

# LA RIVISTA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Mensile di approfondimento dedicato alla gestione straordinaria di imprese e società

**uno 2015**  
MENSILE

## Da leggere

**L'abuso dell'attività di direzione e coordinamento di società**

**La disciplina fiscale delle fusioni transnazionali**

**Abuso del diritto ed elusione fiscale: stato dell'arte e prospettive di modifica**

**Le Linee Guida di Assirevi per lo svolgimento della "Financial Due Diligence"**



## La responsabilità dei soci cogestori: il punto di dottrina e giurisprudenza in merito all'art.2476, co.7 cod.civ.

di Guido Bevilacqua – notaio, membro della Commissione Società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, co-responsabile del Centro Ricerche dell'associazione di cultura giuridica *Insignum*

*Con il presente breve contributo s'intende fornire una disamina dei profili applicativi dell'art.2476, co.7 cod.civ., in tema di responsabilità dei soci cogestori di Srl, alla luce dell'interpretazione complessivamente fattane da parte della dottrina e della giurisprudenza. In particolare, si proporrà un'analisi schematica della fattispecie, al fine di enuclearne tanto il fondamento giuridico ed i presupposti sostanziali quanto i profili procedurali, nonché evidenziarne i rapporti con altri istituti sovrapponibili, quali l'amministrazione di fatto e la responsabilità da direzione e coordinamento di società.*

### L'articolo 2476, co.7 cod.civ.: regola tipologica o regola di principio?

A partire da più risalenti studi<sup>1</sup> sulla realtà socio-economica facente substrato alle strutture giuridiche del diritto societario, è stata posta all'attenzione degli interpreti la potenziale interferenza tra il fisiologico svolgimento dell'attività sociale per il tramite delle strutture corporative approntate dal Legislatore, e la tensione ad un "impossessamento" dell'impresa collettiva da parte di un singolo o di una frazione minoritaria della compagine sociale, i quali si arrogano una più o meno ampia signoria nella gestione dell'ente, percependo il rapporto sociale in modo non dissimile all'appartenenza - *tout court* - dei beni aziendali e dello stesso soggetto giuridico.

Nel modello della Srl, invero, la spinta verso una sovranità *legibus soluta*<sup>2</sup> trova una precisa canalizzazione negli ampi spazi di autonomia che sono concessi ai soci, in ossequio al quel principio di centralità della persona del socio che conforma tutta la disciplina di legge (e che è espressamente consacrato tra le norme di cornice della Legge delega n.366/01<sup>3</sup>).

Così, l'articolo 2468, co.3 cod.civ. consente allo statuto di attribuire a ciascun socio di Srl singoli dirit-

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare, agli scritti di Walter Bigiavi; tra i vari "L'imprenditore occulto", Cedam, Padova, 1954; "Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni", Giur. It., 1954, I, 2, pagg.691 ss.; "Società controllata e società adoperata come cosa propria", Giur. It., 1959, I, 1, pagg.623 ss.; "Responsabilità del socio tiranno", Foro It., 1960, I, pagg.1180 ss..

<sup>2</sup> In una accezione qui volutamente provocatoria, tesa ad enfatizzare la spinta verso una gestione dell'impresa il più possibile slegata dalle strutture formali, e dalle regole procedurali, imposte dalla disciplina societaria.

<sup>3</sup> Cfr. articolo 3, co.1, let. a) in cui si prevede che il complesso normativo sia modellato "sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci".

ti c.d. particolari, oltre che di natura patrimoniale, anche di caratura amministrativa; l'art.2479, co.2 cod.civ. riserva ai soci le scelte gestionali relative ad operazioni che comportino "una modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci"; l'art.2479, co.1, legittima i soci all'adozione di scelte gestionali di cui siano stati investiti su iniziativa di una minoranza qualificata (un terzo del capitale sociale) o degli stessi amministratori; in via residuale, ai sensi dell'art.2479, co.2 cod.civ. lo statuto può sempre indicare delle aree di gestione da attribuire alla competenza dei soci<sup>4</sup>.

Più in generale, si osserva l'assenza di una norma di forte valore programmatico quale l'art.2380-bis, co.1 cod.civ., a tenore del quale, nel sistema della società per azioni "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori"<sup>5</sup>.

È in questo contesto che è necessario collocare il dibattito sul fondamento e sulla portata della norma di cui all'art.2476, co.7 cod.civ., secondo cui sono "solidalmente responsabili con gli amministratori, ai

<sup>4</sup> Si paventa così la possibilità di una totale esautorazione dell'organo amministrativo a vantaggio dei soci. Cfr. le diffuse osservazioni di P. Benazzo, "Competenze di soci e amministratori nelle Srl: dall'assemblea fantasma all'anarchia?", Le Società, 2004, pag.808 ss.. In realtà, è stato precisato che non potrebbero in ogni caso essere sottratte alla competenza degli amministratori gli atti previsti dall'art.2475, co.5 cod.civ., ossia la redazione del progetto di bilancio, e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'art.2481 cod.civ.. Si veda M. Aiello, "La responsabilità degli amministratori e dei soci delle Srl" Zanichelli, Torino, 2013, pag.222.

