

MARCO VENTORUZZO

CONFLITTO DI INTERESSI



giuffrè editore -  Egea - 2008

Estratto dal volume:

SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

A cura di:
LUIGI A. BIANCHI

Artt. 2462 – 2483 c.c.

Articolo 2475-ter Conflitto di interessi

2475-ter (Conflitto di interessi) – I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto deter-

minante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione.

di MARCO VENTORUZZO

SOMMARIO:

1. La disciplina degli interessi degli amministratori nelle s.r.l. e nelle s.p.a. – 2. I principali problemi interpretativi posti dalla norma – 3. L'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 2475-ter: il contratto concluso con se stesso – 4. Potere di rappresentanza esercitato in esecuzione di una decisione di altro organo della società – 5. Conflitto di interessi in assenza di poteri di rappresentanza e in caso di rappresentanza congiunta – 6. I contratti e i negozi giuridici rilevanti – 7. La nozione di «conflitto di interessi» – 8. (Segue) L'interesse per conto di terzi – 9. La disciplina dell'azione di annullamento promossa ai sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter: la legittimazione attiva – 10. (Segue) Il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento – 11. Conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi da parte del terzo ed effetti dell'annullamento nei confronti dei soggetti aventi causa da chi ha contratto con l'amministratore in conflitto di interessi – 12. L'ambito di applicazione del comma 2 dell'art. 2475-ter: le «decisioni» del «consiglio di amministrazione». Comitato esecutivo e amministratore delegato – 13. Conflitto di interessi nel caso di amministrazione disgiuntiva... – 14. ... e congiuntiva – 15. Amministratore unico – 16. La nozione di «conflitto di interessi» rilevante ai fini dell'impugnazione delle decisioni consiliari. Rinvio – 17. Il requisito della dannosità della decisione: rilevanza del danno potenziale – 18. La nozione di danno «patrimoniale»: confutazione della tesi volta ad escludere i danni relativi alla dimensione reddituale dell'attività d'impresa – 19. Profili di disciplina dell'azione: legittimati all'impugnazione – 20. I termini di decadenza per l'impugnazione della deliberazione – 21. Invalidità della decisione e rapporti con i terzi – 22. Sussistenza di obblighi di informazione dell'amministratore in conflitto di interessi e di motivazione delle decisioni assunte in presenza di un amministratore interessato – 23. Conflitto di interessi, assenza di un obbligo di astensione e responsabilità dell'amministratore nei confronti della società. Ulteriori strumenti a tutela dell'interesse della società a fronte di comportamenti opportunistici degli amministratori interessati. Cenni – 24. L'art. 2475-ter, comma 2, rappresenta l'unica ipotesi di invalidità delle decisioni del consiglio di amministrazione? – 25. I rapporti tra i commi 1 e 2 dell'art. 2475-ter: la disciplina applicabile alle operazioni che potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione di entrambe le norme – 26. Non derogabilità statutaria della disciplina del conflitto di interessi – 27. Direzione e coordinamento di società e conflitto di interesse dell'amministratore di s.r.l. appartenente a un gruppo di società

1. La disciplina degli interessi degli amministratori nelle s.r.l. e nelle s.p.a.

Anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003, l'art. 2487, comma 2, disciplinava il conflitto di interessi degli amministratori di società a responsabilità limitata tramite un mero rinvio all'art. 2391 in tema di società per azioni ⁽¹⁾. L'art. 2475-ter, al contrario, detta specifiche regole applicabili agli amministratori di società a responsabilità limitata portatori di un interesse conflittuale con quello della società, segnando così un elemento di discontinuità rispetto all'impostazione originaria del codice civile e attuando uno dei principi dichiarati della riforma del diritto societario, ossia l'introduzione, per questo tipo di società, di una disciplina autonoma rispetto a quella delle società azionarie ⁽²⁾.

Le differenze tra la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società a responsabilità limitata, oggetto del presente commento, e la corrispondente disciplina attualmente prevista per le società per azioni, sono numerose ed evidenti anche ad una prima lettura delle norme; meno chiare sono le ragioni del divergente approccio seguito dal legislatore per regolare la materia nei due tipi di società, scelta che ha sollevato non poche critiche ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Sulla disciplina degli interessi degli amministratori di società azionarie, alla quale nel presente commento si faranno frequenti riferimenti, si rinvia, anche per indicazioni bibliografiche, al commento all'art. 2391 in questo Commentario, *Amministratori*.

⁽²⁾ L'art. 3, comma 1, lett. a, l. 3 ottobre 2001, n. 366 («Delega al governo per la riforma del diritto societario»), infatti, richiedeva che la s.r.l. fosse regolata da un «autonomo e organico complesso di norme» (corsivo aggiunto). Sui problemi del ricorso alla disciplina delle società azionarie per risolvere i dubbi interpretativi relativi alle s.r.l., anche in ragione di tali obiettivi del legislatore delegante, si veda G. ZANARONE, *Introduzione alla nuove società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 58 ss., a p. 90 ss.; M. STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 11 ss., part. p. 14 ss.

⁽³⁾ La «disarmonia» è stata rilevata, tra i primi, da N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 54; e da N. ABRIANI, *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, p. 417, il quale si chiede se sia giustificata «una disciplina così radicalmente diversa del conflitto di interessi degli amministratori (laddove quello dei soci è sostanzialmente coincidente), e se tale aspetto non possa introdurre un elemento di concorrenza «ineguale», e dunque distorsiva, tra i due modelli societari» (adesso anche in ID., *Commento artt. 2475-bis/ter*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo, S. Patriarca, Torino, p. 355). Sin dal periodo dei lavori preparatori l'Associazione Bancaria Italiana aveva stigmatizzato criticamente questa tecnica normativa nella propria *Audizione presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati* del 27 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1607. Per una disamina delle differenze tra la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e degli interessi degli amministratori di s.p.a., anche alla luce del loro rilievo nella definizione dei caratteri del tipo societario, si veda S. CORSO, *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 653 ss., ove si rileva come la nuova disciplina contenuta nell'art. 2475-ter, pur discostandosi significativamente da quella corrispondente attualmente vigente nelle società azionarie, non può considerarsi in linea di continuità con la regolamentazione del conflitto di interessi prevista

Volendo fornire un sintetico quadro delle principali distinzioni tra disciplina degli interessi degli amministratori nelle s.p.a. e nelle s.r.l., si deve in primo luogo osservare che l'art. 2475-ter si occupa, al comma 1, dei contratti conclusi dagli amministratori dotati del potere di rappresentanza in conflitto di interessi con la società, dettando una regola pressoché coincidente con quella generale contenuta nell'art. 1394, che dispone l'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi su domanda del rappresentato. L'art. 2391, al contrario, non prevede esplicitamente un'analogia norma, sebbene l'opinione prevalente ritenga l'art. 1394 applicabile anche agli amministratori di s.p.a. (4).

Al comma 2, l'art. 2475-ter sancisce l'impugnabilità delle decisioni dell'organo di amministrazione assunte con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi. Con riferimento al conflitto di interesse nell'ambito delle delibere consiliari le differenze rispetto alla disciplina delle società azionarie sono ancor più significative. In primo luogo, gli ambiti di applicazione degli artt. 2391 e 2475-ter non coincidono: mentre nelle s.p.a. rilevano *tutti* gli interessi, anche non conflittuali, dei quali l'amministratore è portatore, la disciplina delle s.r.l. è circoscritta ai soli *conflitti* di interessi. La disciplina delle s.r.l., peraltro, è decisamente più sintetica – per non dire laconica – rispetto a quella delle società azionarie: basti pensare che non è espressamente regolato il caso dell'amministratore delegato interessato, né l'ipotesi dell'amministratore unico. L'interprete è così chiamato a ricostruire la disciplina applicabile a tali fattispecie in assenza di specifici appigli normativi.

L'art. 2475-ter, inoltre, a differenza dell'art. 2391, non prevede puntuali doveri di informazione circa la sussistenza di un conflitto di interessi in capo a singolo amministratore, né alcun obbligo di motivazione delle deliberazioni consiliari. Le stesse regole attinenti l'impugnazione sono più scarse nelle s.r.l., non specificando se legittimati all'azione siano i soli amministratori dissenzienti, assenti o astenuti nella deliberazione ritenuta invalida; né individuando con precisione la decorrenza del termine di decadenza per l'impugnazione della decisione (5).

Si deve inoltre notare che né l'art. 2475-ter, né più in generale la disciplina della società a responsabilità limitata, prevedono esplicite regole in materia di «opportunità d'affari», materia contigua a quella degli interessi degli amministratori che, nell'ambito delle società per azioni, è disciplinata dall'ultimo comma dell'art. 2391 (6).

dall'art. 2391 anteriormente alla riforma del 2003, dalla quale si differenzia profondamente, ad esempio non prevedendo alcun obbligo di informazione in capo all'amministratore interessato (p. 656), come si avrà occasione di esaminare al § 22.

(4) Come si discuterà *infra*, nota 12.

(5) Cfr. §§ 19 e 20.

(6) Sebbene, come osservato in sede di commento all'art. 2391 (cfr. il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*), il dovere di dare la precedenza alla società per lo sfruttamento delle opportunità d'affari nelle quali l'amministratore dovesse incorrere, potrebbe – almeno in alcuni casi – discendere dai generali doveri di correttezza dell'amministratore, e dunque

Non si può, infine, chiudere questa breve rassegna delle principali differenze tra disciplina degli interessi degli amministratori nelle società azionarie e nelle s.r.l. senza ricordare che, nelle prime, l'invalidità delle delibere consiliari per conflitto di interessi si inserisce in un sistema nel quale la possibilità di impugnare le delibere del consiglio contrarie alla legge o all'atto costitutivo è prevista, in via generale, dall'art. 2388, del quale l'azione regolata dal quarto comma dell'art. 2391 può considerarsi un caso particolare. Non così nelle s.r.l., dove l'impugnazione per conflitto di interessi delle decisioni degli amministratori rappresenta tuttora, come nelle società azionarie anteriormente alla riforma del 2003, l'unico caso espressamente disciplinato di invalidità delle delibere dell'organo di gestione. Questa ulteriore discrasia tra i due tipi societari, oltre a porre nelle s.r.l. la questione dell'ammissibilità di ulteriori cause di invalidità degli atti collegiali degli amministratori, ha – come si avrà occasione di esaminare – rilevanti implicazioni anche nella soluzione di alcuni problemi interpretativi sollevati dall'art. 2475-ter (7).

Il catalogo delle differenze tra disciplina delle s.r.l. e delle s.p.a., nella materia che ci occupa, potrebbe continuare (più puntuali confronti saranno svolti nel corso della trattazione), ma già questa sommaria ricognizione indica che, nonostante gli artt. 2475-ter e 2391 affrontino simili questioni e presentino numerose «assonanze» terminologiche, essi divergono significativamente, e che la disciplina delle s.r.l. è certamente meno analitica, lasciando aperte numerose questioni espressamente risolte nelle società azionarie. Questa circostanza porta a interrogarsi sul rapporto tra disciplina delle società a responsabilità limitata e per azioni, e in particolare sulla possibilità di applicare estensivamente alle prime soluzioni legislative o interpretative elaborate con riferimento alle seconde, o di ricorrere all'analogia con l'art. 2391 o altre disposizioni rilevanti per risolvere le non poche lacune dell'art. 2475-ter (8).

Per chiudere questa nota introduttiva, si osservi che, sul piano sistematico, la previsione di una disciplina dei conflitti di interesse degli amministratori meno puntuale, e meno rigorosa, nelle s.r.l. rispetto alle s.p.a., potrebbe parzialmente giustificarsi in ragione dei maggiori poteri di controllo e ingerenza, anche nell'attività di gestione, attribuiti ai soci in questo tipo di società e, più in generale, del ruolo ancor più rilevante riconosciuto, nelle s.r.l., all'autonomia privata, che potrebbe in parte supplire alle norme di legge con previsioni statutarie *ad hoc* (9). Inoltre, una simile impostazione appare coerente con le scelte di *policy* del

essere ravvisabile anche nelle s.r.l. Ritiene applicabile tale regola anche alle s.r.l. F. OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, p. 177.

(7) Vedi *infra*, § 24.

(8) Su questo problema, per alcune considerazioni generali, veda G. ZANARONE, *Introduzione*, p. 90 ss.; M. STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni*, p. 14 ss.

(9) In questo senso S. CORSO, *Il conflitto*, p. 670 s., la quale ricorda la facoltà dei soci di avocare il potere gestorio degli amministratori ai sensi dell'art. 2479, e la possibilità di riservare statutariamente ai soci la competenza a decidere – o dare istruzioni vincolanti agli amministratori – su materie attinenti la gestione dell'impresa sociale. Analoghe considerazioni sono espresse da P. FIORIO, *Conflitto di interesse*, in *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, p. 502 s.

legislatore delegante: infatti, nella misura in cui le regole in materia di interessi degli amministratori, in quanto norme di «buona *governance*», si ritengano dettate anche a protezione dei creditori sociali e dei terzi in generale, il più ampio spazio riservato alla libertà contrattuale nella s.r.l. rispetto alla s.p.a., può giustificare una disciplina imperativa meno analitica alla quale, ove coerente con le esigenze del mercato, suppliranno gli statuti.

2. I principali problemi interpretativi posti dalla norma

L'art. 2475-ter, come anticipato poco sopra, disciplina, al comma 1, un profilo prettamente esterno, prevedendo la possibilità di impugnare i contratti stipulati in conflitto di interessi da un amministratore dotato del potere di rappresentanza. Il comma 2 sancisce invece l'invalidità delle decisioni adottate dall'organo di amministrazione assunte in conflitto di interessi, approntando quindi un rimedio endosocietario che, tuttavia, può incidere anche sulla posizione dei terzi che avessero acquisito diritti sulla base della decisione impugnata.

La disamina della disposizione in commento seguirà l'ordine adottato dal legislatore. Si affronterà così, innanzitutto, la regola prevista dal comma 1, definendone l'ambito di applicazione: a tal fine ci si soffermerà sul caso del contratto concluso dall'amministratore con se stesso (§ 3), e sulla definizione di «*amministratori che hanno la rappresentanza della società*» (§ 4), interrogandosi anche sull'applicazione della norma ai contratti stipulati in conflitto di interessi da un amministratore *privo* del potere di rappresentanza, e in ipotesi di attribuzione a più amministratori del potere di rappresentanza in via congiuntiva (§ 5). In secondo luogo si prenderà in esame la nozione di «*contratti*» (§ 6), alla ricerca di un principio che consenta di inventariare le tipologie negoziali per le quali può ritenersi ammissibile l'azione di annullamento. Sempre al fine di ricostruire i confini della disciplina in commento, si svolgeranno alcune considerazioni sul concetto di «*conflitto di interessi*» (§§ 7 e 8). L'analisi interpretativa del comma 1 si chiuderà con la disciplina dell'azione di annullamento (soggetti legittimati e termini per l'esercizio dell'azione, §§ 9 e 10), e – con riferimento alla posizione dei terzi contraenti – sul problema della conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi dell'amministratore-rappresentante, condizione per l'annullamento del contratto (§ 11).

Anche lo studio del comma 2 dell'art. 2475-ter prenderà le mosse dalla ricostruzione dell'ambito di applicazione della disposizione. Si cercherà così, in primo luogo, di individuare puntualmente le «*decisioni*» dell'organo di gestione soggette ad impugnazione in presenza di amministratori in conflitto di interessi. A questo proposito, dopo aver brevemente distinto la nozione di «*decisioni*», alla quale fa riferimento l'art. 2475-ter, da quella di «*operazioni della società*», utilizzata dall'art. 2391 nella corrispondente disciplina delle s.p.a., ci si chiederà se la norma si applichi: agli organi delegati istituiti in seno al consiglio, quali comitato esecutivo o amministratore delegato (§ 12); in caso di adozione dell'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva (§§ 13 e 14); e all'amministratore unico (§ 15). Alcune riflessioni

saranno, infine, dedicate alla nozione di conflitto di interessi rilevante ai fini del comma 2 dell'art. 2475-ter (§ 16).

Si passerà quindi alla disciplina dell'azione di impugnazione, discutendo la nozione di dannosità della decisione (§§ 17 e 18), soffermandosi in particolare sulla delicata questione se, per poter impugnare la decisione, sia necessario che essa abbia *già* prodotto un danno, secondo quanto il tenore letterale della norma potrebbe indurre a ritenere, ovvero se sia sufficiente, come in generale nella disciplina dell'impugnazione di decisioni collegiali assunte in conflitto di interessi, la dannosità *potenziale*. Seguiranno alcune considerazioni sulla legittimazione all'impugnazione e sui termini entro i quali l'azione deve essere promossa (§§ 19 e 20), nonché sugli effetti nei confronti dei terzi dell'invalidità della decisione (§ 21).

Esaurito così l'esame delle questioni più strettamente interpretative sollevate dal testo dell'art. 2475-ter, si affronteranno alcuni ulteriori problemi, quali la possibilità di ravvisare, anche nella s.r.l., obblighi di informazione circa il conflitto di interessi e di motivazione della decisione, assimilabili a quelli previsti dall'art. 2391 (§ 22); la possibilità di assoggettare ad azione di responsabilità e a revoca per giusta causa gli amministratori che agiscano in conflitto di interessi (§ 23); l'esistenza di ulteriori ipotesi di invalidità delle decisioni dell'organo amministrativo diverse dal conflitto di interessi (§ 24); e, infine, i rapporti tra i commi 1 e 2 dell'art. 2475-ter nei casi in cui tali disposizioni potrebbero entrambe applicarsi (§ 25).

Infine, dopo aver discusso dell'eventuale derogabilità statutaria della disciplina del conflitto di interessi prevista dall'art. 2475-ter, questione che verrà risolta in senso negativo (§ 26), ci si interrogherà sull'applicazione della norma in commento nell'ambito dei gruppi di società (§ 27). Questi ultimi temi consentiranno alcuni rilievi conclusivi sulla funzione della disciplina dei conflitti di interesse nel «sistema» della società a responsabilità limitata.

3. L'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 2475-ter: il contratto concluso con se stesso

Il comma 1 dell'art. 2475-ter disciplina i contratti conclusi dagli amministratori dotati del potere di rappresentanza in conflitto di interessi, prevedendone l'annullabilità «su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o conoscibile al terzo». A differenza di quanto si avrà occasione di discutere in merito al comma 2 della disposizione in commento, non pare esservi dubbio, dal punto di vista testuale e considerando le finalità della norma qui in esame, che la disposizione si applichi tanto in caso di pluralità di amministratori (costituenti o meno un consiglio di amministrazione), quanto all'amministratore unico ⁽¹⁰⁾.

La norma richiama quasi testualmente l'art. 1394, ai sensi del quale «[i]l contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal

⁽¹⁰⁾ Conforme, M.C. LUPETTI, *Conflitto di interessi dell'amministratore unico di società di capitali*, in *Società*, 2005, 1240.

terzo»⁽¹¹⁾. Nell'ambito della disciplina della s.r.l. il legislatore ha dunque previsto espressamente una simile regola, al fine di fugare ogni dubbio circa l'impugnabilità dei contratti conclusi in conflitto di interesse⁽¹²⁾.

Prima ancora di discutere il significato dell'enunciato normativo, occorre chiedersi se, nel caso in cui l'amministratore di s.r.l. concluda in nome della società un contratto con se stesso, tale negozio sia soggetto alla norma in commento, oppure all'art. 1395, che prevede che il contratto concluso dal rappresentante con se stesso è sempre annullabile su istanza del rappresentato, salvo il caso in cui sia stato espressamente autorizzato da quest'ultimo, ovvero il conflitto di interessi sia ininfluenza in quanto il contenuto dell'accordo è già determinato. Questa diversa regola, evidentemente, si giustifica sulla scorta della necessaria – e quindi presunta – conoscenza o conoscibilità del conflitto da parte del rappresentante.

Concordemente con quanto ritenuto da diversi commentatori, il mancato richiamo dell'art. 1395 non esclude l'applicazione – peraltro diretta, senza necessità di ricorrere all'interpretazione analogica o estensiva – di tale disposizione all'am-

⁽¹¹⁾ Sottolineano la coincidenza tra comma 1 dell'art. 2475-ter e art. 1394, tra gli altri, M. IRRERA, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Commentario* Cottino, 2004, p. 1868 ss., a p. 1870; A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Commentario* Maffei Alberti, vol. III, 2005, p. 1958 ss., a p. 1959. Si devono peraltro ritenere applicabili alla fattispecie in esame le ulteriori norme attinenti l'annullamento dei contratti, in quanto compatibili. Ad esempio, in aggiunta alle questioni che saranno affrontate nel testo, si osserva che, come ricordato da F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Commentario* Sandulli - Santoro, vol. 3, 2003, p. 115 ss., a p. 117, il contratto concluso dall'amministratore in conflitto, essendo annullabile, può essere solo convalidato ai sensi dell'art. 1444, ma non ratificato in forza dell'art. 1399.

⁽¹²⁾ Come accennato al precedente § 2, questa regola deve ritenersi applicabile anche agli amministratori di s.p.a., come esplicita la stessa Relazione al d.lgs. 6/2003, ove con riferimento all'art. 2391 afferma la salvezza dell'«applicazione della disciplina generale dell'art. 1394 in tema di conflitti di interesse del rappresentante». A rigore, pur prescindendo dal valore interpretativo che si deve riconoscere alla Relazione, la precisazione potrebbe intendersi riferita al solo caso in cui la società si avvalga di un terzo rappresentante. Una siffatta lettura, tuttavia, non coglierebbe la presumibile volontà del legislatore storico e, infatti, la dottrina prevalente sostiene l'applicabilità dell'art. 1394 anche all'amministratore di s.p.a.: cfr. in questo senso, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato* Cottino, vol. IV, 2007, p. 241, e N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 420 che riconosce nell'art. 1394 un principio generale; D. MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e di società a responsabilità limitata: (alcune) prime osservazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 517 ss., a p. 535, il quale peraltro critica l'affermazione secondo la quale l'art. 1394 esprimerebbe un principio generale, trattandosi piuttosto, sempre secondo l'autore da ultimo citato, di «una delle regole possibili, accanto ad altre, per disciplinare casi di conflitto di interessi» (nota 43). Senza soffermarsi su questioni terminologiche si rileva, tuttavia, che la circostanza che l'art. 1394 rappresenti uno dei possibili modi di disciplinare gli interessi conflittuali, non ne esclude la natura di regola generale, applicabile ai contratti e agli altri negozi ai quali la norma può essere estesa. Sebbene il risultato pratico al quale le diverse ricostruzioni conducono non cambi, si segnala inoltre la posizione di N. SALANITRO, *Gli interessi*, p. 54, secondo il quale all'amministratore di società azionaria che concluda un contratto in conflitto di interessi dovrebbe applicarsi analogicamente il comma 1 dell'art. 2475-ter in materia di s.r.l.

ministratore di s.r.l., disposizione che rappresenta un naturale corollario della *ratio* sottesa alla disciplina del conflitto di interessi del rappresentante (13).

4. Potere di rappresentanza esercitato in esecuzione di una decisione di altro organo della società

La norma in commento, facendo riferimento al solo potere di rappresentanza, non chiarisce se il contratto sia annullabile unicamente quando l'amministratore abbia potuto influire sul suo contenuto, ovvero anche quando egli si sia limitato a dare attuazione a una decisione di altro organo sociale (tipicamente, del consiglio di amministrazione o di altro amministratore, ma anche dei soci) rappresentando a terzi la volontà dell'ente.

Sulla questione, che attiene al coordinamento tra i commi 1 e 2 della disposizione in esame, si tornerà nel prosieguo (14). Si deve tuttavia osservare, in linea con la tesi prevalente (15), anche in giurisprudenza (16), che il rimedio previsto dal

(13) Così O. CAGNASSO, *La società*, p. 241; A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1959; F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 116; F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 172; A. BUSANI, *S.r.l. Il nuovo ordinamento dopo il D.lgs. 6/2001*, Milano, 2003, p. 475.

(14) Vedi § 25.

(15) Con specifico riferimento alla disciplina della s.r.l. si esprime in questo senso, tra gli altri, N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 420, secondo il quale «con riguardo ai negozi conclusi dal legale rappresentante in esecuzione di una preventiva decisione degli amministratori viziata da conflitto di interessi», «affinché la società possa svincolarsi dalle relative obbligazioni, occorre» «che la decisione sia stata tempestivamente impugnata e che il terzo fosse a conoscenza del vizio che la inficiava». Sempre secondo lo studioso citato, infatti, il comma 1 dell'art. 2475-ter si applicherebbe unicamente «per i profili del contratto non oggetto di preventiva definizione da parte dell'organo collegiale» (tesi ribadita in N. ABRIANI, *Commento artt. 2475-bis/ter*, p. 353). Nello stesso senso M. PERRINO, *Il conflitto di interessi degli amministratori nella s.r.l.*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 3, p. 580 s., il quale sottolinea come la mera conforme esecuzione di una valida decisione dell'organo collegiale rappresenti, per l'amministratore dotato del potere di rappresentanza, un atto dovuto. Conforme anche G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Commentario Lo Cascio*, 2003, p. 191 ss., a p. 193. Sulla stessa linea la ricostruzione proposta da D. MAFFEIS, *Il nuovo conflitto*, p. 536, secondo il quale «[p]oiché agli atti compiuti in esecuzione di una decisione del consiglio di amministrazione si applica il successivo comma 2 dell'art. 2475-ter, la disciplina» contenuta nel comma 1 della norma «si applica esclusivamente all'amministratore unico o delegato – in assenza di decisione del consiglio – di s.r.l.». Questa pur condivisibile impostazione non dovrebbe tuttavia escludere dall'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 2475-ter il caso in cui esista una decisione del consiglio, che tuttavia lascia alcuni margini di discrezionalità all'amministratore dotato del potere di rappresentanza nel definire il contenuto dell'accordo. Ad analoghe conclusioni giungono F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 116 e A. BUSANI, *S.r.l.*, p. 475: secondo quest'ultimo autore, la disciplina in esame è applicabile in «ogni caso in cui il rappresentante non agisca in base a un previo conforme deliberato assembleare». Sebbene il riferimento al deliberato «assembleare» non può escludere il rilievo delle decisioni «consiliari», si coglie l'occasione per precisare che anche qualora il contenuto del contratto fosse determinato dai soci – come è ammissibile nelle s.r.l. – eliminando così i rischi che

comma 1 dell'art. 2475-ter appare necessario solo quando l'amministratore-rappresentante, portatore di un interesse conflittuale con quello della società, abbia la possibilità di influire sul contenuto del contratto. Quando, al contrario, l'ammini-

discendono dal conflitto di interessi dell'amministratore, il comma 1 dell'art. 2475-ter non dovrebbe trovare applicazione. La soluzione proposta è coerente con quanto sostenuto in merito alla disciplina dell'amministratore delegato di s.p.a. dall'art. 2391 (vedi il *Commento all'art. 2391*, § 11, nota 107, in questo Commentario, *Amministratori*) e, come si chiarirà nel testo, con quella prevista per il contratto concluso con se stesso dal rappresentante dall'art. 1395. Nel vigore della disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore di s.p.a. anteriore alla riforma del 2003, ma con argomenti che potrebbero essere parzialmente estesi al caso che ci occupa, aveva espresso alcune perplessità sull'esclusione della possibilità di impugnare il contratto concluso dall'amministratore interessato ai sensi dell'art. 1394 in esecuzione di una delibera consiliare assunta in conflitto di interessi L. ENRIQUES, *L'opponibilità ai terzi del conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, nota a Corte di giustizia Ce, 16 dicembre 1997, causa C-104/96, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 265 ss., a p. 280. L'Autore citato giungeva a questa conclusione sulla scorta del rilievo che l'amministratore avrebbe la facoltà – e in alcuni casi, in ipotesi, anche l'obbligo – di non dare esecuzione a una decisione viziata che potrebbe arrecare danno all'ente gestito. Conseguentemente la decisione di concludere il contratto sarebbe dovuta sempre ritenersi frutto di una scelta discrezionale viziata da conflitto di interessi. Questa argomentazione non è certamente infondata; essa pare tuttavia svalutare la circostanza che la presenza di una decisione a monte di un organo della società, seppur irregolare, ove puntualmente eseguita dal rappresentante legale dell'ente, dovrebbe eliminare la possibilità che il conflitto di interessi di quest'ultimo incida sul contenuto del contratto che viene stipulato, quantomeno nella fase di mera attuazione della decisione. Altri sono invece i rimedi a disposizione avverso la decisione sulla quale si basa la stipulazione del contratto. Tornando alla vigente disciplina degli amministratori di s.r.l., M. IRRERA, *Commento all'art. 2475-ter*, pur indicando la soluzione ricordata nel testo come quella prevalente, si chiede se sia corretto «discriminare le forme di reazione di fronte al manifestarsi dello stesso conflitto di interessi e ciò in base unicamente alla presenza o meno di una preventiva decisione collegiale degli amministratori». Su questa linea, O. CAGNASSO, *La società*, p. 242 è orientato a non escludere l'impugnabilità del contratto in presenza di una delibera consiliare: scrive, infatti, l'Autore citato, che il comma 1 dell'art. 2475-ter si applica «in tutte le ipotesi in cui non venga in considerazione una deliberazione del consiglio e quindi in quelle di amministratore unico, di amministratore delegato dotato di potere di rappresentanza, di amministratore in regime di amministrazione disgiuntiva con poteri rappresentativi», giungendo però a ritenere «possibile l'applicazione cumulativa delle due regole», ossia dell'impugnazione del contratto ai sensi del comma 1 e della delibera consiliare ai sensi del comma 2 dell'art. 2475-ter, «quando anche l'amministratore rappresentante, pur in presenza di una deliberazione del consiglio, si trovi in conflitto di interessi nella stipulazione del contratto», soluzione che non appare pienamente condivisibile, almeno nei casi discussi nel testo, per le ragioni ivi indicate.

