

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Responsabilità degli amministratori di società di capitali

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/102607> since 2015-08-04T17:06:11Z

Publisher:

Il Sole/24 Ore

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ DI CAPITALI

I. PREMESSA – II. L'ASSEMBLEA – III. IL COLLEGIO SINDACALE – IV. LA SOCIETÀ – V. IL CURATORE SPECIALE – VI. LA MINORANZA SOCIALE – VII. IL RAPPRESENTANTE COMUNE DEGLI AZIONISTI DI MINORANZA – VIII. IL SINGOLO O I SINGOLI SOCI – IX. GLI AMMINISTRATORI, I SINDACI E I SOCI CHE HANNO DECISO O AUTORIZZATO GLI ATTI – X. I TERMINI PER PROPORRE L'AZIONE – XI. IL GIUDIZIO ORDINARIO – XII. LE SPESE PROCESSUALI – XIII. IL GIUDIZIO ARBITRALE – XIV. IL POTERE DI RINUNCIARE E TRANSIGERE DA PARTE DELLA SOCIETÀ – XV. IL POTERE DI RINUNCIARE E TRANSIGERE DA PARTE DELLA MINORANZA

I. PREMESSA

Il diritto sostanziale contempla, a carico degli amministratori delle società di capitali, numerosi doveri dal cui inadempimento discende, per la società, il diritto al risarcimento del danno.

Ma come "azionare" e cioè come far valere, in sede giurisdizionale, la responsabilità degli amministratori per la violazione degli obblighi inerenti alla propria carica?

La legge prevede un apposito istituto, l'azione di responsabilità, attualmente disciplinato dagli artt. 2393 e 2393-bis c.c., per le società per azioni, e dall'art. 2476 c.c., per le società a responsabilità limitata (V. SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA).

Tale istituto non ha trovato, sinora, larga applicazione.

I motivi dell'insuccesso non sembrano, in linea di principio, difficili da individuare.

La ragione principale deve essere cercata nel tenore dell'art. 2393 c.c. in vigore prima della riforma del diritto societario del 2003.

Questa disposizione collocava al centro del sistema, tanto per le società per azioni quanto per le società a responsabilità limitata, la regola secondo cui, a parte ipotesi eccezionali legate alla denuncia *ex art.* 2409 c.c. o alla crisi dell'impresa, la proposizione della causa avrebbe dovuto essere sempre subordinata a una deliberazione autorizzativa assunta dall'assemblea a maggioranza del capitale rappresentato dai soci. Evidentemente, poiché gli amministratori sono, di norma, espressione della maggioranza, la necessità dell'autorizzazione assembleare limitava grandemente il concreto esercizio dell'azione sociale.

Né questa situazione si venne a modificare significativamente quando l'art. 129 T.u.f. introdusse, per le società quotate sui mercati regolamentati, la possibilità anche per la minoranza di promuovere l'azione. Se infatti il riconoscimento della legittimazione ad agire pure in capo a semplici minoranze costituiva un passo nella direzione di una maggiore fruibilità dell'istituto, la contemporanea fissazione di severi requisiti di legittimazione, tra i quali l'obbligo per i promotori di essere iscritti da almeno sei mesi nel libro dei soci, rendeva difficile il ricorso all'autorità giudiziaria. Del resto, la previsione che tutti i benefici dell'azione dovessero prodursi in capo all'intera compagine sociale costituiva un disincentivo a che i soci di minoranza si attivassero, affrontando i rischi di una causa, per ottenere (sempre che gli amministratori fossero solvibili) benefici solo indiretti, proporzionali alla quota di partecipazione nella società e dunque addirittura inferiori a quelli rivolti a vantaggio della maggioranza.

In pratica, dunque, l'azione di responsabilità ha avuto il suo campo di applicazione quasi solo in ipotesi di mutamento nel gruppo di controllo della società, o nel

caso della nomina di un amministratore giudiziario all'esito del ricorso presentato al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. oppure, più frequentemente, quando la società sia stata ammessa a una procedura concorsuale. In quest'ultima eventualità, l'azione è stata spesso proposta dal curatore fallimentare, che la esercita, in forza dell'art. 146 l. fall., congiuntamente all'azione di responsabilità a tutela dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 c.c.

Nel quadro descritto si è calato il D.Lgs. 6/2003, che ha modificato il testo dell'art. 2393 c.c.; ha riconosciuto, sulla scia di quanto già previsto per le società quotate dall'art. 129 T.u.f. (oggi espressamente abrogato dal D.Lgs. 37/2004), la legittimazione attiva anche di minoranze sociali, ora consacrata nel nuovo art. 2393-bis c.c.; e ha introdotto una disciplina *ad hoc*, contenuta nel nuovo art. 2476 c.c., che attribuisce la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione sociale a ciascun socio, indipendentemente dalla quota di partecipazione al capitale sociale.

Ciò prefigura un futuro di successo per l'azione sociale di responsabilità? È difficile rispondere.

Da un lato, l'ambito di applicazione delle norme sull'azione di responsabilità contro gli amministratori risulta innegabilmente ampliato, moltiplicando le occasioni nelle quali potrà essere avanzata una domanda ai sensi dell'art. 2393-bis c.c. o dell'art. 2476 c.c. Quanto alle società per azioni, la facoltà per le minoranze di esercitare l'azione è stata infatti estesa al campo delle società non quotate; il *quorum* per proporre la causa è stato abbassato a un quarantesimo del capitale sociale; il requisito del possesso delle azioni da almeno sei mesi, per poter acquisire la legittimazione processuale ai fini dell'azione di minoranza, è stato abolito. Mentre per le società

per azioni anche il socio titolare di una quota minima, per il solo fatto di essere socio, potrà proporre l'azione.

Dall'altro lato, però, la valorizzazione dell'istituto, specie nell'ottica di una maggiore tutela delle minoranze, sembra essere stata frenata da scelte di segno opposto.

Su questo versante, non si può, innanzi tutto, dimenticare che il Legislatore della riforma ha chiarito, come esplicitato dal comma 6 dell'art. 2393-bis c.c. e come indirettamente si ricava dal comma 4 dell'art. 2476 c.c., che ogni beneficio dell'azione esercitata dai soci deve andare a vantaggio della società, adottando dunque l'impostazione secondo cui i soci di minoranza sono dei meri sostituti processuali della società e non conseguono dall'azione giudiziaria vantaggi superiori a quelli riconosciuti agli altri soci, compresi quelli che hanno nominato gli amministratori ritenuti responsabili,

Ma ciò, come pare aver influito negativamente sull'azione di cui all'art. 129 T.u.f., sembra capace di disincentivare il ricorso ai nuovi artt. 2393-bis e 2476 c.c.: appare evidente che non si incoraggia la proposizione di azioni sociali di minoranza prevedendo che ogni utilità ricada in capo alla società e che i soci promotori si avvantaggino solo di riflesso, in quanto soci della società alla quale partecipano.

Così pure resta irrisolto il problema delle asimmetrie informative, posto che le minoranze sociali possono incontrare obiettive difficoltà nell'acquisire la documentazione capace di supportare le proprie domande, per quanto, riguardo alle società a responsabilità limitata, si registri il passo in avanti rappresentato dalla previsione contenuta nel nuovo comma 2 dell'art. 2476 c.c. secondo cui «i soci che non partecipano all'amministrazione han-

no diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione».

Né appare possibile ignorare che, quanto meno per le società per azioni, il Legislatore della riforma ha reso più rigorosi i termini entro i quali l'azione di responsabilità deve essere esercitata, rendendo in questo modo più difficile, tanto alle minoranze quanto alla società che agisca a seguito di autorizzazione dell'assemblea, ottenere in via giudiziale tutela nei confronti degli inadempimenti degli amministratori.

II. L'ASSEMBLEA

Riguardo all'azione promossa dai soci di maggioranza nelle società per azioni, essa viene esercitata, a mezzo del rappresentante legale o di altro rappresentante processuale della società, a seguito di deliberazione dell'assemblea ordinaria, competente ai sensi dell'art. 2364, n. 4, c.c., necessaria anche se la società è in liquidazione.

Naturalmente, come dispone l'art. 2373, comma 3, c.c., dettando una presunzione assoluta di conflitto di interessi, l'amministratore che sia anche socio non potrà votare quando si tratti di deliberare sull'autorizzazione all'azione contro di lui ovvero su altre questioni riguardanti la sua responsabilità. Dal momento però che l'azione sociale contro gli amministratori ha natura personale e deve quindi essere deliberata non cumulativamente ma separatamente per ciascun amministratore, mediante distinte valutazioni dei fatti e delle colpe, ogni socio amministratore ha facoltà di partecipare alla votazione riguardante la responsabilità dell'altro senza versare in conflitto d'interessi.

