



CONSIGLIO NAZIONALE  
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE  
**ARISTEIA**

ISTITUTO DI RICERCA  
DEI DOTTORI  
COMMERCIALISTI



# DOCUMENTI ARISTEIA

**documento n. 38**

*La responsabilità  
degli organi di amministrazione  
nella riforma del diritto societario*

novembre 2003

**LA RESPONSABILITÀ  
DEGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE  
NELLA RIFORMA DEL DIRITTO  
SOCIETARIO**

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE  
NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La responsabilità verso la società – 3. L'azione sociale di responsabilità nella s.p.a. – 4. L'azione sociale di responsabilità esercitata dai soci – 5. La responsabilità verso i creditori sociali – 6. Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali – 7. L'azione individuale del socio o del terzo – 8. La responsabilità dei direttori generali – 9. L'azione sociale di responsabilità nelle s.r.l. – 10. La responsabilità degli organi nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo – 11. La responsabilità degli organi nel gruppo: rinvio

1. PREMESSA

Il d.lgs. n. 6/2003, recante la *“Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366”*, ha profondamente mutato il regime di responsabilità dell'organo di amministrazione delle società di capitali.

In particolare, la riforma ha in parte modificato il contenuto degli artt. 2393 e ss. del codice civile per quanto concerne il modello tradizionale di amministrazione e controllo delle s.p.a.; ha previsto autonome disposizioni relativamente al modello dualistico e al modello monastico; ha introdotto una precisa previsione per il tipo sociale della s.r.l., nonché per quanti hanno preso parte al fatto lesivo nell'ambito di società od enti che esercitano attività di direzione e coordinamento.

In linea generale, nell'ambito della disciplina dell'amministrazione, la legge di delega (art. 4, co. 8) non dedicava particolare attenzione alla problematica della responsabilità, limitandosi a precisare che la riforma doveva essere diretta:

- a) ad attribuire all'autonomia statutaria un adeguato spazio con riferimento all'articolazione interna dell'organo amministrativo, al suo funzionamento, alla circolazione delle informazioni tra i suoi componenti e gli organi e soggetti deputati al controllo; precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi;
- b) a riconoscere, quando non prevista da leggi speciali, la possibilità che gli statuti prevedano particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per la nomina alla carica;
- c) a definire le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale.

## 2. LA RESPONSABILITÀ VERSO LA SOCIETÀ

L'art. 2392 c.c. ha conosciuto un'innovazione di non poco conto con la riforma del diritto societario. Infatti, rispetto alla vigente formulazione – che richiedeva agli amministratori di adempiere i doveri a loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario –, il nuovo comma 1 della citata norma impone agli amministratori di adempiere i doveri loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Il comma 2 dell'art. 2392, inoltre, è stato modificato nella parte in cui viene omissis nella nuova formulazione il riferimento alla vigilanza sul generale andamento della gestione e laddove, ribadendo la responsabilità solidale degli amministratori, si richiamano le disposizioni di cui al comma 3 dell'art. 2381 in cui vengono definite le attribuzioni proprie del consiglio di amministrazione e degli amministratori delegati, con ciò definendo le particolari responsabilità dei suddetti organi.

Inalterato, invece, il comma 3 dell'art. 2392 che dispone espressamente l'esenzione dalla responsabilità per l'amministratore che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia al presidente del collegio sindacale.

Dall'analisi della norma citata emerge come uno dei punti maggiormente significativi della riforma sia l'aver sostituito la diligenza del mandatario – che si richiedeva all'amministratore nell'adempimento dei doveri impostigli dalla legge o dall'atto costitutivo – con il riferimento alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze.

L'aspetto in questione è di grande rilievo.

La relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 specifica, in tema di responsabilità degli amministratori, che la previsione recata dal novellato art. 2392 non sta a significare che “... *gli amministratori debbano essere necessariamente periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e mediate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato e non di irresponsabile o negligente improvvisazione*”.

Risulta evidente, allora, che nel novellato regime di responsabilità delineato dal riformatore non occorra la diligenza dell'uomo medio, ovvero la diligenza del buon padre di famiglia prevista dall'art. 1710 c.c con cui il mandatario deve adempiere alle proprie obbligazioni (e richiamata dal vigente art. 2392 c.c.), affinché gli amministratori non incorrano in responsabilità, bensì la diligenza del buon amministratore determinata, non in astratto, ma in relazione all'incarico e alle specifiche competenze. In effetti, come osservato da parte della dottrina, il criterio precedentemente utilizzato dal legislatore appariva inopportuno se riferito alla moderna economia e in particolare alle responsabilità degli amministratori dei grandi gruppi multinazionali. Pertanto, l'intenzione del riformatore di ancorare la responsabilità dell'organo di gestione alla natura dell'attività

esercitata, in base a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 1176 c.c. per l'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, è stato accolto con diffusa approvazione.

Appare più problematico, invece, stabilire il significato della natura dell'incarico e delle specifiche competenze assunte a parametro di responsabilità degli amministratori.

Come visto, secondo la relazione illustrativa l'espressione impiegata per delineare questo nuovo modello di responsabilità civile degli amministratori non comporta che l'amministratore debba essere perito in alcune significative materie per la gestione dell'impresa, bensì implica che costui effettui scelte ponderate e ben calcolate. In questo senso si è espressa parte della dottrina che ha precisato come la formulazione della novellata disposizione non comporterebbe un'elevazione indiscriminata e indifferenziata degli *standards* di valutazione dell'illecito.

Alcuni, in particolare, hanno evidenziato come nei giudizi di responsabilità degli amministratori spetterà all'organo giudicante valutare la responsabilità dei medesimi a seconda della natura dell'incarico, e quindi della maggiore o minore complessità dell'oggetto sociale, della dimensione dell'impresa, della tipologia della stessa, nonché delle personali competenze e qualificazioni professionali dell'amministratore.

Secondo altri, invece, il riferimento alla natura dell'incarico concretamente svolto e alle specifiche competenze concernerebbe la posizione assunta dall'amministratore all'interno del consiglio di amministrazione, differenziandosi a seconda che il responsabile abbia rivestito la carica di amministratore delegato, di amministratore senza deleghe o non titolare di particolari incarichi ovvero di presidente del consiglio di amministrazione. In questo modo il parametro di valutazione della responsabilità non potrebbe prescindere dalla considerazione del rapporto tra attività della società e competenze specifiche dei componenti del consiglio di amministrazione.

Il comma 1 dell'art. 2392 si chiude con l'affermazione della responsabilità solidale degli amministratori per i danni derivanti dall'inosservanza dei propri doveri, fatta eccezione per i casi in cui si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni attribuite in concreto ad uno o più amministratori. Il successivo comma 2 dell'art. 2392 dispone però che la solidarietà non è esclusa, fermo il disposto del comma 3 dell'art. 2381, se gli amministratori – ancorché si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni attribuite in concreto ad uno o più di essi – essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne le conseguenze.

Sul punto la relazione illustrativa spiega che la riforma ha inteso mantenere la responsabilità solidale degli amministratori, dei sindaci e dei revisori per i danni conseguenti alle violazioni loro imputabili, salva la possibilità di provare di essere immuni da colpa, essendo quella prevista nell'ultimo comma dell'art. 2392 una responsabilità per colpa e per fatto proprio.

In proposito, per parte della dottrina, il riferimento alle specifiche competenze contenuto nel comma 1 contrasta con il principio della responsabilità solidale degli amministratori. In altri termini, in relazione all'evento dannoso andranno definite le competenze specifiche del singolo amministratore e, conseguentemente, accertata la diligenza richiesta. Pertanto, secondo la stessa dottrina, non sarebbe consentito imputare a tutti gli amministratori l'illecito compiuto dall'unico soggetto competente

nell'assunzione di quel determinato incarico; con l'eccezione dei membri del consiglio di amministrazione che comunque partecipano all'organo in ragione delle proprie competenze professionali. Così argomentando, la detta dottrina propone la possibilità che la responsabilità degli amministratori possa, in sede di giudizio, essere graduata a seconda delle funzioni attribuite ed effettivamente svolte.

Continuando con l'esegesi della norma, v'è da dire che la formulazione novellata dal riformatore non ripropone nel comma 2 la responsabilità degli amministratori che abbiano omesso la vigilanza sul generale andamento della gestione.

Come espresso nella relazione illustrativa, una simile espunzione dal testo legislativo si deve all'intenzione di evitare, ancorché venga mantenuta la responsabilità solidale degli amministratori, indebite estensioni della medesima che "... soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili ...". In altri termini, la disciplina ancora vigente consentiva l'imputabilità degli amministratori deleganti per il fatto proprio dei delegati o a titolo di *culpa in vigilando* ovvero per inadempimento del generale obbligo di vigilanza sulla gestione.

Sul punto in esame va notato, come peraltro sottolineato nella relazione illustrativa, che l'obbligo della vigilanza sul generale andamento della gestione, è stato sostituito con altri più stringenti obblighi previsti sia nell'art. 2381 che nell'art. 2391.

Pertanto, ai sensi del comma 2 dell'art. 2392, gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma 3 dell'art. 2382, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne ovvero attenuarne le conseguenze.

