Recenti sviluppi giurisprudenziali in ambito societario (1.1.2006 – 30.6.2007)

Davide Jermini*

Sommario

Il periodo analizzato, pur non essendo contraddistinto da stravolgimenti giurisprudenziali, ci ha nondimeno riservato alcune decisioni che hanno affrontato questioni di interesse generale. Una delle tematiche trattate con particolare insistenza dal Tribunale Federale è quella relativa ai diritti di informazione degli azionisti. A questo riguardo la massima autorità giudiziaria svizzera ha confermato che (i) l'art. 693 cpv. 3 cfr. 4 CO è applicabile non solo alla delibera riguardante l'avvio di un'azione di responsabilità, bensì pure alla nomina del rappresentante processuale chiamato a coltivare detta azione (DTF 132 III 707); (ii) il diritto a consultare documenti ed ottenere ragguagli ai sensi dell'art. 697 CO non è strumento inteso a soddisfare una semplice curiosità (*"il volersi fare un'idea sulla situazione delle società figlie"*), l'accesso ad informazioni che non sono contenute nella relazione sulla gestione essendo di principio possibile solo nella misura in cui tali informazioni siano necessarie per l'esercizio dei diritti dell'azionista (DTF 132 III 71); (iii) il diritto all'istituzione di una verifica speciale ex art. 697a ss. CO chiesta da un'azionista che è nel contempo amministratore di una società non può essere subordinato al preventivo esercizio dei diritti di informazione previsti dall'art. 715a CO (DTF 133 III 133) e (iv) le condizioni previste dall'art. 697b CO ai fini di determinare se l'azionista è legittimato a chiedere una verifica speciale devono essere adempiute non solo al momento in cui viene proposta la relativa istanza, bensì (almeno) fino alla decisione del giudice (DTF 133 III 180). Con riferimento alla possibilità di chiedere al giudice la convocazione dell'assemblea generale ai sensi dell'art. 699 cpv. 4 CO, il Tribunale Federale ha precisato che a determinate condizioni, segnatamente quando dal ritardo nella convocazione potrebbero risultare danni irreparabili, il giudice può procedere direttamente alla convocazione, cosa che fin era controversa (DTF 132 III 555). I giudici federali hanno avuto occasione di chinarsi sui motivi di nullità delle decisioni del consiglio di amministrazione. Mentre è pacifico che le decisioni del consiglio di amministrazione non possono essere impugnate, rimane problematica la questione della nullità, in particolare a fronte del rinvio previsto dall'art. 714 CO, che prevede un'applicazione analogica dell'art. 706b CO. Il Tribunale federale precisa che la nullità è una conseguenza eccezionale, ipotizzabile solo nei casi di grave e duratura violazione delle norme imperative e fondamentali della società anonima (DTF 133 III 77). Le cause di responsabilità, come d'uso, hanno occupato una parte importante della giurisprudenza federale: nella maggior parte dei casi il Tribunale federale si è limitato a riassumere la prassi vigente. Così ha ricordato che nell'ambito della responsabilità per prospetti di emissione ex art. 752 CO il grado probatorio richiesto è ridotto: l'investitore che sostiene di essere stato influenzato nelle sue scelte da determinate indicazioni inesatte contenute nel prospetto non deve fornire una prova piena del nesso causale da lui

* L'avv. Davide Jermini, lic. iur. et lic. oec. HSG, notaio, è partner dello Studio legale Brunoni Molino Mottis Adami, Lugano (djermini@legalnotarile.ch).

asserito, la cosiddetta verosimiglianza preponderante bastando in questi casi (DTF 132 III 715). I giudici federali hanno pure avuto modo di (nuovamente) ricapitolare la distinzione tra danno diretto ed indiretto, rammentando nel contempo le norme applicabili alle diverse costellazioni in cui i creditori vengono danneggiati (DTF 132 III 564).

A. Disposizioni generali SA - Costituzione - Capitale azionario

A.1 Del valore di conferimenti in natura e della procedura di decadenza ex art. 681 s. CO (DTF 132 III 668)

Nell'ambito di un'operazione di risanamento finanziario la società A., società quota in borsa, ha dapprima ridotto il capitale sociale e l'ha quindi riaumentato in due tappe attraverso (i) dei conferimenti in contanti e (ii) dei conferimenti in natura (cosidetta "fisarmonica"). Al momento dell'esecuzione del secondo aumento di capitale si è constatato che il valore reale dei conferimenti in natura promessi da B. era di parecchio inferiore al valore inizialmente ipotizzato e necessario per liberare interamente le nuove azioni. A. ha quindi chiesto a B. di integrare la differenza, pena l'avvio di una procedura di decadenza ai sensi dell'art. 681 CO. B. non ha dato seguito alla richiesta. A. ha quindi deciso di ammortizzare le azioni sottoscritte da B. e di offrirle al miglior offerente, la società W., che ha pagato un prezzo comunque insufficiente a coprire l'ammanco dovuto al minor valore dei conferimenti in natura effettuati da B. Successivamente A. ha chiesto al competente registro di commercio l'iscrizione dell'aumento di capitale nei termini seguenti: *"(...) Sodann Erhöhung des Aktienkapitals von CHF 2'558'924.20 auf CHF 12'478'924.20 durch Ausgabe von 992'000'000 Namenaktien zu CHF 0.01. Diese Aktien sollten mittels Bar- und Sacheinlage liberiert werden. Da diese Einlagen nur teilweise geleistet wurden, fand ein Kaduzierungsverfahren gemäss Art. 681 und Art. 682 OR in Verbindung mit Art. 624 OR statt. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde ein Submissionsverfahren durchgeführt und sämtliche 992'000'000 Namenaktien zu CHF 0.01 zum Preis von CHF 1'299'970.- dem Meistbietenden zugeschlagen.*

Insofern gilt das Aktienkapital als voll liberiert. Gegenüber dem ursprünglichen Zeichner besteht eine Schadenersatzforderung im Umfang der nicht geleisteten Einlagen. [sottolineatura nostra]". Il registro di commercio ha rifiutato l'iscrizione, in quanto lesiva del principio fondamentale della protezione del capitale azionario ed ingannevole per i terzi.