Più nel dettaglio, è da notare che la deliberazione assembleare con cui viene autorizzato l'esercizio dell'azione sociale può essere assunta in occasione della discussione del bilancio, anche se non all'ordine del giorno, ma, come il Legislatore della riforma ha precisato aggiungendo un inciso all'ultima parte del comma 2 dell'art. 2393 c.c., soltanto relativamente ai fatti di competenza dell'esercizio cui il bilancio si riferisce.

Poiché l'ordine del giorno viene fissato dagli amministratori, i quali, ai sensi dell'art. 2366 c.c., convocano l'assemblea indicando l'elenco delle materie da trattare, e poiché sembra difficile che gli amministratori mettano in trattazione l'azione di responsabilità contro se stessi, la possibilità per l'assemblea di deliberare, al di fuori dell'ordine del giorno, solo relativamente ai fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio parrebbe tradursi in una sorta di termine di decadenza annuale per la proposizione dell'azione.

Ma l'ipotizzato inconveniente non deve essere sopravvalutato, sia perché l'assemblea può deliberare l'azione anche successivamente, qualora sia stata inserita all'ordine del giorno da nuovi amministratori, sia perché l'assemblea può tenersi *ex art.* 2367 c.c., su richiesta della minoranza, sia perché i soci di minoranza possono direttamente esperire l'azione di responsabilità senza bisogno di una previa delibera assembleare.

Maggiormente complesso si presenta il tema dell'eventuale impugnazione della delibera che autorizzi l'esercizio dell'azione.

In proposito, non bisogna dimenticare che, come dispone l'art. 2393, comma 4, c.c., qualora la deliberazione dell'azione di responsabilità abbia ottenuto il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, gli amministratori contro i quali è

proposta decadono automaticamente dalla propria carica e sorge l'obbligo dell'assemblea di provvedere, nella stessa o in altra seduta, alla loro sostituzione. Né si deve trascurare che analogo effetto si ritiene operi nei confronti dei sindaci quando essi siano oggetto dell'azione.

È evidente quindi che la delibera di autorizzazione all'azione di responsabilità possa prestarsi a un uso strumentale, volto in realtà a conseguire il risultato della revoca di amministratori o sindaci, e possa così celare un abuso di maggioranza.

Da ciò discende la sicura ammissibilità dell'impugnazione a norma degli artt. 2377 ss. c.c., ove risulti che l'azione di responsabilità, prevista in astratto a favore e a tutela della società, sia stata in concreto deliberata nell'interesse particolare dei soci che l'hanno approvata.

Può pertanto accadere che non solo i soci assenti, dissenzienti, o astenuti, ma anche gli amministratori, compresi quelli contro i quali sia stata autorizzata l'azione, ovvero il collegio sindacale, impugnino la delibera, chiedendone, come l'art. 2378 c.c. consente, la sospensione in via d'urgenza.

In tal modo, gli stessi soggetti passivi dell'azione di responsabilità, e cioè i componenti dell'organo amministrativo e di quello di controllo, possono sia provocare un giudizio sulla validità dell'autorizzazione alla causa nei loro confronti, sia impedire, ottenendo la sospensione della delibera, che, nella pendenza di tale giudizio, operi la loro revoca, che altrimenti dovrebbe conseguire quale effetto del comma 5 dell'art. 2393 c.c.

Quanto alle società a responsabilità limitata, il nuovo art. 2476 c.c. non ha esplicitamente previsto l'azione sociale di responsabilità promossa a seguito di decisione maggioritaria dei soci.

Non pare tuttavia dubbio che la società sia legittimata attiva all'azione di responsabilità, dato che sarebbe paradossale permettere a ciascun socio e non alla società di promuovere la causa contro gli amministratori.

È semmai da chiedersi se anche per le società a responsabilità limitata valga la regola dettata dall'art. 2393, comma 4, c.c., secondo cui gli amministratori contro i quali l'azione sociale sia stata deliberata da almeno un quinto del capitale sociale decadono automaticamente dalla carica.

La circostanza che il comma 3 dall'art. 2476 c.c. preveda che, promossa l'azione di responsabilità, in caso di gravi irregolarità nella gestione sia possibile chiedere all'autorità giudiziaria un «provvedimento cautelare di revoca degli amministratori», sembrerebbe suggerire che l'unico modo per ottenere immediatamente la revoca degli amministratori al di fuori dei normali meccanismi assembleari sia quella di ricorrere al giudice per ottenere in via d'urgenza il relativo provvedimento.

III. IL COLLEGIO SINDACALE

Il nuovo art. 2393, comma 3, c.c. attribuisce la legittimazione a promuovere l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori delle società per azioni anche al collegio sindacale, previa delibera assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

IV. LA SOCIETÀ

Una volta che sia stata validamente deliberata dall'assemblea (o, nelle società per azioni, dal collegio sindacale), l'azione di responsabilità viene esercitata in giudizio dalla società tramite il proprio legale rappresentante.

La società rappresenta dunque la parte attrice del procedimento, mentre le parti

convenute sono costituite, ovviamente, da amministratori e sindaci, che sono i legittimati passivi dell'azione di responsabilità.

La società, peraltro, può anche assumere la veste di parte formalmente convenuta.

Infatti, se l'azione è intentata dai soci di minoranza di una società per azioni, ai sensi del comma 3 dell'art. 2393-bis c.c. (al pari di quanto imponeva l'art. 129 T.u.f.) l'atto di citazione deve essere notificato anche alla società. E non c'è motivo di dubitare che la citazione introduttiva dell'azione di responsabilità promossa dal singolo socio di società a responsabilità limitata debba essere analogamente notificata anche alla società.

Più in particolare, è da ritenere che la società rivesta la qualità di litisconsorte necessario nel giudizio promosso dalla minoranza o dal singolo socio. Ciò comporta che in caso di omessa notificazione nei confronti della società, il giudice dovrà disporre l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

Sulle modalità dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti della società per azioni, non ben comprensibile è il motivo che ha indotto il Legislatore a riprodurre, traendola dall'art. 129 T.u.f., dove aveva destato perplessità, la norma, di cui all'ultima parte del comma 3 dell'art. 2393-bis c.c., che impone di notificare la citazione alla società non solo in persona del suo legale rappresentante ma «anche in persona del presidente del collegio sindacale» (v. COLLEGIO SINDACALE).

Un'interpretazione possibile è che questa notificazione abbia la funzione di informare il presidente del sospetto di irregolarità nella gestione, così da stimolare l'organo di controllo a specifici, ed eventualmente ulteriori, verifiche sull'operato degli amministratori.

Un'altra interpretazione è che l'atto vada notificato al presidente del collegio sindacale in quanto a quest'ultimo la legge implicitamente riconosce il compito di rappresentare la società nel giudizio di responsabilità.

In tal modo si risolverebbe il problema dato dal fatto che, come vedremo, i legali rappresentanti della società si identificano con gli amministratori, che a loro volta sono i destinatari dell'azione di responsabilità e dunque in conflitto di interessi rispetto alla rappresentanza della società nel relativo giudizio.

Ma il problema appena esposto potrebbe essere risolto pure applicando il comma 2 dell'art. 78 c.p.c., sulla nomina, *ex* artt. 79 e 80 c.p.c., di un curatore speciale per il processo quando vi sia un conflitto di interessi tra il rappresentante e il rappresentato.

Nel dubbio, potrebbe affermarsi la prassi di nominare curatore speciale proprio il presidente del collegio sindacale.

In ogni caso, il rappresentante processuale della società, sia esso il presidente del collegio sindacale o un altro soggetto, dovrà decidere con chi schierarsi.

Si deve infatti reputare che (al di là della formale collocazione dal lato delle parti convenute, in quanto destinatarie dell'atto di citazione) la società rivesta una posizione a sé, che, a seconda del caso concreto, potrà coincidere con quella degli amministratori resistenti o dei soci di minoranza attori.

In proposito occorre osservare che, in linea di principio, la società non appare controinteressata all'azione, bensì portatrice dell'interesse del risarcimento del danno cagionato dagli amministratori convenuti, tanto più che i soci di minoranza agiscono quali sostituti processuali della società e che quest'ultima è la diretta

destinataria di ogni vantaggio derivante dalla causa di responsabilità.