<sup>5</sup> Vi danno rilievo G. Zanarone, "Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata", Riv. Soc., 2003, pag.76; G. Scognamiglio, "La nuova Srl e i gruppi di società" in G. Cian (cur.), "Le grandi opzioni del diritto e del processo societario", Cedam, Padova, 2004, pag.337; M. Aiello, "La responsabilità degli amministratori e dei soci delle Srl" (4), pag.221. Più cauto, V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl" in P. Abbadessa, G.B. Portale (curr.), "Il nuovo diritto delle società", III, Utet, Torino, 2007.

*sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”.*

Da un lato<sup>6</sup> si profila la qualificazione della disposizione come il naturale *pendant* dell’assetto tipologico designato dal Legislatore della riforma, opportunamente inserita a bilanciamento della potenziale distribuzione di prerogative amministrative in capo ai soci, *uti singuli* o quale collettività.

Dall’altro lato, in aperta contestazione a tale impostazione, si guarda alla norma come proiezione di una regola immanente l’organizzazione corporativa delle società di capitali, in conformità alla quale l’esercizio di poteri amministrativi (e non solo la formale assunzione di qualifiche amministrative) deve essere per necessità correlato ad una posizione di responsabilità: dalla responsabilità degli amministratori alla responsabilità per l’amministrazione<sup>7</sup>.

In sostanza, si attribuisce alla disposizione una duplice natura, e una opposta *ratio* giustificatrice<sup>8</sup>.

All’evidenza, le conseguenze dell’adesione all’uno od all’altro degli orientamenti non sono del tutto trascurabili: in particolare, l’opzione per una delle due posizioni, correlativamente modula l’ambito di applicazione, prevenendone, o, al contrario, consentendone una estensione al di fuori della sola normativa in materia di Srl.

La maggior parte degli interpreti, in realtà, è concorde nel riconoscere a tale norma una funzione più ampia di quella discendente dalla sola regolazione delle ipotesi tipiche di attribuzione di competenze gestionali ai soci.

<sup>6</sup> Per questa posizione vedi S. Ambrosini, “Art.2476” in G. Niccolini, A. Stagno D’alcontres (curr.), “Società di capitali: commentario”, Jovene, Napoli, 2004, pag.1603; F. Parrella, “Art.2476” in M. Sandulli, V. Santoro (curr.), “La riforma delle società”, Giappichelli, Torino, 2003, pag.133; sembrerebbe G.M. Rivolta, “Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata, Banca borsa tit. cred.”, 2003, pagg.696-697.

<sup>7</sup> Cfr. A. Angelillis, G. Sandrelli, “Art.2476” in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (curr.), “Commentario alla riforma delle società”, Egea, Milano, 2008, pag.797.

<sup>8</sup> Come sottolinea V. Meli, “La responsabilità dei soci nella Srl”, (5), pagg.668-669, la stessa Relazione Vietti al D.Lgs. n.6/03, nel commentare la disposizione in esame, fornisce una interpretazione ambivalente; secondo i redattori, infatti, con l’art.2476, co.7 cod.civ. “si tiene in tal modo conto delle caratteristiche del tipo societario in questione e della circostanza che nella concreta realtà in esso molto spesso l’effettivo potere di amministrazione non corrisponde all’assunzione della relativa veste formale e che, pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce”. Come osservato, nella lettura datane dalla Relazione, la disposizione rivelerebbe una duplice natura: di regola che contribuisce a connotare il tipo normativo della Srl e di rimedio a quelle manifestazioni che ne caratterizzano il tipo empirico (si veda G. Zanarone, “Società a responsabilità limitata” in F. Galgano (cur.), “Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia”, VIII, Cedam, Padova, 1985, pagg.26 ss.).

Si afferma<sup>9</sup>, infatti, che pur nelle innovazioni che hanno caratterizzato il modello della Srl, non sia possibile eludere i principi organizzativi comuni agli enti associativi di tipo capitalistico, e, dunque, afferenti al modello di organizzazione corporativa. In particolare, nell’ambito di tale modello, non pare concepibile uno spostamento delle competenze gestorie senza spostamento della correlativa responsabilità.

Si evidenzia, inoltre, che il sistema della responsabilità delle Srl è del tutto indifferente alle possibili configurazioni degli assetti gestori, come testimoniato dal fatto che gli amministratori restino in ogni caso responsabili per il compimento degli atti dannosi, a prescindere che vi sia stato o meno l’impulso o la decisione da parte della compagine sociale<sup>10</sup>. In qualunque modo venga designato l’assetto di competenze, dunque, non è possibile derogare al sistema di garanzia fondato sulla responsabilità degli amministratori.

