

L'azione di responsabilità nei confronti del Consiglio d'Amministrazione

Una panoramica su diversi aspetti sviluppati dalla giurisprudenza del Tribunale federale, con particolare enfasi sulla legittimazione attiva di azionisti e creditori



Alessandro Meyer
Avvocato
VISCHER AG, Zurigo

Una recente sentenza del Tribunale federale offre lo spunto per presentare una panoramica delle peculiarità dell'azione di responsabilità nei confronti dei membri del Consiglio d'Amministrazione (CdA) e delle persone incaricate della gestione societaria. Se, da un lato, infatti, gli sviluppi giurisprudenziali avvenuti nel corso degli anni hanno apportato delle importanti delucidazioni, essi non hanno potuto evitare il parallelo aumento della complessità della tematica. Il presente contributo mira a portare un po' di chiarezza in merito alle diverse questioni giuridiche che si pongono in relazione all'azione di responsabilità. Tema fondamentale al riguardo è innanzitutto la distinzione tra danno diretto e danno indiretto subito dagli azionisti o dai creditori in seguito alla violazione dei propri obblighi da parte del CdA. Altrettanto importanti sono le differenze tra l'azione di responsabilità presentata nel contesto di una procedura fallimentare e quella introdotta al di fuori della stessa.

5. L'azione dei creditori societari e azionisti (danno indiretto) all'interno della procedura fallimentare	577
6. L'azione di azionisti e creditori societari (danno diretto).....	578
B. La legittimazione passiva.....	578
IV. Conclusione.....	579

I. Introduzione

Con una sentenza del 1° novembre 2021, il Tribunale federale ha colto l'opportunità di ripercorrere alcuni dei punti salienti relativi alla responsabilità nella società anonima^[1]. I giudici dell'Alta Corte si sono dovuti esprimere in merito ad un'azione di responsabilità promossa dalla società A. Ltd. SPC contro B., amministratore della C. SA. I fatti alla base della vertenza erano i seguenti: la A. Ltd. SPC, un fondo d'investimento, deteneva una serie di sotto-fondi sprovvisti di personalità giuridica, tra i quali il fondo X. Il 17 maggio 2011, la A. Ltd. SPC ha stipulato un *Administrative Services Agreement* con la C. SA, grazie al quale la C. SA è stata nominata amministratrice del fondo X. della A. Ltd. SPC ed è stata incaricata della sua gestione. A tal fine, la C. SA è stata autorizzata ad effettuare pagamenti dai conti della A. Ltd. SPC. Dopo aver richiesto la restituzione delle sue partecipazioni nel fondo X., la A. Ltd. SPC ha ricevuto dall'amministratore B. la comunicazione che al fondo X. mancavano circa 26 mio. di dollari, motivo per cui non era possibile effettuare il rimborso.

La A. Ltd. SPC ha quindi intentato un'azione legale nei confronti di B. presso il Tribunale commerciale di Zurigo, sostenendo che B. avesse sottratto denaro dal fondo X. e fosse quindi responsabile per il danno subito sulla base dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 754 del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220). Il Tribunale zurighese ha respinto l'azione, reputando che la A. Ltd. SPC non avesse soddisfatto l'onere di asserire e dimostrare il danno subito. La A. Ltd. SPC ha dunque successivamente impugnato la sentenza al Tribunale federale.

[1] DTF 148 III 11.

I. Introduzione.....	572
II. L'azione di responsabilità: violazione dei doveri del CdA.....	573
A. L'obbligo di diligenza e fedeltà	574
B. L'obbligo di parità di trattamento tra gli azionisti	574
C. L'obbligo di avvisare il giudice nel caso di sovraindebitamento della società	575
D. Il danno.....	575
1. Il danno diretto.....	576
2. Il danno indiretto.....	576
E. Il nesso di causalità	576
F. La colpa	576
III. La legittimazione attiva e passiva dell'azione di responsabilità.....	576
A. La legittimazione attiva	576
1. In generale	576
2. L'azione della società (danno diretto)	577
3. L'azione degli azionisti (danno indiretto).....	577
4. L'azione dei creditori societari (danno indiretto) al di fuori della procedura fallimentare	577

La questione giuridica cruciale – e centrale ai fini del presente contributo – trattata dall'Alta Corte riguarda la legittimazione attiva del creditore a proporre l'azione di responsabilità nei confronti del Consiglio d'Amministrazione (CdA) quando sia la società sia il creditore hanno subito un danno diretto^[2].

In merito alla legittimazione attiva il Tribunale federale ha innanzitutto ricordato che vi sono tre possibili costellazioni:

- 1) in caso di danno subito direttamente e unicamente da creditori o azionisti, questi sono legittimati ad agire autonomamente sia nell'ambito di una procedura di fallimento riguardante la società in questione sia all'infuori del fallimento;
- 2) in caso di danno indiretto, vale a dire un danno che riguarda unicamente la società e solo di riflesso – a causa del fallimento della società – si ripercuote sul patrimonio di azionisti o creditori, è la società a essere in prima linea legittimata a proporre l'azione;
- 3) vi è, infine, il caso in cui sia la società sia i creditori o azionisti hanno subito un danno diretto (situazione oggetto della decisione qui riportata).

A tal proposito il Tribunale federale aveva già avuto modo nel passato di sviluppare interessanti principi giurisprudenziali per coordinare l'azione del creditore con quella (potenziale) della società stessa. Mentre l'azione della società danneggiata era possibile in ogni caso, la legittimazione attiva di creditori o azionisti chiedenti il risarcimento del danno direttamente subito era, infatti, data di principio solo laddove il comportamento del CdA avesse violato delle disposizioni di diritto societario che servono esclusivamente a proteggere i creditori rispettivamente gli azionisti, oppure se l'obbligo di risarcimento si basava su un altro comportamento illecito dell'organo societario ai sensi dell'art. 41 CO oppure sulla *culpa in contrahendo*.

