



LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: DALLA RIFORMA VIETTI ALLA BANK RECOVERY DIRECTIVE

CARLOALBERTO GIUSTI

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte dal d.lgs. 6/2003 2. L'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. 3. Le tutele per le minoranze introdotte dalla riforma del diritto societario. 4. L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali: profili caratterizzanti (cenni alla s.r.l.) 5. Considerazioni conclusive.

1. Il d.lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario ha innovato profondamente la disciplina della responsabilità degli amministratori. Da un lato ha introdotto l'art. 2393 bis c.c. che consente, oggi, anche ai soci di minoranza di esercitare l'azione sociale di responsabilità e dall'altro ha modificato l'art. 2392 c.c. che specifica il grado di diligenza che gli amministratori di società di capitali devono rispettare nell'esercizio delle loro funzioni.

In particolare, in questa prima parte, si è voluto affrontare il secondo profilo, mettendo in risalto, soprattutto, le differenze con la vecchia normativa.

La precedente formulazione dell'art. 2392 c.c. – anteriormente alla riforma del 2003 – prevedeva, in capo agli amministratori, l'osservanza degli obblighi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo secondo la diligenza del mandatario¹ nonché un generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione e di intervento, qualora a conoscenza di atti pregiudizievoli.

Gli amministratori, nell'esecuzione del loro mandato, erano, quindi, tenuti all'osservanza della diligenza del buon padre di famiglia.

¹ V. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 6^a edizione, Utet Giuridica, 2001, Torino, p. 281



In realtà, l'evoluzione dottrinale aveva portato a valutare la diligenza esercitata dagli amministratori nell'attività di gestione della società secondo quanto previsto dall'art. 1176, co. 2, c.c. ossia in funzione della natura dell'incarico.²

In precedenza alla riforma del 2003 erano sorti alcuni dubbi in merito alla possibilità di inserire la perizia all'interno del concetto di diligenza e valutare, in questo modo, l'operato degli amministratori anche in funzione di questo ulteriore parametro.³

La riforma ha sia diversificato la disciplina della loro responsabilità, tra quelli provvisti di delega e quelli sprovvisti⁴, sia introdotto nuovi parametri di valutazione dell'operato degli stessi, in particolare sostituendo la vecchia diligenza del mandatario con quella, sicuramente più conforme e attuale, richiesta dalla natura dell'incarico – alla quale, ad ogni modo, già si faceva riferimento - e dalle specifiche competenze.

In particolare, il riferimento a queste ultime consente di valutare, oggi, i diversi gradi di responsabilità degli amministratori in funzione delle loro competenze. Si ritiene, ad ogni modo, che non sia possibile escludere aprioristicamente e in maniera assoluta la responsabilità degli amministratori di una società per attività commesse dagli altri amministratori ma sia più corretto parlare di una graduazione di essa in funzione delle varie competenze in possesso degli stessi.⁵

La riforma del 2003 ha, quindi, con le sue innovazioni evitato un'oggettivizzazione della responsabilità degli amministratori che era stata, invece, favorita dalla precedente formulazione dell'art. 2392 c.c. e dal riferimento alla diligenza del mandatario.⁶

2. L'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. costituisce la modalità attraverso la quale la società può far valere, in sede giudiziale, il proprio diritto al risarcimento dei

² G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Utet Giuridica, 2003, Torino, p. 121

³ In senso positivo *cf.* N. DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e Impresa*, 1999, 209 ss.

⁴ L'art. 2381, co. 3, c.c. individua specifici obblighi a carico degli amministratori privi di delega e dispone che essi valutano l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; al contrario, secondo la precedente formulazione dell'art. 2392 c.c. gli amministratori erano ritenuti colpevoli di *culpa in vigilando* per tutti i fatti, sia di carattere generale sia particolare compiuti dai delegati.

⁵ D.ITZI, *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. Civile e Previdenza*, 2011, 11, p. 1785 ss.

⁶ V. M. DE ACUTIS – R.SANTINI, *S.p.A.: amministrazione e controllo. Le nuove regole dopo il d.lgs. 6/2003*, Milano, 2003, p. 54



danni ed essa arrecati da parte degli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni. Essi, infatti, come sopra evidenziato, sono tenuti al rispetto sia degli obblighi imposti dalla legge sia di quelli previsti nell'atto costitutivo o nello statuto della società⁷, in entrambi i casi nel rispetto del grado di diligenza richiesto dalla natura dell'incarico e dalle proprie specifiche competenze.

