

Azione di responsabilità

# Azione di responsabilità e astensione per conflitto di interesse nelle S.r.l.

Tribunale di Milano, Sez. impr., 10 novembre 2017 - Pres. e Rel. V. Perozziello - R.M. c. Nuovo Sarfa S.r.l. in liquidazione

*Società a responsabilità limitata - Azione sociale di responsabilità - Astensione del socio in conflitto di interessi - Calcolo dei voti nel quorum deliberativo - Necessità - Applicazione analogica dell'art. 2368, comma 3, c.c. - Esclusione*

*(Cod. civ. art. 2368, comma 3)*

**In materia di deliberazioni dell'assemblea di una S.r.l., anche in caso di astensione volontaria di un socio per dichiarato conflitto di interesse, i voti allo stesso spettanti devono essere computati nel *quorum* deliberativo, in quanto il disposto dell'art. 2368, comma 3, c.c. non trova applicazione analogica alle S.r.l.; l'integrazione normativa per via di analogia con disposizioni dettate in materia di S.p.a. trova spazio solo là dove ciò sia necessitato dalla salvaguardia di esigenze di fondo dell'ordinamento ovvero di tutela dei terzi, come ad es. in materia di riconoscimento dell'azione dei creditori *ex art. 2394 c.c.***

## Il Tribunale (*omissis*).

La controversia ha ad oggetto l'impugnazione della delibera assunta dalla assemblea dei soci della società convenuta in data 9.3.16 relativo all'esercizio di azione sociale di responsabilità nei confronti dell'odierno attore R. M., anche titolare di una partecipazione pari al 50% del capitale sociale, sul presupposto del mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo della "maggioranza assoluta del capitale sociale" previsto dall'art. 14 dello Statuto. Nella specie si discute di società composta da soli due soci, con una partecipazione paritaria al capitale sociale, e di una delibera assembleare assunta col solo voto di uno dei soci e l'astensione invece dell'odierno attore espressamente motivata con una situazione di conflitto di interessi in cui lo stesso riconosceva di venire a trovarsi. In tale contesto parte convenuta invoca l'effettivo raggiungimento del *quorum* deliberativo statutario alla stregua dell'espresso disposto di cui all'art. 2368 comma 3 ° c.c. quale in tesi analogicamente applicabile in materia di s.r.l. - secondo valutazione in diritto invece contestata dall'attore.

Nella piena consapevolezza di opposte opzioni interpretative emerse sul punto, il Collegio ritiene di dover escludere l'invocata possibilità di applicazione analogica della disposizione in oggetto.

Al riguardo deve reputarsi che, riconosciuta con la riforma del 2003 la piena autonomia dei diversi modelli societari, la possibilità di estensione della disciplina della spa in materia di s.r.l. vada esaminata in concreto attraverso gli

ordinari passaggi di preliminare individuazione di un effettivo vuoto normativo e successiva verifica quindi di sostanziale comunanza dei principi di regolazione della materia in relazione alla disciplina della specifica situazione giuridica oggetto di interesse. Muovendosi secondo una tale prospettiva di analisi si deve allora subito rilevare una netta diversità che emerge nella impostazione della disciplina assembleare, caratterizzata nella spa da una disciplina analitica di carattere imperativo che riconosce solo specifiche ipotesi di possibile deroga statutaria e un modello di disciplina invece addirittura opposto in tema di s.r.l. Invero le disposizioni di agli artt. 2379 e 2379bis c.c. risultano costruite su un generale rinvio alla autonomia statutaria, insistentemente reiterato nei diversi commi, e la formulazione invece di limitate disposizioni regolamentari relative a fattispecie specifiche, peraltro generalmente dettate in via meramente surrogatoria rispetto ad un eventuale silenzio dell'atto costitutivo (con le uniche "eccezioni" relative alla individuazione dei poteri del Presidente dell'Assemblea e alla disposizione "di chiusura" in tema di assemblea totalitaria), in ogni caso senza alcuna disposizione di rinvio alla disciplina della spa (come invece nella successiva disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 2479 *ter*) ma con una disciplina formalmente autonoma.