Nella sentenza che ci occupa, il Tribunale federale si è chinato sulla domanda a sapere se quest'ultima restrizione imposta a creditori e azionisti sia applicabile unicamente quando la società è oggetto di una procedura di fallimento oppure se essa vale più in generale in tutte le situazioni in cui le loro pretese per danno diretto possono venire a trovarsi in concorrenza con le pretese della società stessa. Interpretando e confrontando tra loro quattro sentenze^[3], nonché analizzando la dottrina rilevante, l'Alta Corte è giunta alla conclusione che la restrizione imposta a creditori e azionisti è giustificata unicamente nel caso in cui la società sia oggetto di una procedura di fallimento.

In particolare, la precedenza dell'azione della società si giustifica quando è fondamentale evitare la concorrenza tra la società, da un lato, e i singoli creditori, dall'altro, in merito a delle risorse che saranno quasi certamente limitate. Inoltre, una società in

fallimento si trova in una situazione di svantaggio, poiché per promuovere l'azione l'amministratore del fallimento dovrebbe attendere la seconda assemblea dei creditori. I singoli creditori potrebbero così agire più celermente e far valere il proprio danno diretto, rubando il tempo alla società e, di riflesso, andando a danneggiare la totalità dei creditori fallimentari.

Queste situazioni di concorrenza – così il Tribunale federale – incidono invece in misura di gran lunga inferiore laddove la società non è fallita e rimane "in piedi"^[4]. Grazie a questa precisazione della sua giurisprudenza, la nostra Massima istanza ha così segnato una chiara via nel frangente della legittimazione attiva dei creditori e degli azionisti in caso di danno diretto. La conseguenza di ciò è che, al di fuori del fallimento, il creditore o azionista leso direttamente non deve far valere la violazione delle disposizioni di diritto societario che tutelano esclusivamente i creditori, un comportamento illecito del CdA ai sensi dell'art. 41 CO oppure una *culpa in contrahendo* per giustificare la propria legittimazione attiva. Tuttavia, pur non applicandosi questa restrizione, bisogna in conclusione sottolineare che il creditore – nel motivare la sua azione – non può invocare semplicemente le disposizioni di diritto societario che hanno il solo scopo di proteggere la società. L'Alta Corte ha, infatti, sottolineato che, sebbene non sia necessario fare affidamento su una disposizione concepita esclusivamente per la tutela dei creditori, il creditore deve poter contare su una disposizione volta a tutelare sia la società sia i creditori (cd. norma a doppio effetto protettivo). Si tratta, in particolare, delle disposizioni in materia di bilancio e di comportamento in caso di sovraindebitamento.

II. L'azione di responsabilità: violazione dei doveri del CdA

Affinché i membri del CdA o gli organi societari incaricati della gestione della società (cfr., *infra*, cap. III.B) possano essere ritenuti responsabili del danno causato alla società (art. 754 CO), devono aver violato un obbligo loro incombente. Rilevanti in tal senso sono tutti gli obblighi legali o statutari cui essi devono adempiere nei confronti della società.

In quest'ottica i principali obblighi previsti dal CO per il CdA sono (i) il dovere di gestione – salvo corretta delegazione – ai sensi dell'art. 716 cpv. 2 CO; (ii) i doveri organizzativi e di controllo intrasmissibili e inalienabili elencati all'art. 716a CO; (iii) l'obbligo di diligenza e fedeltà come anche di pari trattamento degli azionisti ai sensi dell'art. 717 cpvv. 1 e 2 CO; e (iv) l'obbligo di avvisare il giudice nel caso di sovraindebitamento della società ai sensi dell'art. 725 CO, il quale gioca un ruolo importante nella giurisprudenza del Tribunale federale, in quanto gran parte delle azioni di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO nei confronti del CdA vengono avviate a causa di una notifica tardiva al giudice nei casi di indebitamento della società ("*Konkursverschleppung*")^[5].

[4] DTF 148 III 11 consid. 3.2.3.1.

[5] DIETER GERCKE/STEFAN WALLER, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (a cura di), *Obligationenrecht II*, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchIT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Basler Kommentar, V^a ed., Basilea 2016, N 28 ad art. 754 CO; URS SCHENKER, *Verwaltungsrat in der Praxis – rechtliche Anforderungen*, Zuri-go 2015, p. 120; cfr. DTF 128 III 180; 125 III 86; DTF 86 II 171; sentenza TF n. 4C.160/2001 del 18 dicembre 2001. In merito alle imminenti modifiche di legge riguardanti l'art. 725 CO cfr., *infra*, cap. II.C.

[2] La sentenza, nella sua parte non pubblicata nella raccolta ufficiale, tratta anche vari aspetti centrali per la vicenda, ma non relativi all'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO e per questa ragione non illustrati nel presente contributo.

[3] DTF 131 III 306; DTF 132 III 564; DTF 141 III 112, così come la sentenza TF n. 4A_26/2015 del 21 maggio 2015.

Seppure gli obblighi (ii)-(iv) siano inalienabili, il CdA può delegare la preparazione e l'esecuzione delle sue decisioni, così come la vigilanza su determinati affari a comitati di amministratori o a singoli amministratori (art. 716a cpv. 2 CO), rimanendo tuttavia responsabile per ciò che ne riguarda la correttezza di contenuto e la loro messa in atto, e dovendo conseguentemente monitorarne i risultati e intervenire laddove necessario.

