

# Le azioni di responsabilità dei soci minoranza e *unfairly prejudicial conducts* nelle società e banche in Gran Bretagna.

PIERRE DE GIOIA CARABELLESE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La regola della maggioranza e la protezione della minoranza. – 3. Il *common law* inglese ed il precedente *Foss v Harbottle*. - 3.1. Le eccezioni al precedente *Foss v. Harbottle*. - 3.2. Illegalità e atti *ultra vires*. - 3.3. Irregolarità procedurali di notevole rilevanza. - 3.4. Frode nei confronti della minoranza. – 3.5. Il caso di violazione dei diritti dei soci. – 4. La disciplina legislativa delle azioni derivate nella legislazione britannica. 4.1. Le specifiche regole del *Companies Act 2006*. - 4.2. L'interazione fra eccezioni alla regola di «Foss» e nuova disciplina legale. – 5. Le altre forme di tutela della minoranza nell'ordinamento anglo-gallese. - 5.1. La specificità delle «*unfairly prejudicial conducts*»: spunti riflessivi.

1. In Italia, viene affermato in forma quasi tralatizia che le azioni derivate (ovvero di minoranza) costituirebbero una derivazione dell'analogo istituto anglo-americano, il quale sarebbe stato introdotto nella legislazione italiana, particolarmente nella disciplina delle società quotate, al fine di una tutela progressista e democratica delle minoranze. Tale importazione di un istituto giuridico di tipo societario risulterebbe anche il risultato di una non dimostrata superiorità di ordinamenti, gli uni (quelli di *common law*) più avanzati rispetto agli altri (quelli di *civil law*). È noto tuttavia che le affermazioni apodittiche sono fra le più infide e, in definitiva, finanche fallaci. La tematica delle azioni derivate può rappresentare una conferma di ciò.

Le presenti riflessioni intendono evidenziare che in realtà una tale affermazione è solo parzialmente corretta. Sebbene sia dimostrabile che è la legislazione americana ad avere ispirato le *derivative actions*, in realtà nella legislazione societaria britannica l'istituto è stato introdotto molto timidamente, ed invero non è mai realmente decollato. In altre parole, nel *common law* inglese, il solido principio di *Foss v Harbottle*, il quale ha storicamente rappresentato la roccaforte contro l'azione legale diretta del socio nei confronti degli amministratori della società, costituisce pur sempre un pilastro al quale, in quasi 200 anni di «vita» del precedente, ben poche eccezioni possono effettivamente riscontrarsi.

Con la Brexit è finanche probabile affermare in modo speculativo – e ciò costituisce un ulteriore tema di ricerca del presente lavoro – che la stessa legislazione in tema di *derivative proceeding* possa finanche cambiare, con la conseguenza che il ritorno al rigido e duro precedente di «Foss» e alla regola del *common law* (*ergo*, nessuna azione del socio contro gli amministratori) venga integralmente ripristinato.

Da ultimo, lo scritto intende esaminare una azione particolare, la *unfairly prejudicial conduct*, la quale, esistente nella legislazione del Regno Unito fin dal *Companies Act 1949*, non è mai stata adeguatamente analizzata per l'Italia e che per contro potrebbe rappresentare un parametro di opportuno riferimento.

2. Le società sono configurate nell'ordinamento inglese come «democrazie», in tutti gli ordinamenti giuridici, e la gran parte delle decisioni dei propri soci (i *members*) sono prese secondo un principio maggioritario<sup>1</sup>. Tuttavia, se è vero che le minoranze potrebbero risultare estremamente insoddisfatte circa le decisioni adottate dalla maggioranza in nome e per conto dell'organizzazione; in molti casi, a causa della dinamica della struttura societaria, le decisioni, particolarmente quelle di natura straordinaria, non vengono nemmeno adottate dalla maggioranza, ma semplicemente da una minoranza più consistente delle altre minoranze. In alcuni casi gli stessi amministratori (i *directors*) costituiscono essi stessi la maggioranza, e ciò dà luogo a ben noti *agency costs*.

In tal scenario è possibile che i soci della società possano temere che gli amministratori abbiano abusato dei loro poteri o agito in violazione dei loro doveri. Solitamente tali tematiche, soprattutto in Gran

<sup>1</sup> È comunque evidente che, al pari di quanto accade in Italia, nella legislazione societaria britannica il potere di gestire la società spetta principalmente agli amministratori, con poteri molto limitati attribuiti agli azionisti. Questi poteri sono limitati ai diritti fondamentali di cui alla legge, come il diritto di cambiare lo statuto (*Articles*), ai sensi della *section 21, Companies Act 2006*, ovvero il potere di aumentare o ridurre il capitale sociale. Cfr. B. HANNIGAN, *Company Law*, 5<sup>a</sup> ed., Oxford, 2018, p. 439 ss. Di recente nel dibattito giuridico italiano: FAUCEGLIA, *La regola maggioritaria nella società azionaria: il lento declino della legge della ragione e la crisi del capitalismo*, in *Studi in onore di Gustavo Visentini*, 2019. Più in generale, si rinvia ai lavori seminali di A.A. BERLE - C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Abbingdon, 2017 (ristampa, originariamente 1932).

Bretagna, un Paese a bassa litigiosità giudiziaria, altri mezzi sono usati al fine di definire tali questioni (es. vere e proprie forme di «conciliazione» endosocietarie), tuttavia, occasionalmente, lo scenario giudiziale rappresenta la strada necessaria ed ineludibile. Ove i soci si dolgono di un abuso degli amministratori, le corti inglesi hanno ritenuto che gli stessi sono legittimati a promuovere un'azione in nome della società, qualora gli stessi soci siano in grado di approvare una delibera ordinaria (*ordinary resolution*) che autorizzi la società medesima in tal senso. Un precedente, *Alexander Ward & Co Ltd v Samyang Navigation Co Ltd*<sup>2</sup>, contiene la *ratio decidendi* da cui è inferibile il principio in discorso. Del pari, se la società è in liquidazione, il liquidatore ha il potere di iniziare una azione civile contro gli amministratori, usando i rimedi di cui alla *section 212 dell'Insolvency Act 1986*.

È finanche ovvio osservare che, se le tematiche sono facilmente risolvibile in questi casi, maggiori problemi si pongono ove sia la minoranza dei soci, senza il supporto della società, a cercare un rimedio per l'illecito (il *wrong*) perpetrato dagli amministratori della società. È in tali circostanze che, storicamente, le azioni dei soci di minoranza sono state rigettate a livello giudiziale in modo molto costante, nell'ordinamento inglese a partire da *Foss v Harbottle*. Tuttavia, la giurisprudenza ha elaborato eccezioni, nel corso dei decenni, per vero molto limitate, per poi approdare, con il *Companies Act 2006*, ad una concettualizzazione legislativa dell'azione del socio di minoranza, dunque ad una *derivative action*<sup>3</sup>.

3. Il principio dell'ordinamento anglo-gallese, riassunto nell'assioma *majority rule* (la regola della maggioranza), insegna che i soci di minoranza non hanno titolo per iniziare un giudizio – basandosi sul mero assunto che un illecito è stato perpetrato nei confronti della società da parte degli amministratori – al fine di contestare le decisioni della società che gli stessi non hanno gradito, laddove la maggioranza sia chiaramente in favore di una tale decisione. Il caso di scuola è *Foss v Harbottle*<sup>4</sup>, una controversia di metà Ottocento. Come imposto in ogni commento di una sentenza nella *common law*, occorre ricordare i fatti di cui al caso in esame, in quanto è dalla concreta fattispecie che si può inferire la relativa *ratio decidendi* e, dunque, la regola di diritto, il *precedent*. Gli attori (i *plaintiffs* allora, mentre ora si chiamerebbero i *claimants* nella nomenclatura dell'ordinamento processuale inglese più recente) erano soci della società chiamata «*The Victoria Park Co*» la quale era stata costituita al fine di comprare terreni per farne un parco di divertimenti. I convenuti (i *defendants*) erano gli altri amministratori e soci della società. I *plaintiffs* sostenevano che i *defendants* avevano venduto la loro terra alla società ad un prezzo esorbitante; pertanto chiedevano alla corte di ordinare ai convenuti di rifondere la società delle perdite subite, in pratica la differenza fra il maggior prezzo pagato ed il reale prezzo di mercato – inferiore – delle proprietà compravendute. La corte statuì che l'azione non poteva proseguire, in quanto i soci individualmente non erano legittimati: in sostanza non costituivano i *proper plaintiffs*, ritenendo che se un illecito era stato commesso, lo stesso era stato commesso contro la società e, dunque, la società era il *proper claimant*, l'unico soggetto legittimato ad agire giudizialmente<sup>5</sup>, posto che gli amministratori sono *agents* della società, ma non *agents* dei soci<sup>6</sup>. Il caso «*Foss*» iniziò ben presto a costituire un precedente importante e, nel corso

<sup>2</sup> [1975] 1 WLR 673

<sup>3</sup> La letteratura internazionale in tema di azioni derivate è sterminata. Senza pretesa di esaustività si vedano, in una prospettiva comparata, A. REISBERG, *Derivative Actions and Corporate Governance*, 2007. Relativamente al Diritto inglese: V. JOFFE - D. DRAKE - G. RICHARDSON - D. LIGHTMAN - T. COLLINGWOOD, *Minority Shareholders. Law, Practice, and Procedure*, Oxford, 2018; A.J. BOYLE, *Minority Shareholders' Remedies*, Cambridge, 2002. Nella letteratura italiana, consta a chi scrive che l'unico contributo in tema di *derivative proceedings* in Inghilterra, e quando vigeva ancora il *Companies Act 1985*, è M.M. RISCOSSA, *Azione sociale di responsabilità e messa a disposizione del singolo azionista per agire contro gli amministratori* (shareholder remedies) nel diritto inglese, in *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 441-470. L'analisi dell'Autore sembra afferire al diritto anglo-gallese, astrazione fatta da una visuale di diritto comparato con il diritto italiano. Contributi autorevoli, ma non specificamente riferibili al solo diritto inglese, sono quelli di L. ENRIQUES - F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, Milano, 2006, pp. 865-866. Si veda anche, da un punto di vista italiano ma con spunti comparatistici, F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 2000, p. 59 ss.

<sup>4</sup> (1843) 2 Hare 461.

<sup>5</sup> Per commenti su «*Foss*» si rimanda a A. DIGMAN - J. LOWRY, *Company Law*, 10<sup>a</sup> ed., Oxford, 2018, pp. 178-179.

