib. Milano 31 ottobre 2007, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, fasc. 18, 76.

(30) Cfr. Cass. 7 febbraio 1998, n. 1298, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 522; 3 marzo 1997, n. 1851, in *Vita not.* 1997, 254; 22 febbraio 1997, n. 1641, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 357.

2003 a decorrere dal quale, secondo quanto riferito dal curatore con la relazione *ex art.* 33 l.fall., era definitivamente cessata la corresponsione degli stipendi alla maggior parte dei dipendenti tesserati e dei dipendenti non tesserati e co.co.co. (31).

Si segnala che nel marzo 2004 la Società Napoli Sportiva S.p.A. aveva presentato domanda di affiliazione alla F.I.G.C.-Lega Nazionale Dilettanti e che con scrittura privata del 30 giugno 2004 la Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. si impegnava a cedere in affitto alla Napoli Sportiva S.p.A. l'azienda sportiva da essa condotta subordinando l'efficacia degli obblighi da essa nascenti all'iscrizione al Campionato di Serie B per la stagione 2004/2005 dell'affittuario. Con note del 2 e del 6 luglio 2004, la società Napoli Sportiva S.p.A. presentava domanda di iscrizione al Campionato di Serie B per la stagione 2004/2005. Con lettera del 7 luglio 2004, il Presidente della F.I.G.C. comunicava alla Napoli Sportiva il rigetto dell'istanza di iscrizione al Campionato di Serie B in luogo della Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. per effetto del richiamato contratto di affitto d'azienda (32).

La mancata iscrizione della Napoli Sportiva al Campionato di Serie B, secondo la ricostruzione operata dal Calcio Napoli S.p.A. in sede di procedimento arbitrale (avviato in data 9 luglio 2004) avanti il Collegio Arbitrale della Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport avverso la non ammissione al torneo di calcio professionistico di serie B della stessa, conseguirebbe al fatto che all'epoca l'ipotesi di affitto di ramo d'azienda non era disciplinata dalle N.O.I.F. e che quindi tale ipotesi era da ritenersi vietata in quanto costituente illegittimo atto dispositivo del titolo sportivo (in particolare «violazione e falsa applicazione degli artt. 16, 20 e 52 delle N.O.I.F. in connessione con l'art. 41 Cost. e con le previsioni degli artt. 2561 e 2562 c.c.»).

In particolare, la SSCN evidenziava che il contratto di affitto di azienda non trasferiva dall'affittante all'affittuario la titolarità degli elementi che compongono l'azienda, bensì consentiva a quest'ultimo il godimento e lo sfruttamento commerciale dell'azienda oggetto di locazione; conseguentemente non si realizzerebbero effetti traslativi dell'azienda e non potrebbero quindi essere applicati gli artt. 16, 20 e 52 delle N.O.I.F. La F.I.G.C. chiedeva la declaratoria di inammissibilità e/o improponibilità dell'istanza per l'irritualità della stessa non preceduta dall'istanza di conciliazione (così come invece previsto dall'art. 27 dello Statuto F.I.G.C.); il Collegio Arbitrale, impregiudicata ogni valutazione sul

merito della domanda di arbitrato, ha ritenuto inammissibile la stessa.

Si segnala che in caso in parte simile (Calcio Como s.r.l., dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Como in data 22 dicembre 2004 e autorizzata all'esercizio provvisorio sino al termine della stagione sportiva 2004/2005), il Collegio Arbitrale della Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport (5 agosto 2005) ha evidenziato che il titolo sportivo di una società, ai sensi dell'art. 52, comma 3, (nel testo antecedente il C.U. 221/A del 13 giugno 2005), delle N.O.I.F., può essere attribuito ad altra società previo parere vincolante della CO.VI.SOC (33).

**Note:**

(31) Tale situazione viene anche accertata dalla F.I.G.C./CO.VI.SOC. che ha esaminato indebitamento e situazione patrimoniale al 30 novembre 2003, evidenziando un rapporto tra ricavi ed indebitamento pari allo 0,44 (la relazione rileva ricavi per euro 20.330.310 ed indebitamento per Euro 46.236.855), confermando che il debito verso i dipendenti «riguarda il mancato pagamento di calciatori a partire da agosto 2003» e rimarca che «l'andamento economico rappresentato non è significativo in quanto la situazione patrimoniale non include ammortamenti e stanziamenti».

(32) L'art. 16 delle norme N.O.I.F. prevede, al comma 6, che il Presidente federale delibera la revoca della affiliazione della società in caso di dichiarazione e/o accertamento giudiziale dello stato di insolvenza. Gli effetti della revoca, qualora la dichiarazione e/o l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza siano intervenuti nel corso del Campionato e comunque prima della scadenza fissata per la presentazione della domanda di iscrizione al campionato di competenza successivo, decorrono da tale data nel solo caso in cui l'esercizio dell'impresa prosegua. L'art. 52 delle N.O.I.F. prevede che il titolo sportivo di una società cui venga revocata l'affiliazione ai sensi dell'art. 16, comma 6, può essere attribuito, entro il termine della data di presentazione della domanda di iscrizione al campionato successivo, ad altra società con delibera del Presidente federale, previo parere vincolante della CO.VI.SOC ove il titolo sportivo concerna un campionato professionistico, a condizione che la nuova società, con sede nello stesso comune della precedente, dimostri nel termine perentorio di due giorni prima, esclusi i festivi, di detta scadenza:

- 1) di avere acquisito l'intera azienda sportiva della società in stato di insolvenza;
- 2) di avere ottenuto l'affiliazione alla F.I.G.C.;
- 3) di essersi accollata e di avere assolto tutti i debiti sportivi della società cui è stata revocata l'affiliazione ovvero di averne garantito il pagamento mediante rilascio di fideiussione bancaria a prima richiesta;
- 4) di possedere un adeguato patrimonio e risorse sufficienti a garantire il soddisfacimento degli oneri relativi al campionato di competenza;
- 5) di aver depositato, per le società professionistiche, dichiarazione del legale rappresentante contenente l'impegno a garantire con fideiussione bancaria a prima richiesta le obbligazioni derivanti dai contratti con i tesserati e dalle operazioni di acquisizione di calciatori. Il deposito della fideiussione è condizione per il rilascio del visto di esecutività dei contratti.

(33) Nel caso di specie, il parere di tale organismo è risultato negativo e, quindi, il Presidente della F.I.G.C. non poteva non adottare un provvedimento di diniego all'iscrizione alla Stagione Sportiva.

Nel caso affrontato dal Tribunale di Napoli, secondo la ricostruzione del curatore, qualora fosse stata “tempestivamente” presentata la richiesta di fallimento in proprio, si sarebbe potuta evitare la «perdita della *chance* di alienare l'azienda arricchita dal titolo sportivo di serie B ed eventualmente dai contratti con i tesserati» ed, ulteriormente, non si sarebbero prodotti gli «ulteriori oneri ed aggravati per il mancato arresto della gestione».