A. L'obbligo di diligenza e fedeltà

Gli organi coinvolti nella gestione della società devono svolgere i loro compiti con cura e esercitare la cautela e la prudenza richieste dalle specifiche circostanze nell'adempimento delle loro mansioni (art. 717 cpv. 1 CO). L'elemento della diligenza viene qualificato in maniera oggettiva dal Tribunale federale, il quale stabilisce che ci si possa aspettare la diligenza di un individuo ragionevole e coscienzioso che si trovi in una situazione simile a quella del CdA[6]. Pertanto, incapacità, assenza di tempo o mancanza di competenza non diminuiscono lo *standard* di diligenza richiesto al CdA. D'altro canto, nel caso in cui persone che non possiedono le conoscenze e/o il tempo necessario per svolgere diligentemente le mansioni inerenti a un mandato di CdA accettino un tale incarico, esse si addossano una colpa di assunzione ("Übernahmeverschulden"), poiché accettano compiti che non sono in grado di adempiere[7].

La cura e la diligenza necessaria richiedono in particolare un regolare monitoraggio della situazione finanziaria ed economica della società – anche in situazioni finanziariamente stabili[8] – e l'adozione di tempestivi provvedimenti di risanamento quando necessario.

Non tutte le decisioni del CdA e/o dei restanti organi societari sottostanno, tuttavia, ad una revisione giudiziaria illimitata. In questo senso il Tribunale federale applica la cd. "Business Judgement Rule", come principio del diritto societario svizzero, nell'esercizio del proprio giudizio retrospettivo per ciò che riguarda le decisioni di natura commerciale prese dal CdA o da altri organi societari[9]. Secondo questa regola di analisi non è la bontà della decisione commerciale in sé ad essere oggetto della verifica, bensì lo è la modalità con cui si è arrivati a tale decisione, ovvero si giudica se essa sia stata presa adoperando la cura necessaria. Le decisioni commerciali raggiunte mediante un processo decisionale adeguato, basate su informazioni appropriate e libere da conflitti di interesse non rappresentano una violazione degli obblighi del CdA o degli altri organi necessari, neppure se a causa di tale decisione le società abbia subito una perdita economica[10]. In questo

senso un cd. "Informed Business Judgement" non sottostà ad una revisione giudiziaria[11].

L'obbligo di fedeltà, che si desume *in primis* dall'art. 158 del Codice penale (CP; RS 311.0), che sanziona l'amministrazione infedele, vieta al CdA e ai gestori della società di anteporre i propri interessi a quelli degli azionisti, prendendo decisioni che li avvantaggiano i primi[12].

È sotto l'egida dell'obbligo di fedeltà che si inserisce il divieto di concorrenza, il quale – pur non ancorato nella legge – proibisce la concorrenza diretta da parte di un membro del CdA o di un organo societario[13]. La distinzione tra una (vietata) attività concorrenziale e una (lecita) attività non concorrenziale è tutt'altro che facile e nell'esame del singolo caso si dovrà confrontare l'interesse del membro del CdA alla permanenza nell'attività concorrenziale con i vantaggi e svantaggi per la società di un suo tale coinvolgimento[14].

Rientra pure sotto l'art. 717 cpv. 1 CO l'obbligo di confidenzialità cui sono soggetti il CdA e le persone incaricate della gestione della società, che trova le sue basi (anche) nell'art. 162 CP e vede nel potenziale di danno insito in un'informazione il criterio dirimente atto a individuare la violazione del dovere da parte di chi doveva serbare la riservatezza[15].

Infine, sempre sussumibile sotto la clausola generale dell'art. 717 cpv. 1 CO è, *de lege data*, il divieto di incorrere in un conflitto di interessi, che poggia le sue fondamenta anche nel diritto del lavoro e del mandato (artt. 321a e 398 cpvv. 1 e 2 CO). In questo senso, il futuro art. 717a CO[16], che entrerà in vigore con la revisione del diritto della società anonima il 1° gennaio 2023, prevede che i membri del CdA e della direzione informino compiutamente e senza indugio il CdA sui loro conflitti di interessi (cpv. 1). Incombe poi al CdA prendere i provvedimenti che reputa necessari alla salvaguardia degli interessi societari (cpv. 2). Il futuro articolo si limita dunque a prescrivere due doveri primordiali: (i) un obbligo di informazione imposto ai membri del CdA e della direzione; (ii) così come un obbligo di intervento in capo al CdA stesso, al quale compete poi la definizione del *modus procedendi* dettagliato nell'ambito del regolamento d'organizzazione (art. 716b CO)[17].

B. L'obbligo di parità di trattamento tra gli azionisti

CdA e altri organi societari che si occupano della gestione

[11] GERICKE/WALLER (nota 5), N 31a ad art. 754 CO.

[12] HANS CASPAR VON DER CRONE/SIMONE GIANINI, La responsabilità degli organi societari – Pretesa e realtà, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (ed.), Temi scelti di diritto societario, Lugano 2002, p. 34.

[13] PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, IV^a ed., Zurigo 2009, N 611 ad § 13.

[14] MÜLLER/LIPP/PLÜSS (nota 9), N 3.548 s. ad § 3.

[15] MÜLLER/LIPP/PLÜSS (nota 9), N 3.545 s. ad § 3.

[16] In merito alle imminenti modifiche di legge che entreranno in vigore dal 1° gennaio 2023 cfr. Ufficio federale di giustizia (UFG), Revisione del diritto della società anonima, in: <https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html> (consultato il 15.11.2022).

[17] Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima), n. 16.077, del 23 novembre 2016, in: FF 2017 325, p. 494 s.