Preme evidenziare, preliminarmente, che non si tratta di un'obbligazione di risultato bensì di mezzi e pertanto non viene richiesto loro di raggiungere un determinato risultato ma di predisporre tutti quei comportamenti idonei al raggiungimento di quel risultato, naturalmente nel rispetto del criterio di diligenza che deve, ad ogni modo, guidare gli amministratori nell'esercizio del loro ufficio.

L'accertamento della responsabilità, da parte dell'autorità giudiziaria sia che si tratti di obblighi imposti dalla legge sia che si tratti di obblighi previsti nell'atto costitutivo o nello statuto non è di facile soluzione e lascia ampi margini di discrezionalità in capo al Giudice nel verificare il rispetto del criterio di diligenza.⁸ Ad ogni modo, il riferimento dell'art. 2392 c.c. alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze permette di differenziare il grado di diligenza richiesto agli amministratori sia in funzione del tipo di società sia in funzione dell'attività svolta.⁹

L'Autorità Giudicante non potrà valutare le scelte operative degli amministratori, le quali sono discrezionali e frutto di scelte manageriali degli stessi, bensì l'idoneità delle stesse al raggiungimento dell'oggetto sociale, graduando la diligenza richiesta in base ai parametri sopra menzionati. Tale metro di valutazione del Giudice prende il nome anglosassone di *business judgement rule*.¹⁰

L'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. ha costituito, sino al 2003, l'unico strumento per far valere la responsabilità degli amministratori nei confronti della società per i danni ad essa arrecati. Essa, però, è stata scarsamente utilizzata a causa della stretta contiguità tra i soci e gli amministratori. Infatti, gli stessi soci che avevano nominato

⁷ V. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, 2007, Padova, p. 528 ss.

⁸ V. P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. Soc.*, 2012, 6, p. 1167 ss.

⁹ *Ivi*, p. 1168

¹⁰ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, a cura di P. Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 784; F. BONELLI, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla riforma Vietti*, a cura di M. VIETTI, Utet Giuridica, Torino, 2014, p. 70



gli amministratori avrebbero dovuto promuovere l'azione di responsabilità nei loro confronti. Tale strumento, pertanto, veniva e viene utilizzato, più frequentemente, in caso di mutamento degli azionisti di riferimento con conseguente cambio di *management* ovvero nell'eventualità di apertura di una procedura concorsuale laddove la legittimazione attiva, all'esercizio dell'azione di responsabilità, viene assunta rispettivamente da soggetti differenti rispetto all'assemblea della società. (e.g. in caso di fallimento della società l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori viene promossa, ex art. 2394 bis c.c., dal curatore fallimentare). Infatti, come correttamente fatto notare da attenta dottrina, l'esperimento dell'azione sociale ex art. 2393 c.c. costituisce per i soci un insuccesso e naturalmente può causare un grave danno d'immagine alla società.¹¹ Pertanto, la soluzione, in assenza di una delle due situazioni sopra descritte, è costituita, la maggior parte delle volte, dal semplice mutamento dell'organo amministrativo proprio per non mostrare all'esterno l'errore compiuto nella scelta del *management*.

L'azione ex art. 2393 c.c. ha natura contrattuale e di conseguenza la società attrice deve dimostrare l'inadempimento degli amministratori, il nesso di causalità e il danno sofferto. Inadempimento che può riguardare tanto la violazione di obblighi specifici e, quindi, un minore margine di discrezionalità in capo al Giudice in merito alla valutazione della fattispecie tanto di obblighi generici nei quali andrà verificata la corrispondenza tra diligenza richiesta e quella concretamente posta in essere dagli amministratori.

Ad ogni modo, la necessità che tale azione sia approvata dalla maggioranza assembleare ossia dalla maggioranza dei soci costituisce, in parte per i motivi sopra esposti, un limite in quanto difficilmente i soci promuoveranno un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che essi stessi hanno nominato. Una simile previsione, oltretutto, costituisce una frustrazione dei diritti delle minoranze in quanto non permette un'adeguata tutela dei loro interessi in situazioni patologiche nelle quali gli amministratori hanno arrecato dei danni alla società.

Il legislatore del 2003, pertanto, ha introdotto l'art. 2393 *bis*, rubricato azione sociale di responsabilità esercitata dai soci, che svolge un'importante funzione di tutela delle

¹¹ C.CONFORTI, *op. cit.*, p. 781



minoranze all'interno delle compagini societarie prevedendo l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità anche da parte dei soci di minoranza.