Conseguentemente se, come detto, la responsabilità dei soci è slegata dal riparto di competenze nello svolgimento dell’attività di gestione, e dalle forme di organizzazione attraverso cui la stessa si attua, essa non può che fondarsi, ed assumere quale fattispecie rilevante, il solo fatto dell’influenza dei soci sull’attività di amministrazione.

In questa prospettiva, laddove il fondamento è rappresentato dall’interferenza del socio (in forza di formale investitura, o meramente di fatto) con l’attività di gestione<sup>11</sup>, il titolo della responsabilità, nei confronti degli altri soci e della società, è la violazione del dovere fiduciario, gravante su ciascuno in ragione dell’obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede<sup>12</sup>, ai sensi degli artt.1375 cod.civ.<sup>13</sup> e 1175 cod.civ.<sup>14</sup>.

Se così è, conformemente a quanto ritenuto dalla maggioranza degli autori<sup>15</sup>, la disciplina in esame potrà considerarsi applicabile anche alle Spa, a prescindere dalla circostanza che si tratti di Spa “chiusa” od “aperta”, condizionando, le connotazioni reali della società, solo i contenuti del dovere fiduciario, e non

<sup>9</sup> Così V. Meli, “La responsabilità dei soci nella Srl”, (5), pagg.670-671.

<sup>10</sup> Sull’accessorietà della responsabilità ex art.2476, co.7 cod.civ. a quella degli amministratori, si veda *infra* nel testo.

<sup>11</sup> Cfr. U. Tombari, “Art.2476” in AA.VV., “Srl. Commentario”, Giuffrè, Milano, 2010, pag.725.

<sup>12</sup> È da sottolineare, come sarà fatto nel prosieguo, che in ogni caso la violazione di tale dovere assume rilevanza in quanto caratterizzata dall’essere “intenzionalmente” a danno della società, dei soci o dei terzi.

<sup>13</sup> Così Tombari, Art.2476, (11), pag.718.

<sup>14</sup> Vedi G. Zanarone, “Della società a responsabilità limitata” (artt.2475-2483) in P. Schlesinger (cur.), “Il codice civile. Commentario”, Giuffrè, Milano, 2010, pag.1135, nota 230.

<sup>15</sup> Cfr. Tombari, “Art.2476”, (11), pagg.725-726; V. Meli, “La responsabilità dei soci nella Srl”, (5), pag.684; Angelillis-Sandrelli, “Art.2476”, (7), pagg.797 ss..

anche la sua esistenza: all'influenza nella gestione da parte del socio corrisponderà, pertanto, un suo proprio titolo di responsabilità.

In questo modo, peraltro, si eviterebbe una fuga dai modelli, dettata esclusivamente dalla necessità di eludere un determinato regime di responsabilità<sup>16</sup>, allineando la disciplina della responsabilità nella gestione nella Srl e nella Spa, a fronte di istanze di tutela del tutto omogenee ed equivalenti<sup>17</sup>.

Al massimo, sarà opportuno valutare i limiti dell'estensione analogica della disciplina procedurale prevista, in via generale, dall'art.2476 cod.civ.<sup>18</sup>.

## I presupposti

### L'esercizio del potere gestorio

Come già chiarito, la norma esprime quel principio indefettibile del sistema corporativo delle società capitalistiche, secondo cui non sarebbe concepibile lo svolgimento di un'attività gestoria, qualunque ne sia la forma, dissociata dalla responsabilità per gli eventuali danni.

Per tale ragione, implicita condizione di applicazione dell'art.2476, co.7 cod.civ. è l'esercizio da parte del socio di poteri amministrativi.

Come ovvio, tale situazione ricorre, in primo luogo, in tutti i casi di formale investitura del socio.

Notevole importanza riveste la circostanza che, secondo una condivisa opinione dottrinale<sup>19</sup>, detta attribuzione possa essere dilatata fino a determinare l'assorbimento di tutti poteri amministrativi in favore dei soci, con l'unica eccezione<sup>20</sup> costituita dalle competenze previste dall'art.2475, co.5 cod.civ.<sup>21</sup>.

Tanto precisato, rilevano, sul punto, le seguenti fattispecie:

- art.2479, co.2 cod.civ.: i soci possono effettuare scelte gestionali in ordine ad operazioni che comportino una modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci;

<sup>16</sup> In questi termini si veda U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.726; A. Angelillis, G. Sandrelli, "Art.2476", (7), pag.800.

<sup>17</sup> Come osserva S. Rossi, "Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella Srl", *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.1078.

<sup>18</sup> Così U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.725.

<sup>19</sup> Ne dà conto V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.669; cfr. *ivi*, nota 5 per altri riferimenti.

<sup>20</sup> Come opportunamente evidenziato da M. Aiello, "La responsabilità degli amministratori e dei soci delle Srl", (4), pag.222.