(16) Si veda, ad esempio, Cass., 10 aprile 2000, n. 4505, disponibile sul sito www.iuritalia.it (ultimo accesso luglio 2006), nelle cui motivazioni si può leggere che «per giurisprudenza costante di questa Corte Suprema, la disciplina dell'atto compiuto dall'amministratore unico in nome della società e in conflitto d'interessi con la stessa si rinviene nell'art. 1394 e non nell'art. 2391 c.c., il quale presuppone l'esistenza di una delibera consiliare (Cass. 1° febbraio 1992, n. 1089; 5 luglio 1984, n. 3945)», corsivo aggiunto. Il caso citato, peraltro, riguardava una s.r.l. alla quale,

stratore è un mero *nuncius* della volontà altrimenti (e validamente) formatasi in seno alla società, e il contenuto del contratto è stato determinato in modo tale da disinnescare il pericolo di un comportamento opportunistico del soggetto dotato del potere di rappresentanza, non paiono sussistere le ragioni sottese all'applicazione della norma e, se mai, sarebbe la decisione a monte a poter essere impugnata per conflitto di interessi, secondo quanto si discuterà al § 25 ⁽¹⁷⁾.

Questa soluzione, peraltro, è coerente con la regola prevista dall'art. 1395 per il contratto concluso con se stesso dal rappresentante in conflitto di interessi, appena richiamata, secondo la quale tale contratto non è annullabile se il suo contenuto è stato predeterminato dal rappresentato, escludendo così la possibilità di conflitto di interessi.

5. Conflitto di interessi in assenza di poteri di rappresentanza e in caso di rappresentanza congiunta

Come si deve intendere l'espressione, utilizzata dal legislatore, «amministratori che hanno la rappresentanza della società»? Per rispondere a questa domanda è necessaria una breve digressione sul contenuto dell'art. 2475-bis, al quale la disciplina del conflitto di interessi deve raccordarsi.

L'art. 2475-bis attribuisce il potere di rappresentanza a tutti gli amministratori, precisando che esso deve ritenersi generale e, dunque, non circoscritto agli atti che rientrano nell'oggetto sociale ⁽¹⁸⁾. Il potere di rappresentanza può tuttavia essere statutariamente riservato a solo alcuni amministratori, ma tali limitazioni,

anteriore alla riforma del 2003, si applicava la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: le considerazioni del giudice di legittimità, tuttavia, sono estensibili alla disciplina attualmente prevista dall'art. 2475-ter, che rispecchia – quanto al punto qui in discussione – la ricostruzione della materia seguita dalla Corte.

⁽¹⁷⁾ Occorre inoltre segnalare un problema aperto, ossia come disciplinare il caso in cui la discrezionalità dell'amministratore delegato, chiamato a rappresentare la volontà formatasi in seno ad altro organo sociale, attenga non tanto al profilo «contenutistico» relativo al contratto che deve essere stipulato (scelta della controparte, condizioni contrattuali, e così via), bensì a quello «temporale», ossia alla scelta del momento nel quale il contratto verrà concluso. Le considerazioni svolte nel testo potrebbero non escludere dall'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 2475-ter la stipulazione di contratti il cui contenuto sia pur stato definito, ad esempio, da una precedente delibera consiliare, ma nei quali il conflitto di interessi dell'amministratore possa manifestarsi nella scelta del momento nel quale perfezionare l'accordo. Si immagini il caso nel quale, ritardando la conclusione di un contratto di fornitura, l'amministratore impedisce alla società di ottenere un'importante commessa o di partecipare a una gara d'appalto, avvantaggiando così indirettamente altra impresa alla quale è legato.

⁽¹⁸⁾ Cfr. il *Commento all'art. 2475-bis*, in questo volume; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, in *Commentario Niccolini - Stagno d'Alcontres*, vol. III, 2004, p. 1578; C. CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in C. CACCAVALE - F. MAGLIULO - M. MALTONI - F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, p. 514 ss.; per una sintesi vedi anche L. BENVENUTO - A. ORESTA, *Il nuovo volto della S.r.l. Quadro normativo e problemi applicativi*, Torino, 2007, p. 67 s.

ancorché iscritte nel registro delle imprese, dovrebbero ritenersi opponibili ai terzi solo dimostrando che essi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (19).

L'ambito di applicazione dell'art. 2475-ter è limitato agli amministratori «che hanno la rappresentanza della società». Questa espressione induce a chiedersi se gli atti degli amministratori privi del potere di rappresentanza in base allo statuto i quali, violando i limiti ai loro poteri (regolarmente pubblicati), stipulino un contratto in conflitto di interessi, siano assoggettati al comma 1 dell'art. 2475-ter, ovvero al (solo) art. 2475-bis.

Le conseguenze delle due interpretazioni sono radicalmente diverse: se si propende per la non applicabilità della disciplina del conflitto di interessi, il rimedio a disposizione della società sarebbe rappresentato dall'art. 2475-bis, che come ricordato consente di opporre ai terzi la mancanza di potere dell'amministratore fornendo la difficile prova dell'*exceptio doli*. La società risulterebbe così tutelata in modo meno incisivo che nel caso in cui un amministratore dotato del potere di rappresentanza agisca in conflitto, poiché in questa ultima ipotesi – ai sensi dell'art. 2475-ter – la dimostrazione della conoscenza o conoscibilità del conflitto da parte del terzo è sufficiente per l'invalidità del contratto. Si tratterebbe di una soluzione poco ragionevole, in base alla quale i contratti conclusi in conflitto di interessi dagli amministratori privi del potere di rappresentanza sarebbero più difficilmente attaccabili di quelli posti in essere dagli amministratori che, pur interessati, rappresentano legittimamente la società.

Si deve a questo proposito segnalare che, secondo alcuni studiosi, il difetto radicale di potere di rappresentanza sia opponibile all'esterno della società senza necessità di dimostrare l'*exceptio doli* del terzo, soluzione che risolverebbe, o quantomeno attenuerebbe, il problema indicato (20). In ogni caso, anche qualora non si ritenesse di poter condividere quest'ultima soluzione, con riferimento al caso del contratto in conflitto di interessi stipulato dall'amministratore privo del potere di rappresentanza, nonostante il tenore letterale delle norme, l'interpretazione preferibile e sistematicamente coerente con le finalità della disciplina è che sia in ogni caso possibile ottenere l'annullamento di un contratto ai sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter, limitandosi a dimostrare la conoscenza o conoscibilità del conflitto da parte del terzo.

Diverso problema è come si applichi l'art. 2475-ter quando il potere di rappresentanza è attribuito a più amministratori congiuntamente. La fattispecie alla quale ci si riferisce è chiaramente distinta dal problema dell'applicabilità del comma

(19) S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1578. Sottolinea che il potere di rappresentanza, riconosciuto dalla legge a tutti gli amministratori, può essere statutariamente attribuito solo ad alcuni amministratori, A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1960.

(20) Cfr. N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, p. 310.

2 dell'art. 2475-ter al modello di amministrazione congiuntiva disciplinato dall'art. 2258, sul quale si tornerà nel prosieguo ⁽²¹⁾.

La lettera della norma non consente di risolvere univocamente la questione. Prevedendo che i contratti conclusi dagli amministratori in conflitto di interessi siano annullabili, infatti, la disposizione non chiarisce se si riferisca unicamente ai negozi stipulati solo da amministratori interessati, ovvero anche a quelli perfezionati con il contributo determinante di uno o più amministratori interessati.

Da un lato si potrebbe ritenere che l'art. 2475-ter, comma 1, suggerisca l'annullabilità del contratto concluso con il contributo di un amministratore in conflitto di interessi anche quando, per il perfezionamento del vincolo negoziale, è necessario il consenso di altri amministratori. In ipotesi di rappresentanza congiunta, infatti, l'assenso dell'amministratore interessato è un elemento essenziale affinché la società manifesti validamente la propria volontà, e l'accordo non potrebbe essere raggiunto senza la «firma», determinante per il perfezionamento del contratto, del soggetto in conflitto di interessi. Si potrebbe quindi rilevare che il contratto è stato «concluso dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società», alcuni dei quali «in conflitto di interessi».

È d'altro lato evidente che la situazione descritta non coincide con il caso nel quale, unilateralmente, un amministratore stipuli un contratto in conflitto di interessi. La stessa circostanza che l'accordo sia stato voluto anche da amministratori privi di interessi conflittuali con quello sociale e dotati del potere di rappresentanza potrebbe, se non superare completamente, quantomeno attenuare i pericoli che giustificano la disciplina in esame. Seguendo questa linea di pensiero si potrebbe quindi concludere che, per «contratti conclusi dagli amministratori» «in conflitto di interessi» si intendano esclusivamente quelli stipulati unilateralmente o, comunque, da soli amministratori interessati.

La prima e più rigorosa soluzione richiamata appare, anche in base alla formulazione adottata dal legislatore, preferibile. La questione presenta tuttavia un margine di indeterminatezza che lo statuto potrebbe contribuire a risolvere. In particolare, fermo restando che, nelle ipotesi esaminate, è opportuna l'astensione dell'amministratore interessato dalla stipulazione del contratto, in mancanza di un'apposita previsione normativa o statutaria potrebbe dubitarsi dell'ammissibilità di una deroga alla rappresentanza congiunta. Si potrebbe cioè dubitare che il conflitto di interessi di uno degli amministratori con firma congiunta legittimi la stipulazione del contratto da parte dei soli amministratori non in conflitto. È quindi auspicabile che, in caso di rappresentanza congiunta, lo statuto preveda adeguati meccanismi atti a consentire che, se uno degli amministratori è portatore di un interesse in contrasto con quello sociale, la società possa essere validamente rappresentata dai soli amministratori non interessati ⁽²²⁾.

(21) Cfr. § 14.

(22) Sono frequentemente previste dagli statuti clausole che, in caso di assenza o impedimento del legale rappresentante dell'ente, attribuiscono il potere di firma ad un diverso

6. I contratti e i negozi giuridici rilevanti

Una seconda questione interpretativa sollevata dal comma 1 dell'art. 2475-ter attiene l'esatta definizione dei negozi giuridici suscettibili di annullamento. La disposizione si limita a menzionare i «contratti», includendo quindi tanto contratti sinallagmatici, quanto contratti associativi con comunione di scopo. Se con riferimento ai primi è intuitivo immaginare casi nei quali possa verificarsi un conflitto di interessi, tale circostanza può evidentemente ricorrere anche nei contratti con comunione di scopo. Basti pensare all'eventualità che la s.r.l. effettui un conferimento in natura a favore di un'altra società, il cui socio di maggioranza sia uno dei suoi amministratori: costui potrà nutrire un interesse conflittuale in merito alla valutazione del bene.

La norma è inoltre applicabile ai cosiddetti contratti a prestazione unilaterale, quali donazione, comodato, *cessio bonorum* ai creditori, fideiussione⁽²³⁾ e anticresi, rispetto ai quali può evidentemente verificarsi un conflitto di interessi, ferma restando la necessità di verificare in capo al terzo la conoscenza o conoscibilità del conflitto per poter procedere all'annullamento del contratto⁽²⁴⁾.

Più delicata è la questione dell'annullabilità per conflitto di interessi, ai sensi della norma in commento (che testualmente si riferisce ai soli «contratti»), di una serie di negozi giuridici diversi dal contratto, quali in primo luogo alcune tipologie di atti unilaterali. Si pensi all'esercizio del diritto di recesso, atto unilaterale recettizio; all'attribuzione del potere di rappresentanza tramite procura; o ancora al negozio di accettazione (o rifiuto) di eredità. Sono soggetti alla regola del comma 1 dell'art. 2475-ter?

Per rispondere a questa domanda occorre innanzitutto ricordare quanto disposto dall'art. 1324, secondo il quale «salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale». Questa regola consente certamente di applicare la norma generale in materia di contratto concluso in conflitto di interessi dal rappresentante (art. 1394) anche agli atti unilaterali precedentemente richiamati⁽²⁵⁾. Analoga conclusione deve valere per la regola, speculare

amministratore (ad esempio, ad un «vice-presidente» del consiglio di amministrazione). Tali previsioni potrebbero ritenersi applicabili al ricorrere di un conflitto di interessi del legale rappresentante, inteso come impedimento a concludere validamente un certo contratto.

(23) Per l'applicazione del comma 1 dell'art. 2475-ter al contratto di fideiussione, e in particolare per l'individuazione del soggetto in capo al quale verificare il requisito della conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi, si veda *infra*, nota 51.

(24) La gratuità di alcuni dei contratti richiamati, infatti, non esclude tra le parti la necessità di provare la conoscenza o conoscibilità del conflitto. Ai terzi che avessero acquistato diritti dall'avente causa dalla società anteriormente all'annullamento del contratto è invece applicabile la diversa regola, prevista dall'art. 1445, che distingue gli effetti dell'annullamento in ragione del titolo oneroso o gratuito dell'acquisto. Sul punto vedi *infra*, § 11.

(25) O. CAGNASSO, *La società*, p. 241; A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1959; e D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 218.

all'art. 1394, sancita dal comma 1 dell'art. 2475-ter. Una diversa soluzione, che limitasse l'ambito di applicazione della norma in commento ai soli contratti formalmente intesi, risulterebbe difficilmente conciliabile con le finalità della disciplina del conflitto di interessi ⁽²⁶⁾.

Così, ad esempio, con riferimento all'esercizio del diritto di recesso, lo scioglimento del vincolo societario da parte di un amministratore in conflitto di interessi potrebbe essere annullato. Si pensi a una s.r.l. socia di una seconda società di capitali, alla quale partecipi anche uno dei suoi amministratori. Se si verificano i presupposti del recesso da quest'ultima, l'amministratore potrebbe trovarsi in conflitto di interessi, in particolare qualora l'applicazione dei criteri di valutazione delle azioni o della quota detenuta dalla società recedente risulti particolarmente svantaggiosa per la s.r.l. partecipante e, specularmente, vantaggiosa per la partecipata e i suoi soci ⁽²⁷⁾. L'atto unilaterale di recesso potrebbe, in questi casi, essere impugnato ai sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter.

Ci si può inoltre chiedere se la disposizione si estenda ad una serie di atti disciplinati dal diritto successorio quali, in particolare, accettazione o rinuncia di eredità o rinuncia al legato (quest'ultimo, come noto, si acquista direttamente, senza necessità di accettazione, ma può essere oggetto di rinuncia). Un caso che potrebbe presentarsi è il seguente: si ipotizzi che uno dei soci fondatori di una s.r.l. lasci, per successione testamentaria, la quota disponibile del proprio asse ereditario alla società. Nel caso in cui l'amministratore di quest'ultima sia anche erede legittimario del *de cuius*, in quanto successibile in subordine potrebbe trovarsi in conflitto rispetto all'accettazione o rinuncia all'eredità da parte della s.r.l. Analogo problema potrebbe porsi nel caso in cui la società sia stata designata legatario e l'amministratore sia l'erede onerato, con riferimento all'eventuale rinuncia al legato.

L'accettazione di eredità è un atto unilaterale, irrevocabile, non recettizio e che tuttavia richiede una manifestazione di volontà – anche per fatti concludenti – del latore della dichiarazione. Si tratta, inoltre, di un cosiddetto *actus legitimus*, ossia di un atto che non tollera condizioni o termini. Essendo un atto patrimoniale e non personale, inoltre, può essere compiuto tramite rappresentante legale o volontario (seppur, in questo caso, con procura speciale in quanto eccede l'ordinaria amministrazione). Analogamente la rinuncia – che tecnicamente si qualifica come un atto di rifiuto, poiché il chiamato all'eredità non diventa erede fino all'eventuale accettazione, e quindi non è titolare di un asse ereditario al quale «rinunziare» – è atto unilaterale, non recettizio, patrimoniale ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Conforme N. ABRIANI, *Commento agli artt. 2475-bis e 2475-ter*, p. 353.

⁽²⁷⁾ Sulla valutazione della partecipazione in caso di recesso da s.p.a., e in generale in materia di modalità di esercizio del diritto, sia consentito rinviare, anche per riferimenti bibliografici, a M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 309 ss.; e, con specifico riferimento al recesso da s.r.l., a Id., *La valutazione della quota del socio di società a responsabilità limitata in caso di recesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 434 ss.

⁽²⁸⁾ In materia vedi A. PALAZZO, *Successioni (Parte generale)*, in *Dig. it. disc. priv. Sez. civ.*,

Sulla base di queste qualificazioni, come osservato in dottrina, «[l]’accettazione [dell’eredità] si colloca nel novero di quegli atti unilaterali fra vivi aventi contenuto patrimoniale ai quali si applicano, in quanto compatibili, le norme sui contratti» (29). Sebbene la legge prescriva che l’accettazione sia impugnabile solo per dolo e violenza, e non per errore (artt. 482 e 483), nel caso in cui sia espressa da un rappresentante si deve quindi ritenere soggetta all’azione di annullamento prevista dall’art. 1394 in via generale e dall’art. 2375-ter, comma 1, con riferimento agli amministratori di s.r.l. Queste conclusioni possono estendersi al rifiuto dell’eredità e del legato.

7. La nozione di «conflitto di interessi»

Come precedentemente anticipato, nelle s.r.l., a differenza che nelle s.p.a., rilevano i soli interessi degli amministratori che contrastano con quello della società (30). L’ambito di applicazione dell’art. 2437-ter, da questo punto di vista, è meno ampio di quello dell’art. 2391. La stessa circostanza che occorra una contrapposizione tra interesse dell’amministratore e della società limita i casi assoggettati alla norma in commento.

Sussiste, infatti, un conflitto di interessi tra amministratore e società solo quando, in relazione a una determinata decisione, a un vantaggio anche potenziale dell’amministratore fa fronte uno svantaggio – o un «minor vantaggio» – della società, o viceversa (essendo ovviamente rilevante anche il caso nel quale l’amministratore, per evitare un danno, pregiudica le ragioni della società).

Si è affermato, anche in giurisprudenza, che l’interesse del quale l’amministratore è portatore, per assumere rilevanza nell’ambito della disciplina in commento, deve avere natura patrimoniale, sulla base dell’assunto che solo in questo caso può crearsi una contrapposizione con l’interesse sociale in grado di produrre un effetto economico sulla situazione della società (31). Una simile distinzione tra interessi

Torino, 1999, p. 122 ss., a p. 144 ss.; L. FERRI, *Commento all’art. 470*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1980, 2^a ed., p. 219 ss., a p. 224. Per una sintetica esposizione degli aspetti della disciplina delle successioni ai quali si è fatto cenno nel testo, di taglio manualistico ma completa e puntuale, si veda inoltre G. BONILINI, *Nozioni diritto ereditario*, Torino, 1986 (rist. 1989).

(29) F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. IV, 2^a ed., Padova, 1993, p. 143.

(30) Secondo l’efficace sintesi di N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 417, sulla scorta anche di più risalenti elaborazioni dottrinali, «con riguardo agli amministratori di società di capitali – così come nell’ambito della disciplina generale di cui all’art. 1394 – il conflitto d’interessi è predicato per un rapporto *interindividuale*, in quanto l’interesse sociale è per essi un dato esterno e in certo modo oggettivo, che si pone quale *premissa* dell’esercizio del loro potere deliberativo», mentre il conflitto di interessi del socio in sede assembleare «viene piuttosto riferito a una vicenda *metaindividuale*, perché la maggioranza non è chiamata a realizzare, e dunque a rispettare, un interesse sociale predefinito e logicamente presupposto alla deliberazione, quanto piuttosto ad individuare l’interesse sociale».

(31) Cfr. V. PANZIRONI, *Il conflitto di interessi dell’amministratore di s.p.a. nell’elaborazione di dottrina e giurisprudenza*, Luiss - Ceradi, dattiloscritto, agosto 2003, disponibile sul sito

patrimoniali e personali dell'amministratore, oltre a poter risultare difficilmente applicabile, non è del tutto convincente sul piano teorico: affinché sussista un conflitto di interesse in grado di inficiare l'autonomia di giudizio dell'amministratore, ostacolando il perseguimento dei fini sociali, è sufficiente che l'amministratore possa trarre un beneficio, anche non strettamente patrimoniale, dall'operazione posta in essere ⁽³²⁾.

Sebbene la legge non sembri discriminare tra interessi patrimoniali e non patrimoniali dell'amministratore, è tuttavia certamente vero che, nella maggioranza dei casi, la posizione conflittuale sarà legata a un vantaggio o svantaggio economicamente quantificabile. A questo proposito si deve però subito notare che non è necessario che sussista un rapporto di identità o proporzionalità tra i rispettivi vantaggi e svantaggi dell'amministratore e della società: deve cioè considerarsi in conflitto di interessi anche l'amministratore che, da una certa operazione, attenda un guadagno molto inferiore (o superiore) rispetto alle perdite che la società potrebbe subire.

Quest'ultima precisazione induce a chiarire che sebbene l'art. 2475-ter non tenga conto dell'importanza economica dell'interesse del quale l'amministratore è portatore, non prevedendo, per così dire, una «soglia minima» al di sotto della quale l'interesse dell'amministratore sfugga all'applicazione dell'art. 2475-ter, si deve ritenere – anche in base a principi generali – che interessi meramente «bagatellari», tanto trascurabili da non poter ragionevolmente incidere sulla libertà di giudizio dell'amministratore, possano considerarsi irrilevanti. Si tratta, ovviamente, di situazioni marginali, che possono essere valutate solo su base casistica, tenendo conto delle specifiche circostanze di fatto.

Non si può però escludere che in alcune ipotesi, sebbene da una determinata decisione della società possano discendere conseguenze nella sfera di un amministratore, l'eventuale beneficio o pregiudizio di quest'ultimo sia tanto limitato, ovviamente in relazione alla sua posizione complessiva, da non essere giuridicamente rilevante. Questa soluzione, pur sollevando alcune questioni applicative che non si porrebbero trascurando ogni considerazione in merito al rilievo dell'interesse contestato, pare meglio rispondere agli obiettivi della disciplina in esame, e necessaria quale regola di chiusura anche onde evitare interpretazioni formalistiche e utilizzi strumentali o ricattatori della norma ⁽³³⁾.

Una particolare questione che potrebbe porsi è se la situazione di conflitto di interessi possa essere, per così dire, «rimossa» nel caso in cui l'amministratore si impegni, anche con specifiche operazioni a ciò dirette, a tenere indenne la società

www.archivioceradi.luiss.it (ultimo accesso luglio 2006), s.p. (ma a p. 7), ove in nota 6 si ricorda una pronuncia di Trib. Piacenza, 12 gennaio 1987, in *Giur. it.*, 1988, 2, p. 210.

⁽³²⁾ Conforme L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società*, Milano, 2000, p. 150.

⁽³³⁾ Cfr., in senso analogo, le considerazioni svolte *sub* art. 2391, § 4, part. nota 45 e testo corrispondente.

dalle conseguenze dannose della propria azione. Il riferimento implicito è alla teoria dei vantaggi compensativi della quale è espressione l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 2497⁽³⁴⁾. Si ipotizzi la seguente situazione: dalla realizzazione di un certo affare, l'amministratore potrebbe ottenere un guadagno pari a 100.000 euro e la società una perdita pari a 15.000 euro. In caso di rinuncia all'operazione, al contrario, né la società né l'amministratore incorrerebbero in alcun guadagno e in alcuna perdita. La stipulazione del contratto relativo a tale operazione sarebbe certamente in conflitto di interessi. Se, tuttavia, l'amministratore si impegnasse contrattualmente a riconoscere alla società una somma pari, in ipotesi, a 20.000 euro in caso di realizzazione dell'operazione, potrebbe ancora ritenersi sussistere un conflitto di interessi? In altre parole e in via generale, è ammissibile che la situazione di conflitto venga eliminata alla radice tramite la stipulazione di specifici accordi che – nel caso di specie – rendano compatibili gli interessi dell'amministratore e della società? ⁽³⁵⁾.

In linea di principio la risposta a questo interrogativo potrebbe essere affermativa. Il conflitto di interessi non è, infatti, una situazione immutabile, scolpita irrimediabilmente nella pietra, sull'esistenza e l'estensione della quale le parti non hanno alcun controllo. Non può dunque escludersi che, anche attraverso specifiche previsioni contrattuali in grado di incidere sulla posizione della società e degli amministratori, sia possibile allineare interessi altrimenti in conflitto. Un simile risultato è ovviamente possibile, in particolare, quando esiste un margine di trattativa dovuto alla circostanza che i vantaggi (o gli svantaggi) di una delle parti superino gli svantaggi (o i vantaggi) dell'altra.