<sup>6</sup> Per completezza, si richiama anche, seppur incidentalmente, il dibattito, molto acceso nel *common law*, se i soci siano i proprietari, seppur *pro quota*, della società. La risposta che solitamente viene data è negativa, proprio sulla scorta del fatto che i soci, in linea con «*Foss v Harbottle*», non possono citare in giudizio gli amministratori. Se fossero stati i proprietari, tale azione avrebbe potuto essere esercitata. Cfr., da ultimo, M. KOUTSIAS, *The Fallacy of Property Rights Rhetoric in the Company Law Context: from Shareholders Exclusivity to the Erosion of Shareholders' Rights*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2017, p. 233.

del XIX secolo, altri *decisa* lo hanno seguito, come ad esempio *MacDougall v Gardiner*<sup>7</sup>, e *Mozley v Alston*<sup>8</sup>. La filosofia di «*Foss v Harbottle*» è sintetizzabile nelle parole di un giudice, Jenkins LJ, nel caso *Edwards v Halliwell*, ove viene affermato che il diritto della maggioranza ad impedire una azione della minoranza, ove l'asserito illecito possa essere ratificato, ed il diritto normalmente esclusivo della società ad agire secondo la normale azione giudiziale, il volere della maggioranza, nei confronti della minoranza, è da identificarsi proprio con quello della società<sup>9</sup>.

3.1. Sebbene *Foss v Harbottle* rappresenti un pilastro del diritto societario britannico, la regola del *proper plaintiff or proper claimant* è stata caratterizzata, ben presto, da una serie di eccezioni significative. Tali eccezioni sono dettagliate in modo critico nel presente Paragrafo 3.2: A) l'illegalità e gli atti *ultra vires*; B) le irregolarità procedurali di notevole rilevanza; C) la frode nei confronti della società; D) il caso di violazione dei diritti dei soci.

3.2. In dottrina<sup>10</sup>, viene messo in luce che, se un atto illecito degli amministratori è *ultra vires*, la regola di «*Foss*» non può operare in quanto la maggioranza dei soci non potrebbe comunque, sulla base delle stesse regole societarie, ratificare l'operazione: dunque, la *ratio essendi* dell'eccezione non lascia spazio a dubbi esegetici.

In merito a questa prima categoria, il precedente è *Smith v Croft*<sup>11</sup>. In questa controversia, i soci di minoranza promossero una azione per conto della società al fine di recuperare soldi pagati dalla società in transazioni *ultra vires*, le quali erano illegali in quanto in violazione delle ben note regole che proibiscono assistenza finanziaria da parte di società al fine di aiutare ad acquistare azioni nella società stessa. I *plaintiffs* detenevano il 14% dei diritti di voto, mentre i convenuti il 63%. Il rimanente gruppo di azionisti, il quale deteneva il 21%, non voleva che l'azione giudiziale proseguisse. La corte statò che gli attori, *prima facie*, avevano una valida azione a fronte di un atto *ultra vires* ed illegale, e tanto era sufficiente a giustificare una azione derivata.

3.3. In questa eccezione, la dottrina<sup>12</sup> ha evidenziato che un socio avrà legittimazione all'azione quando l'atto di cui ci si duole era uno di quelli che richiedono una maggioranza speciale dei soci e la delibera non è stata ottenuta secondo il richiesto *quorum*.

Il precedente principale è *Edwards v Halliwell*<sup>13</sup>. In questa controversia non si può parlare tecnicamente di una tematica societaria, in quanto è relativa ad un sindacato di voto. Tuttavia, tale sindacato aveva regole contenute in un articolato equivalente ad uno statuto societario (*articles of association*). Più precisamente, ai sensi delle regole organizzative del sindacato, ogni maggiorazione nella contribuzione dei soci doveva essere concordata da due terzi della maggioranza in una «votazione» da tenersi presso tutti i *members*. Tuttavia, una assemblea decise a maggioranza semplice di aumentare i contributi, e alcuni soci, quali membri di minoranza, promossero una sorta di azione (una *declaration*) dinanzi alla corte affinché la decisione fosse dichiarata invalida. Fu statuito che la regola in *Foss v Harbottle* non impediva alla minoranza in una società o una associazione dal citare in giudizio i rappresentanti dell'organizzazione, in presenza di una chiara violazione del principio dei *quorum* deliberativi. In tale occasione fu proprio Jenkins LJ (uno dei giudici) ad identificare e teorizzare le quattro eccezioni alla regola di *Foss v Harbottle*, eccezioni di cui si discute nel presente contributo<sup>14</sup>.

3.4. È questa la categoria che può essere definita l'eccezione per antonomasia a «*Foss*». Come enfatizzato dai primi dicta, la frode deve essere stata (a) perpetrata contro la società, (b) da soggetti che

<sup>7</sup> (1875) 1 Ch D 1.

<sup>8</sup> (1847) 4141 ER 833.

<sup>9</sup> Il concetto viene richiamato da J. BIRDS - A.J. BOYLE - B. CLARK - G. MCCORMACK - M. SOLINAS - M.R. VARNEY - C. VILLIERS, *Boyle & Birds' Company Law*, 9<sup>a</sup> ed., Bristol, 2014, p. 660.

<sup>10</sup> A. DIGMAN - J. LOWRY, *op. cit.*, p. 185.

<sup>11</sup> (No 2) [1987] BCLC 355.

<sup>12</sup> A. DIGMAN - J. LOWRY, *op. cit.*, p. 186.

<sup>13</sup> [1950] 2 All ER 1094.

<sup>14</sup> Ancora: (a) frode esercitata sulla minoranza da soggetti in controllo che compiono un illecito; (b) l'invasione dei diritti personali dei soci; (c) atti *ultra vires*; (d) irregolarità procedurali di tipo materiale.

hanno il controllo della maggioranza delle azioni, (c) i quali non vogliono consentire alla società medesima di esercitare alcuna azione in nome della stessa<sup>15</sup>. Nel caso molto recente di *Abouraya v Sigmund*<sup>16</sup>, l'accento viene posto su di un quarto elemento della frode: la perdita, finanziaria o non, subita dal socio, in via riflessa, la quale è necessaria al fine di dare al socio quel necessario interesse che gli consente di essere considerato il «*proper claimant*».

Due sono i casi di scuola: «*Cook*» e «*Prudential Assurance*».

Il primo (*Cook v Deeks*<sup>17</sup>) era un appello avverso una sentenza canadese, promosso dinanzi al *Privy Council* a Londra. La società (*Toronto Construction Co*) aveva effettuato lavori di costruzione per *Canadian Pacific Railway*. Su uno specifico contratto, tre degli amministratori (i quali avevano la maggioranza delle azioni) avevano posto in essere formali trattative negoziali con terzi, ma alla fine avevano concluso con il terzo da loro prescelto un contratto non a nome della società, volendo da ciò trarre un profitto personale. Gli stessi, poi, avendo la maggioranza della società, fecero adottare dalla società una deliberazione assembleare, con la quale si dichiarava di non avere un interesse al contratto. Il rimanente amministratore/socio promosse una azione per conto della società nella quale si metteva in dubbio la validità degli atti della maggioranza. La corte di più alto grado (appunto, il *Privy Council*), concordando sulle domande dell'attore, statò che, poiché gli amministratori chiaramente violavano i loro doveri statutari, erano tenuti a restituire alla società quanto questa avrebbe beneficiato dal contratto di cui era stata privata.

Il secondo caso è *Prudential Assurance v Newman Industries*<sup>18</sup>. Prudential deteneva il 3% delle azioni in Newman Industries, e cercò di promuovere un'azione contro due amministratori che asseritamente riteneva aver truffato Newman di £440,000. I due amministratori non erano i soci di maggioranza e non avevano alcun controllo dei voti di maggioranza, ma l'operazione considerata fraudolenta era stata approvata dall'assemblea generale, sicché Prudential sostenne che gli amministratori, nella fase di approvazione, avevano effettuato comunicazioni fuorvianti, avvalorate dai soci. In primo grado, la corte statò che il concetto di «controllo» copriva un ampio spettro, sì da includere una situazione in cui le parti in colpa (i *wrongdoers*) potevano esercitare un controllo di mero fatto, più in particolare la maggioranza di voto era costituita dei voti dei *wrongdoers*, di per sé minoranza, ma a questa si erano sommati i voti di altri soci «inerti» o «apatici». Tuttavia, in appello la corte statò che gli attori non avrebbero dovuto essere autorizzati a promuovere la azione derivata, in quanto il consiglio di amministrazione della società (tutti tranne l'amministratore disinteressato) aveva deciso di non perseguire l'azione. Anche, la corte rigettò l'impostazione secondo cui che vi è una eccezione a *Foss v Harbottle*, ogni volta che la giustizia del caso lo richieda. Nella specie, si ritenne che il caso non poteva rientrare in nessuna delle eccezioni, posto che gli attori avrebbero dovuto innanzi tutto provare:

- (a) che la società di per sé è legittimata al rimedio richiesto;
- (b) che l'azione rientra in una delle eccezioni a *Foss v Harbottle*.

È interessante sottolineare che sebbene la frode ammontasse a £440,000, in questo caso *Prudential Assurance* venne condannata a rifondere i costi legali della controversia, pari a £750,000.

Ancora, quando la frode contro la minoranza è asserita in giudizio, la minoranza deve, prima di promuovere l'azione, tentare di assicurarsi la cooperazione della società contro i *wrongdoers*. Nel caso *Mumbray v Lapper*<sup>19</sup>, attore e convenuto erano entrambi azionisti per quote eguali ed anche amministratori della società. Avevano concordato che Mumbray avrebbe trasferito le proprie azioni a Lapper e poi si sarebbe dimesso quale amministratore, lasciando a Lapper il controllo esclusivo. Mumbray cessò di agire quale amministratore, ma le azioni non furono trasferite e Mumbray, per giustificare il proprio inadempimento, contestò che l'accordo era nullo per mancanza di consenso. Da par suo Lapper replicò che Mumbray deteneva le azioni quale fiduciario (trustee) di Lapper, e che Lapper poteva disporre delle stesse e dei diritti nella società. Mumbray cercò il permesso della corte al fine di promuovere un'azione derivata in nome della società contro Lapper, ma la corte rigettò la domanda sulla scorta dei fatti ultronei, non rilevanti ai fini di questa disamina: ciò che importa tuttavia è che fu statuito che, mentre la

<sup>15</sup> *Burland v Earle* [1902] AV 83, particolarmente le affermazioni di Lord Davey.