Alla stregua di tali rilievi occorre dunque prendere atto di come le precise scelte operate dal legislatore in materia di s.r.l. (generale rinvio alla autonomia statutaria da un lato, formale autonomia dei residui profili di disciplina *ex lege* dall'altro) finiscano inevitabilmente per comprimere fortemente lo spazio di una possibile integrazione in via

interpretativa (nella specie in via di analogia) della disciplina di settore, spazio che parrebbe ragionevolmente da individuare (limitare) alla salvaguardia di esigenze di fondo dell'ordinamento ovvero di tutela di terzi (come nel dibattito e prevalente orientamento giurisprudenziale in materia di riconoscimento dell'azione dei creditori *ex art. 2394 c.c.*).

Senza altro fuori da una tale prospettiva sembra invece collocarsi il caso in esame.

Nella specie principio di diritto comune è invero quello del pieno riconoscimento del diritto del socio in (ipotetico) conflitto di interessi di partecipare al voto (con il completo ribaltamento dunque della opposta previsione di cui al previgente art. 2373 comma 1° c.c.). Proprio di qui l'inevitabile insorgere a questo punto di ovvi problemi di bilanciamento tra esigenze differenti (di salvaguardia del diritto di voto, di rispetto delle previsioni statutarie come necessaria cornice di riferimento dei rapporti tra i soci preconstituita all'insorgere di controversie, di funzionalità dell'ente corporativo) che il legislatore ha espressamente affrontato solo in tema di spa, per di più con una determinazione autoritativa certamente legittima e logicamente giustificata ma altrettanto certamente limitativa del generale diritto di partecipazione dei soci alla vita sociale.

Ma in tal senso viene appunto in rilievo una questione che investe essenzialmente i rapporti dei soci tra loro e in alcun modo invece interessi di terzi ovvero sovraordinati, all'interno di un contesto in cui proprio e soltanto in materia di s.p.a. il legislatore ha ritenuto di farsi direttamente carico di esigenze di funzionalità dell'ente (con il corollario della imposizione di un articolato regime di controlli fino alla previsione di cui all'art. 2409 c.c.), nella specie attraverso una disposizione come detto di carattere derogatorio di cui pare dunque davvero arduo (secondo generali principi di riferimento) predicare una applicazione generalizzata - laddove (è ancora il caso di ribadire) in materia di s.r.l. prevale piuttosto un insistito richiamo alla autonomia statutaria e dunque ad una precisa responsabilità dei soci di disciplinare in via preventiva le regole del comune impegno imprenditoriale.

Alla luce di tali considerazioni il Tribunale ritiene pertanto di dover accogliere la domanda di parte attrice. Nel contempo l'effettiva difficoltà interpretativa della disciplina di riferimento, l'obiettivo ragionevolezza delle opposte letture della norma, la divergenza di opinioni emersa fin qui in dottrina in mancanza di un consolidato orientamento giurisprudenziale, fanno apparire equa una -integrale compensazione delle spese di lite.

(*omissis*).

## IL COMMENTO

di Nicola de Luca

Il Tribunale di Milano ritiene che l'astensione volontaria per conflitto di interessi in una S.r.l. non determini abbassamento del *quorum* deliberativo, non essendo applicabile analogicamente la regola di cui all'art. 2368, comma 3, c.c. Tale conclusione può essere posta in discussione in sé, ma è certamente insufficiente a giustificare il concorso del socio-amministratore nella deliberazione riguardante l'esercizio dell'azione di responsabilità, sia pure solo ai fini della determinazione del *quorum* assembleare deliberativo. Ciò peraltro nel presupposto - anche questo discutibile - che anche nelle S.r.l. sia l'assemblea il luogo nel quale deliberare l'esercizio dell'azione di responsabilità. La regola di legge, infatti, è un'altra.