Il Tribunale federale ha respinto il ricorso di diritto amministrativo presentato da A., confermando la decisione del registro di commercio. Inaccettabile è innanzitutto il passo nella domanda di iscrizione secondo cui il capitale azionario è "interamente liberato" quando, in realtà, solo una frazione dello stesso è stata effettivamente liberata (CHF 1'299'970 invece di CHF 9'920'000). In secondo luogo vi è stata un manifesto abuso di competenze da parte del consiglio di amministrazione che, dando esecuzione ad un aumento di capitale radicalmente diverso da quello originariamente deciso, ha disatteso le delibere assembleari ex art. 650 cvp. 2 CO rendendo nel contempo una relazione ex art. 652e CO (che attesta il rispetto della delibera assembleare) non conforme alla realtà. Per quanto attiene la procedura di decadenza avviata da A. nei confronti di B *(Kaduzierungsverfahren)*, il Tribunale federale - pur lasciando aperta la questione se un ammortamento può già avvenire prima che l'aumento di capitale sia stato iscritto a registro di commercio (e quindi prima che le azioni possano essere validamente emesse ex art. 644 CO) o solo successivamente (vale a dire per l'ulteriore liberazione di azioni parzialmente liberate, come sostenuto dalla dottrina di maggioranza) - ha sancito che un tale procedimento non può in ogni caso essere attuato se, come nel caso concreto, conduce ad una emissione sotto la pari. La soluzione del Tribunale federale convince: non si vede infatti perché una procedura di decadenza, intesa a sanzionare il comportamento dell'azionista moroso, dovrebbe in qualche maniera consentire di eludere le norme sulla protezione del capitale sociale e dei terzi.

B. Diritti ed obblighi degli azionisti

B.1 Rappresentanza di azioni oggetto di proprietà collettiva ex art. 690 cpv. 1 CO (Decisione TdA dell'11 aprile 2006)

Giusta l'art. 690 cpv. 1 CO se un'azione è oggetto di proprietà collettiva, le persone che ne sono proprietarie possono esercitare i diritti che loro derivano dall'azione solo per mezzo di un rappresentante comune. La norma risulta applicabile sia in presenza di una proprietà comune sia in caso di comproprietà. Seppure tale possibilità non sia espressamente prevista dalla legge, la dottrina ritiene che in caso di impossibilità a trovare un accordo, la designazione del rappresentante comune avverrà ad opera del giudice. Tale soluzione è stata confermata dal Tribunale d'appello del Canton Ticino. La sentenza tratta inoltre della liquidazione della società semplice. Cfr. anche il contributo dell'avv. Francesco Trezzini in www.commercialarbitration.ch.

B.2 Nomina di un rappresentante processuale ex art. 693 cpv. 3 cfr. 4 CO (DTF 132 III 707)

L'art. 693 cpv. 3 cfr. 4 CO prevede che il privilegio conferito alle azioni con diritto di voto privilegiato non vale per la deliberazione sulla questione se debba essere proposta un'azione di responsabilità. Il Tribunale federale si è trovato a dover decidere se questa eccezione è applicabile anche alla successiva scelta di un rappresentante processuale (*Prozessbeistand*). Nel caso concreto ci si è trovati in una situazione in cui l'assemblea generale di una SA composta da quattro azionisti (di cui A. e B. non operativi e detentori della maggioranza del capitale e C. e D. azionisti-amministratori operativi detentori della maggioranza dei voti) ha dapprima deliberato a maggioranza di capitale (ma non di voti) di promuovere un'azione di responsabilità contro tutti i membri del consiglio di amministrazione, quindi anche contro C. e D. Successivamente l'assemblea generale ha deliberato

la nomina di un rappresentante per la conduzione del relativo procedimento. La proposta di nominare Y. quale rappresentante è stata accolta dalla maggioranza del capitale, mentre è stata rigettata dalla maggioranza dei voti. Su indicazione del presidente del consiglio di amministrazione, giusta il quale la nomina del rappresentante presupponeva la maggioranza dei voti, l'assemblea generale ha quindi nominato – a sola maggioranza dei voti – il rappresentante Z. Questa delibera viene contestata dagli azionisti A. e B.

L'art. 693 cpv. 3 CO è inteso alla tutela degli azionisti non privilegiati, segnatamente attraverso una limitazione dei poteri degli azionisti privilegiati, che nel caso concreto risultano oltretutto coinvolti nell'amministrazione della società. In questo senso la cifra 4 prevede che la delibera inerente l'avvio di un'azione di responsabilità venga tolta dalle mani degli azionisti privilegiati e rimessa alla volontà della maggioranza del capitale sociale. Si vuole così evitare che l'interesse di pochi vada a minare le più elementari possibilità di controllo da parte dei rimanenti azionisti. Nel caso di un'azione di responsabilità da promuovere contro il consiglio di amministrazione è palese la necessità – invero non espressamente prevista dalla legge – di affidare la conduzione del processo ad una persona esterna al consiglio di amministrazione, e ciò per evidenti conflitti di interesse. Il Tribunale federale, fondandosi sulla stretta connessione esistente tra la decisione di promuovere un'azione di responsabilità e la scelta del rappresentante al quale affidare la conduzione del relativo processo, ha ritenuto che entrambe le decisioni debbano sottostare alle stesse condizioni. Caso contrario verrebbe data la possibilità agli azionisti privilegiati, ad esempio attraverso la nomina di un rappresentante "di comodo", di vanificare la decisione di fondo presa dalla maggioranza del capitale. Il Tribunale federale, seguendo l'opinione espressa in dottrina da Lukas Handschin (che era pure patrocinatore di A. e B.) ha quindi – a mio avviso rettamente - confermato che l'art. 693 cpv. 3 CO trova applicazione anche per la nomina del rappresentante processuale.