Merita quindi un'attenta disamina la natura del titolo sportivo ossia il riconoscimento da parte della F.I.G.C. delle condizioni tecniche sportive che consentono, assieme agli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato Campionato (art. 52 delle N.O.I.F., comma 1) (34).

Se in dottrina è stato sostenuto che lo stesso è sostanzialmente un diritto potestativo che appartiene alla società sportiva e che si manifesta completamente al termine di ciascun campionato in esito alla verifica della sussistenza, in capo alla società affiliata, di determinati presupposti (35) e che prima dell'accertamento tale diritto è solo una “aspettativa” (in quanto prima del riconoscimento - in esito all'analisi dei requisiti tecnico-sportivi - essa si presenta come una posizione di attesa, fondata però sulla conquista sul campo di un determinato risultato sportivo) di un effetto acquisitivo incerto (36), nel caso di specie il Tribunale afferma in primo luogo che non intende conformarsi all'opinione espressa dalla stessa VII Sezione Civile del Tribunale di Napoli, ma in diversa composizione, che ha considerato il titolo sportivo come *bene patrimoniale* della società sportiva (37). Ciò in quanto, il bene, secondo la definizione che ne fornisce il codice civile, è la cosa atta a formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.); secondo il Tribunale, il titolo sportivo non può essere qualificato come bene ai sensi dell'art. 810 c.c., né come diritto e men che mai come un diritto potestativo; esso identifica il merito sportivo, ossia la posizione acquistata dalla società sportiva sul campo, nel corso del campionato, appunto per merito sportivo, oggetto del «riconoscimento da parte della F.I.G.C. delle condizioni tecniche sportive che consentono, concorrendo gli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato campionato» (38). Il Tribunale ritiene quindi condivisibile la ricostruzione operata dal giudice amministrativo (39), secondo la quale il titolo sportivo, pur facendo capo, in modo personalissimo ed esclusivo, soltanto alla società che l'ha conquistato sul campo, non si sostanzia in una situazione giuridica di vantaggio alla

società attribuita dall'ordinamento generale, ma è una qualità inerente allo *status* della società all'interno dell'ordinamento settoriale sportivo. Il titolo sportivo deve quindi essere considerato come uno dei profili della qualità di associato alla federazione sportiva; conseguentemente, poiché la qualità di associato, secondo le generali regole contrattuali e quelle particolari del contratto di associazione, è trasmissibile soltanto se lo consentano l'atto costitutivo o lo statuto e, ovviamente, secondo le regole da questi stabilite, così il titolo sportivo è trasmissibile in base alle regole stabilite dall'ordinamento settoriale cui afferisce la società sportiva, ossia dalla federazione, nel caso di specie, dalla F.I.G.C.

Appare utile osservare che la interpretazione del titolo sportivo ha trovato una diversa analisi da parte della Corte di Appello di Torino che ha affrontato il concetto di trasferimento di azienda, ex art. 2112 c.c., nell'ambito di un'azienda atipica, ovvero quella sportiva (e, in particolare, in relazione al Torino F.C. S.p.A.) (40). Come noto, l'art. 2112 c.c. prevede, a tutela dei lavoratori per il caso di cessione o trasferimento d'azienda, la prosecuzione del rapporto di lavoro in capo alla cessionaria e la conservazione dei diritti che ne derivano. Il quinto comma di detto articolo sancisce che «[...] si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedi-

**Note:**

(34) La Federazione deve limitarsi ad accertare la complessiva ricorrenza delle condizioni tecniche e sportive (organizzazione, rapporti di lavoro con i calciatori, diritto a disputare le partite in un impianto adeguato, etc.) e di quelle patrimoniali-finanziarie.

(35) Cfr. F. Fimmanò, *La successione di fatto nell'impresa sportiva fallita*, in *www.ilcaso.it*, 19 maggio 2009, 3.

(36) Cfr. F. Fimmanò, *La crisi delle società di calcio e l'affitto dell'azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, n. 1, 2006.

(37) Così Trib. Napoli 2 agosto 2004, in *Dir. fall.*, 2006, II, 180. Del titolo sportivo quale componente immateriale del patrimonio aziendale parla anche la sentenza della Corte di Appello di Torino, 28 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 295.

(38) Secondo le previsioni dell'art. 52 delle Norme organizzative tecniche - Noif della F.I.G.C.

(39) Tar Lazio, sez. III, 7 aprile 2005, n. 2571, in *Trib. amm. reg.* 2005, I, 299; Tar Lazio, sez. III, 22 settembre 2004, n. 9668, in *Trib. amm. reg.* 2004, I, 2203, che, tra l'altro, si riferiva sempre alla Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A.

(40) Si veda il commento di F. Fimmanò, *L'assegnazione del titolo sportivo come trasferimento coattivo e senza indennizzo dell'azienda calcistica*, in questa *Rivista*, 3, 2009, 299 ss.

mento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda»; di fronte a questa norma il Tribunale di Torino si è chiesto se l'assegnazione da parte della F.I.G.C. del titolo sportivo dal Torino Calcio S.p.A. alla nuova Società Campo Civile Torino s.r.l. (poi trasformata in Torino F.C. S.p.A.), configurasse o meno un trasferimento d'azienda nel senso descritto dall'art. 2112, comma 5, c.c. La particolarità del caso di specie è data dal fatto che non essendoci trasferimento di beni materiali da una società all'altra - ma unicamente perdita da parte della vecchia società del titolo sportivo ed acquisizione del medesimo da parte della nuova per effetto di una decisione dell'autorità sportiva competente - risulterebbe difficile configurare il c.d. trasferimento d'azienda (41). Anche in questo caso ha assunto rilevanza il titolo sportivo: la Corte, nel corredo motivazionale, segue un percorso logico-giuridico che tende all'individuazione del trasferimento d'azienda non già nel passaggio di beni materiali o immateriali, quanto nel fatto che - attraverso una qualsiasi operazione - vi sia stato il mutamento della titolarità dell'attività economica organizzata preesistente e sia stata conservata l'identità della medesima nel trasferimento. In tal modo si è pervenuti ad un'interpretazione del dettato dell'art. 52 delle N.O.I.F. in relazione a quelle società che, come recita il suddetto articolo, abbiano «un radicamento nel territorio di appartenenza»; radicamento da cui scaturisce l'attribuzione del titolo sportivo «ad altra società, avente sede nella stessa città della società non ammessa, e che sia in grado di fornire garanzie di solidità finanziaria e continuità aziendale». Se tali requisiti sussistono, assume la Corte, il trasferimento del titolo sportivo non sarebbe solo un asettico riconoscimento da parte della F.I.G.C. delle condizioni tecniche sportive che consentono, concorrendo gli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato campionato, ma sarebbe - soprattutto - un trasferimento del patrimonio immateriale della precedente società.