<sup>21</sup> Trattasi dei compiti di redazione del progetto di bilancio, di redazione dei progetti di fusione e scissione nonché di decisione in merito agli aumenti di capitale ex art.2481 cod.civ., "in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo", come precisato dalla disposizione citata.

- art.2479, co.1 cod.civ.: i soci possono effettuare scelte gestionali previa indicazione statutaria;
- art.2479, co.1 cod.civ.: i soci possono effettuare scelte gestionali loro sottoposte per iniziativa degli amministrativi;
- art.2479, co.1 cod.civ.: i soci possono effettuare scelte gestionali loro sottoposte per iniziativa di una minoranza qualificata dei soci (1/3 del capitale sociale);
- art.2468, co.3 cod.civ.: il singolo socio può godere di diritti particolari di natura amministrativa in base a previsione statutaria.

Parimenti, la norma trova spazio in ogni altro caso in cui la legge, mediante specifiche disposizioni, nei più svariati ambiti, espressamente attribuisca a membri della compagine sociale un potere gestorio (si prendano, ad esempio, l'art.2257, co.3 cod.civ. richiamato dall'art.2475, co.3 cod.civ. in tema di risoluzione del conflitto tra amministratori, ovvero l'art.2465, co.2 cod.civ. che prevede l'autorizzazione dei soci per i c.d. acquisti pericolosi).

Tuttavia, oltre che in simili contesti, si ritiene che la regola in esame trovi applicazione ogniqualvolta il socio o i soci esercitino attività amministrativa, pur in assenza di una formale legittimazione.

L'accoglimento di questa posizione richiede di chiarire il rapporto tra la fattispecie delineata dall'art.2476, co.7 cod.civ. e la figura del c.d. amministratore di fatto<sup>22</sup>, a cui parte della dottrina<sup>23</sup>, seppur minoritaria, ha in passato ritenuto di poter applicare la norma in esame.

Si dà per scontata, invece, l'applicazione del regime ordinario di responsabilità per tutti i soci che assumano, di diritto, la posizione di amministratori.

Come noto, è possibile parlare di amministratore di fatto ogniqualvolta un socio, in assenza di una formale investitura, svolga delle funzioni gestorie in modo continuativo e sistematico. Indubbiamente, la figura condivide con la fattispecie che qui si commenta la mancanza di un titolo legittimo per l'agire amministrativo.

Si evidenzia, tuttavia, che dove nell'una la condotta rilevante è costituita da una pluralità di atti reiterati e coordinati, nell'altra è integrata dal compimento

<sup>22</sup> Per tutti si veda V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.676 ss..

<sup>23</sup> Cfr. M. Rescigno, "Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezza: una prima riflessione", *Le Società*, 2003, pag.333. L'Autore appare rivedere le proprie conclusioni in M. Rescigno, "Soci e responsabilità nella nuova Srl", *AGE*, 2003, pag.301.



(anche e precipuamente) di un solo comportamento tipico: la decisione o l'autorizzazione.

Inoltre, questo comportamento è sempre prodromico all'atto di amministrazione propriamente detto, non risolvendosi mai nella sua concreta attuazione; anche per questo, come sarà appresso chiarito, presuppone sempre la concorrente attività dell'amministratore, esecutore effettivo di quanto deliberato od autorizzato, diversamente dall'amministratore di fatto, il quale può compiere direttamente, come normalmente fa, l'atto gestorio e può operare anche quando sia vacante l'organo societario.

Infine, non si deve dimenticare che l'amministratore di fatto può essere anche un soggetto diverso dai soci, nonostante il caso opposto sia certamente l'ipotesi più frequente: da un lato, difficilmente potrebbe considerarsi ragionevole l'estensione al terzo, in via analogica<sup>24</sup>, dell'art.2476, co.7 cod.civ., implicando questo un regime di responsabilità più limitato rispetto a quello cui è soggetto chi, pur estraneo, sia investito formalmente della carica di amministratore; dall'altro, la differenziazione della responsabilità rispetto al socio amministratore di fatto, negherebbe lo stesso principio che la giurisprudenza pone a fondamento della figura, ossia quello della responsabilità per l'amministrazione e non della responsabilità per la carica di amministratore.

Per tutti questi motivi, la dottrina dominante<sup>25</sup> esclude l'applicazione della disposizione in esame all'ipotesi dell'amministratore di fatto.

Analoghe argomentazioni, peraltro, permettono di collocare fuori dal campo di applicazione della norma in esame anche il caso del socio che compia direttamente atti di gestione, pur se in modo occasionale: l'assenza di sistematicità del comportamento del socio non incide sulla validità delle ultime due obiezioni, dovendosi rimarcare l'incompatibilità tra la fattispecie della gestione diretta non autorizzata e quella di cui all'art.2476, co.7 cod.civ. (che presuppone sempre la responsabilità concorrente dell'amministratore e il compimento da parte del socio di un atto di semplice impulso)<sup>26</sup>.