<sup>16</sup> [2015] BCC 503.

<sup>17</sup> [1916] AC 554.

<sup>18</sup> [1982] Ch 204.

<sup>19</sup> [2005] BCC 990.

disponibilità di una tutela alternativa era un fattore importante in relazione alle possibili eccezioni a *Foss v Harbottle*, ciò non poteva rappresentare comunque un ostacolo assoluto all'azione. La più importante questione era collocata su un differente terreno concettuale, ovvero se un consiglio di amministrazione indipendente avrebbe potuto autorizzare l'azione, in una prospettiva di anticipata valutazione della lesione dedotta in giudizio<sup>20</sup>.

3.5. In questa eccezione, il diritto del socio a citare gli amministratori in deroga a «*Foss*» non è assoluto. In proposito, la manualistica<sup>21</sup> indica che vi sono due ostacoli all'azione:

a. il divieto a promuovere giudizialmente i cosiddetti «*outsider rights*», i diritti che sono conferiti al socio da fonti esterne; mentre gli *insider rights*, dunque i diritti che sono fondati sullo statuto, sono azionabili.

b. La linea di demarcazione fra irregolarità meramente procedurali di natura interna, e irregolarità che incidono sui diritti fondamentali dei soci, conduce a ritenere che solo i secondi risultano senz'altro esercitabili.

Nel muovere dalla teorica ai *precedents*, la controversia cui fare riferimento è nello specifico *Pender v Lushington*<sup>22</sup>. In questa ipotesi, la società aveva uno statuto il quale fissava un limite massimo circa il numero di voti che un socio avrebbe potuto esercitare, e al fine di evitare tale preclusione, *Mr Pender* decise di conferire alcune delle sue azioni a dei rappresentanti (*nominees*). In assemblea, tuttavia, il presidente rifiutò di accettare il voto dei *nominees* e dichiarò la decisione proposta da *Pender* rigettata; è da notare che, con il conteggio del voto dei *nominees*, la deliberazione sarebbe stata per contro approvata. *Mr Pender* promosse pertanto un'azione (una *representative action* più precisamente<sup>23</sup>), richiedendo una ingiunzione che prevenisse la società dall'agire sulla scorta di una delibera assembleare invalida. La corte concesse l'ingiunzione, e statuí che l'attore aveva il diritto di agire in giudizio tanto in nome delle società quanto in nome proprio.

Come appena evidenziato ad inizio di questa sezione D, in tema di violazione dei diritti dei soci, è da sottolineare che *nel common law* la *negligence* (dunque la negligenza) non è sufficiente a giustificare una eccezione a «*Foss*», come statuito in *Pavlidis v Jensen*<sup>24-25</sup>. Tuttavia, in un caso, *Daniels v Daniels*<sup>26</sup>, una negligenza egoistica («*self-serving*») dell'amministratore, che aveva dato impulso a interessi immediatamente contrari a quelli societari, è stata ritenuta sufficiente a consentire l'azione.

*Mutatis mutandis*, un abuso del potere della maggioranza potrebbe essere sufficiente a giustificare, nel *common law*, l'eccezione. Nel caso *Estmanco (Kilner House) Ltd v Greater London Council*<sup>27</sup>, la convenuta, GLC (società le cui azioni erano possedute principalmente dal *Council*), era proprietaria di un palazzo con 60 appartamenti e costituì la società *Estmanco* al fine di gestirli. L'intenzione era che *Estmanco* cercasse di

<sup>20</sup> Un relativamente recente caso di frode della minoranza è scozzese: *Wilson v Inverness Retail and Business Park Ltd* 2003 SLT 301.

<sup>21</sup> A. DIGMAN - J. LOWRY, *op. cit.*, p. 187.

<sup>22</sup> (1887) 6 Ch D 70.

<sup>23</sup> Nella *representative action* l'attore cita per conto di se medesimo ed altri soci che vantano il medesimo diritto. Questo tipo di azione è ora disciplinato in Inghilterra e Galles dal *Civil Procedure Rule* (CPR) 19.6, il quale sostituisce il *Order 15, rule 12(1)* delle *Rules* della *Supreme Court*. Cfr. A. DIGMAN - J. LOWRY, *op. cit.*, p. 183.

<sup>24</sup> [1956] Ch 565. Gli amministratori di una società, *Tunnel Asbestos Cement Co*, vendettero una miniera di amianto ad una società, *Cyprus Asbestos Mines Ltd*, nella quale la società venditrice, *Tunnel*, deteneva il 25% delle azioni emesse. La vendita non fu sottoposta ad una assemblea generale della società *Tunnel* e un azionista di minoranza reclamò che la miniera era stata venduta ad un valore inferiore a quello di mercato e gli amministratori erano stati negligenti. Fu statuito che la vendita era *intra vires*, e poiché non vi era alcuna frode, la vendita poteva essere approvata dai soci in quanto era materia di loro pertinenza. In altre parole, in questo caso, i precedenti non consentivano di estendere le eccezioni di cui a *Foss v Harbottle*, al fine di comprendere anche la negligenza.

<sup>25</sup> È interessante notare che nella giurisdizione scozzese vi sono *dicta* nei quali è enfatizzato che la minoranza deve prima di tutto persuadere la maggioranza ad esercitare un'azione derivata attraverso la società medesima, prima di avere titolo ad esercitare l'azione essa stessa in via derivata. Cfr. *Brown v Stewart* (1898) 1F 316. Nella medesima giurisdizione, più recenti casi di frode contro la minoranza sono: *Wilson v Inverness Retail and Business Park Ltd* 2003 SLT 3.

<sup>26</sup> [1978] 2 All ER 89. Tre soci di minoranza volevano promuovere un'azione contro due soci di maggioranza, essendo questi ultimi anche amministratori. Fu contestato che la società, *Ideal Homes Ltd*, avesse venduto ad uno degli amministratori una proprietà ad un prezzo significativamente più basso del reale valore. Fu statuito che l'azione avrebbe dovuto procedere. Se la violazione era basata su un dovere fiduciario, la stessa avrebbe dovuto procedere sulla scorta di *Cook v Deeks* in quanto la maggioranza poteva controllare l'assemblea generale della società. Se comunque la violazione era basata su un dovere di cura (*duty of care*, dunque negligenza), allora la stessa avrebbe potuto procedere sulla scorta di una eccezione a *Foss v Harbottle* in quanto l'asserita negligenza era risultata in un profitto per uno degli amministratori.

<sup>27</sup> [1982] 1 All ER 437.

vendere tutti gli appartamenti agli occupanti e, allorché ogni singolo appartamento fosse stato venduto, una delle 60 azioni in Estmanco avrebbe dovuto essere trasferita a ciascun compratore. Sulla scorta di questi accordi, la società GLC doveva continuare a controllare i diritti di voto su tutte le azioni, fintanto che i 60 appartamenti non fossero stati venduti nella loro interezza. Tuttavia, dopo le elezioni locali, i componenti del *Council* (in Italia un municipio o comune) cambiarono idea; e fu deciso dal *Council* che i rimanenti appartamenti non avrebbero potuto essere venduti, ma semplicemente affittati agli attuali occupanti. Gli amministratori di Estmanco promossero una azione per violazione degli obblighi contrattuali, ma il *Council* (GLC) che aveva il controllo della società decise di non coltivare la stessa. Pertanto, uno dei proprietari degli appartamenti il quale aveva già ricevuto una *share*, promosse una azione nei confronti degli amministratori, quale eccezione alla regola *Foss v Harbottle*, chiedendo l'estensione del concetto di frode sulla minoranza.

«[...] No right of a shareholder to vote in his own selfish interests or to ignore the interests of the company entitle him with impunity to injure his voteless fellow shareholders by depriving the company of a cause of action and stultifying the purpose for which the company was formed»<sup>28</sup>.

In altre parole, il giudice fu molto chiaro in questo caso, affermando che il diritto ad esercitare l'azione derivata non poteva essere riconosciuto.

Nel *common law*, le eccezioni alla regola *Foss v Harbottle* sono corredate da una serie di principi i quali, negli ultimi decenni, hanno delineato il perimetro (*ergo*: limiti e caratteristiche) dell'azione derivata.

In primo luogo, una azione della minoranza deve essere promossa per un fine appropriato (*proper purpose*). Ciò è inferibile dalla *ratio decidendi* di *Barrett v Duckett*<sup>29</sup>. Ms Barrett, una vedova del fondatore di una società, Duckett Ltd, della quale la stessa era stata in precedenza amministratore, promosse una azione derivata asserendo illeciti perpetrati dal proprio genero, B, il quale aveva divorziato dalla figlia C (questa ultima era, al tempo, amministratrice della società, ma non socia), in quanto legato sentimentalmente con la contabile della società, con cui aveva già iniziato da tempo una relazione. Il fondamentale rilievo a fondamento dell'azione era che B aveva intrapreso una nuova attività a mezzo di società diversa e aveva iniziato a distrarre risorse finanziarie della Duckett Ltd verso questa nuova società. La ulteriore accusa era che B aveva anche prelevato denaro per fini personali. Inoltre, B, il genero appunto, aveva egli stesso presentato alla corte una petizione al fine della liquidazione di Duckett Ltd in quanto o insolvente o, comunque, sulla base di un criterio giusto e ragionevole (*just and equitable ground*) non in grado di continuare l'attività d'impresa; in precedenza B aveva anche provato a liquidare la società su base volontaria ma Ms Barrett non aveva prestato il proprio consenso. Vi erano prove che una delle ragioni per l'azione derivata consisteva nella circostanza che vi fossero controversie pendenti, relative alle previsioni finanziarie del divorzio fra B e C. In prima istanza, a Ms Barrett fu concesso di promuovere l'azione, tuttavia in appello la corte adita statui che la liquidazione era la scelta corretta di un amministratore in presenza delle circostanze di fatto rappresentate. La corte ritenne che Ms Barrett aveva una intrinseca parzialità in favore della propria figlia e l'azione derivata non sarebbe stata usata nel migliore interesse della società, ma per fini personali. Il caso «Barrett» individua due importanti limiti nell'uso delle azioni derivate: (1) l'azione deve essere promossa per un giusto scopo, appunto il «*proper purpose*» e (2) non vi deve essere nessun altro rimedio disponibile, deve pertanto essere una *extrema ratio*.