B.3 Diritto a consultare documenti ed ottenere ragguagli ex art. 697 CO (DTF 132 III 71)

La decisione precisa a quali condizioni l'azionista ha diritto a consultare documenti ed a chiedere ragguagli sugli affari della società. Il Tribunale federale ha innanzitutto precisato che oggetto del diritto di consultazione di cui all'art. 697 cpv. 3 CO possono essere tutti i documenti che si trovano presso la società, quindi non solo "i libri e la corrispondenza" in senso stretto. La consultabilità dei documenti sottostà, da un punto di vista formale, all'autorizzazione dell'assemblea generale o del consiglio di amministrazione. Da un punto di vista materiale, i documenti possono essere consultati nella misura in cui sono necessari per l'esercizio dei diritti dell'azionista. Il Tribunale federale ha implicitamente dichiarato che la condizione di cui all'art. 697 cpv. 2 CO non vale solo per decidere se i ragguagli richiesti sono pertinenti, bensì pure per delimitare la portata del diritto di consultazione. Con riferimento al diritto di consultare documenti nell'ambito di un gruppo di società, il Tribunale federale ha precisato che il semplice "volersi fare un'idea" sulla situazione delle società figlie non è motivo sufficiente per giustificare la richiesta di documentazione alla società madre, nemmeno quando l'azionista richiedente detiene il 47% delle azioni della società madre. A tale scopo sussiste già l'obbligo legale di allestire un conto di gruppo (art. 663e CO). Eventuali ulteriori informazioni, così come l'accesso a documentazione societaria, devono essere concessi solo nella misura in cui siano necessari per l'esercizio dei diritti dell'azionista. Il Tribunale federale ha infine confermato che la richiesta di ragguagli non è contenuta nella domanda di consultazione: i ragguagli devono essere chiesti espressamente nell'ambito dell'assemblea generale, così come previsto dall'art. 697 cpv. 1 CO. La domanda di ragguaglio deve essere circostanziata e deve evidenziare quale informazione è richiesta, non quali documenti si vogliono consultare.

B.4 Diritto all'istituzione di una verifica speciale ex art. 697a ss. CO (DTF 133 III 133)

Il Tribunale federale ha sconfessato il tribunale d'appello di Basilea-Città in relazione alle precondizioni che devono essere adempiute affinché un'azionista, che è nel contempo membro/rappresentato nel consiglio di amministrazione, possa chiedere l'istituzione di una verifica speciale ai sensi dell'art. 697a CO. La massima autorità giudiziaria basilese aveva ritenuto che l'azionista-amministratore deve sfruttare le possibilità offertegli dall'art. 715a CO *prima* di poter chiedere una verifica speciale. Il Tribunale federale ha rammentato che la verifica speciale rappresenta il terzo dei diritti di controllo degli azionisti, una sorta di ultima ratio per ottenere le informazioni che non sono state fornite nella relazione sulla gestione (art. 696 CO) e che non è stato possibile ricevere con la richiesta di ragguagli o della consultazione dei documenti societari (art. 697 CO). In questo senso la verifica speciale rappresenta uno strumento sussidiario che può essere utilizzato, come peraltro espressamente previsto dall'art. 697a cpv. 1 CO, solo quando l'azionista si sia già avvalso del suo diritto di ottenere ragguagli o di consultare documenti. E' peraltro sufficiente che tali diritti di informazione siano stati esercitati nell'assemblea generale, mentre non è necessario che l'azionista si sia attivato in sede giudiziaria ai sensi dell'art. 697 cpv. 4 CO. In questo senso la richiesta al giudice di istituire una verifica speciale è alternativa alla richiesta, sempre indirizzata al giudice, di ottenere determinati ragguagli o la consultazione di determinati documenti. Il Tribunale federale ha ricordato che in dottrina esiste una controversia sulla necessità che vi sia un'identità personale tra l'azionista che ha chiesto i ragguagli, quello che ha sottoposto all'assemblea generale la proposta di istituire una verifica speciale e quello che ha infine chiesto l'intervento del giudice. Il Tribunale federale, seguendo la dottrina maggioritaria (che invero forza, ma per una buona causa, l'interpretazione grammaticale dell'art. 697a cpv. 1 CO) , ha negato la necessità di un'identità personale. In altre parole, è del tutto possibile immaginarsi una situazione nella quale un primo azionista abbia chiesto informazioni su di un determinato oggetto senza ottenerle, un secondo azionista

abbia sottoposto all'assemblea generale – senza successo – la proposta di istituire una verifica speciale ed un terzo azionista (eventualmente di concerto con i primi due, alfine di raggiungere il quorum necessario) promuova la relativa azione.
Con riferimento alla questio iuris centrale, vale a dire l'applicabilità dell'art. 715a CO quale precondizione per il ricorso allo strumento della verifica speciale, il Tribunale federale non ha lasciato spazio a dubbi: il diritto di ottenere ragguagli e di consultare documenti di cui all'art. 715a CO ha unicamente la funzione di garantire *ai membri del consiglio di amministrazione* un diritto di informazione, e ciò con la finalità di consentire loro un efficiente ed efficace esercizio dei propri compiti di conduzione e controllo. In questo senso rappresenta il *pendant* della responsabilità del consiglio di amministrazione, che nulla ha a che vedere con i diritti di controllo degli azionisti. Il Tribunale federale conclude pertanto che l'istituzione di una verifica speciale chiesta da un'azionista-amministratore non può essere rifiutata adducendo quale motivo il mancato esercizio dei diritti di informazione ex art. 715a CO riservati agli amministratori.