### Il fatto e la decisione

In una S.r.l. partecipata al 50% ciascuno da due soci persone fisiche, veniva convocata l'assemblea al fine di discutere e deliberare l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di uno di essi, in qualità di amministratore. Al momento della votazione, il socio-amministratore della cui responsabilità si trattava dichiarava di volersi astenere dal voto per l'evidente conflitto di interessi; l'altro socio votava favorevolmente l'esercizio dell'azione di responsabilità e - presumibilmente, in qualità di presidente dell'assemblea - dichiarava approvata la proposta, nonostante la presenza di una clausola statutaria

che richiedeva l'approvazione con "la maggioranza assoluta del capitale sociale".

Il socio-amministratore impugnava la deliberazione reputando non raggiunta la maggioranza assoluta del capitale sociale. La società, in persona del liquidatore nel frattempo nominato, resisteva affermando doversi ritenere raggiunta la maggioranza assoluta del capitale sociale in applicazione analogica dell'art. 2368, comma 3, c.c., in materia di società per azioni, a mente del quale la partecipazione del socio che si dichiara in conflitto di interessi si computa nel *quorum* costitutivo, ma non in quello deliberativo. Sicché, in sostanza, la maggioranza assoluta avrebbe dovuto

calcolarsi non sull'intero capitale sociale, ma solo su quello rappresentato dai soci non in conflitto di interessi, pari al 50% di quello statutario.

Il Tribunale di Milano, con la pronuncia qui annotata, accoglieva l'impugnazione e annullava la delibera ritenendo che la regola dell'art. 2368, comma 3, c.c. non sia applicabile alle S.r.l. in quanto: a) l'ordinamento delle S.r.l., a seguito della riforma del 2003, è per principio da reputarsi autonomo rispetto a quello delle società per azioni; b) in caso di lacune, le stesse vanno anzitutto colmate con i principi ricavabili dal corpo normativo delle S.r.l.; perciò, lo spazio per l'integrazione normativa con le disposizioni in materia di società per azioni (o di altri tipi societari) è ristretto ai soli casi in cui si tratti di salvaguardare esigenze di fondo dell'ordinamento (cioè principi generali) ovvero di tutelare i terzi (come nel caso dell'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali). Non ricorrerebbero tali circostanze nel caso della disciplina del conflitto di interessi. Al riguardo il Tribunale spiega la diversa disciplina delle S.p.a. affermando che la regola generale è quella "del pieno riconoscimento del diritto del socio in (ipotetico) conflitto di interessi di partecipare al voto"; con la conseguenza - che porremo però in discussione - che solo nelle S.p.a. il legislatore avrebbe affrontato i "problemi di bilanciamento tra esigenze differenti (di salvaguardia del diritto di voto, di rispetto delle previsioni statutarie come necessaria cornice di riferimento dei rapporti tra i soci preconstituita all'insorgere di controversie, di funzionalità dell'ente corporativo)", optando per una "determinazione autoritativa certamente legittima e logicamente giustificata ma altrettanto certamente limitativa del generale diritto di partecipazione dei soci alla vita sociale".

Conseguentemente, la domanda veniva accolta e la delibera annullata.

La sentenza non appare condivisibile per una serie di ragioni, qui brevemente sintetizzate e che proverò a meglio illustrare in seguito:

a) non appare convincente la tesi che vede nel principio di non computo nel *quorum* deliberativo della partecipazione del socio volontariamente astenuto per conflitto di interessi una regola di disciplina propria della sole società per azioni; ed infatti, nella disciplina specifica della S.r.l. vi è una regolamentazione dei conflitti di interesse, seppur incompleta, e, in ipotesi di astensione

volontaria del socio (soprattutto se quello maggioritario), l'unico modo per consentire l'assunzione della deliberazione è quello di non computarne i voti ai fini del *quorum* deliberativo; soluzione peraltro già accolta in giurisprudenza anche prima della riforma del 2003 a dimostrazione del fatto che si tratta di principio generale e non di regola peculiare ad un tipo, come tale estensibile anche oggi alle S.r.l.;