Secondo il Tribunale di Napoli è pienamente coerente con la configurazione giuridica del titolo sportivo il secondo comma dell'art. 52 delle N.O.I.F., a norma del quale «in nessun caso il titolo sportivo può essere oggetto di valutazione economica o di cessione» (42).

Si tratta quindi di una situazione simile a quella della ditta che, a norma dell'art. 2565 c.c. non può essere trasferita separatamente dall'azienda. Ma tuttavia, sempre l'art. 52 delle N.O.I.F. dispone che

il «titolo di una società cui venga revocata l'affiliazione può essere attribuito ad altra società con delibera del Presidente della FIGC [...]» come in precedenza illustrato (43). Ciò dimostrerebbe una sopravvivenza del titolo alla revocata affiliazione, nonché una autonomia delle due fattispecie giacché il titolo sopravviverebbe alla affiliazione potendo essere attribuito a terzi dopo la revoca della affiliazione della società che lo ha conquistato sul campo (44). Il fondamentale valore dell'azienda sportiva può quindi essere attribuito ad altra società calcistica a titolo gratuito in modo da ottenere l'iscrizione alla categoria subito inferiore. E, di fatti, la F.I.G.C. ha talora avallato il trasferimento dell'azienda di società sportive fallite ad opera della pro-

**Note:**

(41) È del tutto irrilevante la circostanza che tra le società non vi sia stato un rapporto contrattuale diretto avente ad oggetto il trasferimento del titolo, dato che la giurisprudenza ha già più volte affermato che tale mancanza nulla osta a configurare il trasferimento d'azienda (*ex multis* Cass. n. 21023/07; Cass. n. 5934/04); inoltre, la dizione dell'art. 2112, comma 5, c.c., è di tale ampiezza da ricomprendere il caso in esame.

(42) Ed infatti sono rimasti sinora frustrati in via giudiziaria i tentativi di trasferimento del titolo sportivo *sub specie* di bene patrimoniale dell'azienda; cfr. Cass., sez. un., ord., 12 marzo 2009, n. 5973, in *Foro it.* 2009, I, 3045, che ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda con la quale il curatore della SSCN ha chiesto il risarcimento dei danni derivanti dalle delibere con cui la F.I.G.C. ha negato l'ammissione della società alla serie B.

(43) Si rammenta che le nuove norme organizzative di cui ai commi 3, 7, 8 e 9 dell'art. 52 sono state introdotte nel 2005; l'art. 52 è stato ulteriormente modificato dal Consiglio Federale della F.I.G.C. nel maggio 2009. Con riferimento alle modifiche apportate nel 2005, al comma 3 è stato previsto che il titolo sportivo di una società cui venga revocata l'affiliazione ai sensi dell'art. 16, comma 6, può essere attribuito, entro il termine della data di presentazione della domanda di iscrizione al campionato successivo, ad altra società con delibera del Presidente federale, previo parere vincolante della CO.VI.SOC ove il titolo sportivo concerna un campionato professionistico, a condizione che la nuova società, con sede nello stesso comune della precedente, dimostri nel termine perentorio di due giorni prima, esclusi i festivi, di detta scadenza:

- 1) di avere acquisito l'intera azienda sportiva della società in stato di insolvenza;
  - 2) di avere ottenuto l'affiliazione alla F.I.G.C.;
  - 3) di essersi accollata e di avere assolto tutti i debiti sportivi della società cui è stata revocata l'affiliazione ovvero di averne garantito il pagamento mediante rilascio di fideiussione bancaria a prima richiesta;
  - 4) di possedere un adeguato patrimonio e risorse sufficienti a garantire il soddisfacimento degli oneri relativi al campionato di competenza;
- di aver depositato, per le società professionistiche, dichiarazione del legale rappresentante contenente l'impegno a garantire con fideiussione bancaria a prima richiesta le obbligazioni derivanti dai contratti con i tesserati e dalle operazioni di acquisizione di calciatori. Il deposito della fideiussione è condizione per il rilascio del visto di esecutività dei contratti.

(44) In tal senso cfr. F. Fimmanò, *La crisi delle società di calcio e l'azienda sportiva*, in *www.diritto bancario.it*, maggio 2006.

cedura a seguito di vendita senza incanto, ipotesi di sostanziale circolazione del complesso comprensivo del titolo sportivo, tenuto conto che le norme vincolistiche - in particolare quelle di cui all'art. 2558 c.c. - si applicano indifferentemente alla vendita e all'affitto (45).

E, quindi, se il fallimento della Società fosse stato dichiarato quando il campionato era ancora in corso, si sarebbe con ogni probabilità potuto preservare il valore economico del titolo sportivo in considerazione del comma 6 dell'art. 16 delle N.O.I.F. che prevede che «il presidente federale delibera la revoca della affiliazione della società in caso di dichiarazione e/o di accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza» e che «gli effetti della revoca, qualora la dichiarazione e/o l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza siano intervenuti nel corso del Campionato e comunque prima della scadenza fissata per la presentazione della domanda di iscri-

zione al campionato di competenza successivo, decorrono da tale data nel solo caso in cui l'esercizio dell'impresa prosegua» (46).

**Note:**

(45) Si pensi alle vicende che hanno interessato, ad esempio, il Monza Calcio S.p.A. il cui complesso aziendale è stato ceduto ad altra società che è stata affiliata dalla F.I.G.C. mantenendo in capo alla stessa i diritti derivanti dalla anzianità di affiliazione della società fallita (Monza Calcio S.p.A.) ed ha autorizzato il trasferimento dell'azienda con particolare riferimento al titolo sportivo e al parco giocatori.

(46) Sul punto è stata rilevata un'evidente sperequazione: non ci sarebbe ragione infatti perché in caso di tempestivo fallimento della società esclusa, sia contemplato il necessario acquisto dell'azienda della società fallita ai fini dell'attribuzione del titolo, ed invece nel caso di mancato fallimento o di fallimento tempestivo (successivo alla elaborazione dei calendari), sia legittima l'attribuzione a titolo originario della partecipazione al campionato a terzi soggetti che non abbiano avuto causa dalla vecchia società sportiva; cfr. F. Fimmanò, *L'assegnazione del titolo*, cit., 307.

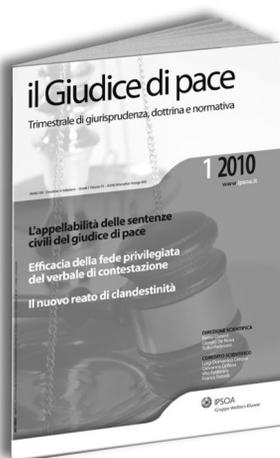
**RIVISTE**

**il Giudice di pace**

*Trimestrale di giurisprudenza, dottrina e normativa*

**Direzione scientifica:** Remo Danovi, Giorgio De Nova, Giovanna Di Rosa, Tullio Padovani

**Comitato scientifico:** Roberto Ambrosini, Luigi Domenico Cerqua, Vito Febraro, Franco Petrelli



La Rivista, oltre ad essere un indispensabile strumento di lavoro, rappresenta il luogo di dibattito sui problemi che riguardano il giudice di pace, costituendo un autorevole osservatorio dell'**evoluzione della giurisprudenza e delle posizioni della dottrina**.