Si afferma, in altri casi, che non vi può essere una azione di natura derivata e personale del socio ove la perdita è stata sofferta dalla società. Nel caso *Stein v Blake*<sup>30</sup>, le due parti detenevano, ciascuna, il 50% del capitale della società. Gli attivi della società furono trasferiti ad un'altra società controllata dal convenuto, Blake. Stein, l'attore, promosse una azione giudiziale sulla scorta che aveva sofferto un danno personale in quanto asseriva che le *shares*, le proprie azioni, in presenza di una evidente sottovalutazione degli attivi, avevano significativamente perduto il loro valore. La corte rigettò l'azione giudiziale sulla base che solo la società poteva intraprendere l'azione, nella misura in cui il danno era stato sofferto dalla stessa e che i soci, in quanto tali, non avevano legittimazione<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Ancora, nel caso *Estmanco (Kilner House) Ltd v Greater London Council*, questa è l'affermazione di Megarry V-C, uno dei giudici di cui alla controversia.

<sup>29</sup> [1995] 1 BCLC 243.

<sup>30</sup> [1998] 1 All ER 724.

<sup>31</sup> Per contro, sempre nel *common law*, un socio non può promuovere l'azione derivata se l'obiettivo è di recuperare un danno di natura riflessa sostenuto dalla società. In tal caso, over il danno sia di natura riflessa, l'azione che viene preferita è quella di cui alle

In aggiunta a ciò, una azione personale indipendente, del socio di minoranza, potrebbe essere incardinata e coltivata anche in parallelo a quella della società: tuttavia, in tal caso, gli effetti delle due azioni non devono duplicarsi, specie in ragione della quantificazione del danno risarcibile. Nel caso *Johnson v Gore Wood*<sup>32</sup>, una società citò i propri avvocati, Gore Wood, per condotta negligente in relazione all'acquisto di proprietà immobiliari, a cui si aggiunse, per gli stessi motivi, anche l'azione del socio di maggioranza per perdite sostenute a titolo personale. Siccome l'azione della società fu transatta, Gore Wood, il convenuto, cercò di ottenere il rigetto anche dell'azione del socio.

In prima istanza la corte statui che i danni erano risarcibili al socio anche a titolo personale, ma in appello la corte arrivò alla conclusione che il socio di maggioranza non poteva chiamare in giudizio personalmente la società, deducendo un effetto lesivo della condotta della stessa. Da ultimo, nel più alto grado di giudizio la House of Lords statui che la corte di appello avrebbe dovuto guardare al merito del caso nel decidere se una azione personale era preclusa o meno. Pertanto, il socio di maggioranza fu autorizzato ad agire in giudizio, con una azione derivata, per le perdite che non erano meramente il riflesso di quelle della società<sup>33</sup>.

In definitiva, le giustificazioni di una tale azione «derivata», nel *common law*, sono essenzialmente le seguenti:

(a) la corte non consente che una irregolarità possa essere contestata, ove tale irregolarità sia «sanata» con una deliberazione assunta dalla maggioranza dei soci<sup>34</sup>;

(b) la corte non consente che le azioni derivate possano costituire una opportunità per promuovere azioni anche di natura «banale» (ovvero secondaria rispetto agli interessi della società) sulla stessa materia<sup>35</sup>;

(c) la società è una persona giuridica, ed è questa ultima e non già il socio (*uti singulus*) il *proper claimant*, a poter promuovere un'azione<sup>36</sup>;

(d) La corte non interferirà con la gestione interna della società e non riesaminerà le decisioni strettamente imprenditoriali della società (profilo quest'ultimo non controverso neppure nell'esperienza italiana)<sup>37</sup>.

4. Il *Companies Act 2006* ha avuto il merito di modificare la legislazione britannica e di formalizzare le eccezioni al precedente del *Foss v Harbottle* in linea con le previsioni legislative delle *Law Commissions*. Tecnicamente, il *CA 2006* sul tema delle azioni derivate ha fundamentalmente cambiato il *common law*, e non solo quello britannico<sup>38</sup>, superando la regola di *Foss v Harbottle* quanto meno per le liti relative agli

sections 994 e seguenti. Cfr. sul punto S. GRIFFIN, *Shareholder Remedies and the No Reflective Loss Principle – Problems Surrounding the Identification of a Membership Interest*, in *Journal of Business Law*, 2010, pp. 461-473.

<sup>32</sup> [2002] 2 AC 1 (HL).

<sup>33</sup> Dunque, non avrebbe potuto agire ove il danno fosse stato sofferto dalla società, non da lui, ad esempio in quanto il suo fondo pensione era diminuito, o vi era un ridotto valore delle sue azioni, ovvero una perdita del dividendo. Egli avrebbe potuto chiedere il rimborso del costo del proprio prestito personale utile a finanziare l'attività dell'impresa ed i propri costi personali.

<sup>34</sup> La ratificabilità è stata sancita in *Bagshaw v Eastern Union Railway Co* (1849) 7 Hare 114.

<sup>35</sup> È questo il concetto del «*floodgates*», ovvero dei flussi di acqua che scaturirebbero inevitabilmente da un enorme invaso di un lago artificiale, ove la relativa diga fosse aperta. F.K.H. MAHER - R.C. EVANS, *Hard Case, Floodgates, and the New Rethoric*, in *U Tas LR*, 1985, p. 96. È evidenziato in dottrina (D. FRENCH, in *Mayson, French, Ryan on Company Law*, 45<sup>a</sup> ed., Oxford, 2018, p. 542) che in alcuni casi (per tutti *Advance Bank of Australia Ltd v FAI Insurances Australia Ltd* (1987) 9 NSWLR 464) l'azione derivata nel diritto inglese è stata possibile in quanto il convenuto, pur essendo teoricamente legittimato a sollevare la regola di «*Foss*», vi ha di fatto rinunciato.

<sup>36</sup> Il «*proper claimant principle*» rimane dunque l'essenza della regola di «*Foss*». È la società il soggetto legittimato all'azione di responsabilità, come evidenziato in *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd* (No2) [1982] Ch 204 al § 210:

«[P]rincipio elementare che A non può, quale regola generale, promuovere una azione nei confronti di B al fine di ottenere compensazione ovvero un ristoro per conto di C per il danno cagionato da B a C. C è il "proper claimant", il giusto attore, poiché C è la parte danneggiata, e, dunque, la persona titolare della relativa azione giudiziale. Ciò è a volte riferito quale la regola di *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 462, ove applicabile alle società, ma la stessa ha uno scopo più ampio ed è fondamentale in ogni logico sistema legale».

<sup>37</sup> Tale affermazione è un *refrain* nel mondo anglo-americano e, dunque, nel *common law*. In tutte le aree del diritto, non solo nel *company law*, il giudice non interferisce con le decisioni dell'impresa, in quanto queste sono sottoposte al *business judgement*. Fra i vari *dicta*, si può fare riferimento a: *Shuttleworth v Cox Brothers and Co (Maidenhead) Ltd* [1927] 2 KB 9; *Howard Smith Ltd v (Maidenhead) Ltd* [1974] AC 821.

<sup>38</sup> In una comparazione fra derivative actions in Gran Bretagna e altri Paesi di common law, la dottrina (per tutti S.H. GOO - C. KEONG LOW - P. VON NESSEN, *The Statutory Derivative Action: Now Showing Near You*, in *Journal of Business Law*, 2008, pp. 627-661) evidenziano che la azione derivata di fonte legislativa è arrivata allo stesso tempo in Gran Bretagna e Hong Kong.

illeciti perpetrati nei confronti della società<sup>39</sup>. Il risultato di ciò è una nuova procedura derivata, alla quale fornisce supplemento formale il britannico codice di procedura civile, le *Civil Procedure Rules*, modificato per l'occasione<sup>40</sup>.

Prima di passare in disamina critica tale disposizioni, è utile ricordare la genesi della modifica legislativa. Fino all'entrata in vigore del *Companies Act 2006*, le *derivative actions* nei tre ordinamenti del Regno Unito erano soltanto previste nel *common law*, quale deroga a «*Foss v Harbottle*». La *Law Commission* in Inghilterra intraprese un lavoro di rivisitazione delle tutele dell'azionista, il cui risultato fu «*The Report 'Shareholder Remedies' Law Commission*»<sup>41</sup>, scritto d'intesa alla *Scottish Law Commission*<sup>42</sup>. Le Raccomandazioni del Report furono di riformare le eccezioni di cui al precedente *Foss v Harbottle* al fine di stabilire una nuova forma di azione derivata, utile a sostituire la precedente azione prevista, meramente, nel *common law*. Il generale principio che si doveva esplicitare nella nuova legislazione, sulla scorta delle indicazioni della *Law Commission*, era quello di permettere alla minoranza di promuovere un'azione a beneficio della società ove vi fosse stata una violazione dei doveri degli amministratori o un loro conflitto di interessi. Tale azione avrebbe dovuto proporsi contro gli amministratori, o una terza parte, ove la violazione del dovere di corretta gestione da parte degli amministratori potesse impedire un'azione contro terzi, e la violazione del dovere include anche la *negligence*. Il socio, pertanto, sarebbe comunque legittimato ad esperire azioni personali per l'illecito subito: il permesso della corte sarebbe comunque essenziale al fine di promuovere l'azione derivata, e ciò per assicurare che la stessa sia proposta nell'interesse della società. Tali principi si sono tradotti nel *Companies Act 2006*, in particolare nella *Part 11*.

È utile sottolineare che dal punto di vista procedurale, in particolare prima della codificazione della riforma del *Companies Act 2006*, in Inghilterra si pone una distinzione fra azione derivate (*derivative action*) e azione in rappresentanza (*representative action*). Nell'ordinamento scozzese, per contro, non vi è alcuna distinzione di questo tipo, in quanto le *derivative actions* sono chiamate nel loro complesso azioni di soci («*shareholders' actions*»). Inoltre, in Scozia si riconosce che il diritto del socio promana dal diritto sostanziale, mentre in Inghilterra discende dalle regole procedurali. In ogni caso, in tutti e tre gli ordinamenti britannici, nelle azioni derivate la società «è il [necessario] convenuto, al fine di essere in grado di chiedere i relativi danni». In *Stein v Blake*<sup>43</sup>, la corte statò che, ove il danno asserito è stato sofferto esclusivamente dalla società (danno riflesso), non sussiste alcun presupposto per una azione personale indipendente o individuale. Tuttavia, in *Johnson v Gore Wood*<sup>44</sup>, la House of Lords statò che l'attore nella azione derivata avrebbe potuto vantare anche una azione indipendente ove il suo danno fosse stato distinto dal danno della società.

