

Assemblea - Amministrazione

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Liber amicorum Gian Franco Campobasso

Estratto

2

Diretto da
P. Abbadessa e G.B. Portale

UTET
GIURIDICA

L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ
DA PARTE DELLE MINORANZE

di

LUCA ENRIQUES e FEDERICO M. MUCCIARELLI*

* Il contributo è il frutto di un lavoro comune, ma a Federico M. Mucciarelli devono attribuirsi i §§ 2.2, 2.3, 3, 5, 6 e 7. Gli autori desiderano ringraziare Lea Querzola per alcuni preziosi commenti.

L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ DA PARTE DELLE MINORANZE

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Alcuni cenni comparatistici.* – 2.1. *Stati Uniti.* – 2.2. *Regno Unito.* – 2.3. *Germania.* – 3. *Natura dell'azione.* – 4. *Presupposti dell'azione.* – 5. *Il rappresentante degli azionisti.* – 6. *Le scelte processuali della società.* – 7. *Rinuncia e transazione.* – 8. *La ripartizione delle spese.*

1. *Introduzione.*

Diversi ordinamenti giuridici consentono a minoranze di azionisti di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. Gli organi sociali competenti in via ordinaria, infatti, raramente decidono di intraprendere un'azione giudiziaria contro gli amministratori, poiché questi ultimi sono, di regola, espressione della stessa maggioranza che controlla l'assemblea e la società.

Da un punto di vista giuspolitico il problema è di contemperare due opposte esigenze: da un lato, far sì che gli amministratori che arrecano danni alla società violando i propri doveri vengano effettivamente chiamati a risponderne; dall'altro, impedire l'esercizio di azioni di responsabilità per fini meramente ricattatori o di disturbo. Ovviamente, a seconda che, nelle valutazioni dei legislatori e/o delle corti, prevalga l'una o l'altra esigenza, varieranno le soluzioni giuridiche e l'equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Nel compiere tali valutazioni occorre tener conto del fatto che, da un lato, l'azionista di minoranza è scarsamente incentivato ad esercitare l'azione di responsabilità, dal momento che ne sostiene per intero i costi, mentre i potenziali benefici si ripartiscono proporzionalmente tra tutti gli azionisti, cosicché senza adeguati correttivi legali l'azione di responsabilità verrebbe esercitata assai di rado; dall'altro lato, l'attribuzione a un socio di minoranza di un simile potere si presta ad abusi, laddove venga esercitato senza fondamento,

al solo scopo di ottenere una qualche forma di corrispettivo per il mancato esercizio dell'azione o la rinuncia ai relativi atti.

L'ordinamento italiano ha introdotto l'azione di minoranza con il Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria del 1998 (d.lg. 24-2-1998, n. 58, di seguito: t.u.f.) limitatamente alle società quotate, ma la recente riforma del diritto societario ne ha esteso la portata a tutte le s.p.a., in termini molto simili a quelli dell'istituto contenuto nel t.u.f.

Si deve evidenziare sin d'ora, però, che a tutt'oggi non risulta che siano mai state presentate azioni di responsabilità da parte di minoranze di società quotate. Le ragioni di questo insuccesso sono molteplici e verranno evidenziate nel corso delle prossime pagine, in cui analizzeremo gli aspetti più significativi della disciplina e ci chiederemo se miglior sorte attende l'azione di minoranza nelle società non quotate. Prima di procedere, e per meglio affrontare questo interrogativo, è utile premettere alcuni cenni sull'azione di minoranza negli Stati Uniti, in Inghilterra e in Germania.

2. Alcuni cenni comparatistici.

2.1. Stati Uniti.

L'ordinamento statunitense è il più incline a incentivare i soci di minoranza ad agire in responsabilità contro gli amministratori, pur prevedendo alcuni filtri per evitare azioni pretestuose¹.

Il singolo azionista può agire se dimostra di avere esaurito tutti i rimedi «intracorporativi» e, in particolare, se ha sollecitato gli amministratori ad esperire l'azione ricevendo un rifiuto immotivato e contrario a buona fede².

¹ A livello federale, la materia è disciplinata dal § 23.1. delle *Federal Rules on Civil Procedure (FRCP)*, cui però si sovrappongono le discipline dei singoli stati; cfr. *Cohen v. beneficial industrial loan corp.* [1949] 337 US 541, in cui la Corte affermò che i requisiti procedurali previsti dalle legislazioni statali siano di diritto sostanziale e non processuale, cosicché essi trovano applicazione anche quando la causa è di competenza dei giudici federali, seguendo la distinzione tracciata da *Erie Railroad v. Tomkins*, 304 US 64 [1938].

² Il *leading case* è *Brewer v. Boston* [1870] 104 Mass 738, che richiedeva agli azionisti di compiere due separate *demands*, agli amministratori e all'assemblea, la cui presentazione può essere evitata solo se gli amministratori sono accusati di condotte fraudolente o di atti *ultra vires*. Tra le molte cfr., *Hawes v. Oakland* [1882] 104 US 450 e *Re Dayco Corp. Derivative securities Litigation* [1984] (SD Ohio) 102 F.R.D. 624. In realtà, la maggior parte degli stati non considera necessario che il socio abbia richiesto preventivamente all'assemblea di esperire l'azione; cfr. EISENBERG, *Corporations and other business organizations. Cases and materials*, New York, 2000, 993. Sul tema v. anche BOYLE, *Minority shareholders' remedies*, Cambridge, 2002, 39; DE NICOLA, *Soci di minoranza e amministratori: un rapporto difficile*, Bologna, 2005, 31.

L'azionista, peraltro, è esentato dal presentare domanda agli organi sociali quando gli amministratori da convenirsi in giudizio controllano il *board*, quando vi è collusione tra la maggioranza del *board* e i primi, o anche quando agli amministratori vengono imputati atti *ultra vires* o abusi di potere³. Il requisito della «exhaustion of intracorporate remedies» altro non è che una prova dell'inerzia ingiustificata degli organi sociali, in presenza della quale il singolo azionista può agire per conto della società, superando così la regola generale in base alla quale spetta solo agli organi sociali esercitare i diritti della società stessa.

La maggior parte degli stati, inoltre, consente di agire solo a chi era azionista al momento in cui gli amministratori hanno violato i propri doveri (c.d. *contemporary ownership rule*), cosicché chi acquista le azioni in un momento successivo non subentra nella legittimazione⁴. Il prezzo delle azioni, infatti, dovrebbe scontare il danno subito dalla società e, pertanto, se si attribuisse all'acquirente anche la legittimazione ad agire lo si arricchirebbe ingiustamente⁵. Infine, per la legislazione di molti stati⁶ l'attore deve restare socio durante tutto il processo: se egli cede la partecipazione, il giudice non può pronunciare sentenza di merito⁷.

D'altro canto, una serie di istituti di diritto societario e processuale agevolano fortemente l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranza. Anzitutto, il *Revised Model Business Corporation Act* riconosce a ciascun socio, in termini ampi, il diritto di ispezionare i libri sociali (inclusi, ad esempio, i verbali del consiglio d'amministrazione)⁸, così da consentirgli di acquisire documenti e informazioni utili alla decisione se esercitare l'azione.

³ Per le corti del Delaware cfr. *MacDougall v. Gardiner* [1975] 1 ChD 25.

⁴ *Revised Model Business Corporation Act* (MBCA) § 7.41. La *contemporary ownership rule* subisce un'eccezione quando la condotta dannosa è cominciata prima dell'acquisto delle azioni, ma è proseguita anche in seguito (c.d. *continuing wrong doctrine*); v. *Maclary v. Pleasant Hills Inc.*, 35 Del. Ch. 39 [1954].

⁵ *Home Fire Insurance Co. v. Barber*, 67 Neb. 644, 661 [1903], la quale precisa che quest'argomentazione è applicabile solo quando l'azionista che agisce sarebbe l'unico ad avvantaggiarsi dal risarcimento; v. anche *Bangor Punta operations Inc. v. Bangor & Aroostook*, 417 US 703, 94 S.Ct. 2578 [1974]. Cfr., però, le osservazioni critiche di MACEY and MILLER, *The Plaintiffs' Attorneys' Role in Class Actions and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, in 58 *U. Chi. Law Review*, 1991, 76.

⁶ Non però nel Delaware: v. *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040 [1984].

⁷ Cfr. per tutti PALMITER, *Corporations*⁴, New York, 2003, 309.

⁸ MBCA, § 16.02 ss. V., in generale, THOMAS, *Improving Shareholder Monitoring of Corporate Management by Expanding Statutory Access to Information*, in 38 *Arizona Law Rev.*, 331 (1996).

In secondo luogo, come altri ha ben messo in luce⁹, negli Stati Uniti (come in Inghilterra), vige la regola del c.d. *notice pleading*, che consente di iniziare un'azione, in sostanza, definendo il *petitum*, ma lasciando aperta nei suoi contorni la *causa petendi*, che potrà essere meglio definita nel corso del processo in relazione al quadro probatorio che da esso emerge.

Inoltre, il processo americano agevola l'attore sul piano probatorio, attraverso l'istituto della *discovery*: se il processo supera una fase preliminare nella quale il giudice compie una valutazione del *fumus boni juris*, le parti devono produrre in giudizio tutte le «carte», anche se meramente interne, inerenti alla controversia e le pene in caso di mancata ottemperanza possono essere assai severe.

Ancora, il diritto americano ammette senza problemi le *contingency fees*, ossia gli onorari condizionati al successo della lite, con conseguente anticipazione di tutte le spese da parte dell'avvocato, su cui grava interamente il rischio dell'iniziativa giudiziaria. Ciò, tanto più in considerazione del fatto che, in ossequio alla regola generale (c.d. *American rule*), l'attore di questo tipo di cause non è mai chiamato a rimborsare al convenuto le spese processuali, salvo il caso di lite temeraria¹⁰.

Da ultimo, ma non per importanza, proprio con riguardo alle *derivative suits* la giurisprudenza statunitense prevede un'eccezione all'*American rule* in caso di successo dell'azione: in questo caso, il giudice di regola storna a favore degli attori una quota variabile tra il quindici e il trentacinque per cento della somma che gli amministratori sono condannati a pagare alla società a titolo di risarcimento, per ricompensarli delle spese di lite sostenute¹¹.

Spesso, peraltro, i processi relativi alle azioni di responsabilità non pervengono alla loro naturale conclusione, bensì si estinguono a seguito di accordi transattivi tra le parti. La transazione solleva delicati interrogativi, poiché gli interessi del socio attore o del suo avvocato potrebbero non coincidere con quelli della società: da un lato, l'attore potrebbe essere indotto a concludere una transazione che lo arricchisca nonostante che il processo avrebbe portato ad una condanna vantaggiosa per la società¹²; dall'altro lato, l'avvocato, se remunerato col metodo del *common fund* prima descritto, è incentivato a transigere celermente e anche in situazioni in cui questa scelta

⁹ GIUDICI, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata dai soci di minoranza: i problemi di un legal transplant*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 487.

¹⁰ V. ad es. PALMITER (nt. 7), 310.