Tutto ciò posto, si può avanzare l'ipotesi che la riforma abbia previsto una responsabilità per fatto altrui quando gli amministratori venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli per l'interesse della società non siano tempestivamente intervenuti al fine di impedirne il compimento o di eliminarne o di attenuarne le conseguenze, con ciò riconoscendo implicitamente l'esistenza di un generale onere di informazione (peraltro previsto dal comma 6 dell'art. 2381).

Nel caso di delega di poteri da parte del consiglio di amministrazione, poi, troverà applicazione, anche al fine di delimitare la responsabilità degli amministratori non delegati, l'art. 2381, co. 3. La disposizione prevede che il consiglio di amministrazione determini il contenuto, i limiti e le eventuali modalità con cui esercitare la delega, impartisca direttive agli organi delegati ed eventualmente avochi a sé operazioni rientranti nella delega, valuti sulla base delle informazioni ricevute l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, esamini, se elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società, valuti il generale andamento della gestione sulla base della relazione degli organi delegati. Pertanto, se i sistemi organizzativi, amministrativi e contabili della società si siano dimostrati efficienti, se il consiglio abbia richiesto ed ottenuto dagli organi delegati informazioni relative alla gestione, se abbia correttamente esaminato i piani strategici e finanziari eventualmente elaborati dai delegati, il danno sofferto dalla società per gli inadempimenti degli organi delegati non può venir imputato anche ai deleganti.

In conclusione, in caso di deleghe, laddove abbiano compiutamente rispettato gli obblighi previsti dal comma 3 dell'art. 2381, i deleganti andranno esenti da responsabilità, fatta eccezione per le ipotesi in cui non si siano attivati per impedire il verificarsi di eventi pregiudizievoli di cui erano venuti a conoscenza.

L'art. 2392 si chiude con la previsione dell'esclusione della responsabilità per quegli amministratori che, essendo immuni da colpa (avendo, cioè, posto in essere tutti gli accorgimenti e le idonee cautele nell'adempimento dei propri doveri), abbiano fatto annotare tempestivamente il proprio dissenso nel libro delle adunanze e del consiglio dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

### 3. L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ NELLA S.P.A.

L'azione sociale di responsabilità nella s.p.a. è compiutamente delineata nell'art. 2393, ex d.lgs. n. 6/2003.

La norma prevede che l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori possa essere promossa a seguito di deliberazione dell'assemblea anche se la società è in liquidazione; che l'azione di responsabilità possa essere deliberata anche in occasione della discussione di bilancio, ancorché non inclusa tra le materie poste nell'ordine del giorno purché inerente a fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio. Viene altresì specificato che l'azione può essere proposta entro cinque anni dalla cessazione dalla carica dell'amministratore e che la deliberazione della medesima azione comporta la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui viene proposta, purché sia stata adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. Alla revoca segue la sostituzione del revocato da parte dell'assemblea.

L'ultimo comma dell'art. 2393 attiene alla rinuncia all'esercizio dell'azione e alla transazione della lite. In esso si specifica che la società può rinunciare all'esercizio dell'azione e transigere la controversia in presenza di espressa deliberazione assembleare, purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale, ovvero un ventesimo del capitale nelle società che fanno ricorso al mercato di rischio, ovvero la misura prevista nello statuto ai sensi dell'art. 2393-bis, co. 1 e 2.

L'esegesi del testo normativo evidenzia alcuni aspetti di novità rispetto alla normativa ancora vigente.

Oltre a questo da ultimo menzionato, la disciplina presenta alcuni aspetti di novità.

In primo luogo, il comma 2 dell'art. 2393 precisa che la deliberazione dell'azione può essere presa in occasione della discussione di bilancio, anche se non compare tra le materie poste all'ordine del giorno, sempre che si tratti di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio, in tal modo innovando la vigente formulazione della norma in esame ove non si specifica l'ulteriore requisito della riferibilità dei fatti all'esercizio di riferimento. Sul punto alcuni autori hanno suggerito che in giudizio il giudice, dovendo verificare la regolarità della costituzione delle parti, sarà tenuto a controllare l'attinenza dei fatti costituenti la *causa petendi* della domanda all'esercizio cui si riferisce il bilancio. Conseguentemente, l'iscrizione della dell'azione di responsabilità tra le materie dell'ordine del giorno si renderà sempre necessaria quando la stessa azione non sia presa in occasione della discussione di bilancio, ovvero quando, ricorrendo quest'ultima ipotesi, sia necessario integrare i fatti con altri riferibili a diversi esercizi.

In secondo luogo, il comma 3 dell'art. 2393 ha disposto che l'azione si prescrive in cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica, derogando alle previsioni in materia di prescrizione di cui agli artt. 2935 e 2949 c.c. in virtù dei quali i diritti che nascono da rapporti societari si prescrivono in cinque anni decorrenti dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, vale a dire dal giorno in cui il fatto o la omissione sono stati posti in essere.

Diversamente, resta inalterato il comma 4 dell'art. 2393 nel quale viene precisato che la deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dell'amministratore solo se adottata col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale; al verificarsi di una simile ipotesi l'assemblea provvederà alla sostituzione degli amministratori revocati.

Ulteriore modifica è quella apportata al comma 5 dell'art. 2393 dove, ribadendo il potere della società di rinunciare all'azione o di transigere la lite con gli amministratori, si specifica che la rinuncia e la transazione devono essere approvate con espressa deliberazione dell'assemblea purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno un quinto del capitale sociale ovvero un ventesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, od anche della percentuale che è statutariamente legittimata ai sensi dell'art. 2393 *bis* ad esercitare l'azione di responsabilità.

Quest'ultima disposizione, che recepisce per le società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio quanto già previsto dall'art. 129 del T.U.F., è di notevole rilievo in quanto con essa, come notato dalla dottrina, si è inteso evitare o almeno limitare il rischio della commissione di abusi da parte della maggioranza, della quale gli amministratori sono diretta emanazione se non addirittura parte.

#### 4. L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ ESERCITATA DAI SOCI

L'art. 2393 *bis* introduce nel tessuto normativo l'azione di responsabilità esercitata da una minoranza dei soci, derogando sensibilmente la vigente disciplina codicistica per cui l'azione sociale di responsabilità può essere promossa solamente previa deliberazione assembleare.

Come specifica la relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003, la norma risponde alle istanze formulate da quasi cinquant'anni da parte di insigni studiosi e fa seguito all'innovazione introdotta dal T.U.F. con l'art. 129.

Il legislatore, però, si è premurato di precisare che tale importante tutela, viste le percentuali indicate del 20% o del 5%, spetta solamente a minoranze sufficientemente significative “... *circostanza questa che, assieme alla previsione che ogni vantaggio conseguito anche in via transattiva spetta alla società, pare idonea ad evitare l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci ...*” (così espressamente la relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003).

La disposizione, inoltre, recepisce le indicazioni della legge di delega (art. 4, co. 2, lett. a), punto 2) con cui si auspicava di consentire l'azione sociale di responsabilità da parte di una minoranza dei soci “... *rappresentativa di una quota congrua del capitale sociale idonea al fine di evitare l'insorgenza di una eccessiva conflittualità tra i soci ...*”.

Ciò posto, il nuovo art. 2393-*bis* riconosce ai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa percentuale prevista nello statuto, comunque non superiore ad un terzo, la legittimazione attiva a proporre l'azione di responsabilità. Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione può essere esercitata dai soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto. Si dispone, inoltre, che la società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione notificato alla medesima nella persona del presidente del collegio sindacale. I soci che intendono promuovere l'azione devono nominare a maggioranza del capitale posseduto uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti necessari. Il comma 5 dell'art. 2393-*bis* prevede che la società, in caso di accoglimento della domanda, è tenuta a rimborsare 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 della loro escussione. Infine, si dispone che i soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigere la controversia, sebbene ogni corrispettivo per la rinuncia o la transazione debbano andare a vantaggio della società; in merito alla rinuncia e alla transazione va notato che l'ultimo comma della disposizione in esame rimanda a quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 2393 per la transazione e la rinuncia dell'azione di responsabilità da parte della società.

Sulla scorta di quanto detto, sembrano opportune alcune precisazioni.

In primo luogo, si deve osservare come l'art. 2393-*bis* preveda una disciplina unica per tutte le società per azioni, distinguendo solo ai fini dei *quorum* le società che fanno ricorso al mercato dei capitali da quelle c.d. "chiuse". Si pone allora il problema se la disposizione della novella trovi applicazione anche per le società quotate che, stante il comma 1 dell'art. 2325-*bis*, sono società che fanno ricorso al mercato di capitali.

La questione diventa rilevante dal momento che, come si dirà nel prosieguo, la disciplina recata dal T.U.F. (art. 129) in tema di azione di responsabilità non è perfettamente coincidente con quella prevista nel d.lgs. n. 6/2003, in quanto, come è noto, la minoranza qualificata di soci che possono esercitare l'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci o direttori generali deve essere iscritta nel libro soci da almeno sei mesi.

V'è da dire, però, che in base al comma 2 dell'art. 2325-*bis* le norme previste dal d.lgs. n. 6/2003 si applicano alle società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati solo se non diversamente disposto da leggi speciali. Pertanto, appare plausibile con il dato normativo che per le società emittenti azioni quotate trovino applicazione le nuove disposizioni solo se compatibili con la disciplina prevista dalla normativa speciale di cui all'art. 129 del T.U.F.. Di conseguenza, diversamente da quanto previsto per le altre società dall'art. 2393-*bis*, nelle società emittenti azioni quotate si richiede che i soci che intendano promuovere l'azione di responsabilità siano iscritti da almeno sei mesi nel libro dei soci.