Questo non vuol però dire che la posizione della società debba essere necessariamente conforme a quella espressa dai soci di minoranza e che quindi la società non abbia altra scelta se non quella di domandare il risarcimento del danno, magari sotto altri profili, nel contesto del procedimento promosso dalla minoranza *ex art. 2393-bis c.c.* o dal singolo socio *ex art. 2476 c.c.*

È infatti possibile che la società giudichi infondata l'azione promossa dalla minoranza.

In tal caso, la società affiancherà la sua posizione a quella dei resistenti, resistendo anch'essa o decidendo di non partecipare al procedimento, se ad es. ritenga soddisfacente la difesa espletata dagli amministratori.

V. IL CURATORE SPECIALE

Come si è anticipato, la società esercita l'azione di responsabilità contro gli amministratori per mezzo del proprio legale rappresentante.

Dal momento che la rappresentanza della società è affidata agli amministratori, occorre però prestare attenzione all'insorgenza di conflitti di interesse.

Così, qualora gli amministratori siano rimasti in carica, non potendosi ammettere che la società sia rappresentata da soggetti che già stanno in giudizio nel proprio esclusivo interesse per difendersi dall'accusa di avere violato i doveri della carica amministrativa, dovrà applicarsi il comma 2 dell'art. 78 c.p.c., secondo cui, quando c'è un conflitto di interessi con il rappresentante, al rappresentato viene nominato, con il procedimento di cui agli artt. 79 e 80 c.p.c., un curatore speciale.

Ciò significa che, nella loro qualità di parti in causa, ai sensi del comma 2 dell'art. 79 c.p.c., tanto la società, per il tramite dei propri organi, quanto i singoli amministratori contro cui sia esercitata l'azione, potranno fare istanza al presidente del Tribunale per la nomina del curatore in questione.

Qualora poi nessuno di questi soggetti abbia proposto l'istanza, è ragionevole pensare che il Tribunale, nell'udienza di comparizione, debba disporre, in applicazione analogica dell'art. 182, comma 2, c.p.c., l'adozione degli opportuni provvedimenti sananti e invitare le parti ad azionare il procedimento per la nomina del curatore speciale.

VI. LA MINORANZA SOCIALE

Riguardo all'azione promossa dai soci rappresentativi di una percentuale significativa, anche se non maggioritaria, dell'azionariato, il comma 1 e il comma 2 del nuovo art. 2393-bis c.c. stabiliscono, per la società per azioni, che la legittimazione è attribuita ai soci titolari di almeno un quinto del capitale sociale o, nelle società aperte, che ricorrano al mercato del capitale di rischio, titolari di almeno un ventesimo dello stesso, percentuale abbassata a un quarantesimo del capitale sociale dall'art. 3, comma 2, lett. b, l. 262/2005, che ha modificato il comma 2 dell'art. 2393-bis c.c.

Tali *quorum*, che il Legislatore ha ritenuto congrui allo scopo di evitare situazioni di eccessiva conflittualità, possono essere modificati statutariamente.

Per le società chiuse, il comma 1 dell'art. 2393-bis c.c. dispone che lo statuto può abbassare o elevare la percentuale richiesta. Ma comunque, soggiunge la norma, la soglia che i soci di minoranza debbono raggiungere per poter esercita-

re l'azione non può superare il terzo del capitale sociale.

Per le società aperte, invece, il comma 2 dell'art. 2393-*bis* c.c. detta la regola secondo cui la percentuale può essere ridotta, ma non elevata.

In questo modo, dunque, la legittimazione di una minoranza di soci a esercitare l'azione sociale di responsabilità è stata estesa dal campo delle società per azioni quotate in mercati regolamentati, dove era già prevista dall'art. 129 T.u.f., a tutte le società per azioni.

È da notare che l'art. 129 T.u.f. abrogato espressamente dal D.Lgs. 37/2004, richiedeva, ai fini del calcolo della quota rappresentata dalla minoranza, che gli azionisti fossero iscritti da almeno sei mesi nel libro dei soci. Tale requisito era stato pensato con lo scopo di scoraggiare l'acquisto azionario operato a fini di disturbo o speculativi, che in astratto potrebbero essere perseguiti anche in altri tipi di società.

Ma il Legislatore della riforma del diritto societario ha deciso di non richiedere, all'art. 2373-*bis* c.c., l'iscrizione nel libro dei soci da almeno sei mesi quale requisito ulteriore di legittimazione. Del resto, la vecchia previsione era stata criticata, perché se da un lato risultava utile per escludere la legittimazione dell'investitore di breve periodo, non di rado identificabile in speculatori animati da meri fini di disturbo, dall'altro lato l'obbligo di detenere le azioni per un periodo consistente rischiava di allontanare anche gli investitori istituzionali, animati da obiettivi di medio e lungo periodo, per i quali avrebbe potuto essere preferibile cedere la partecipazione piuttosto che attendere il decorso dei sei mesi successivamente ai quali diventava possibile contrastare le scelte del *management* esercitando (o minacciando) l'azione di responsabilità.

L'art. 2373-*bis* c.c., come pure, in precedenza, l'art. 129 T.u.f., nulla dice per il caso di perdita della titolarità delle azioni, o della percentuale richiesta, nel corso del giudizio, né stabilisce qualcosa per il caso analogo in cui uno o più soci necessari per raggiungere il *quorum* rinuncino, in corso di causa, all'azione.

Secondo una classica impostazione, la lacuna normativa va risolta osservando che il fatto di rappresentare una determinata quantità del capitale sociale costituisce, ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità, una condizione dell'azione, relativa alla sussistenza della legittimazione ad agire, e non un mero presupposto processuale. Poiché costituisce insegnamento consolidato quello secondo cui per i presupposti processuali è sufficiente riscontrare la loro esistenza al momento della notificazione dell'atto di citazione, mentre le condizioni dell'azione debbono perdurare lungo tutto il corso del giudizio, partendo dai presupposti enunciati sembrerebbe doversi concludere che, in ogni ipotesi in cui venga meno la percentuale richiesta per l'esercizio dell'azione di responsabilità, si dissolve la possibilità di pervenire alla sentenza di merito e deve essere invece dichiarata, con una sentenza processuale, l'intervenuta carenza di legittimazione attiva.

In realtà, però, sembra maggiormente corretto ritenere che la titolarità della quota richiesta dalla legge o dallo statuto per l'esercizio dell'azione debba aversi al momento della proposizione della domanda, restando irrilevante la sua perdita nelle more del procedimento.

In proposito, sembra possibile rilevare come, in tema di impugnazione di delibere assembleari, il Legislatore della riforma abbia sentito l'esigenza di precisare, al comma 2 del nuovo art. 2378 c.c., che la

quota dell'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso nel capitale del rischio e del cinque per cento nelle altre, detenuta dal socio o dai soci impugnanti, deve essere mantenuta per tutto il corso del procedimento. Se ne dovrebbe dunque dedurre, *a contrario*, che, nulla essendo stato stabilito all'art. 2393-bis c.c., per la procedibilità dell'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza, non occorre conservare le quote possedute all'inizio. In altri termini, una volta notificato l'atto introduttivo del giudizio, il procedimento continua sino alla pronuncia della sentenza nel merito anche se la percentuale dei soci promotori dell'azione di minoranza scende sotto il limite fissato dalla legge.

Ritenendo diversamente, si correrebbe oltretutto il pericolo che l'assemblea, o gli stessi amministratori, quando gli sia stato conferito *ex art.* 2441 c.c. il relativo potere, deliberino ed eseguano aumenti di capitale volti a diluire la quota dei soci di minoranza che abbiano agito in giudizio, paralizzando così l'azione di responsabilità. Inoltre, sempre per bloccare l'azione di responsabilità, uno o più soci promotori potrebbero essere sollecitati a cedere le loro quote in cambio di condizioni per loro vantaggiose. Ma in tal modo il corrispettivo per l'effetto sostanziale di rinuncia o transazione conseguente alla cessione delle partecipazioni al capitale sociale andrebbe a vantaggio dei soci che abbiano ceduto le proprie quote e non, come prescrive il comma 6 dell'art. 2393-bis c.c., a vantaggio della società.

Peraltro, negando l'improcedibilità della domanda, questi rischi possono essere attenuati ma non scongiurati.

Infatti, come si dirà più approfonditamente in seguito, la società conserva, ai sensi degli artt. 2393, comma 6, c.c., e

2393-bis, comma 7, c.c. il potere di rinunciare all'azione o di transigere, a meno che una percentuale del capitale sociale pari ad almeno un quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ad almeno un ventesimo del capitale sociale si opponga.