¹¹ PALMITER (nt. 7), 299.

¹² HAUDEK, *The Settlement and Dismissal of Stockholders' Action, part I*, in 22 *Southwestern Law. Journal*, 1968, 768.

non è nell'interesse della società¹³. La soluzione adottata tanto dalle *Federal Rules on Civil Procedures* quanto da molti stati è di subordinare l'efficacia della transazione all'approvazione del giudice¹⁴, il quale deve comunicare la proposta agli altri azionisti, per consentire loro di opporsi può approvare solo se essa è «fair, reasonable and adequate»¹⁵.

2.2. Regno Unito.

Anche il diritto inglese consente ai singoli soci di esercitare l'azione di responsabilità, ma sottopone quest'ultima a condizioni particolarmente stringenti.

Il *leading case* è la sentenza *Foss v. Harbottle*¹⁶, che sancì l'esclusiva competenza degli organi sociali ad esperire l'azione di responsabilità verso gli amministratori, salvo casi eccezionali che vennero precisati dalla giurisprudenza successiva. Le ragioni sistematiche erano essenzialmente due, riconducibili a principi giuridici diversi: da un lato, la distinta personalità giuridica della società per azioni e, dall'altro, la scelta del giudice di non entrare nei conflitti interni alla compagine sociale¹⁷. La ragione pratica della regola dev'essere rinvenuta nel potere dell'assemblea di ratificare l'operato degli amministratori, eliminando in tale maniera la stessa violazione compiuta dai secondi.

Quest'argomentazione ha costituito il fondamento per la giurisprudenza successiva, la quale ha individuato due presupposti, entrambi necessari, all'azione di minoranza: in primo luogo, le violazioni ai doveri degli amministratori che la minoranza può far valere sono solo quelle che non possono formare oggetto di delibera assembleare di discarico da responsabilità, dovendosi pertanto distinguere tra i casi di *breach of trust* o *misappropriation of*

¹³ MACEY and MILLER (nt. 5), 44. Cfr. anche l'opinione del Judge Friendly, *Alleghany Corp. v. Kirby*, 333 F.2d 327 (2d Circ. 1964).

¹⁴ FRCP, § 23.1; MBCA, § 7.45.

¹⁵ Cfr. *Re Ortiz Estate*, 27 A.2d 368 [Del. 1942] e *Desimone v. Industrial bio-test laboratories inc.*, 83 F.R.D. 615 (S.D.N.Y. 1979), le quali chiariscono i criteri in base ai quali il giudice deve approvare la transazione: il proponente deve dimostrare che l'accordo con gli amministratori è frutto di trattative «reali» e non collusive, fondate su informazioni complete e condotte da consulenti legali esperti; il giudice, quindi, per approvare la transazione deve averla giudicata «reasonable in light of the plaintiffs' ultimate probability of success in the lawsuit», computando anche il danno e i costi che verrebbero sopportati per proseguire il giudizio sino alla sentenza di merito.

¹⁶ *Foss v. Harbottle* (1943) 2 Hare 461.

¹⁷ V. WEDDERBURN, *Shareholders' right and the rule in Foss v. Harbottle, part 1*, in *Cambridge Law Journal*, 1957, 196.

corporate assets, non ratificabili, e le violazioni degli «ordinari» *fiduciary duties*, le quali, al contrario, sono ratificabili dall'assemblea e come tali non possono dare adito all'azione di minoranza¹⁸; in secondo luogo, è necessario che l'amministratore convenuto abbia il controllo della società (*wrongdoer control*) o che il controllo sia in mano a soggetti riferibili agli amministratori, cosicché sia prevedibile che l'assemblea non eserciterà mai l'azione di responsabilità, nemmeno se sollecitata dalla minoranza¹⁹. In presenza di questi presupposti, il fatto che l'assemblea non abbia deciso di esperire azione di responsabilità verso gli amministratori viene considerato un comportamento «fraudolento» che consente di accedere all'azione da parte della minoranza²⁰.

Il diritto inglese, infine, favorisce sotto il profilo delle spese processuali il socio che agisca in responsabilità²¹. La società, infatti, deve rimborsare le spese processuali ai soci che agiscono in buona fede, ossia quando sarebbe stato ragionevole per un amministratore indipendente esperire l'azione di responsabilità verso gli altri amministratori; il rimborso, inoltre, è dovuto anche se la sentenza definitiva rigetta l'azione²².

¹⁸ V. *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All ER 1064 = [1950] WN 537. Cfr. BOYLE (nt. 2) 26; DAVIES, *Gowers' principles of modern company law*⁷, London, 2003, 459.

¹⁹ Il *leading case* è *Burland v. Earle* Privy Council [1900-3] All ER Rep Ext 1452 = [1902] AC 83. Con riguardo al requisito del controllo, una prima sentenza affermò che il controllo rilevante fosse solo quello di diritto (ossia la maggioranza azionaria), precludendo così in pratica la *derivative action* in tutte le società quotate: *Pavlides v. Jensen* [1958] Ch 565 = [1956] 2 All ER 518; una sentenza più recente, però, ha modificato la regola, ritenendo sufficiente il controllo di fatto: *Prudential assurance co. Ltd v. Newman industries Ltd* [1982] Ch 204 = [1982] 1 All ER 354.

²⁰ V. peraltro WEDDERBURN, *Shareholders' right and the rule in Foss v. Harbottle, part 2*, in *Cambridge law journal*, 1958, 96, per il quale si tratterebbe di un'eccezione alla regola *Foss v. Harbottle* solamente nei casi in cui i soci sono legittimati ad agire nonostante la ratifica assembleare, e non quando l'operazione non è ratificabile.

²¹ Il diritto inglese, però, non prevede i meccanismi prima illustrati che nel diritto statunitense spostano rischi ed incentivi dagli azionisti agli avvocati. Nel diritto inglese, precisamente, sono consentiti solamente i *conditional fee agreements*, sulla base dei quali l'avvocato non percepisce alcun compenso se la causa viene persa, mentre in caso di vittoria egli ottiene una maggiorazione rispetto alla tariffa ordinaria (a differenza dei *contingency fees* statunitensi, in cui l'avvocato può ottenere una quota percentuale del risarcimento del danno): cfr. REISBERG, *Funding derivative actions: a re-examination of costs and fees as incentives to commence litigation*, in *Journal of corporate law studies*, 2004, 379 ss.; BOYLE (nt. 2), 83.

²² *Wallerstein v. Moir* (No 2) [1975] QB 373. La regola è stata poi introdotta nel codice di rito, che attribuisce al giudice il compito di approvare la continuazione dell'azione e al contempo di accollarne i costi alla società: CPR 19.9. Ancor più avanzato in tema di ripartizione delle spese processuali è l'ordinamento neozelandese, il quale prevede che le spese legali debbano essere comunque accollate alla società, a meno che il giudice non le ritenga «*unjust or inequitable*»: New Zealand Companies Act 1993 Sec. 166.

2.3. Germania.

L'ordinamento tedesco ha riformato recentemente la disciplina dell'azione di responsabilità. Una legge approvata nel luglio 2005 ed entrata in vigore il 1° novembre successivo²³ ha ampliato le possibilità di esperire l'azione di responsabilità da parte di minoranze qualificate, emulando, in qualche misura, le soluzioni nordamericane²⁴.

In via generale, la competenza a decidere in merito all'esercizio dell'azione spetta al consiglio di sorveglianza²⁵, il quale può essere vincolato a farlo da una richiesta dell'assemblea. In precedenza, il § 147, comma 1°, *AktG* consentiva anche alla minoranza che rappresentasse almeno il dieci per cento del capitale di richiedere al consiglio di sorveglianza l'esercizio dell'azione di responsabilità. Il problema di fondo di questo meccanismo indiretto era che l'azione veniva comunque esperita dal consiglio di sorveglianza, il quale è espressione della maggioranza ed ha, a sua volta, nominato gli amministratori convenuti. Per ovviare a quest'inconveniente, il giudice poteva nominare un rappresentante speciale su richiesta di una minoranza pari al dieci per cento del capitale o a un milione di euro in valore nominale, se riteneva tale nomina necessaria all'esercizio dell'azione (§ 147, comma 2°, *AktG*, ante riforma). Infine, una minoranza pari al cinque per cento del capitale o a 500.000 euro, se sussisteva il sospetto urgente che gravi atti di *mala gestio* avessero danneggiato la società, poteva chiedere al giudice la nomina di un rappresentante speciale, il quale, a sua volta, poteva agire in responsabilità verso gli amministratori (§ 147, comma 3°, *AktG*, ora abrogato)²⁶.

²³ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (*UMAG*) dell'8-7-2005.

²⁴ La legge, tra l'altro, ha codificato la c.d. *business judgement rule*: non sussiste violazione di alcun dovere se l'amministratore «poteva ritenere ragionevolmente di agire nell'interesse della società sulla base di informazioni sufficienti», § 93, comma 1°, ultima frase, *AktG*. Cfr. SCHÄFER, *Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG*, in *ZIP*, 2005, 1253.

²⁵ § 112 *AktG*. Il *BGH*, nella sentenza *ARAG (BGH, 21-4-1997, «ARAG/Garmenbeck»*, in *BGHZ*, 135, 244), ha precisato quale sia l'ambito di discrezionalità del consiglio di sorveglianza nella scelta se esperire l'azione: in primo luogo, il consiglio di sorveglianza deve valutare se il *Vorstand* ha compiuto atti di *mala gestio* dannosi, e nel far questo dovrà tenere conto della *business judgement rule* riguardo ai comportamenti degli amministratori; una volta accertata la violazione delle regole di condotta da parte degli amministratori il consiglio di sorveglianza gode di una discrezionalità molto limitata: esso è tenuto a proporre l'azione di responsabilità, la quale può essere evitata solo provando che l'esercizio dell'azione arrecherebbe un pregiudizio almeno pari al danno subito. Cfr. ULMER, *Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns*, in 163 *ZHR*, 1999, 295 ss.

²⁶ Questa norma venne introdotta con il *KonTraG* del 1998.

Dopo la novella, invece, si prevede solamente che il giudice debba nominare rappresentanti speciali per l'esercizio dell'azione di responsabilità quando ne facciano richiesta tanti soci che rappresentino almeno il dieci per cento del capitale o un milione di euro di valore nominale, sempre che egli ritenga la nomina opportuna per l'esercizio corretto dell'azione. Questa disposizione, quindi, riguarda solamente il caso in cui l'esercizio dell'azione sia già stato deciso dal consiglio di sorveglianza o dall'assemblea.

L'azione di minoranza vera e propria è ora contenuta nel nuovo § 148 *AktG*: tanti azionisti che siano titolari, al momento della presentazione della domanda, di azioni che rappresentano almeno l'uno per cento del capitale oppure che abbiano un valore nominale almeno pari a 100.000 euro possono chiedere al tribunale di essere ammessi ad agire, in proprio nome e a vantaggio della società, contro gli amministratori²⁷.