Non solo.

Altro aspetto in cui la disciplina della riforma si differenzia da quella speciale è quello, previsto nell'art. 2393-*bis*, in base al quale la società deve essere chiamata in giudizio tramite notifica dell'atto di citazione al presidente del collegio sindacale, laddove nel comma 2 dell'art. 129 del T.U.F. un simile adempimento è

richiesto solamente se l'azione di responsabilità viene esercitata nei confronti degli amministratori e dei direttori generali.

Tutto quanto detto, in merito alle caratteristiche e alla natura dell'azione di responsabilità promossa dai soci si osserva quanto segue.

L'azione *ex art. 2393 bis*, come già in proposito dell'analoga azione prevista nell'art. 129 del T.U.F., si pone come azione surrogatoria, ancorché differenziata rispetto a quella prevista nell'art. 2900 c.c. in quanto l'interesse ivi tutelato non è quello dei creditori bensì quello dei soci. Dal punto di vista strettamente processuale, presupposto dell'esercizio dell'azione da parte dei soci è l'inerzia della società: infatti, in caso di deliberazione dell'azione sociale *ex art. 2393*, ai soci sarà precluso agire *ex art. 2393-bis*. In merito, occorre osservare come i soci siano sostituiti processuali della società, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., e come la società sia parte necessaria del giudizio. Pertanto, la norma in commento – e il comma 2 dell'art. 2900 c.c. – dispone che la società venga chiamata in giudizio tramite notifica dell'atto di citazione anche in persona del presidente del collegio sindacale; parti eventuali dal lato passivo saranno gli amministratori, i sindaci (*ex art. 2407*), i consiglieri di gestione (*ex art. 2409-decies*), i liquidatori (*ex art. 2489*, co. 2), i direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto in relazione ai compiti loro affidati (*ex art. 2396*).

La notifica della citazione anche al presidente del collegio sindacale – prevista nel comma 3 della norma in commento – trova spiegazione nella necessità di garantire che l'organo di controllo venga tempestivamente reso edotto dell'azione intentata dalla minoranza dei soci affinché dia impulso ai controlli più opportuni. In proposito, alcuni hanno notato come la *vocatio in ius* nelle mani del presidente del collegio si renda necessaria nei casi in cui il rappresentante legale della società (soggetto cui notificare la citazione medesima *ex art. 145 c.p.c.*) sia uno dei convenuti nel giudizio promosso dai soci.

Inoltre, analoga alla previsione di cui all'art. 129 del T.U.F., è poi quella recata dal comma 4 dell'art. 2393-*bis* secondo cui i soci che intendono promuovere l'azione di responsabilità devono nominare a maggioranza uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti. Questi ultimi saranno gli effettivi sostituiti processuali.

Non si discosta dalla legge speciale neanche il comma 5 dell'art. 2393-*bis* ove si prevede che, in caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare tramite l'escussione dei loro patrimoni. La regola qui enunciata deroga al principio di cui all'art. 90 c.p.c. relativo all'onere delle spese – secondo alcuni per ragioni di equità – in quanto, a fronte dei vantaggi tratti da tutta la compagine sociale, gli oneri delle spese non ricadono solamente su quanti hanno agito in giudizio.

In ultima analisi, appare di estremo interesse la previsione recata dal comma 6 dell'art. 2393-*bis* che riconosce ai soci che hanno agito il diritto di rinunciare all'azione o di transigere la lite, stabilendo, altresì, che ogni corrispettivo per la rinuncia o per la transazione vada a beneficio della società. Analoga disposizione, infatti, non compare nell'art. 129 del T.U.F. ove il diritto alla rinuncia e alla transazione è

riconosciuto solamente alla società, purché in sede assembleare non vi sia il voto contrario di tanti soci che rappresentano almeno il 5% del capitale sociale.

La disposizione che consente ai soci di rinunciare all'azione e di transigerla ha incontrato il dissenso dei primi commentatori. Infatti, mentre appare fuor di dubbio che anche in caso di transazione o di rinuncia alla domanda l'eventuale corrispettivo spetti alla società in quanto destinataria del danno, come peraltro il legislatore ha espressamente indicato, alcuni hanno rilevato l'anomalia della previsione summenzionata. Si contesta, infatti, l'esistenza, in capo ai soci sostituti processuali, del potere di transigere e rinunciare alla lite in vece della società, unico titolare di un simile diritto. Sulla base di simili assunti, l'interpretazione più corretta della disposizione in commento è sembrata, seppure nel silenzio della legge, di riconoscere alla società il diritto di rifiutare gli effetti della rinuncia o della transazione posta in essere dai soci che hanno agito.

## 5. LA RESPONSABILITÀ VERSO I CREDITORI SOCIALI

Inalterata rispetto alla normativa vigente resta la disciplina contenuta nell'art. 2394 relativa alla responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali. Unica modifica apportata nella formulazione della norma è stata quella di aver estrapolato dall'art. 2394 c.c. il comma 3, relativo all'azione di responsabilità nell'ambito delle procedure concorsuali, facendone una disposizione autonoma, l'art. 2394-*bis*.

Pertanto, resta invariato il presupposto dell'azione che consiste nell'insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei crediti conseguente all'inosservanza da parte degli amministratori degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Orbene, da un lato, gli amministratori con il proprio comportamento o con la propria omissione devono aver determinato una riduzione del patrimonio sociale, dall'altro lato, a seguito di una simile riduzione il patrimonio deve risultare insufficiente per il soddisfacimento dei creditori.

L'art. 2394, poi, prevede che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali ed anche che la transazione può essere impugnata dai creditori sociali solamente con l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. quando ne ricorrano gli estremi.

Quanto esposto offre l'occasione per soffermarsi sulle caratteristiche della natura della responsabilità in capo agli amministratori e su quelle dell'azione.

Lungamente e diversamente dibattuta dalla dottrina è la natura della responsabilità degli amministratori nel caso di specie.

Si discute, infatti, se la responsabilità che sorge in capo agli amministratori nei confronti dei creditori sociali abbia natura contrattuale od extracontrattuale, questione, peraltro, non risolta nella riforma del diritto societario. Nel primo caso la responsabilità degli amministratori deriva dall'inadempimento di specifici obblighi posti dalla legge e sul piano dell'onere della prova spetterebbe agli amministratori dimostrare di aver agito in modo diligente e corretto nell'adempimento dei propri doveri; nel secondo caso, invece, la

responsabilità degli amministratori consegue al compimento di un fatto illecito dal quale deriva un danno ingiusto che, nel caso di specie, coincide con la lesione della garanzia predisposta per la soddisfazione dei creditori sociali, vale a dire il patrimonio sociale, lesione di un'aspettativa peraltro risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. (in questo senso si è espressa autorevole dottrina per cui la lesione dell'aspettativa di prestazione può farsi rientrare nella più generale figura della lesione del credito, in quanto tale lesione, come peraltro sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità – Cass. civ., SS.UU., 24 giugno 1972, n. 2134, in *Foro It.*, 1972, I, c. 653 – si verifica anche quando non sia venuta meno la possibilità per il creditore di esigere per il futuro le proprie prestazioni). Sulla base di questa ultima impostazione, spetterà ai creditori sociali dimostrare il fatto illecito compiuto dagli amministratori, l'esistenza di dolo o di colpa, il nesso di causalità tra fatto illecito e danno ingiusto loro arrecato.

In relazione alla natura dell'azione di responsabilità, poi, si è posta la questione se quella contemplata nell'art. 2394 sia un'azione autonoma rispetto all'azione sociale di responsabilità (in questo senso, tra la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Giur. Comm.*, 1989, II, 906) ovvero sia la stessa azione esercitata in via surrogatoria dai creditori sociali *ex art.* 2900 c.c..

Le conseguenze pratiche derivanti dall'una o dall'altra interpretazione non sono di poco rilievo. Occorre osservare che, se l'azione viene intesa come autonoma e distinta dall'azione sociale di responsabilità, l'esito del giudizio andrà a diretto beneficio dei creditori, mentre se si aderisce alla teoria per cui l'azione *de qua* ha natura surrogatoria rispetto a quella *ex art.* 2393, essa sarebbe rivolta alla reintegrazione del patrimonio sociale e condurrebbe alla condanna degli amministratori nei confronti della società. Non è tutto. Nel caso in cui l'azione si configuri come surrogatoria, gli amministratori potrebbero opporre ai creditori tutte le eccezioni opponibili alla società e la società medesima sarebbe litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 2900, co. 2.

I sostenitori dell'autonomia dell'azione di cui all'art. 2394 fondano l'attendibilità della propria tesi sull'esegesi del testo normativo. In primo luogo, si osserva che il comma 1 dell'art. 2394 sancisce espressamente la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, tacendo su qualsivoglia responsabilità nei confronti della società. In secondo luogo, si evidenzia la previsione del comma 3 dell'art. 2394 ove si stabilisce che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali a conferma che, una volta estintasi la possibilità per la società di continuare il giudizio, i creditori sociali non potrebbero esercitarla se l'azione ad essi spettante fosse meramente surrogatoria della prima.