Ciò posto da un punto di vista generale, deve essere chiaro che simili pattuizioni sono particolarmente delicate, e solo a fronte di un vincolo giuridicamente vincolante che davvero elimini la divergenza tra gli interessi dell'amministratore e della società si potrà ritenere superato o circoscritto il conflitto di interessi ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ In argomento si veda P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 628 ss.; ID., *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 243 ss.; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, p. 391 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 673 ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61 ss.

⁽³⁵⁾ Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, ci si troverebbe di fronte a una situazione di cosiddetta esternalità negativa (le conseguenze pregiudizievoli dell'azione dell'amministratore che perseguisse esclusivamente il proprio interesse ricadrebbero su un soggetto diverso, ossia la società), che potrebbe tuttavia essere «internalizzata» dall'amministratore tramite un meccanismo di mercato dei diritti, con il risultato di giungere a una situazione efficiente in senso paretiano.

⁽³⁶⁾ Lo stesso accordo volto a rimuovere il conflitto di interessi, peraltro, rappresenterebbe solitamente un'operazione in conflitto, che sarà opportuno sia decisa e perfezionata da amministratori diversi da quello interessato.

Sempre con riferimento alla nozione di conflitto di interessi, è appena il caso di precisare che ciò che rileva per l'applicazione dell'art. 2475-ter è l'interesse della società in quanto soggetto giuridico distinto dai suoi soci, e non certo gli interessi dei singoli partecipanti al capitale. Seppure, dunque, in molti casi l'esistenza di un conflitto di interessi tra amministratore e società implichi anche, indirettamente, un conflitto con gli interessi dei soci in quanto tali (poiché i pregiudizi subiti dalla società hanno di regola un impatto sul valore e la redditività della quota), occorre tenere ben distinto il primo, rilevante in base alla disciplina in esame, dai secondi.

L'annullamento ai sensi dell'art. 2475-ter, comma 1, del contratto concluso da un amministratore per conflitto di interessi, infine, a differenza dell'impugnazione della delibera viziata da conflitto di interessi prevista dal comma 2 dell'art. 2475-ter, non richiede esplicitamente la prova della dannosità – attuale o potenziale – dell'operazione per la società. La disposizione in commento si conferma, anche da questo punto di vista, coerente con la previsione di cui all'art. 1394. La sussistenza di un conflitto di interessi, e il pericolo di pregiudizio che ne consegue, dovrebbero quindi ritenersi sufficienti per l'esercizio del rimedio in discussione.

La distinzione è sottile ma fondamentale: altro è, infatti, affermare che il conflitto di interessi del rappresentante implica, in sé, un possibile pregiudizio del rappresentato, ed eventualmente utilizzare questo concetto al fine di definire e verificare la sussistenza di interessi contrapposti; e altro è la necessità di dimostrare il danno (anche solo potenziale) per accedere al rimedio in esame.

La giurisprudenza che si è pronunciata sull'applicazione dell'art. 1394 ha invero fornito risposte spesso non risolutive sul punto, mostrando talvolta una certa ambiguità in merito alla distinzione tra danno potenziale inteso come elemento costitutivo della fattispecie, che deve essere provato in giudizio per ottenere l'annullamento del contratto; e mero rilievo che – secondo quanto indicato poco sopra –, la stessa definizione di conflitto di interessi implica che al vantaggio ottenibile dal rappresentante possa conseguire un pregiudizio per il rappresentato ⁽³⁷⁾.

8. (Segue) L'interesse per conto di terzi

È in conflitto con la società anche l'amministratore portatore di un interesse per conto di soggetti terzi. Come già osservato in sede di commento all'art. 2391, si discute se sia necessario che tra amministratore e terzo sussista un rapporto giuridicamente rilevante, ovvero possano essere sufficienti, alla luce delle circostanze del caso, anche rapporti di mero fatto, quale – ricorrendo a un esempio estremo – un legame di amicizia ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Si veda, in particolare, Cass., 25 giugno 1985, n. 3836, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 886; Cass., 17 aprile 1996, n. 3630, in *Foro it. Mass.*, 1996.

⁽³⁸⁾ V. PANZIRONI, *Il conflitto*, p. 7 s. Cfr. inoltre il *Commento all'art. 2391*, § 5, in questo Commentario, *Amministratori*.

In linea di principio, l'amministratore è portatore di un interesse per conto di altri soggetti ogniqualvolta ricorra un rapporto di natura patrimoniale, ma anche non patrimoniale, tale da incidere sulla sua autonomia decisionale e sulla sua capacità di perseguire disinteressatamente gli interessi della società. Pur ritenendosi che il riferimento a un interesse «per conto di terzi» non debba essere inteso in senso formale, bensì in modo economico-sostanziale, e la valutazione debba essere effettuata caso per caso, appare preferibile, salvo situazioni affatto peculiari, escludere relazioni alle quali l'ordinamento non riconduce solitamente specifici effetti giuridici ⁽³⁹⁾. A mero titolo esemplificativo, dunque, possono rilevare relazioni di parentela, affinità o coniugio, così come l'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente o autonomo, oppure un rapporto associativo quale quello di società, ancorché perfezionatosi per fatti concludenti.

Una delle ipotesi più importanti di interesse per conto di terzi è rappresentata dallo stesso rapporto di amministrazione, posto che generalmente l'amministratore deve ritenersi portatore degli interessi delle società o degli enti amministrati. Conseguentemente, se il soggetto A siede nei consigli di amministrazione delle società X e Y, A potrebbe ritenersi in conflitto di interessi rispetto agli affari che dovessero intercorrere tra le due società ⁽⁴⁰⁾.

Come emerge dalle esemplificazioni proposte, la sussistenza di un conflitto di interessi per conto di terzi non può dunque essere definita in via generale e astratta, prescindendo dalla specifica situazione di fatto. Sebbene questa conclusione ponga, almeno in alcuni casi, qualche incertezza applicativa, è preferibile ad interpretazioni formalistiche, basate esclusivamente sul titolo giuridico che lega l'amministratore e il soggetto terzo del cui interesse egli sarebbe portatore.

Una questione speculare al caso nel quale l'amministratore è portatore di un interesse per conto di terzi è se il comma 1 dell'art. 2475-ter si applichi qualora un amministratore in conflitto di interessi deleghi un terzo non amministratore a stipulare, in nome e per conto della società, il contratto che, perfezionato direttamente dall'amministratore in conflitto, potrebbe essere impugnato. In altre parole, se l'amministratore A, in conflitto di interessi, anziché contrarre con B in prima persona e nell'esercizio del proprio potere di rappresentanza della società, attribuisce procura ad un soggetto terzo, C, il contratto stipulato tra C e B è impugnabile?

Si deve subito chiarire che il terzo rappresentante – «C» nell'esemplificazione proposta – potrebbe a sua volta considerarsi portatore di un interesse conflittuale per conto dell'amministratore (in questa ipotesi terzo rispetto alla società), e il contratto concluso da C sarebbe dunque impugnabile ai sensi dell'art. 1394. Qui, però, ci si chiede se la fattispecie descritta sia censurabile anche direttamente ai

⁽³⁹⁾ Secondo V. PANZIRONI, *Il conflitto*, p. 7 s., «entro certi limiti, anche situazioni di fatto potrebbero rilevare, purché si tratti però di situazioni cui normalmente nell'ordinamento si riconoscono effetti giuridici, quali ad es. la convivenza *more uxorio*».

⁽⁴⁰⁾ Sul punto si tornerà in seguito, al § 27, con specifico riferimento al conflitto di interessi nei gruppi di società.

sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter, questione che potrebbe avere un certo rilievo pratico qualora fosse difficile dimostrare che tra il rappresentante C e l'amministratore A sussista un rapporto in forza del quale il primo sia portatore dell'interesse del secondo.

Nel caso in cui l'amministratore abbia fornito istruzioni vincolanti, e il terzo intervenga semplicemente per manifestare la volontà espressa dall'amministratore in conflitto di interessi, il contratto dovrebbe ritenersi annullabile in base all'art. 2475-ter, ferma restando la non opponibilità dell'annullamento ai terzi di buona fede, e salva in ogni caso la responsabilità dell'amministratore interessato ⁽⁴¹⁾. D'altro lato, se al terzo (C) venisse attribuito un autonomo potere di decisione circa la stipulazione del contratto (ad esempio nella selezione della controparte o nella definizione delle condizioni dello scambio), potrebbe sorgere il dubbio che si crei una cesura tra amministratore e rappresentante tale da rendere non applicabile il comma 1 dell'art. 2475-ter ⁽⁴²⁾. A ben vedere, tuttavia, anche in ragione del potere-dovere di controllo che l'amministratore ritiene sull'operato del terzo rappresentante, una siffatta ricostruzione si presterebbe all'elusione della disciplina del conflitto di interesse. Pertanto, salvo situazioni particolari nelle quali l'amministratore si sia effettivamente spogliato – nella misura in cui ciò si ritenga ammissibile – della possibilità di influire sulla formazione del contratto, è preferibile considerare l'operazione soggetta alla norma in commento. Si osservi, peraltro, che i terzi sono tutelati rispetto alla difficoltà di discernere l'esistenza di un interesse conflittuale in capo all'amministratore in presenza di un soggetto terzo che agisce in nome della società, dalla condizione che il conflitto è loro opponibile solo se conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza.

9. La disciplina dell'azione di annullamento promossa ai sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter: la legittimazione attiva

La norma in esame è estremamente laconica quanto alle regole attinenti l'esercizio dell'azione di annullamento, limitandosi ad affermare che l'annullamento può essere domandato dalla società. Analogamente al caso del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi, regolato dall'art. 1394, legittimato all'impugnazione è il soggetto rappresentato ⁽⁴³⁾.

In via generale, la decisione di promuovere l'azione di annullamento spetta

⁽⁴¹⁾ Il terzo rappresentante, infatti, è in questo caso un mero strumento utilizzato per manifestare la volontà dell'amministratore; in altre parole, la nomina di un rappresentante non è altro che il particolare *modo* attraverso il quale l'amministratore attua il proprio potere-dovere di esprimere all'esterno la volontà dell'ente.

⁽⁴²⁾ Sebbene la questione si ponga chiaramente su un diverso piano, si segnala che lo stesso contratto di mandato o la procura con la quale si attribuisce il potere di rappresentanza, potrebbero – al ricorrere di certi presupposti – essere viziati da conflitto di interessi: e si pensi al caso di un mandato *in rem propriam* attribuito a un soggetto al quale l'amministratore è legato.

⁽⁴³⁾ L'annullamento è ovviamente possibile solo su domanda della società, ossia del soggetto protetto dalla disciplina del conflitto, mentre certamente il terzo contraente non potrà

dunque all'organo di amministrazione, nel rispetto delle regole di governo societario previste dalla legge o dall'atto costitutivo ⁽⁴⁴⁾. Ovviamente, se a tale decisione partecipa l'amministratore interessato al contratto che si vuole annullare, egli si troverebbe in conflitto anche rispetto al ricorso al rimedio impugnatorio.

L'attribuzione della decisione di agire in giudizio agli amministratori potrebbe determinare l'inefficacia dello strumento di tutela in esame qualora tale decisione, o la sua esecuzione, spettassero allo stesso amministratore che si sospetta aver agito antepoendo interessi propri o di terzi a quello della società. L'inerzia dell'amministratore interessato, che non assumesse le opportune iniziative giudiziarie, potrebbe in alcuni casi essere risolta tramite i normali strumenti endosocietari, quali la revoca della delega da parte del consiglio di amministrazione e l'esercizio dell'azione di annullamento da parte di altri amministratori. Nelle s.r.l., inoltre, gli stessi soci potrebbero assumere, ai sensi dell'art. 2479, la decisione circa l'impugnazione del contratto viziato ⁽⁴⁵⁾.

Nei casi in cui l'amministratore al quale è attribuita la rappresentanza processuale della società nel giudizio di annullamento del contratto si trovasse in conflitto di interessi, infine, la società potrebbe nominare un curatore speciale ai sensi del comma 2 dell'art. 78 c.p.c. ⁽⁴⁶⁾.

invocare l'applicazione del comma 1 dell'art. 2475-ter per liberarsi delle obbligazioni assunte nei confronti della s.r.l.: lo ricorda anche G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 193.

⁽⁴⁴⁾ A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1961.

⁽⁴⁵⁾ A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1961, il quale segnala anche la possibilità che lo statuto attribuisca al singolo socio, in base all'art. 2468, comma 3, «il potere di decidere sull'impugnazione dell'atto compiuto dall'amministratore», soluzione che potrebbe avere particolare utilità, secondo il commentatore del quale si riporta il pensiero, in caso di amministratore unico. In realtà si potrebbe avanzare qualche dubbio sul fatto che la decisione in merito alla promozione dell'azione giudiziaria di annullamento rappresenti uno dei «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» ai quali fa riferimento la norma citata: non essendo tuttavia possibile affrontare l'argomento in questa sede, avendo ricordato la questione si rinvia per i necessari approfondimenti, oltre che agli studi specificamente dedicati a questo tema (cfr. M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1483 ss., part. p. 1503 ss.), al *Commento dell'art. 2468*, in questo volume. In ogni caso, anche ammettendo la possibilità di riconoscere statutariamente a un socio, unilateralmente, la facoltà di impugnare il contratto quale «particolare diritto», tale previsione andrebbe coordinata con la circostanza che parte del processo sarebbe, ovviamente, la società, la quale – in particolare se controllata da una diversa maggioranza rispetto al socio che ha reagito al contratto concluso in conflitto – potrebbe rinunciare all'azione. Anche per questa ragione, quindi, non pare che la previsione statutaria in esame possa risultare di grande rilievo applicativo. Sugli elusivi confini tra poteri dei soci e degli amministratori nel tipo di società oggetto del presente studio si veda P. BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004, p. 808 ss.

⁽⁴⁶⁾ Come ricordano O. CAGNASSO, *La società*, p. 241 e A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1961. Il curatore speciale è nominato dall'autorità giudiziaria con decreto, su istanza dell'interessato o di altre parti del processo, oppure del pubblico ministero (il cui intervento

10. (Segue) Il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento

Un'ulteriore e importante questione applicativa che il legislatore non risolve riguarda il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento. Si deve ritenere che l'impugnazione del contratto concluso in violazione del comma 1 dell'art. 2475-ter sia soggetta al termine di prescrizione quinquennale, con decorrenza dalla conclusione dell'accordo, previsto in via generale dall'art. 1442 per l'azione di annullamento⁽⁴⁷⁾, coerentemente con l'ipotesi del contratto stipulato dal rappresentante in conflitto di interessi disciplinata dall'art. 1394⁽⁴⁸⁾.

Non sarebbe, al contrario, fondata la soluzione – che si riporta per dovere di completezza – secondo la quale l'esercizio dell'azione di annullamento sarebbe soggetto al termine di decadenza trimestrale previsto dal comma 2 dello stesso art. 2475-ter per l'impugnazione delle decisioni del consiglio di amministrazione assunte con il voto determinante di un amministratore interessato.

La prima soluzione è decisamente preferibile per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, in assenza di un'espressa previsione normativa, non è possibile estendere al caso in esame una soluzione chiaramente eccezionale, quale quella prevista per l'impugnazione delle decisioni consiliari, che comprime significativamente la possibilità del soggetto tutelato di esercitare i propri diritti. Le disposizioni in commento non offrono alcuno spunto, né testuale, né sistematico, per una ricostruzione che derogherebbe alla prescrizione quinquennale, avallando una lettura estensiva o analogica del comma 2 dell'art. 2475-ter⁽⁴⁹⁾.

potrebbe essere richiesto dai soci): cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 6^a ed. a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E. F. Ricci, Milano, 2002, p. 90.

⁽⁴⁷⁾ O. CAGNASSO, *La società*, p. 241. In base ai principi generali, solo l'azione di annullamento, e non già l'eccezione, si prescrive nel suddetto termine indicato. L'eccezione, infatti, può essere fatta valere anche oltre il termine. La società potrebbe quindi essere in grado di non adempiere all'obbligazione assunta in conflitto di interessi nonostante siano trascorsi più di cinque anni dalla conclusione del contratto; sul vizio del contratto non potranno tuttavia basarsi domande riconvenzionali, al fine di ottenere altro che il rigetto delle domande attoree: vedi C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1987, p. 632 s.

⁽⁴⁸⁾ Nello stesso senso, tra gli altri, A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1961.

⁽⁴⁹⁾ Il timore che la previsione di un termine di prescrizione pluriennale possa inficiare la certezza dei traffici giuridici, peraltro, è superabile ponendo mente alla circostanza che l'annullamento è possibile solo quando il conflitto di interessi è riconosciuto o riconoscibile dalla controparte utilizzando l'ordinaria diligenza, ferma restando la salvezza dei diritti eventualmente acquisiti da terzi di buona fede nel periodo previsto per la prescrizione dell'azione, secondo quanto si dirà al § 11. Si ricorda, peraltro, che nella disciplina delle società a responsabilità limitata sono stati introdotti, a seguito della riforma del 2003, diversi termini di prescrizione brevi, volti ad assicurare una maggiore certezza del diritto e stabilità degli atti societari (e si pensi, per esempio, al termine di prescrizione triennale per l'impugnazione delle decisioni dei soci aventi oggetto impossibile o illecito ai sensi dell'art. 2479-ter, comma 3). Da tale circostanza non si può certo trarre alcuna indicazione che consenta di derogare al termine di generale applicazione, del tutto compatibile con il caso in esame.

La previsione di un termine quinquennale per l'annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi è peraltro coerente con quella di un termine di decadenza trimestrale per l'impugnazione delle decisioni consiliari assunte con il voto determinante dell'amministratore interessato. Il più breve periodo concesso dal comma 2 dell'art. 2475-ter per l'esercizio dell'azione impugnatoria, infatti, si giustifica alla luce della maggiore difficoltà, per soggetti terzi esterni alla società (peraltro protetti anche dalla clausola di buona fede), di valutare la sussistenza dei presupposti dell'impugnazione. Una protratta instabilità di una decisione dell'organo di amministrazione potrebbe risultare maggiormente pregiudizievole dell'attività sociale e della certezza dei traffici giuridici, rispetto alla possibilità di chiedere l'annullamento di uno specifico contratto, peraltro condizionata alla riconoscibilità del conflitto di interessi da parte del terzo contraente.

11. Conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi da parte del terzo ed effetti dell'annullamento nei confronti dei soggetti aventi causa da chi ha contratto con l'amministratore in conflitto di interessi

Per ottenere l'annullamento del contratto la società ha l'onere di dimostrare la conoscenza o conoscibilità del conflitto del rappresentante da parte del terzo contraente.

Questa regola non pone problemi interpretativi di particolare rilievo ⁽⁵⁰⁾, mentre può sollevare alcune delicate questioni l'analisi delle concrete modalità attraverso le quali tale prova può essere fornita. È questa, tuttavia, materia che può essere adeguatamente trattata solo su base casistica, alla luce degli elementi di fatto della singola vicenda contrattuale, che non può essere analiticamente affrontata in questa sede. Non volendo rinunciare ad offrire qualche spunto di riflessione operativo, può essere utile rilevare che, nel caso in cui l'amministratore sia portatore di un interesse per conto di un soggetto terzo, ed è proprio con tale terzo che il contratto viene stipulato, quest'ultimo – eventualmente legato all'amministratore da un rapporto giuridico secondo quanto discusso al § 8 – più difficilmente potrà sostenere di aver incolpevolmente ignorato il conflitto. Pur ribadendo che anche in questa particolare situazione non è possibile prescindere da un'indagine delle specifiche circostanze di fatto, la consapevolezza dell'interesse sarà infatti maggiormente probabile rispetto al caso in cui tra terzo contraente e amministratore non intercorra alcuna relazione.

Sotto altro profilo, è verosimile che una controparte, priva di alcun legame con la società e l'amministratore, potrà più facilmente discernere l'interesse di quest'ultimo quando l'amministratore è portatore di un interesse proprio, anziché di un

⁽⁵⁰⁾ Sotto il profilo della prova richiesta al soggetto tutelato dalla disciplina dell'annullamento in relazione allo stato psicologico della controparte, pur con le ovvie differenze relative all'oggetto della dimostrazione, il concetto di «conoscenza o conoscibilità» del conflitto di interesse non differisce profondamente da quello di «riconoscibilità» dell'errore previsto dall'art. 1428 e definito dall'art. 1431 al fine dell'annullamento del contratto.

interesse per conto di terzi. In assenza di particolari obblighi di *disclosure*, infatti, il contraente nei confronti del quale si volesse ottenere l'annullamento del contratto potrebbe non essere a conoscenza nemmeno dei legami tra l'amministratore e il soggetto che questi potrebbe avvantaggiare a scapito della società⁽⁵¹⁾.

Si deve, infine, ricordare che l'eventuale annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi – ad esempio, tra la s.r.l. e il soggetto A –, non necessariamente travolge i diritti acquistati da eventuali successivi aventi causa di A. Nel rispetto della disciplina generale dell'invalidità del contratto è, infatti, applicabile l'art. 1445, in forza del quale «l'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvo gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento»⁽⁵²⁾.

12. L'ambito di applicazione del comma 2 dell'art. 2475-ter: le «decisioni» del «consiglio di amministrazione». Comitato esecutivo e amministratore delegato

Conclusa l'iniziale disamina del comma 1 dell'art. 2475-ter, sul quale si tornerà nel prosieguo anche per affrontare il problema del coordinamento con le ulteriori regole in materia di conflitto di interessi degli amministratori, occorre addentrarsi nell'esame della seconda parte della disposizione in commento.

Il comma 2 dell'art. 2475-ter prevede che «Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477». La formulazione della norma induce innanzitutto a interrogarsi sul suo ambito di applicazione, occorrendo chiedersi quali atti, di quali

(51) Anche in relazione al particolare tipo di contratto del quale si intende ottenere l'annullamento, potrebbe non essere immediatamente evidente in capo a quale soggetto debba essere verificato il requisito di conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi. Merita una breve digressione, a questo proposito, l'applicazione della regola in esame al contratto di fideiussione, sia per la sua particolare struttura, sia per la sua rilevanza nella prassi societaria, in particolare nell'ambito dei gruppi di società. L'art. 1936, come noto, definisce fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui. Il contratto intercorre tra il fideiussore e il terzo creditore e, sebbene possa *di fatto* beneficiare il debitore principale, non rappresenta un contratto a favore di terzo al quale siano applicabili gli artt. 1411 ss. Nel caso della fideiussione stipulata da un amministratore di s.r.l. in conflitto di interessi, ad esempio in quanto il debitore garantito è lo stesso amministratore o un terzo dei cui interessi egli è portatore (in ipotesi, una diversa società della quale l'amministratore è socio), per liberarsi dalla garanzia personale assunta, la società dovrà dimostrare la riconoscibilità del conflitto di interessi da parte del terzo creditore.

(52) Per riferimenti, vedi C.M. BIANCA, *Diritto civile*, p. 634 s. Alcune considerazioni sulle nozioni di buona fede e di «diritti», in parte estensibili all'interpretazione dell'art. 1445, sono svolte *infra*, al § 21, dedicato agli effetti dell'impugnazione della decisione consiliare in conflitto di interessi nei confronti dei terzi.

organismi, e assunti con quali modalità di formazione della volontà collegiale siano soggetti alla regola in esame.

A differenza di quanto previsto in materia di società per azioni, ove l'art. 2391 disciplina il caso in cui l'amministratore sia portatore di un interesse in una «operazione» della società, ponendo così all'interprete il problema dell'esatta individuazione delle operazioni sociali rilevanti per l'applicazione della norma⁽⁵³⁾, il comma 2 dell'art. 2475-ter limita il proprio campo di applicazione alle «decisioni» dell'organo di amministrazione. Perché si possa invocare la norma in commento occorre dunque un «*quid decidendum*» dell'organo di gestione, non assumendo rilievo i casi nei quali manca un'attività deliberativa dell'organo, come ad esempio in ipotesi di operazioni di competenza di altri organi sociali – in particolare, dell'assemblea dei soci – o dei dirigenti della società⁽⁵⁴⁾.

La legge parla di «decisioni», anziché di «deliberazioni» del consiglio, anche perché il nuovo art. 2475, comma 4⁽⁵⁵⁾, permette che la volontà dell'organo si formi tramite consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto⁽⁵⁶⁾.

L'applicazione del comma 2 dell'art. 2475-ter a tali modalità di assunzione delle decisioni non pone particolari problemi, deve tuttavia essere segnalata almeno una questione di coordinamento. Nel caso in cui la decisione si consideri approvata quando giungono alla società, nel rispetto delle regole previste dallo statuto, i voti di tanti amministratori che rappresentano la maggioranza dei componenti l'organo di amministrazione, ci si potrebbe chiedere se i voti man mano ricevuti, ma in conflitto di interessi, debbano conteggiarsi ai fini del raggiungimento del *quorum* necessario per la decisione. La risposta preferibile è affermativa, in quanto la legge non prevede alcun obbligo di astensione degli amministratori interessati, che quindi devono ritenersi legittimamente votanti⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾.

La nozione di «decisione» contenuta nel comma 2 dell'art. 2475-ter può

(53) Cfr. il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 10 (p. 460 ss.).

(54) Il conflitto di interessi può verificarsi anche rispetto a decisioni apparentemente prive di un immediato contenuto gestionale, strumentali tuttavia alla vita della sociale in quanto danno impulso all'attività di altri organi. Ci si riferisce, in particolare, al caso – citato da V. PANZIRONI, *Il conflitto*, p. 4 s. – della decisione con la quale l'organo di amministrazione convoca l'assemblea dei soci e ne fissa l'ordine del giorno: è infatti evidente, e sul punto si concorda con quanto sostenuto nello scritto citato, che l'inclusione o esclusione di un dato argomento nell'elenco delle materie rientranti nei lavori assembleari potrebbe, almeno in alcune ipotesi, favorire o sfavorire uno dei membri del consiglio di amministrazione, integrando così una contrapposizione di interessi rilevante ai sensi del comma 2 della disposizione in commento. Ciò posto sul piano teorico, peraltro, si deve rilevare che sussistono strumenti di reazione a un siffatto comportamento maggiormente idonei dell'impugnazione della decisione consiliare, quali l'integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea ad opera dei soci secondo quanto previsto dall'art. 2479, comma 1.

(55) Al cui commento si rinvia per i necessari approfondimenti.

(56) Lo ricordano M. IRRERA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1871 s.; N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 416; F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 173, riferendosi al caso di «collegialità attenuata». Su tali modalità di formazione della decisione si veda il *Commento all'art. 2475*, in questo volume.