La Rivista si articola in:

- **Editoriale:** il punto di vista di un esperto sui problemi di attualità;
- **L'angolo normativo:** la segnalazione della normativa e della prassi di interesse, brevemente commentate;
- **Giurisprudenza:** le sentenze del Giudice di pace sia civili che penali ed eventualmente degli altri organi giurisdizionali limitatamente alle questioni sostanziali e pro-

cessuali che interessano i Giudici di pace. Le sentenze sono pubblicate per esteso ed annotate;

- **Massimario di giurisprudenza:** una selezione di sentenze sintetizzate per massime e organizzate per voci;
- **Orientamenti interpretativi:** contributi dottrinali di taglio pratico ed operativo.

Abbonamento annuale Euro 95,00

**Per informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**

# Studi e materiali

## Quaderni trimestrali del Consiglio Nazionale del Notariato



La Rivista offre la raccolta periodica dei lavori approvati dalle **Commissioni Studi del Consiglio Nazionale del Notariato** suddivisi per materie di competenza (civilistici, di impresa, tributari, esecuzioni immobiliari, informatica giuridica, comunitari e internazionali), nonché degli approfondimenti e delle interpretazioni operative del Consiglio Nazionale.

La sezione **Materiali** pubblica lavori che, pur senza costituire studi approvati dal Consiglio Nazionale, presentano comunque profili di particolare interesse. In questa sezione sono pubblicati anche studi e ricerche sulla storia del notariato.

Una sezione contiene **le risposte** che l'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale formula **a specifici quesiti** di interesse generale.

### PER ACQUISTI E INFORMAZIONI

- **Informazioni Commerciali Ipsoa**  
Fax 02.82476403 - Tel. 02.82476794
- **Agenzie Ipsoa** [www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.shopwki.it**

**SHOPWKI.it**  
IL NEGOZIO ON LINE DI WOLTERS KLUWER ITALIA

 **IPSOA**  
Gruppo Wolters Kluwer

Assemblea

# I limiti del potere dell'assemblea di non distribuire periodicamente gli utili

di Romina Guglielmetti

L'articolo analizza il tema del diritto alla distribuzione di utili, soffermandosi, in particolare, sulle clausole statutarie che prevedono limiti di destinazione degli utili e sull'importanza della Relazione sulla gestione nel caso di mancato stacco del dividendo (\*).

## Premessa

Il tema dell'esistenza o meno di un vero e proprio diritto in capo agli azionisti di pretendere la periodica distribuzione degli utili di esercizio non è certamente nuovo alla dottrina (1).

La risposta al quesito, tipicamente, è negativa, sull'assunto che il diritto dei soci alla percezione del dividendo non scaturisce dalla semplice approvazione del bilancio, ma consegue all'adozione di un atto che ne disponga specificamente la distribuzione (2), per effetto del quale matura un diritto di credito dei soci verso la società.

Prima di quel momento, ai soci spetterebbe una mera "aspettativa" al dividendo, che l'assemblea può disattendere, deliberando, ad esempio, di allocare diversamente i proventi di esercizio, rinviando la distribuzione e incrementando le riserve (3).

Se un tale assunto, nei suoi caratteri generali è sicuramente corretto, altrettanto correttamente si potrebbe, all'inverso, sostenere che la sovranità dell'assemblea non è assoluta e che l'"aspettativa" al dividendo può erigersi al rango di "diritto" se viene disattesa dal socio di comando per fini diversi dal perseguimento dell'interesse sociale.

L'autonomia dell'assemblea sulla destinazione degli utili - nella misura in cui la riserva legale sia già stata costituita e siano state ripianate eventuali perdite - può, infatti, trovare una serie di «limiti», alcuni dei quali - più puntuali - risiedono in particolari norme statutarie, mentre altri - apparentemente più astratti - discendono dal rispetto del principio di correttezza e buona fede.

## Limiti statutari in tema di distribuzione di utili

L'assemblea, in sede di distribuzione degli utili, *in primis*, deve tenere conto della volontà dei soci costituenti, ai quali la legge riconosce un ampio grado di autonomia statutaria, stabilendo che l'atto costitutivo «deve indicare [...] *le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti*» (art. 2328, comma 1, n. 7, c.c.) (4).

Tale autonomia, che - come vedremo - è in antitesi

### Note:

(\*) Con la collaborazione di Francesco Paolo Scebba.

(1) Cfr., tra gli altri, sul tema Fré, Sub art. 2350 c.c., in Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1997, 248-249; Angelici, sub art. 2350 c.c., *Il Codice Civile*, in Schlesinger (diretto da), *Commentario*, Milano, 1992, 102 ss.; Sfameni, sub art. 2350 c.c., in Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, 207.

(2) Lanza, sub art. 2433, in Bonfante - Corapi - Marziale - Rordorf - Salafia (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2007, 808.

(3) Cass., sez. I, 11 marzo 1993, n. 2959, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 480: «il diritto individuale del singolo azionista a conseguire l'utile di bilancio sorge soltanto se e nella misura in cui la maggioranza assembleare ne disponga l'erogazione ai soci, mentre, prima di tale momento, vi è una semplice aspettativa, potendone l'assemblea sociale impiegare diversamente gli utili o anche rinviarne la distribuzione nell'interesse della società».

(4) Cfr. Campobasso, *Diritto Commerciale, 2. Diritto delle Società*, Milano, 2009, 163; Bruno, *La giurisprudenza sul diritto agli utili delle società per azioni*, Luiss Cerardi, 2001, 21; Ferrara - Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 378. Tale indicazione è obbligatoria nel caso in cui si intenda modificare la disciplina legale in tema di (modalità e/o misura) di ripartizione degli utili, cfr. Ferrara - Corsi, *op. cit.*, 378; Campobasso, *op. cit.*, 163.

soltanto formale con l'attribuzione della competenza funzionale esclusiva a decidere sul punto all'assemblea (art. 2433, comma 1, c.c.) - è alla base di clausole statutarie che stabiliscono, ad esempio, che una determinata percentuale degli utili sia da allocare in determinate riserve o da distribuire ai soci. Molto frequenti nella pratica sono, ad esempio, formulazioni di questo tipo: «gli utili netti, dopo prelevata una somma non inferiore al cinque per cento per la riserva legale, fino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale, verranno ripartiti proporzionalmente tra le azioni, salvo che l'assemblea deliberi degli speciali prelevamenti a favore di riserve straordinarie o per altra destinazione, oppure disponga di mandarli in tutto o in parte ai successivi esercizi» (5).