[6] Sentenza TF n. 4A_74/2012 del 18 giugno 2012 consid. 5.

[7] Cfr. SCHENKER (nota 5), p. 20.

[8] DTF 132 III 564 consid. 4.

[9] ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis – Band I, V^a ed., Zurigo 2021, N 4.11 ss. ad § 4.

[10] Cfr. sentenza TF n. 4A_74/2012 del 18 giugno 2012 consid. 5.1 e DTF 139 III 24 consid. 3.2. Per un approfondimento sulla *business judgment rule* si veda ad es.: HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIER BAUM, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, in: GesKR n. 3/2016, p. 278, p. 292 ss.

societaria sono tenuti a trattare in ugual modo gli azionisti che si trovano nella stessa situazione (cd. parità relativa) ai sensi dell'art. 717 cpv. 2 CO. Pertanto comunicazioni agli azionisti, restrizioni alla trasferibilità di azioni o limitazioni dei diritti di voto, come anche l'elargizione di vantaggi economici[18], devono in linea di principio interessare tutti gli azionisti allo stesso modo. Disparità di trattamento sono ad ogni modo possibili, e a volte perfino necessarie, quando avvengono nell'interesse della società e laddove non vi sono alternative meno incisive[19].

C. L'obbligo di avvisare il giudice nel caso di sovraindebitamento della società

L'art. 725 CO funge da protezione per creditori societari, azionisti, società e per i restanti partecipanti del mercato, in quanto mira ad impedire la partecipazione nel mercato a società che non dispongono di sufficienti mezzi propri per garantire una base adeguata di responsabilità e di credito ("Haftungs- und Kreditbasis")[20]. Se ad es. dall'ultimo bilancio annuale di una società dovessero risultare che la metà del capitale azionario e delle riserve legali non sono più coperte dagli attivi, il CdA deve convocare immediatamente l'Assemblea Generale (AG) (art. 725 cpv. 1 CO, situazione denominata anche perdita di capitale o "Kapitalverlust") e proporre delle misure di risanamento. A questo scopo il CdA deve, quindi, elaborare misure concrete che possano essere sottoposte alla deliberazione dell'AG[21].

Se esiste, invece, fondato timore che la società sia sovraindebitata (situazione chiamata eccedenza di debiti o "Überschuldung"), deve essere allestito un bilancio intermedio della società, soggetto alla verifica di un revisore abilitato (art. 725 cpv. 2, prima frase CO). Dovesse risultare da tale bilancio che i debiti societari non sono coperti, il CdA deve prontamente avvisare il giudice e richiedere che venga aperto un procedimento fallimentare nei confronti della società. Il CdA può rinunciare all'avviso al giudice solo nel caso in cui i creditori della società accettino, nella misura dell'insufficienza di attivi, di essere relegati a un grado inferiore rispetto a quello di tutti gli altri creditori della società (art. 725 cpv. 2 CO, seconda frase; i creditori scendono di grado tramite una cd. "dichiarazione di postergazione"). Occorre inoltre menzionare che, per costante giurisprudenza, il CdA può rimandare la richiesta di apertura del fallimento solo di qualche settimana e unicamente nel caso in cui egli stia perseguendo in questo periodo un piano di ristrutturazione con una reale possibilità di successo e che eviti un peggioramento della situazione dei creditori societari[22].

[18] Singoli azionisti non possono perciò essere i beneficiari di distribuzioni di valore economico occultate.

[19] Cfr. SCHENKER (nota 5), p. 21.

[20] Cfr. DTF 121 III 420 consid. 3; PETER BÖCKLI, *Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht*, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (a cura di), *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Berna 1988, p. 345.

[21] BÖCKLI (nota 13), N 719 ss. *ad* § 13. Per comprendere visivamente la situazione del bilancio societario in caso di perdita di capitale o eccedenza di debiti può essere utile consultare: https://www.rwi.uzh.ch/static/elt/Ist-vogt-gesellschaftsrecht/charakter/de/html/unit_kapverluestuebersch.html (consultato il 15.11.2022).

[22] SCHENKER (nota 5), p. 57.

In questo contesto è, infine, importante sottolineare che a partire dal 1° gennaio 2023, sempre nell'ambito della revisione del diritto della società anonima, entrerà in vigore un'importante modifica degli artt. 725-725c CO. In particolare, il nuovo diritto permetterà al CdA di omettere l'annuncio al giudice nonostante l'eccedenza di debiti se – tra le altre cose – esiste una ragionevole prospettiva che il sovraindebitamento possa essere sanato entro un massimo di 90 giorni[23].

D. Il danno

Ai sensi della teoria della differenza ("Differenztheorie"), applicabile anche nel caso di responsabilità civile ai sensi dell'art. 754 CO[24], il danno costituisce la differenza tra lo stato attuale del patrimonio della parte lesa e lo stato ipotetico di tale patrimonio nel caso in cui non vi fosse stata una violazione degli obblighi societari (obblighi legali e statuari)[25]. Il danno ai sensi di questa teoria può manifestarsi in una riduzione involontaria degli attivi, in un aumento – altresì involontario – dei passivi ("damnum emergens") oppure in una perdita di guadagno ("lucrum cessans").

In una struttura economica caratterizzata dalla relazione tra la società e i propri azionisti, come anche tra la società e i propri creditori, si impone la distinzione tra danni diretti e indiretti. Ciò è di fondamentale importanza per azionisti e creditori societari, in quanto la qualificazione del danno influenza la loro legittimazione attiva e la procedura da seguire per poter richiedere in giudizio il risarcimento del danno.