Sul punto v'è da dire che una conferma alla teoria dell'autonomia dell'azione dei creditori sembra potersi rinvenire nell'art. 2394-*bis* introdotto dal riformatore. La disposizione, infatti, dispone che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, le azioni di responsabilità previste nei precedenti articoli spettano al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario. Il riferimento ad azioni diverse di responsabilità, allora, proverebbe l'esistenza di due distinte

azioni, l'una contrattuale (quella sociale), l'altra extracontrattuale (quella dei creditori) e non di un'unica azione.

Tutto ciò posto, è innegabile che esistano alcune interferenze tra azione sociale di responsabilità e azione di responsabilità promossa dai creditori. A ben vedere, infatti, le due azioni possono sovrapporsi sia per quanto attiene il profilo della condotta illecita, sia per quanto attiene il risarcimento del danno.

Va notato, infatti, che l'azione sociale di responsabilità ex art. 2393, sanzionando ogni azione od ogni omissione che gli amministratori pongono in essere contravvenendo agli specifici obblighi loro imposti, sanziona altresì le violazioni prese in considerazione dall'art. 2394; per quanto attiene al danno, inoltre, quello sofferto dai creditori è conseguenza dell'insufficienza patrimoniale subita dalla società

Simili interferenze, come rilevato da alcuni, si evincono chiaramente dall'ultimo comma dell'art. 2394. In esso, come sopra accennato, si dispone, da un lato, che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce ai creditori di agire per la declatoria di responsabilità dal momento che solitamente il patrimonio non è stato reintegrato e, dall'altro lato, che la transazione può essere impugnata con l'azione revocatoria ordinaria quando ne ricorrano gli estremi. La disposizione da ultimo menzionata appare coerente dal momento che, comportando la transazione almeno un parziale risarcimento del danno arrecato, i creditori la potranno impugnare solamente quando ricorrano i presupposti indicati nell'art. 2901 c.c.

Un'ultima osservazione.

E' noto che nella pratica l'azione sociale di responsabilità viene raramente esercitata dai creditori, mentre più diffuso è l'esercizio dell'azione da parte degli organi competenti – curatore, commissario giudiziale, commissario straordinario – durante una procedura concorsuale. Del resto, come osservato dalla dottrina, per il creditore sociale è sicuramente più vantaggioso partecipare alla procedura concorsuale che promuovere un'autonoma azione di responsabilità, sostenendone i relativi costi, che anche in caso di esito favorevole del giudizio può non ristorarlo del danno subito a causa dell'incapienza del patrimonio personale dell'amministratore inadempiente.

## 6. LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Come precedentemente accennato, il d.lgs. n. 6/2003 ha introdotto una nuova disposizione relativa all'esercizio dell'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali.

L'azione non è una novità della riforma del diritto societario in quanto richiama le disposizioni già previste nel comma 3 del vigente art. 2394 c.c., negli artt. 146 e 206 della legge fallimentare relativi, rispettivamente, al fallimento e alla liquidazione coatta amministrativa, nonché in base ad un'interpretazione estensiva quelle di cui all'art. 36 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, relativo all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

In prima analisi, ponendo a confronto la nuova disposizione con il comma 3 dell'art. 2394 c.c. vigente, risulta evidente come il riformatore abbia aggiunto nella formulazione dell'art. 2394-bis, ex d.lgs. n. 6/2003,

la possibilità che l'azione di responsabilità venga esercitata dal commissario straordinario di impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria.

L'analisi della norma comporta, inoltre, necessariamente che vengano affrontate alcune questioni preliminari.

Posto che la legittimazione del curatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario sono diretta conseguenza della sottoposizione dell'impresa ad una procedura concorsuale, si discute sulla natura dell'azione esercitabile dall'organo della procedura, ovvero si dibatte se le azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 quando vengono promosse dal curatore o dai commissari restino distinte ed autonome oppure si fondano in un'unica azione. Discussa, inoltre, è la questione se le azioni contemplate nell'art. 2394-*bis* siano le medesime azioni che la società o i creditori sociali potevano esercitare prima della dichiarazione di fallimento o della sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa ovvero all'assoggettamento dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria.

Mentre l'attribuzione al curatore – e agli altri organi – del potere di agire in responsabilità contro gli amministratori *ex art. 2393* non pone particolari problemi dal momento che questo subentra in tutti i rapporti facenti capo alla società dichiarata fallita (o sottoposta a liquidazione coatta ovvero od amministrazione straordinaria), la questione si fa più complessa per quanto riguarda l'attribuzione allo stesso del potere di agire *ex art. 2394*, in relazione alla natura di azione autonoma o surrogatoria della stessa azione esercitabile da parte dei creditori.

In effetti, se si riconosce all'azione di cui all'art. 2394 natura autonoma rispetto a quella *ex art. 2393*, risulta arduo spiegare sia il subentro del curatore nella posizione dei creditori, sia la trasformazione della *causa petendi* dell'azione da azione diretta alla reintegrazione del patrimonio dei singoli creditori ad azione diretta alla reintegrazione del patrimonio sociale nell'interesse della massa. Diversamente, se si riconosce all'azione natura surrogatoria, la stessa può essere intesa come azione di massa, l'esercizio della quale spetta al curatore che si sostituisce alla massa dei creditori.

Si è evidenziato, inoltre, che con la sostituzione del curatore si evita la proposizione da parte dei creditori di un'azione che, fondandosi sugli stessi requisiti dell'azione di cui all'art. 2393, può determinare interferenze e sovrapposizioni tali da ritardare l'ordinato svolgimento della procedura concorsuale. Tutto ciò posto, quelle esercitabili *ex art. 2394-bis* dagli organi delle procedure concorsuali sono le stesse azioni che prima del fallimento possono promuovere la società previa deliberazione dell'assemblea e i creditori. In questo senso depone il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui in caso di sottoposizione a fallimento (o di altra procedura concorsuale) le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori previste dagli artt. 2393 e 2394 a favore della società e, surrogatoriamente, dei creditori sociali confluiscono nell'unica azione di cui all'art. 146 L.F. che risulta finalizzata al risultato di acquisire ciò che è stato sottratto per fatti imputabili agli amministratori (Trib. Roma, 17 settembre 2001, in *Le Società*, 2002, 744; Trib. Milano, 8 ottobre 2001, in *Giur. It.*, 2002, 795; Trib. Lucera, 15 gennaio 2002, in *Dir. Fall.*, 2002, 337 e tra la giurisprudenza di legittimità, Cass. 8 febbraio 2000, n. 1375, in *Dir. prat. e soc.*, 2000, 20, 37).

Per quanto concerne la questione se le due azioni quando esercitate dal curatore o dal commissario restino distinte o si fondano in un'unica azione, le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sono diversamente articolate.

Infatti, ancorché prevalga la tesi della autonomia e della distinzione delle due azioni (peraltro ribadita anche dalle SS.UU. della Suprema Corte, 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 770), secondo parte della dottrina tali azioni sono esercitate cumulativamente ed inscindibilmente dal curatore o dal commissario, il quale, agendo contemporaneamente *ex art. 2393 c.c. e 2394 c.c.*, può beneficiare dei rispettivi vantaggi.

Conseguentemente quando il curatore agisce *ex art. 146 L.F. – e in futuro ex art. 2394-bis –*, le citate azioni devono ritenersi contemporaneamente proposte e, pertanto, la responsabilità degli amministratori può essere affermata sia sulla base dell'azione *ex art. 2393*, sia sulla base dell'azione *ex art. 2394*. Per ovviare a molteplici inconvenienti che si potrebbero verificare sul piano processuale, la giurisprudenza di legittimità (Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro It.*, 1999, I, 1967), ribadendo che l'azione promossa dagli organi della procedura è un'azione cumulativa e non un *tertium genus* rispetto alle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394, ha precisato che la procedura potrà avvalersi o dell'una o dell'altra azione ma, una volta optato, necessariamente dovrà sopportarne anche i profili eventualmente sfavorevoli.

Pertanto, il curatore o il commissario potrà impostare la domanda *ex art. 2394-bis* nel modo che ritenga più opportuno ricorrendo alla disciplina dettata per la declatoria della responsabilità degli amministratori nei confronti della società ovvero la disciplina dettata in merito alla responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori.

Altro aspetto particolarmente controverso è quello inerente l'onere della prova. Infatti, basandosi sulle generali regole in materia di responsabilità, il curatore dovrebbe provare sia l'inadempimento degli amministratori, sia il danno da essi arrecato alla società o ai creditori, sia il nesso di causalità tra inadempimento e danno. Un simile criterio è stato da tempo semplificato dalla giurisprudenza (*ex multis*, Cass., 23 giugno 1977, n. 2671, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce Fallimento, n. 238; Trib. Massa Carrara, 9 gennaio 1996, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce Società, n. 658) che ha quantificato il danno provocato dall'inadempimento degli amministratori nella differenza tra attivo e passivo fallimentare. Questo orientamento è stato criticato da dottrina e giurisprudenza recenti che hanno concordato sulla necessità di valutare il danno applicando il rigoroso criterio di cui sopra.