Il giudice, che vede in tale maniera riconosciutosi un nuovo e importante ruolo, deve concedere l'autorizzazione in presenza di quattro condizioni, che devono ricorrere congiuntamente:

- se gli azionisti erano tali al momento in cui le pretese irregolarità vennero compiute;
- se gli azionisti provano di avere richiesto formalmente alla società di esercitare l'azione di responsabilità²⁸;
- se sussistono circostanze che giustificano il sospetto che la società abbia subito un danno per gravi inadempienze degli amministratori;
- se non sussistono ragioni fondate sull'interesse sociale che siano di ostacolo all'esercizio dell'azione.

In questo sistema è dunque attribuito al giudice il compito di concretizzare due clausole generali, ossia il sospetto di gravi inadempienze e l'interesse sociale prevalente, cosicché il funzionamento del nuovo istituto dipenderà in larga misura dalle scelte compiute dalla giurisprudenza.

D'altro canto, occorre sottolineare che, anche dopo la riforma, risultano mancare alcuni dei meccanismi che nel diritto statunitense sono volti a incentivare l'esercizio delle azioni di responsabilità, tra cui il patto di quota lite, fatta eccezione per il regime delle spese che è stato disegnato in maniera da favorire gli azionisti che agiscono. A tale proposito, infatti, la riforma distingue tra il giudizio con cui il giudice approva l'esercizio dell'azione e il giu-

²⁷ Cfr. ULMER (nt. 25), 341, il quale formulò una proposta di azione di minoranza cui la nuova norma è largamente debitrice.

²⁸ Poiché l'organo competente ad esperire l'azione è il consiglio di sorveglianza, è evidente che la minoranza non dovrà necessariamente chiedere la convocazione dell'assemblea (per ottenere la quale, peraltro, potrebbe non disporre del *quorum* necessario, visto che il § 122 *AktG* attribuisce il relativo potere a chi detenga il cinque per cento del capitale), ma potrà semplicemente sollevare la questione formalmente presso il consiglio di sorveglianza.

dizio di merito sull'inadempimento degli amministratori (§ 148, comma 6°, *AktG*). Con riguardo al primo, se la domanda viene rigettata i costi vengono sopportati interamente dall'attore, a meno che il rigetto non dipenda da ragioni inerenti all'interesse sociale ignote al socio che agisce (nel qual caso la società è tenuta a rimborsare le spese); se la domanda è accolta, le spese sono sostenute dalla società. Con riguardo al giudizio di merito, la società è chiamata a rimborsare le spese processuali anche se l'azione viene rigettata, a meno che l'azione di minoranza non sia stata ammessa dal giudice grazie a elementi falsi addotti dall'attore con dolo o colpa grave.

3. *Natura dell'azione.*

Veniamo ora al diritto italiano. Il primo quesito da affrontare riguarda la "natura" giuridica dell'azione concessa alla minoranza qualificata, quesito solo all'apparenza di carattere nominalistico o classificatorio. La risposta, foriera di conseguenze applicative rilevanti, non è agevole: con l'azione di minoranza l'ordinamento attribuisce la legittimazione ad agire ad alcuni soggetti — i soci detentori della quota legittimante — che sono giuridicamente diversi dal soggetto che beneficerà del risarcimento — ossia la società — ma in sostanza ne sono, per così dire, «parte», poiché alla base della società altro non c'è che un contratto tra i soci stessi.

L'azione di minoranza è la stessa azione che potrebbe essere promossa dall'assemblea, ossia la pretesa al risarcimento del danno per *mala gestio* arrecato dagli amministratori alla società, risarcimento che andrà direttamente ed esclusivamente a favore della società. È vero che i soci di minoranza che agiscono si avvantaggeranno indirettamente dell'azione, al pari di tutti gli altri soci, ma si tratterà, appunto, di un vantaggio indiretto, dovuto all'aumento di valore delle loro quote di partecipazione.

Formalmente, quindi, uno o più soggetti fanno valere un diritto soggettivo appartenente a un terzo. Pertanto, il nuovo istituto rappresenta un caso di legittimazione straordinaria ai sensi dell'art. 81 c.p.c., col quale la legge attribuisce a un soggetto la legittimazione ad agire in giudizio per far valere un diritto altrui.

Parte della dottrina, però, ha ritenuto di dover andare oltre e di inquadrare l'azione di minoranza nello schema dell'azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c.²⁹. La conseguenza principale della qualificazione come

²⁹ In questo senso, con riguardo all'art. 129 t.u.f., MAVIGLIA, in *Testo Unico dell'intermediazione finanziaria* a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1998, 708; SCHLESINGER, *La riforma Draghi: le novità per le società quotate*, in *Corr. giur.*, 1998, 449; SALAFIA, *Gli organi direttivi nelle società*

azione surrogatoria sarebbe quella di applicare all'azione di minoranza i presupposti della prima, ossia, principalmente, di subordinare la legittimazione ad agire all'inerzia della società.

Alle medesime conclusioni pratiche giungono, per vero, anche altri autori che evitano una classificazione rigida e s'avvalgono di una perifrasi più sfumata, cui è sottesa la non completa identità tra l'azione di minoranza e la surrogatoria, affermando che la prima sarebbe semplicemente «di tipo surrogatorio»³⁰. La conseguenza, però, è di applicare in via analogica la disciplina dell'azione surrogatoria per quanto non previsto dalla norma di diritto societario, ossia di subordinare l'azione all'inerzia della società³¹.

La tesi dell'azione surrogatoria è stata criticata da altra parte della dottrina sulla base di riflessioni che paiono tuttora convincenti³². Essa parte dal presupposto implicito che la minoranza legittimata sia equiparabile al creditore dello schema previsto dall'art. 2900 c.c., ma quest'equiparazione pare

quotate in mercati regolamentati, in *Società*, 1998, 253; RISCOSSA, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa* diretto da Cottino, Torino, 1999, 171; SANTORO, *I poteri delle minoranze*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate* a cura di Patroni Griffi-Sandulli-Santoro, Torino, 1999, 877.

³⁰ G.F. CAMPOBASSO, in *Testo Unico della finanza* a cura di G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, 1072; MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato* Cottino, IV, Padova, 2004, 341.

Da queste tesi deve distinguersi, infine la teoria proposta da autorevole dottrina con riguardo all'art. 129 t.u.f., secondo la quale l'azione di minoranza sarebbe un'ipotesi eccezionale di *negotiorum gestio* processuale: OPPO, *L'azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 408, seguito, con riferimento all'art. 2393 bis c.c., da SAMBUCCI, *Danno da mala gestio e tutela della minoranza*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 103 (il quale ricava da questa ricostruzione, da un lato, che la minoranza che agisce spende il nome della società e non il proprie, dall'altro, che essa è legittimata solo in caso di *absentia domini*, ossia, in sostanza, di inerzia della società).

³¹ G.F. CAMPOBASSO (nt. 30), 1072; MONTALENTI (nt. 30), 341.

³² Con riferimento all'art. 129 t.u.f., BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, 169; FABRIS, *Sulla natura dell'azione sociale di responsabilità esercitabile da parte dei soci di minoranza nelle società quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 351; PICCIAU, *sub art. 129*, in *La disciplina delle società quotate. Commentario* Marchetti-Bianchi, Milano, 1999, 1001; F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 77; Ant. ROSSI, *sub art. 129*, in *Il nuovo diritto della società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2001, 113; MEO, *Le società quotate*, in *Trattato* Bessone, XVII, Torino, 2002, 194. Con riferimento all'art. 2393 bis c.c., F. AULETTA, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli-Santoro, I, Torino, 2003, 490; VASSALLI, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 694; Ant. ROSSI, *sub art. 2393 bis*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 822; PICCIAU, *sub art. 2393 bis*, in *Commentario* Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, *Amministratori*, Milano, 2005, 603 ss.; DE NICOLA (nt. 2) 94; MATERA, *Azione di minoranza e corporate governance nelle società per azioni*, Salerno, 2005, 76 ss.

una riproposizione meccanica di opzioni ideologiche, prima ancora che giuridiche, di carattere istituzionalistico³³.

Ma l'inquadramento della nuova azione entro l'istituto della surrogatoria è criticabile soprattutto per motivi di carattere sistematico. È indimostrabile, infatti, che il nuovo istituto rappresenti solo un caso particolare di azione surrogatoria e, anzi, quest'identità è un esempio di vischiosità dei concetti giuridici. Tra l'azione di minoranza e l'azione surrogatoria, infatti, sussiste indubitabilmente una somiglianza, perché in entrambe un soggetto esperisce un diritto altrui e solo il titolare si avvantaggia del risarcimento, ma non è corretto, e rappresenta un tipico esempio di inversione concettualistica di disciplina e fattispecie, inferire, sulla base della parziale identità di alcune norme di disciplina l'identità di un'ipotetica fattispecie o di un istituto posto a monte e, con moto poi discendente, dedurre da questa pretesa identità, ulteriori conseguenze giuridiche non espresse nella legge, ossia l'applicazione dei presupposti dell'istituto ritenuto generale³⁴.

Altra considerazione merita la diversa opinione che, come abbiamo visto, estende solo in via analogica la disciplina dell'azione surrogatoria all'azione di minoranza³⁵. Quest'opinione poggia sulla premessa implicita che i due istituti non siano identici ma che, vista la somiglianza strutturale e funzionale, sia possibile colmare le eventuali lacune del nuovo istituto estendendo in via analogica la disciplina dell'azione surrogatoria.

Tuttavia, tra l'azione di minoranza e quella surrogatoria sussiste una differenza strutturale che rende impossibile l'analogia: la prima è una legittimazione ad agire attribuita ad alcuni soci nell'evidente presupposto che sia necessario spezzare il nesso di solidarietà tra maggioranze e amministratori, anche in funzione deterrente nei confronti di futuri comportamenti di *mala gestio*; la seconda, al contrario, è un mezzo conservativo della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti di un creditore negligente, mezzo finalizzato a scopi di mera tutela di un credito che già esiste³⁶.

Di conseguenza, la minoranza potrà agire senza dover attendere che l'assemblea resti inerte per un tempo congruo di fronte ad atti di *mala gestio* degli amministratori e persino quando l'assemblea abbia deliberato di non agire, a meno che essa non abbia deciso di rinunciare o transigere, rispet-

³³ FABRIS (nt. 32), 351; F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 73; DE NICOLA (nt. 2), 94.

³⁴ Per quest'argomentazione rinviamo a F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 73, cui *adde* con riguardo all'art. 2393 *bis* c.c., MATERA (nt. 32), 75.

³⁵ G.F. CAMPOBASSO (nt. 30), 1072; MONTALENTI (nt. 30), 341.

³⁶ Sulle finalità dell'azione surrogatoria cfr., per tutti, DE SANCTIS RICCIARDONE, *Surrogatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma 1993, 11.

tando le norme relative di cui ci occuperemo in seguito, nel qual caso l'azione promossa dalla minoranza diverrà improponibile³⁷.