Secondo dottrina e giurisprudenza attuali per poter qualificare la natura del danno è necessario identificare in quale massa patrimoniale esso sia subentrato[26]. La qualificazione di danno diretto così come sviluppata dalla dottrina nel passato, secondo cui vi era danno diretto esclusivamente laddove veniva violata una norma la cui funzione consisteva nel proteggere la parte danneggiata, è stata invece abbandonata dal Tribunale federale[27].

Irrilevante è, invece, la distinzione tra danno diretto e indiretto per ciò che riguarda la società lesa, in quanto questa può solamente essere danneggiata direttamente da una lesione degli obblighi del proprio CdA e dei propri organi societari. Qui di seguito verrà perciò messo in luce in quale caso azionisti e creditori societari subiscono un danno diretto, e in quale caso invece uno indiretto. La distinzione tra danno diretto e indiretto è importante ai fini di poter determinare in quale situazione azionisti e creditori societari sono legittimati a proporre l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO (cfr., *infra*, cap. III.A).

Va, infine, sottolineato che l'onere della prova per il danno subito spetta in ogni caso alla parte lesa, vale a dire che incombe a quest'ultima comprovare e quantificare il danno

[23] In merito alle imminenti modifiche di legge cfr., *supra*, nota 16.

[24] Cfr. sentenza TF n. 4A_216/2015 del 6 gennaio 2016 consid. 3.1.

[25] Cfr. DTF 139 V 176 consid. 8.1.1.

[26] DTF 132 III 564; DTF 141 III 112.

[27] DTF 125 III 86 consid. 3; DTF 122 II 176 consid. 7.

subito. Solo in casi eccezionali, quando un calcolo esatto del danno è impossibile oppure non può essere ragionevolmente preteso dalla parte lesa, esso può essere stimato dal giudice sulla base dell'art. 42 cpv. 2 CO. Anche in questi casi, però, la parte lesa deve essere in grado di dimostrare di aver fatto tutto quanto nelle sue facoltà per rendere possibile una stima razionale e comprensibile del danno subito[28]. Eventuali vantaggi economici a favore della parte lesa originati dal fatto dannoso vengono, invece, dedotti dal danno[29].

1. Il danno diretto

Un danno diretto ad azionisti e/o creditori societari si verifica nel caso in cui la violazione di un obbligo del CdA – o degli organi societari che si occupano della direzione della società – danneggi il patrimonio dell'azionista e/o del creditore, senza allo stesso tempo ledere quello della società[30]. L'azionista è direttamente danneggiato, ad es., se viene privato illegalmente dei propri diritti di sottoscrizione o se i dividendi a cui ha diritto non gli vengono pagati. Un creditore subisce, invece, un danno diretto se concede un credito ad una società sovraindebitata, senza però venir informato di questo fatto (ad es. basando la propria decisione su un bilancio falsificato)[31].

2. Il danno indiretto

La domanda di risarcimento a titolo di danno indiretto prevista dall'art. 756 CO rappresenta una deviazione dallo *standard* generale del diritto sulla responsabilità civile, in quanto comporta il risarcimento di un danno che si riflette sul patrimonio della parte lesa solo come conseguenza di un danno direttamente subito da un'altra entità ("*Reflexschaden*"), il quale di regola non è risarcibile ai sensi dei consueti principi della responsabilità civile[32].

Un danno indiretto risulta quando la perdita economica di azionisti o creditori societari ha luogo unicamente come conseguenza della lesione della società, ossia quando il danno economico a scapito di azionisti e creditori avviene soltanto in secondo luogo, a causa della diminuzione del patrimonio societario. Il danno diretto della società è perciò una *conditio sine qua non* per l'esistenza di un danno indiretto di azionisti e creditori[33]. In questa circostanza va differenziato tra azionisti e creditori della società. Se, da un lato, gli azionisti subiscono un danno indiretto già quando la società viene lesa a causa di una violazione dell'obbligo di diligenza da parte del CdA o di un altro organo esecutivo – il che comporta *in primis* una diminuzione del valore economico della società e, di conseguenza, una diminuzione del valore della quota azionaria[34] –, dall'altro, i creditori societari subiscono un danno

indiretto solamente nel momento in cui la società si trovi in fallimento e non sia più in grado di adempiere i propri obblighi finanziari nei loro confronti (cfr., *infra*, cap. III.A.4 in merito all'impossibilità per i creditori di agire in giudizio al di fuori del fallimento per danno indiretto)[35].

E. Il nesso di causalità

Tra il danno subito e la violazione degli obblighi del CdA (o degli organi societari) deve sussistere un nesso di causalità adeguato ("*adäquate Kausalität*"). Ciò significa che la causa deve, secondo il corso ordinario degli eventi e l'esperienza della vita, essere idonea a far sì che il verificarsi del danno appaia in linea generale propiziato dall'evento dannoso in questione[36]. L'esistenza di tale nesso causale tra la violazione del concreto obbligo societario e il danno creatosi costituisce una parte essenziale del fondamento dell'azione la cui prova incombe all'attore della causa.

F. La colpa

Soltanto nei casi in cui l'organo societario convenuto è responsabile del danno arrecato alla società, quindi nel caso in cui gli si possa imputare una colpa, un'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO può essere proposta con successo. La colpa è data quando il danno viene provocato intenzionalmente o negligenzemente, ivi inclusa la negligenza lieve[37].