B.5 Quorum per la richiesta di una verifica speciale ex art. 697b CO (DTF 133 III 180)

Giusta l'art. 697b cpv. 1 CO, la designazione giudiziale di un controllore speciale può essere richiesta da azionisti che rappresentino insieme almeno il 10% del capitale azionario o azioni per un valore minimo di 2 milioni di franchi. Questo requisito deve essere certamente adempiuto al momento in cui viene formulata la richiesta, venendo altrimenti meno la legittimazione attiva degli istanti. La legge non precisa peraltro se il requisito deve essere adempiuto per tutta la durata del processo, rispettivamente se deve essere ancora adempiuto al momento in cui il giudice decide sull'istituzione di una verifica speciale e sulla nomina di un controllore.
Nel caso concreto, gli azionisti di minoranza che avevano proposto l'istanza rappresentavano inizialmente più del 10% del capitale azionario; in corso di

causa, a seguito della desistenza di un azionista, il quorum è venuto meno. Tenuto conto della ratio del quorum, che vuole mediare tra gli interessi di una minoranza qualificata di azionisti ed i notevoli costi e disagi che possono derivare alla società che subisce una verifica speciale, il Tribunale federale ha sancito che il quorum richiesto dall'art. 697b CO deve essere dato non solo al momento dell'inoltro dell'istanza, ma almeno fino alla decisione del giudice. A mio parere poco felice è l'ulteriore precisazione del Tribunale federale, contenuta in un inciso, che lascerebbe intendere che il periodo rilevante per la sussistenza del quorum si estenda addirittura oltre la decisione del giudice, e meglio *"wenigstens bis zum Beginn der Prüfung"*. La precisazione potrebbe dare adito a non pochi grattacapi se il quorum dovesse sgretolarsi proprio nell'interludio tra decisione ed inizio dei lavori di verifica. Difficilmente si potrebbe rimproverare agli azionisti-istanti un difetto di legittimazione attiva.

C. Organizzazione della SA

C.1 Convocazione dell'assemblea generale da parte del giudice ex art. 699 cpv. 4 CO (DTF 132 III 555)

Il Tribunale federale si è trovato a dover decidere se l'art. 699 cpv. 4 CO consenta o meno al giudice di convocare direttamente l'assemblea generale, senza "passare" per il consiglio di amministrazione o un terzo indipendente. La questione è controversa in dottrina: una prima corrente, che si fonda su di un'interpretazione puramente letterale della norma in oggetto (*"la convocazione sarà ordinata dal giudice"*), ritiene che il giudice ha unicamente facoltà di ordinare al consiglio di amministrazione o ad un terzo indipendente la convocazione dell'assemblea generale, ma non di procedervi personalmente. Una seconda corrente, più importante, ritiene che in determinate circostanze, segnatamente quando un ritardo nella convocazione potrebbe avere conseguenze

gravi per la società, il giudice deve poter convocare direttamente l'assemblea generale. Nel caso concreto, il consiglio di amministrazione in carica tentava di assicurarsi determinati vantaggi finanziari a danno della società. Il Tribunale federale, tenendo conto della particolare situazione venutasi a creare e del rischio che un'ulteriore ritardo nella convocazione dell'assemblea avrebbe potuto mettere in pericolo la sopravvivenza della società, ha prediletto la seconda soluzione, più pragmatica e più rispettosa della *ratio legis* dell'art. 699 cpv. 4 CO, ed ha quindi difeso la convocazione operata direttamente dal giudice.

C.2 Contestazione di delibera assembleare ex art. 706 CO (assenza di interesse giuridicamente protetto) (DTF 4C.45/2006 del 26 aprile 2007)

L'azionista di minoranza X. - che detiene il 47% delle azioni della società Y. ma che non è rappresentato in consiglio di amministrazione - ha impugnato con diversi atti giudiziari le delibere dell'assemblea generale degli anni 2000-2004 con le quali veniva nominato C. quale revisore della società Y. Dopo che i procedimenti erano stati sospesi in attesa della decisione concernente la contestazione dell'assemblea generale dell'anno 1999 (contestazione respinta in via definitiva nel 2004), nella primavera del 2005 l'*Handelsgericht* di Zurigo ha disposto la congiunzione dei diversi procedimenti ed ha chiesto a X. di presentare una petizione unica e consolidata. X. ha chiesto l'annullamento delle delibere con le quali era stato nominato C. quale revisore, segnatamente perché, a suo dire, C. non disponeva dell'indipendenza richiesta dall'art. 727c CO. Nell'ambito dell'assemblea generale 2005 C. non si è più ricandidato quale revisore ed al suo posto è stato nominato D. Nella sua risposta preliminare, Y. ha chiesto – facendo riferimento alla mancata rielezione di C., che di fatto risolveva la questione dell'eventuale mancata indipendenza – di limitare il processo alla sola questione dell'interesse giuridicamente protetto (*Rechtsschutzinteresse*) di X. L'*Handelsgericht* ha respinto in ordine le azioni di X., ritenendo non (più) dato il requisito dell'interesse giuridico all'esito della vertenza, segnatamente perché le