Per quanto concerne il termine di prescrizione, va notato che questo non decorre dalla dichiarazione di fallimento, bensì dal momento in cui i creditori o la società possono far valere il diritto al risarcimento del danno, il che comporta nel caso di azione sociale di responsabilità esercitata dal curatore il decorso di cinque anni dal momento in cui gli amministratori siano cessati dalla carica, in virtù della modifica apportata dal d.lgs. n. 6/2003 al testo dell'art. 2393; mentre, nel caso di azione di responsabilità intentata dal curatore per la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori, dal momento in cui il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti (in questo senso, Trib. Roma, 17 settembre 2001, *cit.*; Trib. Milano, 8 ottobre 2001, *cit.* e Cass., 5 luglio 2002, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 21, 46).

Parte della dottrina ha ritenuto che in questo caso il termine prescrizione inizi a decorrere dal momento in cui si è verificato il danno, cioè dal momento in cui il patrimonio è risultato insufficiente. La giurisprudenza di merito ha recentemente precisato sul punto che l'insufficienza del patrimonio sociale – da cui inizia a decorrere la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2949, co. 2, c.c. – può verificarsi in epoca anteriore o posteriore alla dichiarazione di fallimento. Sarà onere dei convenuti in responsabilità allegare e dimostrare l'esistenza di una pregressa incapienza del patrimonio sociale rispetto alla data del fallimento (Trib. Milano, 7 febbraio 2003, in *Le Società*, 2003, 1385).

Infine, v'è da dire che la norma introdotta dal legislatore della riforma riconosce in capo al curatore la legittimazione attiva ad esperire le azioni di cui agli artt. 2393, 2393-*bis* e 2394, non anche quella di cui all'art. 2395 che resta nella esclusiva potestà del singolo socio o del terzo direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori. Pertanto, al curatore vengono attribuite solamente le azioni che coinvolgono gli interessi della massa e non anche quelli del singolo socio o del terzo, azioni queste ultime che potranno essere intentate chiusa la procedura concorsuale.

In conclusione, occorre notare che la disposizione recata dal novellato art. 2394-*bis* dovrà necessariamente coordinarsi con quella prevista nell'art. 146 L.F. in base alla quale in caso di fallimento l'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori viene esercitata dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori; il giudice delegato, poi, nell'autorizzare il curatore a proporre la detta azione, può disporre le opportune misure cautelari.

Con riferimento all'aspetto delle opportune misure cautelari che il giudice delegato può disporre nei giudizi *ex art. 146 L.F.*, v'è da dire che è controverso se le misure cautelari in questione consistano in pratica nel solo sequestro conservativo dei beni dei legittimati passivi ovvero consentano l'adozione dell'intera gamma dei provvedimenti cautelari previsti dal codice di rito. La prassi giudiziaria e l'opinione della prevalente dottrina si sono orientate per la prima soluzione.

## 7. L'AZIONE INDIVIDUALE DEL SOCIO O DEL TERZO

L'art. 2395, *ex d.lgs. n. 6/2003*, concerne l'azione di responsabilità esercitata nei confronti dagli amministratori dal singolo socio o dal terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi compiuti dagli amministratori medesimi.

La disposizione, non discostandosi sul punto dalla vigente disciplina, precisa che le disposizioni previste negli articoli precedenti a quello in oggetto non pregiudicano il risarcimento del danno sofferto dal socio o dal terzo, con ciò a significare che l'azione esercitabile da questi soggetti è autonoma e differente rispetto a quella di cui agli artt. 2393 e 2394. In effetti oggetto di tutela in quest'ultimo caso è il patrimonio personale del socio o del terzo e non il patrimonio sociale. In questo senso depone altresì la precisazione che il socio o il terzo che si azionano in giudizio devono essere stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi posti in essere dagli amministratori. Così, se il danno provocato dall'amministratore incide sul patrimonio sociale,

ancorché si verifichi un danno “indiretto” per il socio, quale la perdita del valore delle azioni da lui detenute, si dovrà esperire l’azione sociale di responsabilità; allo stesso modo, il creditore che lamenti il danno derivante dalla diminuzione del patrimonio sociale, essendo questo non un danno diretto, potrà agire solamente *ex art. 2394* (tra la giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass., 27 giugno 1998, n. 6364, in *Foro it.*, 1999, I, 652; Trib. Monza, 14 giugno 2001, in *Le Società*, 2002, 7, 896).

Molteplici sono i casi portati a conoscenza della giurisprudenza (tra i quali si rammenta l’ipotesi dell’amministratore che redigendo un bilancio falso induce il socio o terzi ad acquistare azioni ad un prezzo elevato, ovvero dell’amministratore che ottenga un fido da una banca presentando un bilancio non veritiero) su cui non è possibile, per motivi di economicità di indagine, soffermarsi.

Tutto ciò detto, la lettera della norma consente al singolo socio o al terzo direttamente danneggiati dall’illecito compiuto dagli amministratori di agire in giudizio per il risarcimento del danno effettivamente subito, ancorché la società, i creditori ovvero il curatore fallimentare si siano previamente mossi per la declatoria di responsabilità dell’organo di gestione.

Per poter esercitare l’azione di cui all’art. 2395 occorrerà provare il compimento da parte degli amministratori di un atto doloso o colposo, l’esistenza di un danno direttamente subito dal socio o dal terzo e infine, il nesso di causalità tra l’illecito posto in essere dagli amministratori e il danno effettivamente sofferto dal socio o dal terzo.

Per quanto attiene l’ambito cui riferire l’illecito posto in essere dagli amministratori, la giurisprudenza riteneva che si dovesse trattare di un atto doloso o colposo compiuto dall’amministratore al di fuori della gestione della società e inerente una sua sfera di attività personale. La tesi si fondava sulla presenza dell’avverbio “*direttamente*” nel testo normativo che induceva a sostenere l’esclusione del danno provocato tramite la società, vale a dire provocato in occasione dell’attività di gestione (App. Messina, 9 marzo 1951, in *Foro it.*, I, 1952, 1107; Trib. Napoli, 12 febbraio 1954, in *Dir. Fall.*, II, 1954, 148).

Diversamente, secondo la dottrina prevalente e più recente, la responsabilità degli amministratori indicata nell’art. 2395 sussiste anche nel caso in cui l’illecito venga compiuto in occasione del proprio ufficio. Questa tesi si basa sia su un argomento letterale, sia su di un’argomentazione logica. Il primo è rappresentato dalla circostanza che nell’art. 2395 il legislatore fa espresso richiamo alle disposizioni recate dagli artt. 2393, 2393-*bis* e 2394 che, come visto in precedenza, si riferiscono esclusivamente alla responsabilità degli amministratori per fatti compiuti nello svolgimento della propria attività di gestione sociale; la seconda si evince dall’assunto che l’art. 2395, nel caso in cui fosse stato previsto per sanzionare la responsabilità degli amministratori per illeciti compiuti privatamente, non avrebbe ragione di esistere in quanto mera duplicazione dell’art. 2043 c.c.. Per quanto attiene alla natura della responsabilità degli amministratori nei confronti del socio o del terzo, la prevalente dottrina e giurisprudenza ritengono che si tratti di responsabilità extracontrattuale (tra la giurisprudenza, si veda Cass., 1° aprile 1994, n. 3216, in *Foro it.*, 1995, I, 1302) con la conseguenza che spetterà a chi agisce in giudizio per la declatoria di responsabilità degli amministratori fornire la prova del dolo o della colpa dei medesimi.

Tutto ciò posto, è opinione unanime che la responsabilità dell'amministratore, proprio perché si tratta di illecito compiuto in occasione della gestione sociale, si cumuli con quella della società per l'adempimento dell'obbligazione stipulata dall'amministratore in suo nome. Conseguentemente il terzo o il socio direttamente danneggiati possono agire in giudizio anche nei confronti della società per il risarcimento del danno sofferto. Si perviene ad una simile conclusione basandosi sulla c.d. concezione organica, per cui la società stessa risponde degli illeciti compiuti dai propri organi ovvero interpretando estensivamente l'art. 2049 c.c. relativo alla responsabilità dei padroni o dei committenti per i danni arrecati dai domestici o dai commessi nell'esercizio delle mansioni cui sono adibiti.

V'è da dire, inoltre, che qualora l'illecito degli amministratori danneggi contemporaneamente il patrimonio sociale e quello del socio o del terzo, le azioni di responsabilità *ex artt.* 2393, 2394 e 2395 possono cumularsi. Al verificarsi di una simile ipotesi, come notato da autorevole dottrina, non si verificherebbe un doppio risarcimento dello steso danno, bensì si risarcirebbe il duplice danno che gli amministratori hanno arrecato con un unico atto doloso o colposo.

Il novellato art. 2395 si chiude con la previsione del termine prescrizione di cinque anni decorrenti dal compimento dell'atto colposo o doloso compiuto dagli amministratori.

## 8. LA RESPONSABILITÀ DEI DIRETTORI GENERALI

Il novellato art. 2396 recita testualmente che: *“Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società”*.

Rispetto alla vigente formulazione della norma in oggetto, il legislatore della riforma ha sostituito la nomina statutaria del direttore generale a quella prevista nell'atto costitutivo e ha introdotto *ex novo* il riferimento dell'ultimo inciso alle azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.