(57) Cfr. *infra*, nota 131.

comprendere, almeno in linea di principio, anche i casi – non infrequenti nella prassi societaria – nei quali l'organo di amministrazione è chiamato a «prendere atto» di dati, informazioni, fatti attinenti la società (le cosiddette delibere di «presa d'atto», a fronte ad esempio di relazioni svolte da organi delegati, dipendenti o consulenti della società) ⁽⁵⁹⁾, in particolare quando tali delibere implicino, oltre a una mera dichiarazione di scienza, un implicito assenso – seppur *ex post* – a certe operazioni societarie o scelte gestionali. Anche in queste ipotesi si è in presenza di una decisione del consiglio in grado di incidere sulla vita dell'ente amministrato. Ciò posto, sebbene simili delibere non siano aprioristicamente escluse dall'ambito d'applicazione della norma in commento, è indubbio che, di fatto, quando l'organo di gestione si limita a prendere contezza di informazioni, *reports* o operazioni già compiute, più difficilmente ricorrono i presupposti del conflitto di interessi o della dannosità della decisione, sui quali si fonda l'art. 2475-ter.

Su di un differente piano d'analisi, si rileva che gli indizi testuali potrebbero suggerire, a una prima lettura, che la disciplina in esame riguardi unicamente le decisioni assunte dal consiglio di amministrazione (con metodo collegiale, consultazione scritta o consenso espresso per iscritto). Come si illustrerà nelle pagine che seguono, tuttavia, è necessario indagare se (e in caso affermativo come) la disposizione si applichi a: (i) le decisioni assunte da eventuali comitati istituiti in seno al consiglio; (ii) le decisioni assunte dall'amministratore delegato; (iii) le sole deliberazioni assunte con metodo collegiale, pieno o attenuato, dal consiglio o anche le decisioni dell'organo di gestione nell'ipotesi in cui lo statuto abbia optato per l'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva; (iv) le decisioni dell'amministratore unico, nel caso in cui l'organo di gestione abbia composizione monocratica.

Iniziando dalla prima questione indicata, occorre chiarire se la norma si estende alle decisioni di competenza di un organo delegato – pluripersonale o monocratico – interno al consiglio.

Con soluzione analoga a quella proposta in materia di s.p.a., alla quale si rinvia per più analitiche considerazioni ⁽⁶⁰⁾, si ritiene che l'art. 2475-ter, comma 2, sia applicabile anche all'amministratore in conflitto di interessi membro di un comitato costituito nell'ambito del consiglio, rispetto alle decisioni dell'organo delegato,

⁽⁵⁸⁾ Questa conclusione appare ancora più ferma ponendo mente al presupposto della dannosità della decisione, necessario per l'impugnazione, e in particolare qualora si ritenesse (ma sul punto vedi il § 17) che il danno debba essere effettivo e attuale, non rilevando i meri danni potenziali. Al momento della decisione, infatti, con l'unica esclusione delle decisioni c.d. *self executing* che non richiedono atti di esecuzione per produrre effetti, il danno eziologicamente legato al conflitto di interessi non può essersi già verificato.

⁽⁵⁹⁾ Le suddette ipotesi devono essere chiaramente distinte, tuttavia, dai casi nei quali il consiglio di amministrazione è semplicemente informato, senza che formalmente assuma alcuna decisione, di fatti e dati. La prassi consiliare ben conosce questo fenomeno nella distinzione terminologica tra punti all'ordine del giorno oggetto di «delibera», e di mera «informativa».

⁽⁶⁰⁾ Vedi il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 10, p. 460 ss.

fermo restando che, in questo caso, la legittimazione ad impugnare le decisioni spetta anche agli amministratori esterni all'organo, nell'esercizio dei propri poteri-doveri di controllo sulla gestione. Una contraria soluzione consentirebbe di eludere le finalità sottese alla disciplina del conflitto di interessi, o comunque di sottrarre operazioni potenzialmente rilevanti all'applicazione della norma, ricorrendo artatamente allo strumento della delega.

Più delicata è la questione dell'applicabilità della regola in esame all'amministratore delegato – organo unipersonale – in conflitto di interessi. Non ci si riferisce, ovviamente, al caso in cui questi stipuli un contratto in esecuzione del proprio potere di rappresentanza della società, fattispecie assoggettata al comma 1 dell'art. 2475-ter precedentemente esaminato. Il problema che qui ci occupa, al contrario, riguarda la possibilità di esperire il rimedio previsto dalla norma in commento avverso una *decisione* gestionale dell'amministratore delegato rilevante sul solo piano interno, che ad esempio incida sull'organizzazione dell'impresa sociale.

Da un lato, parrebbe coerente con le finalità della norma, che letteralmente prevede l'invalidità delle decisioni collegiali viziate da conflitto di interessi, ammettere l'invalidità anche degli atti posti in essere da un organo di gestione monocratico portatore di interessi contrastanti con quello sociale. D'altro lato, non è semplice superare il silenzio del legislatore in materia: anche ponendo mente alla disciplina delle s.p.a., infatti, ove l'art. 2391 ha espressamente previsto una regola *ad hoc* applicabile all'amministratore delegato interessato, si potrebbe essere indotti a ritenere che, nelle s.r.l., non sia previsto alcun rimedio impugnatorio a fronte di atti gestionali di un amministratore delegato in conflitto di interessi, ferma restando l'eventuale possibilità di annullare i contratti stipulati da tale soggetto ai sensi del comma 1 della norma in commento.

Questa soluzione non sarebbe, tuttavia, pienamente soddisfacente. Come già osservato nel caso del comitato interno al consiglio, la disciplina del conflitto di interessi deve ritenersi una regola di corretta *governance* dettata nell'interesse degli stessi amministratori, dei soci e dei terzi in rapporto con la società. Negarne l'applicazione unicamente in quanto la decisione viziata da un interesse conflittuale è assunta da un organo monocratico, potrebbe dar luogo ad abusi ed elusioni non coerenti con il sistema disegnato dal legislatore. Anzi, proprio le decisioni unilateralmente assunte dell'amministratore delegato presentano, sotto questo profilo, un particolare pericolo non essendo «temperate» da un dibattito e da una decisione collegiali. Appare quindi da preferirsi la soluzione che, tramite un'interpretazione estensiva della norma in commento, ritiene che anche queste decisioni possano essere viziate da conflitto di interessi ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶¹⁾ Potrebbe a questo proposito risultare opportuno, come suggerito da N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 419, introdurre nello statuto una clausola che preveda l'obbligo di astensione dell'amministratore delegato interessato, attribuendo la competenza a decidere dell'operazione all'organo collegiale o agli altri amministratori, con soluzione analoga a quella prevista dal comma 1 dell'art. 2391 per le società per azioni. La soluzione proposta è inoltre in armonia con la

Il consiglio dispone di ulteriori strumenti per reagire al conflitto di interessi dell'amministratore delegato: oltre alla già discussa possibilità di impugnare contratti eventualmente conclusi ai sensi del comma 1, gli organi non delegati possono richiedere informazioni a quelli delegati, avocarne i poteri e intervenire direttamente sulla materia. Né i soci sono privi di rimedi a fronte di una simile *breach of the duty of loyalty* dell'amministratore delegato, potendo accedere – ricorrendone tutti i presupposti – alla revoca per giusta causa e all'azione di responsabilità, ma anche intervenire direttamente nella gestione della società ai sensi dell'art. 2479, comma 1 ⁽⁶²⁾.

13. Conflitto di interessi nel caso di amministrazione disgiuntiva...

A seguito della riforma del 2003, come noto, le s.r.l. possono scegliere tre diversi modelli di funzionamento dell'organo di amministrazione pluripersonale: oltre al consiglio di amministrazione, che può operare a collegialità piena o ridotta, l'art. 2475 consente di adottare l'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, secondo le regole previste in materia di società di persone dagli artt. 2257 e 2258 ⁽⁶³⁾. In questi casi, a rigore, non si è in presenza di un «consiglio di amministrazione», né di un procedimento collegiale che richieda l'espressione di un voto in senso tecnico, come il tenore letterale del comma 2 dell'art. 2475-ter dispone. Ci si deve quindi chiedere se la norma in commento trovi comunque applicazione e, in caso di risposta affermativa, raccordare la regola ivi prevista con il particolare sistema di amministrazione adottato. Occorre, in altre parole, valutare se la circostanza che i soci optino per un modello di amministrazione personalistico implichi direttamente la non applicabilità della disciplina del conflitto di interessi.

Al fine di impostare correttamente la questione è necessario ribadire che la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori rappresenta un elemento centrale del governo delle società di capitali, espressione di un principio di

disciplina dell'amministratore delegato nelle società azionarie: in quel caso, infatti, l'amministratore delegato portatore di un interesse è soggetto all'obbligo di astenersi dal procedere unilateralmente e deferire la questione all'organo collegiale, obbligo che, se violato, rende la decisione del delegato invalida, oltre a essere potenziale fonte di responsabilità.

⁽⁶²⁾ Si noti che quanto discusso nel testo attiene i rimedi esperibili nei confronti dell'amministratore delegato che abbia assunto una decisione (potenzialmente) pregiudizievole in conflitto di interessi. La conclusione raggiunta non esclude, ovviamente, che per il rispetto dei propri doveri di correttezza e lealtà l'amministratore debba astenersi dal porre in essere (o dal partecipare a) attività in conflitto di interessi dannose per la società. In questo senso quanto sostenuto è, come si avrà occasione di osservare anche in seguito, coerente con la condivisibile affermazione di M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 567 s., secondo il quale l'amministratore delegato in conflitto *dovrebbe* astenersi da atti e operazioni potenzialmente dannose. Questo rilievo vale anche per quanto si avrà occasione di dire in merito all'amministrazione disgiunta o congiunta.

⁽⁶³⁾ Per l'applicazione di tali sistemi di amministrazione alle s.r.l. si veda il *Commento all'art. 2475*, in questo volume, a cui si rinvia anche per le necessarie indicazioni bibliografiche sul punto.

correttezza dettato non solo a tutela della società e dei suoi soci, ma anche dei terzi ⁽⁶⁴⁾. In linea di principio, quindi, l'art. 2475-ter dovrebbe ritenersi applicabile indipendentemente dalle modalità di funzionamento dell'organo di amministrazione prescelte statutariamente.

Conforta la tesi della non incompatibilità dell'art. 2475-ter, comma 2, con i modelli amministrativi tipici delle società di persone anche un dato testuale rintracciabile nella formulazione della norma. Sebbene, infatti, il legislatore faccia riferimento al «consiglio di amministrazione», sancisce l'invalidità delle «decisioni» dell'organo di gestione, e non delle sue *deliberazioni*. Pur trattandosi di una sfumatura terminologica, la prima espressione ha, nel contesto della disciplina della s.r.l., un'accezione più ampia della seconda, includendo non solo le delibere assunte da un organo collegiale pluripersonale, bensì anche le «decisioni» che possono essere adottate senza il ricorso al metodo collegiale, tanto dai soci (art. 2479, comma 3), quanto dagli amministratori, sia in presenza di un consiglio di amministrazione (art. 2475, comma 4), sia in caso di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva.

Ciò posto da un punto di vista sistematico e testuale, il comma 2 dell'art. 2475-ter potrebbe risultare non facilmente applicabile all'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva. Occorre quindi valutare se tale regola sia compatibile con i modelli previsti dagli artt. 2257 e 2258 e se, nell'ambito dell'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, non esistano già rimedi che consentano di raggiungere risultati analoghi a quelli della disciplina in commento. È, a questo proposito, necessario distinguere le due ipotesi.

Si consideri, in primo luogo, l'amministrazione disgiuntiva, nella quale ciascun amministratore può assumere unilateralmente le decisioni attinenti la gestione della società. Una decisione gestionale adottata in conflitto di interessi, rilevante sul solo piano interno ⁽⁶⁵⁾, può essere soggetta al comma 2 della disposizione in commento?

Pur premettendo che le situazioni nelle quali la questione possa avere rilievo applicativo non sono frequenti, anche perché – come si vedrà tra breve – esistono altri e probabilmente più efficaci rimedi ai comportamenti opportunistici di un amministratore in ipotesi di amministrazione disgiuntiva, non è impossibile ipotizzare alcuni esempi. Si pensi al caso di un amministratore, proprietario di un terreno confinante con quello dove sono collocati gli impianti produttivi della società, che decida di far costruire ai dipendenti della società un capannone industriale in una posizione non ottimale dal punto di vista della società, che tuttavia risulta preferibile nella prospettiva della valorizzazione del proprio terreno. In questa ipotesi si è di fronte a un atto di gestione, deciso disgiuntamente, che potrebbe considerarsi viziato da conflitto di interessi.

⁽⁶⁴⁾ Si veda *infra*, § 26 nonché, per analoghe considerazioni, il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 8.

⁽⁶⁵⁾ Nel caso in cui alla decisione consegua la stipulazione di un contratto con terzi, come già osservato, ci si dovrebbe piuttosto interrogare sull'applicabilità del comma 1 dell'art. 2475-ter, precedentemente discusso. Si veda anche *infra*, § 25.

In senso contrario all'impugnabilità della decisione così assunta si potrebbe obiettare che, nell'ambito della disciplina dell'amministrazione disgiuntiva, esiste un rimedio *ad hoc* previsto dalla legge, ossia il diritto di opposizione⁽⁶⁶⁾. Si tratterebbe, tuttavia, di un'obiezione non decisiva: l'opposizione è rimedio diverso dall'impugnazione per conflitto di interessi, tanto per i suoi presupposti e finalità, quanto per la disciplina applicabile. Nel caso dell'opposizione, infatti, la questione viene rimessa a una decisione a maggioranza dei soci o degli amministratori⁽⁶⁷⁾. La decisione inficiata da un interesse conflittuale potrebbe, al contrario, essere invalida

(66) In questo senso è orientato C. DI NANNI, *L'amministrazione e i controlli nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La «nuova» società a responsabilità limitata*, a cura di M. Miola, Napoli, 2005, p. 199 ss., a p. 215, ove si legge che la norma sul conflitto di interessi «non si estende agli altri modelli di s.r.l., giacché nell'amministrazione disgiunta il conflitto è risolto dal meccanismo dell'opposizione, che impedisce di deliberare con il voto del socio in conflitto». Analogo orientamento pare espresso da F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 173, sia in quanto definendo l'ambito di applicazione del comma 2 dell'art. 2475-ter in caso di opzione per sistemi amministrativi diversi dal consiglio di amministrazione, fa espressa menzione della sola «amministrazione congiuntiva maggioritaria», sia in quanto (cfr. nota 266, sempre a p. 173, in fondo), con riferimento all'amministrazione disgiuntiva, si limita a rilevare – peraltro correttamente, come si chiarirà tra breve – che alla decisione sull'eventuale opposizione dovrebbe applicarsi la disciplina del conflitto di interessi.

(67) Il rinvio operato dall'art. 2475 alla disciplina dell'amministrazione disgiuntiva contenuta nell'art. 2257 pone un delicato problema di coordinamento proprio con riferimento alla competenza a decidere sull'eventuale opposizione. Quest'ultima norma, infatti, testualmente prevede che, in caso di opposizione, la questione sia decisa dalla «maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili» (art. 2257, quarto comma). Questa soluzione, tuttavia, è adottata in un tipo di società nel quale, per legge e salvo diversa disposizione statutaria, l'amministrazione della società è esercitata disgiuntamente da tutti i soci. Nella s.r.l., al contrario, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione è sì «affidata a uno o più soci» (art. 2475, comma 1), tuttavia «nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479». Se è quindi vero che, in mancanza di una diversa opzione statutaria, gli amministratori devono essere scelti tra i soci, i soci amministratori (fossero anche tutti i partecipanti al capitale) devono essere formalmente nominati dai componenti la compagine sociale. Vi è, in altre parole, una più marcata distinzione tra l'ufficio di amministratore e la qualifica di socio, nonostante la «personalizzazione» del modello di *governance* di questo tipo di società di capitali (si veda a questo proposito il già citato lavoro di P. BENAZZO, *Competenze*, p. 808 ss., ove alcune riflessioni circa la compenetrazione tra amministratore e socio nella disciplina introdotta dal 2003). Di qui nasce l'interrogativo: sull'eventuale opposizione devono essere chiamati a decidere i soli soci amministratori, o tutti i soci? E nel caso in cui si segua la prima interpretazione, il voto sull'opposizione è dato in proporzione alla partecipazione agli utili, facendo quindi prevalere la qualifica di socio, o per teste, come in ogni decisione di competenza degli amministratori? La seconda soluzione, in forza della quale sull'opposizione decidono i soci, è forse meglio compatibile con il tenore letterale delle disposizioni in gioco, e può giustificarsi in ragione della circostanza che, anche nella società semplice e in quella in nome collettivo, potrebbero esservi dei soci *non* amministratori. Rinviano al commento dell'art. 2475, in questa sede sia sufficiente aver indicato la questione ermeneutica e le sue possibili soluzioni.

indipendentemente dalla volontà (successivamente espressa) di soci o amministratori ⁽⁶⁸⁾. Più in generale, l'opposizione non presuppone un comportamento contrastante con l'interesse sociale, rappresentando il modo attraverso il quale viene risolto anche un semplice dissidio relativo al merito alla gestione sociale.

Inoltre, i termini per esercitare l'opposizione in base all'art. 2257 e l'impugnazione ai sensi dell'art. 2475-ter sono diversi. La prima è possibile solo prima che l'operazione sia compiuta (art. 2257, comma 2); la seconda prevede un termine di decadenza di novanta giorni dalla decisione. Anche i legittimati ad esercitare i due rimedi non coincidono: ciascun (socio?) ⁽⁶⁹⁾ amministratore può fare opposizione, mentre l'impugnazione per conflitto di interessi è consentita agli amministratori ma anche al collegio sindacale o al revisore, quando previsti.

Fermo restando che, ricorrendone i presupposti, è sempre possibile l'opposizione alle operazioni poste in essere da uno degli amministratori, e che nell'ambito dell'eventuale decisione collettiva sull'opposizione si potrebbe applicare la disciplina del conflitto di interessi, la questione che qui si pone è se possano coesistere i *due* distinti rimedi dell'opposizione *ex art. 2257* e dell'impugnazione della decisione per conflitto di interessi.

Nonostante le difficoltà insite nell'applicazione alla decisione di un organo unipersonale di una norma, quale il comma 2 dell'art. 2475-ter, disegnata con riferimento a decisioni collettive, appare preferibile la soluzione più rigorosa, secondo la quale l'opzione per l'amministrazione disgiuntiva non esclude la possibilità di applicare la disciplina del conflitto di interessi ⁽⁷⁰⁾. Una diversa interpretazione condurrebbe al risultato, per alcuni aspetti paradossale, che adottando un sistema di amministrazione nel quale il potere dei singoli amministratori non presuppone alcun momento collegiale, e non è quindi soggetto al controllo esercitato dagli altri amministratori, le decisioni in conflitto di interessi sarebbero – sotto questo profilo – prive di sanzione sul piano interno ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Si prescinde, in questa prima analisi, dalla questione della sussistenza degli ulteriori presupposti dell'impugnazione per conflitto di interessi, e in particolare della marginalità del «voto» e dannosità della decisione, sui quali si tornerà più ampiamente nel prosieguo.

⁽⁶⁹⁾ L'art. 2257, a rigore, limita il diritto di opposizione ai soli «*soci amministratori*». Non è quindi del tutto chiaro se, nel caso in cui una s.r.l. nella quale non vi è coincidenza tra soci e amministratori, gli «amministratori non soci» e i «i soci non amministratori» possano fare opposizione. La soluzione preferibile è affermativa nel primo caso, e negativa nel secondo, ritenendosi l'opposizione atto essenzialmente gestorio, per il quale si debba dare rilievo alla funzione di amministratore piuttosto che alla qualifica di socio. Si veda la nota precedente in merito ai problemi di coordinamento tra art. 2475 e art. 2257.

⁽⁷⁰⁾ In senso contrario, tuttavia, O. CAGNASSO, *La società*, p. 244, secondo il quale nel caso di amministratore in conflitto di interessi in regime di amministrazione disgiuntiva, privo del potere di rappresentanza, «[l]a norma in esame non può venire in considerazione in quanto presuppone una decisione e quindi un atto imputabile a più soggetti. Neppure può applicarsi la regola relativa al conflitto di interessi dell'amministratore rappresentante».

⁽⁷¹⁾ La ricostruzione interpretativa esposta nel testo, inoltre, presenta una certa coerenza

Le difficoltà applicative alle quali si faceva cenno, peraltro, non sono insuperabili. La stessa decisione del singolo amministratore, assunta disgiuntamente, rappresenterebbe l'atto dell'organo amministrativo viziato da conflitto di interessi. Seguendo questa linea interpretativa, il riferimento al «voto» contenuto nella norma di legge si potrebbe intendere come relativo alla manifestazione della volontà dell'amministratore di compiere una determinata operazione, con la conseguenza che il requisito della «marginalità» del voto dovrebbe ritenersi sempre verificato, proprio in quanto, nell'amministrazione disgiuntiva, la volontà del singolo amministratore è condizione necessaria, ma anche sufficiente, per l'assunzione di una decisione di gestione (72).

Come accennato poco sopra, si deve ribadire che i casi nei quali il problema indicato, pur rilevante dal punto di vista sistematico, possa avere una particolare importanza pratica sono limitati. Da un lato, infatti, è realistico ipotizzare che le situazioni più delicate e importanti nelle s.r.l. che abbiano adottato l'amministrazione disgiuntiva riguarderanno la stipulazione di contratti o altri negozi giuridici, da parte dell'amministratore interessato, con soggetti terzi. In questi casi, sebbene in linea teorica siano distinguibili il momento nel quale la decisione è stata assunta da quello in cui essa viene manifestata all'esterno nell'esercizio del potere di rappresentanza, è necessario impugnare il contratto ai sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter (73).

In secondo luogo, ferma restando la distinzione tra l'opposizione prevista nell'ambito dell'amministrazione disgiuntiva, e l'impugnazione per conflitto di interessi (rimedi che differiscono quanto a presupposti, finalità e disciplina), all'atto pratico l'opposizione dovrebbe risultare, nella maggior parte dei casi, uno strumento più che adeguato per prevenire il compimento, da parte del singolo amministratore, di operazioni pregiudizievoli per la società.

14. ... e congiuntiva

Problemi differenti si pongono interrogandosi sull'applicabilità dell'art. 2475-ter qualora lo statuto abbia optato per l'amministrazione cosiddetta congiuntiva, nella quale occorre il consenso di tutti o alcuni degli amministratori per l'assunzione delle decisioni di gestione (74), soluzione che potrebbe essere adottata da s.r.l. a base familiare e con un limitato numero di soci, almeno per alcune materie.

La circostanza che la volontà dei singoli amministratori venga «aggregata»,

con la soluzione proposta in merito alla possibilità di assoggettare le decisioni dell'amministratore delegato, almeno in alcune circostanze, alla disciplina del conflitto di interessi.

(72) Si veda inoltre *infra*, nota 111, in merito all'individuazione del termine *a quo* di decorrenza del periodo di decadenza di novanta giorni previsto dall'art. 2475-ter per l'esercizio dell'azione di annullamento.

(73) Sul tema si tornerà comunque *infra*, ove si considereranno anche i rapporti tra i commi 1 e 2 della norma.

(74) L'art. 2258, al quale rinvia l'art. 2475, comma 3, richiede il consenso «di tutti i soci amministratori» per il compimento delle operazioni sociali. Nell'ambito della s.r.l., si ritiene tuttavia che la norma si applichi agli amministratori, indipendentemente dalla loro qualifica di

seppur in assenza di un organo collegiale, induce a ritenere applicabile la disciplina del conflitto di interessi alle decisioni assunte con metodo congiuntivo ai sensi dell'art. 2258 ⁽⁷⁵⁾.

Se, tuttavia, si accede a questa soluzione, sorge immediatamente una questione molto delicata nel caso di amministrazione congiuntiva all'unanimità. In tale ipotesi, infatti, il voto di ogni singolo amministratore è «determinante» per l'assunzione di una decisione: ogni amministratore dispone, in altre parole, di un vero e proprio potere di veto, e in assenza di unanimità non si forma la volontà dell'ente. Ne consegue che, in presenza di un amministratore in conflitto di interessi, le decisioni di gestione sarebbero sempre caratterizzate da una certa instabilità in quanto, ricorrendo gli ulteriori presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 2475-ter, esse sarebbero in ogni caso soggette all'impugnazione prevista dalla norma in esame. Essendo infatti necessario il consenso anche dell'amministratore interessato, le decisioni potrebbero sempre ritenersi assunte con il voto determinante di tale soggetto ⁽⁷⁶⁾.

Questo rilievo non pare, tuttavia, sufficiente ad escludere dall'ambito di applicazione della disciplina del conflitto di interessi degli amministratori le s.r.l. che abbiano adottato tale sistema di amministrazione ⁽⁷⁷⁾. Infatti, da un lato, l'opzione per l'amministrazione congiuntiva all'unanimità rappresenta una libera scelta dei soci, i quali potrebbero evitarla tenendo conto (anche) di questa possibile conseguenza, oppure disciplinarla statutariamente prevedendo, ad esempio, un obbligo di astensione dell'amministratore interessato. In secondo luogo, i suddetti rischi di instabilità appaiono limitati o, quantomeno, appaiono poco probabili azioni del tutto pretestuose e finalizzate al mero disturbo della funzionalità della società, anche ponendo mente alla circostanza che legittimati all'azione sono i membri degli stessi organi di amministrazione e controllo: soggetti, dunque, legati alla società e ai soci da precisi doveri fiduciari che dovrebbero limitare i comportamenti emulativi e ricattatori. In terzo luogo, e soprattutto, parrebbero ben più inaccettabili le conseguenze dell'opposta soluzione, secondo la quale le decisioni di gestione

soci, nel caso in cui siano ammissibili e previsti amministratori non soci in forza di una norma statutaria, come consentito dal comma 1 dell'art. 2475. Cfr. *infra*, nota 67 e nota 68 per un breve richiamo ai problemi di coordinamento tra le regole sull'amministrazione della s.r.l. e l'art. 2257 in materia di amministrazione disgiuntiva.

⁽⁷⁵⁾ Concorda, seppur limitatamente al caso dell'amministrazione congiuntiva a maggioranza e non all'unanimità, F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 173. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo O. CAGNASSO, *La società*, p. 244, secondo il quale, pur trattandosi di questione problematica, la norma in commento deve ritenersi estensibile alle società che abbiano optato per il sistema congiunto di amministrazione. Conforme anche P. FIORIO, *Conflitto*, p. 601.

⁽⁷⁶⁾ Rileva il problema F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 173, nota 266.

⁽⁷⁷⁾ *Contra*, tuttavia, F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 173, nota 266, secondo il quale non rientra «nella fattispecie regolata dalla norma [sul conflitto di interessi] il caso della gestione congiuntiva unanimitica».

assunte in presenza di amministratori in conflitto di interessi, in caso di amministrazione congiuntiva, risulterebbero non impugnabili ⁽⁷⁸⁾.

Alla luce della rilevanza centrale della disciplina in esame, prevista a tutela dei soci, della società, ma anche – come si cercherà di argomentare più avanti ⁽⁷⁹⁾ – dei terzi, è quindi preferibile ritenere che l'art. 2475-ter sia applicabile anche in caso di amministrazione congiuntiva.