Da un punto di vista ermeneutico, si rileva che previsioni di questo tipo esprimono un netto favore per la distribuzione degli utili, laddove una diversa allocazione dei profitti si pone in rapporto di eccezione («salvo che») rispetto a una previsione di ordine generale («gli utili netti [...] verranno ripartiti»).

Il legame tra regola ed eccezione, tuttavia, si regge su equilibri delicati e talvolta precari, perché se è vero che la previsione che consente all'assemblea di non assegnare il dividendo è condizione di validità della clausola in esame (6) è altrettanto vero che, nel caso in cui la mancata (irragionevole) assegnazione del dividendo diventasse sistematica, si sovvertirebbe la volontà espressa nel contratto sociale e le relative delibere potrebbero non essere conformi allo statuto.

La dicotomia tra l'autonomia statutaria e il disposto normativo è, però, soltanto apparente.

L'art. 2433 c.c., infatti, attribuisce all'assemblea di bilancio una competenza «esclusiva» («la deliberazione sulla distribuzione degli utili è adottata dall'assemblea che approva il bilancio»), ma non «discrezionale». Ciò significa che il giusto temperamento tra il diritto dei soci al ritorno periodico sul capitale investito e l'interesse a trattenere il dividendo nelle casse sociali si raggiunge soltanto nel momento in cui quest'ultima decisione si appoggia stabilmente su valide ragioni e non su una mera arbitrarietà.

Il *favor* alla periodica distribuzione del dividendo espresso nel contratto sociale, quindi, non è un elemento che il socio di comando può liberamente disattendere, ma, al contrario, costituisce un'espressa indicazione dei soci che potrà essere legittimamente sacrificata soltanto laddove un effettivo interesse sociale lo esiga o lo renda opportuno.

Come già anticipato, ciò significa, da un punto di

vista pratico, che qualora - in assenza di valide ragioni - si perpetrasse un sistematico accantonamento degli utili, le deliberazioni sottostanti potrebbero presentare profili di invalidità per contrarietà allo statuto (7).

Gravi irregolarità, però, sussisterebbero, anche nel caso in cui le società, con clausole statutarie che pongono limiti al potere dell'assemblea di disporre l'utile, dessero esecuzione «diretta» a tali previsione disponendo la distribuzione automatica dei proventi di esercizio ogni qualvolta l'assemblea non ne decidesse espressamente il destino (8).

Tali pratiche violerebbero il diritto e dovere imperativo dell'assemblea di bilancio di assumere una decisione in tema di distribuzione dei dividendi, sancito dall'art. 2433 c.c., norma inderogabile, che «impone» ai soci, in occasione dell'assemblea di bilancio, di assumere delibere esplicite sulla sorte dei profitti, tanto nel caso in cui vengano assegnati alle azioni quanto nel caso in cui vengano trattenuti nelle casse sociali.

Agendo altrimenti, si potrebbe dare luogo a ripartizioni di risultati prive delle prudenti verifiche richieste ai soci, ad esempio, sul fabbisogno finanziario della Società, sul reale conseguimento degli utili, sulla loro risultanza dal bilancio testé approvato, nonché sull'assenza di perdite da ripianare (9), in netto contrasto con una norma intesa a «costringe-

#### Note:

(5) Cfr. Avanzini - Iberati - Lovato, *Formulario degli atti notarili*, Milano, 2006, 596.

(6) Cfr. Balzarini, sub art. 2433, in Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, 636; Galgano, sub art. 2328, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 1996, 230.

(7) «Un sistematico accantonamento a riserva può rivelarsi un comportamento contrario a buona fede nei confronti dei soci di minoranza, dando luogo ad un possibile abuso di maggioranza», cfr. Ferrara - Corsi, *op. cit.*, 759. Sul tema dell'abuso di maggioranza cfr. Stabiliini, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in questa *Rivista*, 2011, 841.

(8) Trib. Trani 19 settembre 2000, con nota di Fico, *Distribuzione degli utili in assenza di delibera assembleare*, in questa *Rivista*, 2001, 481. Il Tribunale, pur riconoscendo che il diritto agli utili sorge soltanto a seguito di una delibera assembleare *ad hoc* e non in virtù della semplice approvazione del bilancio, ha considerato legittima una clausola contenuta nello statuto di una s.r.l. che prevedeva l'immediata esigibilità degli utili da parte dei soci, dopo aver proceduto ad accantonare il cinque per cento a riserva legale ed un ulteriore cinque per cento a riserva straordinaria, salvo diversa disposizione assembleare.

(9) Sulla necessità di una delibera assembleare di distribuzione degli utili, anche nel caso di clausole statutarie di «distribuzione automatica», salvo diversa delibera dell'assemblea, cfr. Angelici, *op. cit.*, 111 secondo il quale la scelta legislativa di richiedere una distinta delibera di distribuzione degli utili, rispetto alla delibera di approvazione del bilancio, serve «a spostare [...] il baricentro della vicenda nell'assemblea».

re” i soci ad assumere sempre e comunque decisioni informate sulle materie loro riservate.

Non solo, la distribuzione di utili in assenza di apposita delibera dei soci determinerebbe un illecito sovvertimento delle competenze funzionali dell’organo assembleare rispetto a quello gestorio che, anziché limitarsi a proporre la destinazione degli utili, ne deciderebbe, in ultima analisi, l’assegnazione alle azioni.

### Limiti derivanti dal rispetto del principio di correttezza e buona fede

L’assunto - anticipato nel precedente paragrafo - secondo cui la deroga alla distribuzione periodica degli utili deve fondarsi su “valide” ragioni pone alcuni problemi di ordine pratico, in quanto richiede l’individuazione di *criteri* per valutare la correttezza delle decisioni assembleari di impiego alternativo degli utili rispetto alla loro distribuzione.

L’operazione non è semplice, perché il nostro ordinamento esprime un *favor* ricorrente verso il riparto periodico degli utili (artt. 2247 (10), 2265, 2350 (11), 2433 c.c.) (12), ma non ne sanziona specificamente la violazione. Soccorre al riguardo un principio residuale come quello di *buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto di società* (13), che costituisce un fondamentale baluardo a tutela della minoranza da abusi della maggioranza (14) - e, quindi, un temperamento alla discrezionalità a decidere la sorte degli utili - i cui oneri probatori sono piuttosto gravosi.

Fondamentale, in questo contesto, diventa allora il ruolo dell’organo amministrativo e della Relazione sul bilancio, che, di fatto, è lo strumento funzionalmente deputato a fornire a tutti i soci (sia di maggioranza sia di minoranza) gli elementi necessari a valutare se vi sia o meno un effettivo e prevalente interesse sociale al quale sacrificare il diritto all’utile. È soltanto l’effettività delle esigenze sociali, infatti, che giustifica l’eventuale decisione dell’assemblea di trasferire il risultato dell’esercizio a determinate riserve, in quanto, così facendo, la maggioranza dei soci favorisce il prevalente interesse sociale all’autofinanziamento rispetto a quello della periodica remunerazione del capitale (15).