In relazione al primo aspetto, la modifica apportata dal d.lgs. n. 6/2003 si giustifica con la circostanza che lo statuto contiene le regole attinenti l'organizzazione della società. Per quanto riguarda, invece, il diverso aspetto dell'esercizio delle azioni derivanti dal rapporto di lavoro che vincola il direttore generale alla società, si deve considerare la diversa funzione, il diverso ruolo e la differente posizione che, rispetto agli amministratori, il direttore generale assume all'interno della società.

La prevalente dottrina e la consolidata giurisprudenza riconoscono nel direttore generale il dirigente posto ai livelli più elevati nella gerarchia dei lavoratori dipendenti di un'impresa, direttamente subordinato agli amministratori dai quali si distingue per la tipicità dell'attività da esso svolta. In effetti le funzioni attribuite agli uni e all'altro, come rilevato dalla giurisprudenza (Cass., 10 novembre 1987, n. 8279, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, fasc. 11) sono diverse, consistendo le prime nella gestione dell'impresa, le seconde nell'esecuzione delle disposizioni generali impartite nel corso della gestione medesima. Va segnalato,

peraltro che, secondo parte della dottrina, pur disponendo il direttore generale di poteri di supremazia gerarchica nei confronti dei restanti dipendenti dell'impresa, non occorre necessariamente che costui sia vincolato alla società da un rapporto di lavoro subordinato, così come accade nelle ipotesi di società facenti parte di uno stesso gruppo ove viene chiamato a svolgere le dette funzioni il direttore generale che sia dipendente di una sola delle società facenti parte del gruppo. Pertanto il direttore generale può essere vincolato alla società da un contratto di mandato.

Come si evince dalla lettera dell'art. 2396, il direttore generale – che, per inciso, è soggetto alla stessa responsabilità penale prevista per gli amministratori *ex artt.* 2621 e 2622 e ss. c.c. – è assoggettato alla responsabilità civile prevista dagli artt. 2392 e ss. disposta per gli amministratori se nominato dall'assemblea o in base ad una specifica disposizione statutaria anche dal consiglio di amministrazione. Conseguentemente, il direttore generale può essere chiamato a rispondere sia nei confronti della società, sia nei confronti dei creditori, sia nei confronti dei singoli soci o dei terzi direttamente danneggiati

Relativamente all'attività di gestione, come rilevato dalla dottrina, il direttore generale sarà obbligato a:

- svolgere i propri compiti di amministrazione attiva e di vigilanza con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, *ex art.* 2392;
- ad impedire il compimento o ad eliminare o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli, *ex art.* 2392, co. 2;
- a non compiere atti estranei all'oggetto sociale, *ex art.* 2384;
- a non agire in conflitto di interessi, *ex art.* 2391;
- a non violare il divieto di concorrenza di cui all'art. 2390;
- a rispettare gli obblighi imposti dall'art. 2486 al verificarsi di una causa di scioglimento della società.

Rispetto agli amministratori, il direttore generale è tenuto all'obbedienza delle decisioni da questi assunte, ad eccezione di quelle dalle quali possa conseguire una sua personale responsabilità che, pertanto sarà tenuto a disattendere. In caso contrario, il direttore generale sarà solidalmente responsabile con gli amministratori.

Rispetto alla società, infine, il direttore generale quand'anche lavoratore subordinato, è tenuto al rispetto delle specifiche disposizioni concernenti il rapporto di lavoro subordinato. Pertanto, il direttore generale potrà incorrere nella responsabilità *ex art.* 2392 e nelle responsabilità derivanti dall'inosservanza degli obblighi imposti al prestatore di lavoro (quali ad esempio l'obbligo di diligenza o l'obbligo di fedeltà) alternativamente o cumulativamente.

Ricorrerà la prima ipotesi quando l'illecito posto in essere dal direttore generale comporti la responsabilità nei confronti della società *ex art.* 2392 e non anche quella per aver disatteso agli obblighi imposti dal diritto del lavoro (tipico è l'esempio del direttore generale che eseguendo le direttive impartite dal consiglio di amministrazione, in virtù delle quali non è responsabile come lavoratore subordinato, sia solidalmente responsabile con gli amministratori stessi per i danni arrecati alla società come conseguenza di *mala gestio*), ovvero nel caso contrario quando il direttore generale ponga in essere atti che, pur non dannosi per la società, non rispondano agli obblighi imposti al lavoratore subordinato.

Ricorrerà la seconda ipotesi quando l'illecito compiuto dal direttore generale violi sia i precetti posti a tutela dell'impresa dall'ordinamento giuslavoristico, sia quelli posti a tutela dell'impresa nell'esecuzione della attività di amministrazione a quello conferita.

Pertanto l'ultimo inciso dell'art. 2396 va letto in questo senso: la società, in seguito alla riforma, potrà alternativamente o cumulativamente proporre le differenti azioni, con le rispettive discipline. L'azione sociale di responsabilità dovrà essere necessariamente deliberata dall'assemblea, mentre quella proposta per l'inosservanza degli obblighi imposti al lavoratore subordinato non dovrà essere necessariamente sottoposta ad una simile autorizzazione; l'azione sociale di responsabilità sarà portata alla cognizione del giudice ordinario, quella fondata sul contratto di lavoro sarà devoluta alla competenza del giudice del lavoro.

#### 9. L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ NELLE S.R.L.

Particolarmente significativa – come la descrive la relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 – è la disciplina della responsabilità degli amministratori di s.r.l. di cui all'art. 2476.

La norma in oggetto sancisce la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni conseguenti all'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. La responsabilità, però, non si estende a quelli che si dimostrino esenti da colpa e, venuti a conoscenza dell'atto che gli altri avevano intenzione di compiere, abbiano fatto constare il proprio dissenso.

I soci non amministratori hanno diritto di ottenere 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.

L'azione di responsabilità può essere promossa da ciascun socio che, in caso di gravi irregolarità nella gestione, può chiedere all'autorità giudiziaria l'adozione del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori. In questo caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di un'apposita cauzione. In caso di accoglimento, la società è tenuta al rimborso delle spese di giudizio sostenute dagli attori e delle spese necessarie per l'accertamento dei fatti. Salva diversa indicazione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità può essere oggetto di rinuncia o di transazione da parte della società subordinatamente all'esistenza di due condizioni: che almeno i due terzi del capitale sociale vi consentano e non si oppongano tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale. L'art. 2476, inoltre, al comma 6 riconosce al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori la legittimazione attiva per agire in responsabilità contro gli amministratori. Si specifica, poi, che sono finanche solidalmente responsabili con gli amministratori quei soci che abbiano intenzionalmente deciso od autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

La norma in esame dispone infine che l'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

Tutto ciò posto, si impongono preliminarmente alcune considerazioni.

La disciplina dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. si distingue nettamente da quella ancora vigente come anche dalla disciplina dell'analoga azione disciplinata nell'ambito delle società per azioni. E ciò perché nel nuovo modello di s.r.l., che si pone tra le società a base capitalistica e le società personali, rilevanza centrale viene assunta dalla posizione del socio e dai rapporti contrattuali tra soci. Pertanto, come rileva la relazione illustrativa, l'azione di responsabilità degli amministratori di s.r.l. si fonda sul principio secondo il quale ad ogni socio – così come accade nelle società di persone *ex art. 2261 c.c.* – è riconosciuto il diritto di ottenere notizie sull'andamento degli affari sociali e di procedere alla diretta ispezione dei libri sociali nonché dei documenti relativi all'amministrazione della società. Da queste premesse consegue logicamente il potere di ciascun socio di agire in giudizio per la declatoria di responsabilità degli amministratori e di chiedere gli opportuni provvedimenti cautelari al giudice. Questa soluzione, come affermato nella relazione illustrativa, ha fatto sì che divenisse superfluo l'istituto della denuncia al tribunale *ex art. 2409*, in quanto sostanzialmente assorbito dalla citata legittimazione ad agire riconosciuta al singolo socio dal novellato *art. 2476*. Trattandosi comunque di un'azione esperita dal socio nel suo personale interesse, la società può disporre purché risultino le maggioranze qualificate previste nel comma 5 dell'*art. 2476*, e il singolo socio o il terzo può agire per ottenere il risarcimento di danni direttamente subiti dall'illecito degli amministratori.

Di importante rilievo, come anche evidenziato nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003, è la disposizione recata dal penultimo comma dell'*art. 2476* in cui si afferma la responsabilità dei soci che, pur non essendo amministratori, hanno intenzionalmente contribuito al compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi: in questo modo, si è inteso assoggettare a responsabilità quanti, come accade spesso nella prassi societaria e in particolar modo nelle s.r.l., gestiscono la società senza aver assunto la relativa veste formale.

Venendo all'esame delle singole ipotesi recate dall'*art. 2476*, non pochi sono gli elementi di novità con la disciplina ancora vigente.