Come già esposto in precedenza (cfr., *supra*, cap. II.A), la colpa dell'organo societario viene misurata in base a un metro di valutazione oggettivo. Determinante per questa valutazione è la diligenza che ci si può aspettare da un individuo – ragionevole e coscienzioso – che si trovi nella medesima funzione e situazione del convenuto[38]. Non è, quindi, sufficiente che l'organo responsabile adoperi la medesima diligenza utilizzata per i suoi affari privati ("*diligentia quam in suis*") [39]. Inoltre, l'organo convenuto non può discolarsi per mancanza di formazione o tempo, in quanto in casi del genere è suo dovere coinvolgere gli esperti necessari all'adempimento delle proprie mansioni[40].

III. La legittimazione attiva e passiva dell'azione di responsabilità

A. La legittimazione attiva

1. In generale

Il diritto di rivendicare il danno subito dalla società a causa di una lesione degli obblighi societari da parte del CdA e/o degli organi societari spetta alla società stessa, ai propri azionisti[41] e ai creditori societari. Alle condizioni esposte qui di seguito, azionisti e creditori societari hanno diritto di

[28] Sentenza TF n. 4A_709/2011 del 31 maggio 2012 consid. 3.3.2.

[29] PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, N 64 ad § 36.

[30] BSK OR II-GERICKE / WALLER, art. 754 CO n. 16.

[31] DTF 125 III 86.

[32] Cfr. DTF 127 II 403.

[33] HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, in: ZSR-Beiheft 43, Basilea 2006, p. 8.

[34] Cfr. DTF 131 III 306 consid. 3 con ulteriori rinvii.

[35] GERICKE/WALLER (nota 5), N 15 ad art. 754 CO.

[36] Cfr. DTF 123 III 110 consid. 3: "[...] ein Ereignis [hat] als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint [...]".

[37] DTF 139 III 24 consid. 3.5.

[38] DTF 139 III 24 consid. 3.2.

[39] Sentenza TF n. 4A_603/2014 dell'11 novembre 2015 consid. 7.1.1.

[40] Cfr. sentenza TF n. 4C.192/2003 del 12 ottobre 2003.

[41] Così come ai partecipanti ("*Partizipanten*"), cfr. art. 656a cpv. 2 CO.

intentare un'azione di responsabilità, indipendentemente dal fatto se siano diventati azionisti o creditori societari dopo il verificarsi del danno. Determinante è, infatti, che tale qualifica sia data al momento dell'inoltro della causa[42].

La legittimazione per far valere il danno subito dalla società non spetta però a tutte le parti in egual modo. La qualificazione del danno ha importanza per azionisti e creditori societari in quanto influenza la natura giuridica dell'azione e la loro facoltà di agire in giudizio. Inoltre, la procedura per far valere l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO varia a dipendenza della situazione economica in cui si trova la società, ossia se essa è oggetto di una procedura fallimentare o se non lo è. Di seguito sono elencate le differenti costellazioni possibili, distinguendo se la società è coinvolta in una procedura fallimentare o meno.

2. L'azione della società (danno diretto)

Il diritto di rivendicare il danno subito dalla società a causa del comportamento dei propri organi societari spetta *in primis* alla società stessa in quanto parte direttamente danneggiata. Di conseguenza, spetta all'AG o al CdA decidere se promuovere o meno un'azione di responsabilità nei confronti dell'organo societario in questione.

3. L'azione degli azionisti (danno indiretto)

Allo stesso tempo ed indipendentemente da un'azione di responsabilità inoltrata dalla società, anche gli azionisti sono legittimati a far valere il danno subito dall'azienda. La domanda di causa degli azionisti può però solo tendere a far ottenere una prestazione alla società (art. 756 cpv. 1 CO).

L'azione degli azionisti secondo l'art. 756 cpv. 1 CO è perciò da qualificarsi come sostituzione processuale ("*Prozessstandschaft*"), in quanto gli azionisti possono agire in giudizio in nome proprio, ma unicamente per far valere un diritto della società[43]. In questo caso l'azione di responsabilità può venir contrastata con tutte le eccezioni di cui l'organo societario dispone direttamente contro la società, in particolare appellandosi ad un'eventuale *décharge*. Eccezioni che si rivolgono invece direttamente contro l'azionista attore, come ad es. l'eccezione del consenso ("*volenti non fit iniuria*"), non sono possibili[44].

A livello procedurale va osservato che la medesima azione intentata da un altro azionista per far valere lo stesso danno viene preclusa dalla litispendenza della prima azione. Infine, è importante sottolineare che un'eventuale sentenza regola definitivamente e con effetto di cosa giudicata la richiesta di danni per tutte le parti aventi diritto, vale a dire sia per gli altri azionisti sia per la società ("*res iudicata*")[45].

[42] DTF 131 III 640 consid. 4.

[43] DTF 132 III 342 consid. 4.3; cfr. anche DTF 131 III 306 consid. 3.1.1.

[44] VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (nota 33), p. 66.

[45] GERICKE/WALLER (nota 5), N 10 ad art. 756 CO.

4. L'azione dei creditori societari (danno indiretto) al di fuori della procedura fallimentare

Finché la società è solvibile, l'obiettivo primario è quello di salvaguardare l'esistenza dei suoi beni e mantenerne la redditività, preservando dunque il valore dei pacchetti azionari detenuti dagli azionisti[46]. Da questo punto di vista si giustifica la scelta del legislatore di non includere nell'art. 756 cpv. 1 CO i creditori societari, bensì solamente società e azionisti, concedendo in particolar modo a questi ultimi un diritto d'azione al fine di proteggerli efficacemente da eventuali omissioni e violazioni di obblighi da parte del CdA e di altri organi che si occupano della gestione societaria[47].

Siccome i creditori societari subiscono un danno indiretto solamente nel momento in cui la società non è più solvibile, non è per loro possibile promuovere un'azione di responsabilità al di fuori di una procedura fallimentare.