b) il principio espresso nella massima - rispondente alla prospettazione delle parti, ma non anche al principio *iura novit curia* - costituisce affermazione non rilevante con riferimento ad una deliberazione assembleare relativa all'esercizio di un'azione di responsabilità (come nel caso di specie): in questo caso, infatti, entra in gioco altra regola delle società per azioni, e cioè quella che esclude a monte l'attribuzione del voto al socio-amministratore (art. 2373, comma 2, c.c.); con la conseguenza che il non computo della partecipazione nel *quorum* deliberativo è effetto della disposizione di legge, non dell'astensione dal voto che, appunto, non spetta; se dunque si deve discutere di applicabilità alle S.r.l. di regole o principi della S.p.a. occorre misurarsi con questa norma, non con quella sull'astensione volontaria; c) in ogni caso, è discutibile che l'esercizio dell'azione di responsabilità di un amministratore di S.r.l. vada deciso in assemblea, dato che la legge - quanto meno quella scritta dal legislatore - attribuisce la legittimazione ai soci individualmente, e (almeno apparentemente) solo a loro; se pur vuol ritenersi che legittimazione abbia anche la società, come afferma la giurisprudenza prevalente e più recente, nulla però - non certo le disposizioni in materia di società per azioni - impone di ritenere che la decisione competa all'assemblea, o comunque ai soci, e non agli amministratori; con la conseguenza che l'annullamento della delibera doveva al più essere fondato dall'incompetenza dell'assemblea, non dalla mancata formazione della maggioranza.

### **Sull'applicabilità dell'art. 2368, comma 3, c.c. alle S.r.l.**

L'art. 2368, comma 3, c.c. non è espressione di un principio esclusivo delle società per azioni, né confinato al solo voto assembleare, tant'è che anche prima della riforma del 2003, quando la norma sugli effetti dell'astensione risultava inespressa anche in materia di società per azioni, la giurisprudenza giungeva a tale soluzione sia in materia di deliberazioni

dell'assemblea, anche di S.r.l. (1), sia del consiglio di amministrazione (2). Alla luce della riforma, nonostante la codificazione in materia di S.p.a., la dottrina non esita a ritenere che si tratti di regola generale applicabile trasversalmente anche ad altri tipi di organizzazioni collettive, tra cui le S.r.l. (3). Non condivisibile appare perciò l'affermazione della sentenza in epigrafe, secondo cui il legislatore avrebbe espressamente affrontato il problema del computo della partecipazione del socio che si astenga dichiarandosi in conflitto di interessi "solo in tema di S.p.a., per di più con una determinazione autoritativa certamente legittima e logicamente giustificata ma altrettanto certamente limitativa del generale diritto di partecipazione dei soci alla vita sociale".

La dimostrazione può risultare più efficace con un esempio.

Supponiamo che una società a responsabilità limitata con quattro soci (Tizio=55%; Caio, Sempronio e Mevio=15% ciascuno) debba decidere il trasferimento di un ramo di azienda e che tale trasferimento nella prospettiva degli amministratori costituisca modificazione sostanziale dell'oggetto sociale, con la conseguenza che l'operazione deve essere decisa dall'assemblea (art. 2479, n. 4, c.c.). Supponiamo che si siano dichiarati disponibili all'acquisto del ramo di azienda due potenziali interessati, uno dei quali sia il socio di maggioranza della S.r.l. (Tizio). Supponiamo infine che le offerte dei due interessati siano differenti tra loro quanto a prezzo e tempi di pagamento e che, obiettivamente, l'offerta del socio Tizio non solo è peggiore di quella del terzo, ma è addirittura inferiore al valore del ramo di azienda. Portate le due proposte in assemblea, il socio di maggioranza Tizio, in evidente conflitto di interessi, vota a favore della propria offerta; mentre Caio, Mevio e Sempronio votano a favore dell'altra. Viene dichiarata approvata la decisione di vendere il ramo di azienda a Tizio.