3. L'art. 2393 *bis* c.c. consente, oggi, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori anche da parte dei soci di minoranza, in nome proprio e per conto della società, a condizione che essi rappresentino almeno 1/5 del capitale sociale o la diversa misura previsti nello statuto ma comunque mai superiore ad un 1/3. Quanto detto sopra risulta valido per le società per azioni non quotate mentre per quelle con azioni diffuse tra il pubblico o quotate è previsto che l'azione possa essere esercitata dai soci che rappresentino almeno 1/40 del capitale sociale o la minore misura prevista dallo statuto.

Tale azione, ad ogni modo, non costituisce una novità assoluta nell'ordinamento giuridico italiano in quanto, già prima della riforma del diritto societario del 2003, era stato inserito, nel d.lgs. 24 febbraio 1998 (T.U.F.), l'art. 129 t.u.f. – oggi abrogato – che sostanzialmente prevedeva l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte dei soci di minoranza, sebbene nelle sole società per azioni quotate.

In dottrina si è discusso della natura giuridica dell'azione ex art. 2393 *bis*. In particolare, sono state avanzate due ipotesi: (i) la prima qualificava tale azione come legittimazione straordinaria ex art. 81 c.p.c. per il quale la legge attribuisce a un soggetto (nel caso specifico i soci di minoranza) la legittimazione ad agire in giudizio, in nome proprio, per far valere un diritto altrui; (ii) per la seconda, invece, l'azione ex art. 2393 *bis* andava qualificata come azione surrogatoria.

La tesi che ha prevalso è stata quella che attribuiva a tale azione la natura di legittimazione straordinaria ex art. 81 c.p.c.¹² Pertanto, a differenza di quanto accade nell'azione surrogatoria, l'esercizio dell'azione ex art. 2393 *bis* c.c. non può e non deve ritenersi subordinato all'inerzia della società con la conseguenza dell'ammissibilità di intervento adesivo dipendente, ex art. 105, co. 2, c.p.c., da parte dei soci di minoranza.¹³

¹² N.FACCHIN, *Commentario delle società*, a cura di G.GRIPPO, Utet Giuridica, Torino 2009, p. 523

¹³ C.CONFORTI, *op.cit.*, p. 905



È necessario, oltremodo, evidenziare un'ulteriore particolarità prevista dall'art. 2393 *bis*, co. 4, c.c. ossia la necessità che i soci che intendano promuovere l'azione devono nominare uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

L'estensione dell'azione ex art. 2393 *bis* c.c. a tutte le società per azioni consente, oggi, come riconosciuto da autorevole dottrina di superare l'eventuale inerzia del gruppo di comando e di garantire una più energica tutela delle minoranze.¹⁴

4. La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali è disciplinata dall'art. 2394 c.c. Ai fini dell'esperienza di tale azione è necessario che: (i) il patrimonio sia insufficiente per il soddisfacimento del credito; (ii) l'insufficienza del patrimonio deve essere stata causata dalla violazione, da parte degli amministratori, degli obblighi specifici di conservazione dello stesso.¹⁵

La condotta negligente degli amministratori fonda, quindi, anche in questo caso, l'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali.

Ad ogni modo, in questa occasione, il danno alla società – la diminuzione o la perdita del patrimonio sociale – costituisce il fatto prodromico del pregiudizio sofferto dal creditore sociale, il quale è tenuto ad affidarsi, per il soddisfacimento dei crediti verso la società, solo su quel patrimonio.

La dottrina si è ampiamente interrogata sulla natura giuridica di tale azione.

In particolare le tesi prevalenti sono state: (i) quella che la qualifica come azione diretta e autonoma; (ii) quella che, al contrario, ne riconosce la natura surrogatoria.

La tesi maggioritaria assegna all'azione ex art. 2394 c.c. natura diretta e autonoma. Infatti, sia la legittimazione attiva sia la *causa petendi* sia il *petitum* si atteggiavano in maniera differente rispetto a quanto previsto dall'art. 2393 c.c. La legittimazione attiva spetta ai creditori sociali, la *causa petendi* è costituita non dalla mera violazione di obblighi, più o meno specifici e dal corrispondente danno subito dalla società bensì dalla violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale quale garanzia di ultima istanza

¹⁴ G.F.CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale – Diritto delle Società*, a cura di M.CAMPOBASSO, 7ª edizione, Utet Giuridica, 2010, Torino, p. 387

¹⁵ Per un'analisi completa della disciplina dell'azione dei creditori sociali nei confronti degli amministratori V. C.CONFORTI, *op. cit.*, p. 929 ss.



dei creditori mentre il *petitum* non si identifica con i danni subiti dalla società ma da quelli direttamente sofferti dai creditori.