5. L'azione dei creditori societari e azionisti (danno indiretto) all'interno della procedura fallimentare

Nel fallimento della società lesa, anche i creditori societari hanno il diritto di chiedere che venga risarcito il danno subito dalla società (art. 757 cpv. 1 CO)[48]. Una volta che la società si trova all'interno di una procedura fallimentare, la priorità non consiste più infatti nel mantenere la redditività della società e il valore dei pacchetti azionari, bensì nel rendere disponibile il patrimonio appartenente alla massa fallimentare, salvaguardando così gli interessi dei creditori societari[49]. In questo caso la prassi del Tribunale federale qualifica l'azione di responsabilità come pretesa unica della comunione dei creditori (la cd. "*Raschein-Praxis*") [50], secondo la quale solo la massa fallimentare – rappresentata dall'amministrazione del fallimento – è autorizzata a far valere l'azione di responsabilità, quest'ultima non basandosi su un diritto individuale del singolo creditore societario quanto piuttosto su una pretesa unica dell'intera comunione dei creditori.

Solo nel caso in cui l'amministrazione del fallimento dovesse rinunciare a far valere tale diritto ogni creditore societario può esigerne la cessione, per mezzo della quale viene trasferito il diritto d'azione della massa fallimentare al creditore societario (o ai creditori societari) in questione. Quest'ultimo potrà poi presentare un'azione nelle medesime modalità previste per la massa fallimentare, ossia esclusivamente per conto della comunione dei creditori, potendo far valere l'intero danno subito dalla società, anziché soltanto il proprio danno indiretto[51]. A questa azione possono essere opposte solamente

[46] DTF 117 II 432 consid. 1b.

[47] DTF 117 II 432 consid. 1b.

[48] Contrariamente a quanto sancito in un primo tempo nella DTF 117 II 432 consid. 1a; anche gli azionisti possono far valere il danno indiretto all'interno di una procedura fallimentare essendo ciò è previsto dall'art. 757 cpv. 1 CO.

[49] DTF 117 II 432 consid. 1b.

[50] Prassi giurisprudenziale introdotta con la DTF 117 II 432 e, in seguito, a più riprese confermata, ad es., in: DTF 122 III 166; DTF 122 III 176; DTF 122 III 195; DTF 132 III 342. Dopo una fase iniziale di critica, buona parte della dottrina legale ha sostenuto questa prassi.

[51] Cfr. DTF 117 II 432 consid. 1b; DTF 122 III 195 consid. 9; DTF 117 II 432 consid. 1b.

le eccezioni spettanti al CdA o agli organi responsabili che sussistono nei confronti dell'intera comunione dei creditori[52]. Non sono, invece, ammesse eccezioni indirizzate unicamente alla società o a singoli creditori, salvo per quel che concerne l'eccezione di compensazione ("*Verrechnungseinrede*"), che l'organo societario in questione poteva far valere nei confronti della società già prima del fallimento[53].

Va poi evidenziato che l'eventuale ricavato ottenuto dall'azione è destinato dapprima a coprire le pretese dei creditori societari che hanno agito in giudizio e in secondo luogo agli azionisti agenti in giudizio, anche nel caso in cui abbiano agito insieme ai creditori (art. 757 cpv. 2 CO). Il medesimo disposto normativo precisa poi che i proventi dell'azione vengono distribuiti fra gli azionisti pretendenti in proporzione alla loro partecipazione al capitale societario e che quanto avanza entri nella massa fallimentare.

6. L'azione di azionisti e creditori societari (danno diretto)

Come indicato sopra, un azionista o creditore societario viene direttamente danneggiato qualora il danno causato dagli organi societari in questione si rifletta direttamente sul suo patrimonio. In tale circostanza azionisti e creditori societari possono citare per danni direttamente il CdA o gli altri organi societari responsabili. Questa possibilità di azione non è soggetta ad alcuna restrizione fintanto che la società non si trovi all'interno di una procedura fallimentare.

Inoltre, ciò vale anche in seguito all'apertura di una procedura fallimentare qualora solamente azionisti e/o creditori societari siano stati danneggiati[54]. Nel caso contrario, invece, ossia quando sia la società sia gli azionisti o creditori hanno subito un danno diretto, l'azione individuale di azionisti e creditori societari può entrare in competizione con le rivendicazioni della società. Se si dovesse manifestare un tale concorso tra le azioni, la giurisprudenza del Tribunale federale circoscrive la legittimazione attiva di azionisti e creditori societari al caso in cui il comportamento del CdA o di un altro organo societario abbia violato delle disposizioni di diritto societario che servono esclusivamente a proteggere i creditori rispettivamente gli azionisti, oppure se l'obbligo di risarcimento si basa su un altro comportamento illecito dell'organo societario ai sensi dell'art. 41 CO oppure sulla *culpa in contrahendo*[55].

B. La legittimazione passiva

Il gruppo dei potenziali responsabili ai sensi dell'art. 754 cpv. 1 CO comprende sia gli organi formali sia i cd. organi materiali. Organi societari formali sono i membri del CdA, i direttori e coloro che si occupano della gestione societaria, indipendentemente se siano coinvolti nella gestione della società o

se risultino iscritti nel registro di commercio[56]. Vi sono poi gli organi materiali, concetto ampio che la dottrina suddivide ulteriormente fra organi materiali e organi di fatto. Gli organi materiali sono persone nominate da un atto interno della società che ottengono per via di delega delle funzioni solitamente definite all'interno di regolamenti societari[57]. Gli organi di fatto invece esercitano tali funzioni senza che sia avvenuta una rispettiva delega[58].

