

Aspetti specifici di responsabilità civile

Avv. Mauro Cavadini

**“Essere membro di un Consiglio
d’amministrazione: compiti e
responsabilità”**

Conferenza CClA 7 maggio 2015

Sommario

- I. Obblighi dell'amministratore
- II. Persone potenzialmente responsabili
- III. Condizioni della responsabilità civile
- IV. Titolare dell'azione
- V. Inizio e fine della responsabilità
- VI. Si può essere ritenuti responsabili per decisioni rivelatesi inadeguate (mancanza di business judgement)?
- VII. I 10 errori più frequenti nei Consigli di Amministrazione

I. Obblighi dell'amministratore

- Codice delle Obbligazioni (diritto societario)
- Diritto del mercato dei capitali
- Diritto fiscale
- Leggi sulle assicurazioni sociali
- Diritto penale

NB: per le Sagl si rimanda agli stessi principi di responsabilità della SA (Art. 827 CO).

I. Obblighi dell'amministratore

- Attribuzioni alienabili (art. 716a cpv. 1 CO):
 - Alta direzione della società;
 - Definizione dell'organizzazione;
 - Organizzazione contabilità, controllo finanziario e pianificazione finanziaria;
 - Nomina e revoca delle persone incaricate della gestione e rappresentanza;
 - Alta vigilanza.

I. Obblighi dell'amministratore

- Obbligo di diligenza (art. 717 cpv. 1 CO):
 - Standard oggettivo: determinante è il comportamento che ci si può ragionevolmente attendere da un amministratore che agisce in maniera corretta in una situazione analoga.
- [Giurisprudenza] Decisione è diligente se:
 - Materialmente sostenibile;
 - Conforme a norme legali imperative;
 - Non contraria a scopo sociale;
 - Presa al termine di un cammino decisionale critico;
 - No conflitti d'interesse.

I. Obblighi dell'amministratore

- Obbligo di fedeltà (art. 717 cpv. 1 CO):
 - Obbligo di anteporre gli interessi della società agli interessi personali o di persone vicine alla società (azionisti) o all'amministratore;
 - Divieto di attività concorrenziali;
 - Obbligo della riservatezza in relazione ad informazioni confidenziali.

I. Obblighi dell'amministratore

- Adozione di misure di risanamento e avviso del giudice in caso di eccedenza di debiti (art. 725 CO):
 - svolgere un esame complessivo e oggettivo della situazione;
 - farsi un'idea delle possibilità di sopravvivenza della società;
 - adottare – se del caso – misure di risanamento;
 - solo in subordine: deposito bilanci dal giudice

Giurisprudenza costante (DTF 138 III 204; 116 II 533): in caso di possibilità concreta di risanamento realizzabile a corto termine adottando misure che appaiono ragionevoli secondo le circostanze si può (deve?) prescindere dalla notifica al giudice.

II. Persone potenzialmente responsabili

- Promotori;
- Organi formali;
- Organi materiali;
- Organi di fatto;
- Società madre? (è organo della società figlia?).

II. Persone potenzialmente responsabili

- Promotori (art. 753 CO)

«I promotori, gli amministratori e tutti coloro che cooperano alla costituzione di una società sono responsabili sia verso la società sia verso i singoli azionisti e creditori della società per il danno loro cagionato:

1. indicando in modo inesatto o suscettibile di indurre in errore, sottacendo o dissimulando, intenzionalmente o per negligenza, conferimenti in natura o assunzioni di beni o vantaggi speciali accordati ad azionisti o ad altri, nello statuto, in una relazione dei promotori o d'aumento del capitale, o agendo in altro modo contrario alla legge in occasione dell'approvazione di una misura di tal genere.
ϑ(...))»

II. Persone potenzialmente responsabili

- Organi formali e materiali
 - Principio: art. 754 cpv. 1 CO:

“Gli amministratori (...) sono responsabili, sia verso la società sia verso i singoli azionisti e creditori della stessa, del danno loro cagionato mediante la violazione, intenzionale o dovuta a negligenza, dei doveri loro incombenti.”