Sebbene dal punto di vista societario la giurisdizione anglo-gallese e quella scozzese condividano regole comuni, dal punto di vista procedurale le regole sono diverse; è per tale ragione pertanto che il *Companies Act 2006*, in tema di azioni derivate, prevede un micro-sistema per la Scozia ed un altro per l'Inghilterra, anche se nella sostanza le regole non sono differenti.

4.1. Si analizza la disciplina legislativa del *Companies Act 2006* avuto riguardo alla Scozia, piuttosto che all'Inghilterra, con particolare riferimento alle regole di cui alla *sections 265* e seguenti. Si tratta di elementi secondari, in quanto, a parte qualche differenza terminologica, non vi è alcuna sostanziale linea di demarcazione fra le due giurisdizioni, tranne che nella numerazione degli articoli di legge, fra *sections 265 ss.*, appunto Scozia, e *sections 260 ss.*, applicabili agli ordinamenti anglo-gallese e nord-irlandese.

La previsione legislativa di cui alla *section 265, Companies Act 2006*, merita di essere esaminata.

«(1) In Scozia, un socio della società può esercitare un'azione legale in relazione ad un atto o omissione come specificati nel comma 3, al fine di proteggere gli interessi della società e di ottenere un rimedio per conto della medesima.

<sup>39</sup> La dottrina, in proposito, evidenzia in modo corretto che il CA 2006 ha sostituito quegli aspetti di *Foss v Harbottle* che erano soliti essere applicati a tale tipologia di azioni. Come tipico del legiferare nel Regno Unito, la legislazione solitamente non rivoluziona il diritto vigente, in quanto molto spesso recepisce, dunque codifica, gli stessi precedenti. Cfr. J. BIRDS - A.J. BOYLE - B. CLARK - G. MCCORMACK - M. SOLINAS - M.R. VARNEY - C. VILLIERS, *op. cit.*, p. 665.

<sup>40</sup> S. WORTHINGTON, *Sealy & Worthington's Text, Cases, & Materials, in Company Law*, 11<sup>a</sup> ed., 2016, p. 671.

<sup>41</sup> No 246, Cm 3769, 1997.

<sup>42</sup> *lawcom.gov.uk*.

<sup>43</sup> [1998] 1 All ER 724.

<sup>44</sup> [2002] 2 AC 1, (HL).

(2) Un socio di una società può esercitare una tale azione soltanto ai sensi del comma 1.

(3) L'atto o omissione di cui al paragrafo 1 è ogni reale o prospettico atto o omissione che comporti imperizia, colpa, violazione di doveri o di obblighi fiduciari da parte di un amministratore della società.

(4) Le azioni legali possono essere promosse ai sensi del paragrafo (1) contro (uno o entrambi) (a) l'amministratore di cui al comma (3), o (b) un'altra persona.

(5) È irrilevante se l'atto o omissione in relazione alla quale la azioni legali devono essere promosse, o in caso di azioni continuate ai sensi delle *sections* 267 o 269 sono promosse, siano sorte prima o dopo che l'attore è diventato un socio della società.

(6) Questa *section* non pregiudica –

(a) ogni diritto di un socio della società a promuovere giudizi in relazione ad un atto o omissione precisato alla *subsection* (3) al fine di proteggere il suo proprio interesse e di ottenere un rimedio a suo vantaggio, ovvero

(b) il potere della corte di emettere un ordine ai sensi della *section* 996(2)»

La definizione di *director*, in questo contesto normativo, include lo *shadow director*, dunque l'«amministratore ombra» (amministratore di fatto).

È importante sottolineare che, ai sensi della *section* successiva (*section* 266), l'attore dovrà obbligatoriamente ottenere un permesso (un *leave*) da parte della corte, ai fine di esercitare l'azione in nome della società. A tal fine la corte deve essere persuasa che l'attore proponga *prima facie* una azione o pretesa credibile, pur dovendo evidenziare che recentemente, nel *dictum Abouraya v Sigmund*<sup>45</sup>, si rinviene un tentativo concreto di specificare la nozione di evidenza in *prima facie* della pretesa. È affermato al paragrafo 53 da uno dei giudici del caso *Abouraya*, Richards J:

«[...] Un caso *prima facie* deve soddisfare un test più elevato di una controversia seriamente perseguibile [*seriously arguable*] ed io mi riferisco [dunque] ad un caso il quale, in mancanza di una risposta da parte del convenuto, legittima l'attore ad un giudizio» (traduzione nostra).

Dunque, a riassumere, vi sono due stadi nell'azione derivata, soprattutto nella sua ultima versione di natura legislativa, che ha sostituito l'azione di *common law*: il primo vede l'attore da solo di fronte alla corte per tale disamina preventiva; il secondo coinvolge entrambi le parti ed è questa la vera e propria azione.

In tutti i casi, nel concedere il permesso a promuovere l'azione, la corte deve rifiutarlo se una persona con diligenza media, agendo quale amministratore in linea con i doveri di legge, e avuto riguardo alla condotta di un diligente amministratore, non abbia promosso la medesima azione richiesta, o se l'atto di cui l'attore si duole sia stato comunque autorizzato o ratificato dalla società (*section* 268(1)(a), *CA 2006*)<sup>46</sup>.

La corte deve anche tenere in considerazione se il socio agisca o meno in buona fede<sup>47</sup>, e se la pretesa sia idonea nel consentire al socio di esercitare l'azione per conto proprio<sup>48</sup>. La buona fede e l'esistenza di azioni legali conferite al socio a titolo individuale non costituiscono l'unico parametro, in quanto il *CA 2006*, alla *section* 263(3), per l'Inghilterra e Nord Irlanda, e alla *section* 268(2), per la Scozia, prescrive che la corte potrà prendere in considerazione una serie ulteriore di parametri, non vincolanti<sup>49</sup>. Fra questi si segnalano: a) l'importanza che l'attore attribuisce all'azione, ed in particolare la sua volontà a proseguirla; b) se l'atto o omissione che costituisce la violazione da parte dell'amministratore possa essere ratificato dalla società, dunque dall'assemblea degli azionisti; c) se la società, o attraverso una decisione del BoD o attraverso i propri soci, ha deciso di non perseguire l'azione<sup>50</sup>; d) la corte deve aver riguardo ad ogni altra prova, incluso il fatto che azionisti diversi, i quali non abbiano interesse specifico alla azione, possano essere sentiti<sup>51</sup>.

Dal punto di vista procedurale, poi, l'attore deve essere socio al momento della promozione dell'azione giudiziale, ma è irrilevante se il titolo all'azione sia sorto prima o dopo il momento in cui è diventato socio.

<sup>45</sup> [2015] BCC 503.

<sup>46</sup> La corrispondente previsione legislativa è quella di cui alla *section* 263(2)(a), *CA 2006*. La dottrina (P.L. DAVIES - S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of Modern Company Law*, 10<sup>a</sup> ed., London, 2016, p. 601) parla in proposito di rifiuto obbligatorio del permesso (*mandatory refusal of permission*).

<sup>47</sup> In tal senso le indicazioni della *Law Commission* sono state recepite pedissequamente.

<sup>48</sup> Il caso più eclatante potrebbe essere proprio il fatto che il socio ha titolo alla *petition* di cui alla *unfairly prejudicial conduct*.

<sup>49</sup> Ciò è enfatizzato in dottrina da P.L. DAVIES - S. WORTHINGTON, *op. cit.*, p. 602.

<sup>50</sup> Si tratta di una circostanza differente dalla precedente, quella di una ratifica dell'atto da parte della società, in quanto in questo caso l'assemblea semplicemente decide di non citare in giudizio gli amministratori. Cfr. P.L. DAVIES - S. WORTHINGTON, *op. cit.*, p. 604.

<sup>51</sup> *Section* 263(4) e 268(3), *Companies Act 2006*.

Dunque, una persona fisica o una società, subodorando una azione derivata contro amministratori di una società, potrebbe acquistare una sola azione al solo fine di promuovere l'azione derivata, posto che non si rinviene la previsione di un quorum minimo.

Un recente caso giudiziale, *Gilkicker Ltd, Re*<sup>52</sup>, sembra suggerire che le azioni derivate sono anche consentite eccezionalmente dal socio di una società del gruppo, quale ad esempio la *holding company*. Ciò a livello dogmatico consentirebbe di disegnare una linea di demarcazione fra *standard, ordinary* o *main derivative actions*, e *multiple derivative actions*. Tale conclusione non sembra nemmeno contraddire il *dictum* di «*Foss v Harbottle*»<sup>53</sup>, poiché l'azione può essere ammessa soprattutto in casi in cui il *BoD* è stato sostituito ed è espressione di un nuovo socio, che possiede la totalità delle azioni della società: in tali casi sembrerebbe giustificata l'azione derivata multipla, da parte di un socio della società del gruppo<sup>54</sup>.

4.2. Teoricamente, la nuova azione derivata di tipo legislativo, introdotta dal *Companies Act 2006*, sostituisce le eccezioni a *Foss v Harbottle*, elaborate per decenni dal *common law*, rimuovendo vecchie incertezze.

Non sussiste, infatti, oggi alcun dubbio circa il fatto che la condotta rilevante debba essere negligente, ma la previsione del 2006 non copre casi quali *Estmanco* ove l'abuso del potere era stato esercitato dai soci di maggioranza, piuttosto che dagli amministratori. Tutti i casi residui di responsabilità potrebbero essere esercitati ai sensi della *section 994-996, CA 2006*, meglio chiariti nel Paragrafo 6 *infra*.

Il primo caso giudiziale nel Regno Unito in tema di azioni derivate di fonte legislativa (perché derivanti dalla summenzionata previsione), piuttosto che basate sul *common law*, è proprio rinvenibile nell'esperienza scozzese. In *Wishart v Castlecroft Securities Ltd*<sup>55</sup>, *Wishart*, il quale deteneva il 40% delle azioni ordinarie della società, fu autorizzato dalla *Outer House della Court of Session* a promuovere una azione derivata in nome della società contro un altro socio ed amministratore della società ed un'altra società, costituita dal medesimo, sull'assunto che il *petitioner* (Ms *Wishart*) aveva dimostrato un caso *prima facie* e che i convenuti esercitavano un controllo. In questa fase di prima istanza, la corte concesse anche un ordine di indennizzo da pagarsi da parte della società. I convenuti cercarono di opporsi, deducendo che le *derivative proceedings* non sarebbero consentite laddove il *petitioner* avesse potuto ricorrere al rimedio di cui alla *section 994, CA 2006* (il così detto *unfair prejudice*)<sup>56</sup>. La corte, la *Inner House*, ritenne, invece, statui che la pretesa era stata sufficientemente dimostrata, e che il *petitioner*, pur potendo ricorrere ai rimedi di cui alla *section 994, CA 2006*, ciò non avrebbe precluso l'uso dell'art. 266.