La Relazione non dovrà, però, contenere soltanto un’informativa esaustiva sulla situazione in cui versa la società, dedicando, ad esempio, ampio spazio alle criticità congiunturali presenti nel quadro economico e di mercato nel quale la società opera e alle sue esigenze finanziarie, ma anche un’esplicita e conseguente *proposta ai soci sulla destinazione dell’utile*.

In assenza di un’indicazione espressa sulla necessità o opportunità di trattenere nelle casse sociali i proventi maturati nel corso dell’anno si potrebbe ragionevolmente presumere che non sussista un interesse sociale prevalente a quello del diritto del socio agli utili e, quindi, qualora gli utili fossero accantonati a riserva, si potrebbe nutrire un sospetto di *malafede*, ovvero sia un intento vessatorio nei confronti dei piccoli soci (16).

#### Note:

(10) In questo senso Trib. Ascoli Piceno 24 luglio 1992 in questa *Rivista*, 1993, 212: «il diritto agli utili trova la sua fonte nello schema legale di società e nel contratto sociale [...]. L’assemblea può ben deliberare di non distribuire utili, ma ciò avuto riguardo a concrete esigenze della società con riferimento al singolo esercizio o al più per un numero ragionevolmente determinato di esercizi».

(11) Ciò dimostra «il carattere insopprimibile della vocazione dell’azionista all’utile», cfr. Abriani, sub. art. 2350, in Cottino - Bonfante - Cagnasso - Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2008, 295.

(12) L’art. 2247 c.c. fissa lo scopo del contratto di società nella distribuzione degli utili; l’art. 2265 c.c. sanziona con la nullità il patto leonino; l’art. 2350 c.c. attribuisce a ogni azione «il diritto a una parte proporzionale degli utili netti»; l’art. 2433 c.c. ancora la delibera sul dividendo ad un’assemblea come quella di bilancio, che si tiene per legge su base periodica.

(13) Fico, *op cit.*, 482, «a titolo meramente esemplificativo, si chiarisce che una delibera di non distribuzione degli utili esclusivamente finalizzata ad indurre i soci di minoranza a disfarsi delle loro quote rappresentando, sostanzialmente, una manovra dei soci di maggioranza per procurarsi una posizione di vantaggio a danno degli altri soci, risulta in contrasto con detto principio», ovvero il principio di buona fede. Cfr. anche Campobasso, *op. cit.*, 481, ove si afferma che la discrezionalità della maggioranza nella destinazione degli utili ad autofinanziamento trova un temperamento nel principio di correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto. Ciò consente di «affermare solo una generica regola di ripartizione periodica degli utili durante la vita della società e di sanzionare con l’annullabilità della delibera solo i comportamenti platealmente abusivi del gruppo di comando: mancata distribuzione di utili per più esercizi ispirata dal solo fine di indurre i soci di minoranza a disfarsi delle azioni».

(14) «[...] la delibera di destinazione dell’utile a riserva può essere impugnata per eccesso di potere e deve ritenersi dimostrato lo scopo extrasociale e l’intento vessatorio in danno degli azionisti privilegiati nel caso di reiterato accantonamento di utili di importo rilevante e di omessa motivazione in ordinare alle ragioni ispiratrici della scelta», Trib. Milano 22 aprile 1993 in *Dir. fall.*, 1994, II, 122, con nota di Salvato. Cfr. anche Trib. Milano 24 ottobre 1988, in questa *Rivista*, 1989, 479, con nota di Salafia.

(15) Cfr. Campobasso, *op. cit.*, 481, «Nella società per azioni la periodica distribuzione degli utili [...] è rimessa all’approvazione discrezionale dell’assemblea. L’interesse del gruppo di comando al rivestimento degli utili nell’attività sociale (autofinanziamento) è così chiaramente privilegiato rispetto all’interesse del singolo socio alla distribuzione annuale degli utili e alla remunerazione periodica del capitale investito»; cfr. anche Jaeger - Denozza - Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale, Impresa e Società*, Milano, 2010, 482, ove si evidenzia che la tematica della divisione degli utili costituisce il tradizionale terreno di scontro tra azionisti di maggioranza e azionisti di minoranza.

(16) In tali casi non sarà sufficiente dimostrare l’insussistenza di necessità attuali di autofinanziamento, ma occorrerà invece di-  
(segue)

Il compito di sgombrare il campo da potenziali equivoci di questo tipo spetta, dunque, all'organo gestorio.

Il nostro impianto normativo si basa su una netta separazione funzionale dei poteri degli amministratori e dei soci: il socio, benché di comando, è soggetto diverso da chi gestisce e soltanto chi gestisce è in grado di fornire quell'«analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato [...], con particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta» (17).

L'apprezzamento dei soci sull'opportunità, *in primis*, di approvare o meno il bilancio e, di conseguenza, se trattenere o distribuire l'utile dovrà, dunque, appoggiarsi sulle indicazioni fornite dagli amministratori e le giustificazioni alla mancata distribuzione dell'utile non dovranno, pertanto, essere ricercate nella relativa delibera assembleare, ma, come già anticipato, nella Relazione sulla gestione, che ne costituisce il necessario presupposto.

Per contenere il rischio di contestazioni sulla mancata assegnazione alle azioni del dividendo la delibera assembleare, dovrà, pertanto, avere a riferimento una Relazione sulla gestione ben strutturata e una proposta di destinazione dell'utile il più possibile argomentata (anche mediante rinvio al contenuto della Relazione stessa), a scapito di formulazioni stereotipate e generiche ormai molto comuni nella prassi, come, ad esempio, la su riferita destinazione degli utili a riserve, volta a far fronte a non meglio determinate, future, possibili, necessità (18). È noto, infatti, che le finalità sopra indicate sono state già contemplate dal Legislatore con la previsione dell'obbligo di costituzione della riserva legale *ex art. 2430 c.c.*, quale strumento deputato ad assorbire per primo le perdite riscontrate nell'esercizio sociale e ad evitare così che le stesse incidano sul capitale sociale, riducendolo.

Come rilevato da autorevole dottrina, «ciò non significa che l'accantonamento a riserva sia lecito solo se si dimostri l'esistenza di esigenze di autofinanziamento, e tanto meno significa che l'accantonamento debba essere motivato» (19), ma, di certo, l'assenza di motivazioni può avere significativi impatti sotto il profilo probatorio, laddove la delibera di distribuzione degli utili venisse impugnata.