II. Persone potenzialmente responsabili

- Organi formali
 - Liberazione dalla responsabilità in caso di delega a terzi (direttori):
 - Non trattasi di compiti inalienabili di cui all'art. 716a cpv. 1 CO;
 - Delega autorizzata dallo statuto;
 - Delega concretizzata dal regolamento di organizzazione;
 - Persone a cui i compiti sono stati delegati sono stati diligentemente scelti, istruiti e controllati (*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*).

II. Persone potenzialmente responsabili

- Organi di fatto
 - Principio: art. 754 cpv. 1 CO

„Gli amministratori e tutti coloro che si occupano della gestione o della liquidazione sono responsabili, sia verso la società sia verso i singoli azionisti e creditori della stessa, del danno loro cagionato mediante la violazione, intenzionale o dovuta a negligenza, dei doveri loro incombenti.“

NB: l'azionista, anche se maggioritario o unico, di regola NON ha responsabilità personale, se non esercita alcuna attività gestionale o direzione unica (gruppi di società!)

II. Persone potenzialmente responsabili

- Organi di fatto

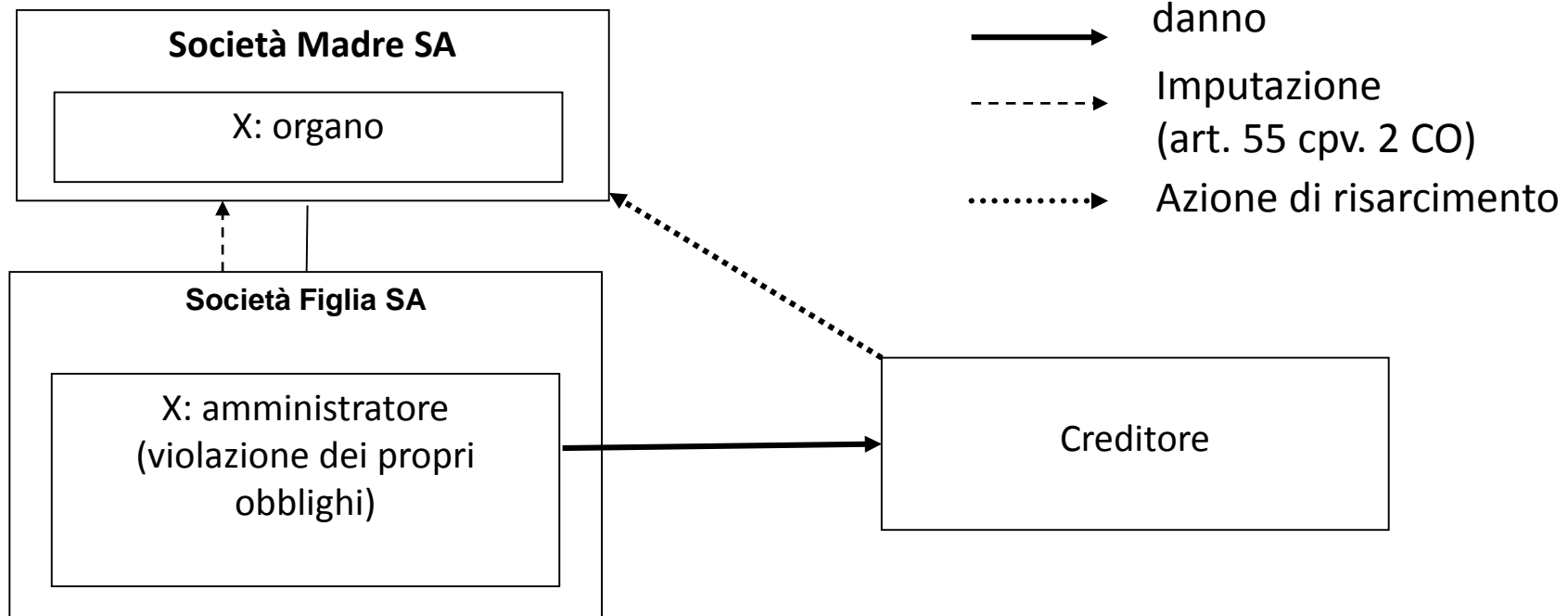
« (...) non pas seulement les organes habilités à prendre des décisions et expressément nommés en cette qualité; elles comprennent aussi les personnes qui prennent en fait les décisions réservées aux organes ou s'occupent effectivement de la gestion et contribuent ainsi de manière déterminante à former la volonté de la société »