Questo comporta che la perdita in corso di causa della quota richiesta per l'esercizio dell'azione *ex art.* 2393-bis c.c., per quanto possa essere ritenuta irrilevante ai fini della prosecuzione del giudizio, possa però, in prospettiva, dimostrarsi fatale.

Ciò per un motivo assai semplice: nulla impedisce che l'assemblea, grazie alle nuove ripartizioni del capitale sociale venutesi a determinare, deliberi, senza che la minoranza abbia i numeri per impedirlo, la rinuncia o transazione al diritto al risarcimento del danno cagionato dagli amministratori, ponendo così termine all'azione di responsabilità intentata ai sensi dell'art. 2393-bis c.c.

In tale quadro, l'importanza del problema del mantenimento della quota iniziale ai fini della procedibilità della domanda sicuramente si ridimensiona.

Se ben si osserva, anzi, alla minoranza potrebbe perfino non essere sufficiente mantenere la quota iniziale, subentrando l'onere di incrementarla, considerato che, se originariamente il Legislatore riconosceva il diritto di veto nei confronti di rinunce e transazioni ai possessori di una percentuale del capitale sociale pari a quella necessaria per promuovere l'azione sociale di minoranza, oggi, a seguito della modifiche operate dalla l. 262/2005, la percentuale richiesta per promuovere l'azione sociale è scesa a un quarantesimo del capitale sociale, mentre quella richiesta per impedire eventuali rinunce o transazioni è rimasta ferma a un ventesimo.

VII. IL RAPPRESENTANTE COMUNE DEGLI AZIONISTI DI MINORANZA

Passando al soggetto al quale viene affidata, nell'azione di responsabilità promossa dai soci di minoranza della società per azioni, la rappresentanza processuale, il comma 4 dell'art. 2393-*bis* c.c. richiede, analogamente a quanto era previsto *ex art.* 129 T.u.f., la nomina, a maggioranza del capitale posseduto, di uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

Nulla essendo disposto dalla legge relativamente alla procedura di nomina, se non il rispetto del principio di maggioranza, i soci sono liberi di organizzarsi tra loro come meglio credono.

Naturalmente, la nomina di un rappresentante comune è ispirata a un'esigenza di semplificazione, consistente nel raggruppare i soci interessati all'azione di minoranza, che possono essere numerosi.

Pertanto, se l'azione è esercitata da un unico socio, possessore di una percentuale di capitale sociale sufficiente, la nomina di un rappresentante comune sarebbe inutile e quindi non occorre.

Il rappresentante comune, secondo quanto dispone il comma 4 dell'art. 2393-*bis* c.c. utilizzando una formula ampia, ripresa dal comma 2 dell'art. 129 T.u.f., esercita l'azione e compie gli atti conseguenti. Il rappresentante comune pone cioè in atto tutte le attività necessarie per il processo, quali il rilascio della procura al difensore, la risposta all'interrogatorio libero e formale, il deferimento e la prestazione del giuramento decisorio, la proposizione delle impugnazioni, la cura degli atti esecutivi, e via dicendo. È però da ritenere che non possa rinunciare agli atti del giudizio, salvo che i soci gli abbiano espressamente conferito tale potere.

VIII. IL SINGOLO O I SINGOLI SOCI

Nelle società a responsabilità limitata, infine, il comma 3 del nuovo art. 2476 c.c. attribuisce la legittimazione attiva anche al singolo socio, a prescindere dalla quota di partecipazione al capitale sociale detenuta.

L'azione sociale può essere dunque esercitata anche da un solo socio assolutamente minoritario.

Ma è importante ricordare che, in base al comma 5 dell'art. 2447 c.c., l'azione può essere oggetto di «rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale».

Di fatto, quindi, per esercitare l'azione di responsabilità nelle società a responsabilità limitata occorre possedere una quota rappresentativa di almeno il dieci per cento del capitale sociale.

Naturalmente è possibile che l'azione sia promossa congiuntamente da più soci.

In quest'ultimo caso, a differenza che per le società per azioni, non pare però necessaria la nomina di rappresentanti comuni, non essendo stata riprodotta la regola dettata dal comma 4 dell'art. 2393-*bis* c.c. La diversa disciplina appare del resto logica, essendo le società a responsabilità limitata, a differenza delle società per azioni, generalmente composte da pochi soci.

IX. GLI AMMINISTRATORI, I SINDACI E I SOCI CHE HANNO DECISO O AUTORIZZATO GLI ATTI

Gli amministratori, ai quali l'art. 2396 c.c. equipara i direttori generali, sono le parti convenute del giudizio di responsabilità.

Non è necessario che tutti gli amministratori vengano citati in giudizio. Né, talvolta, è opportuno. Per quanto rispondano in solido dell'adempimento dei doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto, ogni amministratore ha infatti la possibilità offerta dall'ultimo comma dell'art. 2392 c.c., come pure dal comma 1 dell'art. 2476 c.c., di provare di essere immune da colpa. Sarebbe dunque inutile agire contro un amministratore che si sappia in possesso delle prove che dimostrino la sua non colpevolezza.

Gli amministratori potranno rispondere, in un giudizio di responsabilità, solo per violazione di doveri inerenti alla gestione.

Esulano infatti dal campo di applicazione degli artt. 2393 e 2393-bis c.c., nonché dell'art. 2476 c.c., le azioni che trovino il loro fondamento in atti che non costituiscano estrinsecazione diretta delle specifiche attribuzioni dell'amministratore, ancorché da queste occasionati o agevolati, e integrino invece una responsabilità extracontrattuale dell'amministratore nei confronti della società.

Problematica, poi, è la questione dei danni cagionati alla società da amministratori di fatto.

Se la responsabilità di questi ultimi viene ricostruita in chiave extracontrattuale, essendo mancata una valida nomina alla carica amministrativa, sembra doversi coerentemente ritenere che essi siano sottoposti alla ordinaria azione di danni da fatto illecito *ex art.* 2043 c.c., ma appare altrettanto logico prescindere dall'esistenza di una formale investitura e unificare sotto la stessa disciplina la posizione di tutti coloro i quali esercitino in modo continuativo e significativo le funzioni amministrative.

Le disposizioni di cui agli artt. 2393 e 2393-bis c.c. si applicano inoltre, in forza

della norma di rinvio contenuta nel comma 3 dell'art. 2407 c.c., non solo all'azione di responsabilità contro gli amministratori ma anche, se compatibili, all'azione di responsabilità contro i sindaci.

È da ritenere che pure l'art. 2476 c.c. si applichi ai sindaci, quando nella società a responsabilità limitata sia presente il collegio sindacale, tanto è vero che al comma 8 dell'art. 2476 c.c. la posizione degli amministratori e quella dei sindaci viene accomunata, prevedendosi che l'approvazione del bilancio non implica liberazione né degli uni né degli altri per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

Infine, sembra ragionevole che l'azione *ex art.* 2476 c.c. si estenda ai «soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società», i quali, ai sensi del comma 7 dell'art. 2476 c.c., sono «solidalmente responsabili con gli amministratori».

X. I TERMINI PER PROPORRE L'AZIONE

Quanto ai termini per l'esercizio dell'azione, nel regime anteriore alla riforma del diritto societario, in assenza di una specifica disciplina, la materia doveva ritenersi governata esclusivamente dalla normativa, in tema di prescrizione nei rapporti sociali, di cui agli artt. 2941 e 2949 c.c., da coordinare con l'art. 2935 c.c.

L'assetto normativo che emergeva è da ritenere tuttora valido per le società a responsabilità limitata, nel cui campo non sono intervenuti cambiamenti.

Così, per le società a responsabilità limitata, il comma 1 dell'art. 2949 c.c. fissa in cinque anni il termine di prescrizione dei diritti che derivano dai rapporti sociali, tra i quali devono essere annoverati anche il diritto della società a essere tenuta indenne dal danno a essa eventualmente cagionato dai suoi amministratori; il n. 7

dell'art. 2941 c.c. stabilisce che, nel periodo di durata della carica, la prescrizione del diritto delle persone giuridiche a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dei propri amministratori rimane sospeso; e l'art. 2935 c.c. dispone che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, cosa che, nel caso del diritto al risarcimento del danno, avviene, secondo i principi generali, nel momento in cui la fattispecie dannosa si è perfezionata ossia quando il danno si è verificato.

Ma per le società per azioni occorre oggi tenere conto del comma 4 dell'art. 2393 c.c., introdotto *ex novo* dal D.Lgs. 6/2003.

Secondo l'art. 2393, comma 4, c.c., l'azione di responsabilità «può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica».