delibere relative all'approvazione dei bilanci 2000-2004 erano divenute definitive, non essendo state contestate da X. e non sussistendo elementi per considerarle nulle. Sempre a mente dell'*Handelsgericht*, i bilanci approvati e l'utilizzo del relativo utile avrebbero prodotto conseguenze irreversibili, ragion per cui la nomina di un nuovo revisore per il periodo 2000-2004 e l'allestimento di nuovi rapporti di revisione sarebbero stati fine a sé stessi. Il tribunale di Zurigo non ha escluso che i nuovi rapporti di revisione avrebbero potuto fornire spunti per delle azioni di responsabilità, ha però ritenuto che ciò non è bastevole per comportare la nullità delle relative delibere, conseguenza peraltro nemmeno prevista dall'art. 727c cpv. 2 CO.

Il Tribunale federale ha innanzitutto ricordato che le domande formulate nell'ambito di un processo vanno giudicate nel merito solo se le stesse si fondano su di un interesse sufficiente ed attuale. Un tale interesse è generalmente assente quando la domanda è già stata soddisfatta o non può in alcun caso essere soddisfatta. In genere è necessario un interesse personale dell'istante, il quale deve essere di natura giuridica, nel senso che il preteso accertamento o la pretesa modifica di una determinata situazione giuridica comportino un utile per l'istante medesimo. Il Tribunale federale ha precisato che tale principio vale anche in relazione alle contestazioni in ambito societario, *"wenngleich nach der Rechtsprechung in diesem Bereich ein weit gefasster Interessenbegriff greift und – vorbehältlich des Rechtsmissbrauchsverbots – die Absicht genügt, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen* (DTF 4C.45/2006, consid. 5, sottolineatura nostra). Ai fini della decisione se X. ha o meno un interesse giuridicamente protetto il Tribunale federale è partito dall'ipotesi che C. non fosse effettivamente indipendente ai sensi dell'art. 727c CO: è su questa base, così il Tribunale federale, che occorre stabilire se l'eventuale accoglimento delle contestazioni formulate da X. può avere degli effetti positivi sulla sua situazione giuridica.
Il Tribunale federale ha quindi ricordato che il diritto all'informazione è un diritto fondamentale a protezione degli azionisti ed è il presupposto per l'esercizio di tali

diritti. In questo contesto l'ufficio di revisione gioca un ruolo centrale, dovendo garantire che il diritto di consultare il conto annuale concesso agli azionisti ed ai creditori non sia svuotato di ogni significato, ad esempio perché il bilancio è incompleto o contiene cifre errate. L'ufficio di revisione è inoltre tenuto ad informare il consiglio di amministrazione e, nei casi gravi, anche l'assemblea generale, di tutte le violazioni della legge o dello statuto accertate nell'ambito della propria attività. Al riguardo il Tribunale federale rammenta che tale obbligo non è limitato all'oggetto dell'attività di revisione, *"sondern bezieht sich auf alle festgestellten Unregelmässigkeiten"* (DTF 4C.45/2006, consid. 7.3; DTF 129 III 129 consid. 7.1). Tenuto conto dell'importante funzione di controllo del revisore, il Tribunale federale ha concluso – a mio avviso a ragione – che l'assenza del requisito dell'indipendenza *può* mettere in pericolo l'attività di *reporting* prevista dall'art. 729b CO a favore di tutti gli azionisti, quindi anche di quelli di minoranza. Fondandosi su questo ragionamento, il Tribunale federale ha quindi ritenuto che l'eventuale accoglimento delle contestazioni formulate da X. porterebbe ad una situazione nella quale Y. non avrebbe disposto per gli esercizi 2000-2004 di un ufficio di revisione avente i requisiti di legge. X. sarebbe pertanto messo nella posizione di poter chiedere la nomina di un nuovo revisore indipendente, il quale verificherebbe i conti annuali ed informerebbe l'assemblea generale su eventuali violazioni. In questo senso, l'interesse di X. è sufficiente ed attuale, e ciò indipendentemente dal fatto che per gli anni in oggetto l'assemblea generale abbia approvato i conti e, attraverso le delibere sull'utilizzo dell'utile di bilancio, abbia provocato il verificarsi di certi fatti irreversibili. Infatti *"Die Aufdeckung von allfälligen Unregelmässigkeiten in den früheren Geschäftsjahren und die Beseitigung diesbezüglicher Unsicherheiten werden durch die Genehmigung der entsprechenden Jahresrechnungen nicht bedeutungslos. Vielmehr können sie Grundlage für die Wahrnehmung von Aktionärsrechten bilden, wie beispielsweise die Haftbarmachung von Gesellschaftsorganen, die künftige Ausübung des Stimmrechts, bei der Unregelmässigkeiten Rechnung getragen werden kann, oder die Veräusserung von Aktien."* (DTF 4C.45/2006, consid. 7.3).

Purtroppo il Tribunale federale ha lasciato aperta la questione a sapere se, una volta revocate le decisioni di nomina dell'ufficio di revisione per mancanza di indipendenza, le delibere concernenti l'approvazione dei conti annuali decadono in quanto colpite da nullità o meno.