La riforma del 2003 ha innovato la disciplina della responsabilità degli amministratori anche con riferimento alle società a responsabilità limitata. La disciplina vigente, costituita dall'art. 2476 c.c., non opera più alcun riferimento alla corrispondente disciplina dettata per le società per azioni¹⁶. Se da un lato vengono espressamente disciplinate le diverse varianti di responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei terzi dall'altro, con il venir meno del richiamo alla disciplina dettata in tema di s.p.a., non viene più fatto alcun cenno a quella nei confronti dei creditori sociali.¹⁷

La mancanza di un riferimento esplicito in merito alla possibilità, per gli stessi creditori sociali, di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ha sollevato non pochi in dubbi in dottrina.

In particolare, si sono contrapposte due teorie: (i) secondo la prima, nonostante la mancata tipizzazione dell'azione da parte del legislatore, sarebbe comunque possibile per i creditori sociali esercitare tale azione nei confronti degli amministratori (si discute, anche in merito a questo punto, sulla natura extracontrattuale o surrogatoria dell'azione¹⁸); per la seconda, invece, a causa dell'assenza di una specifica disposizione legislativa essa non sembrerebbe proponibile.¹⁹

Ad ogni modo, la giurisprudenza maggioritaria²⁰ sembra meno incline ad avere perplessità in merito alla proponibilità, da parte dei creditori sociali, dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l.

Tale giurisprudenza ritiene, infatti, applicabile in via analogica la disciplina prevista per le società per azioni, sostenendo che la mancanza di un richiamo specifico all'esercizio

¹⁶ P.GHIGLIONE, *Responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali*, in *Soc.*, 2011, 10, p. 1145

¹⁷ Precedentemente alla riforma del diritto societario del 2003 l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori era espressamente contemplata dall'art. 2487, co. 2, c.c. che richiamava l'art. 2394 c.c.

¹⁸ N. FACCHIN, *op. cit.*, p. 525

¹⁹ E.BERTACCHINI, *Commentario delle società*, a cura di G.GRIPPO, Utet Giuridica, Torino, 2009, p. 1063

²⁰ V. Trib. Milano 22 dicembre 2010, n. 14632, Trib. Milano 18 gennaio; P.GHIGLIONE, *op. cit.*, p. 1145



dell'azione da parte dei creditori sociali derivi, prevalentemente, da una mancanza di coordinamento tra le varie discipline.

5. Come si evince da quanto analizzato fin ora la disciplina della responsabilità degli amministratori nelle società di capitali ha subito, negli ultimi dieci anni, profondi cambiamenti che hanno alimentato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, un deciso dibattito.

In particolare, si è voluto puntualizzare come *(i)* la rimodulazione del criterio di diligenza degli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, abbia evitato un'oggettivizzazione della disciplina; *(ii)* sia stata garantita una più energica e diffusa tutela degli azionisti di minoranza tramite la previsione dell'art. 2393 *bis* c.c.; *(iii)* siano state disciplinate espressamente, nelle s.r.l., le varie azioni di responsabilità salvo quella esercitabile dai creditori sociali, con il conseguente dibattito seguito in dottrina in merito all'ammissibilità di tale azione.

A tutto questo si aggiungono le recenti modificazioni, in materia di responsabilità degli amministratori degli enti creditizi, previste dal d.lgs. 180/2015 di attuazione della direttiva 2014/59/UE (c.d. BRRD o "Bank Recovery and Resolution Directive"). Esse prevedono, all'art. 35 del d.lgs. 180/2015, in caso di implementazione del piano di risoluzione, previsto dalla direttiva sopra menzionata, nei confronti di un ente creditizio, che l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri dell'organo amministrativo spetti ai commissari speciali sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca D'Italia.

Dalla lettura della norma si evince come, a differenza di quanto previsto nella disciplina generale ex art. 2394 *bis* c.c. – rubricato "Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali" – laddove l'esercizio dell'azione di responsabilità è unicamente di competenza del curatore fallimentare, del commissario liquidatore e del commissario straordinario, in caso di adozione di un piano di risoluzione l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori sociali è sì di competenza dei commissari speciali ma subordinata a due ulteriori condizioni: *(i)* il parere del comitato di sorveglianza; *(ii)* il placet della Banca d'Italia. Due ulteriori passaggi che rendono sicuramente più complessa la proposizione di tale azione.



In conclusione, la disciplina della responsabilità degli amministratori è stata oggetto di rilevanti modifiche e sebbene esista una disciplina generale per tutte le società per azioni, essa incontra, talvolta, alcune deroghe previste da discipline speciali come quella appena descritta.