A norma dell'art. 2479 *ter* c.c., accertato che la deliberazione reca danno alla società - in quanto le condizioni offerte dal socio sono deteriori rispetto a quelle del terzo, e più basse del valore oggettivo del

ramo di azienda - la stessa è impugnabile. L'annullamento di tale deliberazione, tuttavia, dipende dal superamento della c.d. prova di resistenza, e cioè che non sarebbe stata approvata senza il voto determinante del socio in conflitto di interessi. Ne consegue che l'annullamento ha a presupposto una rideterminazione del *quorum* deliberativo e della maggioranza: espunta dal *quorum* deliberativo la partecipazione del socio in conflitto e dalla maggioranza il suo voto favorevole all'approvazione della propria proposta di acquisto, la deliberazione non ha raggiunto una maggioranza sufficiente essendo stata votata negativamente da un 45% del capitale su un *quorum* deliberativo del 45%.

Ciononostante, non potrebbe ritenersi approvata la proposta alternativa. Sono note le perplessità sulla possibilità di annullare le deliberazioni negative, per dichiarare approvata la proposta (4). Salvo dunque ritenere che anche il voto negativo determinante possa essere annullato per rideterminare il *quorum* deliberativo - soluzione questa tuttavia equivalente all'obbligo di astensione del socio in conflitto di interessi, viceversa superata legislativamente - la soluzione più corretta è quella di ritenere che l'assemblea abbia rigettato entrambe le proposte e che dunque non si debba procedere all'alienazione del ramo di azienda.

Proprio perché questa è la soluzione più corretta *ex post*, occorre chiedersi se vi sia un modo per il socio in conflitto per consentire alla società di assumere la deliberazione reputata opportuna, senza che la stessa risulti pregiudicata dal proprio voto in conflitto di interessi. Tizio, quale socio di maggioranza al 55%, ha quattro modi per esprimersi, espressamente o implicitamente: a) disertare l'assemblea ed impedire la formazione del *quorum* costitutivo; b) partecipare consentendo la formazione del *quorum* costitutivo, ma votare negativamente la proposta alternativa impedendo la formazione della maggioranza; oppure, sempre partecipando, c) votare favorevolmente per determinare la maggioranza, ma con il rischio di una impugnazione; d) oppure, infine, astenersi dichiarando il conflitto di interessi.

(1) E v., proprio in materia di deliberazioni di S.r.l., lo stesso Trib. Milano 10 ottobre 1991, in questa *Rivista*, 1992, 673, con nota di R. Ambrosini, *Computo delle quote in conflitto di interessi nelle delibere di s.r.l.* secondo cui in caso di astensione del socio per conflitto di interessi le quote escluse dal diritto di voto, delle quali deve tenersi conto ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, devono invece essere detratte dall'ammontare dell'intero capitale sociale sul quale si calcola la maggioranza.

(2) E v., Cass. 21 agosto 1991, n. 8977, in *Foro it.*, 1991, I, 3046.

(3) E v. Stagno d'Alcontres - De Luca, *Le società*, II, *Le società di capitali*, Torino, 2017, 726.

(4) Sulle deliberazioni negative, v. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, 79 ss. e, in prospettiva diversa, Centonze, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. "delibera negativa")*, in *Riv. Società*, 2007, 414, *ivi* a 427 ss., 440 ss. Sulla possibilità di ritenere approvata la deliberazione a seguito dell'annullamento, v., in posizione critica, Portale, *"Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al gouvernement des juges?*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 175 e Nuzzo, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, 220 ss. Per ulteriori riferimenti di giurisprudenza, si rinvia a Stagno d'Alcontres - De Luca, *op. cit.*, 716, nt. 405.

Il Tribunale di Milano ritiene che sarebbe determinazione autoritativa “certamente limitativa del generale diritto di partecipazione dei soci alla vita sociale” reputare che in quest’ultimo caso la partecipazione all’assemblea del socio in conflitto debba essere intesa come idonea a far scomputare i voti dal quorum deliberativo, per consentire agli altri soci minoritari di determinare una maggioranza. Si tratta tuttavia di affermazione dalla quale si deve dissentire, poiché in nessun modo si impone a Tizio di partecipare all’assemblea o disertare, ovvero di votare, in un modo o nell’altro, o di astenersi. Ci si limita infatti ad assegnare alla volontà di astenersi per conflitto di interessi un effetto diverso - che quindi valorizza la scelta - rispetto alla diserzione e al voto negativo: infatti, ritenere che l’astensione “per conflitto di interessi” comporti la rideterminazione del quorum deliberativo è invero l’unica soluzione che consente all’assemblea di assumere una decisione (5), per effetto di una scelta volontaria di Tizio - ed astrattamente anche a suo vantaggio, nonostante il danno potenziale - senza che lo stesso sia costretto a concorrere alla votazione, inficiando il risultato.