15. Amministratore unico

Resta da chiedersi se il comma 2 dell'art. 2475-ter sia applicabile all'amministratore unico di s.r.l. Anche in questa ipotesi si porrà più frequentemente – per evidenti ragioni – il problema dell'annullabilità dei contratti stipulati dall'organo di amministrazione unipersonale in conflitto di interessi, ai sensi del comma 1 della disposizione in commento. Non può tuttavia escludersi una residua applicabilità della norma alle decisioni di gestione rilevanti sul piano interno assunte in conflitto di interessi, che non si estrinsechino in un contratto o un negozio giuridico.

Nella disciplina delle società per azioni, come noto, sul punto è intervenuto il legislatore, che con il d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310 (c.d. «decreto correttivo» della riforma del diritto societario) ha aggiunto, all'art. 2391, la regola secondo la quale l'amministratore unico portatore di un interesse, oltre a informare il collegio sindacale di tale circostanza, «deve darne notizia anche alla prima assemblea utile». Sebbene la disposizione sollevi qualche dubbio interpretativo, si ritiene che essa imponga semplicemente un obbligo di informazione *successivo* rispetto al compimento di un'operazione in presenza di un interesse rilevante, la cui violazione non incide sulla validità delle decisioni dell'amministratore unico ⁽⁸⁰⁾.

In assenza di un'analogia disposizione nell'ambito della disciplina della s.r.l., non pare possibile affermare un siffatto obbligo informativo in capo all'amministratore unico (se non facendolo derivare dai generici doveri di lealtà e correttezza) ⁽⁸¹⁾, né – e a maggior ragione – ritenere invalide le decisioni assunte in conflitto di interessi dall'organo di amministrazione monocratico. Una simile soluzione risulterebbe infatti ancor più rigorosa, pur nel silenzio del legislatore, di quella prevista per le società azionarie, ove pure è espressamente disciplinato il caso dell'amministratore unico ⁽⁸²⁾.

L'opzione dei soci per un unico amministratore, titolare di tutti i poteri di

⁽⁷⁸⁾ Potrebbe, se mai, condividersi l'opinione di chi ritiene che, nel caso di specie, l'amministratore in conflitto può astenersi dal voto, senza che la sua astensione rilevi sull'assunzione della deliberazione: ci si riferisce ancora a F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 173, nota 266. Si tratta, in ogni caso, di materia che lo statuto potrebbe utilmente disciplinare.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. § 26.

⁽⁸⁰⁾ Si veda il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 13.

⁽⁸¹⁾ *Contra* vedi M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 568.

⁽⁸²⁾ Parzialmente nello stesso senso M.C. LUPETTI, *Conflitto*, secondo il quale «salvo diversa previsione dell'atto costitutivo, non sussiste nella s.r.l. un obbligo da parte dell'amministratore unico in conflitto di interessi di informare il collegio sindacale» (p. 1241, segnalando però in nota

gestione e rappresentanza della società, pare dunque implicare l'impossibilità di impugnarne le decisioni, risultando così l'annullamento del contratto previsto dal comma 1 dell'art. 2475-ter l'unico strumento di tutela reale a fronte di operazioni in conflitto di interesse ⁽⁸³⁾ ⁽⁸⁴⁾.

«l'opportunità» di informare l'organo di controllo del conflitto). Lo stesso Autore suggerisce invece un'articolata soluzione in merito all'eventuale informativa e autorizzazione alla stipulazione del contratto in conflitto di interessi da parte dell'assemblea, auspicando che i soci non siano «chiamati a decidere il compimento dell'atto o a predeterminarne il contenuto», bensì unicamente a «valutare se nel singolo caso risulti pregiudicato l'interesse della società» (1243). Questa interpretazione, per la verità, appare rilevante nella prospettiva della – per così dire – prevenzione di possibili impugnative e azioni di responsabilità, mentre con riferimento alla questione della sussistenza di un obbligo legale di informazione, la risposta negativa indicata nel testo risulta preferibile. Su un diverso piano d'analisi si deve notare che, anche sposando una differente soluzione, e ritenendo possibile applicare analogicamente o estensivamente il comma 2 dell'art. 2475-ter all'amministratore unico, le ipotesi nelle quali una decisione assunta in conflitto di interessi potrebbe essere concretamente impugnata avrebbero un rilievo piuttosto marginale anche da un punto di vista applicativo. Infatti, salvo ritenere legittimati all'impugnazione anche i soci, con un'operazione interpretativa piuttosto azzardata (come si avrà occasione di discutere al § 19), legittimati all'impugnazione sarebbero unicamente i componenti dell'organo di controllo o il revisore, se presenti.

⁽⁸³⁾ Si veda N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 419, il quale auspicando «una espressa previsione dell'atto costitutivo volta a demandare alla competenza dei soci (in sede assembleare o extra-assembleare) le decisioni gestorie sulle quali l'amministratore unico sia portatore di interessi potenzialmente confliggenti con quello della società», risulta orientato ad escludere l'applicabilità della disposizione in esame all'organo di amministrazione monocratico. Nello stesso senso, e ancor più esplicitamente, S. CORSO, *Il conflitto*, p. 667, secondo la quale se l'amministrazione è affidata a un unico soggetto il «conflitto di interessi assume rilievo normativo essenzialmente sotto il profilo dell'annullamento degli atti negoziali posti in essere con i terzi». Pur concordandosi pienamente con questa ricostruzione per quanto esposto nel testo, la ragione dell'inapplicabilità della previsione in esame all'amministratore unico non deve ravvisarsi, ad avviso di chi scrive, nella mancanza di «una fase deliberativa nella quale il conflitto abbia modo di manifestarsi». Il comma 2 dell'art. 2475-ter rileva, infatti, per espressa previsione normativa, anche in caso di decisione assunta tramite consultazione scritta o consenso espresso per iscritto e, quindi, in assenza di una deliberazione. Questa conclusione è coerente con la tesi, sostenuta nel testo, in base alla quale la norma in commento potrebbe applicarsi, in quanto compatibile e almeno in alcune situazioni, anche in ipotesi di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva. È invece il caso di precisare che l'esclusione dall'ambito di applicazione della disposizione in esame dell'amministratore unico, non è in contraddizione con l'opinione che la disciplina del conflitto di interessi è detta anche nell'interesse dei terzi, nella misura in cui rappresenta una regola di governo societario in grado di temperare i possibili effetti pregiudizievoli sul patrimonio sociale di comportamenti opportunistici, opinione sulla quale si tornerà in particolare al § 26 per affermare l'inderogabilità della norma. Altro è, infatti, riconoscere tale finalità della disposizione, e da questa trarne una soluzione restrittiva quanto alla sua derogabilità statutaria; altro sarebbe utilizzare questo rilievo per estendere il perimetro di applicazione del comma 2 dell'art. 2475-ter.

⁽⁸⁴⁾ Questa soluzione potrebbe ritenersi, quantomeno indirettamente, confermata anche ponendo mente alla disciplina dell'azione. Se, infatti, si ricorda che legittimati all'azione sono –

Su un piano differente, ovviamente, si pone la condivisibile affermazione che, nel rispetto dei propri obblighi nei confronti della società, l'amministratore unico in conflitto di interessi *dovrebbe* «astenersi dal compierla in senso pregiudizievole per l'interesse sociale e a vantaggio dell'interesse configgente»⁽⁸⁵⁾.

Giunti al termine di questa sintetica disamina attinente l'ambito di applicazione del comma 2 della disposizione in commento, è opportuno ricapitolare le soluzioni proposte. Nelle pagine che precedono si è, infatti, cercato di dimostrare che la disciplina delle decisioni viziate da conflitto di interessi deve ritenersi applicabile, in quanto compatibile e con gli opportuni adattamenti, agli eventuali organi delegati, collegiali (comitati) o monocratici (amministratore delegato), istituiti in seno al consiglio di amministrazione; nonché al caso di amministrazione disgiuntiva e congiuntiva – seppure con alcuni importanti *distinguo* in particolare in quest'ultima ipotesi. La norma, al contrario, non parrebbe applicabile all'amministratore unico⁽⁸⁶⁾.

16. La nozione di «conflitto di interessi» rilevante ai fini dell'impugnazione delle decisioni consiliari. Rinvio

Se nei paragrafi precedenti si è discusso dell'applicabilità dell'art. 2475-ter, comma

nei casi nei quali non sia stato nominato né un collegio sindacale, né un revisore esterno – i soli amministratori (a meno di voler aderire alla tesi che attribuisce la legittimazione anche ai soci direttamente lesi dalla decisione, sulla quale vedi *infra*, nota 108 e § 24), le decisioni dell'amministratore unico risulterebbero sostanzialmente non impugnabili. Pur riconoscendosi che un simile argomento non è affatto conclusivo, e che riguarda essenzialmente l'utilità pratica dell'istituto, esso non pare privo di rilievo nel valutare la coerenza dell'interpretazione proposta nel testo.

⁽⁸⁵⁾ M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 568.

⁽⁸⁶⁾ Questa diversa soluzione per il caso in cui l'amministrazione sia affidata a un organo unipersonale, oltre ad essere meglio raccordabile al dato testuale, può avere un fondamento economico-organizzativo in relazione al modello di *corporate governance* prescelto. Sul piano interno, infatti, quando vengono nominati più amministratori, ancorché dotati individualmente di poteri pur penetranti sulla gestione della società (tramite ad esempio il ricorso all'amministrazione disgiuntiva o allo strumento della delega), le decisioni di gestione sono – o possono essere – assunte con il contributo dei diversi amministratori. In questi casi, in altre parole, è previsto almeno potenzialmente un meccanismo di formazione della volontà dell'organo che contemperi le (diverse) posizioni dei singoli amministratori. Inoltre – e soprattutto – la pluralità dei componenti l'organo amministrativo implica la volontà che tra gli amministratori sia possibile un certo controllo reciproco, che potrebbe essere inficiato dalla presenza di soggetti interessati. Quando, al contrario, i soci optano per un solo amministratore, si potrebbe ritenere che essi rinunciano implicitamente a tale reciproca vigilanza tra i singoli amministratori, e attribuiscono interamente i poteri gestionali a un unico soggetto, di loro completa fiducia. Sebbene anche nei confronti dell'amministratore unico resti possibile l'annullamento dei contratti conclusi dall'amministratore-rappresentante in conflitto di interessi (art. 2475-ter, comma 1), la scelta dei soci potrebbe leggersi come implicita rinuncia ai rimedi previsti dal comma 2 dell'art. 2475-ter, ferma restando la possibilità di ricorrere ad altri strumenti di tutela in caso di comportamenti scorretti dell'unico amministratore (revoca, decisioni ai sensi del comma 1 dell'art. 2479, e così via).

2, oltre che al consiglio di amministrazione, ai casi di amministrazione disgiuntiva, congiuntiva e in presenza di un amministratore unico, passando ora ad una disamina della disciplina, ci si concentrerà prevalentemente sulla fattispecie espressamente prevista dalla legge, ossia il conflitto di interessi nell'ambito delle decisioni consiliari.

Come anticipato in precedenza con riferimento all'annullamento dei contratti conclusi dall'amministratore interessato, nelle s.r.l., a differenza che nelle società azionarie, l'art. 2475-ter si applica unicamente nel caso in cui l'amministratore sia portatore di un interesse «conflittuale» con quello della società. Ciò vale anche per l'impugnazione della decisione consiliare: in questo tipo di società, assumono rilievo solo quelle situazioni nelle quali l'interesse degli amministratori si contrappone a quello sociale, con la conseguenza che la realizzazione del primo potrebbe pregiudicare il rispetto del secondo ⁽⁸⁷⁾. Fuoriescono invece dal perimetro di applicazione della norma gli interessi degli amministratori che siano concorrenti con quello della società.

In molti casi può non essere scontata la natura conflittuale dell'interesse ⁽⁸⁸⁾. È verosimilmente questa la ragione che, insieme ad ulteriori considerazioni di ordine sistematico, ha portato il legislatore ad espungere la nozione di «conflitto di interessi» dalla disciplina delle società azionarie, dando così rilevanza a tutti gli interessi dei membri dell'organo di amministrazione.

Ciò posto, la nozione di «conflitto di interessi» utilizzata dal comma 2 dell'art. 2475-ter, non differisce da quella utilizzata dal comma 1 ai fini dell'individuazione dei contratti annullabili in quanto conclusi da un amministratore interessato. Si rinvia, dunque, sul punto, alle considerazioni espresse nelle pagine precedenti ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Come accennato al § 7, la legge non circoscrive la disciplina in esame ai soli interessi di natura patrimoniale. È tuttavia evidente che il conflitto tra posizione dell'amministratore e della società deve avere un effetto patrimoniale nella sfera dell'ente amministrato (e si pensi all'ipotesi nella quale un amministratore sia portatore di un interesse – anche non patrimoniale – a che la società assuma una certa persona quale lavoratore dipendente).

⁽⁸⁸⁾ L'affermazione può essere chiarita con un esempio. Si ipotizzi che una società intenda acquistare un terreno confinante con un immobile di proprietà dell'amministratore, al fine di realizzare uno di due alternativi progetti, dei quali tuttavia uno accrescerebbe notevolmente il valore degli immobili nella zona favorendo l'amministratore (ad esempio, costruzione di un lussuoso centro direzionale o ricreativo per i dipendenti della società), mentre l'altro inciderebbe negativamente sulla proprietà dell'amministratore contrastando con i suoi interessi (apertura di un deposito di materiali di scarto). Al momento dell'acquisto del terreno, non essendo ancora stato deciso quale dei due progetti perseguire, la posizione dell'amministratore potrebbe risultare ambigua, e incerto se l'operazione possa considerarsi sollevare un conflitto di interessi, ovvero se gli interessi dell'amministratore e della società coincidano. Limitare l'ambito di applicazione della disciplina in esame ai soli *conflitti* di interesse può avere l'effetto di rendere difficile discriminare tra situazioni rilevanti e irrilevanti ai fini della norma. La scelta del legislatore del 2003 di estendere l'applicazione dell'art. 2391 in materia di s.p.a. a *tutti* gli interessi, anche non conflittuali, degli amministratori, si è basata anche su simili considerazioni.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. § 7. Sottolinea la rilevanza anche di meri interessi «potenziali» P. FIORIO, *Conflitto*, p. 602.

17. Il requisito della dannosità della decisione: rilevanza del danno potenziale

L'art. 2475-ter prevede testualmente che possano essere impugnate le decisioni del consiglio di amministrazione, adottate con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, «qualora le cagionino un danno patrimoniale». Il tenore letterale della norma potrebbe suggerire, quindi, la necessità di un danno patrimoniale attuale alla società; potrebbe in altre parole ritenersi necessario che il danno si sia già verificato al momento dell'impugnazione o dell'annullamento della decisione.

Una simile interpretazione, pur sostenuta da diversi autori ⁽⁹⁰⁾, e più facilmente

(90) In sede di primo commento della norma, scriveva in proposito N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 417, che è stato «abbandonato il criterio del danno potenziale, richiesto dall'art. 2391 c.c. (vecchia e nuova formulazione), per adottare quello del danno effettivo». Lo stesso autore ha ritenuto successivamente giustificata «una lettura antiletterale della disposizione, tale da assegnare anche in questo caso rilievo alla obiettiva idoneità della decisione gestoria influenzata in modo decisivo dall'amministratore in conflitto di interessi a cagionare un danno» (N. ABRIANI, *Commento artt. 2475-bis/ter*, p. 356 s.). Propensi a un'interpretazione testuale, che limiti l'impugnazione alle decisioni che hanno provocato un danno, sono M. IRRERA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1872; G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 194; F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 118; M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 574, il quale ritiene che: «la decisione consiliare di s.r.l., ancorché assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi, non sia impugnabile finché non abbia arrecato alcun danno *effettivo*, e foss'anche un principio di danno, alla società», decorrendo il termine per l'impugnazione dal momento in cui il danno sia divenuto oggettivamente percepibile. Un commentatore distingue, a questo proposito, a seconda che si consideri il requisito della dannosità della decisione una *condizione* dell'azione, e non un suo *presupposto*; giungendo alla conclusione che esso costituisca una condizione che deve sussistere al momento dell'eventuale accoglimento della domanda, e non un presupposto necessario sin dalla sua proposizione (G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 194). Sulla scorta di questa ricostruzione, l'autore di cui si riporta il pensiero osserva che si attenua il problema dei termini per l'esercizio dell'azione, di cui si discuterà tra breve nel testo, in quanto il danno potrebbe verificarsi anche successivamente ai novanta giorni prescritti per l'impugnazione della decisione, purché prima della pronuncia sul merito. Questa distinzione non appare tuttavia del tutto condivisibile sul piano processuale, dovendosi a rigore precisare che la dannosità (attuale o potenziale) della decisione, così come la marginalità del voto e la stessa effettiva sussistenza di un conflitto di interessi, rappresentano semplicemente i *fatti costitutivi del diritto* ad ottenere l'annullamento della decisione, i *presupposti* sostanziali sui quali è *fondato il merito della domanda*, sebbene nel linguaggio corrente ci si riferisca talvolta ad essi, impropriamente, come condizioni o presupposti dell'(azione di) annullamento. I presupposti processuali (e in particolare i presupposti di validità o procedibilità del processo, distinti da quelli di esistenza dello stesso, relativi alla giurisdizione in senso ampio intesa come qualità di «giudice» del soggetto al quale è rivolta la domanda) devono sussistere affinché il processo possa giungere a una pronuncia sul merito, e non arrestarsi a una decisione sul processo stesso. Ne sono un esempio la competenza del giudice e la legittimazione o capacità processuale. Sono invece condizioni dell'azione la sua possibilità giuridica, l'interesse e la legittimazione ad agire del soggetto che propone la domanda (in materia cfr. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 785 ss.; più di recente ID., *Corso di diritto processuale civile. I - Nozioni introduttive e disposizioni generali*,

riconducibile al testo normativo, non pare tuttavia condivisibile, ritenendosi che siano impugnabili e possano essere annullate anche le decisioni potenzialmente dannose.

Diverse ragioni conducono a questa conclusione. In primo luogo, sul piano letterale, sebbene l'art. 2475-ter faccia riferimento alle decisioni che «cagionino un danno patrimoniale» alla società, tale formula non è del tutto incompatibile con la nozione di danno potenziale. Se il legislatore si fosse riferito alle sole decisioni che «abbiano cagionato» un danno alla società, non si sarebbe potuto contestare la volontà di limitare la previsione a pregiudizi già verificatisi. L'espressione prescelta, al contrario, non esclude una lettura comprendente le decisioni che «cagionino» – anche nel futuro – «un danno» alla società, ossia che «possano» causare un pregiudizio: una lettura, dunque, che tenga conto anche dei danni potenziali ⁽⁹¹⁾.

Non si vuole con ciò affermare che la corretta interpretazione letterale della norma imponga l'estensione della disciplina del conflitto di interessi alle decisioni potenzialmente dannose, bensì più semplicemente suggerire che il mero testo della legge non è del tutto univoco o, quantomeno, non è assolutamente inconciliabile con una interpretazione più ampia, che dia rilievo alle decisioni che *possano* cagionare un danno alla società.

La soluzione secondo la quale sarebbero viziati anche le delibere potenzialmente dannose non si basa peraltro sul solo dato testuale, bensì su più profondi

Torino, 2003, 3a ed., p. 36 ss. e p. 41 ss., rispettivamente su presupposti e condizioni dell'azione). Una lettura ancora più ristretta delle condizioni dell'azione è fornita da E.T. LIEBMAN, *Manuale*, p. 142, secondo il quale le condizioni dell'azione «sono l'interesse ad agire e la legittimazione. Esse sono (*omissis*) i requisiti di esistenza dell'azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se di solito, per implicito) preliminarmente all'esame del merito. Solo se ricorrono queste condizioni, può considerarsi esistente l'azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda per accoglierla o respingerla». Anche qualora si volesse convenire che, almeno secondo una certa linea interpretativa, le condizioni dell'azione possano sussistere anche al momento della pronuncia sul merito, la distinzione tra presupposti e condizioni dell'azione, da un lato, ed elementi sui quali la domanda è fondata, dall'altro, deve essere tenuta ferma.

⁽⁹¹⁾ Lo chiarisce D. MAFFEIS, *Il nuovo conflitto*, p. 537 s., che sottolinea come l'enunciato normativo, non incompatibile con la potenzialità del danno, non deve intendersi come riferito unicamente a un danno effettivo e attuale, come potrebbe ritenersi nell'ambito della disciplina di un'azione di risarcimento. Condividono la tesi esposta nel testo O. CAGNASSO, *La società*, p. 243, secondo il quale «la coerenza del sistema impone che il requisito debba essere ricostruito facendo riferimento alla mera potenzialità del danno» in quanto «una diversa soluzione comporterebbe una radicale differenza di disciplina tra il conflitto di interessi del socio e quello dell'amministratore»; e in senso analogo S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1583. Aperto alla soluzione che riconosce rilievo anche al danno potenziale, seppur in modo dubitativo, A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1962 s., evocando però un argomento non pienamente condivisibile, in base al quale la nozione di danno potenziale sarebbe «recuperata» seguendo l'interpretazione secondo cui il termine di decadenza dell'azione decorre dall'effettiva produzione del danno. Rileva il danno potenziale anche per P. FIORIO, *Conflitto*, p. 605. Si veda, inoltre, L. LAMBERTINI, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2005, p. 222.

argomenti di ordine sistematico legati alle finalità della disciplina del conflitto di interessi. Escludere le decisioni potenzialmente dannose dall'ambito di applicazione della norma, limitandolo ai soli casi in cui la società abbia già subito un pregiudizio, infatti, oltre a rappresentare una soluzione inedita nel nostro sistema societario, svuoterebbe di rilievo applicativo la previsione, rendendo la disciplina poco coerente con la funzione dell'istituto, se non addirittura irrazionale.

Uno degli obiettivi della regolamentazione del conflitto di interessi dell'amministratore è certamente la prevenzione degli effetti pregiudizievoli di decisioni viziate dall'incidenza, sul processo deliberativo dell'organo di amministrazione, di interessi extrasociali. Conferma questa affermazione uno sguardo d'insieme alla disciplina degli interessi degli amministratori e dei soci, sia nelle s.r.l., sia nelle s.p.a. Si pensi infatti, con riferimento alle società azionarie, che tanto l'art. 2373, quanto l'art. 2391, prevedono come condizione per l'impugnazione di una delibera assunta con il voto determinante di un socio o di un amministratore interessato, la potenzialità del danno. Analogamente, nell'ambito della disciplina della s.r.l., il comma 2 dell'art. 2479-ter condiziona l'invalidità delle decisioni dei soci assunte con il contributo determinante di un socio in conflitto di interessi, all'esistenza di un danno potenziale. Sotto questo profilo, il principio generale in materia di conflitto di interessi nelle società di capitali, è quindi quello dell'impugnabilità delle deliberazioni potenzialmente dannose.

Pur non trattandosi di un argomento conclusivo, la circostanza che nelle altre ipotesi in cui è disciplinato il conflitto di interessi nell'ambito delle società di capitali, il legislatore richieda la potenzialità del danno quale condizione sufficiente per l'impugnazione, senza pretendere che il danno si sia già verificato, getta più di un dubbio su una differente ricostruzione, applicabile unicamente alle decisioni degli amministratori di s.r.l., in mancanza di un dato testuale assolutamente inequivoco e, soprattutto, di fondati motivi che possano giustificare una diversa soluzione nel caso che ci occupa. Come giustamente sottolineato da alcuni commentatori sarebbe, anzi, poco razionale e sistematicamente incoerente che la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori fosse, sotto questo profilo, meno severa di quella applicabile ai soci ⁽⁹²⁾.

Esistono invece evidenti e importanti ragioni (anche di efficienza economica)

⁽⁹²⁾ Secondo quanto rilevato da S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1583, infatti, «il nostro ordinamento è sempre stato improntato a maggiore severità per quanto concerne il conflitto di interessi degli amministratori». Seppure non in relazione al requisito della dannosità, potenziale o meno, della decisione, l'argomento è avanzato anche da N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 418, il quale stigmatizza come coerente con la richiamata prospettiva sistematica la scelta seguita nella disciplina delle s.p.a., di regolare più severamente gli interessi degli amministratori rispetto a quelli dei soci. A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1964, ricorda inoltre che se i soci si avvalgono della possibilità di decidere direttamente su una materia sulla quale uno degli amministratori è in conflitto di interessi, ai sensi dell'art. 2479, comma 1, in presenza di un socio in conflitto di interessi la decisione sarà certamente impugnabile anche in caso di mero danno potenziale. Anche questa differenza della disciplina applicabile ad una stessa decisione, solo

per ritenere che un rimedio quale quello dell'impugnazione della decisione assunta in conflitto di interessi abbia significato proprio quale strumento preventivo, volto ad evitare il verificarsi di un pregiudizio per la società.

Ammettere l'impugnabilità delle decisioni potenzialmente dannose, peraltro, risolve le pressoché insuperabili difficoltà interpretative legate al coordinamento tra il presupposto in esame e il termine di decadenza dell'azione previsto dalla legge, che discenderebbero dalla soluzione opposta.

Se, infatti, si ritenesse la decisione impugnabile solo una volta che si sia verificato un danno, sorgerebbero delicati problemi attinenti l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine trimestrale per l'impugnazione. Due interpretazioni della norma sarebbero possibili, entrambe – tuttavia – fortemente insoddisfacenti. Si potrebbe, da un lato, ritenere che il termine di decadenza decorra solo a partire dal momento in cui si sono verificati tutti i presupposti dell'annullamento e, dunque, la società abbia effettivamente subito un danno⁽⁹³⁾. Si giungerebbe però al discutibile risultato che, per impugnare una decisione viziata, occorrerebbe attenderne l'esecuzione e la produzione dei correlati effetti dannosi *contra legem*. Non vi è bisogno di invocare nozioni giuseconomiche per riconoscere i limiti logici, prima ancora che giuridici, di una siffatta ricostruzione.

Questa interpretazione, inoltre, esporrebbe la società a un elevato grado di incertezza, in contraddizione con le esigenze di stabilità delle decisioni dell'organo amministrativo sottese anche alla previsione di un breve termine di decadenza, nel caso in cui le decisioni viziate fossero attuate – o, più precisamente, le loro conseguenze si verificassero – ad una significativa distanza di tempo rispetto alla loro assunzione.

Seguendo una diversa linea interpretativa, si potrebbe giungere ad affermare che il breve periodo entro il quale è consentita l'impugnazione decorra comunque dall'assunzione della decisione (o dalla sua trascrizione nel libro delle riunioni dell'organo di gestione)⁽⁹⁴⁾, indipendentemente dal verificarsi del danno, che pure

perché assunta dai soci anziché dagli amministratori, suggerisce che la limitazione dell'art. 2475-ter ai soli casi di danno attuale non sarebbe del tutto razionale.