- Condizioni (DTF 136 III 14, DTF 128 III 29)

- Compiti sono esercitati in modo duraturo (non occasionale), indipendente e sotto la propria responsabilità;
- Compiti che eccedono di regola lo svolgimento quotidiano di mansioni per la società (non subordinato);
- Decisioni che hanno influenza sul risultato della società;
- Di regola: non un procuratore o un mandatario (poteri effettivi, NON la carica/il titolo sono determinanti);
- Un atto isolato o assistenza in posizione subordinata non sono sufficienti.

II. Persone potenzialmente responsabili

- Società madre (teoria della Doppelorganschaft)
(violazione di obblighi da parte di organi di società madre che sono messi nel CdA della società figlia a rappresentare gli interessi della società madre)



II. Persone potenzialmente responsabili

In conclusione, può essere ritenuto responsabile chi:

- ha collaborato alla costituzione della società (limitatamente a fattispecie legate alla costituzione), oppure;
- è stato formalmente eletto quale membro del CdA o liquidatore, oppure;
- è stato delegato dal CdA in modo lecito a eseguire determinati compiti dirigenziali, oppure;
- influenza in maniera duratura ed indipendente il processo decisionale della società, senza essere mai stato formalmente nominato quale organo della stessa.

III. Condizioni della responsabilità civile

- Atto illecito;
- Colpa;
- Danno;
- Nesso causale.

III. Condizioni della responsabilità civile

- Atto illecito:
 - Violazione di un obbligo (cfr cap. I);
 - Azione o omissione.

III. Condizioni della responsabilità civile

- Colpa:
 - Intenzionale o per negligenza;
 - Leggera o grave

NB:

- la mancanza di formazione o di tempo non costituiscono attenuanti;
- qualora manchino le conoscenze necessarie occorre richiedere la consulenza di esperti;
- vale anche per l'amministratore a titolo "fiduciario" (amministratore per conto dell'azionista unico).

-> De facto in caso venga accertata la una violazione dei propri doveri è sempre dato anche il requisito della colpa.

III. Condizioni della responsabilità civile

- Danno
 - Nozione patrimoniale: diminuzione dell'attivo, aumento del passivo, non aumento del attivo o non diminuzione del passivo
 - > semplice inconvenienza o svantaggio immateriale non sono sufficienti;
 - Danno emergente / mancato guadagno.

III. Condizioni della responsabilità civile

- Nesso causale
 - Naturale: l'atto illecito costituisce una condizione *sine qua non* del risultato;
-> se il danno si sarebbe verificato anche qualora l'amministratore avesse rispettato i propri obblighi = non c'è nesso di causalità naturale
 - Adeguato: è conforme al corso ordinario delle cose ed all'esperienza della vita che l'atto illecito compiuto abbia quale conseguenza il risultato avvenuto;

IV. Titolare dell'azione (art. 756 e 757 CO)

- Azione della società;
- Azione dell'azionista;
- Azione del creditore.
- [+ Azione della società fatta dall'azionista]
- [+ Azione della società fatta dal creditore]

V. Inizio e fine della responsabilità

- Inizio
 - La responsabilità inizia con la nomina e la relativa accettazione di carica (organo formale).
- Fine
 - La responsabilità finisce di regola con le dimissioni, la revoca o la mancata rielezione alla scadenza del periodo di carica, anche se un'eventuale iscrizione a RC non viene cancellata;
 - Eccezione: responsabilità dei confronti di terzi e azionisti in buona fede quando l'organo in oggetto non fa nulla per effettuare o accelerare la propria cancellazione a RC (DTF 111 II 484);
 - La responsabilità decade quando l'organo si oppone esplicitamente ad una delibera del CdA, ma è messo in minoranza (importanza della verbalizzazione!)