La formulazione del precetto non appare tra le più felici. Sarebbe stato certo preferibile scrivere, al fine di evitare ogni incertezza circa la natura decadenziale del termine, che l'azione «deve essere esercitata, a pena di decadenza, entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica».

In ogni caso, non sembra dubbio che il Legislatore abbia inteso il nuovo termine quale termine di decadenza dall'esercizio dell'azione, e che quindi esso non sia soggetto alle norme sulla sospensione e sull'interruzione della prescrizione, nonché a quanto stabilito dall'art. 2935 c.c. sul momento a partire dal quale la stessa inizia a decorrere.

Diversamente, sarebbe difficile attribuire qualche significato alla nuova regola, in quanto, sino alla cessazione dalla carica, il decorso della prescrizione dei diritti derivanti dai rapporti sociali, che l'art. 2949, comma 1, c.c. fissa in cinque anni, è già

sospeso per effetto della norma generale dettata dall'art. 2941, n. 7, c.c.

Considerato tale contesto normativo, l'art. 2393, comma 3, c.c. opera non poche modifiche per l'ipotesi in cui il danno si sia verificato prima della cessazione degli amministratori dalla carica.

Tanto secondo il regime precedente come secondo quello attuale, infatti, il diritto al risarcimento del danno rimane "congelato" nel periodo in cui gli amministratori ricoprono la carica e il diritto vantato dalla società inizia a "consumarsi" in un arco di tempo quinquennale solo dopo che gli amministratori siano cessati dalla carica.

Sennonché, a differenza che nell'assetto *ante* riforma, a seguito dei cambiamenti operati dal D.Lgs. 6/2003, in luogo del generale termine di prescrizione dettato dall'art. 2949 c.c., a partire dalla cessazione degli amministratori dalla carica decorre un termine anch'esso quinquennale ma di decadenza, e come tale non soggetto né a sospensione né a interruzione. Tanto meno, poi, ci si può aspettare che il nuovo termine, avendo natura decadenziale, possa ancora prolungarsi, come un tempo poteva accadere *ex art.* 2947, comma 3, c.c., quando i fatti imputati agli amministratori siano previsti dalla legge come reato.

Più rilevanti ancora sono però le differenze tra vecchio e nuovo regime per l'ipotesi in cui il danno si sia verificato dopo la cessazione degli amministratori dalla carica.

Nel vecchio regime l'azione di responsabilità sarebbe stata possibile sino a che non fosse trascorso il termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 2393 c.c., decorrente dal momento della verifica del danno.

Nel nuovo regime, invece, l'azione di responsabilità non può più essere esercitata decorsi cinque anni dalla cessazione degli amministratori dalla carica.

Di conseguenza, stando al nuovo comma 4 dell'art. 2393 c.c., si possono verificare due eventualità.

Se il danno si è verificato dopo la cessazione degli amministratori dalla carica ma prima del decorso del termine quinquennale, l'azione continua a poter essere esercitata, sia pure in un termine che, in relazione a determinate fattispecie, potrebbe risultare alquanto ristretto e quindi tale da non assicurare l'effettiva possibilità di agire in giudizio.

Se invece il danno si è verificato successivamente al decorso dei cinque anni dalla cessazione degli amministratori dalla carica, poiché in precedenza, in mancanza del danno, difettava la stessa possibilità giuridica di esercitare l'azione di responsabilità, deve concludersi che il termine decadenziale oggi dettato dall'art. 2393 c.c. precluda alla società la possibilità di far valere il proprio diritto al risarcimento del danno.

Tale ultima eventualità potrebbe essere non rara.

Basti dire che in molti casi il danno si verifica a distanza di molto tempo dal compimento della condotta che lo ha cagionato: così, ad es., quando gli amministratori abbiano omesso di ottemperare agli obblighi tributari o contributivi, l'accertamento della violazione e la comminatoria della sanzione e degli interessi può intervenire dopo parecchi anni; e nel caso in cui l'amministratore concluda contratti con clienti morosi o insolventi, il danno può dirsi verificato soltanto al momento il cui il credito diventi definitivamente inesigibile.

Ma privare la società di tutela rispetto ai fatti dannosi successivi di più di cinque anni dalla cessazione degli amministratori dalla carica sembra in chiaro contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. Né può essere con-

siderata una valida ragione giustificativa quella di assicurare la non sanzionabilità civile delle condotte dannose per ridurre i costi delle assicurazioni per gli amministratori. Tanto meno, poi, convince neppure argomentare che aver definito con chiarezza e precisione la scadenza delle responsabilità degli amministratori costituisce un positivo incentivo all'assunzione di incarichi negli organi amministrativi da parte del ceto professionale più consapevole dei rischi inerenti alla carica, non più dissuaso dal timore di azioni di responsabilità esercitabili anche dopo che sia trascorso un lungo lasso di tempo.

Ulteriori profili d'incostituzionalità emergono inoltre dal confronto con l'azione di responsabilità contro gli amministratori nelle società a responsabilità limitata, dove, come si è in precedenza riferito, continua a operare il regime ordinario della prescrizione in materia di rapporti societari, incardinato sui già ricordati artt. 2941, n. 7, 2949, comma 1, e 2935 c.c.

Un temperamento dell'insoddisfacente situazione sopra descritta si ha peraltro quando l'azione di responsabilità sia esercitata dal curatore fallimentare nel quadro dell'art. 146 l. fall., e cioè cumulando i vantaggi delle azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., al fine di acquisire all'attivo fallimentare tutto quanto sottratto per fatti imputabili agli amministratori.

In materia fallimentare, che come si è accennato ha costituito sinora il campo nel quale l'azione di responsabilità viene esercitata più di frequente, il nuovo comma 4 dell'art. 2393 c.c. non dovrebbe infatti trovare applicazione. Dovrà invece normalmente applicarsi, in quanto quasi sempre più favorevole per il curatore, il comma 2 dell'art. 2394 c.c., che consente l'esercizio dell'azione nell'ordinario termine prescrizione di cinque anni a decorrere da

«quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei creditori».

XI. IL GIUDIZIO ORDINARIO

Parallelamente alle modifiche al Codice civile operate dal D.Lgs. 6/2003, il D.Lgs. 5/2003 ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo procedimento di cognizione specificamente dedicato alle controversie societarie.

In particolare, il comma 3 dell'art. 1, D.Lgs. 5/2003, ha attribuito le controversie societarie, tra le quali la lett. a del comma 1 espressamente contempla «le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo», alla decisione del Tribunale, il quale deve giudicare in composizione collegiale applicando il nuovo rito dettato dal D.Lgs. 5/2003.

Quanto alla disciplina del nuovo processo di cognizione per le cause societarie, la nuova normativa delinea un modello processuale profondamente diverso da quello vigente per le controversie ordinarie. Così, per proporre gli esempi più significativi, nel campo societario tutta la fase introduttiva come sinora conosciuta non esiste più: gli avvocati e le parti si scambiano reciprocamente memorie, senza la partecipazione del giudice, che viene evocato in seguito, in un momento molto avanzato della procedura. Inoltre, qualora venga chiesta una misura cautelare in corso di causa, come può essere il caso, nelle azioni di responsabilità, della richiesta di un sequestro conservativo o di un'inibitoria a tenere comportamenti dannosi per la società, il giudice, anziché limitarsi a concedere o negare il provvedimento cautelare, può decidere immediatamente la causa nel merito, secondo le forme del nuovo «giudizio abbreviato» di cui all'art. 24 D.Lgs. 5/2003.

Le azioni di responsabilità non possono però essere svolte nelle forme del procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 19 D.Lgs. 5/2003, con cui, attraverso una procedura semplificata, il Legislatore ha riconosciuto al creditore di una somma di denaro anche non liquida il diritto a ottenere in suo favore, ove il giudice monocratico designato ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, un'ordinanza immediatamente esecutiva ma inidonea ad assumere efficacia di giudicato. Il comma 1 dell'art. 19 D.Lgs. 5/2003, esclude infatti espressamente dall'ambito di applicabilità di tale procedimento «le azioni di responsabilità da chiunque proposte». Ciò probabilmente sull'assunto dell'incompatibilità delle forme sommarie con la complessità degli accertamenti e la delicatezza delle questioni sollevate in questo tipo di azioni.

XII. LE SPESE PROCESSUALI

Secondo i principi generali, le spese processuali seguono la soccombenza, salva la possibilità di compensazione per giusti motivi o in caso di accoglimento solo parziale delle domande, secondo la regola dettata dall'art. 91 c.p.c.