Infatti, l'onere maggiore spetta al ricorrente che impugna la decisione assembleare, il quale dovrà dimostrare la mancanza dell'interesse all'autofinanziamento che integra l'abuso del potere dell'azionista

(20), ma è altresì vero che gli impianti di un eventuale giudizio, tanto accusatori quanto difensivi, non potranno prescindere dalle evidenze documentali sulla reale situazione in cui versa la Società.

Una presunzione di *mala fede* potrebbe dunque gravare a carico del socio di maggioranza che optasse *sic et simpliciter* per l'accantonamento sistematico degli utili, senza dar alcun conto del fabbisogno finanziario attuale o prospettico della Società.

## Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, sono da ritenersi sconsigliabili *ingiustificate mancate assegnazioni dei dividendi*. Pratiche di questo tipo non deludono soltanto l'ovvia aspirazione degli azionisti a un ritorno sui propri investimenti, ma, soprattutto, sono contrarie all'essenza stessa del contratto sociale, che, come è noto, ha lo scopo di dividere gli utili conseguiti per il tramite della società stessa (21).

Un sacrificio alla percezione del dividendo si giustifica ragionevolmente soltanto nel caso il cui il Consiglio di Amministrazione, nell'esercizio del suo *business judgment*, indichi ai soci nella Relazione sulla gestione un impiego (motivato) alternativo del risultato d'esercizio rispetto alla sua assegnazione alle azioni.

---

### Note:

(segue nota 16)

mostrare che «non sono prevedibili concrete e prossime possibilità di sviluppo dell'impresa in misura corrispondente all'accantonamento operato», cfr. Colombo, *Trattato delle società per azioni*, in Colombo - Portale (diretto da), *Bilancio d'esercizio e consolidato*, Milano, 2000, 506.

(17) Art. 2428 c.c.

(18) Colombo, *op. cit.*, 506, ove si evidenzia che in simili casi sarà difficile poter pretendere l'esistenza per la società di una necessità attuale di autofinanziamento.

(19) Colombo, *op. cit.*, 505.

(20) Campobasso, *op. cit.*, 505.

(21) Art. 2247 c.c.: «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

Società di capitali

# Il recesso del socio e l'impugnazione della delibera che lo giustifica

di Vincenzo Salafia

Dopo aver descritto i caratteri essenziali del recesso dei soci di società di capitali, se ne definisce la natura giuridica e l'inizio dell'efficacia, con particolare riferimento alla dichiarazione di recesso sospensivamente condizionata, quale strumento idoneo ad assicurare al recedente anche la legittimazione all'impugnazione della delibera assembleare, dalla quale derivi il diritto di recesso.

## Natura ed efficacia della dichiarazione di recesso dei soci di società di capitali

La riforma societaria ha ampliato le cause che i soci della società per azioni e di quella a responsabilità limitata possono addurre a sostegno della decisione di recedere dalla società e di chiedere la liquidazione della loro quota di partecipazione al capitale. Ha anche regolato più efficacemente il procedimento che i soci devono osservare per comunicare alla società la propria decisione, ma ha affidato all'interprete il coordinamento delle norme generali per risolvere il problema della possibile coesistenza, nel socio, sia della volontà di recedere sia di quella di impugnare la deliberazione che la giustifica, con l'evidente intento di subordinare il recesso all'accertamento giudiziale della legittimità della deliberazione.

Il problema sorge essenzialmente a causa della immediata efficacia della dichiarazione di recesso e del conseguente venir meno dello *status* di socio del dichiarante e della sua legittimazione all'impugnazione della delibera.

Deve, tuttavia, osservarsi che in dottrina non tutti gli autori concordano nel riconoscere alla dichiarazione di recesso l'efficacia risolutiva del rapporto societario, la quale dovrebbe dipendere, invece, soltanto dalla liquidazione della quota di capitale in favore del socio receduto. Questa tesi consentirebbe di mantenere in vita il rapporto fra il socio recedente e la società, anche fino alla decisione definitiva sulla legittimità della deliberazione, se il socio impugnante ne avesse chiesto ed ottenuto la sospensione dell'efficacia (1).

Questa dottrina, non condivisa dalla maggioranza degli autori e dalla giurisprudenza, contraddice, a mio avviso, sia con la natura giuridica propria della dichiarazione di recesso sia con la stessa regolamentazione normativa dell'istituto.

Anzitutto, la dichiarazione di recesso, che il socio è tenuto a fare entro un breve termine di decadenza stabilito dall'art. 2437 *ter* c.c., nella società per azioni, ed in quello, discrezionale ma non illimitato ovviamente, stabilito negli statuti delle società a r.l., costituisce, in presenza di determinati fatti o deliberazioni assembleari, un negozio unilaterale rimesso al potere esclusivo del socio che, in quanto diretto a produrre effetto sul rapporto societario, richiede, per il suo perfezionamento, la comunicazione al soggetto al quale è destinato, che nella fattispecie si identifica con la società.

La comunicazione del recesso, però, si perfeziona nel momento stesso in cui la dichiarazione, che ne costituisce l'oggetto, viene conosciuta dal destinatario o posta nella sua sfera di conoscenza.

Il recesso scioglie il rapporto societario e contemporaneamente produce fra le parti un nuovo rapporto avente per oggetto la liquidazione della quota di capitale del recedente. Il recesso è, cioè, il fatto costi-

### Nota:

(1) Cfr. Chiomenti, *Revocabilità delle deliberazioni aventi ad oggetto le modificazioni dell'atto costitutivo di cui all'art.2437 cod. civ. in presenza di dichiarazioni di recesso dalla società*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 411, nota a Trib. Orvieto 18 febbraio 1994; Nutrizio, *Il recesso del socio nella s.p.a.*, in questa *Rivista*, 2006, 967.

tutivo del nuovo rapporto, commuta lo *status* di socio in *status* di creditore (2).

La liquidazione della quota non è la controprestazione della società, ma è la prestazione diretta a soddisfare il diritto del socio sorto in conseguenza della risoluzione del rapporto societario. Questa, cioè, rappresenta la causa generatrice del diritto del socio alla liquidazione.

Questa configurazione della dichiarazione di recesso, del resto, è tipica dei negozi cosiddetti recettizi, in relazione ai quali il potere del destinatario è limitato alla verifica delle condizioni di legittimità per l'esercizio del potere estrinsecatosi nella specifica volontà negoziale senza alcun potere di contrastarne o di sospenderne l'efficacia.