V. Inizio e fine della responsabilità

- Effetti dello scarico (Art. 758 CO)
 - La delibera di scarico rappresenta una rinuncia della società a far valere pretese di risarcimento danni da parte degli organi responsabili;
 - Può essere riferito a singoli episodi oppure essere di natura generale;
 - Lo scarico non pregiudica il diritto di azionisti a far valere un eventuale danno diretto;
 - Art. 758 cpv 2 CO: chi ha votato contro lo scarico (inclusi astenuti e assenti) può far valere il danno subito dalla società (danno indiretto) entro un termine di 6 mesi dalla AG che ha deliberato lo scarico (termine di perenzione);
 - Lo scarico non pregiudica nessuno dei diritti dei creditori o di terzi nei confronti degli organi responsabili.

V. Inizio e fine della responsabilità

- Termini di prescrizione
 - Le azioni di risarcimento si prescrivono in 5 anni dal giorno in cui il danneggiato conobbe il danno e la persona responsabile, e in ogni caso nel termine di 10 anni dal giorno dell'atto che ha causato il danno (760 cpv. 1 CO);
 - Se l'azione deriva da un atto punibile, a riguardo del quale la legislazione penale stabilisca una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile (760 cpv. 2 CO).

VI. Responsabilità per inadeguatezza delle decisioni?

- “*Business judgement rule*” (DTF 139 III 24): presunzione secondo cui gli organi hanno preso una decisione adeguata se:
 - Nessun conflitto d’interessi;
 - Decisione presa sulla base di informazioni sufficienti;
 - Decisione che essi potevano ragionevolmente considerare essere nell’interesse della società (anche se – a posteriori – un’altra decisione sarebbe stata più opportuna).
 - [Per fortuna] E’ riconosciuto che ogni attività imprenditoriale comporta una certa dose di rischio e che per gestirla è necessario ottimismo e fiducia nella bontà delle proprie decisioni

VI. Responsabilità per inadeguatezza delle decisioni?

- Di conseguenza: presunzione, ma confutabile;
- In pratica: dimostrazione del contrario molto difficile da apportare (casi di applicazione molto rari);
- Affare Swissair (cfr. Circolare no. 8 del liquidatore di SAirGroup ai creditori del marzo 2006, pag. 11):

“le conseil d’administration de SAirGroup (...) prit la décision de participer à la recapitalisation de Sabena à hauteur de EUR 150 millions et ce bien qu’il ait été informé (...) du surendettement de Sabena, ainsi que du fait que l’injection de capital prévue ne suffirait même pas à couvrir les besoins financiers à court terme. (...) Un dommage de EUR 150 millions résultait donc pour SAirGroup de cette transaction.”

VII. I 10 errori più frequenti nei Consigli d' Amministrazione

- Composizione / qualifiche insufficienti
- Troppo poco critico e indipendente
- Conflitti d'interesse / interessi propri
- Mancanza di strategia risp. di un controllo della strategia
- Risk management inesistente o insufficiente

VII. I 10 errori più frequenti nei Consigli d' Amministrazione

- Ritmo delle sedute di CdA troppo basso
- Mancanza di informazione
- Verbalizzazione insufficiente
- Presa di decisioni tardiva o carente
- Suddivisione delle competenze con la direzione poco chiara; mancanza di controllo periodico sull'operato della direzione



**... ma pur sempre
liberi di decidere e di
fare ...**

**Grazie
per l'attenzione**