C.3 Contestazione di delibera assembleare ex art. 706 CO (art. 685a e 685b) (DTF 4C.35/2007 del 18 aprile 2007)

A. detiene il 3% di D. Nell'ambito di un'assemblea generale di D. è stato deciso, tra l'altro, di limitare la trasferibilità delle azioni introducendo nello statuto una disposizione che prevede la facoltà del consiglio di amministrazione di respingere il trasferimento di azioni nel caso in cui una sua approvazione porterebbe l'acquirente a detenere più del 9.5% del capitale sociale. A. si avversa contro la delibera assembleare ritenendo che le condizioni qualificate necessarie per l'introduzione successiva di una limitazione del trasferimento non sono adempiute e che l'introduzione di un limite percentuale viola il principio della proporzionalità e della parità di trattamento degli azionisti.

Giusta l'art. 685a CO lo statuto può prevedere che il trasferimento delle azioni nominative richieda l'approvazione della società. L'art. 685b cpv. 1 CO prevede che la società può respingere il trasferimento se invoca un grave motivo previsto nello statuto, mentre il cpv. 2 specifica che sono considerati gravi motivi le disposizioni concernenti la composizione della cerchia degli azionisti tendenti a salvaguardare lo scopo sociale e l'indipendenza economica dell'impresa.

Il Tribunale federale ha ribadito che una limitazione percentuale delle azioni nominative che possono essere detenute da un singolo azionista è un metodo idoneo e proporzionato a garantire l'indipendenza economica della società. Nel caso concreto, il limite del 9.5% è tendenzialmente elevato, e non troppo basso, come ritenuto da D. Tenuto conto della composizione dell'azionariato, che è

contraddistinta dalla presenza di due azionisti che detengono il 38% rispettivamente il 10%, il Tribunale federale ha ritenuto che la nuova norma, contrariamente a quanto sostenuto da D., non penalizza i piccoli azionisti, bensì rischia di sfavorire gli azionisti che già detengono percentuali superiori al limite del 9.5%, i quali non solo non potranno acquistare ulteriori azioni ma pure saranno di fatto impossibilitati a vendere la totalità delle azioni che detengono ad un solo acquirente.

C.4 Nullità delle decisioni del consiglio di amministrazione ex art. 714 CO – potere di rappresentanza ex art. 718 CO (DTF 133 III 77)

Il Tribunale federale è stato chiamato a decidere sul ricorso proposto dal direttore ed amministratore delegato X. che, una volta rimosso dalla sua carica di amministratore dall'assemblea generale, ha impugnato la disdetta del suo contratto di lavoro perché, da un lato, la decisione di porre fine al rapporto di lavoro scaturiva a suo dire da una delibera nulla del consiglio di amministrazione (la decisione non essendo stata presa nell'ambito di una seduta formale del consiglio di amministrazione) e, dall'altro, A., il firmatario della disdetta, vale a dire l'unico altro membro del consiglio di amministrazione rimasto in carica, disponeva, stando alla non ancora aggiornata iscrizione a registro di commercio, unicamente del diritto di firma collettiva a due.

Il Tribunale federale ha innanzitutto ricordato che l'art. 714 CO prevede che i motivi di nullità delle delibere dell'assemblea generale si applicano per analogia alle decisioni del consiglio di amministrazione. Mentre in dottrina e per costante giurisprudenza è chiaro che le decisioni del consiglio di amministrazione non possono essere impugnate, la portata del rinvio di cui all'art. 714 CO è controversa. Particolarmente problematica è la trasposizione alle decisioni del consiglio di amministrazione dei motivi di nullità di cui all'art. 706b CO cifra 1. e 2. Vi è invece unità d'intenti per quanto attiene l'eccezionalità della misura,

ritenuto come *"la nullité ne sera admise qu'exceptionnellement, par example en cas de violation grave et durable de règles légales impératives et fondamentales"* (DTF 133 III 77, consid. 5). Con riferimento al caso concreto, il Tribunale federale ha precisato che la legge non solo non prescrive per il consiglio di amministrazione la tenuta di sedute formali, bensì prevede pure la possibilità di prendere decisioni in forma circolare. In questo senso non si vede come la mancata tenuta di una seduta formale e del relativo verbale possa in qualche maniera produrre la nullità della decisione, tanto più che il consiglio di amministrazione, dopo l'uscita di X., consisteva del solo membro A.

Il Tribunale federale ha pure respinto le censure di X. in punto alla mancanza del diritto di A. a rappresentare la società (e quindi a dare la disdetta) con firma individuale. Richiamando l'art. 718 cpv. 3 CO, che prevede che almeno un amministratore deve essere autorizzato a rappresentare la società, conclude che *"dans le cas où le conseil d'administration est composé d'une seule personne, celle-ci a nécessairement, de par la loi, pouvoir de représenter la société, et cela nonobstant une éventuelle inscription divergente au registre du commerce."* (DTF 133 III 77, consid. 6).

C.5 Revoca di un liquidatore su istanza di un'azionista ex art. 741 cpv. 2 CO (DTF 132 III 758)

Nel periodo considerato il Tribunale federale si è dovuto occupare anche della revoca di un liquidatore. Giusta l'art. 741 cpv. 2 CO il giudice può, ad istanza di un azionista, quando sussistano gravi motivi, revocare i liquidatori e, se necessario, nominarne altri. Scopo di questa norma è di proteggere gli interessi degli azionisti di minoranza. A mente del Tribunale federale sono da considerarsi gravi motivi *"toutes circonstances desquelles on peut déduire objectivement que la liquidation ne sera pas exécutée de manière régulière, de telle sorte que les intérêts des actionnaires et de la société pourrait être mis en péril ou lésés. Il peut*

s'agir par exemple de l'incapacité d'un liquidateur, de sa négligence, de son absence, de son manque de probité ou encore de sa dépendance prévisible à l'égard d'une majorité qui prendrait des décisions abusives" (DTF 132 III 758, consid. 3.3). Un motivo grave può pure sussistene nel caso in cui un liquidatore abbia una doppia funzione, per esempio quale liquidatore della società che viene sciolta ed amministratore della società neocostituita che deve riprendere gli attivi della vecchia società. In genere si riterrà che il rischio che il liquidatore non adempia correttamente la sua funzione è tanto più elevato se già ha violato i propri obblighi.