Ciò significa che la parte attrice, incarnata o dalla società o dai soci rappresentativi di una quota minoritaria del capitale sociale o anche, per le società a responsabilità limitata, da un singolo socio, anticipa quanto necessario per l'esercizio dell'azione per poi recuperare gli esborsi in caso di vittoria nella causa.

Non è tuttavia scontato che prevalere in sede giudiziale comporti il recupero delle somme anticipate. Come si è già ricordato, il giudice può compensare le spese e comunque la parte soccombente può non essere solvibile. Il che potrebbe avvenire

di frequente, se si considera che, oltre alle spese processuali, gli amministratori condannati dovranno pagare alla società somme di solito molto ingenti a titolo di risarcimento dei danni da questa subiti.

D'altra parte, tenuto presente che la società è l'unica destinataria dei vantaggi dell'azione, anche se promossa dai soci di minoranza, non si poteva consentire che essa incamerasse i benefici della causa promossa da altri e che, contemporaneamente, questi ultimi scontassero il rischio di non poter aver indietro le spese affrontate.

Il Legislatore della riforma ha così dettato, per le società per azioni, il comma 5 dell'art. 2393-*bis* c.c., secondo cui, sulla falsariga di quanto disponeva l'art. 129 T.u.f., in caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito dell'escussione degli amministratori.

Una disposizione analoga, ancorché più sintetica, è dettata per le società a responsabilità limitata dal comma 4 dell'art. 2476 c.c. In base a quest'ultima disposizione, in caso di accoglimento della domanda la società «rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti», senza che si precisi che tale diritto al rimborso sorge solo per le spese che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia stato possibile recuperare da questi ultimi. Ma è chiaro che ciò è sottointeso, altrimenti gli attori lucrerebbero due volte le medesime somme, una volta per effetto della liquidazione giudiziale e l'altra volta per effetto del rimborso da parte della società.

Dunque, la società è obbligata a rimborsare le spese sostenute dai soci che

abbiano promosso l'azione, ma il diritto di rivalsa sussiste soltanto quando le spese risultino maggiori rispetto a quelle poste a carico dei soccombenti, e previa escussione del patrimonio degli amministratori risultati soccombenti in giudizio.

In pratica, sarà buona norma che i soci, al fine di munirsi di un titolo esecutivo anche nei confronti della società, utile sia per iscrivere ipoteca giudiziale sia per poter agire in via esecutiva senza ulteriori indugi, non dimentichino di chiedere al giudice la condanna della società al pagamento tanto delle spese a cui non siano stati condannati gli amministratori convenuti quanto, subordinatamente alla loro infruttuosa escussione, al pagamento delle spese delle quali sia risultato impossibile ottenere il rimborso.

Degna di nota è da ultima la circostanza che tanto l'art. 2393-*bis*, comma 5, c.c. quanto l'art. 2476, comma 4, c.c. si differenziano dalla precedente previsione dell'art. 129 T.u.f. per l'espresso inserimento, fra le spese rimborsabili ai soci promotori dell'azione, delle spese "sopportate nell'accertamento dei fatti".

Più che alle spese per l'espletamento di consulenze tecniche di parte, che la giurisprudenza già ritiene ripetibili per legge, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., sembrerebbe che in detto modo il Legislatore della riforma abbia inteso riferirsi alle indagini svolte anteriormente al processo per raccogliere elementi da usare in giudizio. Se tale lettura è corretta, l'innovazione appare di una certa importanza: non trattandosi di spese processuali in senso stretto, in mancanza della loro menzione ai novellati comma 5 dell'art. 2395 c.c. e comma 4 dell'art. 2476 c.c., questi costi di indagine sopportati dalla parte attrice, che possono essere particolarmente elevati, non sarebbero ripetibili *ex* artt. 91 e 92 c.p.c.

XIII. IL GIUDIZIO ARBITRALE

Passando all'arbitrato, occorre innanzitutto osservare che le azioni di responsabilità dei soci e della società contro gli amministratori vertono su un diritto tipicamente disponibile, qual è il diritto al risarcimento del danno.

Potendo formare oggetto di rinuncia e transazione, l'azione sociale di responsabilità può anche, in forza dell'art. 806 c.p.c., essere deferita al giudizio arbitrale. Ma v'è di più.

L'art. 34, comma 4, D.Lgs. 5/2003, stabilisce, con l'esclusione delle società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio, che la clausola compromissoria contenuta a tal proposito nello statuto della società sia vincolante anche per amministratori, liquidatori e sindaci per il solo fatto dell'accettazione, da parte di questi ultimi, dell'incarico.

In tal modo, il contratto sociale finisce per risultare efficace anche nei confronti di chi non ne è parte, benché il suo potere di amministrare discenda dalla sua designazione a opera dell'assemblea dei soci e quindi, in ultima analisi, dall'esistenza dell'atto costitutivo della società. Del resto, è da presumere che, accettando l'incarico, l'amministratore sia a conoscenza del contenuto dell'atto costitutivo della società. Pertanto, più che di una deroga al dogma della volontà, da cui discenderebbe l'incostituzionalità della previsione (dal momento che il nostro ordinamento ritiene l'arbitrato obbligatorio in contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost.), il comma 4 dell'art. 34 D.Lgs. 5/2003, sembra, più modestamente, introdurre una deroga al principio riconosciuto dagli artt. 807 e 808 c.p.c. della forma scritta per la validità del compromesso e della clausola compromissoria. L'accettazione della carica da parte

dell'amministratore, a cui è legata l'accettazione della competenza arbitrale, può infatti avvenire anche in forma tacita.

Sia per assicurare l'effettiva terzietà del giudicante, sia per risolvere i problemi di costituzione dell'organo arbitrale che insorgono nelle controversie plurisoggettive, quali normalmente sono le controversie societarie e in particolare le azioni di responsabilità, la clausola compromissoria dovrà, come dispone il comma 2 dell'art. 34, D.Lgs. 5/2003, conferire il potere di nomina degli arbitri a un soggetto estraneo alla società.

Inoltre, per permettere ai soci che lo desiderano di intervenire nel procedimento arbitrale, secondo quanto consentito dal comma 2 dell'art. 35 D.Lgs. 5/2003, la domanda di arbitrato dovrà, ai sensi del comma 1 dell'art. 34 D.Lgs. 5/2003, essere depositata presso il Registro delle Imprese ed essere accessibile ai soci.

XIV. IL POTERE DI RINUNCIARE E TRANSIGERE DA PARTE DELLA SOCIETÀ

Si giunge così al comma 6 dell'art. 2393 c.c. (valido, in virtù del richiamo operato dal comma 7 dell'art. 2393-bis c.c., anche quando l'azione sia stata promossa dai soci di minoranza), secondo cui nelle società per azioni l'assemblea ordinaria può deliberare la rinuncia all'esercizio o la transazione dell'azione esercitata nei confronti di uno o più amministratori. Questa disciplina impone una serie di riflessioni.

In primo luogo, se l'amministratore contro il quale sia stata esercitata l'azione è anche socio, si pone il problema del conflitto di interessi, che può sorgere nel caso della sua partecipazione al voto relativo alla rinuncia o transazione. Com'è ovvio, tale questione va affrontata e risolta nei medesimi termini utilizzati relativamente alla partecipazione al voto del socio ammi-

nistratore quando l'assemblea sia chiamata ad autorizzare l'esercizio dell'azione.

Bisogna poi ricordare che la delibera di autorizzazione alla rinuncia o transazione, come precisa il comma 6 dell'art. 2393 c.c., confermando la precedente disciplina, deve essere "espressa".

La rinuncia o transazione non può pertanto essere ritenuta implicita in deliberazioni di altro contenuto, quale la delibera di approvazione del bilancio, che, come l'art. 2343 c.c. chiarisce, non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

La necessità del contenuto "espresso" della delibera rafforza inoltre la convinzione che le rinunce o transazioni possano considerarsi valide ed efficaci solo se sufficientemente specifiche. Ciò comporta, in particolare, che una generica delibera di "manleva" per l'attività svolta dagli amministratori, eventualmente rilasciata dall'assemblea al momento della cessazione di questi ultimi dalla carica, non possa essere valutata come rinuncia all'azione sociale di responsabilità. Né appare consentito che la rinuncia all'azione possa validamente operare prima che il danno si sia verificato e sia quindi sorta la possibilità di agire per il suo risarcimento. Ciò non tanto perché sia difficile descrivere in via preventiva gli elementi identificativi del diritto a cui, in ipotesi, si rinunciarebbe, quanto perché, nel caso in esame, vi sarebbe carenza dello stesso oggetto della rinuncia.