Occorre sottolineare, infine, che la minoranza legittimata agisce in nome proprio e non spende il nome della società³⁸. La minoranza che agisce, infatti, deve chiamare la società in giudizio, coerentemente col fatto che è quest'ultima ad essere «parte» in senso sostanziale e titolare della pretesa controversa. Se la minoranza agisse in nome della società, la società chiamata in giudizio sarebbe rappresentata da due soggetti diversi: dalla minoranza e, al contempo, dai propri rappresentanti legali o, al limite da un rappresentante straordinario se i rappresentanti legali si trovassero in conflitto d'interessi³⁹.

Il nuovo istituto, in conclusione, configura un'ipotesi di legittimazione straordinaria: la minoranza agisce in giudizio per fare valere il diritto di credito al risarcimento del danno, di cui è titolare la società, la quale è provvista di organi «naturalmente» competenti a disporre del diritto stesso e ad esercitare l'azione, ossia l'assemblea, competente ai sensi dell'art. 2393 c.c. sia ad esercitare l'azione di responsabilità sia a deliberare su rinuncia e transazione in ordine all'azione⁴⁰.

4. *Presupposti dell'azione.*

Salvo che lo statuto preveda una quota di capitale inferiore, i soci, per potere agire, devono essere titolari congiuntamente di un quinto del capitale, elevabile statutariamente a un terzo, nelle società «chiuse» e del 2,5 per cento (già 5 per cento prima della l. n. 262/2005) in quelle «aperte»: com'è intuitivo, il nuovo istituto si rivolge a soci di dimensioni consistenti, soprattutto nelle società aperte e, in particolare, in quelle quotate.

Rispetto alla «vecchia» azione di minoranza prevista dal t.u.f. per le sole società quotate, la riforma ha eliminato un ostacolo significativo, ossia l'onere

³⁷ Assumiamo, pertanto, che l'art. 2393, comma 5°, c.c., su rinuncia e transazione si applichi non solo dopo che l'azione è stata deliberata dall'assemblea o esperita, ma anche prima della proposizione, quando la società intende rinunciare al diritto di credito verso gli amministratori al risarcimento del danno; in questo senso e per una discussione delle opinioni minoritarie difformi, cfr. BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità*, Padova, 1992, 272 ss.

³⁸ La questione è pressoché pacifica: v. ad es. OPPO (nt. 30), 408; F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 64. *Contra*, però, SAMBUCCI (nt. 30), 111.

³⁹ F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 64.

⁴⁰ Questo, ovviamente, vale per i modelli di amministrazione e controllo «tradizionale» e monistico, mentre nel modello dualistico l'azione di responsabilità verso i componenti del consiglio di gestione può essere esercitata anche previa delibera del consiglio di sorveglianza, ai sensi dell'art. 2409 *terdecies*, comma 1°, lett. d), c.c.

d'aver detenuto la partecipazione per almeno sei mesi prima dell'esercizio dell'azione⁴¹. Resta, però, irrisolto un quesito interpretativo la cui soluzione potrebbe frapporre un ostacolo rilevante all'esercizio dell'azione, ossia se i soci che agiscono debbano essere titolari della quota legittimante solo al momento dell'introduzione del giudizio oppure se essi debbano mantenere tale partecipazione sino alla fine del processo⁴².

La dottrina si è chiesta dunque se la detenzione della quota legittimante rappresenti una condizione dell'azione o un semplice presupposto processuale. Nel primo caso sarebbe necessario detenere la quota legittimante sino alla fine del processo, mentre nel secondo caso sarebbe sufficiente possederla al momento dell'esercizio dell'azione⁴³.

A molti tra i primi commentatori dell'art. 129 t.u.f., e anche a uno degli autori del presente contributo, la prima soluzione parve inevitabile, nonostante gli effetti disincentivanti della norma così ricavata⁴⁴. Da qui, a rigore, si dovrebbero ricavare due corollari: *a*) la minoranza che ha agito non può cedere la partecipazione in misura tale da scendere al di sotto della quota legittimante; *b*) la società potrà deliberare operazioni straordinarie, come aumenti di capitale con esclusione del diritto d'opzione, che annacquino la

⁴¹ In realtà, rispetto a questo requisito la dottrina era divisa. Da un lato, si era ritenuto che i soci, per essere legittimati, dovessero avere detenuto la percentuale legittimante per almeno sei mesi prima dell'inizio dell'azione (riducendo in tal modo drasticamente il novero dei soggetti legittimati e la stessa appetibilità dell'azione di minoranza rispetto alla cessione delle azioni): così SABATELLI, *Questioni in tema di legittimazione all'esercizio dell'azione di sociale di responsabilità da parte della minoranza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, 93; dall'altro, la dottrina maggioritaria aveva sostenuto che fosse sufficiente essere in possesso della percentuale legittimante al momento dell'azione e che il requisito dei sei mesi si riferisse al mero *status socii*: RISCOSSA (nt. 29), 170; F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 80; Ant. ROSSI, *sub art. 129* (nt. 32), 116; G.F. CAMPOBASSO (nt. 30), 1069.

⁴² Il legislatore storico, sia detto per inciso, ha perso un'ottima occasione per fare chiarezza in merito ad un aspetto che, come risulterà chiaro nel seguito della riflessione, ben difficilmente può essere risolto dall'interprete; v. a proposito, l'esortazione di ABBADESSA, in *Parere del collegio dei docenti del dottorato in diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, 1476.

Si deve sottolineare, inoltre, che il diritto italiano, a differenza di quello statunitense, consente di agire anche al socio che ha acquistato la partecipazione dopo che gli amministratori hanno commesso gli atti di *mala gestio*; in senso critico v. DE NICOLA (nt. 2), 132.

⁴³ V. ad es. DENTI, *Azione. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1994, 3.

⁴⁴ Riguardo all'art. 129 t.u.f. ritenevano che si trattasse di condizioni dell'azione PICCIAU, *sub art. 129* (nt. 32), 989; SANTORO (nt. 29), 876; SABATELLI (nt. 41), 133; F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 82; MEO (nt. 32), 191; con riguardo all'art. 2393 *bis c.c.*, v. F. AULETTA (nt. 32), 488.

In senso contrario, però, G.F. Campobasso (nt. 30), 1070; Ant. ROSSI, *sub art. 129* (nt. 32), 119 e, con riguardo all'art. 2393 *bis c.c.*, MONTALENTI (nt. 30), 337; DALMOTTO, in *Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, II, Bologna, 2004, 812.

partecipazione dei soci che hanno agito, facendo venire meno *ex post* la loro legittimazione.

Tra questi autori, alcuni si sono fatti carico dell'obiezione che, seguendo quest'interpretazione, l'azione di minoranza avrebbe avuto scarse prospettive di successo, opponendo che la chiamata in giudizio della società consente al processo di proseguire, pur dopo l'estromissione della minoranza che ha agito⁴⁵.

La soluzione per cui la detenzione del *quorum* legittimante sarebbe una condizione dell'azione costituisce però un forte disincentivo: chi intende agire dovrebbe mantenere le azioni in portafoglio sino alla conclusione del processo, che potrebbe durare anni e il cui esito è ovviamente incerto, assumendosi un rischio notevole e un ingente onere finanziario in termini di costi-opportunità.

Questi pericoli sono evidenti nelle società «aperte». È affermazione diffusa, infatti, che l'azione di minoranza si rivolga in primo luogo agli «investitori istituzionali», ammettendo e auspicando che il loro «attivismo» sia in grado di contrastare comportamenti predatori o inefficienti dei gruppi di comando. Gli investitori istituzionali, tuttavia, non solo verranno scoraggiati dalla presenza di una soglia legittimante fissa e di entità rilevante, ma inoltre, di fronte alla prospettiva di restare nella compagine azionaria per anni, senza poter cedere le azioni sino alla fine del processo, preferiranno certamente vendere subito e investire altrove disinteressandosi delle sorti della società⁴⁶; pertanto, imporre agli attori di mantenere la partecipazione sino alla sentenza significa escludere proprio gli investitori istituzionali dal novero dei soggetti che, in pratica, faranno ricorso al nuovo istituto.

Inoltre, anche se si aderisse alla tesi, prima menzionata, secondo la quale il processo continua con la società costituitasi in giudizio anche dopo l'estromissione dei soci attori⁴⁷, non si otterrebbero risultati pratici di rilievo, poiché in tale maniera si riconsegnerebbe il potere di scegliere le strategie processuali alla maggioranza, la quale ben difficilmente potrà essere vincolata da scelte processuali della minoranza poi estromessa⁴⁸. In altri termini:

⁴⁵ PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 990; MEO (nt. 32), 192. Come meglio vedremo in seguito, secondo quest'impostazione ogni atto con cui la società intenda dismettere il giudizio anche parzialmente o non aderire alle prospettazioni della minoranza dovrebbe essere autorizzato dall'assemblea secondo quanto previsto dalla disciplina di rinuncia e transazione, ossia senza che vi sia il voto contrario della minoranza di blocco di cui all'art. 2393, comma 5°, c.c., PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1031; MEO (nt. 32), 195.

⁴⁶ ENRIQUES, *Nuova disciplina delle società quotate e attivismo degli investitori istituzionali: fatti e prospettive alla luce dell'esperienza anglosassone*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 683; MONTALENTI (nt. 30), 336; GIUDICI (nt. 9), 483 s.; MATERA (nt. 32), 137.

⁴⁷ Così PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 990; MEO (nt. 32), 192.

⁴⁸ MONTALENTI (nt. 30), 336; MATERA (nt. 32), 52.

anche ritenendo che l'assemblea dovrà autorizzare espressamente ogni contegno processuale diverso dalle prospettazioni degli attori seguendo la disciplina della rinuncia e della transazione⁴⁹, è irrealistico pensare che la maggioranza possa essere vincolata a perseguire l'obiettivo di una sentenza di condanna come avrebbe fatto la minoranza che aveva agito⁵⁰. Infine, questa soluzione consegna nelle mani della maggioranza un'arma che potrebbe neutralizzare il potere di agire della minoranza: basterebbe «convincere», con congrue prebende, alcuni degli azionisti che hanno agito a uscire dal gruppo dei soci attori e a rinunciare agli atti, ovvero più semplicemente a vendere le proprie azioni, per far venire meno la stessa legittimazione ad agire⁵¹.

La questione, in realtà, non può essere risolta applicando semplicemente le categorie della «condizione dell'azione» o del «presupposto processuale», poiché esse svolgono una funzione descrittiva della disciplina applicabile e il ragionamento sarebbe semplicemente tautologico. Occorre, piuttosto, spostare l'attenzione sul dato positivo dell'istituto in esame, chiedendosi se la sua *ratio* e la sua struttura impongano a chi agisce di mantenere la partecipazione sino a sentenza⁵².

Si deve tener presente, a tale proposito, che lo statuto può ridurre il quorum legittimante, fino ad attribuire il potere di agire anche a chi detiene una sola azione, ossia fino a legarlo al mero *status socii*, il quale, pertanto, è l'unico elemento che debba ritenersi essenziale per la legittimazione ad agire⁵³. A riprova del fatto che il legislatore non intendeva obbligare i soci a mantenere le azioni in portafoglio sino alla sentenza di merito, potrebbe militare il confronto tra l'azione di minoranza e la nuova disciplina sull'impugnazione delle delibere assembleari, anch'essa subordinata al possesso di una determinata quota di partecipazione. L'art. 2378, comma 2°, c.c., infatti, prevede esplicitamente che, se i soci che hanno agito cedono le loro azioni nel corso del processo, il giudice non possa più pronunciare l'annullamento

⁴⁹ PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 990; MEO (nt. 32), 192.