In questo contesto risulta utile un breve *excursus* per definire il concetto di "organi apparenti". Infatti, le azioni che si rivolgono contro i cd. "*organes apparentes*" o "*Organe durch Kundgabe*", ossia persone che vengono qualificate come organi societari in base alle informazioni comunicate al di fuori della società hanno una differente base legale rispetto all'art. 754 CO. Si è ad es. in presenza di un "organo apparente" quando un terzo esterno – sulla base di criteri oggettivi – può legittimamente presumere che la persona in questione detenga una posizione di organo societario in quanto appare durevolmente competente a prendere decisioni che esulano dalla mera gestione degli affari quotidiani[59]. A differenza degli organi di fatto, la funzione di organo di queste persone non dipende dal fatto che esse abbiano partecipato in modo significativo alla formazione della volontà societaria[60], ma va ricercata nell'aver creato una falsa apparenza di diritto, aspetto che di per sé non costituisce una lesione ai sensi dell'art. 754 CO[61]. La persona giuridica può però esser tenuta responsabile per la condotta di tali persone secondo il principio della responsabilità basata sulla fiducia ("*Vertrauenshaftung*"), qualora la presunzione sia stata stabilita sulla base della condotta o delle dichiarazioni di altri (legittimi) organi societari[62].

In conclusione, è importante sottolineare che anche le persone giuridiche, pensiamo ad es. alla società madre della società lesa, possono essere qualificate come organo di fatto ed essere, quindi, soggette all'azione di responsabilità giusta l'art. 754 CO[63]. Ciò è il caso laddove il loro coinvolgimento raggiunge una certa intensità[64]. Infatti, una società madre viene qualificata come organo di fatto della propria filiale solamente nel caso in cui le si possano imputare delle effettive e tangibili violazioni dei propri doveri durante la gestione aziendale della propria società detenuta. Ciò può avvenire se gli organi formali o materiali della società madre interferiscono nell'amministrazione e gestione della società figlia in maniera dirigenziale[65].

[56] MÜLLER/LIPP/PLÜSS (nota 9), N. 4.62 ss. *ad* § 4.

[57] BÖCKLI (nota 13), N 107 *ad* § 18.

[58] DTF 136 III 14 consid. 2.4; GERICKE/WALLER (nota 5), N 5 *ad* art. 754 CO.

[59] Cfr. DTF 117 II 570 consid. 3; sentenza TF n. 4A_54/2008 del 29 aprile 2008.

[60] Sentenza TF n. 4A_54/2008 del 29 aprile 2008 consid. 3.2.3 s.

[61] GERICKE/WALLER (nota 5), N 8 *ad* art. 754 CO.

[62] Cfr. a questo riguardo SÉBASTIEN BETTSCHART/DAMIEN CONUS, Responsabilité d'une banque pour son directeur adjoint, in: GesKR n. 3/2009, p. 389 ss.

[63] DTF 132 III 523 consid. 4.5.

[64] Cfr. DTF 117 II 570, nella quale tuttavia il Tribunale federale ha respinto l'esistenza di un'influenza degli organi della società madre sulle filiali del gruppo.

[65] Sentenza TF n. 4A_306/2009 dell'8 febbraio 2010.

[52] DTF 117 II 432 consid. 1b.

[53] DTF 132 III 342 consid. 4.4; DTF 136 III 148.

[54] DTF 131 III 306 consid. 3.1.2 (sentenza "*Biber*"); recentemente confermata nella sentenza TF n. 4A_31/2021 del 1° novembre 2021.

[55] DTF 131 III 306 consid. 3.12. Su questo aspetto giurisprudenziale e sulla distinzione tra legittimazione attiva nel fallimento e al di fuori del fallimento si veda la recente DTF 148 III 11, cfr. *supra*, cap. I.

Per far sì che un'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO possa essere promossa nei confronti della società madre è necessario che gli organi della società figlia agiscano funzionalmente quali organi della società madre e che causino un danno alla prima violando uno dei loro obblighi in relazione alla stessa[66].

Va, invece, distinto da quanto precede il caso in cui un organo della società madre ricopre tale posizione anche nella società figlia, come previsto dall'art. 707 cpv. 3 CO. In tale costellazione la società madre può esser ritenuta responsabile ai sensi dell'art. 55 del Codice civile (CC; RS 210), rispettivamente dell'art. 722 CO, per gli atti illeciti commessi nell'esercizio di incombenze societarie dal proprio organo che contemporaneamente ricopre ugual posizione anche nella società figlia (cd. "Doppelorganschaft")[67].

IV. Conclusione

In Svizzera vi sono più di 260'000 consiglieri di amministrazione[68] che esercitano le proprie funzioni spesso inconsapevoli dei rischi e della responsabilità che si assumono. A questi numeri si aggiungono tutti coloro che – per il ruolo che ricoprono all'interno di una società (direttori, responsabili di un settore strategico, ecc.) – assurgono a organi societari e, conseguentemente, sono passibili di un'azione di responsabilità che può essere avviata dalla società, dagli azionisti oppure dai creditori della stessa. Da questo contributo si evince la complessità di una tematica i cui aspetti cruciali sono stati sviluppati negli anni dal Tribunale federale. Diventa, dunque, imprescindibile conoscere la fitta rete di regole ed eccezioni che permettono di valutare, nel caso concreto, se e a quali condizioni è possibile promuovere un'azione contro un consigliere di amministrazione o, più in generale, un organo societario.

[66] GERICKE/WALLER (nota 5), N 46a ad art. 754 CO.

[67] DTF 124 III 297 consid. 5.

[68] Ufficio federale del registro di commercio (stato al 1° gennaio 2021).