⁽⁹³⁾ Inclini a questa soluzione D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma*, p. 218; A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1963; nonché G. RACUGNO, *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Società*, 2004, p. 15. La legge non prevede espressamente, per i termini di decadenza, il principio affermato dall'art. 2935 per i termini di prescrizione, in base al quale questi ultimi cominciano a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere. Sulla decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza in generale vedi F. GALGANO, *Diritto civile*, p. 283 ss.

⁽⁹⁴⁾ Ritiene che il termine decorra dalla decisione, e non dalla sua trascrizione nel libro delle decisioni degli amministratori, G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 195, sulla scorta del rilievo che se si seguisse l'opposta soluzione «la decorrenza di un termine di decadenza sarebbe lasciata agli amministratori a cura dei quali è tenuto il libro». Una diversa soluzione è proposta da S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1583, secondo il quale «si potrebbe essere tentati di applicare per analogia il *dies a quo* previsto per le deliberazioni assembleari in conflitto di

rappresenterebbe un presupposto dell'invalidità⁽⁹⁵⁾. Il problema di questa interpretazione è che, per eseguire una decisione viziata da conflitto di interessi senza timore di vederla impugnare, sarebbe sufficiente attendere il trimestre previsto dall'art. 2475-ter. Anche questa soluzione risulterebbe quindi in contrasto con la funzione di tutela della società e dei soci perseguita dalla norma e con il principio in base al quale un termine di decadenza può decorrere solo a partire dal momento nel quale il diritto (all'impugnazione) può essere fatto valere⁽⁹⁶⁾.

Queste osservazioni consentono di concludere, ad avviso di chi scrive, che la soluzione preferibile, meglio rispondente alle finalità della disciplina del conflitto di interessi e più agevolmente coordinabile con le previsioni normative, è che condizione necessaria e sufficiente per l'impugnazione di una decisione assunta con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi, sia la sua dannosità potenziale. Tale ricostruzione risulta peraltro coerente con le soluzioni adottate dal legislatore per il caso del conflitto di interessi dell'amministratore di società azionarie e dei soci sia di s.p.a. che di s.r.l., evitando così discrasie sistematiche e disparità di trattamento difficilmente giustificabili. Come si illustrerà nel prosieguo, l'interpretazione proposta consente inoltre di far decorrere il termine di decadenza dell'azione dalla decisione medesima, contemperando le esigenze di tutela della società e dei soggetti legittimati all'azione, con quelle di certezza dei traffici giuridici e di stabilità delle decisioni consiliari⁽⁹⁷⁾.

18. La nozione di danno «patrimoniale»: confutazione della tesi volta ad escludere i danni relativi alla dimensione reddituale dell'attività d'impresa

Per completare l'esame del concetto di dannosità della decisione, si deve osservare che la legge fa riferimento, testualmente, a un danno «patrimoniale». Questo attributo del danno ha dato luogo ad alcune considerazioni, in dottrina, circa la «natura» del pregiudizio che consentirebbe l'impugnazione di una decisione assunta in conflitto di interessi, delle quali occorre dare conto.

Alcuni autori, distinguendo la dimensione «patrimoniale» della società da quelle «reddituali» o «finanziarie», hanno rilevato il dubbio che la qualificazione del

interessi, indicato dall'art. 2479-ter, comma 1, nella data in cui avviene la trascrizione nel libro delle decisioni dei soci». Sul punto si tornerà nel prosieguo, al § 20.

(95) Pur criticandola, ritiene questa soluzione l'unica compatibile con il dettato normativo N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 418, sottolineando peraltro le (parziali) analogie che sussisterebbero, seguendo questa interpretazione, con i problemi ai quali, nelle s.p.a., dà luogo il termine previsto dall'art. 2377, comma 5, per la richiesta di risarcimento del danno dei soci titolari di partecipazioni inferiori a quelle necessarie per chiedere l'annullamento di una deliberazione assembleare.

(96) Con riferimento alla decorrenza del termine di decadenza in un periodo nel quale il diritto non può essere fatto valere cfr. *supra*, nota 93.

(97) Si noti, incidentalmente, che qualora si preferisse adottare l'interpretazione secondo la quale presupposto dell'invalidità della decisione è la produzione di un danno attuale, si potrebbe comunque ritenere ammissibile il ricorso al rimedio cautelare previsto dall'art. 700 c.p.c., come osserva N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 418.

danno come patrimoniale «potrebbe indurre ad escludere dallo spettro applicativo della disposizione operazioni che, pur essendo neutre rispetto alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, sono comunque suscettibili di incidere negativamente sulla redditività della gestione sociale»⁽⁹⁸⁾. Il problema, per la sua importanza e delicatezza, merita una breve ricostruzione.

Chiarisco subito che non ritengo che all'espressione «danno patrimoniale», nel contesto dell'art. 2475-ter, debba attribuirsi il restrittivo significato di «incidente sul patrimonio», negando quindi la rilevanza del conflitto di interessi ove la decisione assunta abbia un effetto sui (soli) flussi di reddito o finanziari generati dall'attività d'impresa.

Una simile distinzione tra danno patrimoniale e reddituale (o finanziario) non trova riscontro nei principi generali e nella terminologia del nostro ordinamento privatistico: tanto il danno emergente, quanto il lucro cessante – concetto chiaramente assimilabile a quello di minore redditività – rappresentano, infatti, elementi del «danno patrimoniale», come dimostra il fatto che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla risarcibilità dei cosiddetti danni non patrimoniali, non ha mai messo in discussione che il mancato guadagno sia compreso tra gli elementi del danno patrimoniale⁽⁹⁹⁾.

Inoltre, con specifico riferimento alle società, la stessa intima e inscindibile connessione tra dimensioni patrimoniale, reddituale e finanziaria dell'attività d'impresa, renderebbe quantomeno artificiosa una siffatta scissione tra questi elementi al fine della verifica della dannosità della decisione assunta. Un pregiudizio alle capacità reddituali dell'impresa non potrebbe infatti non riflettersi sul valore dell'azienda sociale, quantomeno riducendone l'avviamento o aggravandone il «badwill»⁽¹⁰⁰⁾.

Il problema, dunque, se correttamente impostato, si pone su un piano diverso e la differenza, seppur apparentemente sottile, non può essere trascurata. Potrebbe infatti, se mai, ritenersi che il danno alla futura capacità della società di realizzare un determinato flusso di redditi o un certo *cash flow* non rappresenti un danno attuale, bensì solo potenziale. Seguendo quest'impostazione – criticabile perché,

(98) N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 418 che segnala la questione. Una lettura della norma aperta all'interpretazione criticata nel testo è proposta da G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 194 s., il quale afferma che il danno «deve essere patrimoniale, con esclusione dunque di tutte quelle ipotesi che, pur potendosi considerare danno secondo i principi generali, non incidono tuttavia negativamente sul patrimonio sociale».

(99) Per riferimenti si veda, ad esempio, C. CASTRONUOVO, *Danno biologico*, Milano, 1998, part. p. 32 ss. Condivide la tesi esposta nel testo P. FIORIO, *Conflitto*, p. 607, secondo il quale il danno comprende «tanto il danno emergente che incida sull'integrità del patrimonio sociale, quanto il lucro cessante che possa influenzare negativamente la redditività della gestione, pur non intaccando negativamente il patrimonio».

(100) Per una più analitica dimostrazione di questa affermazione, peraltro pacifica nella letteratura aziendale, sia consentito rinviare, anche per indicazioni bibliografiche, a M. VENTURUZZO, *I criteri*, § 19 e *passim*.

come accennato, anche in questo caso il valore dell'azienda, se correttamente calcolato, dovrebbe risultare immediatamente pregiudicato – coloro i quali escludono la rilevanza dei danni potenziali ai fini dell'art. 2475-ter, potrebbero concludere che decisioni prive di un immediato effetto sul patrimonio non siano impugnabili in base alla disciplina in commento.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che, condividendo la soluzione proposta di dare rilievo anche alla potenziale dannosità della decisione, deve essere rigettata. Anche a prescindere da questa questione, tuttavia, resta fermo che l'espressione «danno patrimoniale» utilizzata dal legislatore potrebbe – e ad avviso di chi scrive, dovrebbe – intendersi semplicemente come contrapposta a quelle di danno biologico o morale, e non certo volta a introdurre una distinzione, difficilmente giustificabile e ancor più difficilmente applicabile nel nostro sistema societario, tra decisioni che hanno un effetto sulla consistenza del patrimonio sociale e decisioni che pregiudicano «solo» la redditività dell'impresa.

19. Profili di disciplina dell'azione: legittimati all'impugnazione

Indicando gli amministratori tra i soggetti legittimati all'azione, l'art. 2475-ter, a differenza di altre disposizioni analoghe (e si pensi all'art. 2391 o all'art. 2388 in materia di consiglio di amministrazione di s.p.a.), non circoscrive esplicitamente il diritto di impugnazione agli amministratori assenti, dissenzienti o astenuti.

Questa omissione del legislatore potrebbe indurre ad attribuire il potere di impugnare una decisione consiliare ai sensi dell'art. 2475-ter a *tutti* gli amministratori, indipendentemente dalla posizione assunta rispetto alla deliberazione viziata. Siffatta soluzione, tuttavia, oltre a risultare eccentrica nella disciplina dell'impugnazione delle delibere collegiali, solleverebbe un problema di compatibilità con il divieto – seppur di incerto fondamento e ambito di applicazione – di *venire contra factum proprium* ⁽¹⁰¹⁾, in forza del quale si dovrebbe ritenere preclusa l'impugnazione all'amministratore che avesse concorso all'adozione della decisione.

La disciplina delle società per azioni offre uno spunto interpretativo utile per risolvere la questione ⁽¹⁰²⁾. L'art. 2391, infatti, distingue il caso nel quale l'amministratore interessato abbia adempiuto i propri obblighi informativi, attribuendo in tale ipotesi la legittimazione all'impugnazione ai soli amministratori che non abbiano concorso all'approvazione della delibera risultata viziata; dal caso in cui non vi sia stata completa *disclosure* in merito alla posizione dell'amministratore interessato, situazione nella quale sono legittimati a impugnare la delibera *tutti* gli amministratori, anche quelli che avessero votato a favore. La *ratio* della disposizione è, ovviamente, che qualora i membri del consiglio fossero stati correttamente informati circa il conflitto di un amministratore, avrebbero potuto non acconsentire

⁽¹⁰¹⁾ Conforme M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 575. Su tale principio si veda, per un inquadramento generale, G. SICCHIERO, *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 507 ss.

⁽¹⁰²⁾ G. ZANARONE, *Introduzione*, p. 90 ss.; M. STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni*, p. 14 ss.

alla deliberazione o, quantomeno, farlo solo dopo una più attenta raccolta di dati e ponderazione di corsi d'azione alternativi.

Poiché nella disciplina della s.r.l. non sono previsti specifici obblighi di comunicazione del conflitto di interessi a carico degli amministratori interessati, è coerente con l'impostazione appena ricordata la soluzione in base alla quale la legittimazione all'impugnazione è riconosciuta, indistintamente, a tutti i componenti dell'organo di gestione. Ciò non esclude che sia in applicazione del citato divieto di *venire contra factum proprium*, sia in base all'analogia con la disciplina delle s.p.a., l'amministratore che avesse approvato la decisione pur essendogli noto il conflitto di interessi, si possa ritenere non legittimato all'azione di annullamento ⁽¹⁰³⁾.

Nel novero dei legittimati all'impugnazione si trovano inoltre i «soggetti previsti dall'art. 2477», ove esistenti. In base a tale norma l'atto costitutivo può prevedere, determinandone competenze e poteri, la nomina «di un collegio sindacale o di un revisore» ⁽¹⁰⁴⁾, fermo restando che il collegio sindacale è obbligatorio se il capitale della società è superiore a quello previsto per la società per azioni, o se per due esercizi consecutivi sono superati i limiti previsti dall'art. 2435-bis per la redazione del bilancio in forma abbreviata (art. 2477, commi secondo e terzo).

In relazione al collegio sindacale, ci si chiede se la legittimazione all'impugnazione spetti all'organo, previa delibera assunta collegialmente a maggioranza, ovvero ai singoli sindaci individualmente ⁽¹⁰⁵⁾. Su questa domanda si riscontrano

⁽¹⁰³⁾ Soluzione e argomentazione sono condivisi da P. FIORIO, *Conflitto*, p. 608. In termini sostanzialmente coincidenti, seppur talvolta implicitamente, si esprime la maggior parte dei primi commentatori della norma: e si veda N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 418; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1584; M. IRRERA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1872; F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 175; F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 118. In questo senso si è espresso anche G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, s.l., 2003, p. 175 ss., a p. 208 sulla base dell'analogia con la disciplina della società per azioni. È interessante notare che, in ragione della soluzione esposta nel testo, la *disclosure* degli amministratori assicura una maggiore stabilità della decisione, escludendo dal novero dei soggetti legittimati a farne valere i vizi gli amministratori che abbiano consapevolmente approvato l'operazione. Si osservi, inoltre, che l'ambiguo riferimento fatto dal legislatore all'«amministratore», senza specificazione della posizione assunta da questi in relazione alla decisione contestata, è compatibile con quanto precedentemente sostenuto in merito all'impugnazione di decisioni alle quali l'amministratore non avesse partecipato, come potrebbe accadere in caso di decisioni assunte da organi delegati; ovvero in ipotesi di amministrazione disgiuntiva, qualora si ammettesse l'applicabilità dell'art. 2475-ter anche a questa ipotesi (cfr. *supra*, §§ 12 e 13).

⁽¹⁰⁴⁾ Segnala come differenza rispetto alla s.p.a. la legittimazione all'impugnativa del revisore F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 175. La differenza, peraltro, si spiega anche alla luce della considerazione che nelle s.r.l., nei casi previsti dal comma 1 dell'art. 2477, tale soggetto può *sostituire*, e non affiancarsi, al collegio sindacale, essendo invece nelle società azionarie sempre presente anche un organo interno di controllo, seppur con competenze differenti – estese al controllo contabile – in assenza del revisore.

⁽¹⁰⁵⁾ Come ricorda, pur senza sciogliere la questione, A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1964.

posizioni divergenti: secondo alcuni autori, la legittimazione spetterebbe a «ciascun sindaco» ⁽¹⁰⁶⁾; altri ritengono che il riferimento all'organo di controllo debba intendersi, «riguardo ai sindaci, nella sua collegialità» ⁽¹⁰⁷⁾. Questa seconda tesi è preferibile, risultando meglio compatibile con il tenore letterale della norma, che mentre per la legittimazione degli amministratori fa riferimento ai singoli componenti dell'organo che ha assunto la decisione – ai quali deve ovviamente essere riconosciuta legittimazione individuale –, tramite il rinvio all'art. 2477 pare attribuire la legittimazione collegialmente all'organo di controllo ⁽¹⁰⁸⁾ ⁽¹⁰⁹⁾.

20. I termini di decadenza per l'impugnazione della deliberazione

La decisione assunta con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi è impugnabile «entro novanta giorni». Il legislatore non specifica puntualmente il *dies a quo* a partire dal quale decorre il periodo entro il quale è possibile promuovere l'azione.

La questione si intreccia con quella, precedentemente esaminata, dell'impugnabilità delle decisioni anche in presenza di un danno (meramente) potenziale. Se

⁽¹⁰⁶⁾ G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 195.

⁽¹⁰⁷⁾ S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1584.

⁽¹⁰⁸⁾ Per un quadro del problema della legittimazione individuale o collegiale dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e delle questioni sistematiche che esso pone, seppur con riferimento al diverso problema dell'impugnazione delle delibere assembleari annullabili (ma con rilievi estensibili, *mutatis mutandis*, al caso che ci occupa), cfr. G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1998, p. 187 ss., a p. 268 ss., ove anche completi riferimenti bibliografici alle posizioni tradizionalmente assunte dalla dottrina. Si deve infine notare che, a differenza che nelle società azionarie, non è espressamente riconosciuta ai singoli soci la facoltà di impugnare le delibere consiliari viziate (da conflitto di interessi), nemmeno qualora esse ledano direttamente un loro diritto: esclude quindi la legittimazione dei soci ad impugnare le deliberazioni consiliari lesive dei loro diritti F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 119. Già durante i lavori preparatori di quella che sarebbe divenuto il d.lgs. 6/2003, M. RESCIGNO, *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale interno e internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1501 segnalava, con riferimento all'art. 2475-ter, l'opportunità di prevedere espressamente la legittimazione del socio all'impugnazione della decisione assunta in conflitto di interessi, anticipando la difficoltà discendente dalla mancanza di un'esplicita regola legislativa in proposito. La questione si inserisce nel più ampio problema dell'ammissibilità di ulteriori ipotesi di invalidità delle decisioni dell'organo di amministrazione rispetto al caso del conflitto di interessi e alla disciplina prevista dal comma 2 dell'art. 2475-ter, risultando non dissimile dall'analogo problema che si poneva nell'ambito della disciplina delle società azionarie anteriormente alla riforma del 2003 e la modifica dell'art. 2388: il tema è trattato al § 24, al quale si rinvia.

⁽¹⁰⁹⁾ Sull'esistenza di un vero e proprio dovere di impugnare le decisioni viziate da parte dei componenti gli organi di amministrazione e controllo, quantomeno discendente dal dovere di evitare pregiudizi alla società nel caso in cui una mancata o tardiva reazione potrebbe risultare dannosa, si veda, per un sintetico inquadramento, F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 118, ove anche alcuni riferimenti bibliografici.

si condivide la soluzione affermativa a questo primo interrogativo, per le ragioni esposte al § 17, il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione «demolitoria» dovrebbe decorrere dalla data della decisione ⁽¹¹⁰⁾.

Ci si deve tuttavia chiedere se, quando la decisione degli amministratori è soggetta a pubblicità legale – come ad esempio nel caso in cui lo statuto attribuisca agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2481, oppure di decidere l'incorporazione di società interamente posseduta o posseduta al novanta per cento in base agli artt. 2505 e 2505-bis –, il termine per l'impugnazione decorra comunque dalla decisione (o dalla sua trascrizione nel libro delle decisioni degli amministratori), ovvero dal successivo momento della sua iscrizione nel registro delle imprese.

È sistematicamente coerente e in linea con la corrispondente disciplina delle s.p.a. che il termine per l'impugnazione della decisione da parte di amministratori, sindaci o revisori *non* decorra dalla data di iscrizione della decisione nel registro delle imprese, soluzione prevista – anche nell'ambito dell'art. 2388 – solo con riferimento ai soci legittimati all'impugnazione. Ciò in quanto questi ultimi, a differenza di amministratori e soggetti incaricati del controllo, potrebbero non essere a conoscenza della convocazione di una riunione del consiglio di amministrazione. Al contrario, quando la facoltà di impugnazione è attribuita agli stessi membri degli organi di amministrazione e controllo, come nel caso del comma 2 dell'art. 2475-ter qui in esame, il potere-dovere di tali soggetti di essere informati in merito alle riunioni dell'organo, e di parteciparvi attivamente, giustifica che i termini di decadenza per l'esercizio di eventuali azioni di invalidità decorrano dalla data della riunione o, al più tardi, dalla sua trascrizione nel libro del consiglio di amministrazione ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Come precedentemente ricordato, le opinioni dei primi commentatori divergono in merito al *dies a quo* di decorrenza del termine per l'impugnazione (cfr. *supra*, nota 94): a chi ritiene che occorra riferirsi alla data in cui la decisione è assunta dagli amministratori, con soluzione maggiormente coerente con il tenore letterale dell'art. 2391 in caso di impugnazione di delibera consiliare di s.p.a. (G. MANZO, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 195), si contrappongono ricostruzioni secondo le quali, in analogia con la disciplina del conflitto di interessi dei soci, il termine di decadenza dovrebbe decorrere dalla trascrizione nel libro delle decisioni degli amministratori della decisione (S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1583). In assenza di un chiaro orientamento del legislatore, entrambe le soluzioni sono fondate su validi argomenti. Peraltro, sebbene la prima interpretazione appaia preferibile, in ragione del potere-dovere degli amministratori di essere informati circa l'attività deliberativa dell'organo di gestione senza necessità di attendere l'adempimento delle formalità relative alla compilazione dei libri sociali, da un punto di vista applicativo, nella maggior parte dei casi e in ipotesi fisiologiche, tra la decisione e la sua trascrizione nel libro degli amministratori dovrebbe trascorrere un intervallo temporale limitato, stemperando così la rilevanza pratica della questione.

⁽¹¹¹⁾ Diverso problema, ovviamente, è se in caso di omessa o irregolare convocazione dell'organo di amministrazione gli amministratori che senza colpa non sono stati posti in condizione di conoscere tempestivamente la decisione viziata, possano ugualmente impugnarla,

21. Invalidità della decisione e rapporti con i terzi

La disposizione in commento precisa che l'eventuale invalidità della decisione consiliare non pregiudica «i diritti acquistati in buona fede da soggetti terzi, in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione». L'enunciato normativo richiede di chiarire, nel contesto della disposizione in commento, il significato delle nozioni di «diritti acquistati», di «terzi», di «buona fede» e di «atti compiuti in esecuzione della decisione».

In relazione al primo punto, come ricordato da uno dei primi commentatori della norma, «l'espressione "diritti" va intesa in senso lato, come attinente cioè a tutte le possibili posizioni giuridiche di vantaggio scaturenti dall'operazione, siano esse acquistate a titolo oneroso o gratuito» ⁽¹¹²⁾.

La nozione di «terzo», nella materia che ci occupa, non si esaurisce nella «terzietà nei confronti della società» ⁽¹¹³⁾. Non può infatti escludersi dalla qualifica di terzo, eventualmente tutelato dalla clausola di buona fede, il socio e, seppur in casi particolari, persino un membro degli organi di amministrazione o controllo (ovviamente diverso dall'amministratore in conflitto di interessi). Come osservato in dottrina, con riferimento alla tutela dei terzi di buona fede in caso di annullamento di delibere assembleari di società per azioni *ex art. 2377*, ma con considerazioni estensibili al caso che ci occupa, «l'eccezionale salvezza dei diritti dei terzi ha inteso tutelare coloro che, venendo in contatto con la società tramite il rappresentante di quest'ultima e potendo contare sulla di lui doverosa azione di vigilanza circa la regolarità delle decisioni interne da eseguire, hanno ragione di sentirsi esonerati da ogni personale indagine al riguardo, è indubbio che nella descritta situazione potrebbero venirsi a trovare anche soci e amministratori, i quali apparirebbero in tal caso, non meno degli altri, meritevoli di tutela» ⁽¹¹⁴⁾.

invocando ad esempio la fattispecie, di creazione giurisprudenziale, dell'inesistenza della delibera. La questione tocca il tema dell'esistenza di ipotesi di annullabilità delle decisioni consiliari diverse dal conflitto di interessi, sul quale si rinvia *infra* al § 24. Si coglie l'occasione anche per richiamare un'ulteriore questione, alla quale è qui possibile solo accennare, ossia l'individuazione del termine *a quo* di decorrenza della decadenza con riferimento a decisioni assunte con il modello dell'amministrazione disgiuntiva, nel caso in cui si condivida la tesi che il comma 2 dell'art. 2475-ter sia applicabile, almeno in quanto compatibile, anche se lo statuto ha optato per tale sistema di formazione della volontà dell'organo di amministrazione. Da questo punto di vista, se si ritenesse che anche le decisioni gestionali assunte disgiuntamente debbano essere trascritte nel libro delle decisioni dell'organo, come appare ragionevole, il termine di decadenza potrebbe decorrere da tale momento; ovvero, in caso contrario, da quando la decisione è comunque stata assunta, soluzione che pone qualche dubbio in merito alla conoscibilità di tale circostanza dagli amministratori diversi da quello che ha agito, dubbio che però non pare sufficiente a mettere in discussione l'applicabilità della disciplina del conflitto di interessi a questa fattispecie.

⁽¹¹²⁾ A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1966 s.

⁽¹¹³⁾ G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 358.

⁽¹¹⁴⁾ G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 358.

Quanto alla buona fede, che qui deve intendersi in senso soggettivo ⁽¹¹⁵⁾, essa riguarda l'ignoranza, da parte del terzo, dei vizi della delibera. Non è quindi in buona fede chi conosca il conflitto di interessi dell'amministratore e la marginalità del voto ⁽¹¹⁶⁾. Se, inoltre, la decisione può considerarsi viziata solo nel caso in cui sia (potenzialmente) dannosa, per escludere la buona fede del terzo potrebbe ritenersi necessaria anche la conoscenza di questo elemento.

Ciò posto quanto alla *definizione* del concetto di buona fede, sotto il profilo della ripartizione dell'onere probatorio dello stato soggettivo del terzo, pur essendosi prospettate soluzioni non univoche da parte degli autori che si sono occupati della disciplina in esame, si ritiene che sia la società a dover dimostrare la conoscenza del vizio della decisione da parte del terzo, la cui buona fede si presume in ossequio ai principi generali ⁽¹¹⁷⁾.

I diritti fatti salvi dalla regola in commento devono essere stati acquistati sulla base di «*atti compiuti in esecuzione della decisione*», i quali potrebbero risultare inefficaci a causa dell'annullamento della decisione sulla quale si fondano ⁽¹¹⁸⁾. L'espressione presenta ampi margini di indeterminatezza, ben noti al dibattito dottrinale. Un punto generalmente fermo, nella definizione di questa categoria di atti, attiene il profilo soggettivo: deve trattarsi, almeno secondo l'opinione dominante, di atti prominenti «da un organo sociale» che abbia «il potere di agire per la società con effetti nei confronti dei terzi»: di regola, dunque, l'amministratore dotato del potere di rappresentanza ⁽¹¹⁹⁾.

Si può inoltre condividere la posizione di chi nega che gli effetti dell'annullamento si estendono unicamente alle attività materiali, comprendendo al contrario

⁽¹¹⁵⁾ Come noto, nel nostro ordinamento sono distinte le nozioni di buona fede in senso soggettivo e oggettivo. La prima si riferisce allo stato psicologico del soggetto, esaminato *ex post* rispetto a un certo evento, generalmente rispetto alla conoscenza di certi elementi (esempio paradigmatico è quello della buona fede richiesta per l'applicazione della regola «possessione vale titolo» prescritta dall'art. 1153, e definita dall'art. 1147). Buona fede «soggettiva», dunque, in quanto intesa a valutare se il soggetto considerato si trovasse in una certa posizione mentale descritta dalla legge. Ci si riferisce, al contrario, alla buona fede in senso oggettivo quando la legge prevede un vero e proprio obbligo di comportarsi secondo buona fede, un precetto orientato al futuro e che fonda un dovere di comportamento rispetto a un dato *standard* – quello, appunto, della buona fede – definito in modo oggettivo (derivandolo, ad esempio, dalle prassi sociali) e rispetto al quale viene misurata la correttezza dell'azione del soggetto. È a questa seconda accezione di buona fede che si riferisce, ovviamente, l'art. 1375 in materia di esecuzione del contratto. In materia veda G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, part. cap. I, § 6, da dove sono tratte le considerazioni qui sintetizzate.