Né si può trascurare che, qualora manchi una valida autorizzazione assembleare, la disposizione del diritto operata dalla società tramite il proprio legale rappresentante deve considerarsi nulla.

Il punto cruciale della disciplina della rinuncia o transazione è a ogni modo co-

stituito dal fatto che l'atto dispositivo può essere impedito, come specifica il comma 6 dell'art. 2393 c.c., dal voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno un quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo.

La *ratio* del Legislatore della riforma del diritto societario era evidentemente quella di riconoscere il diritto di veto ai possessori di una percentuale del capitale sociale pari a quella richiesta per promuovere l'azione sociale di minoranza.

Coerentemente rispetto a tale impostazione, la seconda parte del comma 6 dell'art. 2393 c.c. dispone che se lo statuto della società prevede per l'esercizio dell'azione di minoranza percentuali diverse da quelle legali, la percentuale del capitale sociale capace di impedire rinunce e transazioni sarà anch'essa ricollegata a quanto statutariamente stabilito, ai sensi del comma 1 o comma 2 dell'art. 2393-*bis* c.c., per l'esercizio dell'azione di responsabilità.

In quest'ordine di idee, abbassando da un ventesimo a un quarantesimo la quota del capitale sociale richiesta per l'esercizio dell'azione di responsabilità, la l. 262/2005 avrebbe dovuto parallelamente abbassare a un quarantesimo la percentuale capace di impedire alla maggioranza sociale di concludere rinunzie o transazioni.

Così però non è stato, probabilmente per un semplice errore di coordinamento, con la conseguenza che, a seguito delle modifiche operate dalla l. 262/2005, l'azione di responsabilità può essere promossa con un quarantesimo del capitale sociale, salvo essere poi necessario un ventesimo dello stesso per porre il veto rispetto alla decisione della società di rinunziare o transigere.

È d'altra parte evidente che la perfetta corrispondenza tra le quote necessarie per

promuovere l'azione e le quote sufficienti a impedire la rinuncia o transazione da parte della società dovrà essere ripristinata da un futuro intervento correttivo, ovvero, in caso di inerzia del Legislatore, la Corte costituzionale dovrà dichiarare la palese irragionevolezza e quindi la violazione dell'art. 3 Cost. dell'art. 2393, comma 6, c.c. nella parte in cui richiede per l'esercizio del diritto di veto almeno un ventesimo anziché almeno un quarantesimo del capitale sociale.

Se infatti si accetta che l'assemblea possa disporre del diritto della società al risarcimento del danno vantato nei confronti degli amministratori e possa così frustrare l'intenzione dei soci di minoranza di agire in giudizio quali sostituti processuali della società o di proseguire nell'azione di responsabilità già intentata, deve essere altresì riconosciuto che la minoranza possa a sua volta, con le medesime percentuali che le avevano permesso di intraprendere l'azione, bloccare questa manovra votando in senso contrario rispetto agli atti di rinuncia o transazione.

In altri termini, può essere consentito che l'assemblea sia libera, sulla base di nuove ripartizioni del capitale sociale, di deliberare la rinuncia o transazione, e attraverso questa via porre termine al procedimento intentato dalla minoranza ai sensi dell'art. 2393-bis c.c., solo qualora la percentuale del capitale sociale rappresentato dai soci promotori si sia assottigliata e non anche qualora essa si sia mantenuta costante o addirittura si sia incrementata senza però raggiungere la soglia del ventesimo del capitale sociale.

La disciplina delle rinunce e transazioni suscita qualche perplessità anche in rapporto con il comma 5 dell'art. 2409 c.c., in forza del quale l'azione di responsabilità può essere proposta pure dall'amministra-

tore giudiziario nominato in sostituzione degli amministratori contro cui sia stato esperito il procedimento per denuncia di gravi irregolarità nella gestione.

Il D.Lgs. 6/2003 ha infatti precisato, integrando il comma 5 dell'art. 2409 c.c., che l'azione di responsabilità proposta dall'amministratore giudiziario può formare oggetto di rinuncia o di transazione deliberata nelle forme e nei modi dell'art. 2393, ultimo comma, c.c.

Sennonché, nelle società chiuse, dove la percentuale del capitale sociale necessaria per impedire la rinuncia o transazione è pari al doppio (un quinto anziché un decimo) di quella necessaria per introdurre il procedimento di cui all'art. 2409 c.c., appare piuttosto incongruo consentire ai soci rappresentanti il dieci per cento del capitale sociale di attivare la denuncia quando poi per conservare gli effetti più significativi derivati da tale denuncia e della conseguente amministrazione giudiziaria occorre la rappresentanza del venti per cento.

Né, anche qualora la percentuale per impedire la rinuncia o transazione fosse riportata allo stesso livello di quella chiesta per proporre la denuncia, aspetti criticabili mancano nelle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio. Basti tenere presente che nelle società aperte la denuncia può essere proposta pure dal pubblico ministero, eventualmente su segnalazione di soci detentori di quote inferiori a quella prescritta per l'esercizio dell'azione di responsabilità, ma per salvaguardare i risultati ultimi della procedura occorre, successivamente, l'opposizione alla rinuncia o transazione, deliberata dall'assemblea, da parte dei soci rappresentanti una quota che originariamente era pari a quella necessaria per l'esercizio dell'azione e che oggi è addirittura supe-

riore, dato che in virtù della l. 262/2005 la quota per l'esercizio dell'azione è stata abbassata a un quarantesimo del capitale sociale, mentre la quota per l'esercizio del diritto di veto è stata mantenuta ad almeno un ventesimo.

Pertanto, le società che vogliano fornire una più apprezzabile tutela alle minoranze dovranno, per impedire alla maggioranza di vanificare l'azione di responsabilità sociale esercitata dall'amministratore giudiziario, almeno equiparare la percentuale prevista per l'esercizio dell'azione sociale (e che dovrebbe essere correlativamente prevista per impedire rinunce e transazioni) a quella legittimante alla denuncia al Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c. E qualora ciò non sia stato fatto, è lecito pensare che, ai sensi del comma 4 del nuovo art. 92 disp. att. c.c., il giudice possa conferire all'amministratore giudiziario il potere assembleare, da ratificare con l'approvazione del Tribunale, di modificare lo statuto riducendo le percentuali necessarie per bloccare rinunce e transazioni.

Quanto poi all'azione di responsabilità promossa dal collegio sindacale con deliberazione assunta a maggioranza dei due terzi, come consentito dal nuovo art. 2393, comma 3, c.c., introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. a, l. 262/2005, è lecito nutrire talune perplessità circa la sua efficacia quando il collegio sindacale non operi in sintonia con la maggioranza sociale.

La l. 262/2005 non ha infatti previsto, in capo al collegio sindacale, alcun potere di veto rispetto a rinunce o transazioni deliberate dalla società, sicché solo l'intervento della minoranza potrebbe impedire la decadenza dall'esercizio dell'azione.

Ma dato che la minoranza sociale è già dotata di un autonomo potere di promuovere l'azione, non si comprende quale con-

creto vantaggio ci sia nel lasciare al collegio sindacale un'iniziativa che comunque dovrebbe essere continuamente difesa, ponendo il veto a rinunce o transazioni deliberate dall'assemblea.

Relativamente poi alle società a responsabilità limitata, il comma 5 del nuovo art. 2476 c.c. dispone che, «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza di soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale».

Se dunque è vero che ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c. l'azione di responsabilità può essere promossa da ciascun socio indipendentemente da quanta parte del capitale sociale rappresenti, è altresì vero che, a meno di una più favorevole disciplina statutaria (l'ammissibilità di una disciplina meno favorevole è invece da escludere, perché potrebbe rendere sostanzialmente inoperante la previsione legale volta a consentire l'azione a "ciascun socio"), la soglia del dieci per cento è necessaria per impedire che la società ponga nel nulla l'iniziativa che in astratto potrebbe essere intrapresa anche da un singolo socio titolare di una quota infinitesimale.

XV. IL POTERE DI RINUNCIARE E TRANSIGERE DA PARTE DELLA MINORANZA

Oltre ai soci che rappresentino la maggioranza, pure i soci di minoranza che abbiano agito *ex art. 2393-bis* c.c. possono rinunciare all'azione o transigere, ma in questo caso, ai sensi del comma 6 dell'articolo appena menzionato, ogni corrispet-

tivo pattuito a tale effetto «deve andare a vantaggio della società».

L'eventuale ricavato va dunque a beneficio della società anche se ottenuto stragiudizialmente, con una rinuncia o transazione.