Al contrario, sarebbe più che autoritativo, sarebbe arbitrario ritenere che ciò che può farsi nelle S.p.a. non può farsi nelle S.r.l. Proprio perché il socio in conflitto di interessi è libero di partecipare e votare, ove questo decida di partecipare ed astenersi per consentire all’assemblea di deliberare, è corretto computare la sua quota di partecipazione nel quorum costitutivo e scomputarla da quello deliberativo.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, il Tribunale di Milano avrebbe dovuto rigettare l’impugnazione della delibera.

### **Il voto del socio-amministratore nelle deliberazioni che concernono la propria responsabilità**

A ben considerare, peraltro, sia la difesa della società in giudizio, sia la sentenza, appaiono sfocate rispetto alla questione che occorre risolvere nel caso concreto. Ed infatti, la deliberazione dell’assemblea aveva un oggetto peculiare, ossia l’esercizio

dell’azione di responsabilità nei confronti di un socio-amministratore. In questo caso, nella disciplina della società per azioni, è prevista una regola diversa che richiama l’applicabilità dell’art. 2368, comma 3, c.c. prescindendo dal rilievo dell’astensione volontaria del socio in conflitto. A norma dell’art. 2373, comma 2, c.c., infatti, gli amministratori (ove siano al contempo soci) non possono votare nelle deliberazioni (dell’assemblea) riguardanti la loro responsabilità. È pacifico che in questo caso non compete al socio alcuna facoltà di votare o astenersi, posto che il voto non spetta. Parimenti è pacifico che si debba applicare l’art. 2368, comma 3, c.c., ma più esattamente nella parte in cui afferma che vanno computate nel quorum costitutivo, e scomputate da quello deliberativo, le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto.

Questa disposizione non è presente nella disciplina delle S.r.l., ma per una ragione evidente.

Come è noto, e come meglio vedremo nel prossimo paragrafo, nell’impianto normativo delle S.r.l., l’azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio (art. 2476, comma 3, c.c.), e quindi non è deliberata in assemblea. È dunque scontato che vi sia una lacuna normativa e che la stessa, una volta ammesso che l’azione sociale di responsabilità possa essere deliberata in assemblea anche in una S.r.l., come nelle S.p.a., debba essere colmata con la disposizione prevista in materia di società per azioni, ove è disciplinato l’esercizio assembleare dell’azione di responsabilità.

Ne consegue che, al di là della prospettazione giuridica della società convenuta, il Tribunale di Milano - non vincolato in ciò ad utilizzare solo tali argomenti - avrebbe dovuto comunque rigettare l’impugnazione sul rilievo che, dato l’oggetto della deliberazione assembleare, il socio-amministratore in conflitto di interessi non aveva facoltà di astenersi, non spettando allo stesso votare *ex lege*. Con la conseguenza che, in applicazione analogica dell’art. 2373, comma 2, e dell’art. 2368, comma 3, c.c., la partecipazione del socio amministratore avrebbe dovuto comunque computarsi nel *quorum* costitutivo - cioè, anche in caso di sua assenza - e scomputarsi dal deliberativo (6).

(5) L’effetto di cui all’art. 2368, comma 3, c.c. si determina solo quando il socio si astenga “per conflitto di interessi”, non anche senza esprimere tale motivazione: e v. Montagnani, *sub artt.* 2368-2369, in *Le società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d’Alcontres, Napoli, 2004, 489 s.; Serra, *Il procedimento assembleare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, 64; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Le società*, Torino, 2009, 315, nt. 18; F. Laurini, *sub artt.* 2368-2369, in Picciau (a cura di), *Assemblea*, in Marchetti - Bianchi -

Ghezzi - Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, 97; nonché de Luca, *sub artt.* 2368-2369, in Abbadessa - Portale, (a cura di), *Le società per azioni*, Milano, 2016, 915, ma *contra* Pupo, *Quorum assembleari e diritto d’intervento nella nuova società per azioni*, in *Riv. Società*, 2005, 818, *ivi* a 839.