⁵⁰ MONTALENTI (nt. 30), 336.

⁵¹ DALMOTTO (nt. 45), 812; MATERA (nt. 32), 53.

⁵² G.F. CAMPOBASSO (nt. 30), 1070.

⁵³ Sotto un profilo funzionale, il confronto con la s.r.l. mette in luce una particolarità: nelle s.r.l. si attribuisce al singolo socio il potere di agire, mentre nelle s.p.a. «chiuse», che per compagine sociale e meccanismi di governance dovrebbero avvicinarsi alle s.r.l., si prevede un quorum consistente e persino innalzabile dallo statuto. Bisogna considerare, peraltro, che nelle s.r.l., proprio perché esse hanno compagine ristretta, spesso i soci anche di minoranza avranno comunque partecipazioni superiori al venti per cento del capitale; v. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 656.

ma solo condannare, eventualmente, al risarcimento del danno⁵⁴. Nonostante l'ambiguità di questi indizi, si potrebbe argomentare, *a contrario*, dalla mancanza di una norma di tenore analogo a quello dell'art. 2378, comma 2°, c.c., che il *quorum* dell'azione di minoranza non debba essere mantenuto sino alla sentenza di merito.

Seguendo questa tesi, però, sorge l'interrogativo di quanti soci attori debbano restare nella compagine sociale, affinché non venga meno la legittimazione ad agire; si potrebbero dare tre diverse risposte, ossia che debbano restare nella compagine sociale⁵⁵: *a*) tutti i soci che hanno agito; *b*) tanti soci che rappresentavano il *quorum* legittimante al momento in cui l'azione venne esercitata; *c*) almeno uno tra i soci che hanno agito. La soluzione preferibile, in quanto più coerente con la tesi accolta in merito alla natura di presupposto processuale della quota di capitale posseduta dagli attori, è che sia sufficiente che resti socio almeno uno tra i soci che hanno agito.

Qualora i soci che hanno agito cedano le proprie azioni, trova applicazione l'art. 111 c.p.c., in materia di successione a titolo particolare nel diritto controverso? La nozione di «diritto controverso» ai sensi dell'art. 111 c.p.c. è stata dibattuta lungamente; essa, infatti, non può riferirsi all'avvenuto trasferimento del diritto sostanziale, poiché tale diritto è, per l'appunto, *sub iudice*. Di conseguenza, la nozione in questione riguarda una fattispecie processuale oppure il trasferimento eventuale del diritto sostanziale⁵⁶. Nel nostro caso, la pretesa al risarcimento del danno verso gli amministratori resta in capo al suo originario titolare, ossia alla società, anche dopo l'alienazione delle azioni del socio che ha agito; a rigore, dunque, quest'alienazione non può rappresentare una cessione di «diritto controverso», in alcuna sua accezione⁵⁷. La giurisprudenza sulla cessione della partecipazione in corso di

⁵⁴ DALMOTTO (nt. 45), 812; Ant. ROSSI, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 119; DI CATALDO (nt. 54), 657; MATERA (nt. 32), 55; GIUDICI (nt. 9), 484.

⁵⁵ Oppure, come vedremo nel prossimo paragrafo, nel patto parasociale che lega gli attori.

⁵⁶ Senza pretesa di completezza, si rinvia a DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 47; FAZZALARI, *Successione nel diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 521; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁶, I, Torino, 2004, 385.

⁵⁷ Non sono mancate, peraltro, voci favorevoli, quantomeno in linea di principio, all'applicazione dell'art. 111 c.p.c.: SABATELLI (nt. 41), 133, la quale, con riferimento all'art. 129, negava che si applicasse l'art. 111 c.p.c., ma per la sola ragione che la norma legittimava solo i soci iscritti da sei mesi nel libro soci, sicché se tale previsione non vi fosse stata, l'art. 111 c.p.c. avrebbe trovato applicazione; NAZZICONE e PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli*, Milano, 2003, 206; Ant. ROSSI, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 829, il quale distingue tra la cessione di una partecipazione qualificata e quella di una partecipazione inferiore: nel primo caso, assieme alla partecipazione verrebbe alienata anche la posizione legittimante, sicché il processo continuerebbe e si applicherebbe l'art. 111 c.p.c.; nel secondo caso, dopo l'alienazione l'avente causa non sarebbe provvisto di una legittimazione autonoma e, quindi, il processo diverrebbe improcedibile. Ovviamente, per sostenere questa tesi è necessario intendere per

causa da parte del socio che ha impugnato la delibera assembleare, in effetti, nega che si applichi l'art. 111 c.p.c. in simili circostanze⁵⁸, cosicché il giudice dovrebbe pronunciare una sentenza di rigetto in rito.

La riforma del diritto societario ha introdotto un elemento di confusione. L'art. 2378, comma 2°, c.c., sull'impugnazione delle delibere assembleari, prevede che in caso di trasferimento delle azioni il processo non possa giungere a sentenza di merito «[f]ermo restando quanto disposto dall'articolo 111 del codice di procedura civile». L'enunciato è ambiguo, poiché gli effetti dell'art. 111 c.p.c., ossia la prosecuzione del processo con le parti originarie, sono esattamente opposti a quelli previsti dall'art. 2378, commi 2° e 3°, c.c., per i quali il processo si deve interrompere. La soluzione che pare più accettabile, è di ritenere che l'art. 111 c.p.c. si applichi solo quando la cessione delle azioni *non* faccia venir meno il *quorum* legittimante, mentre, se viene ceduta una partecipazione marginale, l'art. 2378 c.c. imporrebbe al giudice una pronuncia di rigetto in rito⁵⁹. Non ci sembra però che da questa norma si possa ricavare una risposta all'analogo quesito rispetto all'azione di minoranza, poiché non è chiaro se l'art. 2378, comma 2°, c.c., rappresenti una deroga all'art. 111 c.p.c., che altrimenti troverebbe applicazione in tutti i casi, oppure

«diritto controverso» la posizione legittimante, indipendentemente dal fatto che il diritto sostanziale venga ceduto.

Si vedano, inoltre, Cass., 9-5-1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1822, la quale applicò l'art. 111 c.p.c. al caso del creditore surrogato che aveva ceduto il credito in corso di causa, e Cass., 15-11-1999, in *Mass. giur. it.*, 1999, 2245, che applicò l'art. 111 c.p.c. ad un caso in cui il socio, che aveva fatto opposizione di terzo avverso una sentenza pronunciata tra la società ed altro soggetto, aveva poi ceduto le sue azioni nel corso del processo.

⁵⁸ Cfr. tra le molte Cass., 9-8-1973, in *Foro it.*, 1973, 2975 e Trib. Milano, 23-6-1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 248. In dottrina, tra gli altri, si veda la chiara posizione di BIGIAMI, *Acquisto di azione sociale e impugnativa di deliberazione assembleare annullabile*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 1091 e, più di recente, ZANARONE, *L'invalidità della deliberazione assembleare*, in *Trattato Colombo-Portale*, 3**, Torino, 1993, 407, il quale ritiene che per «diritto controverso» si debba intendere «solo quel diritto il cui trasferimento a titolo particolare comporterebbe (...) la perdita della legittimazione ad agire e a contraddire da parte del dante causa ed il suo acquisto in capo all'avente causa», poiché la *ratio* della norma sarebbe di evitare duplicazioni di processi contro la stessa persona; l'A. fornisce al primo quesito risposta negativa, poiché per agire occorre essere socio sin dal momento dell'impugnazione (cosa peraltro affermata espressamente dall'art. 2377, comma 3°, c.c.), sicché non troverebbe applicazione nemmeno l'art. 111 c.p.c.

⁵⁹ CARRATA, in *Il nuovo processo societario*, in *Commentario Chiarloni*, Bologna, 2004, 1154. Sul tema v. anche MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella spa: l'impugnazione*, in *Società*, 2003, 676, per la quale dell'art. 111 c.p.c. si applicherebbe solo il terzo comma, sicché il processo si estinguerebbe sempre, a meno che l'avente causa non decida di subentrare; GUERRIERI, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 575.

se, al contrario, esso renda esplicito il fatto che in via generale l'art. 111 c.p.c. non si applichi alla cessione di azioni.

Occorre sottolineare, peraltro, che l'interrogativo sulla natura della quota legittimante è reso meno gravido di conseguenze, sul piano pratico, dal fatto che l'ordinamento non prevede alcun meccanismo di deposito delle azioni da parte dei soci che agiscono (o un meccanismo equivalente per le azioni dematerializzate)⁶⁰.

5. *Il rappresentante degli azionisti.*

L'art. 2393 *bis* c.c., prevede che gli azionisti legittimati debbano nominare a maggioranza un rappresentante comune per esercitare l'azione⁶¹. La norma presuppone che già esista un gruppo di soci intenzionati ad agire, legati tra loro da un patto parasociale il cui oggetto è l'esercizio dell'azione di responsabilità⁶² verso alcuni amministratori e con determinate caratteristiche di contenuto (ossia *petitum* e *causa petendi*).

Questo patto ha rilevanza meramente obbligatoria, ossia vincolerà solo i soci paciscenti⁶³; dunque, prima dell'esercizio dell'azione ogni singolo azionista può «sfilarsi» dal patto, rischiando solo d'essere chiamato a risarcire i danni arrecati agli altri soci⁶⁴. Ovviamente, se la partecipazione del socio che esce dal patto è marginale, viene meno la legittimazione ad agire e l'azione non potrà, evidentemente, essere promossa.

Un problema si pone quando due minoranze esercitano separatamente la medesima azione di responsabilità⁶⁵, nel qual caso non è chiaro se debba essere nominato un unico rappresentante comune, oppure se i due gruppi possano decidere di farsi rappresentare da soggetti diversi. A tale proposito è stato sostenuto, anche autorevolmente, che sarebbe necessario nominare un unico rappresentante a maggioranza dei due gruppi congiunti, poiché la *ratio* dell'istituto sarebbe di semplificare il processo il più possibile⁶⁶.

La tesi non può essere accolta, per la semplice ragione che le norme sul rappresentante comune non hanno come loro fattispecie l'azione, ma, trattandosi di regole organizzative, il loro «prius» è rappresentato dal gruppo dei

⁶⁰ Ant. Rossi, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 830.

⁶¹ È stato sostenuto anche che la norma non sarebbe inderogabile, ad esempio nel caso di esercizio dell'azione da parte di un solo azionista, nel qual caso non sussisterebbero le ragioni per la nomina di un rappresentante: Ant. Rossi, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 826.

⁶² PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1006, n. 89; SABATELLI (nt. 42), 111.

⁶³ SABATELLI (nt. 42), 117.

⁶⁴ Ant. Rossi, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 826.

⁶⁵ Ossia azioni coincidenti sia per *petitum* e *causa pretendi*, sia per i soggetti passivi.