Per quanto attiene la natura della responsabilità degli amministratori di s.r.l., il comma 1 dell'*art. 2476* conferma che si tratta di una responsabilità contrattuale, solidale, per fatto personale e per colpa in quanto, da un lato, gli amministratori sono solidalmente responsabili dei danni derivanti dall'inosservanza della legge o dell'atto costitutivo, dall'altro lato, la responsabilità non si estende a quello che dimostri di essere esente da colpa. L'amministratore che è venuto a conoscenza dell'atto che si stava per compiere, oltre ad essere esente da colpa, dovrà comunque far annotare il proprio dissenso secondo le modalità consentite dalle forme organizzative prescelte. In questo senso, come notato dalla dottrina, l'annotazione del dissenso non è configurabile in ipotesi di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, laddove nell'un caso l'amministratore potrà esercitare l'opposizione preventiva o, nell'altro caso, precludere l'operazione apponendole il proprio veto. In caso di deleghe, invece, secondo gli stessi autori, dovrebbe trovare applicazione quanto disposto in tema di società per azioni dall'*art. 2392*: i consiglieri non investiti di funzioni esecutive non vanno esenti da colpa se non riescono a dimostrare di aver fatto quanto in loro potere per impedire il verificarsi di fatti pregiudizievoli di cui erano a conoscenza o per eliminarne od attenuarne le conseguenze.

Il dissenso dovrà essere annotato nel libro delle decisioni degli amministratori di cui all'art. 2478, co. 1, punto 3.

Inoltre, rispetto alla disciplina ancora vigente *ex art. 2487 c.c.* che, come noto, rinvia all'art. 2392 c.c., scompare il riferimento alla diligenza del mandatario con cui gli amministratori devono adempiere ai doveri loro imposti e il riferimento all'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, nonché il riferimento all'obbligo di impedire il compimento di atti pregiudizievoli ovvero di eliminarne o attenuarne le conseguenze. A ben vedere la disposizione richiama l'art. 2260 c.c. relativo ai diritti e agli obblighi degli amministratori di società personali ove comunque si rimanda, per quanto concerne gli obblighi e i doveri degli amministratori, alle regole generali dettate in tema di mandato.

Passando all'esame del comma 2 della disposizione in commento, il legislatore si è premurato di precisare che i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione.

Rispetto al vigente art. 2489 – rubricato, appunto, “*Controllo individuale del socio*” – il diritto in questione appare più esteso. Nel novellato art. 2476, infatti, il diritto del socio non amministratore al controllo individuale non è limitato, come peraltro accade nella normativa ancora vigente, all'ipotesi in cui la società non abbia un collegio sindacale né alle semplici notizie sullo svolgimento degli affari sociali e alla consultazione dei libri sociali, in quanto i detti soci possono altresì consultare tutta la documentazione relativa all'amministrazione. Scompare, inoltre, la previsione che tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale hanno il diritto di far eseguire annualmente a proprie spese la revisione della gestione. L'omissione, secondo alcuni, si giustifica in base alla circostanza che il diritto da ultimo menzionato è stato ricompreso nel più ampio diritto di consultare in ogni momento la documentazione relativa all'amministrazione anche tramite professionisti di fiducia. V'è da dire, inoltre, che la lettera della norma riconosce il summenzionato diritto solamente ai soci che non siano altresì amministratori della società. In proposito alcuni hanno esteso il diritto in questione a quei soci cui l'atto costitutivo attribuisca particolari diritti inerenti l'amministrazione in virtù della disposizione di cui all'art. 2468, co. 3, dal momento che questi ultimi, essendo solo occasionalmente investiti della gestione, non possono essere privati del diritto di controllare l'operato degli amministratori effettivi riconosciuto dal comma 2 dell'art. 2476.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 2476, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere promossa da ciascun socio della società, indipendentemente dal valore della quota di capitale posseduta, il quale può chiedere in caso di gravi irregolarità nella gestione della società che venga adottato il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori. L'adozione di tale provvedimento può essere subordinata dal giudice alla prestazione di una cauzione.

La disposizione in oggetto, come fa intendere la relazione illustrativa, supplirebbe all'assenza nella disciplina del nuovo tipo sociale della s.r.l. del rimedio della denuncia al tribunale *ex art. 2409*. A ben vedere, come rilevato da alcuni, la tutela prevista dalla riforma sembra avere un ambito maggiormente restrittivo rispetto a quella disposta dall'art. 2409. Da un lato, infatti, se il danno è solo potenzialmente lesivo degli interessi della

società, il legislatore non consente di promuovere un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori né di denunciare le irregolarità da questi compiute al tribunale, dall'altro lato, l'unico rimedio cautelare previsto nel novellato art. 2476 consiste nella revoca degli amministratori, venendo meno la possibilità di adottare i provvedimenti provvisori di cui all'art. 2409 e di nominare un amministratore giudiziario.

Per quel che concerne la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione, la lettera della legge induce a ritenere che l'azione di responsabilità contemplata nell'art. 2476 possa essere promossa da tutti i soci della s.r.l., senza distinzione alcuna e perciò anche dai soci amministratori.

La legittimazione del socio persiste nell'ipotesi in cui la società sia posta in liquidazione.

Relativamente alla natura dell'azione in commento, l'opinione della dottrina prevalente ritiene che si tratti pur sempre di un'azione sociale di responsabilità, diretta alla reintegrazione del patrimonio sociale, dove la legittimazione del singolo socio si giustifica o in virtù della struttura spiccatamente personalistica della nuova s.r.l., ovvero per ragioni di ordine simplicistico.

È a dirsi, comunque, che il diritto riconosciuto al singolo socio di esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori non esclude la legittimazione attiva della società che resta comunque la titolare del diritto al risarcimento del danno, tanto che, come si vedrà in seguito, la società, anche quando l'azione è promossa individualmente, può transigerla o rinunciare alla lite.

Tutto ciò posto, resta da appurare quali siano le relazioni intercorrenti tra azione promossa dal singolo socio e azione promossa dalla società. L'azione del socio, come sostenuto da alcuni, non ha natura surrogatoria rispetto a quella sociale e può essere esercitata in concorrenza con altri soci ovvero con la società medesima.

Si ammette, inoltre, in caso di azione di responsabilità promossa dalla società, l'intervento adesivo autonomo del socio, così come l'intervento adesivo della società.

L'esame del comma 4 dell'art. 2476, ove si dispone che in caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle sostenute per l'accertamento dei fatti, evidenzia la preoccupazione del legislatore delegato di evitare che i soci promuovano azioni pretestuose, così che essi verranno rimborsati delle spese sostenute solo in caso di esito vittorioso della lite.

Proseguendo con l'esame della disposizione, il comma 5 concerne l'ipotesi della rinuncia o della transazione della lite. In esso si specifica, infatti, che l'azione di responsabilità esercitata contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o di transazione da parte della società purché si riscontrino maggioranze particolarmente qualificate di capitale: la norma, infatti, subordina la validità della transazione o della rinuncia al consenso di tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale e alla mancata opposizione di tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo.

E riproponendo quanto disposto dal vigente art. 2434, l'ultimo comma dell'art. 2476 dispone che l'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

Il comma 6 dell'art. 2476 ripete quanto previsto dall'art. 2395, cui rimandiamo per il relativo commento, in materia di s.p.a.. La disposizione, infatti, è finalizzata a riconoscere al socio o al terzo che abbiano sofferto un danno diretto da atti dolosi o colposi posti in essere dagli amministratori un autonomo diritto al risarcimento del danno.

Infine, il comma 7 dell'art. 2476 in cui si prevede la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che intenzionalmente hanno deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

La norma prevede esplicitamente:

- la responsabilità concorrente e solidale con gli amministratori di questi soci
- l'elemento psicologico dell'intenzionalità
- la decisione o l'autorizzazione al compimento di atti da parte degli amministratori.

Mentre la stessa disposizione implicitamente prevede che i soci cui viene riferita la responsabilità in oggetto non siano amministratori.

La disposizione in esame rappresenta, secondo alcuni, una logica conseguenza delle particolari modalità che il potere di amministrare può assumere all'interno della s.r.l. in quanto, come previsto dagli artt. 2468, 2475 e 2479, l'atto costitutivo può deferire alla volontà dei soci decisioni spettanti agli amministratori.

Intesa nel senso sopra menzionato, la previsione tende a responsabilizzare quanti agiscano, pur non essendo tali, come amministratori della società: l'avverbio intenzionalmente, infatti, va letto secondo il tenore letterale della norma, ovvero riferito all'*animus* del socio che coscientemente e volutamente autorizza o decide il compimento di atti che sa essere dannosi per la società, i terzi e i soci.

Laddove si dimostri che un soggetto, estraneo agli amministratori di diritto, svolga continuativamente e non saltuariamente funzioni di gestione, sia cioè – secondo la prevalente giurisprudenza e la dottrina – amministratore di fatto della società, troveranno applicazione tutte le norme attinenti la gestione della società demandata agli amministratori di diritto. Conseguentemente, l'amministratore di fatto sarà chiamato a rispondere insieme all'amministratore di diritto per le violazioni dei specifici obblighi che la legge impone a quest'ultimo.

Per quanto concerne il termine prescrizione delle azioni di responsabilità esercitate nei confronti degli amministratori di s.r.l., nel silenzio della legge, troveranno applicazione le generali regole di cui agli artt. 2949, co. 1, e 2941, n. 7, c.c..

Orbene, tutto ciò premesso, la lettera delle novellate disposizioni, costringe ad alcune osservazioni conclusive.