Nel caso concreto il Tribunale federale ha ritenuto che il liquidatore ha violato a diverse riprese i suoi obblighi, segnatamente non mettendo a disposizione degli azionisti di minoranza determinate informazioni e favorendo gli azionisti di maggioranza in occasione della vendita di determinati attivi della società. In aggiunta, il liquidatore si è esposto ad un potenziale conflitto di interessi, avendo agito nell'ambito di una dichiarazione di postergazione tanto per la creditrice che per la debitrice. In queste circostanze il Tribunale federale ha concluso per la sussistenza di gravi motivi e per la revoca del liquidatore.

D. Responsabilità degli organi

D.1 Responsabilità per prospetti di emissione ex art. 752 CO (DTF 132 III 715)

La decisione in esame scaturisce dalla fattispecie descritta nel seguito. Le azioni della società X. sono state quotate in borsa il 25 novembre 1999. Alla base della quotazione vi era, tra gli altri, il prospetto di emissione del 24 novembre 1999. Il primo giorno di contrattazioni il prezzo delle azioni è salito del 65%, da CHF 240 a CHF 390. Il ricorrente A. ha acquistato al 3 dicembre 1999 azioni della società X. al prezzo di CHF 399 per titolo. Il ricorrente B. ha effettuato due acquisti in

data 10 e 21 febbraio 2000 al prezzo di CHF 905 rispettivamente 775 per titolo. Il ricorrente A. ha tenuto le azioni fino all'apertura della moratoria concordataria ed ha subito una perdita pressoché totale. Il ricorrente B. ha venduto le proprie azioni già il 10 maggio 2000, subendo peraltro pure una perdita importante. I ricorrenti hanno avanzato nei confronti del consiglio di amministrazione di X. e della banca Y. una domanda di risarcimento danni fondata sull'art. 752 CO, segnatamente perché, a loro dire, le indicazioni contenute nel prospetto di emissione erano nella loro complessità incomplete e suscettibili di indurre in errore. I ricorrenti lamentano in particolare l'assenza di indicazioni nel prospetto dei difetti del software "Z" (il più importante prodotto di X.) e degli importanti problemi con la clientela.

Il Tribunale federale ha innanzitutto rammentato che la responsabilità per prospetti d'emissione di cui all'art. 752 CO presuppone l'esistenza di un nesso causale tra le indicazioni contenute nel prospetto e la decisione di acquisto dell'investitore rispettivamente il danno successivamente prodottosi. Il Tribunale federale ha quindi ricapitolato la giurisprudenza in punto al grado probatorio richiesto per la dimostrazione della causalità naturale ed adeguata. Così come nell'ambito del risarcimento danni in generale, anche nella responsabilità per prospetti di emissione l'investitore che sostiene che determinate indicazioni inesatte contenute nel prospetto sono state causali per la sua decisione di acquisto non deve fornire una prova piena del nesso causale da lui asserito, bastando a tale scopo una *verosimiglianza preponderante*. In applicazione dell'intensità probatoria della verosimiglianza preponderante, una prova si ritiene fornita quando la correttezza di un'asserzione di fatto è oggettivamente sostenuta da motivi talmente importanti da rendere altre possibilità ragionevolmente irrilevanti. Nel caso dei prospetti di emissione la dottrina dominante – che sembra essere condivisa dal Tribunale federale – ritiene che un nesso causale tra le indicazioni contenute nel prospetto e la decisione di acquisto è in ogni caso dato per l'investitore che ha acquistato le azioni durante il periodo di sottoscrizione, ossia per l'acquirente del mercato primario. Giusta la più recente dottrina – sulla quale

il Tribunale federale non esprime però apprezzamenti - la facilitazione probatoria introdotta con il concetto della verosimiglianza preponderante deve valere anche per l'investitore che ha acquistato i titoli sul mercato secondario, pagando un prezzo che è il risultato del gioco delle forze del mercato, e ciò persino se l'acquirente non ha letto il prospetto di emissione (!).

Ad ogni buon conto, il Tribunale federale ricorda che l'abbassamento della soglia probatoria non deve essere confuso con l'onere probatorio, che è e rimane a carico del ricorrente. In questo senso il Tribnale federale si esprime inequivocabilmente contro gli autori che propugnano un'inversione di tale onere: *"Eine solche Umkehr der Beweislast ist jedoch systemfremd und findet auch im Gesetz keine Stütze"* (DTF 132 III 715, consid. 3.2.2). Nel caso concreto, il Tribunale federale ha ritenuto che, nonostante l'alleggerimento dell'onere probatorio, il ricorrente non abbia adempiuto tale onere.