⁶⁶ PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1012; G.F. CAMPOBASSO (nt. 30), 1071.

soci intenzionati ad agire. Inoltre, seguendo la tesi qui criticata, si attribuirebbe alla maggioranza un facile sistema per far nominare rappresentanti di sua fiducia e, in tale maniera, smussare le armi della «vera» minoranza⁶⁷.

6. *Le scelte processuali della società.*

Il funzionamento dell'istituto dipenderà anche dal ruolo che la società, litisconsorte necessaria, svolgerà nel processo⁶⁸. In giudizio la società interverrà mediante il suo legale rappresentante⁶⁹ oppure, in caso di conflitto d'interessi di questo, attraverso un curatore speciale, nominato secondo le regole del codice di rito⁷⁰.

Ovviamente, la società chiamata in giudizio potrà aderire integralmente alle richieste della minoranza, tanto rispetto al *petitum* quanto alla *causa petendi*, così come potrà proporre un'estensione o una modifica oggettiva o soggettiva, ovvero opporsi all'azione della minoranza e prendere le difese degli amministratori convenuti. La questione cruciale è se la società debba assumere le sue scelte processuali in base ad una delibera assembleare, come avviene per l'esercizio dell'azione o per la sua rinuncia o transazione. Per chiarezza occorre distinguere il caso in cui la società intenda aderire all'azione, magari estendendola, da quello in cui essa voglia restringerle l'ambito soggettivo od oggettivo, ovvero difendere la posizione degli amministratori.

Con riguardo al primo caso, parte della dottrina distingue tra l'ipotesi in cui la società aderisca integralmente alla prospettazione della minoranza, da quello in cui essa estenda l'azione, estensione che può riguardare l'ambito soggettivo, il *petitum* e/o la *causa petendi*. Nella prima ipotesi non servirebbe alcuna delibera assembleare, poiché, da un lato, l'azione è già stata promossa dalla minoranza⁷¹ e, dall'altro, subordinando il contegno processuale della società alla delibera assembleare si appesantirebbe inutilmente il procedimento⁷²; se, al contrario, la società volesse estendere l'azione, la delibera assembleare sarebbe necessaria, poiché l'azione proposta dalla minoranza

⁶⁷ SABATELLI (nt. 42), 112, n. 69.

⁶⁸ Che si tratti di litisconsorzio necessario è pacifico: cfr. OPPO (nt. 30), 409; BONELLI (nt. 32), 172; F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 66; Ant. ROSSI, *sub* art. 129 (nt. 32), 120; G.F. CAMPOBASSO (nt. 30), 1072.

⁶⁹ Art. 75 c.p.c.

⁷⁰ Art. 78 c.p.c. La dottrina si è chiesta se sia sufficiente notificare la citazione al solo presidente del collegio sindacale, oppure se sia necessario notificarla *anche* ai rappresentanti ordinari. V. PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1005, il quale ritiene che la norma consenta all'attore di scegliere se notificare al rappresentante legale o al presidente del collegio sindacale.

⁷¹ DALMOTTO (nt. 45), 817, n. 73.

⁷² PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1025; Id., *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 834, n. 155.

verrebbe modificata e, dunque, si tratterebbe, in parte (il che sarebbe sufficiente) di una nuova azione⁷³.

Pare preferibile l'opposta conclusione per la quale la delibera sia necessaria in entrambi i casi⁷⁴. La legge, infatti, attribuisce all'assemblea la competenza interna a deliberare sul *se* esperire l'azione di responsabilità verso gli amministratori e sul contenuto da dare all'azione, limitando in tale maniera i poteri deliberativi degli amministratori stessi, poteri che altrimenti, a rigore, si estenderebbero anche all'esercizio dell'azione di responsabilità. La società chiamata in giudizio, infatti, prima della decisione concernente la strategia processuale, si trova nella medesima situazione in cui si troverebbe se fosse posta di fronte all'interrogativo se agire contro gli amministratori, con la sola differenza che l'azione è già stata proposta dalla minoranza.

Questo ragionamento consente di rispondere all'altro interrogativo in precedenza sollevato, ossia se la delibera assembleare sia necessaria anche nel caso in cui la società intenda ridurre l'estensione dell'azione o appoggiare le posizioni degli amministratori, interrogativo cui si dovrà dare risposta affermativa.

Ci si deve chiedere, inoltre, se ogni decisione di ridurre l'estensione dell'azione o di difendere gli amministratori debba essere assunta con le procedure della rinuncia e della transazione, ossia senza che vi sia il voto contrario della minoranza di blocco prevista dall'art. 2393, comma 5^o, c.c. Non ci pare si possa aderire alla tesi favorevole, avanzata da una parte della dottrina⁷⁵. Infatti, quando la società decide di sostenere solo in parte le richieste della minoranza o di aderire alle posizioni degli amministratori, essa non dispone del diritto sottostante, come avviene nel caso di rinuncia e di transazione, ma semplicemente adotta una certa strategia processuale⁷⁶, chiedendo al giudice di condannare per fatti di minor portata o a un risarcimento minore, o un numero minore di soggetti, ovvero di non condannare i convenuti e di rigettare l'azione della minoranza.

7. Rinuncia e transazione.

La società resta titolare del diritto e, quindi, continua a detenere il potere di disporne, rinunciando all'azione o concludendo una transazione con gli

⁷³ PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1026; MATERA (nt. 32), 114.

⁷⁴ Ant. ROSSI, *sub* art. 129 (nt. 32), 121; ID., *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 832.

⁷⁵ PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1031; ID., *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 835, il quale sostiene questa tesi muovendo dal presupposto che si tratterebbe comunque di un atto di disposizione del diritto, sia pure non in senso proprio ma attraverso una certa posizione processuale.

⁷⁶ OPPO (nt. 30), 409; Ant. ROSSI, *sub* art. 129 (nt. 32), 121; ID., *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 832; MATERA (nt. 32), 115; DALMOTTO (nt. 45), 817.

amministratori convenuti, nonostante l'azione sia già stata esercitata dalla minoranza. In tal caso, precisa l'art. 2393 *bis* c.c., si continua ad applicare la disciplina generale sulla rinuncia e la transazione riguardo all'azione, in base alla quale, come abbiamo già visto, la delibera assembleare non può essere assunta col voto contrario di una minoranza pari o superiore al quinto del capitale, nelle società «chiuse», o al ventesimo del capitale nelle società «aperte», oppure alla diversa misura prevista dallo statuto per l'esercizio dell'azione di minoranza.

Apparentemente, quindi, la minoranza di blocco nelle delibere di rinuncia e transazione dovrebbe coincidere, in percentuale, con la minoranza legittimata ad agire (salvo il difetto di coordinamento tra l'art. 2393, comma 6°, e l'art. 2393 *bis*, comma 2°, c.c.). Questa, almeno, l'intenzione del legislatore; intenzione apprezzabile poiché in tale maniera si dovrebbe attribuire ai soci che hanno agito il potere di bloccare atti di disposizione dell'azione.

L'obiettivo, però, viene raggiunto solo apparentemente. Anche i soci privi del diritto di voto, come i detentori di azioni senza voto o di azioni di risparmio, infatti, sono legittimati all'azione. Di conseguenza, se la società ha emesso azioni di tal genere, il denominatore delle due frazioni non coincide e, quindi, non coincidono nemmeno le due «minoranze», quella legittimata ad agire e quella di blocco nelle delibere di rinuncia e transazione. Si deve, al riguardo, prendere atto che tra i soci legittimati ad agire ve ne sono alcuni, quelli provvisti del voto, che hanno potere di interdizione rispetto ad atti di disposizione della «loro» azione, e altri che, al contrario, tale potere non hanno e che devono subire le scelte compiute dall'assemblea⁷⁷.

La discrasia tra il denominatore della frazione che individua la quota legittimante e quello che individua la minoranza di blocco non è sanabile, a meno di non compiere operazioni ermeneutiche spericolate, come quella consistente nell'assegnare il potere di agire ai soli soci provvisti del diritto di voto nelle assemblee che deliberano sull'azione di responsabilità o, al contrario, ritenere che le delibere in ordine alla rinuncia o alla transazione (o sulla stessa azione) debbano essere comunque assunte anche da parte dei soci senza voto. Ma queste operazioni ortopediche si collocano ben oltre le possibilità argomentative consentite agli interpreti.

Con riferimento alla rinuncia e alla transazione la riforma solleva, però, un interrogativo di ben altro spessore. L'art. 2393 *bis*, comma 6°, c.c., infatti, discostandosi dall'art. 129 t.u.f., attribuisce il potere di rinunciare o transigere anche alla minoranza che ha agito, precisando che «ogni corrispettivo» debba andare a vantaggio della società. Occorre chiarire la portata precettiva

⁷⁷ Cfr. F.M. MUCCIARELLI (nt. 32), 96 e MEO (nt. 32), 195, n. 73.

dell'enunciato, individuando quale sia l'oggetto della rinuncia e della transazione compiuti dalla minoranza.

Poiché è la società ad essere titolare del diritto sostanziale, la minoranza non è legittimata a disporre⁷⁸ e, di conseguenza, nemmeno a rinunciare al diritto o a transigere in ordine ad esso⁷⁹. La legittimazione a stare in giudizio, come attore o convenuto, infatti, coincide solo in via normale con la (pretesa) titolarità del diritto, ma quando le due situazioni giuridiche divergono, come in tutti i casi di legittimazione processuale straordinaria, il titolare della prima, non essendo titolare della seconda, è privo della legittimazione a disporre del diritto sostanziale⁸⁰.

La minoranza, quindi, potrà rinunciare agli atti del processo: la rinuncia agli atti, precisamente, estingue il processo pur non estinguendo né l'azione né il diritto sostanziale⁸¹, cosicché la società o gli stessi soci che hanno rinunciato potrebbero agire successivamente⁸².

L'art. 2393 *bis*, comma 6^o, c.c., però, impiega l'espressione «rinuncia all'azione», anche se riferita alla minoranza. Sorge, quindi, il problema di attribuire alle parole impiegate dal legislatore un significato che vada al di là della semplice rinuncia agli atti⁸³, pur senza concedere alla minoranza la legittimazione a rinunciare al diritto sostanziale. Si deve tener presente, a tale proposito, che la minoranza è titolare di una legittimazione processuale autonoma, di cui essa può disporre, pur essendo priva della legittimazione a disporre del diritto⁸⁴; la minoranza che ha agito, quindi, potrà rinunciare alla sola azione, senza con ciò estinguere il (preteso) diritto di credito della so-

⁷⁸ Sulla legittimazione nel diritto privato, v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*³, 1960, rist. Napoli, 1994, 210 ss., che la definisce come la «competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuto di mira» (221).

⁷⁹ In tema di legittimazione a transigere, cfr. CARRESI, *La transazione*², in *Trattato Vassalli*, IX, t. III, Torino, 1966, 128; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Milano, 1975, 97; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*², in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXVII, 2, Milano, 1986, 289; sull'assenza di legittimazione a rinunciare e a transigere in capo al creditore surrogatosi v. GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 957 e DE SANCTIS RICCIARDONE (nt. 36), 11.