Si noti, infatti, che, diversamente dalla disciplina dettata per la s.p.a., il legislatore non ha previsto nell'ambito della disciplina della riformata s.r.l. le azioni di responsabilità di cui agli artt. 2394 e 2394-*bis* relative, rispettivamente, all'azione esercitata dai creditori sociali e alle azioni di responsabilità esercitate nell'ambito di procedure concorsuali. Nessun riferimento alle menzionate azioni è rinvenibile nella relazione illustrativa.

Per quanto concerne il primo aspetto, vale a dire quello della responsabilità nei confronti dei creditori, distinte sono le posizioni assunte dai primi commentatori della riforma.

Secondo alcuni, per ovviare alla lacuna legislativa, i creditori andrebbero ricompresi tra i terzi direttamente danneggiati cui l'art. 2476, come prima visto, riconosce la possibilità di agire in giudizio; secondo altri, l'azione di responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali persisterebbe in ogni caso, o come azione extracontrattuale, ovvero riconoscendole la natura di azione contrattuale e più precisamente quella di azione surrogatoria. In questo modo verrebbero superate le probabili censure di illegittimità che si potrebbero avanzare sulla disciplina della riformata s.r.l. rispetto a quella della s.p.a. per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Altri ravvisano nell'omissione del legislatore la precisa volontà di non prevedere all'interno della disciplina dettata in materia di s.r.l. l'azione di responsabilità dei creditori alla luce delle profonde differenze esistenti tra s.r.l. e s.p.a..

Invero, innanzi al dato normativo, pare potersi sostenere che i creditori potranno esercitare solamente la generale azione di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. per ottenere il risarcimento dei danni provocati dagli amministratori.

Anche per quanto attiene l'aspetto delle azioni di responsabilità esercitabili dal curatore, la riforma non contiene alcuna specifica indicazione.

Pertanto, se, per un verso sembrerebbe esclusa la facoltà degli organi della procedura di esercitare l'azione di responsabilità dei creditori sociali, stante la mancata previsione di una norma analoga all'art. 2394 *bis* dettato per la s.p.a., per altro supplisce la legislazione speciale in base alla quale il curatore e gli organi delle differenti procedure concorsuali potranno esercitare l'azione sociale di responsabilità in via surrogatoria, così come consentito dall'art. 146 L.F..

#### 10. LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI NEI SISTEMI ALTERNATIVI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO

Resta da esaminare il regime di responsabilità delineato dal legislatore per gli organi di gestione dei due sistemi alternativi di amministrazione e controllo introdotti dal d.lgs. n. 6/2003 negli artt. 2409-*octies* e ss..

In via preliminare occorre rammentare che il comma 1 dell'art. 223-*septies* delle Norme di attuazione e transitorie prevede che le disposizioni del codice civile che espressamente fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, se compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza per le società che abbiano adottato il sistema dualistico e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione per le società che abbiano optato per il sistema monistico.

In ogni caso, il d.lgs. n. 6/2003 contiene alcune precise disposizioni relative al regime di responsabilità e alla relativa azione esercitabile nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo dagli organi deputati alla gestione della società.

Per quel che concerne il sistema dualistico, vale a dire quello basato su un consiglio di gestione e un consiglio di sorveglianza, l'art. 2409-*decies* concerne l'aspetto dell'azione sociale di responsabilità esperibile

nei confronti del consiglio di gestione che, come è noto, nel detto modello di *governance* è organo deputato all'amministrazione della società.

La norma citata dispone che l'azione di responsabilità contro i consiglieri di gestione è promossa dalla società o dai soci ai sensi degli artt. 2393 e 2393-*bis*. La medesima disposizione precisa, poi, che l'azione sociale di responsabilità può essere proposta anche a seguito di deliberazione del consiglio di sorveglianza, assunta dalla maggioranza dei componenti. Nel caso in cui la deliberazione venga presa a maggioranza dei due terzi dei componenti del consiglio di sorveglianza, si produce la revoca dei consiglieri di gestione nei confronti dei quali è proposta: contestualmente all'atto di revoca il consiglio di sorveglianza provvede alla sostituzione dei revocati.

L'art. 2409-*decies* prevede che l'azione di responsabilità può venir esercitata dal consiglio di sorveglianza entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica e che il consiglio di sorveglianza può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere la lite purché la rinuncia e la transazione siano approvate dalla maggioranza assoluta dei componenti del consiglio di sorveglianza e purché non si oppongano tanti soci che rappresentino almeno il quinto del capitale sociale nelle c.d. società chiuse o un ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ovvero la diversa percentuale prevista nello statuto.

Si specifica, infine, che la rinuncia dell'azione da parte della società o del consiglio di sorveglianza non impedisce l'esercizio delle azioni di cui agli artt. 2393-*bis*, 2394 e 2394-*bis*.

Il legislatore, dunque, ha consentito nel sistema dualistico che l'azione di responsabilità contro i consiglieri di gestione venga esercitata dalla società (previa deliberazione assembleare) e dalla minoranza qualificata di soci indicata dall'art. 2393-*bis*.

In proposito va subito anticipato che non esistono ostacoli normativi affinché si possa deliberare l'azione di responsabilità nei confronti di alcuni dei consiglieri di gestione e non di tutti. Inoltre, concordemente a quanto sostenuto dalla dottrina, in virtù del rimando agli artt. 2393 e 2393-*bis*, l'azione di responsabilità può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione del consigliere di gestione dalla carica; la società può rinunciare all'azione alle condizioni stabilite dall'ultimo comma dell'art. 2393. La rinuncia o la transazione dell'azione secondo alcuni non impedirebbe l'esercizio dell'azione da parte dei soci e da parte dei creditori, nonché l'esercizio delle azioni di responsabilità da parte degli organi delle procedure concorsuali ai sensi dell'art. 2394-*bis*.

Il comma 2 dell'art. 2409-*decies* dispone, poi, che l'azione sociale di responsabilità può essere proposta anche a seguito di deliberazione del consiglio di sorveglianza assunta dalla maggioranza dei componenti. La disposizione, che ricalca quanto previsto nell'ordinamento tedesco (par. 112 AktG) ove viene attribuito al consiglio di sorveglianza un potere di decisione autonomo circa l'eseribilità dell'azione di responsabilità, non ha incontrato il favore dei primi commentatori della riforma. Si è opportunamente evidenziato, infatti, l'imbarazzante situazione in cui i componenti del consiglio di sorveglianza, nell'esercizio dei poteri loro riconosciuti dalla riforma, revocassero *ex art. 2409-terdecies*, denunciassero al tribunale *ex art. 2409* ovvero chiamassero in responsabilità *ex art. 2409-decies* coloro che essi stessi hanno nominato, tanto più che l'art.

2409-terdecies, co. 3, prevede la responsabilità solidale dei componenti del comitato di sorveglianza con i componenti del consiglio di gestione per i fatti o le omissioni di questi ultimi qualora il fatto non si sarebbe verificato se i primi avessero vigilato sull'attività dei secondi in conformità degli obblighi imposti alla loro carica. Come da noi precedentemente notato (Documento Aristeia n. 16), anche ai componenti del consiglio di sorveglianza potrebbe venir addebitata una responsabilità per *culpa in vigilando* o per *culpa in eligendo*.

Il consiglio di sorveglianza può rinunciare all'azione purché ricorrano le condizioni indicate nel comma 4 dell'art. 2409-decies di cui sopra.

Per quel che concerne la responsabilità degli organi di gestione del sistema monistico, che come è noto è costituito da un consiglio di amministrazione, cui compete l'amministrazione della società, e da un comitato per il controllo sulla gestione costituito all'interno del consiglio di amministrazione, l'art. 2409-noviesdecies prevede l'applicazione, in quanto compatibili, degli artt. 2392, 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis, 2395 dettati nell'ambito della disciplina del sistema tradizionale. Come notato dai primi commentatori della riforma, particolarmente rilevante appare la problematica della responsabilità degli amministratori scelti a comporre il comitato per il controllo. Sul punto, infatti, si deve notare che, ai sensi del comma 2 dell'art. 2409-octiesdecies, il comitato per il controllo sulla gestione è composto da amministratori in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto e dei requisiti di indipendenza di cui all'art. 2409-septiesdecies che non facciano parte del comitato esecutivo ed ai quali non siano attribuite deleghe o particolari cariche e che comunque non esercitino anche di fatto funzioni di gestione della società o di società che la controllano ovvero di società da essa controllate. La peculiarità del sistema in oggetto conduce a ritenere che vada differenziata la responsabilità di questi particolari amministratori, in virtù delle funzioni da essi effettivamente svolte e dei compiti ad essi sottratti.

#### 11. LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI NEL GRUPPO: RINVIO.

Come recita l'art. 2497 ex d.lgs. n. 6/2003, la società e gli enti che esercitando attività di direzione o di coordinamento di società agiscono nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, rispondono direttamente nei confronti dei soci delle dette società per i pregiudizi arrecati alla redditività ed al valore della partecipazione sociale nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. La disposizione stabilisce, inoltre, che è responsabile in solido con la società chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

L'ultimo comma della norma in esame dispone poi che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione o coordinamento, l'azione spettante ai creditori (solo quella spettante ai creditori, si noti) viene esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore ovvero dal commissario straordinario.

Alla luce di simili premesse rinviamo per un'ulteriore indagine al Documento Aristeia n. 35.





---

**FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti**

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – [www.aristeia.it](http://www.aristeia.it)