5. Non si deve pensare alle azioni derivate nel diritto anglo-gallese come alle uniche forme di tutela della minoranza, al fine di contrastare le decisioni della maggioranza. In alcuni casi, i soci che detengono una certa percentuale di azioni possono coalizzarsi al fine di tutelare le loro posizioni. Nella legislazione di Oltreoceano, tali esempi includono, senza pretesa di esaustività<sup>57</sup>:

a. Il diritto del 10% della minoranza in caso di *takeover bid* in una società quotata, ad avere le proprie azioni acquistate dall'offerente quando questi ha acquistato il 90% delle azioni ai sensi del *CA 2006*.

b. Dal 2000, la legislazione Britannica prescrive che, se gli amministratori decidono che la società faccia donazioni di natura politica, le stesse devono essere prima di tutto approvate a mezzo di delibera ordinaria, in difetto questi restano personalmente responsabili nei confronti della società per la somma «donata» oltre interessi, e una azione derivata può essere promossa dai detentori di azioni con percentuale superiore al 5% del valore nominale delle azioni emesse dalla società (*section 366-373, CA 2006*).

c. Il diritto dei detentori del 5% del capitale versato della società di chiedere agli amministratori di convocare una assemblea straordinaria degli azionisti, ciò ai sensi della *section 303, CA 2006*.

<sup>52</sup> [2013] EWHC 348 (Ch).

<sup>53</sup> T. CHENG-HAN, *Case Comment. Multiple Derivative Actions*, in *Law Quarterly Review*, 2009, pp. 337-339.

<sup>54</sup> T. MASCRENHAS, *Multiple Derivative Actions under English Law*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2013, pp. 336-339.

<sup>55</sup> 2009 SLT 812.

<sup>56</sup> La *unfairly prejudice conduct* o, più sinteticamente, il *unfair prejudice* costituisce l'analisi di cui al § 6 *infra*.

<sup>57</sup> J. KIRKBRIDE - S. LETZA - C. SMALLMAN, *Minority Shareholders and Corporate Governance: Reflections on the Derivative Action in the UK, the USA and in China*, in *International Journal of Law and Management*, 2009, p. 219.

d. Nelle società pubbliche, il diritto dei detentori del 5% dei diritti di voto o, in alternativa, 100 soci ognuno dei quali detiene azioni sulle quali è stato versato almeno £100, a ricevere le proposte di delibera in vista della loro discussione nell'assemblea generale dei soci (AGM); ciò ai sensi della *section 338, CA 2006*.

e. In società pubbliche, il diritto dei detentori del 5% delle azioni di voto o, in alternativa, 100 soci ognuno dei quali detiene azioni sui quali è stato versato almeno £100, a richiedere alla società di includere altri oggetti di discussione all'ordine del giorno della assemblea generale degli azionisti.

Norme più generali di tutela degli azionisti di minoranza sono: quelle di cui alle *section 994-996, CA 2006*, anche definite «*unfairly prejudicial conduct*», la condotta ingiustamente pregiudizievole degli amministratori; la *section 122(1)(g), Insolvency Act 1986*, in relazione alla liquidazione (o *winding up*) sulla scorta di una motivazione giusta ed equa («*just and equitable*» ground).

6. Una forma di tutela molto peculiare nella legislazione societaria britannica è costituita dalle «*unfairly prejudicial conducts*». In sostanza, si tratta di domande (*petitions*) che ogni socio della società può promuovere dinanzi alla corte, al fine di ottenere una decisione che, in via preventiva o successiva, possa porre termine a condotte pregiudizievoli dei soci; queste sono regolate dalle *sections 994-996 del Companies Act 2006*.

Tali norme non costituiscono una novità assoluta ed hanno il loro precedente nella «*oppressive conduct*», o condotta oppressiva della precedente legge societaria, il *Companies Act 1948*, regolata dalla *section 210*. Si trattava, però, di un rimedio alternativo alla liquidazione, ove un socio possa provare di aver subito pregiudizio derivante da una «condotta oppressiva» degli amministratori<sup>58</sup>, di cui però era ardua la prova. La stessa doveva consistere di un *modus operandi* gravoso, duro o illecito («*burdensome harsh or wrongful*»)<sup>59</sup>, persistente nel tempo, e non sostanziarsi in uno specifico o singolo atto.

Per di più i giudici operavano una interpretazione restrittiva della *section 10 del Companies Act 1948*, ed i casi vittoriosi per i *petitioners* erano molto limitati. Per questi motivi, la regola fu sostituita e riproposta nel *Companies Act 1985*, nelle *sections 459-461*; tali previsioni sono poi confluite nella *Part 30 del CA 2006, section 994-999*.

La *section 994 del Companies Act 2006* prescrive quanto segue:

(1) «Un socio di una società può fare domanda alla corte a mezzo di petizione (*petition*) per un ordine ai sensi di questa *Part 30 [del Companies Act 2006]* in ragione che gli affari della società sono o sono stati condotti in un modo che è ingiustamente pregiudizievole degli interessi dei soci in generale o di una parte dei soci (incluso almeno il socio istante) o che ogni concreto o prospettivo atto o omissione della società (incluso l'atto o omissione per conto della medesima) è o sarebbe pregiudizievole.

(2) Il *Secretary of State for Business Innovation and Skills* ha simili poteri per cercare un rimedio ai sensi della *section 995* a seguito di una indagine del BIS, o allorquando una società ha rifiutato di adempiere ad una richiesta di consegnare documenti<sup>60</sup>.

Si sottolinea che la *section 994, CA 2006*, non distingue fra società privata e società pubbliche. Dunque, la *petition* è aperta anche a società quotate costituite in una delle tre giurisdizioni del Regno Unito<sup>61</sup>.

La *section 996* contempla una serie di possibili ordini che posso essere disposti dal giudice, a seguito di una tale domanda, così sinteticamente indicati in maniera non esaustiva:

- a. un ordine che regoli gli affari della società in futuro;
- b. un ordine che imponga alla società di astenersi dal compiere un atto, o ordini la stessa società di compiere un atto che l'istante lamenti sia stato omesso;
- c. un ordine che autorizzi la promozione di un'azione civile in nome della società;
- d. un ordine che preveda l'acquisto di azioni di un socio da parte di altri soci o da parte della società stessa.

In alcune circostanze occasionali, la corte ha concesso un ordine in virtù del quale è stato ordinato all'azionista di maggioranza di vendere le proprie azioni all'istante<sup>62</sup>, sul presupposto che la condotta deve essere sia ingiusta (*unfair*) che pregiudizievole (*prejudicial*)<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer* [1959] AC 324; *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1973] AC 360.

<sup>59</sup> *Elder v Elder & Watson Ltd* 1952 SC 49.

<sup>60</sup> Traduzione nostra.

<sup>61</sup> V. JOFFE - D. DRAKE - G. RICHARDSON - D. LIGHTMA - T. COLLINGWOOD, *op. cit.*, p. 352.

<sup>62</sup> *Re Brenfield Squash Racquets Club Ltd* [1996] 2 BCLC 184; *Oak Investment Partners XII Ltd v Boughtwood* [2009] 1 BCLC 453.

Il rimedio era in precedenza concesso solo se il pregiudizio non era stato sofferto ugualmente da tutti i membri, laddove, dal 1989, vi è stata una «apertura» verso l'azione *singulatim* anche nel caso in cui il pregiudizio è stato sofferto da tutti gli azionisti, in maniera eguale<sup>64</sup>.

Non c'è alcun requisito che evochi come preclusione l'assenza della buona fede del *petitioner*; in altre parole una condotta non esemplare dell'istante non pregiudica l'accoglimento dell'azione, se il merito è inequivocabile<sup>65</sup>; tuttavia, la cattiva condotta del *petitioner* può condurre la corte ad ordinare che le azioni possano essere comprate a sconto.

Non vi è nemmeno un bisogno per il *petitioner* di provare che il così detto *unfair prejudice* è inciso dal diminuito valore delle proprie azioni<sup>66</sup>. È stato sottolineato che le decisioni che possono essere adottate dalla corte, su istanza del *petitioner*, sono le più disparate, in quanto i provvedimenti sono atipici.

Tuttavia, in alcuni casi, alcuni accordi informali possono essere stati stipulati con riferimento alla posizione soggettiva dedotta affinché la gestione della società venga condotta con determinate modalità, e le corti a volte riconoscono che i soci hanno «*legitimate expectations*» (aspettative legittime) alla esecuzione e finanche all'adesione a simili accordi; e laddove tale adesione non vi sia, la *section* 994 e la relativa *petition* (petizione) potrà essere promosso. Il più importante esempio si rinviene nella piccola società privata che è gestita quale relazione di natura personale («*personal relationship company*»). In tali società, spesso la base societaria è molto limitata numericamente, e tutti gli amministratori sono anche soci, e solitamente nessun dividendo è pagato sulle azioni. Se uno di questi soci/amministratori è privato della gestione, questo può avere effetti molto negativi per l'amministratore, in quanto le azioni non hanno un vero e proprio mercato: le legittime aspettative, in tal caso, sono state riconosciute in una serie di casi: *Re London School of Electronics Ltd*<sup>67</sup>; *Re a Company (No 00477 of 1986)*<sup>68</sup>, diversamente sono state escluse in *Teague, Petitioner*<sup>69</sup>.

Nelle società quotate, le «*legitimate expectations*» (o aspettative legittime) che la società venga gestita in modo differente da quanto previsto nello statuto o nell'atto costitutivo (*memorandum* e *articles*) non hanno ragion d'essere, come statuito in *Re Blue Arrow plc*<sup>70</sup> e *Re Astec BSR plc*<sup>71</sup>.