L'atipicità della condotta permette, infine, di dare giuridico rilievo alle funzioni gestorie espresse dal socio anche al di fuori delle sedi istituzionali: la nor-

ma, infatti, non fa specifico riferimento ai processi di formazione della volontà del socio in ambito corporativo<sup>27</sup> e lo stesso codice civile, all'art.2331, co.2 cod.civ. (considerato applicabile alla Srl ex art.2463 cod.civ.) qualifica come "decisioni" o "autorizzazioni" le condotte poste in essere dal socio unico fondatore in un contesto *extraistituzionale* (l'arco temporale anteriore all'iscrizione della società per azioni)<sup>28</sup>. Così definito il quadro generale in cui interviene la disposizione, si comprende perché alcuni dubbi<sup>29</sup> siano stati sollevati con riferimento ai c.d. atti di organizzazione, qualora se ne ammetta la distinzione rispetto agli atti di gestione in senso stretto.

L'orientamento che assume come valida tale differenziazione vede negli atti di organizzazione l'attività di predisposizione dei fattori produttivi, e negli atti di gestione l'attività effettivamente corrispondente all'esercizio dell'impresa (ossia quella pertinente alla produzione e allo scambio di un determinato bene o servizio)<sup>30</sup>.

Valorizzando la possibilità di scindere, in ogni atto di impresa, il momento decisorio dal momento attuativo, potrebbe considerarsi legittima e coerente l'applicazione dell'art.2476, co.7 cod.civ. anche agli atti di organizzazione che si rivelassero dannosi nei confronti della società dei soci o di terzi<sup>31</sup>.

Diversamente, dando preminenza alla *ratio* della disposizione, come sopra chiarita, ed al suo tenore letterale, sarebbe preferibile restringere il meccanismo sanzionatorio agli atti di gestione propriamente detti.

## La condotta tipica

Sul piano soggettivo, la condotta fonte di responsabilità può essere ascritta a qualsiasi socio, singolarmente considerato, sia esso persona fisica o giuridica, non essendo nemmeno richiesto che lo stesso detenga nella Srl una partecipazione qualificata<sup>32</sup>. Sotto il profilo oggettivo, essa è definibile come qual-

<sup>27</sup> Cfr. M. Ranieli, "La responsabilità gestoria dei soci di Srl", Vita Not., 2006, pag.1015.

<sup>28</sup> In questi termini si veda V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.681.

<sup>29</sup> Già avanzati, prima della riforma, nel vigore dell'art.2364 cod.civ. (cfr. tra i vari G. Minervini, "Gli amministratori di società per azioni", Giuffrè, Milano, 1956, pagg.214 ss.; G. Ffè, "Società per azioni" in A. Scialoja, G. Branca (curr.), "Commentario del codice civile", Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, pagg.315 ss.). Per una opinione nel contesto attuale V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.684.

<sup>30</sup> Per tutti si veda P. Jager, F. Denozza, A. Toffoletto, "Appunti di diritto commerciale. Impresa e società", Giuffrè, Milano, 2006, pagg.32-33.

<sup>31</sup> In questi termini A. Zandardo, "L'estensione della responsabilità degli amministratori di Srl per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art.2476, co.7 cod.civ.", Riv. Soc., 2009, pag.507.

<sup>32</sup> Così U. Tombari, "Art.2476", (11), pagg.719-720.

siasi manifestazione di volontà e responsabilità dei soci che valga a dare impulso all'azione degli amministratori ("decisione") o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento ("autorizzazione")<sup>33</sup>, o che, comunque, fornisca un contributo causale ai risultati della condotta dell'organo amministrativo, anche se la determinazione assume un contenuto negativo<sup>34</sup>. In questi termini, acquistano rilevanza tanto le decisioni od autorizzazioni al compimento di atti dannosi quanto i dinieghi di autorizzazione o le decisioni negative in ordine ad una operazione vantaggiosa per la società<sup>35</sup>.

Presupposto indefettibile dell'imputazione di responsabilità al socio, dunque, è la concorrente attività e responsabilità dell'amministratore<sup>36</sup>: la responsabilità dei soci, nascente da un atto meramente prodromico e preparatorio all'atto di effettiva gestione<sup>37</sup>, è inevitabilmente accessoria a quella degli amministratori, che sono i materiali esecutori, ed è conseguentemente legata al pregiudizio derivante da operazioni alla cui concreta realizzazione abbiano partecipato tutti od alcuni degli amministratori<sup>38</sup>.

Da un lato, ciò comporta che l'atto di cogestione non liberi mai l'amministratore, salvo non considerare estensivamente la regola prevista dall'art.2476, co.1 cod.civ., e riconoscere l'esenzione da responsabilità (quanto meno nei confronti della società) agli amministratori che dimostrino di non essere in colpa e che, essendo a cognizione che l'atto stava per compiersi, abbiano fatto constare il proprio dissenso<sup>39</sup>. D'altro lato, può ritenersi esclusa la responsabilità del socio in presenza di decisioni c.d. *self-executing*, cioè non necessitanti di attuazione, difettando, in tal caso, un profilo strutturale della fattispecie<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Vedi A. Angelillis, G. Sandrelli, "Art.2476", (7), pag.794; V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5) pag.682.