(6) Nel senso che il divieto per il socio-amministratore di esprimere il voto nelle deliberazioni concernenti la propria responsabilità sia regola da applicare anche alle S.r.l., là dove sia l’assemblea a votare l’esercizio dell’azione di responsabilità, v. Trib. Termini Imerese 21 dicembre 2006, in *RDS*, 2007, 96, con nota critica di

**L'esercizio assembleare dell'azione di responsabilità: equivoci sull'autonomia della disciplina delle S.r.l.**

Come anticipato, qualche ulteriore considerazione merita un assunto non posto in discussione nella sentenza in epigrafe, ma che forse meriterebbe una riflessione più meditata. Ed invero, non è un caso che l'impianto normativo delle S.r.l. sia lacunoso in materia di esercizio assembleare dell'azione di responsabilità degli amministratori, posto che nelle idee del legislatore della riforma l'azione di responsabilità in una S.r.l. è promossa (*recte*, è esercitata) direttamente dai soci. E solo dai soci individualmente.

Come è noto, sul punto, la giurisprudenza, e in particolare quella milanese, ha avuto delle oscillazioni.

Mentre in un primo tempo si era ritenuto che unici legittimati ad esercitare l'azione di responsabilità fossero i soci, quali necessari sostituti processuali della società (7), successivamente era stata dapprima ammessa l'azione esercitata dagli amministratori in nome della società unipersonale (8) e, quindi, anche quella della società con più soci, sul rilievo che il titolare di un diritto non può mai risultare sprovvisto dell'azione volta a tutelarla (9). Avevo in passato argomentato le ragioni che suggeriscono un'interpretazione restrittiva dell'art. 2476 c.c.: in estrema sintesi, la legittimazione esclusiva del socio si spiega in funzione delle spese di lite, in quanto in caso di vittorioso esercizio dell'azione la società deve sì rimborsare le spese, ma potrà recuperarle dall'amministratore soccombente; viceversa, nel caso di esercizio infruttuoso dell'azione, le spese graveranno esclusivamente sul socio che l'abbia promossa, senza ripercuotersi neppure in parte sugli altri soci tra cui, verosimilmente, vi è l'amministratore o coloro di cui questo costituisce espressione (10).

Questa tesi continua a mio avviso ad avere un fondamento logico rigoroso, e non a caso è stata poi seguita da un autorevole lodo arbitrale (11). Prendo tuttavia atto che si tratta di una tesi minoritaria e che l'argomento secondo cui il titolare di un diritto deve anche

disporre dello strumento per farlo valere abbia una sua persuasività. Ciò che mi lascia ancora perplesso, tuttavia, è che il riconoscimento della legittimazione attiva della società debba necessariamente comportare anche quello di una competenza assembleare.

Come osservato in altra sede, l'esercizio di qualunque azione giudiziaria in nome della società è di competenza degli amministratori (12). Anche l'esercizio di un'azione di responsabilità degli amministratori dovrebbe dunque rientrare nella competenza decisoria di questi ultimi. Ove tuttavia ad essere destinatari dell'azione dovessero essere gli amministratori in carica, il conflitto di interessi sarebbe evidente.

Per questa ragione, nelle società per azioni, la legge ha ritenuto necessario spostare in via generale e permanente la competenza decisionale sull'azione di responsabilità in capo ad altri organi: così, in tutti i sistemi di amministrazione e controllo, la competenza spetta all'assemblea ordinaria anche se la società è in liquidazione e a questa deliberazione non possono prendere parte - nel senso che, se sono azionisti, non possono votare (art. 2373, comma 2, c.c.) - gli amministratori della cui responsabilità si tratti (artt. 2464, comma 1, n. 4; 2393, comma 1; 2409 *decies*, comma 1, c.c.); nel sistema dualistico, la competenza spetta anche al consiglio di sorveglianza (art. 2409 *decies* c.c.) e, in quello tradizionale, dal 2005, anche al collegio sindacale, che delibera con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti (art. 2393, comma 3, c.c.).