Nella fattispecie propria del recesso societario, inoltre, quest'ultima configurazione riceve, per così dire, il sostegno normativo. L'art. 2437 *bis*, ultimo comma, e l'art. 2473, ultimo comma, c.c., con riferimento rispettivo alla società per azioni ed a quella a r.l., dispongono che il recesso, tempestivamente comunicato alla società, viene privato della sua efficacia se la delibera, che lo ha giustificato, viene revocata dall'assemblea, nel termine di novanta giorni nella società per azioni e nel termine statutariamente indicato nello statuto per la s.r.l. Questa privazione dell'efficacia nei riguardi della dichiarazione di recesso non può intendersi che nel senso della perdita dell'efficacia con riferimento anche alle dichiarazioni alle quali non sia ancora seguita la liquidazione della quota di capitale spettante al socio receduto (3). La norma, cioè, non avrebbe alcuna giustificazione se la dichiarazione di recesso non fosse ancora idonea a spiegare la propria efficacia e non avesse già sciolto il rapporto societario, perché, se avesse solo dato inizio ad un processo di scioglimento ancora in corso, la revoca della delibera avrebbe solo interrotto quel processo, facendone venir meno il fondamento.

### La dichiarazione sospensivamente condizionata

Se si condivide la tesi per ultima sopra esposta, ne discende come conseguenza il disconoscimento della legittimazione del socio receduto all'impugnazione della deliberazione per farne valere un vizio di invalidità relativa.

Non invece se il socio, che abbia dichiarato il proprio recesso, proponga l'azione per fare accertare la nullità della deliberazione, perché in questo caso la sua legittimazione discenderebbe dal suo interesse all'accertamento della inesistenza giuridica della delibe-

ra e, di riflesso, dell'inefficacia della sua dichiarazione di recesso per difetto del necessario presupposto.

I vizi della deliberazione potrebbero essere fatti valere dal socio, cui la decisione assembleare dia il potere di recedere, nel breve lasso di tempo che la legge gli consente per dichiarare il proprio recesso, al fine di chiederne, all'interno dell'impugnazione proposta, la sospensione dell'efficacia. Se l'istanza di sospensione venisse accolta, il termine per l'eventuale dichiarazione di recesso sarebbe spostato nel tempo, fino all'accertamento della validità della deliberazione.

Tuttavia, è evidente che la ristrettezza dei termini sopra indicati non consentono una adeguata valutazione sulla scelta del percorso da seguire.

È allora necessario esaminare altre vie percorribili per dare adeguata tutela al socio rispetto al suo diritto di fare accertare la validità della decisione assembleare al fine di poter valutare il fondamento e la convenienza della sua eventuale dichiarazione di recesso dalla società.

Si tratta di valutare se la dichiarazione di recesso possa essere sottoposta alla condizione sospensiva della sua efficacia fino al definitivo accertamento della validità della deliberazione.

Penso che non ci siano difficoltà a riconoscerne la legittimità. Come qualsiasi altro negozio unilaterale, la dichiarazione di recesso può essere assoggettata a condizioni, in osservanza di quanto dispone l'art. 1324 c.c., il quale stabilisce che le disposizioni che regolano i contratti si applicano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

Che la dichiarazione di recesso sia un negozio unilaterale ed abbia contenuto patrimoniale e riguardi atti tra vivi costituisce una realtà evidente e non bisognevole di dimostrazione.

Da queste considerazioni consegue il riconoscimento al socio, il quale intenda impugnare la delibera, il cui contenuto stimoli l'esercizio della sua facoltà di recedere dalla società, della facoltà di sottoporre la propria dichiarazione di recesso alla condizione sospensiva dell'accertamento giudiziale della validi-

---

#### Note:

(2) Cfr. Nutrizio, *op. loc. cit.*; Cerrai, in AA.VV., *Modificazioni dell'atto costitutivo*, Bologna, 1993, 407.

(3) Cfr. sul tema: Presti, *Questioni in tema di recesso nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 106; De Angelis, nota a Cass. 19 marzo 2004, n. 5548, in questa *Rivista*, 2004, 1364; Grippo, in AA.VV., *Le società di persone*, Bologna, 1993, 190; App. Milano 13 maggio 2003, in questa *Rivista*, 2004, 622, con nota di Leverone; Trib. Orvieto 18 febbraio 1994, *ivi*, 1994, 1226; Cass. 3 gennaio 1998, n. 12, *ivi*, 1998, 773; Cass. 19 marzo 2004, n. 5548 già sopra citata.

tà della delibera stessa. Solo in tal modo sarà possibile e legittimo conciliare la contemporanea tutela dell'interesse all'accertamento della validità della deliberazione e di quello allo scioglimento del vincolo societario.

È ovviamente necessario che l'impugnazione della delibera non sia solo una intenzione ma una realtà, nel senso che sia proposta entro il termine di decadenza stabilito dalla legge.

Se l'impugnazione non venisse proposta, verrebbe meno la condizione apposta alla dichiarazione di recesso con l'effetto di produrne il dispiegamento dell'efficacia, con la conseguente risoluzione del rapporto fra il socio recedente e la società. Se, invece, l'impugnazione venisse proposta, la dichiarazione di recesso diverrebbe efficace o decadrebbe secondo che l'accertamento dell'invalidità della deliberazione fosse positivo o negativo.

## LIBRI

COLLANA: **Commentari**

# Codice di procedura civile commentato IV ed.

Con CD-Rom allegato

Diretto da *Claudio Consolo*

Il volume fornisce un commento approfondito, articolo per articolo, del Codice di procedura civile, delle relative Disposizioni di attuazione, di coordinamento e transitorie, degli artt. 24, 25 e 111 della Costituzione e degli artt. 2907-2909 del Codice civile.

Particolare attenzione è dedicata alle novità introdotte dalla **Riforma del processo civile 2009**, sia al corpo del **Codice di procedura civile**, sia alle **disposizioni di attuazione**, sia alle deleghe relative al **processo amministrativo**, alla **riduzione e semplificazione dei procedimenti civili**, alla **mediazione e conciliazione delle controversie civili e penali**, che alle **disposizioni transitorie** e alle **questioni di giurisdizione**.

L'Opera è aggiornata con la L. 18 giugno 2009, n. 69, di **riforma del processo civile** e la L. 22 febbraio 2010, n. 24, di conversione del D.L. n. 193/2009 sulla **funzionalità del sistema giudiziario**. Ampio risalto è dedicato al commento delle norme introdotte dal D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di **conciliazione e mediazione** e alle novità introdotte dal Disegno di legge S. 1167-B/BIS (cd. **collegato lavoro**).

L'Opera, suddivisa in **tre volumi** (con Cd-Rom), racchiusi in un pratico ed elegante cofanetto, rappresenta da sempre il Commentario più **approfondito** ed **autorevole** presente sul mercato.

Il **Cd-Rom allegato** assicura la **completezza dei contenuti dell'opera cartacea** (testo dell'articolo, sommario con *link* ai singoli commenti e bibliografie), e garantisce **piene funzionalità di ricerca** (per articolo e *full text*) rendendo agevole ed immediata la consultazione. In aggiunta, tramite **link ipertestuali**, è possibile consultare le **massime** della giurisprudenza e le **norme** citate nei commenti.

*Ipsoa 2010, Euro 330,00*

**Per informazioni e acquisti**

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)

• **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))

• <http://ipshop.ipsoa.it>