<sup>34</sup> Per questa posizione si veda A. Zandardo, "L'estensione della responsabilità degli amministratori di Srl per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art.2476, co.7 cod.civ.", (31), pag.511 ed *ivi* per altri riferimenti.

<sup>35</sup> L'esempio prospettato da U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.720 è quella di un socio, titolare di una partecipazione al 50% del capitale sociale, il quale, in presenza di un conflitto di interessi, non voti a favore di una determinata delibera e contribuisca, in tal modo, a non far assumere una decisione utile per la società.

<sup>36</sup> Così U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.720.; A. Angelillis, G. Sandrelli, "Art.2476", (7), pag.792.

<sup>37</sup> Cfr. G. Zanarone, "Della società a responsabilità limitata (artt.2475-2483)", (14), pagg.1123-1124.

<sup>38</sup> Si può ipotizzare il caso dell'amministratore che assuma ed attui una decisione autorizzata dai soci, ovvero che attui una decisione assunta esclusivamente dai soci od in concerto tra soci ed amministratori.

<sup>39</sup> È la posizione di G. Guerrieri, "Art.2479-2479-ter" in A. Maffei Alberti (cur.), "Il nuovo diritto delle società", Cedam, Padova, 2005, pag.2029.

<sup>40</sup> Così parrebbe G. Zanarone, "Della società a responsabilità limitata

Maggiori difficoltà interpretative si riscontrano in merito al requisito, puntualmente previsto, di intenzionalità della condotta<sup>41</sup>; detto requisito, infatti, se inteso secondo il suo significato letterale, dovrebbe sempre riscontrarsi nella condotta dei soci, posto che qualsiasi atto, in quanto volontario, risponde all'intento del soggetto che lo pone in essere.

Così, secondo un primo orientamento<sup>42</sup>, il riferimento all'intenzionalità sarebbe meramente pleonastico, e vorrebbe piuttosto enfatizzare la ricorrenza di una partecipazione qualificata dei soci all'atto lesivo: in quest'ottica non sarebbe sufficiente la mera conoscenza o approvazione, essendo richiesta una consapevole partecipazione alla scelta di gestione (pur se manifestata con atti esclusivamente preparatori). Altre impostazioni, invece, attribuiscono al suddetto requisito una autonoma rilevanza.

Per una parte degli interpreti<sup>43</sup>, il riferimento all'intenzionalità indicherebbe la consapevolezza della contrarietà dell'atto a norme di legge, norme di statuto o principi di corretta amministrazione, nonché della sua dannosità; in sostanza, esso rappresenterebbe la consapevolezza dell'antigiuridicità di quanto deciso od autorizzato.

Secondo l'interpretazione che sembra<sup>44</sup> attualmente prevalente<sup>45</sup>, il carattere di intenzionalità qualificata sarebbe la condotta dei soci nei termini di condotta

(artt.2475-2483)", (14), pag.1125, nota 206.

<sup>41</sup> Si ricorda che la norma prescrive la responsabilità a carico dei "soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi". La questione appare ancor più complicarsi nell'ipotesi di socio persona giuridica, ad esempio società: in tal caso, secondo Tribunale Milano, 9 luglio 2009, l'elemento psicologico, come ovvio, non deve essere imputato al socio-ente, ma, in ragione della sua natura giuridica, al soggetto amministratore, cioè al soggetto attraverso cui, per effetto dell'immedesimazione organica e della rappresentanza legale, il socio agisce e costituisce rapporti giuridici.

<sup>42</sup> Cfr. U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.724; G. Presti, M. Rescigno, "Corso di diritto commerciale. 2. Società", Zanichelli, Bologna, 2010, pag.249; S. Patriarca, "La responsabilità del socio "gestore" di Srl", Le Società, 2007, pagg.1199 ss.; S. Rossi, "Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella Srl", (17), pagg.1068-1069; A. Picciau, "Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza" in F. Farina, C. Ibba, G. Racugno, A. Serra, (curr.), "La nuova Srl: prime letture e proposte interpretative", Giuffrè, Milano, 2004, pag.273.

<sup>43</sup> Vedi A. Zandardo, "L'estensione della responsabilità degli amministratori di Srl per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art.2476, co.7 cod.civ.", (31), pagg.519 ss.; Tribunale Roma, 21 luglio 2010.

<sup>44</sup> Ad opinione di A. Angelillis, G. Sandrelli, "Art.2476", (7), pag.803 si riscontra "l'assenza di un'interpretazione dottrinale convincente".