La House of Lords ha limitato la casistica della «*unfairly prejudicial conduct*» accertata nel presupposto del parametro delle «*legitimate expectations*», ovvero quando la società ed in particolare i suoi amministratori non onorano le aspettative legittime dei soci: ciò è riscontrabile in *O'Neill v Phillips* [1999]<sup>72</sup>. Da ultimo, il mancato pagamento di un dividendo ha costituito oggetto di *Re Sam Weller & Sons Ltd*<sup>73</sup>, ove il rimedio a favore del socio fu alla fine concesso. Circa la tematica del «*No No-fault divorce*», ossia l'uso del rimedio in parole per giustificare la liquidazione anche in circostanze in cui non vi è vero inadempimento, la corte ha chiarito che le *sections* 992-996 CA 2006 non devono essere usate in tal senso, a meno che non vi siano chiare previsioni dello statuto in tal senso ovvero, come in *Re Phoenix Office Supplies Ltd*<sup>74</sup>, previsioni negli accordi parasociali.

Al fine di giustificare il rimedio di cui alla *section* 992<sup>75</sup>, i fatti non devono di per sè giustificare un ordine di liquidazione, su base giusta ed equa, a differenza di quanto non fosse la *section* 210 del precedente *Companies Act 1948*.

Talune condotte sono state ritenute attratte dal rimedio in esame: la arbitraria diluizione dei diritti del socio<sup>76</sup>; la condotta lamentata dal *petitioner* riferibile alla società controllata, piuttosto che alla società di cui lo stesso è socio<sup>77</sup>.

<sup>63</sup> *Re BSB Holdings Ltd (No 2)* [1996] 1 BCLC 155.

<sup>64</sup> *Re Sam Weller & Sons Ltd* [1990] Ch 682.

<sup>65</sup> *Re London School of Electronics Ltd* 1986] Ch 211.

<sup>66</sup> *Re RA Noble (Clothing) Ltd* [1982] BCLC 273.

<sup>67</sup> [1986] Ch 211.

<sup>68</sup> [1986] BCLC 376.

<sup>69</sup> 1985 SLT 469.

<sup>70</sup> [1987] BCLC 585

<sup>71</sup> [1998] 2 BCLC 556.

<sup>72</sup> 2 All ER 961; [1999] 1 WLR 1092.

<sup>73</sup> [1990] Ch 682.

<sup>74</sup> [2003] BCC 1; [2003] 1 BCLC 76.

<sup>75</sup> *O'Neill v Phillips*.

Molti soci chiedono un ordine per l'acquisto da parte della società o da parte degli azionisti di maggioranza delle loro azioni. Una questione che si impone all'attenzione in tal caso è se la quota di minoranza deve essere valutata con uno sconto. In *Re Bird Precision Bellows Ltd*<sup>76</sup> la corte sostenne che, poichè la minoranza era un venditore «contro voglia» (*unwilling seller*), sarebbe stato ingiusto richiedere che il prezzo fosse scontato. Se vi sia stata una «*unfairly prejudicial conduct*» ma una ragionevole offerta è stata fatta al fine di comprare la azioni del *petitioner*, l'azione sarebbe improponibile *ab initio*<sup>79</sup>.

L'ordine è stato concesso nel caso di stallo evidente nella gestione della società, come evidenziato in *Re Yenidje Tobacco Co*<sup>80</sup>, ovvero qualora sia stata persa ogni minima fiducia nel *management*, come statuito in *Loch v John Blackwood Ltd*<sup>81</sup> e in *Hyndman v RC Hyndman Ltd*<sup>82</sup>. Un caso interessante è *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd*<sup>83</sup>, ove una società fortemente basata su di una relazione personale fu liquidata, a seguito di una «*petition*», in quando uno dei soci era stato rimosso quale amministratore<sup>84</sup>. In alcuni casi,

<sup>76</sup> Una *petition* fu promossa con successo in *Re D & R Chemicals Ltd* (1989) 5 BCC 39, nella cui controversia i diritti della minoranza inizialmente ammontanti al 40% del capitale della società erano stati diluiti al 4% a causa della emissione di ulteriori azioni da parte dei soci della maggioranza e a beneficio dei medesimi.

<sup>77</sup> Una domanda (*petition*) promossa ai sensi della disciplina in parola ebbe successo in *Re D & R Chemicals Ltd* (1989) 5 BCC 39: in essa i diritti della minoranza i quali ammontavano al 40% furono dilazionati al 4% mercè l'emissione di ulteriori azioni, emissioni disposte dalla maggioranza.

<sup>78</sup> [1986] Ch 658.

<sup>79</sup> *Re a Company (No 00836 of 1995)* [1996] 2 BCLC 192.

<sup>80</sup> *Ltd* [1916] Ch 426. Rothman e Weinberg erano due produttori di tabacco i quali avevano costituito questa società al fine di fondere il loro *business*. Erano entrambi amministratori e soci, con le medesime percentuali. Litigarono, promossero delle azioni giudiziali l'uno contro l'altro. I rapporti fra i due si erano così incrinati che l'unico modo che utilizzavano per comunicare era per il tramite della segreteria della società (il *company secretary*). Sebbene la società fosse profittevole, la corte concesse il rimedio della liquidazione della società al fine di risolvere lo stallo operativo, trattando la società come se fosse una società di persone (*partnership*).

<sup>81</sup> [1924] AC 783. In questo caso la società era certamente profittevole ma era gestita in modo autocratico: non vi erano assemblee degli azionisti, non vi erano conti annuali, né revisione contabile. Una proposta fu fatta anche al fine di comprare le quote degli azionisti di minoranza da parte della società: tuttavia, la proposta era di gran lunga inferiore al reale valore delle azioni. La minoranza promosse una azione per la liquidazione. In prima istanza, il Giudice, nelle Barbados, concesse l'ordine ma l'appello cambiò perentoriamente una tale decisione. Da ultimo, il *Privy Council* concesse la liquidazione sulla scorta del fatto che la minoranza aveva giustificatamente perso confidenza nell'organo gestorio.

<sup>82</sup> 1989 SCLR 294. Questo è un caso scozzese. Il *petitioner* (o istante) e sua sorella erano soci di minoranza in una società a conduzione familiare (*family company*). Avevano ereditato le proprie azioni dal loro padre. Il business era ora gestito dal loro zio e dal cugino. Dopo la morte del padre dell'istante, la sorella era stata esclusa dal business e non aveva ricevuto alcun dividendo. Gli attivi della società si stavano riducendo, e vi era il sospetto che i relativi ricavi erano andati allo zio e al cugino. Sebbene la società fosse da mettere in liquidazione volontaria comunque, la corte ordinò una liquidazione obbligatoria sul criterio del fondamento giusto ed equità (*just and equitable ground*). La corte statò che non era necessario per l'istante dimostrare frode. Poiché la sostanza delle società stava venendo meno, la stessa avrebbe dovuto essere liquidata.

<sup>83</sup> [1972] AC 360.

<sup>84</sup> E ed N gestivano con successo un'attività imprenditoriale sotto forma di partnership: vendeva fondamentalmente tappeti. I soci decisero di costituire la società quale società di capitali (*limited company*), dunque una sorta di s.r.l.. L'attività di impresa rifiorì e di seguito N fece sì che suo figlio G entrasse nell'impresa ed E acconsentì. Alcune azioni vennero trasferite da N ed E a G, sicché E divenne *minority shareholder*. Una controversia allora insorse e N e G esclusero E dal management e lo rimossero quale director. Non solo: I considerevoli profitti che realizzò la società furono corrisposti quali salari degli amministratori piuttosto che come dividendi, sicché E si trovò al di fuori della gestione della società e con il suo capitale bloccato in modo non profittevole nella stessa. Promosse una azione di liquidazione della società sulla base del «*just and equitable ground*» e la House of Lords lo concesse sulla scorta del fatto che lo stesso aveva una legittima aspettativa ad essere coinvolto e a condividere il profitto dell'attività il che rendeva *just and equitable*, dunque giusto ed equo che la società fosse liquidata. È da notarsi che la Corte d'Appello, prima della House of Lords, aveva rifiutato di liquidare la società, sulla scorta del fatto che la cattiva fede non era stata dimostrata.

Incidentalmente, E presentò anche una istanza ai sensi della *section 210 del Companies Act 1948 (oppressive conduct)*, ma questa non fu concessa poichè il reclamo di E di condotta oppressiva era nella sua qualità di amministratore piuttosto che di socio.

In questo giudizio merita ricordare l'affermazione di Lord Wilberforce, il quale ritenne la società una quasi-partnership; affermò più in particolare:

«[...] The words [just and equitable] are a recognition of the fact that a limited company is more than a mere legal entity, with a personality in law of its own: that there is room in company law for recognition of the fact that behind it, or amongst it, there are individuals, with rights, expectations, and obligations inter se which are not necessarily submerged in the company structure.....The "just and equitable" provision does not, as the respondents suggest, entitled one party to disregard the obligation he assumed on entering the company, nor the court to dispense him from it. It does, as equity always does, enable the court to subject the exercise of legal rights to equitable considerations, considerations, that is, of a personal character arising between one individual and another, which may make it unjust, or inequitable, to insist on legal rights, or to exercise them in a particular way...The superimposition of equitable considerations requires something more, which typically may include one, or probably more, of the following elements: (i) an association formed or continued on the basis of a personal relationship, involving mutual confidence – this element will often be found where a pre-existing partnership has been converted into a limited company; (ii) an agreement, or understanding, that all, or some (for

l'ordine è stato concesso sulla scorta del fatto che, in ragione delle caratteristiche personalistiche della società, la sua missione era scomparsa (*decisum Re German Date Coffee Co*<sup>85</sup>; ma il concetto di «*sound and equitable ground*» riecheggia anche in *Re Abbey Leisure Ltd*<sup>86</sup> e in *Re Thomas Henry Brinsmead & Sons*<sup>87</sup>).

In aggiunta a ciò è da notare che il parametro della «*unfairness*» deve essere provato per una liquidazione su criteri di «*just and equitable*», nello stesso modo in cui lo era ai sensi della *section 459* della disciplina societaria precedente al *Companies Act 2006*: si veda in proposito *Re Guidezone Ltd*<sup>88</sup> e *Supporting Link Alliance Ltd*<sup>89</sup>. Dal punto di vista procedurale, merita anche sottolineare che non è richiesto alcun requisito al fine di ottenere il permesso della corte per esercitare la *petition*, a differenza di *Foss v Harbottle*.

Da ultimo, va rimarcato che inizialmente l'istante non poteva ottenere in alcun modo un ordine per ottenere il pagamento dei costi da parte della società, prima del *revirement* di *Clark v Cutland* [2003]<sup>90</sup>.