Ove l'azione di responsabilità sia promossa a seguito di deliberazione dell'assemblea, la stessa importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, se è presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale (art. 2393, comma 5, c.c.). Analogamente accade se l'azione è deliberata dal consiglio di sorveglianza contro i consiglieri di gestione con una maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 2409 *decies*, comma 2, c.c.). Anche la revoca automatica degli amministratori si spiega con l'obiettivo di evitare il conflitto di interessi, dato che, sebbene competa ad un altro organo di deliberare

de Luca, *Azione "sociale" di responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l. L'autonomia del tipo cede alla giurisprudenza creativa?*. Viceversa, nel senso contrario, Trib. Verona 9 marzo 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1032, con nota di Gargarella Martelli, *Il voto del socio-amministratore di s.r.l. nelle deliberazioni riguardanti la sua responsabilità*.

(7) Trib. Milano 27 febbraio 2008, in *RDS*, 2009, 780, con nota di Stanzone, *La tutela dell'integrità del patrimonio sociale e la "privatizzazione" del controllo a proposito della responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*; Trib. Milano 2 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 635; Trib. Milano 26 ottobre 2006, in *Merito*, 2007/4, 42; Trib. Milano 12 aprile 2006, in *Giur. it.*, 2006, 2096.

(8) Trib. Milano 18 giugno 2008, in *RDS*, 2010, 140, con nota di Salamina, *La legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nella società a responsabilità limitata unipersonale*.

(9) Trib. Milano 2 ottobre 2015 e Trib. Milano 14 aprile 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Cfr. Stagno d'Alcontres - De Luca, *op. cit.*, 658, nt. 209 per altre citazioni conformi.

(10) Rinvio a De Luca, *Azione "sociale" di responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l. L'autonomia del tipo cede alla giurisprudenza creativa?*, in *RDS*, 2007, 96.

(11) Arb. 25 giugno 2014, Barachini (Pres.), Pazzaglia e Lessi (componenti), *inedito*.

(12) Stagno d'Alcontres - De Luca, *op. cit.*, 655 ss.

l'esercizio dell'azione di responsabilità, la stessa va tuttavia esercitata da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza.

Orbene, nelle S.r.l., ove ciascun socio attraverso azione diretta può superare la situazione di conflitto che nelle S.p.a. esige la deliberazione assembleare o dell'organo di controllo, il complesso normativo previsto per le S.p.a. non ha ragione di applicarsi pur là dove si ammetta che la società ha legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità in nome proprio. Ed infatti: se gli amministratori della cui responsabilità si discute sono in carica, e la maggioranza dei soci non ha intenzione di revocarli, l'unica via per l'esercizio dell'azione resta quello delineato dall'art. 2476, comma 3, c.c., e cioè ad iniziativa dei soci di minoranza; se gli amministratori non sono più in carica, l'esercizio dell'azione dovrà essere deciso

dal nuovo organo amministrativo - o, se esistente, dall'organo di controllo - e potrà essere fatta valere in nome e per conto della società.

Queste considerazioni portano a formulare un'ulteriore considerazione a margine della sentenza annotata. Ed infatti, più correttamente, il Tribunale di Milano avrebbe dovuto annullare la deliberazione assembleare di esercizio dell'azione di responsabilità non già sul presupposto del mancato raggiungimento della maggioranza, posto che come dimostrato nei precedenti paragrafi, se la competenza è assembleare il socio-amministratore non può votare e, comunque, se si astiene volontariamente ciò va apprezzato ai fini del computo della partecipazione nel *quorum* costitutivo e scomputo da quello deliberativo. Piuttosto, avrebbe dovuto rilevare l'incompetenza dell'assemblea e, per tale ragione, annullare la deliberazione.