<sup>45</sup> Per questa posizione cfr. M. Aiello, "La responsabilità degli amministratori e dei soci delle Srl", (4), pagg.224 ss. ed in particolare 228; G. Zanarone, "Della società a responsabilità limitata (artt.2475-2483)", (14), pagg.1130-1131; V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pagg.687 ss.; G.C.M Rivolta, "Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata", (6), pag.697. In giurisprudenza v. Tribunale Salerno, 9 marzo 2010. La tesi in esame trae un ulteriore argomento a favore dalla circostanza che l'estensione della responsabilità del socio cogestore anche alle ipotesi di colpa determinerebbe una rottura del principio di limitazione della responsabilità che caratterizza il tipo societario.

dolosa; ciò significa che per essere dichiarato responsabile il socio deve aver avuto consapevolezza e volizione della condotta lesiva, cioè deve aver voluto indurre l'amministratore al compimento di una scelta illegittima e dannosa.

La problematicità di tale previsione si acuisce nel momento in cui si considerano le decisioni collegiali. In questa ipotesi, aderendo all'opinione degli autori che ne hanno fatta esplicita trattazione<sup>46</sup>, l'intenzionalità deve tradursi in una partecipazione qualificata e rilevante alla decisione. A tal fine, è importante valutare la posizione dei soci pienamente informati e consapevoli di tutte le circostanze e implicazioni rilevanti, nonché tutte le condotte poste in essere nelle fasi prodromiche o connesse al procedimento decisorio, quali, ad esempio, i momenti di discussione ed i contatti, anche con gli stessi amministratori, che hanno preceduto il voto.

In ogni caso, in modo condiviso, si esclude che possano avere rilevanza i comportamenti meramente colposi; diversamente si assimilerebbe la posizione del socio a quella dell'amministratore responsabile ex art.2481, co.6 cod.civ., la qual conclusione non trova fondamento nel quadro normativo, nemmeno argomentando dalla previsione in capo al socio dei poteri di controllo individuale (ai sensi dell'art.2476, co.2 cod.civ.), dal momento che l'esercizio di tali poteri non è mai doveroso ma rimesso alla libera iniziativa di ciascuno<sup>47</sup>.

L'inconfigurabilità, in capo ai soci, di un generico dovere di vigilanza consente, inoltre, di considerare automaticamente esonerati coloro i quali non abbiano concorso alla decisione o all'autorizzazione, senza che sia necessario un atto formale da cui consti il loro dissenso, in analogia a quanto previsto dall'art.2476, co.1 cod.civ.<sup>48</sup>. A chiusura, per quel che riguarda i profili intertemporali di applicazione della disciplina (così come modificata alla Riforma del 2003) è opinione diffusa che non sia possibile esperire l'azione di responsabilità verso il socio, ai sensi del comma 7, se la condotta è stata posta in essere in epoca anteriore al 1° gennaio 2004<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Trattasi di V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.695-696; F. Guerrera, "La responsabilità deliberativa nelle società di capitali", Giappichelli, Torino, 2004, pag.72 ss..

<sup>47</sup> Vedi A. Angelillis, G. Sandrelli, "Art.2476", (7), pag.793, il quale aderisce al pensiero di M. Rescigno, "Soci e responsabilità nella nuova Srl", (23), pag.308.

<sup>48</sup> Così A.M. Leozappa, "Il "socio risparmiatore" nella società a responsabilità limitata: diritti particolari e decisioni ex art.2479 cod.civ.", Riv. Dir. Comm., 2006, I, pag.302.

<sup>49</sup> In dottrina U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.720. In giurisprudenza vedi Tribunale Roma, 20 febbraio 2012; Tribunale Milano, 9 ottobre 2008.

## Profili processuali

Maggiore linearità si ritrova nella disciplina della procedura attraverso cui azionare il descritto regime di responsabilità.

Stante il contesto normativo, la dottrina ritiene di poter applicare, in quanto compatibili, le regole previste in merito all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori<sup>50</sup>; d'altronde appare questa la soluzione accolta dallo stesso codice civile, il quale, nel disporre la responsabilità per cogestione del socio, lo fa "ai sensi dei precedenti commi"<sup>51</sup>.

Di conseguenza, anzitutto, devono considerarsi legittimati attivi i singoli soci direttamente danneggiati ed i terzi.

Potrà ovviamente agire anche la società, su iniziativa di ciascun socio o, in caso di fallimento, su iniziativa del curatore fallimentare previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori (art.146, co.2, lett. b) R.D. n.267/42). Più discussa la possibilità che il diritto al risarcimento sia azionato su iniziativa di un organo sociale (in applicazione di quanto previsto per le Spa ex art.2393 cod.civ.)<sup>52</sup>.

Per quanto concerne le regole in tema di prescrizione ed onere della prova, troveranno applicazione i principi generali in materia.