Molti casi giudiziari si presentano lunghi e complessi, in quanto il concetto di «*unfair prejudice*» è per definizione nebuloso, e dunque deve essere adeguatamente dimostrato<sup>91</sup>. Una assistenza legale era in passato concessa in casi appropriati ma ciò è ora fortemente limitato. È bene evidenziare che se la *ratio* della «*petition*» è una mera lamentela in relazione ad un illecito societario (*corporate wrong*), laddove il singolo socio non sia stato ingiustamente danneggiato, allora le *sections 992-996* difficilmente potranno trovare applicazione.

there may be "sleeping" members), of the shareholders shall participate in the conduct of the business; (iii) restriction upon the transfer of the members' interest in the company – so that if confidence is lost, or one member is removed from management, he cannot take out his stake and go elsewhere».

È da notare che il caso risale a prima che la *Section 459* fosse in vigore. Il caso fu rigettato sulla scorta della *Section 210, CA 1948, in quanto il comportamento oppressivo non fu provato*.

Se l'azione fosse stata promossa ora, sarebbe stata probabilmente vittoriosa ai sensi della *Section 459-461*. Poiché la *Section 125, IA 1986*, non consente di promuovere *petitions* per la liquidazione in circostanze ove vi sia un altro rimedio che sia ragionevole per la parte, è probabile che questa azione sarebbe stata decisa in modo diverso da quanto non sia avvenuto ora.

<sup>85</sup> (1882) 20 Ch 360.

<sup>86</sup> [1989] BCLC 619. Questa società era stata formata al fine di gestire un night club che poi era stato venduto. Gli amministratori avevano intenzione di acquisire un nuovo business al fine di gestire la società. Una domanda (*petition*) fu presentata al fine di liquidare la società sulla scorta di un criterio giusto ed equo (*just and equitable ground*), insieme con una richiesta di cui alle *sections 459-462*, assumendo che vi era stata una «*unfairly prejudicial conduct*». La domanda (*petition*) era stata promossa contro la società e due amministratori-soci. Vi erano state negoziazioni affinché le azioni dell'istante fossero comprate secondo lo statuto societario, ma ciò fu rigettato dall'interessato. Il *petitioner* assumeva che vi era stato un accordo iniziale in base al quale la società avrebbe gestito soltanto un night club, sebbene lo statuto consentisse di fare altro. La corte rifiutò di liquidare la società. La ragione di ciò è che l'istante aveva rifiutato di procedere alla valutazione delle sue azioni secondo i termini dello statuto. Il fatto che il *petitioner* avrebbe potuto ricevere meno, fossero le azioni state valutate da un contabile piuttosto che nell'ambito di una procedura di liquidazione, non rendeva il processo di valutazione *unfair*. È anzi probabile che il *petitioner* avesse redatto lo statuto tenendo in considerazione questo aspetto.

<sup>87</sup> [1897] 1 Ch 406. Tre ex dipendenti di una società chiamata Brinsmead of John Brinsmead & Sons, la quale costruiva pianoforti, costituirono una nuova società, tutta loro. Non solo, gli stessi decisero di vendere piani usando una denominazione molto simile a quella che utilizzavano i – più famosi – produttori di piano per cui avevano lavorato in precedenza. In aggiunta a ciò, gli ex dipendenti redassero un prospetto fraudolento e raccolsero soldi fra il pubblico sulla scorta di affermazioni incorrette. Una domanda (*petition*) fu fatta al fine di liquidare la società sulla base dei criteri «giusti ed equi» e la corte concesse l'ordine.

<sup>88</sup> [2001] 2 BCLC 321. K era un socio di minoranza in una società di tipo familiare. Egli promosse domanda ai sensi della *Section 459*, sull'assunto che la condotta era ingiustamente pregiudizievole (*unfairly prejudicial*). In aggiunta a ciò, con tale domanda, K perseguiva un ulteriore intento: l'acquisto delle sue azioni ma anche la liquidazione della società sull'assunto del criterio giusto ed equo (*just and equitable ground*). K allegò che vi era stato un intendimento, al momento in cui la società era stata costituita, che la proprietà dell'albergo della società era stata acquistata sulla scorta del fatto che K doveva avere la parola finale sulle materie relative alla proprietà medesima, e che i rimanenti azionisti avevano rifiutato di concordare la sua vendita, – dunque la sua legittima aspettativa che doveva essere venduto, era stata pregiudicata. La corte rigettò la domanda in quanto fu ritenuto che l'intenzione esistente fra le parti non fosse stata provata. La corte sostenne che, dato che la ingiustizia (*unfairness*) non era stata provata, ne conseguiva che non vi era alcun diritto a richiedere la liquidazione, in quanto i criteri per esercitare tale potere discrezionale ai sensi di ciascuna giurisdizione avevano la medesima portata.

<sup>89</sup> [2005] 1 All ER 303. La società aveva venduto spazi pubblicitari ad imprese attraverso chiamate non sollecitate (*cold calling*) fatte ad imprese. Ai potenziali clienti fu chiesto di pagare somme affinché i dettagli delle stesse fosse introdotti nelle guide, e agli stessi fu aggiunto che per quota parte donazioni sarebbero state fatte a beneficio di fondazioni (*charities*) operanti a beneficio di bambini. L'organo rappresentativo del governo britannico, il Segretario di Stato o *Secretary of State*, fece domanda di liquidazione della società sulla base di un interesse pubblico, per mancata osservanza di un testo legislativo, il *Unsolicited Goods and Services Act 1971*, ma anche perché vi era stata una falsa rappresentazione ai potenziali clienti. La società, al fine di evitare l'applicazione delle richieste degli attori, offrì di dare garanzie circa la propria futura condotta. Tuttavia, la corte rifiutò e la società fu posta in liquidazione.

<sup>90</sup> 4 All ER 733.

<sup>91</sup> *Re Unisoft Group Ltd (No 3)* [1994] 1 BCLC 609; *Re Macro (Ipswich) Ltd*.

A voler dunque definire le differenze fra *statutory derivative action* e azioni di cui alle *sections* 994-996, CA 2006 si può sottolineare:

(1) sebbene nella legislazione britannica vi sia un potere ad esercitare le azioni di cui alle *sections* 992-996, tali previsioni non sono usate troppo frequentemente;

(2) le azioni derivate sono limitate all'ottenimento di un rimedio per illeciti commessi dai *directors* i quali agiscono in violazione di un dovere;

(3) fino al caso *Clark v Cutland*, non vi era alcuna previsione che consentisse, una volta instaurata la «*petition*» di cui alla *section* 992, di chiedere il pagamento delle spese alla società;

(4) nella «*petition*» di cui alle *section* 992-996 non vi è alcuna necessità di *leave*, il permesso della corte, che invece è prevista nelle *derivative actions*;

(5) non vi è bisogno di «*clean hands*» ovvero di una assoluta buona fede da parte dell'istante, nella «*petition*» di cui alle *sections* 992-996;

(6) se non vi è un «*unfair prejudice*», e lo scopo dell'azione è meramente di dolersi di un illecito societario, allora le *sections* 992-996 non potrebbero essere adoperate.

In conclusione, va sottolineato che nell'ordinamento britannico non esiste in alcun modo un modello di azione simile all'art. 2395, codice civile, l'azione esperibile dal socio o terzo che lamenti che una violazione dei doveri degli amministratori abbia cagionato danno a soci o terzi. Sebbene una tale azione nell'ordinamento anglo-gallese non si possa escludere ai sensi della *tort* (del più generale illecito extrecontrattuale), una codificazione della stessa nel *Companies Act* più recente, nel 2006, ma anche nelle versioni precedenti, è sintomatico del fatto che il legislatore le ignori, e le stesse corti finiscono per definirla «vagamente bizzarra, accademica, utopistica».

Il diritto britannico ha recepito con molto ritardo le azioni derivate nel proprio *corpus* normativo, sebbene già a partire dal *Companies Act 1949*, poteva riscontrarsi un dato parzialmente simile, i rimedi contro le *oppressive conducts*. Nella versione più recente del diritto societario britannico, le azioni derivate e le domande contro le possibili condotte pregiudizievoli sono parte integrante del sistema di tutela delle minoranze, anche se tali due azioni non esauriscono le azioni delle minoranze.

L'analisi delle azioni derivate in Gran Bretagna, e del loro stato dell'arte, dimostra che tali procedimenti, nati bensì nel mondo anglo-americano ma oltre-oceano, negli USA, sono ancora poco utilizzabili nelle giurisdizioni britanniche, le quali pure condividono la stessa matrice di *common law*. Ciò è dovuto principalmente a filtri normativi, quali principalmente il *prima facie case*, ma anche – questo scritto vuole dimostrare – ad un contesto socio-culturale molto conservatore e poco aperto alla democrazia societaria.

## ABSTRACT

Il precedente giudiziario *Foss v Harbottle* ha esplicitato e racchiuso, per lungo tempo, nel *common law* anglo-gallese, la regola del divieto di azione indiretta del socio nei confronti degli amministratori di società di capitali, nel caso di violazione dei doveri contrattuali di questi ultimi. Le azioni derivate nel Regno Unito, codificate non prima del *Companies Act 2006*, sono analizzate nel presente lavoro in una prospettiva comparata con quanto emerge nella legislazione italiana. Il presente intende dimostrare che una tale azione nel Regno Unito non ha avuto successo come tutela dei soci di minoranza, soprattutto alla luce della crisi bancarie e finanziarie del 2007/2008. Tuttavia, il contributo analizza una tutela meno conosciuta, la «*unfairly prejudicial conduct*», la quale nella legislazione societaria britannica ha radici più antiche e appresta per le minoranze tutele più efficaci.

*The precedent "Foss v Harbottle" has clarified and encapsulated, for a long period of time, in the English legal system, the rule of the prohibition of the shareholder's legal proceeding against the company directors, should the latter violate their duties. The derivative actions in the United Kingdom, legislated no earlier than the most recent statute (i.e. the Companies Act 2006), are discussed and analysed within this work in a comparative perspective, using the Italian legal system as a yardstick.*

*The current work wants to show that such an action in the United Kingdom has never been particularly successful as a safeguard provided to the minority shareholders, also in the light of the 2007/2008 financial crises. Nevertheless, this contribution sheds a light on a "niche" safeguard, the «unfairly prejudicial*

*conduct», which in the British corporate legislation does have more ancient roots and is regarded as more effective to the benefit of the shareholders, including the minority ones.*