⁽¹¹⁶⁾ «[S]i tratta dei terzi che ignoravano l'esistenza del conflitto di interessi purché l'ignoranza non fosse dovuta a colpa grave (arg. ex art. 1147 c.c.)» (A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1964).

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. L. ENRIQUES, *Il conflitto*, p. 416; in senso conforme a quanto sostenuto nel testo, A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1964.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 119.

⁽¹¹⁹⁾ G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 358.

anche – e soprattutto – atti negoziali ⁽¹²⁰⁾. Si può inoltre ritenere che siano travolti dall'annullamento non solo agli atti espressamente previsti dalla delibera e formalmente delegati ad uno o più amministratori, bensì anche agli atti strumentali che si pongano in rapporto di mezzo a fine rispetto all'attuazione di quanto deciso sotto l'influenza del conflitto di interessi, indipendentemente dalla sussistenza di un preciso dovere di esecuzione della delibera ⁽¹²¹⁾.

Come si può intuire dall'ultima considerazione, tuttavia, a questo punto le certezze si fermano. Accanto a tesi risalenti, ma autorevoli, propense a una lettura estensiva della nozione in esame, nella quale si comprenderebbero tutti gli atti che hanno, in senso lato, fondamento nella deliberazione ⁽¹²²⁾, vi sono posizioni più restrittive, che limitano il perimetro della nozione di atti esecutivi di una delibera a quelli strumentali per la realizzazione della decisione viziata, alle quali si ritiene dover aderire ⁽¹²³⁾.

La disciplina sin qui richiamata in merito alla tutela dei terzi di buona fede in base alla decisione viziata, riguarda i diritti acquistati prima dell'eventuale sentenza di annullamento: in seguito a tale provvedimento si applicheranno le regole generali in materia di opponibilità del giudicato ⁽¹²⁴⁾.

22. Sussistenza di obblighi di informazione dell'amministratore in conflitto di interessi e di motivazione delle decisioni assunte in presenza di un amministratore interessato

Come anticipato in sede introduttiva, l'art. 2475-ter non contempla esplicitamente alcun dovere di informazione in capo all'amministratore in conflitto di interessi, né obblighi di motivazione delle decisioni assunte nonostante la presenza di un conflitto di interessi, previsti invece dall'art. 2391 nella disciplina delle società per azioni ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁰⁾ Ancora G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 365.

⁽¹²¹⁾ Su quest'ultimo punto, e sull'estensione della regola anche agli atti discrezionalmente posti in essere in esecuzione della delibera, vedi G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 365 s.

⁽¹²²⁾ A. MIGNOLI, *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 315.

⁽¹²³⁾ Il riferimento è nuovamente a G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 365 ss., e alla completa trattazione della questione offerta da questo studioso, cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici. In chiusura di questi rilievi in merito alla salvezza dei diritti acquisiti dai terzi di buona fede, è appena il caso di precisare che le riflessioni svolte possono estendersi anche ai diritti eventualmente sorti direttamente in base alla decisione. Ci si riferisce, in particolare, alle c.d. decisioni *self-executing*, ossia quelle decisioni che non necessitano di ulteriori atti esecutivi affinché producano alcuni effetti giuridici, ad esempio creando un'aspettativa giuridicamente tutelata.

⁽¹²⁴⁾ G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 361.

⁽¹²⁵⁾ Tra i primi a criticare questa scelta del legislatore, sin dai lavori preparatori che sarebbero sfociati nella riforma del 2003, M. RESCIGNO, *Parere*, p. 1501. Un obbligo di informazione potrebbe fondarsi sull'analogia con i principi applicabili alle s.p.a. secondo G.E. COLOMBO,

Diverse motivazioni sono state addotte dai primi commentatori per spiegare la mancata previsione di specifici doveri di *disclosure* nelle s.r.l. rispetto alle s.p.a., attinenti la non apertura al mercato di questo tipo di società ⁽¹²⁶⁾, ovvero il più incisivo controllo potenzialmente esercitato dai soci sulla gestione sociale ⁽¹²⁷⁾. Il silenzio del legislatore non è tuttavia sufficiente ad escludere in modo categorico la sussistenza di obblighi di informazione del singolo amministratore portatore di un conflitto di interesse. Almeno in alcuni casi, infatti, i generali doveri di diligenza e correttezza degli amministratori potrebbero ritenersi comprendere anche quello di comunicare agli altri componenti il consiglio e/o all'organo di controllo un proprio conflitto di interessi, informazione che potrebbe essere rilevante anche ai fini dell'attività di gestione ⁽¹²⁸⁾.

Occorre bene intendersi su questo punto: i casi nei quali si potrebbe ipoteticamente ritenere che l'omessa, incompleta o non veritiera comunicazione di un conflitto di interessi rappresenti un inadempimento dei doveri dell'amministratore, riguardano situazioni nelle quali la disponibilità di informazioni puntuali e corrette avrebbe potuto indurre il consiglio a evitare scelte non ottimali per la società. Non si vuole quindi certo affermare un generalizzato e automatico obbligo di *disclosure*, paragonabile a quello sancito dall'art. 2391 a carico degli amministratori di s.p.a., bensì unicamente riconoscere che, qualora la conoscenza dell'esistenza di un conflitto di interessi, e l'esplicitazione dei termini dello stesso, possa arricchire gli elementi informativi a disposizione dell'organo di gestione, evitando così decisioni

Amministrazione, p. 208. Sulla scorta della chiusura degli assetti proprietari delle s.r.l., e rilevando la frequente coincidenza tra socio e amministratore, ritiene tuttavia meno rilevante il profilo della *disclosure* in esame nel tipo di società considerato O. CAGNASSO, *La società*, p. 240.

⁽¹²⁶⁾ M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 563.

⁽¹²⁷⁾ S. CORSO, *Il conflitto*, p. 658.

⁽¹²⁸⁾ Uno spunto in questo senso è offerto da V. ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 163, il quale scrive che «[s]i può probabilmente ritenere che tanto l'informazione, quanto l'astensione accennate possano comunque essere fatte rientrare nel generale dovere di correttezza a cui l'amministratore è tenuto; ma certo sarebbe stato meglio che il legislatore l'avesse sancito espressamente». Anche A. BUSANI, *S.r.l.*, p. 478 esclude la correttezza di un amministratore «che taccia sulla sua situazione di conflitto d'interessi, poiché la società, con tale silenzio, non è messa di certo nelle condizioni migliori per adottare la decisione». Ancor più decisa, e in armonia con quanto sostenuto nel testo, la posizione di O. CAGNASSO, *La società*, p. 245, secondo il quale «il canone della gestione secondo diligenza (e in conformità ai principi di corretta amministrazione) può comportare che l'amministratore sia tenuto a dare notizia di una situazione di conflitto o anche dell'esistenza di un interesse non configgente con quello della società». Secondo quanto argomentato nel testo, si ritiene che questa tesi possa essere sostenuta *in certe circostanze*, alla luce di tutti gli elementi di fatto, quando il silenzio dell'amministratore sia effettivamente idoneo a inficiare la correttezza del processo decisionale e la completezza del *set* informativo a disposizione dell'organo amministrativo. Maggiori dubbi solleverebbe, invece, un generalizzato obbligo di *disclosure* dell'interesse, la cui violazione integrerebbe in ogni caso una violazione dei doveri di correttezza dell'amministratore.

pregiudizievoli per la società, sull'amministratore gravi comunque – anche in assenza di un'espressa disposizione normativa – il dovere di comunicare agli altri membri dell'organo le informazioni in suo possesso, dovere la cui violazione potrebbe essere fonte di responsabilità civile ⁽¹²⁹⁾.

D'altro lato, l'omessa comunicazione di un conflitto di interessi potrebbe rappresentare una giusta causa di revoca degli amministratori. Questa conclusione presuppone di aver risolto in senso affermativo il più generale problema, che si pone a monte, dell'ammissibilità della revoca degli amministratori di s.r.l., attesa l'assenza di una norma che preveda esplicitamente tale istituto o di un rinvio alla disciplina delle s.p.a. sul punto. Si ritiene però condivisibile la tesi di chi «attribuisce alla maggioranza dei soci il potere di revoca degli amministratori: soluzione che – se non si vuole fondare sull'interpretazione analogica dell'art. 2383 relativo alle società per azioni, ovvero dell'art. 2259 relativo alle società di persone – può essere ricondotta alla disciplina generale della revoca del mandatario (art. 1722 e ss. c.c.)» ⁽¹³⁰⁾.

Ammettendo, quindi, la revocabilità degli amministratori di s.r.l., ci si deve chiedere se l'omissione della comunicazione di un proprio interesse possa costituire una giusta causa per la risoluzione anticipata del rapporto. Ferma restando la necessità di una valutazione dei fatti caso per caso, in linea di principio si rileva che la decisione di *non* informare gli altri amministratori di una situazione potenzialmente in grado di incidere sull'autonomia di giudizio dell'amministratore, distorcendone le decisioni a svantaggio della società, può determinare una incrinatura del legame fiduciario che lo lega alla società tale da giustificare la revoca ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁹⁾ Il tema chiama in causa l'applicazione della disciplina della responsabilità degli amministratori, che sarà brevemente discussa, in relazione al conflitto di interessi, al § 23, al quale si rinvia.

⁽¹³⁰⁾ N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, p. 105. Questa condivisibile soluzione non inficia, peraltro, il rilievo che in alcuni casi – e in particolare con riferimento all'amministratore eletto da un socio in forza di speciali diritti riconosciuti ai sensi dell'art. 2468, se si ritiene possibile l'attribuzione di tale diritto – la revoca a maggioranza debba ritenersi inapplicabile, risultando incompatibile con l'istituto.

⁽¹³¹⁾ Non si ravvisa al contrario nella legge un obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto di interessi. Numerosi argomenti inducono una simile conclusione: in primo luogo, l'assenza di ogni indicazione testuale in questo senso, coerentemente sia con l'approccio seguito dall'art. 2391 per gli amministratori di s.p.a., sia con la disciplina del conflitto di interessi del socio nelle società di capitali. Né pare che tale obbligo possa farsi discendere automaticamente dai doveri di correttezza dell'amministratore. La violazione della correttezza, infatti, consiste – se mai – nel votare o comunque nel concorrere ad assumere una decisione potenzialmente pregiudizievole per la società, perseguendo opportunisticamente i propri interessi, che vengono anteposti a quelli della società; non, invece, nella mera partecipazione all'attività decisoria (in questo senso anche M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 568). L'amministratore, dunque, può partecipare alla discussione collegiale e concorrere al suo risultato, ferma restando la possibile impugnazione della decisione e l'applicazione delle eventuali sanzioni civilistiche a carico del singolo amministratore (responsabilità, revoca), nel caso in cui ne ricorrano i presupposti. Ciò non esclude, ovviamente, che sul

Più sfumato deve essere il ragionamento attinente l'eventuale esistenza di un obbligo di motivazione delle decisioni assunte dall'organo di gestione nonostante la presenza di amministratori portatori di un conflitto di interesse con la società. Da un lato, almeno in alcuni casi, potrebbe ritenersi coerente con i generali doveri di diligenza, correttezza e lealtà degli amministratori nei confronti della società, una trasparente e puntuale illustrazione delle ragioni di convenienza di un'operazione decisa con la partecipazione di amministratori interessati, soprattutto qualora essa non appaia, a prima vista, ottimale dal punto di vista della società. Questa conclusione potrebbe essere fondata, in particolare, allorché l'indicazione delle motivazioni della decisione contribuisca a chiarirne le finalità e, dunque, faciliti l'assunzione di coerenti scelte di gestione. Si tratta, tuttavia, di ipotesi particolari, certamente non frequenti: in assenza di una norma che prescriva un obbligo di motivazione per le decisioni assunte con il concorso di un amministratore interessato non si può certo affermare in via generale la sussistenza di un siffatto dovere.

Il problema della motivazione della decisione consiliare acquista tuttavia un diverso rilievo se lo si valuta sul piano dell'opportunità, quale elemento che potrebbe limitare o escludere eventuali responsabilità degli amministratori coinvolti nella decisione. Si possono, infatti, immaginare situazioni nelle quali esplicitare *ex ante* le (possibili) ragioni di convenienza per la società di una determinata operazione, *nonostante* la sussistenza di un conflitto d'interessi, contribuisca a chiarire la posizione degli amministratori chiamati a rispondere delle conseguenze della decisione. Si ipotizzi il caso in cui un amministratore cede alla società un terreno di sua proprietà, dunque in palese conflitto di interessi, a un prezzo più elevato di quello di mercato. Se, tuttavia, l'operazione è approvata sulla scorta di informazioni attendibili relative a un prossimo mutamento di destinazione urbanistica del bene immobile, foriero di un significativo aumento del suo valore di mercato, gli amministratori che avessero concorso alla decisione potrebbero non aver violato alcun dovere di diligenza e correttezza nei confronti della società, anche qualora il mutamento di destinazione urbanistica non si fosse successivamente realizzato per eventi impreveduti dei quali essi non possano ritenersi responsabili.

Sul piano dei fatti, una rigorosa motivazione delle operazioni potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 2475-ter potrebbe quindi risultare utile agli stessi ammi-

piano dell'*opportunità* l'amministratore possa astenersi sulle materie nelle quali è portatore di un interesse sociale; e resta fermo che lo statuto può adottare una soluzione diversa, prevedendo l'obbligo di astensione (come giustamente ricorda F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 115). *Contra*, tuttavia, si veda A. BUSANI, *S.r.l.*, p. 477 il quale ritiene che l'obbligatoria astensione dell'amministratore «deve essere praticata ancor oggi, visto che se il voto di chi è in conflitto di interessi sia determinante, la decisione così adottata è impugnabile». Aperto alla soluzione che ravvisa negli obblighi di correttezza dell'amministratore un dovere di astensione, seppur senza escludere soluzioni articolate in ragione degli elementi di fatto alla base della singola vicenda, è anche V. ALLEGRI, *L'amministrazione*, p. 163.

nistratori, al fine di dissipare possibili dubbi circa le ragioni che hanno indotto tali decisioni e la correttezza dell'operato dell'organo amministrativo (132).

Le considerazioni che precedono, volte a indagare la sussistenza di obblighi di informazione o motivazione in caso di conflitto di interessi in base alle norme di legge, prescindono ovviamente dall'esistenza di disposizioni statutarie volte a regolare la materia. È, infatti, perfettamente compatibile con il sistema di governo delle s.r.l. che l'autonomia privata introduca specifici doveri di comunicazione del conflitto di interessi, anche modulati sulla scorta della disciplina delle società azionarie, così come un obbligo di motivazione delle decisioni assunte nonostante la presenza di un amministratore interessato.

La violazione di siffatte previsioni statutarie potrà essere fonte di responsabilità per gli amministratori, nonché giusta causa di revoca, senza necessità di indagare il fondamento di tali obblighi come nel caso in cui si pretenda di ravvisarli nel sistema della disciplina delle s.r.l. Maggiori dubbi, tuttavia, sorgono sulla impugnabilità della deliberazione consiliare eventualmente assunta in violazione di tali regole statutarie, in quanto – ma sul punto si tornerà tra breve – la disciplina della s.r.l. non prevede una norma analoga all'art. 2388, che sancisce in generale l'invalidità delle deliberazioni consiliari assunte in violazione della legge o dello statuto (133).

23. Conflitto di interessi, assenza di un obbligo di astensione e responsabilità dell'amministratore nei confronti della società. Ulteriori strumenti a tutela dell'interesse della società a fronte di comportamenti opportunistici degli amministratori interessati. Cenni

Come più volte emerso nel corso della trattazione che precede, esiste una stretta connessione tra conflitto di interessi e potenziali responsabilità dell'amministratore nei confronti della società.

La legge non prevede alcuno specifico dovere di astensione dell'amministratore interessato, con la conseguenza che, pur in presenza di un conflitto di interessi, l'amministratore che decida comunque di partecipare all'attività deliberativa dell'organo, anche esprimendo il proprio voto, non può affatto ritenersi – per ciò solo – aver violato i propri obblighi nei confronti della società e, quindi, responsabile

(132) Sul possibile contenuto della motivazione della decisione assunta nonostante la presenza di amministratori interessati si veda il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 9.

(133) Resta, infine, da precisare che simili obblighi di comunicazione e di motivazione potrebbero essere inclusi anche in un «regolamento interno» di funzionamento dell'organo di amministrazione, del quale gli amministratori si volessero dotare. L'individuazione delle esatte conseguenze, sul piano civilistico, della violazione del regolamento, solleva delicate questioni legate al problema, che si pone a monte, dell'impugnabilità delle decisioni del consiglio per cause diverse dal conflitto di interessi: si veda in proposito il § 24.

degli eventuali danni causati da tale comportamento ⁽¹³⁴⁾. Così, ad esempio, l'amministratore portatore di un interesse conflittuale che decida il compimento di un'operazione vantaggiosa per la società, anche a scapito della sua personale posizione, non viene meno al proprio *duty of loyalty* nei confronti della società e, salvo che la decisione debba ritenersi assunta in modo negligente, non dovrebbe esserne responsabile nei confronti della società, anche qualora essa risulti dannosa.

D'altro lato, l'amministratore è pur sempre chiamato a perseguire l'interesse sociale. Ne consegue che se, antepoendo i propri o gli altrui interessi a quelli della società, contribuisce all'assunzione di una decisione pregiudizievole per la società, infrange gli obblighi ai quali è assoggettato in ragione del proprio ufficio, esponendosi così a responsabilità qualora la decisione danneggi l'ente gestito ⁽¹³⁵⁾.

L'amministratore che agisce in conflitto di interessi è inoltre esposto alla revoca per giusta causa da parte dei soci, anche a prescindere dagli effetti dannosi della propria condotta ⁽¹³⁶⁾. Ciò, almeno, se si condivide la tesi – il cui fondamento è stato discusso nel precedente § 22, al quale si rinvia – secondo la quale l'istituto della revoca è applicabile alle s.r.l.

L'art. 2479, comma 1, prevede infine un ulteriore strumento utilizzabile per prevenire il compimento di atti in conflitto di interessi da parte dell'organo di gestione o, con finalità in certa misura opposte, per approvare determinate operazioni nelle quali uno o più amministratori risulterebbero in conflitto di interessi evitando il rischio di impugnazione della decisione e circoscrivendo le possibili conseguenze negative in capo ai componenti l'organo di gestione. Ci si riferisce alla possibilità che gli amministratori, o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, sottopongano un argomento alla decisione dei soci. Rinviando al commento della norma citata per ogni opportuno approfondimento, e ferma restando l'eventuale applicazione della disciplina del conflitto di interessi del socio a tali decisioni (art. 2479-ter, comma 2), ci si limita in questa sede a osservare che, in alcuni casi, può essere opportuno che un'operazione rispetto alla quale alcuni amministratori sono portatori di un interesse non in linea con quello sociale, venga deliberata direttamente dai soci.

24. L'art. 2475-ter, comma 2, rappresenta l'unica ipotesi di invalidità delle decisioni del consiglio di amministrazione?

La disciplina della s.r.l. non prevede una regola generale in materia di invalidità delle deliberazioni dell'organo di amministrazione, prevista invece, nelle società

⁽¹³⁴⁾ Cfr. *supra*, nota 131, per la tesi che nega l'esistenza di un obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto di interessi.

⁽¹³⁵⁾ Perché possa affermarsi la responsabilità dell'amministratore sarà ulteriormente necessaria l'esistenza di un nesso di causa tra il comportamento contrario all'interesse sociale e il danno subito dall'ente, circostanza della quale si potrebbe dubitare nel caso in cui il voto dato in conflitto di interessi non sia stato determinante per l'assunzione della relativa decisione.

⁽¹³⁶⁾ Come ricorda V. ALLEGRI, *L'amministrazione*, p. 163.

azionarie, dal nuovo testo dell'art. 2388. Come accadeva per la s.p.a. anteriormente alla riforma del diritto societario, l'unico caso esplicitamente disciplinato di invalidità delle decisioni del consiglio di amministrazione è rappresentato dal conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2475-ter. Ci si deve quindi chiedere se quest'ultima fattispecie sia la sola ipotesi nella quale le delibere di tale organo possano essere impugnate, ovvero se se ne possano ipotizzare ulteriori, applicandosi per analogia le norme sull'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea dei soci, o l'art. 2388 in materia di consiglio di amministrazione di s.p.a.

La questione si pone in termini non dissimili rispetto al dibattito, fiorito anteriormente al 2003, relativo all'invalidità delle deliberazioni consiliari nelle s.p.a.: per una ricostruzione dei principali argomenti sia quindi consentito rinviare al commento dell'art. 2388, ove il tema è stato esaminato anche nella sua evoluzione giurisprudenziale e dottrinale ⁽¹³⁷⁾. In estrema sintesi, da un lato si potrebbe osservare che la stessa previsione di un organo collegiale suggerisce che la violazione delle sue regole di funzionamento possa essere sanzionata civilisticamente ⁽¹³⁸⁾. Si potrebbe inoltre rilevare che una «decisione» o «deliberazione» di un organo collegiale, per potersi definire tale, deve rispettare alcune regole di procedimento e di contenuto minimali, in assenza delle quali non dovrebbe riconoscersi l'esistenza di una valida attività deliberativa. Ridotti al loro nucleo essenziale, sono questi gli argomenti che, nell'ambito delle s.p.a., anteriormente alla riforma del 2003, hanno condotto la giurisprudenza a una sempre maggiore apertura verso la soluzione – autorevolmente rappresentata in dottrina – volta ad ammettere ipotesi di invalidità delle delibere consiliari ulteriori rispetto al solo conflitto di interessi, soluzione oggi legislativamente sancita dall'art. 2388.

Nell'ambito della disciplina delle s.r.l., altri argomenti potrebbero tuttavia indurre a negare l'esistenza di ipotesi di impugnabilità delle decisioni degli amministratori ulteriori rispetto a quella prevista dall'art. 2475-ter. Infatti, in primo luogo, nelle s.r.l. non sono espressamente previste regole di funzionamento del consiglio di amministrazione, nemmeno minimali e sintetiche quali quelle dettate dai primi tre commi dell'art. 2388, circostanza che rende difficile individuare con sicurezza le violazioni che potrebbero causare l'annullamento della decisione ⁽¹³⁹⁾. In secondo luogo, proprio la previsione esplicita di un regime generale dell'invalidità delle deliberazioni consiliari nelle società azionarie, potrebbe attribuire un particolare significato al silenzio del legislatore con riferimento alle s.r.l., sugge-

⁽¹³⁷⁾ Cfr. il *Commento all'art. 2388*, in questo Commentario, *Costituzione - Conferimenti*, § 4.

⁽¹³⁸⁾ Sebbene come si discuterà nel prosieguo nelle s.r.l. non sono esplicitamente previste regole di funzionamento del consiglio di amministrazione come, nelle s.p.a., dall'art. 2388, si potrebbero ritenere applicabili analogicamente alle s.r.l. almeno i principi sottesi all'art. 2388, che contiene regole essenziali alla trasformazione della volontà dei singoli componenti un organo collegiale in quella dell'organo. Inoltre, regole di funzionamento dell'organo di amministrazione potrebbero essere previste dallo statuto.

⁽¹³⁹⁾ Vedi, però, la precedente nota 138.

rendo la volontà di limitare, in questo tipo di società, l'impugnabilità delle decisioni dell'organo amministrativo al solo caso del conflitto di interessi ⁽¹⁴⁰⁾.

La circostanza che, nella nuova disciplina delle s.p.a., l'art. 2388 abbia espressamente previsto ipotesi di invalidità delle delibere consiliari ulteriori rispetto al solo conflitto di interessi, è tuttavia un argomento interpretativo ambiguo per risolvere la questione in esame. Tenendo infatti conto del procedimento legislativo che ha condotto all'emanazione delle nuove norme, e dei numerosi problemi di coordinamento tra disciplina delle s.p.a. e delle s.r.l., la differenza tra i due tipi di società potrebbe essere più il frutto di un'attività normativa non puntualmente coordinata, che la conseguenza di un attento disegno normativo nel quale il silenzio circa l'invalidità delle delibere consiliari di s.r.l. sia univocamente interpretabile come volontà di circoscrivere i casi di impugnabilità di tali decisioni ⁽¹⁴¹⁾. Si potrebbe così ritenere, contrariamente a quanto precedentemente osservato, che il nuovo art. 2388 confermi il generale principio secondo il quale deliberazioni di organi collegiali assunte in violazione delle regole (ancorché minimali) di funzionamento di tali organi, ovvero aventi contenuto illecito, sono invalide non solo in caso di conflitto di interessi, conclusione estensibile anche alle s.r.l. ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Così M. PERRINO, *Il conflitto*, p. 577 s. Orientato in questo senso, seppur dubitativamente, anche N. ABRIANI, *Conflitto*, p. 418 s.; tesi condivisa da A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1965, che però ritiene possibile riconoscere, coerentemente con quanto affermava la giurisprudenza in materia di s.p.a. prima della riforma del 2003, «l'impugnabilità da parte dei soci o degli amministratori delle deliberazioni direttamente lesive dei loro diritti soggettivi». Seppur sinteticamente, parrebbero escludere l'ammissibilità di ulteriori ipotesi di invalidità delle decisioni degli amministratori di s.r.l., diverse dal conflitto di interessi, anche V. ALLEGRI, *L'amministrazione*, p. 163, suggerendo che «alla lacuna può supplire l'art. 2497»; e F. PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 119. Cfr. però O. CAGNASSO, *La società*, p. 246 s., incline ad ammettere ulteriori ipotesi di impugnabilità delle decisioni consiliari di s.r.l., quantomeno nel caso in cui sia adottato un metodo di amministrazione collegiale.

⁽¹⁴¹⁾ Seppur con riferimento a un diverso problema interpretativo, ma coerentemente con quanto osservato nel testo scrive D. MAFFEIS, *Il nuovo conflitto*, 539, che le differenze tra la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a. e di s.r.l. devono spesso essere spiegate «con una buona dose di superficialità del legislatore delegato, la quale suggerisce di scartare senz'altro, in sede di interpretazione, l'argomento della costanza (e della coerenza) terminologica del legislatore».

⁽¹⁴²⁾ È propenso a ritenere applicabile analogicamente l'art. 2388, almeno quando il modello di amministrazione prescelto dai soci sia assimilabile a quello capitalistico previsto dalla disciplina delle s.p.a., M. IRRERA, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1873; così, e con motivazioni analoghe, anche S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1584. Ritiene ammissibile l'impugnazione delle decisioni degli amministratori anche in ipotesi diverse dal conflitto di interessi anche F. OLIVERO, *Gli amministratori*, p. 179, affermando che, in caso contrario, il diverso trattamento dei soci di società azionarie e a responsabilità limitata potrebbe addirittura sollevare dubbi – che tuttavia si ritengono infondati – di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. (cfr. nota 283 e testo corrispondente). Una simile ricostruzione interpretativa, peraltro, solleva delicati problemi in merito all'ammissibilità del ricorso alla disciplina delle s.p.a.