Così, la responsabilità contrattuale verso gli altri soci e la società sarà disciplinata ai sensi dell'art.1218 cod.civ. e 2949 cod.civ. (che in materia di "diritti che derivano dai rapporti sociali, se la società è iscritta nel registro delle imprese" fissa in 5 anni il termine di prescrizione) mentre sarà chiaramente inapplicabile la sospensione prevista dall'art.2941, n.7, che riguarda le azioni di responsabilità facenti capo alla società esclusivamente nei rapporti con gli amministratori<sup>53</sup>. Stante la natura contrattuale, spetterà, dunque, al soggetto danneggiante fornire la prova della mancanza del requisito di intenzionalità della condotta<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Vedi tra i vari U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.724; G. Zanarone, "Della società a responsabilità limitata (artt.2475-2483)", (14), pag.1134; A. Angelillis, G. Sandrelli, "Art.2476", (7), pag.801; N. Abriani, "Art.2476" cod.civ. in P. Benazzo, S. Patriarca (curr.), "Codice commentato delle Srl", Utet, Torino, 2006, pag.380.

<sup>51</sup> Questo è l'inciso contenuto nell'art.2476, co.7 cod.civ..

<sup>52</sup> Favorevole G. Zanarone, "Della società a responsabilità limitata (artt. 2475-2483)", (14), pag.1134. Contra O. Cagnasso, "Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e controllo", Riv. Dir. Soc., 2008, I, pag.461 secondo cui rappresenterebbe una forzatura del dato testuale riconoscere al collegio sindacale il titolo per agire in responsabilità nei confronti anche dei singoli soci cogestori. Per Tribunale Milano, 24 giugno 2008, l'amministratore convenuto in giudizio per responsabilità non è legittimato ad agire, in nome della società, nei confronti del socio che abbia deciso od autorizzato l'atto ai sensi dell'art.2476, co.7 cod.civ..

<sup>53</sup> Così U. Tombari, "Art.2476", (11), pag.725.

<sup>54</sup> Cfr. S. Rossi, "Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro

Per la responsabilità *extracontrattuale* verso i terzi, invece, troveranno applicazione le norme generali scolpite agli artt.2043 cod.civ. e 2947 cod.civ., con conseguente operatività dell'ordinario termine quinquennale di prescrizione.

In entrambi i casi la prescrizione decorrerà dal momento in cui si sono prodotte le conseguenze dannose della condotta, e, cioè, dall'effettivo prodursi delle conseguenze dannose dell'inadempimento, per la responsabilità contrattuale; dalla manifestazione e percepibilità oggettiva del danno, per quella *extracontrattuale*<sup>55</sup>.

## Rapporti con la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società.

Quale notazione conclusiva, può essere utile considerare la possibile sovrapposizione tra la disciplina della cogestione di cui all'art.2476, co.7 cod.civ. e la responsabilità per attività di direzione e coordinamento di società.

Infatti, il perseguimento dell'interesse di gruppo ben può comportare che sia intenzionalmente deciso il compimento di atti nell'immediato lesivi per le società dirette e coordinate, che si prevede, però, di

*della responsabilità da gestione nella Srl*, (17), pag.1069.

<sup>55</sup> Sul punto si veda l'analisi condotta da P. G. Monateri, C. Costantini, "La prescrizione" in R. Sacco (cur.), "Trattato di diritto civile", Utet, Torino, 2009, pagg.284 ss. e 309 ss., in particolare pag.310.

controbilanciare in un momento successivo, di modo che, alla luce della complessiva attività di direzione e coordinamento, risulti assente qualsiasi profilo di danno<sup>56</sup>.

Ci si può legittimamente domandare a quale titolo possa precludersi ai soci della società diretta o controllata di agire direttamente verso i propri amministratori e verso gli amministratori della controllante, in qualità di rappresentanti del socio solidalmente responsabile *ex art.2476, co.7 cod.civ.*

La risposta condivisa dalla dottrina<sup>57</sup> è nel senso di escludere l'applicazione della regola ordinaria di responsabilità (art.2476 cod.civ.) in ragione della specialità della regolamentazione dettata dagli artt.2497 ss. cod.civ., per certi versi più rigorosa, consentendo l'imputazione anche a titolo di colpa<sup>58</sup>, e richiedente un giudizio globale sull'attività posta in essere nell'ottica del gruppo, con esclusione di una valutazione immediata dei singoli atti.

<sup>56</sup> L'osservazione è di V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.686.

<sup>57</sup> Vedi V. Meli, "La responsabilità dei soci nella Srl", (5), pag.687; .M. Ranieli, "La responsabilità gestoria dei soci di Srl", (27), pag.1017.

<sup>58</sup> Dal momento che la struttura di gruppo implica una direzione unitaria a cui si collega il dovere (per chi dirige e coordina) di farlo secondo i principi della corretta gestione societaria e imprenditoriale, secondo un criterio non dissimile dalla diligenza richiesta agli amministratori di società (art.2392 cod.civ.), parametrata alla natura dell'incarico e alle proprie specifiche competenze. Per questi rilievi si veda A. Pavone La Rosa, "L'unico azionista tra "vecchia" e "nuova" disciplina", Giur. Comm., 2005, I, pag.433.