⁸⁰ CARRESI (nt. 79), 130.

⁸¹ VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 961.

⁸² F. AULETTA (nt. 32), 491. *Contra*, PICCIAU, *sub art. 2393 bis* (nt. 32) 642, il quale peraltro propone una soluzione interpretativa articolata, ritenendo che la rinuncia e la transazione in ordine all'azione compiute dalla minoranza siano efficaci solo con il consenso dell'assemblea, dato con le maggioranze di cui all'art. 2393, comma 5^o, c.c.

⁸³ Altrimenti l'enunciato sarebbe superfluo.

⁸⁴ MATERA (nt. 32), 93, e, in senso sostanzialmente analogo, Ant. Rossi, *sub art. 2393 bis* (nt. 32), 836. Analoga possibilità è riconosciuta con riguardo alla rinuncia all'impugnazione della delibera assembleare da parte del socio (ora della minoranza dei soci) impugnante, v. ZANARONE (nt. 59), 330.

cietà verso gli amministratori, il quale potrà essere fatto valere in seguito dalla società stessa o da altri soci legittimati⁸⁵.

Questioni analoghe si pongono in ordine alla transazione. La minoranza, per porre fine alla lite concludendo una transazione con gli amministratori convenuti, è legittimata solo a rinunciare agli atti oppure all'azione, ma senza estinguere il diritto sostanziale, in cambio di una contropartita dagli amministratori⁸⁶. La transazione della minoranza, quindi, non può avere effetti per la società e per gli altri soci, ma estinguerà semplicemente il processo e il potere di agire in capo ai azionisti che l'hanno stipulata, i quali non potranno più esercitare la stessa azione contro i medesimi amministratori.

Di conseguenza, il vero contenuto precettivo dell'art. 2393 *bis*, comma 6°, c.c. deve rinvenirsi nel diritto di credito *ex lege* della società alla restituzione di ogni corrispettivo percepito dai soci per rinunciare o transigere⁸⁷, corrispettivo che andrà dedotto dal risarcimento del danno che la società dovesse ottenere dagli stessi amministratori. La norma mira a ricondurre al patrimonio sociale tutti i corrispettivi percepiti dai soci che hanno agito, tanto se pagati dagli amministratori o dalla società, quanto (e soprattutto) se pagati dai soci di maggioranza a tutti o ad alcuni tra gli attori, per «convincerli» ad abbandonare il patto parasociale⁸⁸. Questi fenomeni, in cui in pratica la maggioranza «compra» i soci di minoranza, potrebbero condurre a due effetti negativi: da un lato, in tale maniera si vanificano i risultati dell'azione di minoranza e, quindi, la funzione «generalpreventiva» di quest'ultima; dall'altro, si consentono ai soci di minoranza pratiche ricattatorie supportate dalla speranza di essere «comprati» dai soci di maggioranza.

Il giudizio su questa norma, però, è diverso se si guarda all'azione di minoranza sotto il profilo della sua struttura d'incentivi. Gli azionisti, infatti, sono privi di veri incentivi ad agire, poiché il risarcimento li arricchirà solo in via indiretta, cosicché *ex ante* è preferibile vendere le azioni o sperare che agiscano altri soci. Pertanto, se l'ordinamento lasciasse agli azionisti almeno

⁸⁵ Questa conclusione deriva dalla distinzione tra l'azione, intesa come potere di chiedere un giudizio favorevole, e la titolarità del diritto; per il dibattito sulla teoria dell'azione v. DENTI (nt. 44), 3 ss.

⁸⁶ Sulle reciproche concessioni, che quando la lite è in corso comprendono anche la rinuncia all'azione, v. SANTORO-PASSARELLI (nt. 80), 14, il quale sottolinea come affinché si abbia una transazione sia sufficiente che una parte rinunci all'azione e l'altra alle spese del giudizio; sull'argomento v., da ultimo, MOSCARINI e CORBO, *Transazione*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 3.

⁸⁷ Con riferimento la rinuncia, peraltro, l'enunciato non è corretto dal punto di vista sistematico, poiché quando essa avviene dietro un corrispettivo si ricade entro la fattispecie della transazione.

⁸⁸ Questa pretesa non si estenderà invece al prezzo eventualmente pagato dai soci di maggioranza o dagli stessi amministratori per comprare le azioni dei soci che hanno agito; v. Ant. Rossi, *sub art. 2393 bis* (nt. 32), 837.

la speranza di negoziare una transazione vantaggiosa per se stessi, forse s'introdurrebbe un, sia pur largamente imperfetto, rimedio all'assenza di incentivi. Sulla questione torneremo nel prossimo paragrafo trattando della ripartizione delle spese processuali.

Chiarito ciò, ci si può chiedere a che condizioni i singoli soci possono rinunciare agli atti del giudizio. L'efficacia della rinuncia agli atti, ai sensi dell'art. 306 c.p.c., è subordinata all'assenso di tutte le parti che abbiano interesse alla prosecuzione del processo e, quindi, anche degli altri soci che hanno agito, se, a causa della rinuncia, il processo non può pervenire a una sentenza di merito.

Di conseguenza, si tratta di stabilire quando la rinuncia del singolo azionista faccia venir meno la legittimazione ad agire della minoranza, rendendo improcedibile l'azione, poiché solo in questo caso l'efficacia della rinuncia sarà subordinata all'accettazione degli altri soci attori. La risposta dipende da come viene qualificata la detenzione del quorum legittimante. Seguendo la tesi della condizione dell'azione, la legittimazione viene meno solo se rinuncia un socio marginale⁸⁹. Seguendo la tesi opposta, la legittimazione viene meno in ipotesi differenti, a seconda di quanti soci si ritiene debbano restare nel patto sino alla sentenza di merito⁹⁰: se, come si è visto, deve ritenersi che basti la presenza di uno solo tra i soci che hanno agito, la rinuncia sarà possibile liberamente sino a che non resti un socio tra quelli che avevano originariamente agito.

Meritano un cenno, infine, la rinuncia e la transazione nel modello dualistico di amministrazione e controllo.

⁸⁹ SABATELLI (nt. 42), 130, la quale, inoltre, ritiene che la rinuncia agli atti debba essere comunque manifestata dal rappresentante comune; Ant. ROSSI, *sub art. 2393 bis* (nt. 32), 839.

Altro problema è se sia necessario l'assenso della società costituitasi in giudizio affinché la rinuncia agli atti sia efficace. A tale proposito occorre sottolineare che il litisconsorzio tra società e azionisti, analogamente a quello tra creditore surrogante ai sensi dell'art. 2900 c.c. e suo debitore, non è il riflesso della (affermata) contitolarità del diritto sostanziale, ma viene imposto dalla legge poiché la sentenza sarebbe *inutiliter data* se non fosse estesa alla società: cfr. MANDRIOLI (nt. 57), 354 e Cass., 5-1-1976, n. 6, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 955; seguendo questa ricostruzione, quindi, la rinuncia non dovrebbe essere subordinata all'accettazione espressa della società, la quale, se vi dissentisse, potrebbe semplicemente proseguire l'azione per proprio conto. Peraltro, con riguardo all'analogo problema sollevato in caso di azione surrogatoria, la dottrina subordina la rinuncia del creditore surrogante all'accettazione del surrogato e la stessa soluzione potrebbe essere estesa al nostro caso; cfr. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 240; MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, 321; VACCARELLA (nt. 82), 971; non è, di contro, necessaria l'accettazione del creditore surrogante in caso di rinuncia agli atti da parte del debitore surrogato: Cass., 7-8-1972, n. 2629, in *Giust. civ.*, 1973, 831 e per la stessa ragione non sarà necessario che la minoranza accetti la rinuncia proveniente dalla società.

⁹⁰ V. *supra*, nt. 56 e testo corrispondente.

L'art. 2409 *decies*, comma 4° c.c., prevede che il consiglio di sorveglianza, titolare assieme all'assemblea della competenza a esperire l'azione, possa anche rinunciare o transigere, purché non si opponga «la percentuale di soci indicata nell'ultimo comma dell'articolo 2393». Poiché i soci non sono presenti nel consiglio di sorveglianza, l'unica maniera per dare un senso all'enunciato è di ritenere che la minoranza di blocco di cui all'art. 2393, comma 5° c.c. possa opporsi in via extra-organica alla decisione. Resta comunque oscuro secondo quale procedura quest'opposizione debba avvenire⁹¹.

L'ultimo comma dell'art. 2409 *decies* c.c., infine, dispone che la rinuncia «da parte della società o del consiglio di sorveglianza» non impedisca l'esercizio dell'azione di minoranza ai sensi dell'art. 2393 *bis*, e non solo le azioni dei creditori e dei soci *uti singuli*, ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.

A tale proposito, bisogna osservare che l'eventuale estinzione del diritto di credito al risarcimento del danno farebbe venir meno, assieme all'azione, anche la legittimazione straordinaria della minoranza⁹²; l'enunciato non può dunque riferirsi ad un atto di disposizione del diritto sostanziale, poiché altrimenti nemmeno la minoranza potrebbe agire⁹³. L'art. 2409 *decies*, comma 6° c.c., quindi, contiene una, singolare, norma di diritto societario sulle competenze degli organi sociali, in base alla quale la rinuncia all'azione proveniente dal consiglio di sorveglianza o, forse, anche dall'assemblea⁹⁴ non estin-

⁹¹ V. ad esempio GUACCERO, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 883, per il quale il consiglio di sorveglianza dovrebbe comunicare la decisione a tutti i soci, i quali avranno facoltà di opporsi in via extra-assembleare.

Cfr. anche FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 316 e RUFINI, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 1147, per i quali se la minoranza ha già agito, il consiglio di sorveglianza non potrebbe più rinunciare all'azione, poiché l'azione intentata varrebbe implicitamente come opposizione ai sensi dell'art. 2409 *decies*, comma 4° c.c. (tesi alla quale può facilmente opporsi che, se così fosse, il medesimo meccanismo dovrebbe applicarsi anche alla rinuncia deliberata dall'assemblea e negli altri sistemi di amministrazione e controllo).

⁹² Cfr. ABBADESSA (nt. 43), 1478, sull'art. 2409 *decies* c.c., dello schema di d.lg. (lo si veda in *Riv. soc.*, 2002, 1346), articolo che non è stato modificato nel testo definitivo del decreto.

⁹³ La rinuncia all'azione estingue anche il diritto sostanziale, se essa proviene dal titolare del diritto stesso, e questo significa che l'organo sociale competente a deliberare sulla rinuncia o sulla transazione, nell'assumere tali decisioni, dispone anche del diritto; cfr. per tutti BENAZZO (nt. 37), 876 ss.

⁹⁴ Potrebbe argomentarsi che sia necessario leggere «assemblea» invece di «società» (ma v. appresso nel testo), poiché in caso contrario bisognerebbe riferire l'enunciato agli organi di rappresentanza della società, nel qual caso, però, la norma sarebbe superflua e fuorviante, poiché è ovvio che tali organi siano privi della competenza deliberativa «interna» e, quindi, che una loro eventuale rinuncia senza deliberazione conforme sia, a seconda delle tesi, nulla o inefficace; cfr., per tutti, BENAZZO (nt. 37), 375 (che sostiene, a differenza della giurisprudenza dominante orientata per la nullità, che l'atto privo di delibera sia inefficace).

gue il diritto sostanziale, che potrà essere fatto valere in seguito dalla minoranza legittimata.