La previsione appare coerente con l'idea sottesa alla disciplina dell'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza, secondo cui i soci agiscono quali sostituti processuali della società e cioè in nome proprio ma nell'interesse altrui, e cioè della società nel suo complesso, della quale viene fatto valere il diritto al risarcimento del danno cagionato dagli amministratori.

Per questo motivo deve ritenersi, benché nulla sia espressamente previsto, che anche nelle società a responsabilità limitata la rinuncia o transazione operata dal socio o dai soci che abbiano promosso l'azione, che naturalmente non può non consentirsi, debba andare a vantaggio della sola società.

E del resto, se non fosse vero che i vantaggi dell'azione debbano riversarsi solo in capo alla società, non avrebbe senso che l'art. 2476, comma 4, c.c. preveda anche per le società a responsabilità limitata che la società rimborsi agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti.

Ma proprio perché nessun beneficio diretto viene ai soci che hanno concluso il negozio di rinuncia o transazione, sarebbe ingiusto che essi subissero l'impoverimento dovuto al fatto di aver perso la possibilità di essere rimborsati *ex artt.* 91 e 92 c.p.c. dei costi affrontati per spiegare l'azione.

Sembra pertanto corretto che, in applicazione analogica del comma 5 dell'art. 2393-*bis* c.c. e del comma 4 dell'art. 2476 c.c., dai corrispettivi da versare a vantaggio della società vadano detratte le spese

di giudizio e per l'accertamento dei fatti relativi all'azione rinunciata o transatta, che altrimenti andrebbero ad arricchire indebitamente la società.

Inoltre, sempre in conseguenza del fatto che ai soci di minoranza deve riconoscersi la qualità di meri sostituti processuali, la loro rinuncia o transazione non potrà vincolare la società, che resta sempre libera di agire per il danno non coperto dal vantaggio ricevuto.

Più in generale e al di là dei singoli profili operativi, quel che sembra interessante è però osservare che la scelta legislativa di aver attribuito esclusivamente alla società i vantaggi diretti dell'azione, già adottata per l'art. 129 T.u.f., pare destinata a scoraggiare i soci di minoranza dall'esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, tanto più che il patrimonio di questi ultimi può risultare non di rado insufficiente a risarcire i danni, spesso ingenti, cagionati.

Di certo, la circostanza che i benefici dell'azione si producano anche sulla maggioranza, che ha espresso gli amministratori e che andrebbe quindi, semmai, sanzionata, è il frutto, più che di un'inevitabile riconduzione dei soci promotori alla figura di meri sostituti processuali della società, del timore che diversamente prevedendo si sarebbe favorito l'insorgere di un'eccessiva conflittualità tra i soci.

Tuttavia, l'allontanamento dalla concezione secondo cui i soci di minoranza agiscono, nell'azione di responsabilità, quali semplici sostituti della società, che si sarebbe potuto realizzare riconoscendo ai soci promotori qualche vantaggio ulteriore rispetto a quelli ottenuti di riflesso, grazie al vantaggio procurato alla società, avrebbe potuto contribuire alla futura affermazione dell'istituto analizzato.

Una preoccupazione del genere, uguale

e opposta a quella di scoraggiare una possibile eccessiva litigiosità, che invece ha animato il Legislatore, non sarebbe stata superflua.

Non depone infatti favorevolmente lo scarso successo riscontrato dall'azione di minoranza nel campo delle società per azioni quotate, dove era disciplinata, in forme analoghe a quelle poi adottate nell'art. 2393-bis c.c., dall'art. 129 T.u.f.

EUGENIO DALMOTTO

BIBLIOGRAFIA

Sull'azione di responsabilità contro gli amministratori nelle società per azioni cfr., prima della riforma del diritto e del processo societario, F. AULETTA, «sub artt. 2393 e 2393-bis c.c.», in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, (a cura di) M. Sandulli-V. Santoro, Torino, 2003, pp. 479-493; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004; O. CAGNASSO, «sub art. 2476 c.c.», in *Il nuovo diritto societario*, (diretto da) G. Cottino, Bologna, 2004, pp. 1875-1892; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002; G. FRÈ, «sub art. 2393 c.c.», in *Comm.*, (a cura di) A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1997, pp. 847-859; L. NAZZICONE, «sub artt. 2393 e 2393-bis c.c.», in *La riforma del diritto societario. Società per azioni. Amministrazione e controlli*, (a cura di) G. Lo Cascio, Milano, 2003, pp. 193-211; F. PARRELLA, «sub art. 2476 c.c.», in *La riforma delle società. La società a responsabilità limitata*, (a cura di) M. Sandulli-V. Santoro, pp. 121-134.

RESPONSABILITÀ DEI LIQUIDATORI

v. SCIoglimento e LIQUIDAZIONE DELLE SOCIETÀ

RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI

I. PREMESSE – II. FONTI DELLA RESPONSABILITÀ – III. I SOGGETTI E IL PROCEDIMENTO

I. PREMESSE

La disciplina della materia in esame è contenuta nella l. 13 aprile 1988, n. 117¹ «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati»². Tale normativa trova applicazione nei confronti di tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciale, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria (art. 1).

In precedenza, la fonte legislativa era costituita dagli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.³, che prevedevano una responsabilità diretta del giudice e del pubblico ministero che

¹ In G.U. 15 aprile 1988, n. 88.

² Per una prima rilevante applicazione, Trib. Brescia 29 aprile 1998, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 1020 ss., con commento di Benedetti, «La prima condanna dello Stato per grave negligenza di un magistrato». Per le prospettive di riforma, v. di recente DELLACHÀ, «La responsabilità civile del magistrato tra indipendenza ed efficienza del servizio giustizia», *ivi*, 2001, p. 349 ss.

³ Abrogati per effetto del referendum dell'8 novembre 1987. Si segnala che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle suddette norme, aveva, con sentenza del 14 marzo 1968, n. 2 (in *Giur. cost.*, 1968, p. 288), dichiarato la conformità delle stesse al dettato costituzionale, suscitando critiche nella dottrina che più volte aveva denunciato il regime privilegiato assicurato da tali disposizioni agli appartenenti all'ordine giudiziario. Per un problema di ultrattività dell'abrogata disciplina, cfr. Cass. 14 giugno 2002, n. 8503, con nota di Calvari, «In tema di responsabilità dello Stato per il fatto illecito dei magistrati».

**IL DIRITTO
ENCICLOPEDIA GIURIDICA
DEL SOLE 24 ORE**

© Il Sole 24 ORE S.p.A. - Pirola

Direttore Unità:

Paolo Poggi

A cura di

Il Sole 24 ORE S.p.A. - Unità d'Affari Diritto

Responsabile:

Marco Tomasetta

Volume 13: REA - RITA

Coordinamento editoriale:

Mario Alberto Catarozzo

Cura editoriale e impaginazione:

E-ducation.it S.p.A. Firenze

Hanno collaborato: Mo-net, Studio Redazionale

Centrolmmagine & C., Studio Redazionale

Associato Maddali & Bruni

Progetto grafico:

Marco Pennisi & C.

Il Diritto

Enciclopedia Giuridica

del Sole 24 ORE

Piccola Biblioteca del Sole 24 ORE

Direttore Responsabile:

Ferruccio de Bortoli

Il Sole 24 ORE S.p.A.

Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Registrazione Tribunale di Milano n. 332 del

19/05/2003

Sett. N. 2/2008 - Anno VI

Corriere della Sera

RCS Quotidiani S.p.A.

Direttore Responsabile:

Paolo Mieli

Via Solferino, 28 - 20121 Milano

Sede legale: Via A. Rizzoli, 2 Milano

Reg. Trib. Milano n. 139, 29 giugno 1948

Tutti i diritti di copyright sono riservati.

Ogni violazione sarà perseguita a termini
di legge.

Il presente volume deve essere venduto
esclusivamente in abbinamento al
quotidiano Il Sole 24 ORE o al quotidiano
Corriere della Sera.

Richiesta arretrati: i numeri mancanti
possono essere richiesti direttamente
al proprio edicolante di fiducia al prezzo
di copertina.

Finito di stampare nel mese di
dicembre 2007

Stampa presso:

Nuovo Istituto Italiano d'Arti Grafiche S.p.A.

Via Zanica, 92 - 24126 Bergamo

IL DIRITTO

ENCICLOPEDIA GIURIDICA

DEL SOLE 24 ORE

diretta da
Prof. Avv. Salvatore Patti

VOLUME 13
REA - RITA

CORRIERE DELLA SERA

IL SOLE 24 ORE