D.2 Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 754 CO (DTF 132 III 564)

Alla base della decisione qui presentata vi è la seguente fattispecie: nel 1984 la società Z., amministrata dagli avvocati X. ed Y., ha affittato da J. una villa per CHF 120'000 all'anno per la durata di 10 anni. L'affitto veniva regolarmente pagato da un conto bancario il cui titolare era ignoto. Nel marzo 1992 le competenti autorità hanno negato l'autorizzazione per l'acquisto della villa da parte di Z.: da allora sono cessati i pagamenti dell'affitto e la società Z., che non aveva alcuna altra attività commerciale, non è stata più in grado di ottemperare gli obblighi assunti nei confronti di J. Nell'agosto 1992 J. ha avviato delle procedure esecutive contro Z., nei confronti della quale è stato aperto il fallimento nel 1997. Nel fallimento, J. ha fatto valere pretese per pigioni impagate pari a ca. CHF 600'000. L'amministrazione del fallimento ha messo a bilancio pretese a titolo di responsabilità nei confronti degli amministratori X. ed Y per un pari importo. Nel seguito J. si è fatto cedere dalla massa fallimentare le predette pretese ai sensi dei

combinati art. 260 LEF e 757 cpv. 2 CO e nel gennaio 1998 ha avviato una causa di responsabilità contro X. ed Y.

Facendo riferimento alla sua più recente giurisprudenza sulla responsabilità in ambito societario il Tribunale federale ha innanzitutto constato la necessità di precisare le tre costellazioni di danneggiamento dei creditori dovute all'agire degli organi. La prima situazione riguarda il danno che si produce direttamente ed unicamente nel patrimonio del creditore (*danno diretto*): in questo caso valgono le regole generali della responsabilità civile (ossia art. 41 ss. CO). La seconda situazione è quella del danno che si manifesta in primo luogo in una diminuzione del patrimonio della società e solo di riflesso, in caso di fallimento, nel patrimonio del creditore (*danno indiretto*): in questo caso sono le norme della responsabilità previste dal diritto della società anonima a trovare applicazione (art. 757 CO). Da ultimo vi è la variante – a detta del Tribunale federale piuttosto rara – in cui sia la società (in fallimento) sia il creditore siano direttamente danneggiati: in quest'ultima eventualità si applica la soluzione sviluppata dal Tribunale federale per evitare pretese concorrenti dei creditori e della società, per cui il creditore (come pure l'azionista) che intende far valere delle pretese direttamente contro gli organi, lo può fare solo se fonda le sue pretese o sull'art. 41 CO o sulla culpa in contrahendo o su di una norma di diritto societario intesa alla sua esclusiva protezione.

Nel caso concreto il Tribunale federale ha stabilito che il danno si era in prima analisi prodotto nel patrimonio della società e che il creditore era solo indirettamente danneggiato. Visto però che la pretesa era stata ceduta al creditore ai sensi dell'art. 757 cpv. 2 CO, la legittimazione attiva di quest'ultimo è comunque data. Il Tribunale federale ha inoltre confermato che quando un creditore agisce quale cessionario dei diritti della massa non si procede al riesame della fondatezza e dell'ammontare del suo credito, in quanto ammesso nella graduatoria.

D.3 Responsabilità dell'ufficio di revisione ex combinati art. 755 CO e art. 729b CO (DTF 4C.58/2007 del 25 maggio 2007)

Nell'ambito di un'azione di responsabilità avviata nei confronti degli organi societari, il Tribunale federale si è trovato a dover indirettamente giudicare l'operato dell'ufficio di revisione, segnatamente in relazione al rispetto o meno dell'obbligo dell'art. 729b cpv. 2 CO, giusta il quale, in caso di manifesta eccedenza di debiti, il revisore è tenuto ad avvisare il giudice se il consiglio di amministrazione omette di farlo. Nel caso in esame, il consiglio di amministrazione aveva depositato i bilanci e chiesto l'apertura del fallimento in data 12 ottobre 1998. Uno dei creditori aveva poi proceduto in giudizio contro il consiglio di amministrazione e l'ufficio di revisione lamentando un tardivo avviso dato al giudice. La perizia contabile ordinata dal tribunale di prima istanza è giunta alla conclusione che se l'ufficio di revisione avesse svolto correttamente i suoi compiti di verifica (in particolare se avesse rilevato la mancata contabilizzazione di determinati ammortamenti) avrebbe dovuto accorgersi al più tardi in data 7 novembre 1996 che la società si trovava già al 31 dicembre 1995 in una situazione di sovraindebitamento. Il tribunale d'appello del Canton Ginevra ha quindi concluso che il revisore aveva negligentemente omesso di avvisare il giudice ed ha pertanto ricondotto allo stesso il maggior ammanco prodottosi a danno dei creditori tra il 31 dicembre 1996 (la data più vicina al momento in cui l'ufficio di revisione avrebbe dovuto attivarsi) ed il 12 ottobre 1998, data dell'effettivo deposito dei bilanci.

Il revisore lamenta davanti al Tribunale federale l'errata applicazione della teoria della differenza in relazione alla determinazione del danno. In particolare, il revisore rileva come la perizia contabile abbia calcolato il maggior ammanco paragonando un bilancio steso sulla base dei valori d'esercizio (quello al 31.12.1996) con un bilancio a valori di liquidazione (quello al 12.10.1998). Così facendo sono stati paragonati dei valori non paragonabili e, ritenuto che di regola i

valori di liquidazione sono inferiori ai valori d'esercizio, il deterioramento della situazione patrimoniale calcolato dal perito è sicuramente superiore a quello realmente intervenuto nel periodo di tempo considerato. Il Tribunale federale condivide la critica del revisore, confermando che anche il bilancio di riferimento del 31.12.1996 avrebbe dovuto essere steso a valori di liquidazione, visto che *"dans les deux cas, la valeur d'exploitation n'a plus aucune pertinence dans l'optique de la liquidation de la société"* (DTF 4C.58/2007, consid. 2.5). Ha quindi accolto il ricorso e rinviato la causa al tribunale cantonale per complemento istruttorio e nuova decisione.

Trécc-Medeglia, agosto 2007 Davide Jermini