Seguendo quest'interpretazione che coinvolge anche l'assemblea, nessun organo sociale potrebbe legittimamente disporre del diritto sostanziale. Non si comprenderebbe, tuttavia, per quale ragione questo debba valere solo per le s.p.a. che adottano il modello dualistico e non per le altre⁹⁵.

Sarebbe più coerente, anche al prezzo di forzare la lettera della legge, attribuire agli organi competenti almeno la facoltà di deliberare una rinuncia all'azione unitamente al diritto sostanziale. Si potrebbe, inoltre, distinguere tra i poteri dell'assemblea e quelli del consiglio di sorveglianza, concludendo che la prima possa scegliere se deliberare una rinuncia alla sola azione o anche al diritto sostanziale (in altri termini: per l'assemblea l'art. 2409 *decies*, comma 5°, c.c., introdurrebbe una norma facoltizzante, nel senso che essa potrebbe non solo decidere di estinguere azione e diritto, ma anche di estinguere solo l'azione, cosa che in precedenza non era consentito), mentre la rinuncia decisa dal consiglio di sorveglianza non avrebbe mai efficacia dispositiva del diritto (il che vale a dire che, per il consiglio di sorveglianza, l'art. 2409 *decies*, comma 5°, c.c., introdurrebbe una norma che restringe le competenze, nel senso che il consiglio non potrebbe mai deliberare di estinguere il diritto, competenza che rimarrebbe in capo all'assemblea).

In alternativa, si potrebbe attribuire al vocabolo «società» di cui all'art. 2409 *decies*, comma 6°, c.c., un significato diverso da «assemblea», riferendo così la proposizione al solo consiglio di sorveglianza, per giungere ad una ricostruzione coerente col sistema. Se si segue questa lettura, i poteri dell'assemblea non verrebbero toccati, nemmeno per attribuirle la facoltà di rinunciare alla sola azione ma non al diritto, mentre verrebbero ridimensionati solamente i poteri del consiglio di sorveglianza, il quale verrebbe privato della competenza a deliberare la rinuncia al diritto sostanziale.

8. *La ripartizione delle spese.*

Come mostra l'esperienza comparata, uno degli aspetti chiave della disciplina delle azioni di responsabilità è quello delle regole per il riparto delle spese processuali. Se queste ultime vengono addossate esclusivamente alla minoranza, questa avrà minori stimoli a esercitare l'azione, a maggior ragione se, come in Italia, non sono ammessi accordi per i quali i compensi degli avvocati siano dovuti soltanto in caso di vittoria e in percentuale sul

⁹⁵ E v. infatti Ant. Rossi, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 837, il quale ritiene che la norma si applichi a tutte le società per azioni.

risarcimento ottenuto. Sotto un profilo equitativo, inoltre, non si può dimenticare che la minoranza esercita un diritto della società e a vantaggio di questa, sicché pare sensato che la società debba essere chiamata a sopportare almeno in parte i relativi costi. D'altro canto, se si addossano tutti i costi automaticamente alla società, eliminando ogni rischio per la minoranza che agisce, si incentiverebbero anche le azioni meramente ricattatorie.

L'ordinamento italiano, disciplina il riparto dei costi in maniera poco vantaggiosa per i soci di minoranza che intendono agire. Occorre ricordare, preliminarmente, che nell'ordinamento italiano, a differenza che in quello statunitense, vige il principio di soccombenza, in base al quale la parte perdente deve rifondere alla parte vincitrice le spese processuali⁹⁶, a meno che il giudice non abbia deciso di compensarle, in tutto o in parte⁹⁷, o abbia ritenuto eccessive le spese sopportate dalla parte vincitrice⁹⁸.

L'art. 2393 *bis*, comma 5°, c.c., prevede che, in caso di accoglimento della domanda, la società debba rimborsare ai soci attori le spese del giudizio e quelle «sopportate per l'accertamento dei fatti», che il giudice abbia posto a carico degli attori o che, pur essendo a carico degli amministratori soccombeni, non siano state recuperate per incapienza di questi ultimi. La norma del codice civile libera, dunque, i soci vincitori dalle spese che il giudice abbia addossato loro in base all'art. 92, comma 2°, c.p.c., oppure dal rischio di incapienza degli amministratori condannati, per quanto riguarda le spese accollate a questi ultimi⁹⁹.

L'esplicita inclusione delle spese finalizzate all'accertamento dei fatti è apprezzabile¹⁰⁰; ciò nonostante la riforma del diritto societario non ha modificato le scelte di fondo del t.u.f., scelte che frapponevano significativi ostacoli sulla via dell'azione di minoranza. Infatti, sugli azionisti grava interamente il rischio della soccombenza, così come di dover sopportare le proprie spese in caso di rinuncia o transazione decise dalla società¹⁰¹: questa scelta disincentiva l'esercizio dell'azione, anche perché gli azionisti di minoranza

⁹⁶ Art. 91, comma 1°, c.p.c.

⁹⁷ Art. 92, comma 2°, c.p.c.

⁹⁸ Art. 92, comma 1°, c.p.c.

⁹⁹ PICCIAU, *sub* art. 129 (nt. 32), 1039. In caso di compensazione, questo meccanismo potrebbe dar adito a numerose controversie sull'entità delle spese: DE NICOLA (nt. 2), 112.

¹⁰⁰ Non è chiaro peraltro quali siano le spese in questione. Molte delle spese di accertamento, infatti, sarebbero già inserite negli onorari degli avvocati, cosicché la norma potrebbe riferirsi solo alle parcelle di professionisti diversi dai legali [così Ant. Rossi, *sub* art. 2393 *bis* (nt. 32), 840]. Un'altra opinione, di contro, ha rilevato che la giurisprudenza sull'art. 91 c.p.c. farebbe rientrare nelle spese anche le consulenze tecniche, sicché la norma si rivolgerebbe solo alle spese per indagini anteriori all'azione: MATERA (nt. 32) 121.

¹⁰¹ È stato proposto, peraltro, di estendere in via analogica la norma sulle spese al caso in cui vi sia stata rinuncia o transazione, poiché l'art. 2393 *bis*, comma 6°, c.c. prevede che, in tal

ben difficilmente saranno in possesso di informazioni sufficienti per valutare appieno le probabilità di successo dell'azione, a differenza della maggioranza e degli amministratori.

Il socio che intende agire sopporta un rischio relativo sia all'esito del processo sia al momento in cui si perverrà a sentenza. Nel frattempo, egli dovrà interamente anticipare le spese processuali, e questo nonostante che la sua attività, se non è pretestuosa o ricattatoria, risulti positiva per la società, poiché l'eventuale risarcimento andrà a vantaggio di questa e, indirettamente, anche dei soci che sono rimasti passivi¹⁰². Dunque, l'ordinamento, da un lato, introduce l'azione di minoranza e la estende a tutte le società, ma, dall'altro, prevede una disciplina delle spese che non ne incentiva affatto l'esercizio.

Sarebbe bastato poco per eliminare alcuni ostacoli significativi all'esercizio dell'azione di minoranza: si sarebbe potuto, ad esempio, obbligare la società a rimborsare agli attori le spese processuali, anche in caso di soccombenza, con la sola accortezza di attribuire al giudice il potere di valutare se l'azione è stata presentata senza fini ricattatori o in buona fede, ovvero escludere espressamente il principio di soccombenza nelle azioni di minoranza.

Eppure, a ben vedere nemmeno questi meccanismi sarebbero sufficienti ad assicurare un frequente utilizzo dell'azione di minoranza. E ciò in quanto il vantaggio che l'azionista di minoranza ricaverà dall'azione è, oltre che incerto, proporzionale alla quota di capitale rappresentata dalle sue azioni, cosicché per incentivare l'esercizio di azioni di responsabilità sarebbe necessario far percepire al socio che agisce un guadagno diretto, nella forma di una quota della somma da risarcire, che verrebbe stornata a favore degli attori¹⁰³.

In alternativa, si dovrebbe spostare l'attenzione su un altro soggetto, ossia sull'avvocato, e ammettere che su di lui gravi il rischio dell'insuccesso dell'azione e che sia sempre questi, almeno in parte, a giovare del relativo successo¹⁰⁴. Nell'ordinamento italiano, però, è vietato il c.d. patto di quota lite,

caso, ogni compenso debba andare alla società; v. MATERA (nt. 32), 121, n. 243. Questa soluzione, pur apprezzabile nell'intento, ci pare difficilmente sostenibile.

¹⁰² GIUDICI (nt. 9), 478 s. V. anche HALFTECK, *The Class Action As a Financial Call Option*, Harvard John Olin Center for Law Economics and Business, Discussion Paper n. 466/2004 (http://law.harvard.edu/programs_olin/center). Inoltre, l'esercizio dell'azione beneficia *pro futuro* la singola società i cui amministratori sono convenuti in giudizio dalla minoranza, grazie alla sua efficacia deterrente. Cfr. REISBERG, *Shareholders' remedies: the choice of objectiveness and the social meaning of derivative actions*, in *European Business Organization Law Rev.*, 2005, 227.

¹⁰³ Cfr. REISBERG, *Funding* (nt. 21), 373; DI CATALDO (nt. 54), 658.

¹⁰⁴ GIUDICI (nt. 9), 489; sul ruolo degli avvocati nel processo statunitense a confronto con quanto avviene negli ordinamenti europei, cfr. CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 282.

ossia il patto col quale avvocato e cliente concordano che il primo anticipi le spese processuali, di ricerca e perizia, rivalendosi poi su una quota percentuale di quanto ottenuto in sede di risarcimento del danno se la causa risulta vittoriosa, rischiando però di non percepire nulla in caso di insuccesso¹⁰⁵. Ma anche questo meccanismo sarebbe destinato all'insuccesso se non si consentisse al giudice di remunerare direttamente il socio che ha agito, poiché quest'ultimo non può promettere al proprio avvocato una quota di un risarcimento che finirà nel patrimonio di un terzo, quale è la società.

N.d.r.: nelle more della pubblicazione, il divieto del patto di quota-lite è stato soppresso dall'art. 2, comma 1°, lett. a), d.l. 4-7-2006, n. 223 convertito con l. 4-8-2006, n. 248. Il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che entro il 1° gennaio 2007 le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina dovranno essere adeguati alle nuove regole. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal primo comma sono in ogni caso nulle.

¹⁰⁵ Questa è l'interpretazione unanime dell'art. 2233, comma 2°, c.c., cfr., tra i molti, P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della «class action» ad i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2227. Inoltre, come noto, l'art. 24 della l. n. 794/1942 rende i minimi tariffari degli avvocati inderogabili, diversamente da quanto dispone l'art. 2333, comma 1°, c.c.; cfr. DE NICOLA (nt. 2), 109.