Seguendo questa seconda impostazione, sorgerebbe il difficile problema di ricostruire la disciplina applicabile alle delibere consiliari di s.r.l., ad esempio con riferimento all'individuazione dei precisi presupposti dell'invalidità, dei soggetti legittimati all'azione (e, in particolare, se tale legittimazione spetti anche ai soci, almeno quando la decisione è direttamente lesiva di un loro diritto soggettivo), ai termini di decadenza dell'impugnazione, e così via. Le incertezze relative a questi importanti aspetti applicativi potrebbero incrinare notevolmente la stabilità delle decisioni del consiglio di amministrazione di s.r.l., con evidenti conseguenze in termini di efficienza del sistema di *governance* della società.

In conclusione, alla luce dei diversi argomenti in gioco, e tenendo conto dell'evoluzione della disciplina che ha portato alla previsione di una specifica disposizione in materia di s.p.a., *non* riprodotta nell'ambito della disciplina delle s.r.l., è preferibile la soluzione maggiormente restrittiva secondo la quale, nelle s.r.l., il conflitto di interessi dell'amministratore, disciplinato dall'art. 2475-ter, rappresenta l'unica ipotesi di invalidità delle decisioni dell'organo di amministrazione. Non si può tuttavia escludere che, come già accaduto con riferimento alle s.p.a. negli ultimi decenni, nei prossimi anni si possa assistere ad un atteggiamento giurisprudenziale aperto al riconoscimento di ulteriori ipotesi di invalidità delle deliberazioni dell'organo di amministrazione della s.r.l.

25. I rapporti tra i commi 1 e 2 dell'art. 2475-ter: la disciplina applicabile alle operazioni che potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione di entrambe le norme

I commi 1 e 2 dell'art. 2475-ter disciplinano fattispecie chiaramente distinte, attinenti, rispettivamente, l'esistenza di un conflitto di interessi che inficia l'esercizio del potere di rappresentanza o di quello di gestione. Il comma 1, infatti, sancisce l'annullabilità dei contratti posti in essere dall'amministratore, dotato di potere di rappresentanza, in conflitto di interessi; mentre il secondo prevede l'impugnabilità delle decisioni del consiglio di amministrazione, dannose per la società, assunte con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi.

Tra le due disposizioni esistono possibili aree di sovrapposizione che richiedono un'opera di coordinamento. Vi sono, infatti, operazioni societarie che potrebbero essere soggette ad entrambe le regole: ci si riferisce, chiaramente, all'ipotesi in cui il consiglio di amministrazione approvi, con il voto determinante di un amministratore interessato, la conclusione di un contratto che viene successivamente stipulato dallo stesso amministratore in conflitto.

In linea di principio i rimedi previsti dai commi 1 e 2 della norma dovrebbero ritenersi cumulabili in simili situazioni, con la conseguenza che, ricorrendone i presupposti e a condizione che non siano trascorsi i termini per l'esercizio dell'impugnazione, tanto i soggetti legittimati (amministratori e, eventualmente, sindaci)

al fine di colmare le (presunte) lacune della disciplina delle s.r.l., questione attentamente affrontata dalla dottrina (cfr. M. STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni*, p. 14 ss.).

potranno impugnare la delibera consiliare ai sensi del comma 2 dell'art. 2475-ter, quanto la società potrà chiedere l'annullamento del contratto secondo quanto previsto dal comma 1 della stessa norma. Resta fermo che, in caso di esercizio vittorioso dell'impugnazione della decisione, l'invalidità della stessa potrà essere opposta unicamente ai terzi che si dimostri non essere in buona fede, quindi a conoscenza della sua causa di invalidità della decisione; mentre per l'annullamento del contratto sarà sufficiente provare la conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi del rappresentante da parte del terzo contraente.

Secondo quanto precedentemente discusso ⁽¹⁴³⁾, tuttavia, l'annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi dall'amministratore che rappresenta la società è possibile solo quando costui disponga di qualche margine di discrezionalità nella definizione delle condizioni contrattuali; mentre la disposizione non si può ritenere applicabile quando l'amministratore si limita a riportare «passivamente» la volontà dell'ente formatasi in seno a un diverso organo sociale ⁽¹⁴⁴⁾. Coerentemente con quanto previsto dagli artt. 1394 e 1395, e con quanto sostenuto al § 4 ⁽¹⁴⁵⁾, infatti, se il rappresentante non fa altro, per così dire, che apporre la propria firma ad un accordo il cui contenuto è stato integralmente e puntualmente determinato, ad esempio, dal consiglio di amministrazione, manca quel *quid decidendum* che l'amministratore interessato potrebbe sfruttare a proprio vantaggio e, quindi, cadono le ragioni sottese alla disciplina del conflitto di interessi.

Nell'ipotesi in cui il consiglio di amministrazione o altro organo sociale (in particolare, i soci, nei casi in cui ciò sia ammissibile) decida la conclusione di un contratto, stabilendone i termini e le condizioni senza lasciare spazi di autonomia all'amministratore delegato che, dotato del potere di rappresentanza, è chiamato a stipulare l'accordo con i terzi, l'eventuale sussistenza di un conflitto di interessi di quest'ultimo risulterebbe dunque irrilevante, e non sarebbe applicabile il comma 1 dell'art. 2475-ter ⁽¹⁴⁶⁾. Per contro, nel caso in cui il voto dell'amministratore

⁽¹⁴³⁾ Vedi il § 4, al quale si rinvia.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr., in proposito, N. ABRIANI, *Conflitto*, 420, il quale precisa che «[l]a regola di cui all'art. 2475 ter, comma 2, c.c., sembra destinata a trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui il rappresentante abbia agito in conflitto di interessi, ma dando comunque attuazione ad una decisione dell'organo amministrativo a sua volta viziata da conflitto di interessi (quanto meno, per gli elementi del negozio rappresentativo predeterminati nella decisione, riespandendosi invece la disciplina di cui al comma 1 dello stesso art. 2475 ter per i profili del contratto non oggetto di preventiva definizione da parte dell'organo collegiale)».

⁽¹⁴⁵⁾ Nonché il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 11, con riferimento all'amministratore delegato nelle società per azioni. Anche in relazione alla disciplina prevista per tali società si afferma, infatti, che quando l'amministratore delegato funge da mero «strumento» per manifestare la volontà sociale, senza alcuna discrezionalità, non sussistono le esigenze di tutela sottese alla disciplina del conflitto di interessi (vedi D. CANDELLERO, *Commento agli artt. 2390 e 2391*, in *Commentario Cottino*, 2004, p. 753).

⁽¹⁴⁶⁾ Si vedano le considerazioni espresse al § 4, ove anche ulteriori riferimenti bibliografici. Tra i lavori più recenti, in questo senso si veda ad esempio G. MANZO, *Commento all'art.*

interessato sia stato determinante per l'assunzione della decisione consiliare, sarà possibile impugnare tale decisione ai sensi del comma 2 dell'articolo in commento.

È appena il caso di ricordare che il ragionamento esposto mantiene la propria validità a condizione che l'amministratore in conflitto si attenga effettivamente, di fatto, alle prescrizioni della decisione assunta dal consiglio in merito al contenuto del contratto da stipularsi. Qualora egli se ne discosti, antepoendo il proprio interesse a quello della società, si pongono diversi e specifici problemi. In primo luogo, una siffatta condotta – ricorrendone anche gli ulteriori presupposti – potrebbe essere fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2476, nonché giusta causa di revoca. In secondo luogo, se i limiti al potere di rappresentanza sono previsti dallo statuto, l'atto, in quanto eccedente il proprio mandato, potrebbe essere soggetto al comma 2 dell'art. 2475-bis. Come discusso al § 4, tale violazione dei limiti al potere di rappresentanza sarebbe opponibile ai terzi solo dimostrando che essi abbiano intenzionalmente agito a danno della società, prova come noto di difficile esperimento. Per le ragioni esposte in precedenza, in questo particolare caso appare più coerente con le finalità della disciplina in esame ritenere applicabile anche il comma 1 dell'art. 2475-ter, che consente alla società di sciogliersi dall'accordo viziato da conflitto di interessi dimostrando la conoscenza o conoscibilità dello stesso da parte del terzo.

In sintesi, quindi, i commi 1 e 2 dell'art. 2475-ter possono essere così coordinati:

i) nel caso in cui il consiglio di amministrazione decida, con il voto di un amministratore portatore di un conflitto di interessi, la stipulazione di un contratto che viene concluso dallo stesso amministratore interessato, potrebbero ritenersi esperibili tanto l'azione di invalidità della decisione consiliare disciplinata dal comma 2, quanto l'azione di annullamento del contratto prevista dal comma 1;

ii) qualora, tuttavia, l'amministratore interessato si sia limitato a riportare la volontà sociale a un terzo, senza esercitare alcun potere discrezionale in merito al contenuto e ai termini dell'accordo, non ricorrono i presupposti per l'applicazione del comma 1 e il rimedio utilizzabile a tutela della società sarà l'impugnazione della decisione dell'organo di amministrazione ai sensi del comma 2;

iii) questa conclusione, tuttavia, non vale nel caso in cui l'amministratore

2475-ter, p. 193, secondo il quale non è applicabile «il primo comma dell'articolo in commento quando l'amministratore abbia agito sulla base di una decisione del consiglio di amministrazione. In questo caso infatti – continua l'autore citato – non rileva l'eventuale conflitto di interessi dell'amministratore, mentre se la decisione è stata adottata dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società trova applicazione il comma 2 dell'articolo in commento». Cfr. tuttavia A. POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, p. 1968, secondo il quale l'esistenza di una deliberazione a monte rispetto all'atto del rappresentante che vi dà esecuzione (ossia la stipulazione del contratto), non esclude la possibilità di cumulare i rimedi offerti dal primo e dal comma 2 dell'art. 2475-ter, anche sulla scorta del rilievo – già di L. ENRIQUES, *L'opponibilità*, p. 280, discusso in nota 15 – che l'amministratore in conflitto di interessi potrebbe esimersi dal dare esecuzione alla decisione consiliare.

interessato, pur vincolato alla delibera consiliare, abbia violato i limiti del proprio potere di rappresentanza risultanti dalla stessa stipulando un contratto dal contenuto differente da quanto stabilito collegialmente. In questa ipotesi, pur riconoscendo che una simile lettura richieda qualche forzatura del tenore letterale delle norme, pare preferibile ritenere il contratto concluso in conflitto di interessi impugnabile in base al comma 1 dell'art. 2475-ter.

26. Non derogabilità statutaria della disciplina del conflitto di interessi

Al termine dell'analisi svolta, che ha consentito di illustrare i numerosi problemi interpretativi posti dall'art. 2475-ter, è possibile fare qualche passo indietro e osservare il quadro normativo da una maggiore distanza, al fine di dedicare alcune riflessioni conclusive a due questioni di portata generale. La prima di esse è quella della natura imperativa, e quindi inderogabile, della norma commentata. Non si può, infatti, eludere la domanda se l'autonomia statutaria – esaltata dal nuovo diritto societario, in particolare nell'ambito delle s.r.l. – possa derogare, in tutto o in parte, alle prescrizioni contenute nell'art. 2475-ter.

Anche nel caso della s.r.l., come per le s.p.a., la mancanza nel nostro ordinamento societario di una previsione analoga al § 23 (5) dell'*Aktiengesetz* tedesca⁽¹⁴⁷⁾, chiama l'interprete al difficile compito di stabilire la derogabilità delle singole disposizioni di legge avendo spesso come unica guida considerazioni sistematiche e gerarchie di principi non scevre da giudizi di valore solo parzialmente ancorati al diritto positivo.

La questione non è ignorata dalla dottrina. Alcuni Autori si sono ad esempio interrogati sulla derogabilità, almeno parziale, della disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore nelle società azionarie⁽¹⁴⁸⁾. D'altro lato, la presunta inderogabilità di importanti regole attinenti il governo societario delle s.r.l., come l'art. 2476, comma 2, è stata sottoposta ad attento scrutinio da parte di altri studiosi⁽¹⁴⁹⁾.

Ci si potrebbe così chiedere se, ad esempio, lo statuto possa eliminare il diritto di impugnare le decisioni assunte dal consiglio di amministrazione con il voto

(147) Ai sensi del quale «*Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält*».

(148) L. ENRIQUES, *Il conflitto*, p. 256 ss. In senso negativo, con riferimento alla derogabilità degli obblighi di *disclosure* dell'amministratore di s.p.a. in conflitto di interessi previsti dal comma 1 dell'art. 2391, si veda il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 8. La tesi era stata affermata anteriormente all'introduzione della nuova sanzione penale prevista dall'art. 2629-bis (l. 28 dicembre 2005, n. 262, c.d. «legge per la tutela del risparmio»). Alla luce della norma sanzionatoria richiamata, tale conclusione appare ancor più difficilmente controversabile.

(149) Si veda N. ABRIANI, *Controlli e autonomia statutaria: attenuare l'«audit» per abbassare la «voce»?*, in *La nuova srl. Colà dove si puote? Analisi giuridica dell'economia*, a cura di G. Presti, M. Rescigno, L. Stanghellini, 2003, 2, p. 339 ss.

determinante di un amministratore interessato, o – quantomeno – circoscriverne la portata limitando il novero dei soggetti legittimati all'azione o i termini per il suo esercizio ⁽¹⁵⁰⁾. Ci si potrebbe similmente interrogare sulla natura inderogabile della regola contenuta nel comma 1 dell'art. 2475-ter, valutando se lo statuto possa escludere l'annullabilità del contratto concluso in conflitto di interessi dal rappresentante della società.

In altra sede, con riferimento all'analogo problema in merito all'art. 2391, si è avuto modo di sostenere che la disciplina degli interessi degli amministratori tutela, sebbene indirettamente, anche soggetti terzi (come ad esempio i creditori della società), rappresentando un'imprescindibile regola di buona *governance* e un importante strumento a disposizione dei singoli componenti gli organi sociali al fine di assolvere il proprio obbligo di perseguire l'interesse sociale e rispettare la legalità ⁽¹⁵¹⁾.

Questa soluzione può tenersi ferma anche per la disciplina delle s.r.l., concordandosi quindi pienamente con chi rileva che la disciplina dettata dall'art. 2475-ter esprime «una regola organizzativa inderogabile posta a presidio dell'interesse sociale» ⁽¹⁵²⁾.

27. Direzione e coordinamento di società e conflitto di interesse dell'amministratore di una s.r.l. appartenente a un gruppo di società

Anche con riferimento alle società a responsabilità limitata, come già in relazione a quelle azionarie, ci si deve interrogare circa i rapporti esistenti tra disciplina del conflitto di interessi degli amministratori e direzione e coordinamento di società. Ci si riferisce, in particolare, al caso – frequente nell'ambito dei gruppi di società – dell'amministratore che, facendo parte degli organi di amministrazione di più società legate da significativi rapporti di partecipazione (in ipotesi, controllante e controllata), si potrebbe ritenere in conflitto di interessi ogniquale volta una delle due società deliberi un'operazione con l'altra. Tale soggetto potrebbe, infatti, essere

⁽¹⁵⁰⁾ Il termine trimestrale entro il quale l'azione deve essere esercitata, infatti, essendo un termine di decadenza e non di prescrizione, potrebbe – almeno in base a una certa linea interpretativa – ritenersi parzialmente disponibile dall'autonomia privata, giusto l'art. 2965 che, come noto, prescrivendo la nullità dei patti che stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto a una delle parti, implicitamente afferma l'ammissibilità di termini di decadenza convenzionali: cfr. F. GALGANO, *Diritto civile*, p. 295 s. Si veda inoltre G. ZANARONE, *L'invalidità*, p. 336 s., con specifico riferimento al termine di decadenza trimestrale per l'annullamento delle deliberazioni assembleari di s.p.a. di cui all'art. 2377, ma con considerazioni estensibili, sotto il profilo in esame, alla questione che ci occupa: questo autore si esprime a favore della derogabilità del termine in diminuzione, mentre presenta una posizione articolata, in ragione dell'individuazione degli interessi protetti dalla norma, con riferimento alla derogabilità in aumento.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 8, cui si rinvia anche per i necessari approfondimenti della questione.

⁽¹⁵²⁾ S. CORSO, *Il conflitto*, p. 655, corsivo aggiunto.

portatore dell'interesse della società controllante nel consiglio della controllata, e viceversa di quello della controllata nel consiglio della controllante.

Il problema è, invero, ben più delicato nelle s.p.a., dove in presenza di amministratori interessati l'art. 2391 impone specifici obblighi di informazione e motivazione della delibera, nonché di astensione in capo all'amministratore delegato. Nelle s.r.l., al contrario, essendo la disciplina limitata all'impugnazione dei contratti o delle decisioni in conflitto, la questione presenta una minore importanza applicativa. Essa, nondimeno, merita di essere brevemente richiamata. Ci si chiede, allora, se nei casi in cui sia applicabile la disciplina della direzione e coordinamento di società (artt. 2497 ss.), gli interessi degli amministratori che discendono dalla loro posizione in seno ad altre società del gruppo siano comunque assoggettati all'art. 2475-ter⁽¹⁵³⁾.

In estrema sintesi, il principale argomento a sostegno della soluzione secondo la quale i conflitti di interesse generati da rapporti di gruppo non dovrebbero rilevare, si basa sulla considerazione che la disciplina della direzione e coordinamento di società prevede una serie di strumenti a tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società appartenenti al gruppo, tra i quali specifici obblighi di pubblicità, doveri di motivazione delle decisioni influenzate dalla società capogruppo, diritti di recesso a fronte di specifici eventi societari e, ovviamente, l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497 in caso di danni causati a seguito dell'abuso del potere di direzione e coordinamento⁽¹⁵⁴⁾. Tali strumenti assicurerebbero un rilevante grado di trasparenza delle operazioni in esame e rappresenterebbero un baluardo rispetto a condotte pregiudizievoli della corretta gestione, rendendo così superflua l'applicazione dell'art. 2475-ter.

Sebbene questi rilievi siano tutt'altro che infondati, e inducano ad alcune importanti precisazioni circa il coordinamento tra disciplina degli interessi degli amministratori e direzione e coordinamento di società, sulle quali si tornerà tra breve, non si ritiene – come già si ebbe occasione di osservare in sede di commento all'art. 2391⁽¹⁵⁵⁾ – che la mera sussistenza di un rapporto di direzione e coordi-

⁽¹⁵³⁾ A questo proposito scrive S. CORSO, *Il conflitto*, p. 661, che «la possibilità, ora legislativamente riconosciuta nell'art. 2497 c.c., di ritenere mancante il danno "alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" può consentire di neutralizzare del tutto l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi agli amministratori di una s.r.l. di gruppo, subordinando l'accertamento del conflitto alla verifica del risultato "consolidato" delle operazioni intragruppo». Questo argomento, tuttavia, pare assuma rilievo in particolare con riferimento al comma 2 dell'art. 2475-ter, in quanto l'impugnazione delle decisioni assunte in conflitto richiede la dannosità delle stesse, e in particolare se si interpreta tale requisito come limitato alla dannosità effettiva e attuale della decisione, escludendo il danno potenziale. L'annullamento del contratto ai sensi del comma 1 della norma in commento, al contrario, non ne presuppone la dannosità.

⁽¹⁵⁴⁾ V. SALAFIA, *La responsabilità della holding*, p. 391 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, p. 673 ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario*, p. 61 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. il *Commento all'art. 2391*, in questo Commentario, *Amministratori*, § 12, al quale si rinvia il lettore.

namento sia sufficiente ad escludere in radice l'applicabilità delle regole in materia di conflitto di interessi sancite dall'art. 2475-ter.

Le ragioni che inducono ad una particolare cautela, e suggeriscono un approccio rigoroso e una valutazione caso per caso delle diverse situazioni che possono presentarsi, possono essere sintetizzate nel modo che segue. Innanzitutto, la disciplina della direzione e coordinamento di società appronta, come sopra ricordato, strumenti di tutela a favore dei soci di minoranza e dei creditori della società soggetta a direzione e coordinamento; ossia, nella maggior parte dei casi, per via della presunzione contenuta nell'art. 2497-sexies, a favore delle società controllate.

La disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore, al contrario, è finalizzata ad assicurare il rispetto dell'interesse sociale da parte dei singoli componenti l'organo di gestione, anche in seno alla società che, al vertice del gruppo, esercita direzione e coordinamento. Non si può, infatti, affatto escludere che l'amministratore che siede tanto nel consiglio della società controllante, quanto in quello della controllata, decida di perseguire l'interesse di quest'ultima (alla quale potrebbe ad esempio essere legato da un sistema di remunerazione proporzionale ai risultati), pregiudicando la stessa controllante. Gli artt. 2497 ss. non approntano alcuna protezione a favore di quest'ultima società, in tale frangente, mentre l'applicazione della disciplina degli interessi degli amministratori consente di contrastare eventuali abusi dell'amministratore.

In secondo luogo, e più in generale la disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore pone regole di correttezza dell'operato dell'organo che hanno finalità parzialmente coincidenti, ma certo non identiche, a quelle della disciplina della direzione e coordinamento di società. Basti pensare che la disciplina dei conflitti di interessi, e in particolare il comma 2 dell'art. 2475-ter, attribuisce anche ai singoli amministratori un potere-dovere di reagire all'assunzione di decisioni adottate con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi, limitando così il pregiudizio che potrebbe subire la società soggetta a direzione e coordinamento. Affermare l'inapplicabilità dell'art. 2475-ter per la sola circostanza che siano applicabili le disposizioni in materia di gruppi, potrebbe significare privare gli amministratori di uno strumento di reazione atto a prevenire comportamenti scorretti ed evitare o limitare i danni che essi potrebbero causare, dei quali essi stessi potrebbero essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 2476.

Anche queste brevi considerazioni, riprese dal commento all'art. 2391 al quale si rinvia il lettore per ulteriori approfondimenti ⁽¹⁵⁶⁾, inducono a ritenere, almeno in via generale e sul piano sistematico, che la mera esistenza di un rapporto di direzione e coordinamento non determini automaticamente l'inapplicabilità dell'art. 2475-ter.

Occorre tuttavia subito una duplice precisazione.

La corretta applicazione della disciplina della direzione e coordinamento di società potrebbe, in alcuni casi, far venir meno le esigenze sottese all'art. 2475-ter.

(156) Cfr. il *Commento all'art. 2391*, in questo *Commentario Amministratori*, § 12.

Ad esempio, l'esistenza di vantaggi compensativi a fronte di un'operazione apparentemente posta in essere nell'interesse della società capogruppo, peraltro indicati in sede di motivazione della decisione da parte del consiglio della società controllata ai sensi dell'art. 2497-ter, potrebbe eliminare la dannosità (anche potenziale) di un'operazione decisa con il contributo di uno o più amministratori portatori dell'interesse della controllante. È poi appena il caso di osservare che l'applicazione degli artt. 2497 ss. consente, per così dire, di temperare i rischi discendenti dal conflitto di interessi dell'amministratore dovuto all'appartenenza al gruppo, assicurando la *disclosure* dell'interesse, di cui si è discusso in precedenza ⁽¹⁵⁷⁾, seppur non richiesta nell'ambito delle s.r.l.

Ma vi è di più. In presenza di un rapporto di gruppo al quale siano applicabili gli artt. 2497 ss., l'interesse della società controllante potrebbe non ritenersi del tutto estraneo a quello della controllata ⁽¹⁵⁸⁾. Ciò in quanto la necessità di evitare un esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento, o la previsione di adeguati vantaggi compensativi, conducono a un contemperamento degli interessi delle due società, con la conseguenza che l'interesse della controllante non risulterebbe estraneo e confliggente con quello della controllata. L'amministratore che

⁽¹⁵⁷⁾ *Supra*, § 22. Nella versione del Codice di Autodisciplina approvato dal Comitato per la Corporate Governance di Borsa Italiana s.p.a. nel marzo del 2006, si trova un'affermazione coerente con quanto osservato nel testo: nel commento dell'art. 9, dedicato a interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate, si legge infatti che «In generale, nei casi in cui l'amministratore sia portatore di un interesse in quanto membro dell'organo di amministrazione di una società legata all'emittente da un rapporto di controllo (o di comune controllo), pare ammissibile che eventuali obblighi informativi e/o di motivazione relativi ad operazioni che rientrano nella normale operatività del gruppo siano adempiuti in modo generale e sintetico anche in via preventiva, salva la necessità di informazioni integrative a fronte di operazioni di particolare rilievo».

⁽¹⁵⁸⁾ Si veda U. TOMBARI, *Il conflitto di interessi degli amministratori in una «società per azioni appartenente a un gruppo»*. Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario, disponibile sul sito www.notarlex.it (ultimo accesso luglio 2006), ove, a p. 6 s. del dattiloscritto scrive: «Si potrebbe sostenere, in particolare, che l'amministratore di una società controllata, il quale persegue l'interesse della sua società tenendo conto delle sinergie e delle strategie "positive" del gruppo, non sia portatore di un interesse "diverso", anche se non in conflitto con quello sociale (un interesse "per conto di terzi"), ma sia portatore di un "interesse sociale" reinterpretato e adeguato ad un contesto di gruppo. Per questa via, qualora l'amministratore delegato riuscisse a dimostrare quanto sopra affermato, potrebbe senza dubbio compiere l'operazione, senza investire "della stessa l'organo collegiale"». Il già citato Nuovo Codice di Autodisciplina delle società con azioni quotate contiene alcune sintetiche considerazioni in linea con quanto accennato nel testo, laddove – ancora nel commento dell'art. 9 – si auspica l'individuazione di «soluzioni che contemperino l'esigenza di trasparenza e correttezza sottesa alle norme di legge con l'opportunità di non appesantire l'attività dell'organo di gestione con adempimenti eccessivamente onerosi; ciò, in particolare, nei casi in cui l'amministratore dell'emittente sia esponente della società o dell'ente che esercita sull'emittente attività di direzione e coordinamento, tenuto conto che in tale circostanza gli artt. 2497 ss. c.c. prevedono penetranti presidi a tutela degli azionisti».

sieda nel consiglio della società controllante e di quella controllata, quando agisce nella sua qualità di amministratore di quest'ultima pur tenendo conto dell'interesse della prima, potrebbe dunque non ritenersi perseguire finalità extrasociali soggette all'applicazione dell'art. 2475-ter.

Un simile risultato interpretativo non può ovviamente essere generalizzato. Il riconoscimento normativo dei rapporti di direzione e coordinamento di società e la previsione di regole volte a evitare che il perseguimento degli interessi della capogruppo risulti ingiustificatamente pregiudizievole per le società eterodirette, inducono tuttavia ad escludere che la mera qualità di amministratore (anche) della capogruppo sia sufficiente a far ritenere comunque in conflitto di interessi l'amministratore della società controllata nelle operazioni infragruppo. Pur non potendosi affermare l'esistenza di un vero e proprio «interesse di gruppo» sovraordinato a quello delle società legate da un rapporto di direzione e coordinamento e giuridicamente rilevante, le regole volte a contemperare gli interessi delle diverse società del gruppo e ad evitare un abuso della posizione di preminenza della *holding* possono – di fatto e almeno in certi casi – contribuire a escludere che l'interesse della controllante sia antagonista a quello delle controllate.